



Universidade Cândido Mendes/UCAM

Programa de Mestrado em Direito

PEDRO DE SOUZA GOMES MILIONI

**O SISTEMA DA *TRANSLATIO IUDICII* E O NOVO CÓDIGO
DE PROCESSO CIVIL**

Rio de Janeiro - RJ
2018

PEDRO DE SOUZA GOMES MILIONI

**O SISTEMA DA *TRANSLATIO IUDICII* E O NOVO CÓDIGO
DE PROCESSO CIVIL**

Dissertação de Mestrado

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Cândido Mendes, na área de concentração Direito Econômico e Desenvolvimento, seguindo a linha de pesquisa Desenvolvimento Humano, Empresa, Tributação e Responsabilização (Civil, Penal e Administrativa), como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Nelson Pinto.

Rio de Janeiro - RJ
Setembro de 2017

PEDRO DE SOUZA GOMES MILIONI

**O SISTEMA DA *TRANSLATIO IUDICII* E O NOVO CÓDIGO
DE PROCESSO CIVIL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Cândido Mendes, na área de concentração Direito Econômico e Desenvolvimento, seguindo a linha de pesquisa Desenvolvimento Humano, Empresa, Tributação e Responsabilização (Civil, Penal e Administrativa), como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Nota: _____

Aprovada ()

Aprovada com louvor ()

Aprovada com restrições ()

Reprovada ()

Data: ____/____/____

Professor Doutor (Orientador)
Universidade Candido Mendes

Professora Doutor (Convidado)
Universidade Candido Mendes

Os agradecimentos ora ofertados não obedecem a uma ordem de gradação ou de importância em minha vida, mas sim a um simples método de organização e lembrança.

Aos meus avós, José Milioni (*in memoriam*) e Nagibe Badolato Milioni (*in memoriam*), por todo amor que me foi dado em vida, bem como pela proteção diária que tenho a certeza vocês me garantem, mesmo à distância.

Aos meus pais, Domingos José Milioni e Ana Maria de Souza Gomes Milioni, amores da minha vida, meus amigos e alicerces. Estejam certos que mesmo do alto de minha diminuta estatura serei sempre um “leão de chácara” disposto a preservar a nossa família, custe o que custar.

Preciso agradecer mais uma vez à minha mãe, Dra. Ana Maria de Souza Gomes Milioni, advogada honrada, aguerrida, digna e sensível. Fomos sócios por dez anos. Fomos muito felizes. Obrigado por cada ensinamento dispensado. Curta a sua merecida aposentadoria. Obrigado, mamãe. Missão cumprida!

Obrigado a minha mulher, Dra. Renata Paranhos Machado Velho Lima Milioni, esposa, mãe, cirurgiã-dentista, acadêmica, entre outras facetas. Você é a minha certeza. Meu amor, minha vida. Estaremos juntos nessa vida e em todas as outras que ainda virão.

Obrigado a minha filha Cecília Paranhos Machado Velho Lima Milioni simplesmente por me fazer sorrir todas as manhãs. Você também é a minha certeza. Papai te ama!

Agradeço às minhas irmãs de “sangue” e de “vida”, Dra. Sabrina de Souza Gomes Milioni (minha sócia) e Bruna Lapadula (futura advogada), por cada gesto de amor e carinho. Contem comigo sempre.

Um beijo fraternal em meu sobrinho, João Victor Milioni. Obrigado por cada traquinagem.

Agradeço aos meus sogros, Teresa Paranhos e Ney Torres, por todo o carinho.

Aos meus amigos Marcelo Marinho (meu sócio), Felipe Malzac (o melhor ortopedista do Brasil) e Pedro Jácome (meu guru), registro o orgulho da nossa sincera amizade.

Obrigado a todos do curso de mestrado em Direito da UCAM, desde os amigos, colegas da secretaria até os professores, por todo o cuidado e ensinamento diário.

Por fim, agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Nelson Pinto, pela confiança irrestrita.

RESUMO

Milioni, Pedro de Souza Gomes. O sistema da *translatio iudicii* e o novo Código de Processo Civil. **Pedro de Souza Gomes Milioni** - Rio de Janeiro - RJ: Universidade Candido Mendes – UCAM, Programa de Mestrado em Direito – 2017.

O presente estudo visa a analisar o sistema da *translatio iudicii* diante do ordenamento jurídico brasileiro, notadamente o novo Código de Processo Civil de 2015. A história da *translatio iudicii* desde o velho direito romano até o mais recente direito italiano e o modelo brasileiro. A análise parte da matriz constitucional, já que o sistema é composto de princípios, dentre eles, princípios constitucionais e infraconstitucionais, bem como regras. O conceito e a análise da interseção entre direito, segurança jurídica, economia, desenvolvimento e processo também serão estudados. As exceções ao sistema também serão analisadas, assim como os efeitos materiais e processuais da litispendência.

PALAVRAS-CHAVE: direito processual civil, direito, desenvolvimento, novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT

Milioni, Pedro de Souza Gomes. O sistema da *translatio iudicii* e o novo Código de Processo Civil. **Pedro de Souza Gomes Milioni** - Rio de Janeiro - RJ: Universidade Candido Mendes – UCAM, Programa de Mestrado em Direito – 2017.

The present work aims to analyze the system of *translatio iudicii* in the Brazilian legal system, notably the new civil process code of 2015. The history of the *translatio iudicii* from old Roman law to the most recent Italian law and the Brazilian model. The analysis starts from the constitutional matrix, since the system is composed of principles, among them constitutional and under constitutional principles, as well as rules. The concept and analysis of the intersection between law, legal security, economics, development and process will also be studied. Exceptions to the system will also be analyzed, as well as the material and procedural effects of a process in course.

KEYWORDS: civil procedural law, law, development, new code of civil procedure.

LISTA DE ABREVIATURAS

art. - Artigo

CC - Código Civil

CPC - Código de Processo Civil

CLT - Consolidação das Leis do Trabalho

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

Min. - Ministro

Rel. - Relator

STF – Supremo Tribunal Federal

TST – Tribunal Superior do Trabalho

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TFR - Tribunal Federal de Recursos

v. - Vide

vol. – Volume

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. A INTERSEÇÃO ENTRE DIREITO, SEGURANÇA JURÍDICA, ECONOMIA, DESENVOLVIMENTO E PROCESSO.....	12
2.1. Direito.....	12
2.2 . Segurança Jurídica.....	14
2.3. Economia e desenvolvimento.....	16
2.4. Processo.....	19
2.5. História da <i>translatio iudicii</i>	20
3. <i>TRANSLATIO IUDICII</i> E O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.....	26
3.1. Conceito.....	26
3.2. Princípio, regra ou sistema – enquadramento na ordem jurídica pátria.....	27
3.3. Fundamentos jurídicos e noções elementares conexas.....	34
3.3.1. A jurisdição e sua unidade e a competência e sua classificação (relativa e absoluta).....	34
3.3.2. Princípios constitucionais – devido processo legal; acesso à justiça; duração razoável do processo.....	46
3.3.3. Princípios infraconstitucionais – normas fundamentais do processo civil; primazia da decisão de mérito; economicidade processual e instrumentalidade do processo.....	58
3.3.4. Teoria das nulidades processuais.....	65
3.4. Análise específica de alguns elementos normativos que compõem o sistema.....	70
3.4.1. A incompetência (absoluta e relativa) – não extinção do feito.....	70
3.4.2. A incompetência (absoluta e relativa) – não invalidação automática dos atos processuais.....	71
3.4.3. Ação rescisória e o aproveitamento da demanda proposta perante juízo incompetente.....	74
3.4.4. A validade da citação e a incompetência do juízo.....	76

3.5. Limites e exceções à <i>translatio iudicii</i>	84
3.5.1. A boa-fé.....	84
3.5.2. Os juizados especiais.....	90
3.5.3. Competência internacional.....	94
3.5.4. Demandas incidentes – competência funcional versus competência objetiva (reconvenção; denunciação da lide e embargos de terceiro).....	97
3.6. Efeitos materiais e processuais da litispendência.....	101
4. CONCLUSÃO.....	106
REFERÊNCIAS.....	112

1. INTRODUÇÃO

A dissertação ora apresentada insere-se na área de concentração Direito Econômico e Desenvolvimento, seguindo a linha de pesquisa Desenvolvimento Humano, Empresa, Tributação e Responsabilização (Civil, Penal e Administrativa), como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, no Grupo de Pesquisa de Desenvolvimento, Direitos Fundamentais e Sociais, visando a analisar o sistema da *translatio iudicii* ante o ordenamento jurídico brasileiro, notadamente o novo CPC de 2015.

O Programa do Mestrado em Direito da Universidade Cândido Mendes, na área de concentração anteriormente exposta, visa a uma abordagem multidisciplinar da ciência jurídica e busca investigar avanços jurídicos, sociais e econômicos.

O objeto do presente estudo é a análise do sistema da *translatio iudicii*.

Para tanto, propõe-se, inicialmente, a análise da interseção entre direito, segurança jurídica, economia, desenvolvimento e processo, a partir da visão de seus contornos elementares. Adiante, ainda sobre esses temas, serão analisados o conceito e finalidade do direito enquanto ciência; os contornos básicos do princípio da segurança jurídica e o diálogo entre a economia e o direito refletido na ciência processual.

O objetivo da pesquisa é demonstrar os elementos que compõem o sistema e suas exceções, notadamente diante do novo CPC de 2015.

Em termos de hipótese, pretende-se demonstrar que o processo, enquanto método de solução de conflitos, é instrumento apto a gerar impactos econômicos, em micro ou larga escala.

O método de trabalho adotado foi a pesquisa bibliográfica em obras de referência, nacionais e internacionais, bem como a análise de artigos científicos extraídos de sítios da *internet*, sempre visando a conferir sustentabilidade teórica ao texto.

Ainda especificamente em relação ao tema que dá título à dissertação, será estudada a história da *translatio iudicii* desde o velho direito romano até o mais recente direito italiano e o modelo brasileiro.

O conceito do instituto, a distinção entre princípios, regras e sistema, bem como a posição do tema ante o ordenamento jurídico brasileiro também serão objeto de análise no presente trabalho, assim como os fundamentos jurídicos e as noções elementares para a formação e compreensão das bases desse sistema, desde a noção de jurisdição e sua unidade até o exame do instituto da competência em sede de direito processual civil.

Ao longo da dissertação, a contar da matriz constitucional, será exposto e comprovado que o sistema é composto de princípios, dentre eles, princípios constitucionais, notadamente os do devido processo legal, do juiz natural, da duração razoável do processo e do acesso à justiça, que serão minuciosamente estudados.

Além dos princípios constitucionais, que garantem ao processo sustentação e eficácia, conforme defendido, há também princípios infraconstitucionais, tais como primazia da decisão de mérito, economicidade processual e instrumentalidade do processo. Todos esses princípios também compõem o sistema da *translatio iudicii*.

O sistema da *translatio iudicii*, na visão proposta na pesquisa, garante a preservação da litispendência e dos seus efeitos (materiais e processuais), em que pese o reconhecimento da incompetência.

Assim, reputa-se relevante no presente trabalho traçar um resumo sobre a denominada teoria das nulidades processuais, suas regras e princípios, o que será feito em capítulo apropriado.

O sistema da *translatio iudicii* é composto de princípios e regras, conforme será exposto, sendo certo que as aludidas regras serão didaticamente expostas, até mesmo para que se possa comprovar que a *translatio* é um sistema, e não um princípio ou uma regra isolada.

Pretende-se demonstrar, ainda, que o aludido sistema comporta exceções, ou seja, em determinadas situações inexistirá a preservação dos efeitos materiais e processuais da litispendência, caso reconhecida a incompetência. Vale dizer, sob a ótica ora proposta, o sistema da *translatio iudicii* não é absoluto.

Por fim, serão expostos os conceitos e os efeitos, materiais e processuais, da litispendência.

2. A INTERSEÇÃO ENTRE DIREITO, SEGURANÇA JURÍDICA, ECONOMIA, DESENVOLVIMENTO E PROCESSO; A HISTÓRIA DA *TRANSLATIO IUDICII*

2.1. Direito

O direito, conforme pontuado com precisão por Tércio Sampaio Ferraz Junior, consiste em um:

[...] dos fenômenos mais notáveis da vida humana. Compreendê-lo é compreender uma parte de nós mesmos. É saber em parte por que obedecemos, por que mandamos, por que nos indignamos, por que aspiramos a mudar em nome de ideais, por que em nome de ideais conservamos as coisas como estão. Ser livre é estar no direito e, no entanto, o direito também nos oprime e tira-nos a liberdade.¹

Os seres humanos, com raras exceções, não foram concebidos para viver em cativeiros, isolados no seu próprio mundo, afastados de outros seres. Ao contrário, por sermos gregários por natureza, vivemos e convivemos em sociedade. Sempre foi assim e sempre será.

É corrente o fato de que o homem não pode viver só, sendo certo que o Robinson Crusoe do passado, ou mesmo o naufrago moderno vivido pelo ator americano Tom Hanks no cinema, são figuras que, em suas relações unipessoais, entre eles e a natureza, não interessam para o direito, pois onde só há um sujeito não se faz necessário normas jurídicas.

Nesse caso, o direito não intervém, porque onde há um só homem inexistente relação, sociedade. Logo, não há o que se limitar ou o que se autorizar.

Dentro desse sentido, o denominado ‘fenômeno jurídico’ se entrelaça ao fenômeno social, revelando nó estreito e indissociável.

Vale dizer, direito e sociedade caminham juntos, lado a lado. Onde há sociedade deve haver o direito, e o Direito só existe para regular as relações sociais.

Segundo ensina Miguel Reale, “o Direito é, por conseguinte, um *fato* ou *fenômeno social*; não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora

¹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 16.

dela. Uma das características da realidade jurídica é, como se vê, a sua *socialidade*, a sua qualidade de ser social.”.²

O direito é ordem, é o freio do caos. Como tal, serve justamente para regular as relações interpessoais, impondo limites e regras com o fim único de pacificar a convivência entre os seres humanos. O direito é uma obra do homem para o homem.

Vale aqui citar a seguinte passagem da obra de Washington de Barros Monteiro:

A ordem jurídica não é outra coisa senão o estabelecimento dessas restrições, a determinação desses limites, a cuja observância todos os indivíduos se acham indistintamente submetidos, para que se torne possível a coexistência social. O direito domina e absorve a vida da humanidade.³

Nesse momento, já é possível, dentro da pertinência temática do presente estudo, sem qualquer pretensão de esgotamento ou aprofundamento do tema, conceituar, resumidamente, o direito em sua clássica visão tridimensional, seguindo a trilha proposta por Miguel Reale, qual seja: “Direito é a ordenação heterônoma, coercível e bilateral atributiva das relações de convivência, segundo uma integração normativa de fatos segundo valores.”.⁴

Assim, o direito é fato, valor e norma, como pontuado mais uma vez por Miguel Reale ao dizer que:

Desse modo, o direito não é só *norma*, como quer Kelsen; Direito não é só *fato* como rezam os marxistas ou economistas do Direito, porque Direito não é economia. Direito não é produção econômica, mas envolve produção econômica e nela interfere; o direito não é somente *valor*, como rezam os adeptos do direito natural, porque ao mesmo tempo o Direito é norma, é fato e é valor. O Direito é uma integração normativa de fatos segundo valores.⁵

O fato enquanto acontecimento social consiste nas diversas maneiras de agir, pensar e até mesmo sentir de dada sociedade.

² REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 18.

³ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. V.1. 35ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 2.

⁴ REALE, op. cit., p. 61.

⁵ REALE, op. cit., p. 112.

Só há fatos sociais onde houver uma organização social delimitada. O fato está intimamente relacionado com a história e a cultura, levando-se em conta determinado tempo e espaço, ou seja, determinado limite temporal e geográfico.

O valor, por outro lado, refere-se à busca pela concretização do ideal daquilo que deve ser justo. Ou seja, está diretamente ligado à noção de ação, de agir, de ato comissivo.

O fenômeno jurídico é fruto direto de determinados valores existentes em dada sociedade. O valor, portanto, é o conjunto de condutas que são vistas como positivas – por visarem o bem de todos (ou da maioria) – e existe para que a sociedade se mantenha íntegra e estável.

Norma, por fim, ainda dentro da teoria tridimensional proposta por Reale, é o direito que carrega em si a ideia de ordenamento, limite, regra.

Toda a norma descreve valores e, simultaneamente, tutela valores.

A norma é a forma de expressão do direito. Sendo assim, expressa o que deve ou não deve ser realizado por determinado agente social, permite a realização de um valor ou impede a ocorrência da violação a valores tutelados.

Conforme acima exposto, o direito tem como finalidade primordial a pacificação social, daí porque se diz que compete ao direito manter os laços sociais íntegros e estáveis.

Firme nesse propósito, compete ao direito propiciar à sociedade estabilidade e segurança jurídica nas relações entre os homens.

2.2. Segurança Jurídica

Ultrapassada a noção elementar de direito, adentra-se nos contornos básicos do denominado princípio da segurança jurídica.

Todo e qualquer Estado democrático de direito tem como um de seus pilares fundamentais o ideal de segurança jurídica. A própria noção de direito, conforme acima exposto, traz a reboque a ideia de estabilidade, pacificação e, portanto, de tutela, ou, em última análise, de segurança.

O homem regido pelo direito precisa estar seguro em suas relações sociais, precisa saber que decisões pode tomar, bem como quais decisões podem ser tomadas contra ele.

No sentido do texto, precisa é a síntese de Canotilho:

Os indivíduos têm o direito de poder contar com o fato de que aos seus atos ou às decisões públicas concernentes a seus direitos, posições ou relações jurídicas fundadas sobre normas jurídicas válidas e em vigor, se vinculem os efeitos previstos e assinados por estas mesmas normas.⁶

A segurança jurídica, portanto, em resumo, decorre da previsibilidade das decisões que serão (e poderão ser) adotadas pelos órgãos que terão de aplicar as normas jurídicas, bem como da estabilidade das relações jurídicas.

Quanto à previsibilidade, as normas precisam ser claras, exatas, de modo que seus destinatários possam identificar previamente qual comportamento deverão e/ou poderão adotar.

A estabilidade, por seu turno, tem conteúdo mais difuso, complexo e variado. Possui como ideia central as noções de continuidade, clareza, de não surpresa, de vedação a movimentos bruscos e desordenados que possam abalar justamente a confiança depositada, bem como o respeito a situações definitivas (exemplifica-se: direito adquirido, coisa julgada, ato jurídico perfeito).

Dentro desse cenário, clara é a posição de Humberto Ávila, que assim define o princípio da segurança jurídica:

O princípio da segurança jurídica é construído de duas formas. Em primeiro lugar pela interpretação dedutiva do princípio maior do Estado de Direito (art. 1º). Em segundo lugar, pela interpretação indutiva de outras regras constitucionais [...]. Em todas essas normas, a Constituição Federal dá uma nota de previsibilidade e de proteção das expectativas legitimamente constituídas e que, por isso mesmo, não podem ser frustradas pelo exercício da atividade estatal. Na perspectiva da espécie normativa que a exterioriza, a segurança jurídica tem dimensão normativa preponderante ou sentido normativo direto de princípio, na medida em que estabelece o dever de buscar um ideal de estabilidade, confiabilidade, previsibilidade e mensurabilidade na atuação do Poder Público.⁷

O princípio constitucional da segurança jurídica é um exemplo de norma sem texto. Sim, pois ele não se encontra expresso ou bem delimitado em um

⁶ CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4ª Ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 250.

⁷ ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Forense, 2005, p. 247.

determinado artigo da CRFB, tal qual o devido processo legal, por exemplo, mas seu sentido (norma) pode ser facilmente percebido pelo intérprete quando se analisam sistematicamente os princípios do estado de direito, do não abalo à coisa julgada, do direito adquirido, e até mesmo da dignidade da pessoa humana.

Direito é segurança jurídica.

2.3. Economia e Desenvolvimento

Parece claro que há uma interseção entre a economia e o direito.

Reale discorre com precisão e clareza sobre essa relação entre direito e economia, da seguinte maneira:

O que nos cabe analisar é apenas a relação entre o fenômeno jurídico e o econômico, inclusive dado o significado da concepção marxista da história na civilização contemporânea. Segundo o chamado “materialismo histórico”, o Direito não seria senão uma superestrutura, de caráter ideológico, condicionada pela *infraestrutura econômica*. É esta que, no dizer de Marx, modela a sociedade, determinando as formas de Arte, de Moral ou de Direito, em função da vontade da classe detentora dos meios de produção. Em palavras pobres, quem comanda as forças econômicas, através delas plasma o Estado e o Direito, apresentando suas volições em roupagens ideológicas destinadas a disfarçar a realidade dos fatos.⁸

E arremata o autor:

Há, em suma, uma interação dialética entre o econômico e o jurídico, não sendo possível reduzir essa relação a nexos causais, nem tampouco a uma relação entre forma e conteúdo. Rudolf Stammler, um dos renovadores da Filosofia do Direito contemporânea, em obra célebre, publicada em fins do século passado, contrapunha-se ao materialismo histórico afirmando que, se o *conteúdo* dos atos humanos é econômico, a sua *forma* é necessariamente jurídica.⁹

A dita intercomunicação entre direito e economia tem relevo prático, pois o direito, ao estabelecer as regras de conduta, o modo de agir que servirá de

⁸ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 29.

⁹ *Ibid.*, p. 30.

guia condutor das relações sociais, culmina por produzir impactos econômicos passíveis de influenciar o comportamento dos agentes sociais privados.

Portanto, parece bastante evidente que o direito influencia e também é influenciado diretamente pela economia.

Os seguintes exemplos demonstrados nos próximos parágrafos amparam o que ora se afirma.

Se a Justiça, se ela qual for, é morosa, as disputas judiciais tendem a ser demoradas. Logo, o risco da *operação* na hipótese de litígio judicial será majorado, e o seu custo idem.

Quando o poder público não cumpre seus contratos de maneira tempestiva e integral, qualquer prestação de serviço para o Estado tenderá a ser mais custosa.

Se cada juiz decide de uma determinada maneira sobre temas idênticos, sem uniformidade, falta segurança jurídica e previsibilidade às decisões. Portanto, o risco da *operação* de disputa judicial, na hipótese, pode ser majorado, e o seu custo idem, ante a insegurança jurídica.

Por fim, se direito de propriedade não é respeitado em virtude de estatizações meramente populistas, por exemplo, o investidor simplesmente tende a não aportar seu capital naquele local.

Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi apontam ainda outros exemplos:

Mesmo quando o risco introduzido pela incerteza na interpretação de contratos não fora alto suficiente para inviabilizar um determinado mercado, ele será repassado para os preços. O banco cobrará um spread mais alto pelo maior risco de inadimplência, o investidor exigirá um retorno mais alto para compensar o risco de expropriação, o empregador exigirá pagar um salário mais baixo para cobrir o risco de ser acionado na Justiça do Trabalho.¹⁰

Pelo exposto, resta demonstrada à sociedade a interpenetração entre o direito e a economia, sendo certo que higidez da economia de uma nação, tutelada pelo direito, representa traço distintivo de seu desenvolvimento, pois o direito contribui decisivamente para o avanço social de uma nação.

¹⁰ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 44.

Em perspectiva histórica, ao analisar o passado de alguns países hoje tidos como desenvolvidos, inclusive em questões jurídicas, o pesquisador Chang concluiu o seguinte:

[...] eles não seriam o que são hoje se tivessem adotado as políticas e as instituições que agora recomendam às nações em desenvolvimento.¹¹

Como exposto, o estudo de Chang leva em conta a perspectiva histórica, ou seja, o que os países hoje desenvolvidos fizeram no passado para se desenvolver.

História é passado, disso todos sabem. E, de fato, no passado, à época em que resolveram apontar para o futuro, muitos desses países utilizavam-se de práticas moralmente condenáveis e até mesmo ilegais (trabalho de crianças, concessão de patentes sem qualquer prova de originalidade, por exemplo).

Contudo, muitos anos antes dos países ainda em desenvolvimento, tal qual o Brasil, os países hoje tidos desenvolvidos, em distintos momentos históricos e por razões diversas, passaram gradativamente a reforçar ou aperfeiçoar suas instituições jurídicas, de modo que o direito passou a ter relevante papel na economia e no desenvolvimento desses países.

Assim, resumidamente, ainda com base no estudo proposto por Chang, é possível exemplificar algumas medidas jurídicas pretéritas que contribuíram decisivamente para o sucesso econômico e o desenvolvimento desses países, atraindo investimentos, gerando empregos, tais como a lei de responsabilidade empresarial limitada na Suécia em 1844; o aprimoramento da legislação falimentar e federal americana em 1898; a lei de concorrência americana de 1890, entre outras.¹²

Em suma, resta evidente o papel que o direito exerce em matéria de economia e desenvolvimento.

2.4. Processo

¹¹ CHANG, Ha-Joon. *Chutando a escada*. São Paulo: Unesp, 2004, p. 13.

¹² Para um estudo mais aprofundado do tema, ver CHANG, Ha-Joon. *Chutando a escada*. São Paulo: Unesp, 2004.

Neste ambiente de interpenetração entre direito, segurança jurídica, economia e desenvolvimento, oportuno se faz destacar, de maneira mais acurada, o papel relevante desempenhado pelo direito processual (civil e do trabalho, por exemplo) na estabilização das relações sociais e, conseqüentemente, num propício ambiente de negócios que favoreça a economia e o desenvolvimento, contribuindo para o aumento do recolhimento de tributos, a geração de emprego, de renda e, em última análise, de segurança jurídica.

O Estado soberano cuida de instituir normas de conduta que deverão ser observadas pelos agentes sociais. Contudo, tais normas, ainda que de observância obrigatória, tendem a ser descumpridas, pois toda sociedade é complexa e os conflitos de interesses são inevitáveis em qualquer convivência múltipla.

Dessa forma, para manter incólume o ordenamento jurídico e assegurar a paz social, função primordial do direito, o Estado não tolera a justiça feita pelas próprias mãos, a denominada autotutela, culminando por incumbir a determinado poder estatal, independente e harmônico com os demais, a competência para dirimir os conflitos de interesses. A esse poder, no caso brasileiro, se dá o nome de Poder Judiciário.

Nessa toada, valorosa é a lição de Humberto Theodoro Junior:

Para cumprir essa tarefa, o Estado utiliza método próprio, que é o *processo*, que recebe denominação de civil, penal, trabalhista, administrativo etc., conforme o ramo do direito material perante o qual se instaurou o conflito de interesses.

.....
Para regular esse método de composição dos litígios, cria o Estado normas jurídicas que formam o *direito processual*, também denominado *formal* ou *instrumental*, por servir de forma ou instrumento de atuação da vontade concreta das leis de direito *material* ou *substancial*, que há de solucionar o conflito de interesses estabelecido entre as partes, sob a forma de *lide*.¹³

Em sendo o processo método de solução de conflitos, inegavelmente, a sua existência, em tese ou concreta, bem como as suas conseqüências (valor da condenação, por exemplo), são aptas a gerar impactos econômicos, em micro ou larga escala.

¹³ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. V. 1. 56ª Ed. Rio de Janeiro: Gen, 2015, p. 45.

Hoje, já é possível falar, inclusive, em análise econômica do processo.

Os exemplos dos possíveis efeitos econômicos do processo são múltiplos e serão expostos nos parágrafos abaixo.

Quando as partes sabem que o valor de determinada condenação judicial por ato ilícito será expressivo tendem a não cometer o ilícito (efeito inibitório e em tese do processo).

No momento em que determinada matéria idêntica é tratada de forma distinta por juízes, sem homogeneidade, isso tende a encarecer ou dificultar o investimento, pois não há previsibilidade caso surja o litígio.

A morosidade na tramitação do processo pode inibir o investimento ou incentivar o descumprimento da lei.

Por outro lado, a celeridade na tramitação de um feito tende a dar confiança àquele que pretende investir, pois ele sabe que eventual litígio será dirimido num curto espaço de tempo minorando os riscos da operação. Daí a opção pela arbitragem em conflitos interempresariais de grande monta.

Ante todas as razões expostas, parece livre de dúvidas que o processo, enquanto método de solução de conflitos, contribui para a estabilidade social e, conseqüentemente, para um saudável ambiente econômico.

2.5. A história da *translatio iudicii*

O estudo da história da *translatio iudicii*, assim como o estudo da história do direito como um todo, é fundamental para a exata compreensão do instituto, pois, na linha do que já dissera De Page ainda em 1942, citado pelo pesquisador John Gilissen, quanto “mais avançamos no direito civil, mais constatamos que a história, muito mais do que a Lógica ou a Teoria, é a única capaz de explicar o que as nossas instituições são as que e porque é que são as que existem”.¹⁴

O direito pode ser dividido em “famílias” ou grandes sistemas jurídicos.

Assim, tradicionalmente, são mencionados os sistemas jurídicos da *civil law*, *common law*, direito muçulmano, hindu, chinês etc.

¹⁴ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 13.

Para o presente estudo, importam os sistemas da *civil law* e *common law*.

O sistema da *civil law* ou direito romanista, como o próprio nome induz, foi influenciado diretamente pelo direito romano.

A expressão “*civil law*” foi desde sempre utilizada pelos *common lawyers* para designar os direitos de origem romano-germânicos. Trata-se de sistema jurídico comum em países europeus (Itália, França, Portugal etc.), bem como em países por eles colonizados, como, por exemplo, o Brasil, Chile, alguns países africanos etc.

Resumidamente, é possível afirmar que o traço distintivo desse sistema é a importância da lei, encarada como fonte normativa primária e referencial para a regulação das questões jurídicas, enquanto que a jurisprudência é tradicionalmente deixada para segundo plano.

No mesmo sentido, é a posição de Élisson Miessa:

O *civil law* concede papel de destaque às normas escritas e legisladas, defende a completude do direito codificado e, conseqüentemente, coloca em segundo plano as demais fontes do direito, como a jurisprudência e os costumes.¹⁵

Em contraposição ao sistema da *civil law*, há o modelo jurídico denominado de *common law* que possui ascendência direta dos ingleses.

Nesse regime, vigora a expressão inglesa “*judge made law*” (em tradução livre, “a lei feita pelo juiz”), ou seja, um direito elaborado, construído por juízes, através de um complexo sistema de precedentes judiciais. Esse é o sistema adotado por países como Inglaterra, Estados Unidos, Austrália, Nova Zelândia, Canadá (com exceção de Québec em que, por ter sido colonizado por Franceses, vigora o *civil law*), entre outros.

No sistema da *common law*, a primazia é atribuída à jurisprudência (*case law*), e não a lei, como fonte de exteriorização das normas jurídicas formadas ou interpretadas pelos tribunais, possuindo a jurisprudência (juízes e tribunais) papel decisivo para a interpretação e aplicação da lei.

¹⁵ MIESSA, Élisson. *Manual dos recursos trabalhistas: teoria e prática*. 2ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 502.

Vale dizer, relega-se ao segundo plano o papel dos códigos (codificação), do direito essencialmente escrito.

Há, portanto, certa independência ao frenesi legislativo (excesso de leis, regulamentos, decretos etc.), prevalecendo a subordinação ao precedente jurisprudencial como fator primário de regulação.

Na trilha do que ora se afirma, é a visão de Éllison Miessa:

Prevalece, portanto, o direito casuístico, fundamentado nos precedentes judiciais. A obrigação de se recorrer às regras que já foram estabelecidas pelos juízes é denominada de *stare decisis*.¹⁶

Cite-se, ainda, em arremate, a oportuna observação feita por Fredie Didier Jr. quanto ao sistema jurídico adotado pelo Brasil, no sentido de que o modelo brasileiro é absolutamente híbrido, ora se utilizando de institutos típicos do *civil law* (boa-fé, por exemplo), ora se utilizando do *common law* (sistema de precedentes do CPC de 2015, por exemplo), sendo possível se falar em verdadeiro *brazilian law*.¹⁷

Juan Monroy Palácios¹⁸, em estudo voltado ao tema, com vasta citação da doutrina italiana, atribui a origem da *translatio iudicii* ao direito romano, *civil law*, asseverando, portanto, que o instituto teve origem no denominado período *formulario*.

Em relação ao denominado período do direito romano, precisa é a exposição de Priscila Kei Sato, firme nas lições de José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo:

[...] usualmente são delimitados três grandes períodos do processo civil romano: legis actiones, per formulas e extraordinária cognitio. Não há precisão quanto ao momento em que um deixou de vigor para ceder lugar ao outro, sendo certo que houve concomitância temporal entre dois tipos diferentes de processo.

¹⁶ MIESSA, Éllison. *Manual dos recursos trabalhistas: teoria e prática*. 2ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 503.

¹⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V.1. 17ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 60.

¹⁸ PALÁCIOS, Juan Monroy. *La traslación em el proceso civil*. Disponível em: <http://issuu.com/juanjosemonroy/docs/la_traslacion_en_el_proceso_civil> Acesso em: 21.06.2017.

No segundo período, o processo tornou-se parcialmente escrito, mais célere e menos formal. Havia previsão de um rito padrão, sem formas de ações preestabelecidas. O documento escrito que delimitava os contornos da lide, tornando esta imutável, denominava-se “fórmula”, e, a partir desse termo, nomeou-se o período de “formular”.¹⁹

Ainda fazendo menção ao antigo direito romano, Priscila Kei Sato esclarece, com base novamente nas lições históricas de José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, o seguinte:

A translatio iudicii (modificação subjetiva da fórmula, como denominado por José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo) ocorria sempre que fosse necessária a modificação do magistrado (*iudex*) ou das partes. Os motivos para tanto poderiam ser: a morte, a doença, a perda da capacidade do julgador ou dos litigantes, e na hipótese de o *iudex* admitir não ter tido êxito na formação de seu convencimento a respeito de determinado caso (*sibi non liquere*). Nesses casos, continuam os autores, cabia ao pretor, providenciar a *translatio do iudicium*, para que o processo prosseguisse seu curso normal.²⁰

Superado o aspecto histórico mais remoto, Juan Monroy Palácios esclarece que a *translatio iudicii* foi inserida no Código de Processo Civil francês nos idos de 1806, sob a denominação de *reprise d'instance*, momento em que, segundo o autor, o tema passou a ser estudado de forma sistemática.²¹

Se a origem remota do instituto foi o direito romano, e a origem próxima foi o direito francês, através da inserção em 1806 do instituto no Código de Processo Civil, num passado não tão distante coube ao direito italiano os estudos mais relevantes acerca da matéria, que até hoje são utilizados como referência.

Credita-se a Chiovenda, renomado processualista italiano, então responsável pela reforma do Código de Processo Civil italiano de 1919/1920, a tentativa de inserir na legislação daquele país norma no sentido de que, mesmo na hipótese de reconhecimento da incompetência, o processo seria remetido ao juízo

¹⁹ SATO, Priscila Kei. *Translatio iudicii no direito processual civil brasileiro*. Tese de doutorado. Prof.^a Orientadora doutora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: PUC/SP, 2010, p. 14-15.

²⁰ Ibid., p. 15.

²¹ PALÁCIOS, Juan Monroy. *La traslación em el proceso civil*. Disponível em: <http://issuu.com/juanjosemonroy/docs/la_traslacion_en_el_proceso_civil>. Acesso em: 21.06.2017.

competente que, sem a extinção do feito, reassumiria o processo. O aludido projeto não foi aprovado.²²

Contudo, conforme explana Priscila Kei Sato,²³ com a reforma de 1940, a ideia de Chiovenda foi aceita, precisamente no artigo 50 do Código de Processo Civil italiano.

Assim, com base na doutrina de Paola Grazia Lanneli, citada por Priscila Kei Sato

[...] foi introduzido o mecanismo da *translatio iudicii* no processo civil italiano e foi modificado o significado do princípio kompetenz-kompetenz. O juízo erroneamente indicado pelo autor da ação não se limitaria mais a declarar-se incompetente, mas também, deveria a partir de então, indicar qual o juízo competente.²⁴

Esse também é o posicionamento de Leonardo Greco:

A continuação do processo, perante o novo juiz, após a declaração de incompetência, foi consagrada no Código italiano através do instituto da “reassunção da causa” (art. 50 do Código de Processo Civil italiano) [...].²⁵

Em passado não tão distante, precisamente no ano de 2007, o tema voltou a lume na Itália por força de decisões inéditas de tribunais distintos (Corte de Cassação e Corte Constitucional) que concluíram pela aplicabilidade do instituto, conforme exposto por Leonardo Greco, nos seguintes termos:

[...] a incompetência da justiça comum em face da justiça administrativa ou desta em relação àquela não deve mais determinar a extinção dos processos indevidamente instaurados perante uma delas, mas a sua remessa e continuação perante a outra, numa mesma relação processual, preservados os efeitos substanciais e processuais produzidos perante o juízo originário que veio a ser declarado incompetente.²⁶

²² CIPRIANI, Franco. Riparto di giurisdizione e ‘translatio iudicii’. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2005, p. 732-733.

²³ SATO, Priscila Kei. *Translatio iudicii no direito processual civil brasileiro*. Tese de doutorado. Prof.^a Orientadora doutora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: PUC/SP, 2010, p. 13.

²⁴ *Ibid.*, p. 13-14.

²⁵ GRECO, Leonardo. ‘Translatio iudicii’ e a reassunção do processo. In: *Revista de Processo*, n. 166, dez/2008, p.12.

²⁶ *Ibid.*, p.10.

Analisado o panorama internacional, no Brasil, em termos de processo civil, não é possível se falar em um marco normativo específico acerca da *translatio iudicii*, pois, conforme será exposto mais adiante, esse instituto processual refere-se a um sistema, composto de princípios e regras, constitucionais e infraconstitucionais, que, juntas, admitem a continuidade do processo iniciado no juízo incompetente, com a respectiva manutenção dos atos processuais então praticados, ou seja, nessa hipótese, em regra, não haveria a extinção do feito.

Os doutrinadores processuais civis²⁷ já admitiam a *translatio iudicii* ainda sob a égide do CPC/73, bem como admitem sob a égide do atual código.²⁸

É oportuno destacar que, ao tempo do CPC de 1973 ou de 2015, a incompetência sempre foi classificada em absoluta e a relativa, inexistindo qualquer alteração quanto aos conceitos.²⁹

Todavia, os efeitos da decisão proferida pelo juízo absolutamente incompetente foram alterados, especialmente diante do disposto no art. 113, §2.º, do CPC de 1973, cujo texto legal atribuía o vício de nulidade automática aos atos decisórios proferidos pelo juízo absolutamente incompetente.

Com efeito, no CPC de 2015, o regime de nulidade dos atos processuais proferidos pelo juízo incompetente foi alterado, notadamente pela previsão contida no seu art. 64, §4º.

Neste rumo, sob a égide do código atual, há hipótese de conservação dos efeitos da decisão judicial ainda que proferida por juízo absolutamente incompetente.

Em suma, o CPC vigente consagra e aperfeiçoa o sistema da *translatio iudicii*, em que pese a sua presença também no CPC de 73.

²⁷ GRECO, Leonardo. 'Translatio iudicii' e a reassunção do processo. In: *Revista de Processo*, n. 166, dez/2008; SATO, Priscila Kei. *Translatio iudicii no direito processual civil brasileiro*. Tese de doutorado. Prof.ª Orientadora doutora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: PUC/SP, 2010.

²⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V.1. 17ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 204.

²⁹ O tema será abordado de forma mais completa em item específico.

3. *TRANSLATIO IUDICII* E O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

3.1. Conceito

Leonardo Carneiro da Cunha esclarece que a “definição de um conceito de direito é consequência da análise de sua essência, entendendo-se essência como o conceito fundamental de um objeto”.³⁰

E concluiu o autor, firme nas lições de Juan Manoel Teran, que, uma vez “definido o conceito, deve-se aprofundá-lo, determinando-se, por exemplo, seus elementos constitutivos, ou analisando as relações entre eles e outros institutos afins”.³¹

O estudo da *translatio iudicii* proposto na presente dissertação observará o que ora se afirma.

O professor Fredie Didier Jr. conceitua o instituto como “a preservação da litispêndência e dos seus efeitos (materiais e processuais), a despeito do reconhecimento da incompetência”.³²

Leonardo Greco, já citado no tópico anterior, esclarece, ainda, quanto à questão da incompetência, o seguinte:

[...] a incompetência da justiça comum em face da justiça administrativa ou desta em relação àquela não deve mais determinar a extinção dos processos indevidamente instaurados perante uma delas, mas a sua remessa e continuação perante a outra, numa mesma relação processual, preservados os efeitos substanciais e processuais produzidos perante o juízo originário que veio a ser declarado incompetente.³³

É valoroso destacar que os conceitos jurídicos se dividem, ainda, em *lógico-jurídicos* ou *jurídico-positivos*, conforme exposição mais uma vez precisa de Leonardo Carneiro da Cunha, citando novamente Juan Manoel Teran:

³⁰ CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Jurisdição e competência*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2008, p. 36.

³¹ *Ibid.*, p. 36.

³² DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V.1. 17ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 204.

³³ GRECO, Leonardo. ‘*Translatio iudicii*’ e a reassunção do processo. In: *Revista de Processo*, n. 166, dez/2008, p.10.

Os conceitos jurídicos podem ser lógico-jurídicos ou jurídicos positivos. Todos os conceitos jurídico-positivos somente se aplicam a uma esfera de validade determinada no tempo e no espaço. A validade de um conceito jurídico-positivo está sujeita à vigência do ordenamento em que se apoia. Diversamente, quando se formula um conceito lógico que serve de base para a conceituação jurídica positiva, essa noção se faz com pretensão de validade universal.³⁴

O conceito da *translatio iudicii* não tem pretensão de validade universal, pois isso não seria possível, notadamente porque a preservação da listipendência e dos seus efeitos, a despeito do reconhecimento da incompetência, depende das normas jurídicas de cada país.

Em suma, ele é um conceito *jurídico-positivo*, ou seja, ele necessariamente variará de acordo com o ordenamento jurídico a ser pesquisado, no tempo e no espaço.

Por isso, ainda que possa haver semelhança com o conceito adotado em outros países, deve-se analisar o conceito à luz dos elementos previstos na ordem jurídica interna, no caso, o direito positivo brasileiro.

3.2. Princípio, regra e sistema – enquadramento na ordem jurídica pátria

No presente tópico, a pesquisa será voltada para a análise das noções elementares sobre princípios, regras e sistema, de modo a possibilitar o correto enquadramento da *translatio iudicii* no ordenamento jurídico brasileiro.

Vale dizer, não se pretende, no presente item do trabalho, adentrar de maneira profunda na complexa e interminável discussão doutrinária sobre a distinção entre princípios e regras, bem como nos demais pormenores que permeiam a temática, dado o escopo da pesquisa proposta.³⁵

O direito se expressa por meio de normas jurídicas.

As normas jurídicas, uma vez positivadas, se exprimem por meio de princípios ou regras que, juntas, compõem o denominado sistema jurídico.

³⁴ CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Jurisdição e competência*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2008, p. 37.

³⁵ Para um estudo mais aprofundado sobre o tema, sugere-se a obra clássica ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. [Theorie der Grundrechte]. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5ª. Ed. Alemã. São Paulo: Malheiros, 2015.

Em perspectiva histórica, é correto afirmar que o atual caráter normativo dos princípios passou por um lento e gradual processo de evolução na doutrina, vislumbrando-se, em resumo, três fases jurídicas distintas: a jusnaturalista, a juspositivista e a pós-positivista.³⁶

Em relação à fase jusnaturalista, Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos expõem o seguinte:

O jusnaturalismo moderno, que começou a formar-se a partir do século XVI, dominou por largo período a filosofia do Direito. A crença no direito natural – isto é, na existência de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma emanada do Estado – foi um dos trunfos ideológicos da burguesia e o combustível das revoluções liberais. Ao longo do século XIX, com o advento do Estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação, o jusnaturalismo chega ao seu apogeu e, paradoxalmente, tem início a sua superação histórica. Considerado metafísico e anti-científico, o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do final século XIX.³⁷

Nessa etapa histórica, os princípios ainda não detinham força normativa. Em verdade, apesar de serem considerados alicerces da ciência jurídica, ainda eram desprovidos de normatividade, pois, à época, dentro do pensamento jusnaturalista, o grau de abstração típico dos princípios não lhe permitia alcançar o poder normativo necessário para obter o grau de norma jurídica. Ou seja, os princípios não eram considerados normas jurídicas, mas sim meras aspirações programáticas.

A segunda etapa histórica percorrida pelos princípios até alcançar o status de norma jurídica é chamada de positivista, conforme explanação mais uma vez precisa e resumida de Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos:

O positivismo filosófico foi fruto de uma crença exacerbada no poder do conhecimento científico. Sua importação para o Direito resultou no positivismo jurídico, na pretensão de criar-

³⁶ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*, p. 8. Disponível em: http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf. Acesso em: 27.06.2017, às 17h36min.

³⁷ Ibidem.

se uma *ciência* jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos *de fato*, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos *de valor*, que representam uma tomada de posição diante da realidade.³⁸

E complementam os autores:

[...] a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei³⁹

Esse segundo momento histórico da busca pela normatividade dos princípios, conforme exposto, foi denominado de positivista.

Nesse momento da história, os princípios passaram a ser considerados fontes normativas subsidiárias, com a finalidade única de extirpar lacunas do ordenamento jurídico. O princípio serviria à lei, sendo sua fonte secundária. A ideia central seria o mero impedimento de lacunas.

Por fim, chama-se de pós-positivista a terceira “onda” histórica dos princípios. Nessa trilha, cita-se mais uma vez Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua

³⁸ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*, p. 8. Disponível em: http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf. Acesso em: 27.06.2017, às 17h36min.

³⁹ *Ibid.*, p. 9.

normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.⁴⁰

Em suma, os princípios no pós-positivismo passam de meras fontes secundárias do Direito para fontes primárias, ganhando relevo e destaque, passando a ser indiscutivelmente considerados normas jurídicas, tal qual a lei.

Visto o aspecto histórico dos princípios, suas fases até o atingimento do atual status normativo, oportuno se faz conceituar essa espécie de norma.⁴¹

Inegavelmente, outras definições sobre os princípios seriam possíveis, pois conceitos tendem a ter particularidades que variam de acordo com cada autor. Contudo, optamos por aquela preconizada por Humberto Ávila:

[...] deveres de otimização aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades normativas e fáticas: normativas, porque a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras que a eles se contrapõem; fáticas, porque o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser determinado quando diante dos fatos.⁴²

Os princípios, enquanto normas jurídicas, desempenham papéis distintos no ordenamento jurídico. A isso se dá o nome de função ou atribuição.

As funções dos princípios, na trilha do que propõe Maurício Godinho Delgado, dependem da fase política ou jurídica.⁴³

Assim, em sua fase política ou pré-jurídica, no desenrolar do processo legislativo, em sede de parlamento, os princípios servem basicamente de vetores, guias na construção das regras por parte dos congressistas. Ou seja, orientam e limitam a atividade legislativa, conforme clara e objetiva explanação de Maurício Godinho Delgado: “Nesse momento os princípios atuam como verdadeiras fontes

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*, p. 9. Disponível em: http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf. Acesso em: 27.06.2017, às 17h36min.

⁴¹ Para o estudo aprofundado do tema, ver ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47313/45714>. Acesso em: 28.06.2017, às 10h05min.

⁴² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 38.

⁴³ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9ª Ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 174.

materiais, na medida em que se postam como fatores que influenciam na produção da ordem jurídica”.⁴⁴

Concluído o processo legislativo, há a segunda fase denominada de jurídica, onde os princípios desempenham papéis ou funções distintas, ora resumidas em descritivas, normativas subsidiárias e normativas concorrentes.⁴⁵

Na função descritiva ou informativa, os princípios não atuam como fonte formal do direito, mas apenas como instrumentos de interpretação da ordem jurídica. São, portanto, iluminadores da compreensão das normas jurídicas, conforme síntese de Godinho: “Cumpram, aqui, sua função mais clássica e recorrente, como veículo de auxílio à interpretação jurídica. Nesse papel os princípios contribuem no processo de compreensão da regra e institutos jurídicos [...]”.⁴⁶

Em relação à função normativa subsidiária, os princípios, conforme o nome sugere, são utilizados como fontes subsidiárias ou supletivas do direito. Ou seja, diante da falta de norma jurídica a regular o caso concreto, os princípios atuam como recurso complementar para evitar a existência de lacunas normativas, em regra, quando a lei, expressamente, menciona o recurso à integração jurídica (arts. 8º da CLT, 4º da LINDB e 126, do CC, por exemplo).⁴⁷ A função subsidiária dos princípios remonta a época do positivismo.

A terceira função dos princípios é a normativa concorrente. Segundo Godinho, essa função surge com doutrinadores da segunda metade do século XX, que imprimiram nova função, desta vez normativa, aos princípios. Entre os doutrinadores citados por Godinho estão Norberto Bobbio e Robert Alexy.⁴⁸

Neste cenário, os princípios atuam como fonte concorrente do direito, concorrendo com as leis propriamente ditas, ora ampliando o seu alcance, ora restringindo-o, ou até mesmo esterilizando-o.

Ao lado dos princípios, compondo o ordenamento jurídico, o conjunto de normas, existem também as regras. As regras jurídicas podem ser conceituadas

⁴⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9ª Ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 174.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 175.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*.

como um determinado padrão de conduta ou comportamento, um modelo e parâmetro da vida em sociedade.

As noções elementares acima expostas já permitem fazer uma distinção, ainda que sucinta e abreviada entre princípios e regras.

Nesse rumo, pela didática e objetividade, ressaltando mais uma vez o escopo do presente trabalho, vale citar novamente Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos:

Regras são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da *subsunção*: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. A aplicação de uma regra se opera na modalidade *tudo ou nada*: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Na hipótese do conflito entre duas regras, só uma será válida e irá prevalecer. *Princípios*, por sua vez, contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Em uma ordem democrática, os princípios frequentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante *ponderação*: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível. Sua aplicação, portanto, não será no esquema *tudo ou nada*, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato.⁴⁹

Princípios e regras compõem o que se denomina de sistema jurídico.

Martsung F.C.R. Alencar, resumindo a ideia de Canotilho, explica:

O sistema jurídico deve ser visto como um sistema normativo aberto de regras e princípios: (1) – é um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas; (2) – é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica {Caliess} traduzida na disponibilidade e ‘capacidade de aprendizagem’ das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da ‘verdade’ e da ‘justiça’; (3) – é um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*, p. 11-12. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf>. Acesso em: 27.06.2017, às 17h36min.

de normas; (4) – é um sistema de regras e de princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regras.⁵⁰

Passado em revista os conceitos de princípios, regras e sistema jurídico, objetivo principal do presente tópico da pesquisa – a distinção entre os princípios e as regras – necessário se faz apontar qual o correto enquadramento da *translatio iudicii* no ordenamento jurídico brasileiro.

Priscila Kei Sato entende a *translatio iudicii* como um princípio, conforme trecho de sua pesquisa ora exposto:

No Brasil, o princípio da *translatio iudicii* e a reassunção do processo fazem parte do sistema processual civil, sem que essas denominações sejam expressamente adotadas. Trata-se da reassunção do processo e remessa dos autos ao juízo competente, nos casos em que é declarada a incompetência relativa. Nessa hipótese, há o aproveitamento de todos os atos (inclusive decisórios) [...].⁵¹

O professor Fredie Didier Jr., por outro lado, sem adentrar profundamente na discussão, enxerga a *translatio iudicii* como um sistema, consoante se pode extrair do seguinte trecho: “O CPC adotou um sistema que consagra a *translatio iudicii*: a preservação da litispendência e dos seus efeitos (materiais e processuais), a despeito do reconhecimento da incompetência.”⁵²

Entendendo, preliminarmente, que não se pode conceituar a *translatio iudicii* como um princípio ou uma regra, pois, conforme será minuciosamente explicitado nos demais capítulos da presente dissertação, trata-se, em verdade, de um sistema, composto por princípios, constitucionais e infraconstitucionais (vide, por exemplo, os princípios do acesso à justiça e da instrumentalidade das formas) e regras (vide, por exemplo, o artigo 64, §4º, do CPC).

Logo, correta a posição de Fredie Didier Jr. ao definir a *translatio iudicii* como um sistema, e não como um princípio.

⁵⁰ ALENCAR, Martsung F.C.R. *O sistema jurídico: normas, regras e princípios*, p. 2. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15037-15038-1-PB.pdf>>. Acesso em: 28.06.2017, às 12:22h.

⁵¹ SATO, Priscila Kei. *Translatio iudicii no direito processual civil brasileiro*. Tese de doutorado. Prof.^a Orientadora doutora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: PUC/SP, 2010, p. 58-59.

⁵² DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V.1. 17ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 204.

3.3. Fundamentos jurídicos e noções elementares conexas

No item anterior, foi mencionado que não se pode conceituar a *translatio iudicii* como um princípio ou uma regra, pois, trata-se, em verdade, de um sistema, composto por princípios, constitucionais e infraconstitucionais, bem como regras.

Nos próximos tópicos do presente estudo, serão expostos os fundamentos jurídicos e as noções elementares mais relevantes para a formação e compreensão das bases desse sistema.

3.3.1. A jurisdição e sua unidade e a competência e sua classificação (relativa e absoluta)

O processo judicial é método de solução de conflitos, conforme já exposto no item anterior, bem como instrumento através do qual a jurisdição é prestada ou exercida.

A palavra “jurisdição” deriva do latim *jurisdictio* e significa, em linhas gerais, “a prerrogativa de dizer o direito, de decidir”.

A doutrina processual clássica conceitua jurisdição como:

[...] uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentando em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada).⁵³

No mesmo sentido é a posição de Chiovenda, que define a jurisdição da seguinte forma:

[...] função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos

⁵³ CINTRA, Antônio Carlos de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.147.

públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.⁵⁴

Um dos traços marcantes da teoria de Chiovenda é a noção de que o juiz seria mero aplicador da vontade concreta da lei, conforme explanação ora exposta:

Dentro deste panorama, ao juiz cabia a função única de aplicar o ordenamento jurídico (leia-se, direito positivado) ao caso concreto que lhe fosse apresentado. A sua atividade resumia-se em analisar se o direito que afirmava ter o autor da demanda era reconhecido por uma norma abstrata prevista no ordenamento jurídico, caso em que o resultado da atividade jurisdicional seria a atuação da vontade da lei mediante a sentença de admissão do pedido ou, eventualmente, através de execução. Diversamente, se após analisar o direito pretendido pelo autor, o magistrado concluísse não haver previsão no ordenamento jurídico para tal caso o resultado da atividade jurisdicional seria a atuação da vontade negativa da lei mediante rejeição do pedido.⁵⁵

Vale dizer, o juiz, nessa visão, seria mero aplicador da lei.

Competiria a ele, portanto, analisar o ordenamento jurídico, encontrar a norma adequada e aplicá-la ao caso concreto, praticando simples subsunção da norma ao fato. Todavia, explica a doutrina o motivo histórico do posicionamento de Chiovenda:

Esta concepção do juiz “boca da lei”, externada na doutrina de Giuseppe Chiovenda, é reflexo da influência racionalista, ideologia da qual decorre também uma concepção essencialmente dispositiva de processo – presente na doutrina de Chiovenda – onde se verifica o predomínio do valor segurança em detrimento dos ideais de justiça do caso concreto.⁵⁶

Modernamente, contudo, há outros conceitos de jurisdição.

⁵⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. V. II. Campinas: Bookseller, 2000, p. 3.

⁵⁵ MACEDO, Elaine Harzheim; BRAUN, Paola Roos. Jurisdição segundo Giuseppe Chiovenda versus jurisdição no paradigma do processo democrático de direito: algumas reflexões. Curitiba PR: ANIMA - *Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*, ano VI, nº 12, jul-dez/2014. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br>> Acesso em: 12.06.2017, às 13h:30.

⁵⁶ *Ibidem*.

O conceito defendido por Fredie Didier Jr., que não se contrapõe integralmente àquele clássico defendido por Chiovenda, traz novos contornos acerca do instituto. Assim, para o citado autor

[...] a jurisdição é a função exercida por terceiro imparcial, através da qual é possível realizar o direito de forma imperativa, reconhecendo/efetivando/protégendo situações jurídicas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para torna-se indiscutível.⁵⁷

Percebe-se que Fredie Didier Jr. supera em parte a ideia de Chiovenda e passa a enxergar o juiz não como sujeito que apenas aplica a lei, mas que exerce função criativa, criadora do direito, pois julgar é algo muito mais complexo do que simplesmente dizer o direito, aplicar concretamente a vontade da lei.

Encampando o papel criativo da atividade jurisdicional, aduz Humberto Ávila o seguinte:

O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores, e a manutenção ou busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização da daqueles fins e à preservação desses valores. O intérprete não pode desprezar esses pontos de partida. Exatamente por isso a atividade de interpretação traduz melhor uma atividade de reconstrução: o intérprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e valores entremostrados na linguagem constitucional.⁵⁸

A jurisdição pode ser compreendida como poder, função e atividade.⁵⁹ Como *poder*, a jurisdição é a exata manifestação do poder estatal, conceituado como atribuição e monopólio, impondo suas decisões a quem quer que seja.

Por se tratar de manifestação soberana do Estado, a doutrina majoritária afasta a ideia de que a arbitragem possa ser considerada atividade jurisdicional, justamente porque ela é praticada por particulares, consistindo, em verdade, em meio alternativo de solução de conflitos.

⁵⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V.1. 17ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p.153.

⁵⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 34-35.

⁵⁹ CINTRA, Antônio Carlos de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.147.

A *função* reside na obrigatoriedade de que tem o Estado, através de seus órgãos jurisdicionais, de promover a pacificação dos conflitos postos a análise e julgamento.

Por fim, enquanto *atividade*, a jurisdição pode ser entendida através da forma como ela se manifesta, se exterioriza, ou seja, como o complexo de atos processuais praticados pelo juiz no curso do processo.

A jurisdição possui natureza jurídica de pressuposto processual de existência, devendo a demanda ser dirigida, processada e julgada por órgão de Estado dotado do poder jurisdicional. Com efeito, demanda processada e julgada por um não juiz, por exemplo, simplesmente não existe no mundo jurídico.

A jurisdição é também marcada por sua unidade.

O raciocínio que se propõe é o seguinte: em sendo a jurisdição função do Estado, se esse é uno e indivisível, pois só há um poder soberano, também una e indivisível será a jurisdição.

Contudo, nem sempre foi assim.

É imperioso revisitar a história para que se possa entender a característica moderna da unitariedade da jurisdição, conforme explicação inicial de John Gilissen, em obra clássica, ao estudar a jurisprudência e a organização judiciária em perspectiva histórica:

A organização judiciária é muito complexa e variada sob o Antigo Regime. Decorrente da evolução das instituições desde a época carolíngia e feudal, compreende elementos antigos que subsistem até ao fim do século XVIII, por exemplo as jurisdições feudais, senhoriais, eclesiásticas, etc., aos quais se sobrepõem as jurisdições dos reis e dos grandes senhores, à medida que o poder destes últimos se consolida.⁶⁰

.....
A partir do século XIII, o rei, em França, em Inglaterra, em Espanha, os duques e os condes noutras regiões, conseguem reforçar a sua autoridade, desenvolvem o seu poder de julgar os seus súbditos e tentam eliminar as jurisdições feudais e senhoriais, ou, pelo menos, submetê-las às suas próprias jurisdições. Os reis conseguem isso em larga medida nos séculos XVI e XVII; mas em certas regiões, sobretudo na Alemanha, em Itália, nos Países Baixos, a resistência dos particularismos locais e regionais manteve-se consideravelmente.⁶¹

⁶⁰ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 382.

⁶¹ *Ibid.*, p. 383.

A organização judiciária no antigo regime foi marcada por uma multiplicidade de jurisdições, fruto da fragmentação do poder da época, tais como as jurisdições feudais, senhoriais e eclesiásticas.

Todavia, na medida em que o poder político dos monarcas avançou, teve início a eliminação progressiva das ditas múltiplas jurisdições, passando os súditos a serem processados e julgados perante o rei, havendo uma nítida concentração de poder na mão do soberano.

Saliente-se que essa concentração de poder somente no futuro viria a ser superada, quando da instauração do denominado estado de direito em superação ao estado absolutista.

A explicação de Raphael Sznajder sobre o tema é pertinente:

Entretanto, a falta de limites no exercício do poder, antevista, v.g., até mesmo na eliminação ou subordinação progressiva das jurisdições feudais, senhoriais e eclesiásticas, acabou conduzindo à concentração excessiva de poder nas mãos das monarquias absolutistas. Daí as revoltas e revoluções que se seguiram até o advento do denominado Estado de Direito, que inaugurou uma nova era, justamente, de limites ao exercício do poder.⁶²

Nesse rumo, da multiplicidade de jurisdições até a unidade exercida pelo monarca e, posteriormente, pelo Estado, através do Poder Judiciário, passaram-se séculos, fruto direto das concepções modernas de Direito, Estado e Poder.

Portanto, é correto afirmar que a noção moderna de jurisdição está ligada diretamente à ideia de Estado democrático de direito.

No antigo regime, absolutista, concentrado na mão do monarca, a burguesia descontente teve papel fundamental na busca por transformações desse modelo de Estado, centralizador e autoritário, para o estado de direito. Passou-se então, gradativamente, do Estado absoluto ao que se denominava de Estado Liberal.

⁶² SZNAJDER, Raphael. *O princípio da unidade da jurisdição no Estado Democrático de Direito*: breves considerações sobre a obrigatoriedade de reunir os processos intervinculados. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/RaphaelSznajder.pdf>>. Acesso em: 16 de junho de 2017, às 09h:04min.

Com efeito, no Estado Liberal, o protagonismo do Estado saiu de cena, e o liberalismo avançou baseado nas noções absolutas de liberdade, conforme apontam didaticamente Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan Morais:

O Estado Liberal de Direito apresenta-se caracterizado pelo conteúdo liberal de sua legalidade, onde há o privilegiamento das liberdades negativas, através de uma regulação restritiva da atividade estatal. A lei, como instrumento da legalidade, caracteriza-se como uma ordem geral e abstrata, regulando a ação social através do não-impedimento de seu livre desenvolvimento; seu instrumento básico é a coerção através da sanção das condutas contrárias. O ator característico é o indivíduo.⁶³

Contudo, a ideia de liberdade absoluta gerou novas distorções e tensões no tecido social, pois como o Estado, com amparo legal, não intervinha nas relações particulares, ou intervinha minimamente, a polarização entre a dita elite dominante e o proletariado culminou por ganhar relevo, pois inexistia igualdade e limites entre a classe dominante (burguesia) e a dominada (proletários), conforme explica Siddharta Legale Ferreira, citando as ideias de Paulo Bonavides e Leo Huberman:

Sob o manto da liberdade e separação de poderes, escondia-se que o Estado Liberal acabou se prestando a atender os interesses da classe social emergente, a burguesia. Critica-se que, deflagrada as revoluções, o “quarto estado”, os mais pobres da Revolução Francesa, acabaram esquecidos. O proletariado acabou subjugado a condições desumanas das grandes cidades como Paris e Londres, desde as péssimas condições de trabalho até as moradias degradantes desprovidas de um mínimo de saneamento básico.⁶⁴

Os dominados, no fundo, clamavam para que o Estado satisfizesse suas necessidades básicas, com a respectiva melhoria de suas condições sociais.

Assim, mais uma vez, a classe descontente, pouco a pouco, conseguiu alterar o papel do Estado, que passou de Liberal ao denominado Estado Social.

Esse modelo teve como traço distintivo a intervenção do Estado na tentativa de garantir as aspirações de melhoria da condição social da classe proletária, notadamente em meados do século XX. O discurso social, contudo,

⁶³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.102.

⁶⁴ LEGALE, Siddharta Ferreira. *Estado Social e Estado democrático de direito*. Disponível em: <http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Concurso-CSPB-monografiasiddharta.pdf>. Acesso em: 16. 06. 2017, às 12h:11.

empolgou a tomada de poder por parte de Mussolini e Hitler, por exemplo, e culminou com o fascismo e a Segunda Guerra Mundial, respectivamente.

As cicatrizes de duas grandes guerras levaram os Estados a repensarem os mecanismos de proteção contra o arbítrio do próprio Estado ante o seu povo, institucionalizando-se, portanto, os denominados direitos e as garantias fundamentais, passando a lei a ser o parâmetro, o limite e até mesmo a legitimidade do exercício do poder.

Dentro desse contexto, absolutamente resumido na presente pesquisa, até mesmo devido à pertinência temática do que ora se propõe analisar, surge o que se denominada Estado democrático de direito que, em síntese, é aquele em que se pretende limitar o poder estatal, garantindo-se aos homens o respeito aos direitos e garantias fundamentais, conforme exposição objetiva de Fernando Capez:

Verifica-se o Estado Democrático de Direito não apenas pela proclamação formal da igualdade entre todos os homens, mas pela imposição de metas e deveres quanto a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; pela garantia do desenvolvimento nacional; pela erradicação da pobreza e da marginalização; pela redução das desigualdades sociais e regionais [...].⁶⁵

Assim, superada a etapa histórica, o exercício da jurisdição passa a ser um traço da soberania do Estado, função privativa do Poder Judiciário, notadamente do Estado de democrático de direito.

No sentido do que ora se afirma, é a visão de Ada Pellegrini Grinover, citada por Nelson Luiz Pinto:

A função jurisdicional, que é uma só a atribuída abstratamente a todos os órgãos do Poder Judiciário, passa por um processo gradativo de concretização, até chegar-se à determinação do juiz competente para determinado processo: através de regras constitucionais e legais que atribuem a cada órgão o exercício da jurisdição com referência a dada categoria de causas (regras de competência), excluem-se os demais órgãos jurisdicionais para que só aquele deva exercê-la, em concreto.⁶⁶

⁶⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. V.1. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 6.

⁶⁶ PINTO, Nelson Luiz. *A convenção de arbitragem, sua força vinculante e seus reflexos*. Disponível em: <http://www.editorajc.com.br/2010/05/a-convencao-de-arbitragem-sua-forca-vinculante-e-seus-reflexos-na-juris-dicao-penal/>. Acesso em: 14.06.2017, às 10h44min.

É valoroso destacar que a divisão em Justiça do Trabalho, Justiça Estadual, Justiça Eleitoral e Federal, por exemplo, não contradiz o que aqui se afirma, pois essa divisão é apenas aparente e tem o condão de tão somente racionalizar a prestação jurisdicional, ou seja, organizar a prestação dos serviços judiciais por parte do Estado, pois, de certo, seria ainda mais crônico se todo o poder fosse concentrado formalmente em um único órgão, o que levaria a graves entraves administrativos e, talvez, ao colapso do próprio sistema.

Fredie Didier Jr., em arremate, ainda expõe o seguinte:

Distribuem-se as causas pelos vários órgãos jurisdicionais, conforme suas atribuições, que têm seus limites definidos em lei. Limites que lhes permitem o exercício da jurisdição. A jurisdição é una, porquanto manifestação do poder estatal. Entretanto, para que seja mais bem administrada, há de ser exercida por diversos órgãos distintos.⁶⁷

Nessa toada, a dita divisão em “ramos” do Poder Judiciário não significa, em nenhuma hipótese, exceção à unidade da jurisdição, e sim a mera repartição do poder jurisdicional por órgãos distintos, segundo critérios previstos em lei. Esse fenômeno, contudo, não equivale à existência de mais de uma jurisdição, pois de jurisdição não se trata, mas sim de competência.

O conceito de competência é extraído da teoria geral do direito, e não da teoria geral do processo. Pode se falar, por exemplo, em competência administrativa, legislativa, executiva e jurisdicional, que é a que importa para o presente estudo.

“Competência” significa “limitação de poder” e, ao mesmo tempo, “autorização para exercício de poder”. Refere-se, em resumo, a uma atribuição que é dada a um órgão jurisdicional para processar e julgar determinadas casos, conforme clássico ensinamento doutrinário: “Chama-se de competência a quantidade de jurisdição, cujo o exercício é atribuído a cada órgão ou grupo de órgãos [...]. Nessa ordem de ideias é clássica a conceituação da competência como

⁶⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V.1. 17ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p.197.

medida de jurisdição [...]”.⁶⁸ Trata-se de conceito lógico-jurídico (ou jurídico-universal).

Vale dizer, o conceito de competência tende a ser o mesmo independentemente do ordenamento jurídico que se investigue, não sofrendo mutações, de tempo e espaço, em que pese possam ser distintos os momentos históricos e os ordenamentos.⁶⁹

Existem princípios constitucionais diretamente relacionados à competência, são eles: o devido processo legal (art. 5º, incisos LIV e LV, da CRFB) e o juiz natural (art. 5º, inciso LIII, da CRFB).⁷⁰

Há, ainda, subprincípios relacionados à distribuição da competência decorrentes do princípio do juiz natural que, segundo Canotilho, citado por Fredie Didier Jr, seriam os seguintes: *tipicidade* – a competência dos órgãos constitucionais é aquela expressa na Constituição, a exemplo do art. 114 da CRFB; e *indisponibilidade* – a competência não pode ser transferida para outros órgãos.⁷¹

A competência, enquanto atribuição que é dada a um órgão jurisdicional para processar e julgar determinados casos, é distribuída de maneiras distintas, através de critérios distintos, sempre com prévia previsão normativa.

Assim, de acordo com o artigo 44 do CPC, podem versar sobre competência normas constitucionais e infraconstitucionais (lei em sentido estrito). Todavia, apesar do silêncio do artigo, os regimentos internos dos tribunais e até mesmo negócios jurídicos processuais entabulados pelas partes (foro de eleição) também podem fixar regras de competência.

É importante ressaltar ainda que, de acordo com a teoria dos poderes implícitos (*Implied Power*), não há vácuo de competência, ou seja, sempre haverá um órgão competente para prestar a jurisdição, ainda que a dita competência não seja expressa, conforme exemplo dado por Fredie Didier Jr., em análise do instituto da reclamação constitucional, nos seguintes termos:

⁶⁸ CINTRA, Antônio Carlos de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.248.

⁶⁹ CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Jurisdição e competência*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2008, p. 37.

⁷⁰ Ao longo do texto, os princípios constitucionais mais relevantes para o presente trabalho serão tratados de forma pormenorizada.

⁷¹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V.1. 17ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p.199.

A reclamação constitucional nasceu na jurisprudência do STF com fundamento no princípio dos poderes implícitos: os tribunais têm poderes implícitos, a exemplo do poder geral de cautela. Os poderes implícitos dos tribunais são necessários ao exercício de seus poderes explícitos. Tendo os tribunais o poder explícito de julgar, têm o poder implícito de dar efetividade às próprias decisões e o de defender a própria competência. Para exercer esse poder implícito, concebeu-se a reclamação constitucional. Em virtude de tais poderes implícitos, inerentes a qualquer tribunal, deve-se admitir a reclamação constitucional perante os tribunais.⁷²

Foi dito anteriormente que a competência é distribuída de maneiras distintas, através de critérios distintos, sempre com prévia previsão normativa. Pois bem, a doutrina majoritária aponta, em regra, os seguintes critérios para fixação da competência.

O *objetivo*, que leva em consideração elementos identificadores da demanda. É sabido que a demanda se identifica ante a análise das partes, causa de pedir, e pedido. Portanto, nesse critério, a competência será fixada em razão das pessoas (partes), da matéria (causa de pedir/natureza da relação jurídica controvertida) e do valor atribuído à causa (pedido).

Destaca-se também o critério *funcional*, que leva em consideração o órgão julgador (juiz singular, órgão colegiado, tribunal).

Por fim, há o critério *territorial*, que leva em conta o limite geográfico, o local onde a demanda deverá tramitar (domicílio do réu, por exemplo).

É importante salientar que os critérios de distribuição da competência podem ser conjugados, ou seja, não são excludentes. Logo, é possível que a lei fixe a competência em razão da matéria e da pessoa, concomitantemente, conforme exemplo constante do artigo 114, inciso I, da CRFB.

A competência pode ser classificada de diversas formas, destacando-se, para o presente estudo, àquela que leva em conta os interesses das partes, dividindo-se os interesses em particulares ou públicos.

Assim, adota-se a classificação que divide a competência em relativa e absoluta.

⁷² DIDIER JR., Fredie. *Editorial* 120. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-120/>> Acesso em: 14.06.2017, às 13h43min.

A competência relativa é aquela que visa a atender a interesse particular, privado, disponível. Essa competência, segundo Francisco Dantas, é aquela que: “Pode ser modificada pela vontade das partes, tendo em vista que foi instituída para atender aos seus interesses. [...] sofre o influxo do poder dispositivo das partes, razão pela qual pode ser alterada por ela, sendo, portanto, derogável”.⁷³

A competência fixada em razão do lugar e do valor da causa servem como exemplos. Todavia, é preciso observar que há hipóteses de competência territorial absoluta (vide, por exemplo, o art. 48 do CPC), bem como de competência em razão do valor da causa (vide Lei dos Juizados Especiais Federais). Por isso, o critério determinante é o da natureza do interesse a ser tutelado. Exige-se do intérprete análise da finalidade social da norma sobre competência.

A competência relativa não pode ser conhecida de ofício pelo juiz (Súmula 33 do STJ). A exceção se dá, por exemplo, quanto ao foro de eleição, antes da citação (art. 63, parágrafo 3º do CPC), quando, então, o juiz poderá conhecê-la de ofício, observados os estritos termos legais.

Em se tratando de processo do trabalho, por exemplo, o art. 795, §1º, da CLT sugere que a incompetência relativa possa ser conhecida *de ofício* pelo juiz. Entretanto, quando a CLT fala em foro, refere-se a juízo, e não a local, território, a competência territorial propriamente dita, conforme adequada lição doutrinária:

O art. 795, §1º, da CLT estabelece que deverá ser declarada *ex officio* a nulidade fundada em incompetência de foro, sendo considerados em tal caso nulos os atos decisórios. No entanto, a redação do artigo mencionado é frágil, sendo desprovida da boa técnica legislativa.

.....
Com efeito, quando o art. 795, §1º, consolidado, menciona a “incompetência de foro”, em verdade se referiu-se à incompetência absoluta (seja em razão da matéria ou da pessoa), a qual pode ser declarada de ofício, e não à incompetência territorial (foro), que é relativa, dependendo de provocação do interessado.⁷⁴

Por ser relativa a competência, somente pode ser arguida pelo réu em preliminar de contestação (art. 64 do CPC), sob pena de preclusão e prorrogação da competência (art. 65 do CPC).

⁷³ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Teoria geral do processo*. 2ª Ed. São Paulo: Método, 2007, p.92.

⁷⁴ SARAIVA, Renato. *Processo do trabalho*. 4ª Ed. São Paulo: Método, 2008, p. 301.

Porém, em se tratando de processo do trabalho, é importante registrar que, apesar da alteração promovida pelo CPC de 2015 quanto à forma de arguição da incompetência relativa, a CLT, baseada ainda no CPC de 1939, mantém a exceção como forma de arguir o vício, de acordo com o artigo 799 da CLT, mesmo após a reforma trabalhista de 2017.

Todavia, firme nos princípios que informam o processo do trabalho, notadamente os princípios da simplicidade e da celeridade,⁷⁵ invocando-se ainda o disposto no art. 15 do CPC, entendo que o CPC deverá ser aplicado de maneira supletiva ao processo do trabalho, de modo a permitir que a incompetência relativa seja arguida também através de preliminar de contestação.

A arguição de incompetência relativa pode ser feita pelas partes. O Ministério Público também poderá argui-la, inclusive quando atuar como fiscal da lei (art. 65, parágrafo único, do CPC).

O assistente simples, por outro lado, por ser mero coadjuvante no feito, não pode arguir essa incompetência, conforme interpretação extensiva do art. 122 do CPC.

Em oposição à competência relativa, disponível, passível de alteração pela vontade das partes, há a regra que estabelece a competência para atender a interesse público, indisponível, que se denominada absoluta, de que são exemplos a competência funcional, em razão da matéria e da pessoa.

A incompetência absoluta pode ser conhecida de ofício pelo juiz (art. 64, §1º, do CPC), bem como pode ser alegada pelas partes e pelo Ministério Público, ainda que esse funcione como fiscal da lei.

O réu deve arguir a incompetência em preliminar de contestação (art. 64 do CPC), podendo fazê-lo em qualquer tempo e grau de jurisdição. Ou seja, nessa hipótese, inexistente a figura da preclusão em caso de inércia do réu.

A incompetência absoluta pode ser arguida, inclusive após o trânsito em julgado, via ação rescisória, conforme disposto no art. 966, inciso II, do NCPC.

As regras de competência absoluta não podem ser alteradas pela vontade das partes, justamente por tutelarem direito indisponível, que não está ao alcance dos contendores.

⁷⁵ Os princípios do processo do trabalho serão abordados de maneira detalhada em item específico do trabalho.

A incompetência, mesmo a absoluta, em regra, não gera a extinção do processo, mas sim a remessa dos autos para o juízo competente (art. 64, §3º, do CPC).⁷⁶ Da mesma forma, a incompetência, mesmo a absoluta, não gera a nulidade automática dos atos processuais decisórios, conforme prevê o art. 64, §4º, parte final, do CPC).⁷⁷

É valoroso destacar, ainda, em matéria de competência, que há a regra do *kompetenzkompetenz*, no sentido de que todo órgão jurisdicional goza de uma parcela mínima de competência, ao menos para dizer que é incompetente. Essa regra se comprova pelo simples fato de que uma vez arguida a incompetência, compete ao juízo perante o qual ela foi arguida dizer, em primeiro lugar, se ele é ou não incompetente para processar e julgar o feito.

3.3.2. Princípios constitucionais – devido processo legal; acesso à justiça; duração razoável do processo

Já foi mencionado, na trilha do proposto pelo professor Fredie Didier Jr., que a *translatio iudicii* deve ser vista como um sistema, consoante se pode extrair deste trecho de sua obra: “O CPC adotou um sistema que consagra a *translatio iudicii*: a preservação da litispendência e dos seus efeitos (materiais e processuais), a despeito do reconhecimento da incompetência.”⁷⁸

Esse sistema, conforme também já ventilado, é composto de princípios, dentre eles princípios constitucionais, notadamente os princípios do devido processo legal, juiz natural, duração razoável do processo e acesso à justiça.

Esses princípios, juntos, compõem o núcleo constitucional do sistema. O professor Fredie Didier Jr., trazendo um dado pouco conhecido e explorado pela doutrina, sinaliza que, no direito alemão, já em 1037, portanto bem antes de 1215, haveria menção ao que posteriormente seria denominado de devido processo legal.⁷⁹

⁷⁷ O tema será melhor explorado em item específico.

⁷⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V.1. 17ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 204.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 64.

De toda sorte, a história do princípio em análise, segundo a doutrina dominante, teve início com a Magna Charta do rei João Sem Terra, no ano de 1215, especificamente em seu artigo 39:

39. Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, excepto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país.⁸⁰

É oportuno observar que, no texto da Magna Charta, não há nenhuma menção à consagrada locução inglesa *due process of law*, pois, segundo afirma Nelson Nery Jr,⁸¹ a expressão somente foi utilizada pela primeira vez em determinada lei inglesa que data de 1354.

Ainda segundo o doutrinador,⁸² posteriormente, antes mesmo de a Constituição federal americana tratar do tema, algumas constituições estaduais daquele país fizeram menção ao aludido princípio constitucional.

Conceituar um princípio é tarefa por si só complexa, justamente porque os princípios, ao contrário das regras, tendem a ser flexíveis, escorregadios, de conteúdo mais amplo e aberto.

O devido processo legal, enquanto princípio-chave, mãe, em sua versão formal ou processual – sim, pois, como sabido, há também a versão material ou substantiva (princípios da razoabilidade e proporcionalidade) – pode ser conceituado como o direito que os litigantes possuem em processo judicial, administrativo ou mesmo arbitral de terem assegurado que o seu caso será julgado de forma justa, por juiz imparcial, com a observância da mais ampla defesa e o contraditório, em tempo razoável (art. 5º, inciso LIV, da CRFB).

O conceito acima, vago e propositalmente impreciso, demonstra com clareza solar que bastaria a mera menção no texto constitucional ao aludido princípio para que os litigantes tivessem assegurados todos os direitos e garantias fundamentais de índole processual, sem precisar fazer menção a qualquer outro

⁸⁰ INGLATERRA. *Magna Carta do rei João Sem Terra*, 1215. Disponível em: <http://corvobranco.tripod.com/dwnl/magna_carta.pdf>. Acesso em: 30.07.2015.

⁸¹ NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição federal*. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 61-63.

⁸² *Ibidem*.

princípio (contraditório; motivação das decisões judiciais; ampla defesa; juiz natural etc.).

O princípio do *due process of law* é a maior garantia que o cidadão possui de que não será preso, condenado ao pagamento de determinada importância, ou mesmo obrigado a fazer isso ou aquilo sem um processo justo, presidido por uma autoridade imparcial, com direito, via de regra, a defesa técnica, bem como ciente dos motivos que levaram o juiz a tomar determinada decisão.

Nelson Nery Jr, em citação precisa de Celso de Mello Filho, esclarece as formas com que o aludido princípio se exterioriza, a saber:

a) direito à citação ao conhecimento do teor da acusação; b) direito a um rápido e público julgamento; c) direito ao arrolamento de testemunhas e as notificações das mesmas para comparecimento; d) direito ao procedimento contraditório; e) direito contra medidas ilegais de busca e apreensão; h) direito de não ser acusado nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas; i) direito à assistência judiciária, inclusive gratuita [...].⁸³

Em suma, bastaria “a Constituição Federal de 1988 ter enunciado o princípio do devido processo legal, e o caput e os incisos do art. 5º, em sua grande maioria, seria absolutamente despiciendos.”.⁸⁴

Corolário lógico do devido processo legal é o princípio do juiz natural, que se revela em dimensões distintas, ora sintetizadas: (1) Não haverá juízo ou tribunal de exceção (*ad hoc*) (art. 5º, XXXVII, da CF/88); (2) Todos têm direito de se submeter a um juízo competente *previamente* constituído na forma da lei (CF/88, art. 5º, LIII); (3) O juiz competente deve ser imparcial.

A primeira menção a esse princípio, com esse nome, se deu na Constituição francesa de 1814 e, posteriormente, a contar dessa data, foi reproduzida na legislação de outros países.

Na atualidade, esse princípio é amplamente consagrado na Espanha, Itália, Alemanha, Uruguai, Argentina, México, Panamá, Colômbia, Bolívia, Suíça, Portugal, entre outros países.⁸⁵

⁸³ NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição federal*. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 70.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Jurisdição e competência*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2008, p. 58.

No Brasil, o princípio do juiz natural foi previsto pela Constituição de 1824, bem como em todas as demais, até 1988, estando ausente, apenas, segundo parte da doutrina, na Constituição de 1937.⁸⁶

Leonardo Carneiro da Cunha, na linha do que já foi supra afirmado, citando Luigi Ferrajoli, conceitua o aludido princípio da seguinte maneira:

Na verdade, a garantia do juiz natural contém três significados: a necessidade de o julgador ser pré-constituído, e não constituído *post factum*; a inderrogabilidade e indisponibilidade da competência; e a proibição de juízes extraordinários e especiais.⁸⁷

Alexandre de Moraes complementa o referido autor e explica ainda o seguinte:

O referido princípio deve ser interpretado em sua plenitude, de forma a não só proibir a criação de Tribunais ou juízos de exceção, como também exigir respeito absoluto às regras objetivas de determinação de competência, para que não seja afetada a independência do órgão julgador.⁸⁸

A vedação à criação de juízos ou tribunais de exceção (*ad hoc*) (art. 5º, XXXVII, da CF/88) é uma garantia do jurisdicionado e revela a proibição constitucional expressa de serem constituídos tribunais de ocasião, passageiros, específicos, após o surgimento dos fatos que renderam ensejo à demanda judicial.

Leonardo Carneiro da Cunha explica que as justiças especializadas não violam o princípio em exame, conforme didática exposição do referido autor:

A vedação de juízo ou tribunal de exceção não alcança as justiças especializadas ou órgãos com competência específica, definida pela matéria ou pela função, pois estes últimos são pré-constituídos, de forma permanente ou orgânica. As justiças especializadas, longe de constituírem juízos ou tribunais de exceção, existem para julgar casos relacionados com determinadas matérias ou com a denominada prerrogativa de função; não consistem em poder de comissão, por não serem criadas especificamente para casos concretos já ocorridos. As justiças especializadas não se confundem com tribunais de

⁸⁶ CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Jurisdição e competência*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2008, p. 59.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 62.

⁸⁸ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas S.A., 2002.

exceção, exatamente porque são compostas de órgãos prefixados para o julgamento da generalidade de casos [...].⁸⁹

Outra dimensão do princípio do juiz natural é o fato de que todos têm direito de se submeter a um juízo competente previamente constituído, na forma da lei.

Vale dizer, as regras de competência devem, em regra, ser fixadas previamente pela lei, regimento interno de tribunal ou, excepcionalmente, pela vontade das partes (foro de eleição), desde que respeitados os ditames legais.⁹⁰

Por fim, o juiz competente deve ser imparcial, ou seja, decidir o conflito de maneira justa, equidistante, sem prejudicar ou privilegiar quaisquer das partes.

Os códigos de processo civil brasileiros, tradicionalmente, sempre trouxeram regras no sentido de que o julgador precisa decidir de modo justo e imparcial.

O CPC atual, de 2015, também contempla essas regras. Trata-se das regras de impedimento e suspeição dos juízes.

As causas de impedimento e de suspeição estão previstas nos artigos 144 a 148 do CPC e dizem respeito exatamente à imparcialidade do juiz no exercício da atividade jurisdicional.

O impedimento tem caráter objetivo, enquanto que a suspeição tem relação subjetiva.

No impedimento, há presunção absoluta (*juris et de jure*) de parcialidade do juiz em determinado processo, enquanto, na suspeição, há apenas presunção relativa (*juris tantum*).

O CPC, por exemplo, explicita que o magistrado está impedido de exercer suas funções em processos de que for parte ou neles tenha atuado como advogado.

O juiz será considerado suspeito, por outro lado, por sua parcialidade, quando, por exemplo, for amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes, receber presente antes ou depois de iniciado o processo, aconselhar alguma das partes sobre a causa etc.

⁸⁹ CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Jurisdição e competência*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2008, p. 63.

⁹⁰ Vide capítulo do presente trabalho sobre jurisdição e competência.

O terceiro princípio constitucional que compõe o sistema da *translatio iudicii* é o denominado princípio do acesso à justiça.⁹¹

O aludido princípio está previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição federal, que diz: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.”. Esse princípio recebe também denominações distintas, como, por exemplo, princípio da inafastabilidade do controle ou da tutela jurisdicional e princípio do direito de ação, entre outros.

Em relação à síntese histórica, explica Manoel Antonio Teixeira Filho o seguinte:

A garantia do direito de ação traduz, aliás, uma salutar tradição da constituição de nosso País. Praticamente, todas as Constituições republicanas contiveram cláusula a esse respeito. Exceção isolada foi a carta de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, na qual não se inscreveu essa garantia. Esse período de exceção ao Estado de Direito, felizmente, já parte de um passado (obscuro, por certo). Merece ser referido – e, sem dúvida, lamentado – também o fato de o Ato Institucional n.5, de 13 de dezembro de 1968, haver excluído “de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares bem como os respectivos efeitos” (art. 11).⁹²

É possível extrair do aludido princípio norma no sentido de que a Constituição garante a todos, pessoas físicas, jurídicas ou mesmo entes despersonalizados, o mais amplo acesso à justiça, seja para postular tutela jurisdicional preventiva ou mesmo ressarcitória.

O princípio em exame não é limitado apenas a direitos individuais, mas também alberga direitos coletivos, difusos, ou mesmo individuais homogêneos.

O alcance do princípio constitucional em estudo deve ser medido para algo muito além de uma garantia meramente formal.

Assim, deve o intérprete partir dos próprios fundamentos básicos do Estado democrático de direito, notadamente o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, para concluir qual é a tutela jurisdicional efetiva e justa a que a Carta Política se refere ao garantir o direito de acesso à justiça.

⁹¹ Para um estudo mais aprofundado do tema, ver CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. brasileira Elen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

⁹² TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de direito processual do trabalho*. V. I. São Paulo: LTr, 2009, p. 41.

A noção mais básica e limitada do princípio do acesso à justiça se refere a faculdade de obter do Estado-juiz a tutela para a prevenção ou lesão a direitos.

Dentro desse contexto, o acesso à justiça estaria relacionado com o direito de ação e seu exercício, bem como com a existência de um Poder Judiciário aparelhado para processar e julgar eventuais demandas que lhe sejam submetidas.

Assim, extrai-se do princípio em comento que nem mesmo a lei poderá subtrair da análise do Poder Judiciário os pleitos que lhe sejam dirigidos pelos litigantes.

Neste rumo, resumidamente, é possível afirmar que as partes têm o direito de acesso pleno à justiça, não devendo sofrer, nem mesmo por imposição legal, embaraços de ordem econômica, social, psicológica ou mesmo jurídica.

Os custos do processo, seja através de custas, taxas judiciárias, emolumentos, honorários de advogado, entre outros, se traduzem em um dos principais empecilhos para o pleno acesso à justiça. Por esse motivo, nenhuma imposição de ordem econômica poderá impor limitações ao exercício do direito de ação.

Assim, visando desbloquear o acesso ao Judiciário, há, no ordenamento jurídico pátrio, a possibilidade de litigar sob o pálio da gratuidade de justiça, sob a orientação de advogados públicos (assistência judiciária gratuita), sem o pagamento de nenhuma despesa processual, por exemplo.

O acesso à justiça também não poderá sofrer restrições de índole social, assim entendida como o desconhecimento dos direitos básicos por parte das camadas menos abastadas da sociedade, o que, de certa forma, também se traduz em violência à busca pela efetivação dos seus direitos.

Trata-se de fenômeno comum em países subdesenvolvidos, como o Brasil, onde a educação e a inadequada distribuição de renda impõem desigualdades cavalares à boa parte da população. Esses vícios sociais são responsáveis por um inexistente acesso à justiça, mesmo na hipótese de violação a direitos, pois não se briga por aquilo que se ignora.

A jurisdição também não pode ser afastada por critérios meramente psicológicos.

Vale dizer, não pode haver por parte dos jurisdicionados receio de desagradar autoridades, advogados, promotores, pelo simples fato de movimentarem a máquina judicial.

Não se pode falar, ainda, em receio de sofrer represálias por partes daqueles que têm contra si decisões desfavoráveis.

O que ora se afirma é muito comum em processos, por exemplo, na esfera trabalhista, onde há, por parte do trabalhador, reclamante, o receio de ser alijado do mercado de trabalho, caso ingresse com demanda judicial em face de seu empregador, o que se denominada “lista negra”.

Embaraços jurídicos, em regra, também não são tolerados pelo aludido princípio constitucional.

Assim, a ideia de esgotamento prévio das vias administrativas ou a impossibilidade do deferimento de liminar contra o poder público ofendem o ideal de acesso à jurisdição que, conforme exposto, deve ser pleno.

É valoroso destacar que o constituinte originário, e apenas ele, pode limitar ou restringir o acesso à justiça, tal como consta no texto Constitucional no caso de lides desportivas perante a Justiça Desportiva (art. 217, § 1º).

A exigência do preenchimento de certas condições da ação (legitimidade, interesse de agir, possibilidade jurídica do pedido etc.), por exemplo, também não deve ser vista como violência ao princípio, pois inexistente direito absoluto.

Logo, condições razoáveis, proporcionais, poderão, sim, ser impostas aos litigantes, sem qualquer pecha de inconstitucionalidade.

A arbitragem, método alternativo de solução de conflitos, também não violenta o princípio em estudo, conforme exposição de Nilton Cesar Antunes da Costa, citado por Luciano Elias Reis:

[...] é indubitável a constitucionalidade da Lei nº 9.307/96, o que se justifica pelas razões sucintamente lançadas: a) desmistificação do monopólio estatal da jurisdição, que também se estende ao(s) árbitro(s); b) autonomia da vontade para acionar ou renunciar a jurisdição estatal (opção do jurisdicionado); c) as partes podem dispor livremente dos bens patrimoniais; d) a própria lei da arbitragem admite em seu bojo mecanismos de intervenção do Poder Judiciário em determinadas circunstâncias, v.g. nulidades, execução forçada, direitos indisponíveis, efetivação das tutelas de urgência (arts. 22, §§ 2a e 4o, 32, 33 e parágrafos, todos da Lei nº 9.307/96); e) em caso de recalcitrância por parte daquele que contratou a cláusula

compromissória, o compromisso da arbitragem deve ser realizado judicialmente (art. 7o).⁹³

Saliente-se que o direito de ação não se confunde com o direito constitucional de petição, conforme lição de Manoel Antonio Teixeira Filho:

Embora determinado seguimento da doutrina se recuse a distinguir o direito de ação do direito de petição, parece-nos que essa separação é necessária. Assim dizemos, não em decorrência do fato de o primeiro estar previsto no inciso XXXV, e o segundo, no inciso XXXIV, a, ambos do art. 5º da Constituição, e sim porque enquanto aquele, como vimos, destina-se a obter um pronunciamento jurisdicional, este visa a uma resposta ou manifestação dos poderes públicos em geral, aí incluída a Administração e a Legislatura. O direito de petição é de natureza política.⁹⁴

Por último, fechando os princípios constitucionais que integram o sistema brasileiro da *translatio iudicii*, cita-se o que se refere à duração razoável do processo.

Reza o artigo 8º, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) que

Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.

Fredie Didier Jr. explica o seguinte:

A República Federativa do Brasil é signatária desse Pacto, que adquiriu eficácia no plano internacional em 18 de julho de 1978. O Congresso Nacional editou o Decreto 27, de 26 de maio de 1992, aprovando o seu texto. O Governo Federal depositou em 25 de setembro do mesmo ano, a Carta de Adesão ao mencionado pacto. Com a ulterior publicação do Decreto 678 (09.11.1992), o Pacto de São José da Costa Rica foi promulgado e incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro. O procedimento de

⁹³ REIS, Luciano Elias. *A arbitragem e a Constituição da República de 1988*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10712. Acesso em: 06.06.2017.

⁹⁴ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de direito processual do trabalho*. V. I. São Paulo: LTr, 2009, p. 42.

incorporação do tratado foi respeitado em seus mínimos detalhes.⁹⁵

Vale dizer, ante a natureza do Pacto e o procedimento adotado, tratava-se, desde a origem no ordenamento brasileiro, de norma constitucional.

Em 2004, ante a EC 45/2004, houve a inclusão do inciso LXXVIII ao art. 5º da CRFB, com o seguinte teor: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Há princípio idêntico no art. 4º do CPC/2015: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”.

Dificuldade reside na implementação e dimensão do que seja o conceito de "razoável duração do processo". Todavia, Fredie Didier Jr. aponta a diretriz que ora se adota:

[...] devem ser observados três critérios para que se determine se a duração do processo é, ou não, razoável: a) a complexidade do assunto; b) o comportamento dos litigantes e de seus procuradores ou da acusação e da defesa do processo; c) a atuação do órgão jurisdicional.⁹⁶

E conclui o referenciado autor:

Esses critérios devem ser sopesados de acordo com as peculiaridades do caso; um não é mais importante do que o outro. Trata-se de elementos tipológicos: eles não são individualmente, nem necessários, nem suficientes, para a concretização da demora irrazoável;⁹⁷

Em suma, não há fisicamente um dado temporal que diga se o processo tramita em velocidade razoável ou não. Há, conforme exposto, critérios, elementos indicativos para mensuração do tempo. Ou seja, somente o caso concreto poderá apontar sobre a adequação temporal do feito.

⁹⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V.1. 17ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 94.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 95.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 95.

Vistos de forma geral e abrangente, os princípios constitucionais componentes do sistema da *translatio iudicii*, oportuno se faz demonstrar, objetivamente, o liame de cada um deles com o sistema em estudo.

É impossível falar em direitos e garantias fundamentais de ordem processual sem mencionar o princípio do devido processo legal, pois, conforme já exposto, ele é a célula base de todos os demais princípios processuais.

Não há direito fundamental processual sem o princípio do devido processo legal.

O princípio do juiz natural, corolário lógico do devido processo legal, por outro lado, é privilegiado no sistema da *translatio iudicii*, pois as normas processuais que garantem a litispendência e seus efeitos, mesmo após o reconhecimento da incompetência, seja absoluta ou relativa, culminam por exaltar o princípio.

Vale dizer, não se nega a existência de um juiz natural que deve ser observado. Contudo, uma vez reconhecida a incompetência, o feito será tão somente transladado para o juízo correto, sem extinção do processo, competindo ao novo juízo, esse, sim, o natural, avaliar eventual nulidade processual.

O sistema da *translatio iudicii* encontra seus dois pontos de ápice nos princípios constitucionais do acesso à justiça e duração razoável do processo.

O princípio do acesso à justiça é, sem dúvida, um dos pilares do sistema.

Conforme acima exposto, as partes têm o direito de acesso pleno à Justiça, não devendo sofrer, nem mesmo por imposição legal, embaraços de ordem econômica, social, psicológica e jurídica.

Ora, inegavelmente, a extinção do processo sem exame do mérito ou a nulidade automática dos atos processuais decisórios em virtude do reconhecimento da incompetência podem ser considerados entraves ao pleno acesso à justiça.

Vale dizer, no exemplo acima, debates meramente processuais se sobrepuseram ao exame meritório do feito, que é o que realmente importa em termos de tutela jurisdicional.

É valoroso recordar que a extinção sem exame do mérito é sempre anormal, justamente porque esse tipo de decisão não é ideal, pois causa danos econômicos às partes, ao erário público; dispêndio de tempo dos servidores; insegurança jurídica às partes; permanência do estado conflituoso de uma lide que

não foi dirimida etc. Nesse rumo, o sistema vai de encontro àquilo que justamente o texto constitucional prega: o privilégio do acesso à justiça.

Ou seja, mais uma vez, o princípio do devido processo legal é realçado. Não se trata do mero acesso formal, mas sim substancial e robusto.

Sim, pois não basta ao litigante poder propor uma ação, é preciso que existam mecanismos endoprocessuais que amortecem as eventuais e inevitáveis crises processuais.

O processo é um meio, e não um fim. O processo é mero coadjuvante, e não protagonista.

É de fácil compreensão o fato de que a preservação da litispendência e dos seus efeitos (materiais e processuais), a despeito do reconhecimento da incompetência, observados, obviamente, alguns limites – já que não há direito absoluto –, privilegia o acesso à justiça, à solução de mérito, final, que é a que importa.

Em suma, a manutenção dos efeitos da lide, a despeito do reconhecimento da incompetência, é mola que permite ultrapassar eventuais obstáculos meramente processuais e, portanto, garantir o pleno acesso à jurisdição, tal qual preconizado pela CRFB.

Por fim, destaca-se o princípio da duração razoável do processo.

Esse princípio ganha absoluto relevo dentro do panorama sistêmico, pois se existe a preservação dos efeitos da lide mesmo quando reconhecida a incompetência, evita-se o retrocesso da marcha processual e, portanto, o retardo na conclusão do conflito, que se dará apenas quando houver decisão de mérito.

3.3.3. Princípios infraconstitucionais – normas fundamentais do processo civil; primazia da decisão de mérito; economicidade processual e instrumentalidade do processo

No item anterior, foi demonstrado que o sistema da *translatio iudicii* é composto inclusive por princípios de índole constitucional que lhe garantem sustentabilidade.

É possível afirmar, portanto, que o sistema da *translatio iudicii* possui alguns pilares e assento na Constituição. Além dos princípios constitucionais que

lhe garantem sustentação, há também princípios infraconstitucionais que ora serão explorados.

Antes, contudo, oportuno demonstrar a “nova” e expressa interpretação valorativa que merece ser feita pelo intérprete ao estudar o processo civil brasileiro, tendo em vista as suas normas fundamentais.

Sobre a Constituição federal, expõe Zeno Veloso, com absoluta correção, que “[...] é a rainha das leis, situada no topo da pirâmide jurídica, fonte primária de todos os direitos, deveres e garantias, é que confere o fundamento de validade das leis e atos normativos, no sistema lógico de normas que forma a ordem jurídica”.⁹⁸

A Constituição é suprema, sendo certo que qualquer norma deve a ela se adequar, e não o contrário. Porém, não basta a mera adequação formal, é preciso garantir que a Constituição, ao ser interpretada e aplicada, tenha as suas normas potencializadas, é o denominado princípio da máxima efetividade.⁹⁹

Apesar de toda a robustez da Carta Magna, de seu extenso e rico conteúdo, de suas bases principiológicas e regras claras, o Brasil ainda é um país que depende de inúmeras leis infraconstitucionais.

É como se os operadores jurídicos ainda desconfiassem daquilo que está efetivamente previsto no texto constitucional, seja de maneira implícita ou explícita, bem como na real intenção do legislador.

No caso, não se trata de “ver para crer”, conforme velho ditado, mas sim crer para ver. Ou seja, raramente, a resposta a determinado questionamento jurídico não estará prevista na Constituição federal através de suas normas (regras e princípios). Contudo, é preciso que o operador do direito creia naquilo que o texto prega, para que possa ver com exatidão a resposta pretendida.

Talvez, ciente do quão difícil seja disseminar a cultura de olhar primeiro para a Constituição, o legislador tenha optado por trazer a lume um novo diploma legal impregnado de postulados constitucionais.

Aliás, é de bom alvitre transcrever trechos da exposição de motivos do NCPC que aparenta ir de encontro com o que se está a dizer:

⁹⁸ VELOSO, Zeno. *Controle de constitucionalidade*. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003,

⁹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 140.

1) A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República [9] fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual. Por outro lado, muitas regras foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais, como, por exemplo, as que prevêm um procedimento, com contraditório e produção de provas, prévio à decisão que desconsidera da pessoa jurídica, em sua versão tradicional, ou “às avessas”.¹⁰⁰

Vale ainda transcrever a nota de rodapé contida na aludida exposição:

Hoje, costuma-se dizer que o processo civil constitucionalizou-se. Fala-se em modelo constitucional do processo, expressão inspirada na obra de Italo Andolina e Giuseppe Vignera, *Il modello costituzionale del processo civile italiano: corso di lezioni* (Turim, Giapicchelli, 1990). O processo há de ser examinado, estudado e compreendido à luz da Constituição e de forma a dar o maior rendimento possível aos seus princípios fundamentais.¹⁰¹

Não há dúvidas de que, às vezes, o óbvio precisa ser dito. Hoje, é possível falar-se em um código “constitucional”.

O artigo 1º do NCPC, à primeira vista, soa como algo óbvio e desnecessário, por repetir textualmente aquilo que todos sabem ou deveriam saber, nos seguintes termos:

Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Entretanto, não há nada de desnecessário no aludido artigo.

O Código foi pedagógico e claro: o CPC é uma legislação que, implícita ou expressamente, jamais abandona ou desrespeita a Constituição federal, devendo os operadores do direito sempre ter em mira os valores e as normas nela contidos.

¹⁰⁰ BRASIL. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto de Código de Processo Civil. *Código de Processo Civil: anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 381.

¹⁰¹ *Ibid.*, p.381, nota de rodapé nº 9.

Por esse motivo, afirma-se que o NCPC é um código “constitucional”, paradigmático, pensado, concebido e estruturado para concretizar os valores e as normas constitucionais.

Acerca das normas fundamentais do processo civil, explica Fredie Didier Jr.:

A norma é fundamental, porque estrutura o modelo do processo civil brasileiro e serve de norte para a compreensão de todas as demais normas jurídicas processuais civis.

.....
Essas normas processuais ora são princípios (como o devido processo legal) ora são regras (como proibição do uso de provas ilícitas). O Direito Processual Fundamental não é composto apenas por princípios [...].¹⁰²

E conclui o autor: “Uma parte dessas normas fundamentais decorre diretamente da Constituição Federal – é o que se pode chamar de Direito Processual Fundamental Constitucional.”.¹⁰³

Assim, com forte inspiração constitucional, notadamente nos princípios tratados no tópico antecedente, tem-se, em sede infraconstitucional, os princípios da primazia da decisão de mérito, economicidade processual e instrumentalidade do processo, que a seguir serão tratados.

O ponto de partida do princípio da primazia da decisão de mérito, previsto nos arts. 4º e 6º do CPC é o princípio constitucional do acesso à justiça que, conforme já demonstrado, trata-se de direito fundamental.

Por se tratar de direito fundamental de índole processual, a ordem jurídica constitucional veda que empecilhos meramente jurídicos, inclusive, dificultem a resolução do mérito de um processo, por exemplo. Ou seja, discussões processuais não podem ser mais relevantes do que discussões meritórias.

No rumo do que ora se afirma, visando concretizar e dar efetividade ao aludido princípio constitucional, o CPC fez constar no rol das normas fundamentais do processo civil o denominado *princípio da primazia da decisão de mérito*, também denominado de *primazia da resolução do mérito*.

¹⁰² DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V.1. 17ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 61.

¹⁰³ *Ibid.*, 62.

O art. 4º do CPC menciona expressamente dois princípios do processo civil: o da duração razoável do processo e o da *primazia da decisão do mérito*, ao mencionar que as partes têm o direito de obter, em prazo razoável, a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

O princípio da primazia da decisão de mérito garante aos litigantes em processos judiciais que se deve dar primazia à resolução do mérito da demanda e à satisfação do direito perseguido sobre o reconhecimento de nulidades ou de outros obstáculos meramente processuais.

Fredie Didier Jr. explica o seguinte:

O CPC consagra o princípio da primazia da decisão de mérito. De acordo com esse princípio, deve o órgão julgador priorizar a decisão de mérito, tê-la como objetivo e fazer o possível para que ocorra. A demanda deve ser julgada - seja a demanda principal (veicula pela petição inicial), seja um recurso, seja uma demanda incidental.¹⁰⁴

Vale dizer, é possível extrair do princípio acima norma no sentido de que, em regra, não há ou não deveria haver óbice intransponível à superação de vícios que impeçam a análise do mérito do processo.

Com efeito, o não conhecimento de um recurso, de natureza ordinária ou extraordinária, a decretação de uma nulidade ou mesmo a extinção de um processo sem análise do mérito somente serão admitidas, por exemplo, em caráter excepcional e, ainda assim, apenas se de fato a parte, uma vez intimada, não sanar o vício, pois o CPC prega que o exame do mérito se sobrepropõe aos eventuais vícios.

O novo CPC trouxe diversas normas que atestam o reconhecimento do aludido princípio.

O artigo 139, inciso IX, do CPC estabelece que o juiz deverá dirigir o processo de modo a determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais.

O inciso em exame tem o claro e indisfarçável objetivo de permitir o julgamento final do feito, com a possibilidade do saneamento dos vícios processuais

¹⁰⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V.1. 17ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 136.

e suprimento dos pressupostos eventualmente ausentes, para que o processo possa caminhar até a prolação da decisão de mérito.

Nos tribunais, inclusive nas cortes de superposição, o CPC estabelece no art. 932, caput, que, antes de considerar inadmissível o recurso, o relator deverá conceder prazo para o recorrente sanar o vício ou complementar a documentação exigível que esteja incompleta.

O art. 938, §1º, do CPC estabelece que, uma vez constatada a ocorrência de vício sanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício, o relator determinará a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau de jurisdição.

O §4º do referido artigo 938 admite que o colegiado, quando o relator não determinar a diligência sanatória, por qualquer motivo, possa determinar a correção do vício.

Há, ainda, norma específica em relação aos tribunais superiores, no caso, o art. 1.029, §3º, do CPC, que permite que o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça possam desconsiderar vícios formais de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não repute grave o vício.

O §11 do art. 896 da CLT, que é anterior ao CPC de 2015, frise-se, já havia trazido norma semelhante, ao aduzir que, quando o recurso, desde que tempestivo, contivesse defeito formal que não fosse grave, o Tribunal Superior do Trabalho poderia desconsiderar o vício ou mandar saná-lo, julgando-se, assim, o mérito.

Neste rumo, tendo em vista os fatos exemplos acima, é possível concluir, mediante interpretação sistemática e teleológica, que o CPC e a CLT prestigiam o julgamento do mérito, desde a primeira instância até os tribunais superiores.

O princípio da primazia do exame do mérito abrange, indubitavelmente, os princípios da economicidade processual e da instrumentalidade do processo, estimulando a correção ou saneamento dos vícios, bem como prestigiando ao máximo o aproveitamento dos atos processuais, tudo com o objetivo final de garantir a análise do mérito da demanda.

O princípio da economia processual, decorrente lógico e direto do princípio constitucional da duração razoável do processo, tem como objetivo

primário permitir o andamento célere e eficiente do processo e, portanto, a satisfação do direito perseguido, com o mínimo volume de atividade processual.

O princípio propõe, em resumo, o menor volume possível de atos processuais, fazendo com que o processo possa se desenvolver e terminar no menor tempo possível.

Exemplifica-se o princípio em exame com os arts. 13 e 17, parágrafo único, da Lei dos Juizados Especiais; a concentração dos atos processuais em audiência nos juizados especiais e no processo do trabalho (art. 843 e 847 da CLT) etc.

Trata-se de racionalizar o tempo do processo, pois uma quantidade maior de atos processuais, recursos, por exemplo, tende a alongar demasiadamente o tempo do feito, o que não é benéfico para o Estado, ou mesmo para os litigantes que, por vezes, esperam anos para o findar do processo.

Saliente-se, ainda, o princípio da instrumentalidade do processo.

Priscila Kei Sato, baseada na obra clássica de Cândido Rangel Dinamarco, sobre o tema, expõe o seguinte:

O conceito desse princípio teria um aspecto negativo e outro positivo. O endereçamento negativo da instrumentalidade do processo teria a função de advertir para as limitações funcionais do sistema processual. Em outras palavras, representa uma tomada de consciência de que ele não é fim em si mesmo e, portanto, suas regras não têm valor absoluto que sobrepuje as do direito substancial e as exigências sociais de pacificação de conflitos. O endereçamento positivo do princípio conduz à ideia de efetividade do processo, entendida como capacidade de exaurir os objetivos que o legitimam no contexto jurídico-social e político [...].¹⁰⁵

O CPC vigente também contempla o princípio em análise.

Corolário lógico desse princípio é o da instrumentalidade das formas.

Os atos processuais devem atender a forma quando assim expressamente previsto. Contudo, ainda assim, mesmo quando não observada a forma, será possível aproveitar os atos, desde que o fim colimando seja atingido e se preservado o princípio do devido processo legal.

¹⁰⁵ SATO, Priscila Kei. *Translatio iudicii no direito processual civil brasileiro*. Tese de doutorado. Prof.^a Orientadora doutora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: PUC/SP, 2010, p. 66.

Assim, não se pode prestigiar a forma, ou melhor, o mero formalismo, em detrimento da substância. Não se quer dizer que não haja forma, que o processo seja desformalizado. Ao revés, formas existem e, a princípio, devem ser observadas.

Todavia, em assim não sendo, no intuito da máxima preservação dos atos processuais, tendo em vista os já analisados princípios do devido processo legal, primazia da decisão de mérito, economia processual, entre outros, deve-se analisar se a finalidade do ato foi atingida, ainda que de maneira deformada.

Uma vez atingida a finalidade, sem prejuízo dos direitos da parte adversa, não há razão para que o ato deformado seja invalidado, por exemplo, pois, conforme já exposto, o processo não é um fim em si mesmo, mas um meio.

O princípio da instrumentalidade das formas é previsto no CPC vigente, conforme se pode extrair do art. 188, por exemplo.

Os princípios infraconstitucionais acima expostos se amoldam à perfeição ao sistema da *translatio iudicii*.

Em relação ao princípio da primazia da decisão de mérito, Fredie Didier Jr. explica o que se segue:

b) Todas as regras que compõem o sistema da *translatio iudicii* – preservação dos efeitos da litispendência e das decisões, a despeito da incompetência, reforçam a primazia da decisão de mérito (art. 64, 240 e 968, parágrafos 5º e 6º).¹⁰⁶

No sistema da *translatio iudicii*, os princípios da economia processual e da instrumentalidade do processo e das formas ganham relevo e exaltação, justamente porque, a despeito da incompetência, a litispendência preserva seus efeitos, o que faz com que o processo, apesar do vício, não tenha sua marcha retardada de forma absoluta, bem como, apesar do vício processual, o processo possa seguir adiante, sendo verdadeiramente um mero coadjuvante.

3.3.4. Teoria das nulidades processuais

¹⁰⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V.1. 17ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 136.

O sistema da *translatio iudicii* adotado pelo CPC garante a preservação da litispendência e dos seus efeitos (materiais e processuais), em que pese o reconhecimento da incompetência.

Mas, não é só. O aludido sistema, conforme será exposto em item específico, contém regra no sentido de que, mesmo na hipótese do reconhecimento da incompetência, não haverá nulidade automática de nenhum ato processual, decisório ou não (art. 64, §4º, do CPC).

Cassio Scarpinella Bueno esclarece que

O §4º traz novidade importante: diferentemente do CPC de 1973, as decisões proferidas por juízo absolutamente incompetente não se consideram, desde logo, nulas. Seus efeitos são preservados até que nova decisão seja proferida pelo juízo competente a respeito de sua conservação. A redação do dispositivo permite a aplicação desta mesma sistemática para os casos de incompetência relativa já que, em última análise, a manutenção, ou não, das decisões anteriores pressupõe proferimento de nova decisão em um ou em outro sentido.¹⁰⁷

Por esse motivo, reputa-se relevante, no presente trabalho, traçar um resumo sobre a denominada teoria das nulidades processuais, suas regras e princípios, tendo em vista que a sua compreensão será relevante para o entendimento do sistema em exame.

Fredie Didier Jr. propõe que seja analisado o fenômeno jurídico sobre três prismas distintos: existência, validade e eficácia, conforme precisa exposição desse processualista: “O plano da existência refere-se aos fatos jurídicos; o plano da eficácia, às situações jurídicas [...]”.¹⁰⁸

E concluiu o autor:

O plano da validade do ato diz respeito à eficiência com que o seu suporte fático foi preenchido. Se houver o preenchimento da hipótese de incidência (previsão do fato em enunciado normativo) de maneira deficiente, surgirá defeito que pode autorizar a nulificação do ato [...].¹⁰⁹

¹⁰⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 82-83.

¹⁰⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V.1. 17ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p.398.

¹⁰⁹ Ibidem.

É importante destacar que nem todo o ato jurídico defeituoso é inválido, justamente porque o tratamento jurídico positivo, no caso, a lei, poderá criar mecanismos para a sua correção, considerar o vício irrelevante ou mesmo aproveitar o ato em desconformidade com a norma.¹¹⁰

As invalidades processuais são vistas pelo direito processual como exceções indesejáveis, pois o processo foi concebido para não ter retrocessos em sua marcha. Logo, mais uma vez precisa é a lição de Fredie Didier Jr.:

A nulidade de ato processual ou do procedimento é encarada pelo direito processual como algo pernicioso. A invalidação do ato deve ser vista como solução *ultima ratio*, tomada apenas quando não for possível ignorar o defeito, aproveitando o ato praticado, ou aceitar o ato como se fosse outro (fungibilidade) ou, enfim, determinar a sua correção.¹¹¹

A nulidade pode ser conceituada como a privação dos efeitos de um ato jurídico defeituoso.

Alexandre Câmara ensina que:

Diz-se inválido o ato processual quando este não se conforma com o esquema abstrato predisposto pelo legislador. Em outros termos, ato processual atípico é ato processual inválido. A lei estabelece uma série de ditames, os quais devem ser respeitados por aquele que vai praticar um ato processual. O descumprimento do ônus de praticar o ato processual de acordo com as regras estabelecidas em lei tem como consequência sua invalidade.¹¹²

A doutrina¹¹³ informa que o sistema das invalidades processuais é composto, em síntese, pelos princípios (1) do prejuízo; (2) da instrumentalidade das formas; (3) da convalidação; (4) do aproveitamento dos atos e (5) do interesse.

O princípio do prejuízo, também chamado de princípio da transcendência, aponta que não haverá decretação de nulidade se não houver

¹¹⁰ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V.1. 17ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 399.

¹¹¹ *Ibid.*, p.401.

¹¹² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. V.1. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 251.

¹¹³ SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 7ª Ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 457-462.

prejuízo às partes. No mesmo sentido, é a posição de Carlos Henrique Bezerra Leite:

O princípio do prejuízo, também chamado de princípio da transcendência, está intimamente ligado ao princípio da instrumentalidade das formas. Significa que não haverá nulidade sem prejuízo manifesto às partes interessadas. O sistema do prejuízo é inspirado no sistema francês (*pas de nullité san grief*).¹¹⁴

O aludido princípio pode ser extraído expressamente do art. 282, §2º, parte final, do CPC.

O princípio da instrumentalidade das formas atesta que a existência do ato processual é um instrumento, um meio utilizado para se atingir determinada finalidade contida na norma, entendendo-se como finalidade o sentido, a razão de ser.

Neste rumo, o princípio da instrumentalidade das formas pressupõe que, mesmo que o ato seja realizado de maneira defeituosa, com deformidade, uma vez atingido o seu objetivo, esse ato será considerado válido.

Assim, ainda que com vício, se o ato processual culmina por atingir sua finalidade, sem causar prejuízo às partes, sua nulidade não será decretada.

Esse princípio é uma decorrência de um princípio maior, mais abrangente, já abordado no presente trabalho, denominado princípio da instrumentalidade do processo.

No mesmo sentido, é a abalizada posição doutrinária:

O princípio da instrumentalidade das formas, de que já se falou, quer que só sejam anulados os atos imperfeitos se o objetivo não tiver sido atingido (o que interessa, afinal, é o objetivo do ato, não o ato em si mesmo). Várias são as suas manifestações na lei processual, e pode-se dizer que esse princípio coincide com a regra contida no brocardo *pas de nullité san grief*.¹¹⁵

Os seguintes dispositivos legais exemplificam o princípio que ora se afirma existir: art. 188 e art. 277, ambos do CPC.

¹¹⁴ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 5ª Ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 359.

¹¹⁵ CINTRA, Antônio Carlos de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 344.

Há, ainda, o denominado princípio da convalidação que se exterioriza pelas situações previstas em lei nas quais haverá a validação do ato processual ainda que defeituoso ou ainda que praticado de forma equivocada caso a invalidade não seja arguida tempestivamente.

Dessa forma, se a parte constatar existência de eventual nulidade do ato processual, tem o dever de argui-la na primeira oportunidade em que couber se manifestar nos autos do processo, caso contrário a nulidade será tida como sanada.

No mesmo sentido, é a posição de Mauro Schiavi: “Pelo presente princípio, se as nulidades não forem invocadas no momento processual oportuno, haverá a convalidação do ato inválido, também chamada pela doutrina de preclusão de se invocar a nulidade.”¹¹⁶ O princípio em questão encontra-se no art. 278 do CPC, por exemplo.

Contudo, observe-se que o aludido princípio não é absoluto, não se aplicando, por exemplo, às matérias de ordem pública, que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz. Mais uma vez, vale a citação de Mauro Schiavi:

De outro lado, somente a nulidade relativa, ou seja, a que interessa apenas a parte deve ser invocada no momento processual oportuno, já que a nulidade absoluta pode ser invocada a qualquer tempo, inclusive de ofício, não estando abrangida pelo princípio da convalidação.¹¹⁷

As nulidades também se convalidam com o trânsito em julgado do feito, somente podendo ser atacadas, em regra, via ação rescisória, pois, segundo Alexandre Câmara, “transitada em julgado a sentença, todos os vícios, até mesmo aquelas inicialmente tidos por insanáveis, estarão sanados. A coisa julgada, assim, faz desaparecer todos os vícios que tenham se formado ao longo do processo.”¹¹⁸

Há, ainda, o princípio do aproveitamento dos atos processuais. Com efeito, apesar da invalidade processual, preservam-se os atos processuais que forem independentes ao ato viciado. Assim, ante esse princípio, os atos

¹¹⁶ SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 7ª Ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 459.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 459.

¹¹⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. V.1. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 255.

independentes não perderão seus efeitos pelo simples fato de um ato processual estar viciado (art. 281 do CPC). Posiciona-se Mauro Schiavi da seguinte forma:

Este princípio também é denominado conservação dos atos processuais úteis. Conforme brocardo latino *utile per inutile non viciatur*: o útil não se vicia pelo inútil. Desse modo, a declaração da nulidade não pode estender-se, tampouco retroagir aos atos validamente praticados.¹¹⁹

Vale dizer, há uma espécie de independência do ato processual. Portanto, se o ato deformado não contaminar outros atos processuais, esses outros atos serão aproveitados.

Ante os termos da norma contida no artigo 283 do CPC, também é possível extrair o princípio do aproveitamento do ato processual. Todavia, esse aproveitamento se refere à forma do ato, ao aproveitamento de ato defeituoso que atinja a sua finalidade.

Há também o denominado princípio do interesse, donde se extrai que somente a parte prejudicada com a nulidade, que a ela não tenha dado causa, poderá argui-la. Ou seja, ninguém poderá causar uma nulidade e depois pretender se beneficiar com ela.

Por fim, quanto ao sistema das nulidades, precisa são as lições de Priscila Kei Sato:

O sistema das nulidades serve para dar segurança e previsibilidade às partes. Trata-se de uma forma de controle da obtenção da decisão pelo Poder Judiciário. Nas palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier: *Esta idéia [sic] é transportada para o campo processual no sentido de se indagar e de se responder a quais são as exigências tidas como absolutamente essenciais, num Estado de Direito, que servem de fundamento e pressuposto ao correto decidir.*¹²⁰ (Grifo no original)

3.4. Análise específica de alguns elementos normativos que compõem o sistema

¹¹⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. V.1. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 462.

¹²⁰ SATO, Priscila Kei. *Translatio iudicii no direito processual civil brasileiro*. Tese de doutorado. Prof.ª Orientadora doutora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: PUC/SP, 2010, p. 77.

O sistema da *translatio iudicii* é composto de princípios e regras, conforme já exposto. Neste tópico, serão abordadas algumas regras que compõem o sistema.

3.4.1. A incompetência (absoluta e relativa) – não extinção do processo

A incompetência, mesmo que absoluta, em regra, não gera a extinção do processo, mas sim a remessa dos autos para o juízo competente, conforme prevê expressamente o art. 64, §3º, do CPC.

Diz-se “em regra”, pois há exceções, conforme será minuciosamente exposto em item específico. Em outras palavras, o sistema da *translatio iudicii* não é absoluto.

Outro ponto refere-se ao tratamento dado ao tema antes da atual redação do art. 64, §3º, do CPC.

O CPC de 1973 continha dispositivo semelhante, no caso, o art. 113, § 2º, parte final, sendo relevante citar a interpretação dada ao dispositivo por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery:

Diferentemente da incompetência relativa, que o juiz não pode declarar de ofício (STJ 33) e que impõe à parte que a excepciona o dever de declinar o juízo competente (*exceptio declinatoria fori*), em caso de incompetência absoluta ao juiz cabe, *ex officio reconhecê-la, anular os atos decisórios* praticados pelo juízo incompetente e, em razão do princípio do impulso oficial e da determinação contida na norma comentada, remeter os autos ao juízo competente. A ele é vedado extinguir o processo por falta de pressuposto processual de validade (CPC, art. 267, IV) porque: a) trata-se de *vício sanável* e b) há texto expresso dando a solução para o caso (art. 113, §2º) que, pelo princípio da especialidade prevalece sobre o texto genérico do CPC, art. 267, inciso IV. Esse procedimento deve ser adotado em todos os processos e em todos os juízos, inclusive nos excepcionais (STF, STJ, TST, TSE e STM).¹²¹

¹²¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 11ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 2010, p. 389.

No mesmo sentido, ainda sob a égide do CPC de 1973, é a posição de Alexandre Câmara: “Declarada a incompetência absoluta, deverão os autos do processo ser remetidos ao juízo competente.”.¹²² O mesmo se aplica à competência relativa que, conforme o autor, “declarada a incompetência relativa, devem os autos ser remetidos ao juízo competente.”.¹²³

Ao analisar a regra do CPC de 1973, idêntica posição tem Fredie Didier Jr.: “A incompetência é defeito processual que, em regra, não leva a extinção do processo, mesmo se tratar de incompetência absoluta [...]”.¹²⁴

O CPC de 2015 manteve o regramento anterior, precisamente no art. 64, §3º. Logo, tudo o que foi exposto sobre o CPC de 1973 a ele se aplica.

Em suma, mesmo diante da incompetência, o processo não será extinto, mas sim, por força de lei, remetido, em regra, ao juízo competente. Haverá, portanto, a manutenção da relação processual, o estado de litispendência. Com isso, tem-se claramente regra importante na composição do sistema da *translatio iudicii*.

3.4.2. Incompetência e não invalidação automática dos atos processuais

O artigo 113, §2º, do CPC de 1973, determinava, expressamente, que, uma vez reconhecida a incompetência, os atos decisórios seriam nulos. Portanto, tendo em vista o aludido dispositivo, entendia-se que a decretação de nulidade dos atos decisórios continha efeitos *ex tunc*, ou seja, retroativos, e que o reconhecimento da incompetência conduziria à nulidade de todos os atos decisórios proferidos no feito, fossem eles decisões interlocutórias, sentenças, decisões unipessoais e acórdãos.

No mesmo sentido, ainda sob a égide do CPC de 1973, se manifestou Humberto Theodoro Jr.: “Reconhecida a incompetência absoluta, o processo é atingido por nulidade, mas esta só se restringe aos atos decisórios” (art. 113, §2º).

125

¹²² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. V.1. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 108.

¹²³ *Ibid.*, p. 110.

¹²⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V.1. 11ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p.111.

¹²⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. V.1. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 189.

Precisa, ainda, é a lição de Gelson Amaro sobre o art. 113, §2º, do CPC de 1973:

O artigo 113, § 2º, ao dizer que somente os atos decisórios serão nulos, por exclusão está se afirmando que os demais não o são. Além do mais, ao dizer, *somente os atos decisórios serão nulos*, não quis dizer que todos os atos decisórios serão necessariamente nulos. Diz a lei “*somente*” os atos decisórios e não todos os atos decisórios. Isto quer dizer que cabe julgamento sobre os atos decisórios para concluir se serão ou não nulos. Alguns atos decisórios poderão ser nulos e outros não. A nulidade dos atos decisórios deve ser analisada frente aos artigos 243 e seguintes, mormente, o artigo 249, § 2º, que afirma que os atos não serão nulos, quando puder decidir a favor da parte que a nulidade aproveita.¹²⁶

Por fim, correta a posição histórica de Daniel Amorim Assumpção Neves:

No sistema do CPC de 1973 os atos decisórios praticados pelo juízo absolutamente incompetente eram nulos de pleno direito, nos termos do art. 113, parágrafo 2º. Quanto à incompetência relativa, no silêncio da lei o Superior Tribunal de Justiça entende pela validade dos atos, apesar das divergências doutrinárias [...].¹²⁷

O CPC de 2015, precisamente em seu art. 64, §4º, alterou profundamente a sistemática anterior, passando a mencionar que, até que seja proferida decisão judicial em sentido diverso, os atos decisórios, ainda que proferidos por juízo incompetente, conservam seus efeitos.

Na mesma esteira, explicita Fredie Didier Jr. que:

c) A incompetência (absoluta ou relativa) não gera a automática invalidação dos atos decisórios praticados. Nada obstante, reconhecida a incompetência, preserva-se a eficácia da decisão proferida pelo juízo incompetente, até ulterior determinação do juízo competente.¹²⁸

¹²⁶ SOUZA, Gelson Amaro de. *Curso de direito processual civil*. 2ª Ed. São Paulo: Datajuris, 1998, p. 278-279.

¹²⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 91.

¹²⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V.1. 17ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 205.

Cassio Scarpinella Bueno esclarece que:

O § 4º traz novidade importante: diferentemente do CPC de 1973, as decisões proferidas por juízo absolutamente incompetente não se consideram, desde logo, nulas. Seus efeitos são preservados até que nova decisão seja proferida pelo juízo competente a respeito de sua conservação. A redação do dispositivo permite a aplicação desta mesma sistemática para os casos de incompetência relativa já que, em última análise, a manutenção, ou não, das decisões anteriores pressupõe proferimento de nova decisão em um ou em outro sentido.¹²⁹

Por fim, oportuno destacar o posicionamento de Daniel Amorim Assumpção Neves:

Como o dispositivo legal menciona expressamente os efeitos da decisão judicial, é possível concluir que os atos não decisórios são válidos e eficazes, enquanto os atos decisórios são válidos, mas têm sua eficácia condicionada ao entendimento do juízo competente. Da forma como redigido o dispositivo ora comentado, caso o juízo competente não se manifeste expressamente sobre as decisões proferidas pelo juízo incompetente, essas continuarão normalmente a gerar seus efeitos. Somente no caso de decisão expressa em sentido contrário a decisão proferida pelo juízo incompetente se tornará ineficaz. Embora o dispositivo legal não preveja, entendo que essa nova decisão pode ser proferida de ofício ou mediante provocação de qualquer das partes.¹³⁰

A regra em exame explicita e consagra de maneira evidente o sistema da *translatio iudicii* no direito processual brasileiro.

3.4.3. Ação Rescisória e o aproveitamento da demanda proposta perante juízo incompetente

A ação rescisória, segundo Fredie Didier Jr., consiste em:

[...] ação autônoma de impugnação que tem por objetivos a desconstituição de decisão judicial transitada em julgada e, eventualmente, o novo rejuízo da causa. Ela não é recurso, exatamente porque dá origem a um novo processo para impugnar

¹²⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V.1. 17ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 82-83.

¹³⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 91-92.

a decisão judicial. A ação rescisória pressupõe a coisa julgada, contrariamente ao recurso, que impede o trânsito em julgado e mantém o estado de litispendência ou pendência do processo.¹³¹

A ação rescisória, portanto, é um meio autônomo de impugnação, que inaugura nova relação processual, distinta daquela em que fora proferida a decisão hostilizada. Não é toda e qualquer decisão judicial que comporta a propositura de ação rescisória.

O art. 966, caput, do CPC, inegavelmente e de maneira proposital, inovou ao substituir a palavra “sentença”, então constante do correlato art. 485 do CPC de 1973, por “decisão de mérito”.

Com isso, o CPC vigente passou a admitir a ação rescisória contra sentença, decisão interlocutória, decisão unipessoal de relator e acórdão.

Há mais. O atual CPC, no §2º do art. 966, admite o cabimento da rescisória também contra decisões meramente terminativas, desde que essas decisões impeçam nova propositura da demanda ou a admissibilidade do recurso correspondente.

Saliente-se que a sentença arbitral não pode ser objeto da ação rescisória, justamente porque a decisão arbitral não faz coisa julgada. No caso, a sentença arbitral poderá ser invalidada através da ação prevista no art. 33 da Lei 9.307/1996.

Incabível ação rescisória, por força de lei (art. 59 da Lei 9.099/1995), de decisão proferida em sede de juizados especiais.

Por fim, resta inviável também, por força de lei, rescisória de decisão proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de inconstitucionalidade (art. 26 da Lei 9.868/1999) e na ADPF (art. 12 da Lei 9.882/1999).¹³²

A ação rescisória, como toda e qualquer ação, deverá observar os pressupostos processuais e as condições da ação.

A competência é um pressuposto processual de validade.

¹³¹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. V.3. 13ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 422.

¹³² *Ibid.*, p. 424.

O conceito de competência, conforme já exposto, é extraído da teoria geral do direito, e não da teoria geral do processo, e significa limitação de poder e, ao mesmo tempo, autorização para o exercício de poder.

O exercício da ação rescisória pressupõe observância às regras de competência, sob pena de violação dos princípios constitucionais do devido processo legal (art. 5º, incisos LIV e LV, da CRFB) e do juiz natural (art. 5º, inciso LIII, da CRFB).

A competência, conforme também já demonstrado, enquanto atribuição que é dada a um órgão jurisdicional para processar e julgar determinados casos, é distribuída de maneiras distintas, através de critérios distintos, sempre com prévia previsão normativa.

No caso da ação rescisória, que é uma demanda exclusiva de tribunal, na trilha do que preconiza Fredie Didier Jr., a regra da competência se dá, em resumo, da seguinte maneira: “[...] Os tribunais julgam as ações rescisórias de seus próprios julgados e dos julgados dos juízes a ele vinculados.”¹³³

O inciso II, do §5º, do artigo 968, dispõe que, uma vez

Reconhecida a incompetência do tribunal para julgar a ação rescisória, o autor será intimado para emendar a petição inicial, a fim de adequar o objeto da ação rescisória, quando a decisão apontada como rescindenda não tiver apreciado o mérito e não se enquadrar no § 2º do art. 966 ou tiver sido substituída por decisão posterior.

Fredie Didier exemplifica a hipótese em análise: “Essa é a conhecida situação de o autor indicar acórdão de tribunal de justiça, que fora substituído por decisão de tribunal superior.”¹³⁴ E concluiu o autor: “O Tribunal de Justiça percebe o erro, determina a emenda da petição inicial, para que o autor indique corretamente a decisão rescindenda, e remete os autos ao tribunal superior competente.”¹³⁵

¹³³ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. V.3. 13ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 456.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 456.

¹³⁵ *Ibidem.*

Ainda sob a égide do CPC de 1973, havia no STJ, por exemplo, farta jurisprudência no sentido de que a rescisória proposta perante tribunal incompetente induziria a extinção do processo sem resolução do mérito.¹³⁶

O CPC de 2015, edificado à luz dos princípios da primazia da decisão do mérito e da razoável duração do processo, passou a admitir a correção do vício para prosseguimento regular ao processo.

Vale dizer, ainda que haja vício de incompetência absoluta, o feito não mais será extinto, mas sim tão somente remetido ao juízo competente.

O princípio da primazia da decisão de mérito, conforme já demonstrado, garante aos litigantes em processos judiciais que se deve dar primazia à resolução do mérito da demanda e à satisfação do direito perseguido sobre o reconhecimento de nulidades ou de outros obstáculos meramente processuais. No mesmo sentido, posiciona-se Fredie Didier Jr.:

O inciso II do parágrafo 5º do art. 968 é mais uma das regras que concretizam o princípio da primazia da decisão de mérito (art. 4º do CPC) e o sistema de preservação da litispendência no caso de reconhecimento da incompetência – *translatio iudicii* [...].¹³⁷

3.4.4. A validade da citação e a incompetência do juízo

Já foi exposto no presente trabalho que o princípio do devido processo legal, enquanto princípio-chave, mãe, em sua versão formal ou processual – sim, pois, como sabido, há também a versão material ou substantiva (princípios da razoabilidade e proporcionalidade) – pode ser conceituado como o direito que os litigantes possuem em processo judicial, administrativo ou mesmo arbitral de terem assegurado que o seu caso será julgado de forma justa, por juiz imparcial, com a observância da mais ampla defesa e o contraditório, em tempo razoável (art. 5º, inciso LIV, da CRFB).

Inegavelmente, o princípio do *due process of law* se traduz na maior garantia que o cidadão possui de que não será preso, condenado ao pagamento de

¹³⁶ Veja, por exemplo, o acórdão proferido nos autos do processo nº 2007/0182993-6, de relatoria do ministro Paulo Gallotti, julgado em 12.09.2007, Terceira Seção. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 01.08.20017, às 15h11min.

¹³⁷ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. cit., p. 456.

determinada importância, ou mesmo obrigado a fazer isso ou aquilo sem um processo justo, presidido por uma autoridade imparcial, com direito, via de regra, a defesa técnica, bem como ciente dos motivos que levaram o juiz a tomar determinada decisão.

Corolário direto do devido processo legal é o princípio constitucional do contraditório, previsto no art. 5º, inciso LV, da CRFB.

Em termos históricos, analisando-se a CRFB de 1988, salienta Nelson Nery Jr. o seguinte:

A inovação foi profunda porque fez com que o princípio alcançasse expressamente os processos civil e administrativo, pois na carta revogada havia previsão expressa da garantia do contraditório somente para o processo penal (art. 153, parágrafo 16º, CF de 1969), nada obstante houvesse a correta manifestação da doutrina de que aquele princípio se aplicava, também, ao processo civil [...].¹³⁸

Em relação ao conceito e forma de exteriorização do princípio, Nelson Nery Jr. expõe com didática que:

Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis. Os contendores têm o direito de deduzir suas pretensões e defesas, de realizar as provas que requereram para demonstrar a existência de seu direito, em suma, direito de serem ouvidos paritariamente [...].¹³⁹

Além do tratamento constitucional sobre o tema, em sede infraconstitucional, o artigo 1º do CPC consagra o seguinte: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.”.

Vale dizer, o CPC é uma legislação que implícita ou expressamente jamais abandona ou desrespeita a Constituição federal, devendo os operadores do direito sempre ter em mira os valores e as normas da Constituição, conforme já exposto em outra passagem do presente trabalho.

¹³⁸ NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição federal*. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 169.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 172.

Acerca das normas fundamentais do processo civil, é oportuno destacar, mais uma vez, a rica explicação de Fredie Didier Jr.:

A norma é fundamental, porque estrutura o modelo do processo civil brasileiro e serve de norte para a compreensão de todas as demais normas jurídicas processuais civis.

.....
Essas normas processuais ora são princípios (como o devido processo legal) ora são regras (como proibição do uso de provas ilícitas). O Direito Processual Fundamental não é composto apenas por princípios [...].¹⁴⁰

O CPC vigente preservou e enalteceu o princípio do contraditório, expressamente, em diversos artigos, como, por exemplo, no art. 9º.

É cediço que o princípio do devido processo legal impõe que os litigantes tenham direito ao contraditório real, substancial, verdadeiro, ou seja, possam contradizer aquilo que foi dito, influenciar na decisão judicial.

Se o juiz ignora o que as partes têm a dizer, não quer ouvir as partes ou simplesmente “finge” que as ouve, diz-se que o contraditório foi meramente formal e, logicamente, inválido.

Além disso, se o juiz primeiro toma a decisão para somente depois ouvir as partes, ressalvado, obviamente, os casos excepcionais onde a mitigação ao contraditório é aceitável, também resta esvaziado o aludido princípio constitucional.

O interessante do artigo em comento é que, com exceção daqueles casos em que o contraditório é mitigado, postergado para o futuro, como, por exemplo, no caso de uma tutela de urgência (parágrafo único, inciso I), há previsão legal expressa para que a parte contra quem seja tomada a decisão, prejudicada, portanto, seja previamente ouvida.

A oitiva prévia antes da tomada da decisão judicial desfavorável, contrária aos interesses da parte, reflete a concretização do princípio do devido processo legal e de seu princípio derivado, o contraditório.

Em outros termos, nada mais justo. Se não há exceção que justifique (art. 9º, incisos I, II e III, do CPC), a regra é que a parte prejudicada seja ouvida previamente pelo juiz, antes da tomada da decisão, sob pena de nulidade da decisão.

¹⁴⁰ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V.1. 17ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 61.

Há, também, o art. 10 do CPC, com a seguinte redação: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”.

O artigo ora examinado também representa inovação em relação ao Código de 1973. De acordo com o CPC vigente, resta vedado expressamente que o juiz decida com base em fundamento que não restou ventilado nos autos e, portanto, que as partes não tenham tido a oportunidade de se manifestar previamente, ainda que o fundamento seja matéria de ordem pública, analisável de ofício. Exemplifique-se: o juiz verifica, de ofício, que há prescrição, contudo, a prejudicial não foi ventilada pela defesa, por qualquer motivo.

Neste caso, considerando que, em tese, o juiz poderá acolher a aludida prejudicial, antes do acolhimento da prescrição e da extinção do feito com a análise de mérito, o juiz deverá abrir vista às partes para que se manifestem sobre a possível prescrição, em tese. Feito isso, o contraditório será preservado e a lei devidamente cumprida, pois as partes tiveram a oportunidade de influenciar na decisão judicial. O artigo claramente veda a decisão surpresa. Por isso, diz-se que o processo é um jogo de cartas na mesa.

Seja um fundamento novo, seja fundamento omitido não tratado nos autos, o juiz deverá permitir que as partes se manifestem sobre o tema de maneira prévia e específica, antes da decisão judicial.

Perceba que norma é destinada a qualquer juiz (primeira instância, desembargador ou ministro). Aliás, em relação ao processo nos tribunais, há previsão expressa no mesmo sentido (art. 933 do CPC).

É importante destacar que a doutrina mais abalizada destaca que o contraditório, modernamente, integra o próprio conceito de processo, ao aduzir que:

É lícito dizer, pois, que o processo é o procedimento realizado mediante o desenvolvimento da relação entre seus sujeitos, presente o contraditório. Ao garantir a observância do contraditório a todos os “litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral”, está a Constituição (art. 5º, inc. LV) formulando a solene exigência política de que a preparação de sentenças e demais provimentos estatais se faça mediante o desenvolvimento da relação jurídica processual.¹⁴¹

¹⁴¹ CINTRA, Antônio Carlos de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 285.

A citação no processo civil é, sem dúvida, o ápice do contraditório, pois se traduz no momento em que o réu toma ciência de que há contra ele uma demanda e, se quiser, terá a oportunidade de se defender. É preciso, portanto, para que a relação processual se perfaça, que o réu seja citado.

A doutrina não afina no mesmo diapasão quanto à natureza do pressuposto processual, se de existência ou validade, conforme atesta Fredie Didier Jr., para quem o aludido pressuposto é de validade, apesar de citar posições em sentido diverso.¹⁴²

Diz o autor, na defesa da posição que entendemos, ser correta:

A citação é uma condição de eficácia do processo em relação ao réu (art. 312, CPC) e, além disso, requisito de validade dos atos processuais que lhe seguirem (art. 239, CPC). A sentença, por exemplo, proferida em processo em que não houve citação, é ato defeituoso, cuja nulidade por ser decretada a qualquer tempo, mesmo após o prazo da ação rescisória (art. 525, parágrafo 1º, I e art. 535, I, CPC) – trata-se também de vício “transrescisório” [...].¹⁴³

E finaliza o autor, fazendo relevante distinção: “Não se pode confundir nulidade que se decreta a qualquer tempo, como é o caso, da inexistência jurídica.”¹⁴⁴

Entendemos correta a observação e o ponto de vista adotado por Fredie Didier Jr., pois, quando ocorre ou deveria ocorrer a citação, já há processo em curso, até mesmo porque a citação tem espaço tão somente dentro do processo.

Logo, não se pode considerar a citação como pressuposto processual de existência, pois, com ou sem citação, o processo já existe e isso é inegável.

O CPC consagra em seu artigo 239 a citação como pressuposto processual de validade. Nos termos do artigo 238 do CPC, a citação é definida como “o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual”.

A ausência de citação do réu ou executado, por se tratar de pressuposto processual de validade, pode resultar na nulidade do processo.

¹⁴² DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V.1. 17ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 607.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

É valoroso destacar que, muito embora seja a citação pressuposto processual de validade, caso o réu, executado ou interessado, ainda que não citados, compareçam ao processo espontaneamente, será suprida a falta ou a nulidade da citação, com a respectiva devolução do prazo para resposta (art. 239, parágrafo 1º do CPC).

A citação, nos termos do art. 240 do CPC, ainda que ordenada por juiz incompetente, possui, em resumo, os seguintes efeitos: (1) induz a litispendência; (2) torna litigiosa a coisa; (3) constitui em mora o devedor.

No mesmo sentido, é a posição de Humberto Theodoro Junior:

A litispendência e a litigiosidade são consideradas efeitos processuais da citação; a constituição em mora e a interrupção da prescrição, efeitos materiais. O Código anterior distinguia os efeitos processuais e os materiais, dispondo que os primeiros somente ocorreriam se houvesse perfeita regularidade do ato citatório e que os materiais operariam sua eficácia, mesmo quando a citação fosse ordenada por um juiz incompetente (art. 219, caput, segunda parte, do CPC/1973). O novo Código, contudo, não repetiu o entendimento, adotando um critério único para todos os efeitos da citação, sejam eles materiais ou processuais, os quais ocorrerão, ainda quando a citação for ‘ordenada por juízo incompetente’.¹⁴⁵

O primeiro efeito da citação não mencionado no artigo em exame se dá em relação à parte adversa, ou seja, a formação da relação processual (autor – juiz – réu).

O segundo efeito é a litispendência, que pode ser conceituada como repetição em juízo de demandas idênticas.

Haverá, portanto, uma lide pendente quando outra demanda contiver as mesmas partes, causa de pedir e pedido, ou seja, os mesmos elementos subjetivos e objetivos. Saliente-se que poderá haver litispendência total ou parcial.

Haverá litispendência total quando houver em juízo a reprodução fiel de outra ação, e parcial, quando, por exemplo, apenas parte dos elementos da demanda forem idênticos.

¹⁴⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 554.

Destaque-se que, para o autor da demanda, a litispendência ocorre desde o registro ou distribuição da inicial, e, para o réu, com a citação, conforme ensinamento de Daniel Amorim Assumpção Neves:

O termo “litispendência” é equívoco, podendo significar pendência da causa (começa a existir quando de sua propositura e se encerra com a sua extinção) ou, ainda, pressuposto processual negativo verificado na concomitância de processos idênticos mesma ação). Existe corrente doutrinária que entende ter o art. 240, caput, do Novo CPC utilizado o termo valendo-se de seu primeiro significado, o que enseja uma importante observação: para o autor, a demanda já se encontra pendente desde o momento de sua propositura, sendo a citação válida ato que induz a litispendência somente para o réu [...].¹⁴⁶

No que tange ao terceiro efeito da citação relevante para o presente estudo, tem-se o fato de que com ela a coisa disputada torna-se litigiosa, conforme objetivamente expõe mais uma vez Daniel Amorim Assumpção Neves:

Com a citação válida, a coisa ou o direito sobre o qual se litiga torna-se litigioso. Interessante observar que, para parcela da doutrina, a citação torna a coisa litigiosa somente para o demandando, considerando-se que para o demandante a coisa já é litigiosa desde a propositura da demanda.¹⁴⁷

A litigiosidade em análise que ocorre com a citação significa que a coisa ou o direito estarão vinculados ao resultado da demanda, “[...] de forma que ao vencedor será entregue a coisa ou direito independentemente de quem o mantenha em seu patrimônio no momento da execução.”¹⁴⁸

É importante destacar, para que dúvidas não restem, que o bem litigioso não se torna inalienável pelo simples fato de ter ocorrido a citação, pois o direito de dispor sobre a coisa se mantém intacto.

Contudo, uma vez ocorrendo a alienação pelo réu que foi citado validamente no processo, essa coisa ou direito permanecerá vinculado ao feito, estendendo-se os efeitos da coisa julgada ao adquirente (art. 109, §3º, do CPC), seja ele quem for.

¹⁴⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 384.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 385.

Caso a alienação seja fraudulenta, nos termos da lei, poderá restar configurada fraude à execução (arts. 790 e 792, I, ambos do CPC), bem como ato atentatório à dignidade da justiça (art. 77, IV, do CPC).

Outro efeito da citação será o de constituir o devedor em mora, ou seja, em atraso do cumprimento obrigacional.

O vigente CPC não trata da interrupção da prescrição como efeito decorrente da citação válida, diferentemente do anterior (art. 240 do CPC/1973).

O novo CPC não impõe que ocorra a citação para que se defina qual o juízo prevento, tal qual o CPC de 1973 em seu art. 219.

A prevenção, de acordo com o CPC vigente, passou a ser regulada em regra mais simples, própria e única, que leva em conta o registro caso tenha apenas um juízo competente ou a distribuição da petição inicial, caso sejam vários os juízos competentes.

Em suma, o artigo 240 do CPC deixa claro que a citação válida, ainda que ordenada por juízo incompetente, produz efeitos. Essa regra atesta, mais uma vez, a existência do sistema da *translatio iudicii* no direito brasileiro.

No mesmo sentido, é a posição de Fredie Didier Jr.:

e) o art. 240 do CPC determina que a citação válida, ainda que ordenada por juízo incompetente, induz a litispendência para o réu, faz litigiosa a coisa, e constitui em mora o devedor. O parágrafo 1º do art. 240 do CPC determina que o despacho citatório, ainda que ordenado por juízo incompetente, interrompe a prescrição. Preservam-se os efeitos do ato da citação e do despacho citatório, mesmo reconhecida a incompetência do juízo que determinou.¹⁴⁹

3.5. Limites e exceções à *translatio iudicii*

O sistema da *translatio iudicii* é composto por princípios e regras, constitucionais e infraconstitucionais, que garantem a preservação dos efeitos materiais e processuais da litispendência, em que pese o reconhecimento da incompetência.

Todavia, o aludido sistema comporta exceções, ou seja, em determinadas situações que serão expostas nos capítulos que se seguem, inexistirá

¹⁴⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V.1. 17ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 205.

a preservação dos efeitos materiais e processuais da litispendência, caso reconhecida a incompetência. Vale dizer, o sistema da *translatio iudicii* não é absoluto.

3.5.1. A boa-fé

A literatura jurídica, ainda sob a égide do CPC de 1973, inclinava-se em defender que a ausência de boa-fé na propositura da ação seria um óbice à preservação dos efeitos materiais e processuais da litispendência, caso reconhecida a incompetência, consoante exposição de Leonardo Greco:

Todavia, a continuidade do processo iniciado perante juízo incompetente ou através de procedimento inadequado, com a preservação dos seus efeitos processuais e substanciais, não pode constituir um prêmio para o litigante que deliberadamente procurou o juízo incompetente ou adotou o procedimento impróprio. Por isso, a diretriz da continuidade se subordina necessariamente ao princípio da boa-fé.¹⁵⁰

O citado autor expõe, ainda, o que se segue:

O erro escusável mitiga a responsabilidade outrora considerada objetiva do defeito de competência ou de procedimento, que fazia recair sobre o autor todas as consequências negativas decorrentes, a começar pela própria nulidade dos atos [...].¹⁵¹

E concluiu o autor:

Em contraposição, a má-fé é a consciência firme da parte beneficiada, ou do próprio juiz que as concede a respeito dessa incompetência ou dessa inadequação, no momento da sua concessão. Nem a parte pode beneficiar-se da sua torpeza, tirando proveito do procedimento conscientemente proposto perante juiz incompetente ou de procedimento inadequado, nem o juiz pode sabidamente usurpar a competência de outro órgão jurisdicional, proferindo decisão que o juízo competente não poderia proferir, ou utilizar de má-fé procedimento inadequado para adotar provimento que não poderia adotar no procedimento adequado.¹⁵²

¹⁵⁰ GRECO, Leonardo. 'Translatio iudicii' e a reassunção do processo. In: *Revista de Processo*, n. 166, dez/2008, p.18.

¹⁵¹ *Ibid.*, p.19.

¹⁵² *Ibidem.*

Antes, contudo, de analisar o instituto da boa-fé sob a ótica processual e se ela constitui ou não exceção ao sistema da *translatio iudicii*, notadamente diante do CPC de 2015, importante fazer uma análise minuciosa da boa-fé à luz do direito material.

Em relação à parte história da boa-fé, de acordo com os “pactos adjetos” do velho direito romano, Alexandre Correia e Gaetano Sciascia, citados por Flávio Tartuce, trazem a lume os preciosos ensinamentos:

Os pactos acrescentados aos atos de boa-fé tiveram uma função de grande importância no desenvolvimento do sistema contratual, pois contribuíram fortemente para a erosão do antigo princípio do direito civil que não reconhecia nenhuma eficácia ao pacto puro e simples (*nudum pactum*), despido de formalidades. Substancialmente, os pactos adjetos eram convenções isentas de formas, e por isso ineficazes no *ius civile*. Dado porém que se acrescentavam, como pactos acessórios, a contratos reconhecidos civilmente, eram considerados parte integrante do principal, sendo portanto protegidos pela mesma ação do contrato principal. O reconhecimento de tais pactos não foi absoluto, a não ser no respeito às convenções limitativas do conteúdo da obrigação principal, exigindo-se em qualquer outro caso fôsse ela de boa fé e que o pacto acessório se acrescentasse desde o momento em que tal contrato se perfez. Assim, p. ex., se depois da conclusão dum *stipulatio*, o credor aquiescia em não exigir do devedor a prestação (*pactum de no petendo*), este podia repelir a eventual pretensão do credor mediante a *exceptio pacti conventi*, concedida pelo pretor para proteger as convenções acrescentadas a *obligationes civile*; ao contrário se dava, mesmo mediante ação, qualquer que fôsse o conteúdo do pacto acrescentado, se o contrato principal era de boa fé e fosse concluído desde a constituição da relação. Por isso se dizia *pacta convenia inesse bonae fidei iudicis*.¹⁵³

A boa-fé, de acordo com Silvio Rodrigues, pode ser vista como um conceito ético de conduta, moldado nas ideias de proceder com correção, com dignidade, pautada nos princípios da honestidade, da boa intenção e no propósito de a ninguém prejudicar.¹⁵⁴

¹⁵³ TARTUCE, Flávio. *O princípio da boa-fé objetiva em matéria contratual*: apontamentos em relação a novo Código Civil e visão do projeto n. 6.960/02. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/.../artigo-boafé-TARTUCE.doc>>. Acesso em: 11.08.2017, às 11h:16min.

¹⁵⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. V. 3. 28ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 60.

No mesmo sentido é a posição de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves:

Compreende-se a boa-fé objetiva modelo ético de conduta social, verdadeiro standard jurídico ou regra de conduta, caracterizado por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção, de modo a não se frustrar a legítima confiança da outra parte.¹⁵⁵

A boa-fé comporta duas dimensões ou feições, uma subjetiva e outra objetiva.

A boa-fé subjetiva se revela na consciência do agente, na falta de intenção de lesionar a outra parte do negócio, é algo interno, interior, conforme expõe Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

[...] qualidade do sujeito e diz com o estado de consciência da pessoa, cujo conhecimento ou ignorância relativamente a certos fatos é valorizado pelo Direito, para fins específicos da situação regulada. Serve à proteção daquele que tem a consciência de estar agindo conforme o Direito, apesar de ser outra a realidade.¹⁵⁶

A boa-fé objetiva, por outro lado, se revela como uma regra geral de conduta, fundamentada e exemplificada essencialmente na probidade, honestidade, retidão e transparência.

Resta nítido, portanto, que a boa-fé objetiva não se exterioriza, levando-se em conta a ideia psíquica, imaginária ou interior do agente. Ou seja, não se busca perquirir a vontade, a ciência ou mesmo a ignorância do agente. A boa-fé objetiva se mostra como padrão geral e concreto de conduta.

Cláudia Lima Marques conceitua boa-fé objetiva nos seguintes termos:

[...] significa uma atuação refletida, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem causar lesão ou vantagens excessivas, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o

¹⁵⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: obrigações*. V. 2. 10ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.

¹⁵⁶ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. resolução. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003, p. 243.

cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.¹⁵⁷

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, adotando linha semelhante, conceituam a boa-fé objetiva nos seguintes termos:

A boa fé objetiva impõe ao contratante um padrão de conduta, de modo que deve agir como um ser humano reto, vale dizer, com probidade, honestidade e lealdade. Assim, reputa-se celebrado o contrato com todos esses atributos que decorrem da boa-fé objetiva. Daí a razão pela qual o juiz, ao julgar demanda na qual se discuta a relação contratual, deve dar por pressuposta a regra jurídica de agir com retidão, nos padrões do homem comum, atendidas as peculiaridades dos usos e costumes do lugar.¹⁵⁸

E arremata Nelson Rosenvald:

Com a edição do Código Civil de 2002, a boa-fé objetiva adquire o status de princípio e cláusula geral, impactando profundamente o direito privado clássico, ao impor padrões objetivos de conduta leal e proba aos quais os contratantes ajustarão os seus comportamentos, de forma a que a relação obrigacional transcenda os limites predeterminados pela autonomia privada, adequando-se às exigências éticas do ordenamento jurídico. A noção da obrigação como processo dinamiza o adimplemento: antes, mero ato formal de realização de uma prestação; agora, finalidade para o qual a obrigação se polariza desde a etapa embrionária das tratativas até fase pós-negocial. Esse percurso é iluminado pela diretriz da concretude, que materializa deveres de conduta, hábeis a guiar as partes ao cumprimento das prestações em um ambiente de lealdade e respeito, evitando-se a frustração das legítimas expectativas dos iguais titulares de direitos fundamentais.¹⁵⁹

A boa-fé objetiva, que é a feição admitida pelo Código Civil, se revela ao menos de três maneiras ou funções distintas, a saber: interpretativa (art.113, CC), integrativa (art. 422, CC) e de controle (art. 187, CC).

¹⁵⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 106.

¹⁵⁸ NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado e legislação extravagante*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

¹⁵⁹ ROSENVALD, Nelson. *A boa-fé*. Disponível em: <<https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/08/10/A-boaf%C3%A9-objetiva-CC-X-CPC15>>. Acesso em: 11.08.2017, às 10h:48min.

Quanto à função interpretativa, o artigo 113 do Código Civil explicita que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da sua celebração”.

Nesse dispositivo, portanto, a boa-fé objetiva se revela como elemento de interpretação dos negócios jurídicos, norteia o intérprete para a vontade daquilo que as partes preconizaram ao formular o pacto, em que pese o que está escrito, conforme exposição precisa de Renan Lotufo:

[...] a função interpretativa da boa-fé, que deverá nortear os destinatários do negócio jurídico, visando conferir o real significado que as partes lhe atribuíram, procedendo com lisura, ou, na hipótese de cláusulas ambíguas, conferir preferência ao significado que a boa-fé aponte como mais razoável.¹⁶⁰

Destaca-se, ainda, a função integrativa da boa-fé. Essa função está prevista expressamente no artigo 422 do Código Civil, que ordena que os princípios da probidade e boa-fé devem ser aplicados tanto na execução quanto na conclusão dos contratos.

Dessa forma, a boa-fé deve estar presente na fase pré-contratual e se estende ao longo de toda a relação contratual, inclusive após a conclusão do pacto. Neste rumo, as partes contratantes devem ter conduta proba e honesta para com uma e outra, antes, durante e após o término da avença.

Por último, em resumo, há a função de controle que está prevista no art. 187 do Código Civil, que destaca que o abuso de direito se revela como conduta colidente com a boa-fé objetiva, traduzindo-se, portanto, em ato ilícito.

Superado o exame dos mais relevantes aspectos da cláusula da boa-fé à luz do direito material, modernamente não há dúvidas de que boa-fé também tem farta aplicação em sede de direito processual, conforme mais uma vez ensina Nelson Rosenvald:

Destarte, a boa-fé processual terá o magistrado como destinatário. Ela complementarmente a boa-fé civil, ao convidar ao diálogo aquele que até então se mantinha em clausura. Sendo o processo um instrumento idôneo para a concreção da tutela de direito material, o princípio colaborativo demandará um compartilhamento de responsabilidades entre as partes e o juiz, a

¹⁶⁰ LOTUFO, Renan. *Comentários ao Novo Código Civil*. V. I. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 315.

fim de que se alcance uma decisão justa e efetiva. A par da natural assimetria na fase decisória – naturalmente o ato de sentenciar dispensa a dialética –, todo o comando do processo se dará em bases cooperativas, com destaque para os deveres judiciais anexos perante as partes, de auxílio, diálogo, esclarecimento e prevenção, todos destinados à preservação do equilíbrio de forças no desenrolar da lide. A exaltação da boa-fé pelo CPC/15 demonstra que o processo não é um conjunto abstrato de equações concebidas em um laboratório, mas uma técnica a serviço de uma ética de direito material.¹⁶¹

O instituto da boa-fé encontra-se expressamente previsto no CPC de 2015 em pelo menos três dispositivos distintos, entre outros, quais sejam: artigo 5º; artigo 322, §2º; e artigo 489, §3º, o que representa avanço em relação ao CPC de 1973, em que o instituto aparecia expressamente apenas no artigo 14, inciso II.

O novo CPC, portanto, determina que os comportamentos de todos os sujeitos processuais (inclusive o do juiz) devem estar pautados na boa-fé.

A boa-fé em matéria processual pode ser extraída do plano constitucional a partir da conjugação dos princípios do devido processo legal e contraditório.

Portanto, se as normas infraconstitucionais forem somadas às disposições constitucionais, pode ser afirmado que o processo civil contemporâneo se revela a partir de um modelo cooperativo, em que todos os sujeitos do processo devem cooperar e agir com probidade, lealdade e confiança.

No mesmo sentido, Haroldo Lourenço, citando Joan Pico, ensina que:

[...] a boa fé compõe a cláusula do devido processo legal, limitando o exercício do direito de defesa, como forma de proteção do direito à tutela efetiva, do próprio direito de defesa da parte contrária e do direito a um processo com todas as garantias, na eloquente expressão “devido processo leal”.¹⁶²

O art. 5º do CPC, por exemplo, determina expressamente que “aquele que de qualquer forma participa no processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

¹⁶¹ ROSENVALD, Nelson. *A boa-fé*. Disponível em: <<https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/08/10/A-boaf%C3%A9-objetiva-CC-X-CPC15>>. Acesso em: 11.08.2017, às 10:48h.

¹⁶² LOURENÇO, Haroldo. *A boa-fé objetiva no CPC de 2015*. Disponível em: <<http://www.haroldolourenco.com.br/artigos/aboafeobjetiva.pdf>>. Acesso em: 11.08.2017, às 13:00h.

Analisados, em resumo, os aspectos materiais e processuais da boa-fé, importante adentrar, especificamente, na questão da boa-fé como exceção ou não da preservação dos efeitos materiais e processuais da litispendência, em que pese o reconhecimento da incompetência.

Conforme já exposto, ainda sob a égide do CPC de 1973, o jurista Leonardo Greco entendia que a má-fé afastaria o sistema em estudo. Ou seja, não incidiriam os efeitos materiais e processuais da litispendência, caso houvesse o reconhecimento da incompetência.

Entendo que, mesmo sob a égide do CPC de 2015, a boa-fé também deve ser levada em consideração pelo juiz para manutenção ou não dos efeitos da litispendência em caso de incompetência, pois a má-fé “[...] não pode constituir um prêmio para o litigante que deliberadamente procurou o juízo incompetente ou adotou o procedimento impróprio. Por isso, a diretriz da continuidade se subordina necessariamente ao princípio da boa-fé.”¹⁶³

3.5.2. Os juizados especiais

O princípio do acesso à justiça, conforme já exposto, está previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição federal, que diz: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.”. Esse princípio recebe também denominações distintas, como, por exemplo, princípio da inafastabilidade do controle ou da tutela jurisdicional e princípio do direito de ação, entre outros.

Tendo-se em mira esse princípio, é possível concluir que a Constituição federal garante a todos, pessoas físicas, jurídicas ou mesmo entes despersonalizados, o mais amplo acesso à justiça, seja para postular tutela jurisdicional preventiva ou mesmo ressarcitória.

Já foi exposto no presente trabalho que as partes têm o direito de acesso pleno à justiça, não devendo sofrer, nem mesmo por imposição legal, embaraços de ordem econômica, social, psicológica ou mesmo jurídica.

A morosidade e os custos do processo historicamente sempre representaram no Brasil exemplo flagrante de violência ao princípio do pleno acesso à justiça.

¹⁶³ GRECO, Leonardo. ‘Translatio iudicii’ e a reassunção do processo. In: *Revista de Processo*, n. 166, dez/2008, p.18.

Assim, visando facilitar o acesso à justiça de maneira mais célere e menos custosa, inicialmente a Lei nº 7.244/84 dispunha acerca do então denominado juizado especial de pequenas causas.

Posteriormente, já sob a égide da Constituição de 1988, foi promulgada a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispôs sobre os juizados especiais cíveis e criminais.

A mudança de nomenclatura não foi à toa, como bem analisado por Guilherme Augusto Bittencourt Corrêa:

Ao revogar a Lei 7.244/84, a Lei 9.099/95 modificou a nomenclatura, o que se considera de grande valia, já que modificou de Juizado de Pequenas Causas, para Juizado Especial, Cível e Criminal. Parece que tal mudança foi muito pertinente, pois a nomenclatura anterior já se mostrava discriminatória, uma vez, que deixava claro que tal juízo era para a discussão de "pequenas causas". Porém, a expressão "pequenas causas" é muito vaga e não exprime com clareza o que se busca definir.¹⁶⁴

Os juizados especiais cíveis são regidos por princípios específicos que não afastam os demais princípios constitucionais ou infraconstitucionais aplicáveis ao processo, mas apenas adequam esse sistema ao seu objetivo maior: uma justiça célere e não custosa.

Ditos princípios encontram-se enumerados exemplificativamente no artigo 2º da Lei 9.099/95, que aduz, em resumo: “O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.”.

O princípio da oralidade revela que o processo nos juízos deverá ser preponderantemente oral e não escrito. Ou seja, há apenas uma preponderância da forma, e não uma exclusividade. Ao se sustentar que o processo nos juizados especiais cíveis é oral, pretende-se destacar que a palavra falada, verbal, tende a prevalecer sobre a escrita.

O princípio da simplicidade ou informalidade informa que o processo será menos complexo quanto à forma e ao volume de atos processuais. Ou seja, uma inicial concisa, com seus elementos básicos e uma narrativa direta; defesa em

¹⁶⁴ CORRÊA, Guilherme Augusto Bittencourt. *Juizados Especiais Cíveis: acesso à justiça?* Disponível em: <www.revistas.ufpr.br/cejur/article/download/16759/11145>. Acesso em: 18.08.2017, às 13h:23min.

termos correlatos; apresentação de defesa em audiência; menos recursos – no caso, há basicamente o recurso inominado, que equivale à apelação no procedimento comum etc.

O princípio da economia processual, decorrente lógico e direto do princípio constitucional da duração razoável do processo, tem como objetivo primário permitir o andamento célere e eficiente do processo e, portanto, a satisfação do direito perseguido, com o mínimo volume de atividade processual. Esse princípio propõe, em resumo, conforme já adiantado, o menor volume possível de atos processuais, fazendo com que o processo possa se desenvolver e terminar no menor tempo possível, ao menos essa é *ratio*.

Exemplifica-se o princípio em exame com os art. 13 e 17, parágrafo único, da Lei dos Juizados Especiais, a concentração dos atos processuais em audiência nos Juizados Especiais.

Em 2004, conforme já exposto ao longo do presente trabalho, ante a EC 45/2004, houve a inclusão do inciso LXXVIII ao art. 5º da CRFB, com o seguinte teor: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Há princípio idêntico no art. 4º do CPC/2015: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”.

Dificuldade reside na implementação e dimensão do que seja o conceito de "razoável duração do processo". Todavia, vale destacar, mais uma vez, que o doutrinador Fredie Didier Jr. aponta a diretriz que também ora se adota:

[...] devem ser observados três critérios para que se determine se a duração do processo é, ou não, razoável: a) a complexidade do assunto; b) o comportamento dos litigantes e de seus procuradores ou da acusação e da defesa do processo; c) a atuação do órgão jurisdicional.¹⁶⁵

E conclui o já referenciado autor:

Esses critérios devem ser sopesados de acordo com as peculiaridades do caso; um não é mais importante do que o outro. Trata-se de elementos tipológicos: eles não são individualmente,

¹⁶⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V.1. 17ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 95.

nem necessários, nem suficientes, para a concretização da demora irrazoável; vale para a sua configuração a visão de conjunto.¹⁶⁶

Nessa toada, ganha relevo a criação e o aperfeiçoamento dos juizados especiais, constituídos justamente para privilegiar a celeridade, em um procedimento relativamente simples, objetivo, com pouco volume de atos processuais e pouquíssimos recursos.

A doutrina utiliza o exemplo da sentença proferida nos juizados especiais para exemplificar típica exceção ao sistema da *translatio iudicii*, nos seguintes termos:

a) a incompetência (absoluta ou relativa) é defeito processual que, em regra, não leva à extinção do processo. A incompetência gera a remessa dos autos ao juízo competente (art. 64, parágrafo 3º, CPC). Excepcionam-se, porém, a incompetência nos Juizados Especiais (inciso III do art. 51 da Lei n. 9099/1995) [...].¹⁶⁷

O procedimento nos juizados é especial, o que justifica um tratamento legal diferenciado, sem que isso importe em qualquer violência ao acesso à justiça, pois, inclusive, tratar os desiguais com distinção é algo que privilegia o princípio constitucional da igualdade.

Portanto, há exceção no caso dos juizados que decorre da própria lei que rege o procedimento especial.

3.5.3. Da competência internacional

Entre outras classificações não menos relevantes, a competência pode ser dividida, para fins didáticos, em internacional e nacional.

A competência *internacional*, também denominada de *jurisdição*, está prevista nos art. 21 a 24 do CPC.

A competência internacional pode ser conceituada em termos objetivos como a delimitação espacial da jurisdição.

¹⁶⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V.1. 17ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 95.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 204.

A jurisdição, como sabido, possui natureza jurídica de pressuposto processual de existência. Portanto, a demanda deve ser dirigida, processada e julgada por órgão de Estado dotado de poder jurisdicional.

Assim, no caso da competência internacional, significa dizer onde a jurisdição brasileira poderá atuar ou não, ou seja, onde haverá ou não o exercício do poder. Vale dizer, é a limitação da jurisdição de um Estado sobre o outro.

Fredie Didier Jr. ensina o seguinte:

A competência internacional visa, portanto, delimitar o espaço em que deve atuar a jurisdição, na medida em que o Estado possa fazer cumprir soberanamente suas sentenças. É a aplicação do chamado princípio da efetividade, que orienta à distribuição da competência internacional, segundo o qual o Estado deve abster-se de julgar se a sentença não tem como ser reconhecida onde deve exclusivamente produzir efeitos.¹⁶⁸

Alexandre Câmara pontua, com razão, que “antes de se verificar qual o juízo competente para determinado processo, há que se examinar se a hipótese pode ser submetida ao Estado brasileiro, para que este exerça, diante do caso concreto, a função jurisdicional.”¹⁶⁹

A competência internacional é regida por princípios específicos, conforme elencado por Vera Maria Barrera Jatahy, citada por Fredie Didier Jr., são eles: *plenitudo jurisdictionis*; exclusividade; unilateralidade; imunidade de jurisdição; proibição de denegação de justiça; autonomia da vontade.¹⁷⁰

Entre os princípios que importam para o presente trabalho, destaca-se o da unilateralidade, que indica, em resumo, o que se segue:

[...] à norma delimitadora da jurisdição estatal, que afirma ou afasta a competência internacional do Estado, não se concede o poder de atribuir competência internacional a outro Estado. Assim, não enquadrada uma demanda em alguma hipótese de competência internacional, fica excluída a possibilidade de essa mesma hipótese servir para que se remeta o julgamento à jurisdição de outro Estado, sob pena de ofensa à soberania [...].¹⁷¹

¹⁶⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V.1. 17ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 210.

¹⁶⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. V.1. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 96.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 210.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 211.

A competência internacional poderá, ainda, ser classificada como concorrente (art. 21 e 22 do CPC) ou exclusiva (art. 23 do CPC).

Na hipótese de competência concorrente, conforme o próprio nome sugere, inexistem apenas um juízo competente e outro incompetente. Ao contrário, há mais de um órgão jurisdicional dotado de competência para o conhecimento, processamento e julgamento da demanda. Quer-se dizer que há dois ou mais órgãos dotados ou investidos de jurisdição.

Simone Stabel Daudt, citando precisamente Botelho de Mesquita, ensina que:

Nos casos de competência internacional concorrente, diversamente do que ocorre nos casos de competência territorial interna, não há, para o Estado nacional, um juiz competente e outro incompetente. Não há um juiz competente, que pudesse tornar-se incompetente em virtude de renúncia da parte, e outro juiz, incompetente, que pudesse tornar-se competente por força da submissão da parte. Não há um juiz competente (o nacional) e outro incompetente (o estrangeiro), mas, sim, *dois juízes que o Estado nacional reconhece como igualmente competentes (rectius, igualmente investidos de jurisdição para a causa).*¹⁷² (Grifo no original)

Quanto à competência exclusiva, que se contrapõe à competência concorrente, Simone Stabel Daudt estabelece corretamente que “nenhum outro Estado poderá válida e eficazmente proferir sentença, pois esta não produzirá efeitos em nosso território. A sentença alienígena não preenche os requisitos para a respectiva homologação.”¹⁷³

Cassio Scarpinella Bueno explica que o

art. 23 trata dos casos em que o direito brasileiro afirma-se competente com caráter **exclusivo** para o processamento e julgamento das causas. Eventual decisão estrangeira entre as mesmas partes, com a mesma causa de pedir e o mesmo pedido não é idônea para ser homologada (art. 964, caput) e, por isso, não terá aptidão de produzir seus efeitos em território brasileiro.¹⁷⁴

¹⁷² DAUDT, Simone Stabel. Competência internacional e as propostas do projeto do novo CPC. In: *Revista Páginas de Direito*. Porto Alegre, ano 14, nº 1122, 01 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/166-artigos-jan-2011/6471-competencia-internacional-e-as-propostas-do-projeto-do-novo-cpc>. Acesso em: 11 de novembro de 2017.

¹⁷³ Ibidem.

¹⁷⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 60.

Alexandre Câmara, ainda fazendo menção ao CPC de 1973, explica e exemplifica a problemática atemporal da seguinte maneira:

Já o art. 89 do CPC regula a chamada “competência internacional exclusiva” a qual se refere aos casos em que a demanda só pode ser ajuizada perante autoridade judiciária brasileira, que tem competência “com exclusão de qualquer outra”. Assim, por exemplo, o judiciário brasileiro tem “competência internacional exclusiva” nas causas envolvendo imóveis situados no Brasil.¹⁷⁵

Neste rumo, verificada “a competência internacional, e sendo certo que a demanda pode ser ajuizada perante a autoridade judiciária brasileira, passa-se à análise da competência interna.”¹⁷⁶

Pois bem, tendo em vista o panorama anteriormente exposto com relação ao instituto da competência internacional, notadamente seu conceito, subdivisão (concorrente e exclusiva) e princípios regentes basilares, é preciso agora investigar se a competência internacional constitui ou não exceção ao sistema da *translatio iudicii*.

O presente trabalho entende que o caso de competência internacional exclusiva, se o juízo detectar que a demanda não pode tramitar naquele Estado, mas sim no estrangeiro, tendo em vista o princípio da unilateralidade que define que “à norma delimitadora da jurisdição estatal, que afirma ou afasta a competência internacional do Estado, não se concede o poder de atribuir competência internacional a outro Estado”,¹⁷⁷ constitui mais uma exceção ao sistema da *translatio iudicii*.

Dessa forma, o feito deverá ser extinto, sem exame do mérito, ante a incompetência absoluta do Estado brasileiro, por exemplo, para conhecer, processar e julgar o conflito, não sendo possível ao Estado que se julga incompetente simplesmente remeter os autos para o juízo supostamente competente, até mesmo porque isso representaria afronta à soberania do outro Estado.

¹⁷⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 97.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V.1. 17ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 211.

No mesmo sentido, citando o princípio da unilateralidade, é a posição de Fredie Didier Jr.¹⁷⁸

3.5.4. Demandas incidentes – competência funcional versus competência objetiva (reconvenção; denunciação da lide e embargos de terceiro)

Dentro do escopo do presente trabalho, em resumo, pode-se dizer que as demandas incidentais, como, por exemplo, a reconvenção, denunciação à lide e os embargos de terceiro, são demandas que possuem como característica o fato de não serem autônomas, mas subordinadas à existência de outra ação em curso.

Diz-se que a demanda é incidental justamente pelo fato de que ela se insere em processo já instaurado. As demandas incidentais também deverão observar regras de competência, inclusive a funcional.

Fredie Didier Jr. conceitua a competência funcional nos seguintes termos:

[...] critério funcional de determinação da competência – relaciona-se com a distribuição das funções que devem ser exercidas em um mesmo processo. Toma-se por critério de distribuição aspectos endoprocessuais (internos), relacionados ao exercício das diversas atribuições que são exigidas do magistrado durante toda marcha processual.¹⁷⁹

O critério *funcional*, em resumo, leva em consideração o órgão julgador (juiz singular, turma recursal, órgão colegiado, tribunal). A competência funcional no caso das demandas incidentais é do juízo da causa principal.

Contudo, como bem observa Fredie Didier Jr., “é possível que esse juízo não tenha competência objetiva (em razão da matéria ou da pessoa) para o processamento/julgamento do feito.”¹⁸⁰

Com efeito, neste item, serão analisadas essas possíveis exceções relativas a reconvenção, embargos de terceiro e denunciação à lide.

¹⁷⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V.1. 17ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 204.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 218.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 204.

A reconvenção pode ser conceituada como a demanda do réu contra o autor no mesmo processo em que está sendo demandado.

Trata-se de um verdadeiro e inquestionável contra-ataque do réu. No mesmo sentido é o ensinamento de Humberto Theodoro Júnior:

Entre as respostas de mérito, arrola-se, também, a reconvenção, que, todavia, não é meio de defesa, mas verdadeiro contra-ataque do réu ao autor, propondo dentro do mesmo processo uma ação diferente e em sentido contrário àquela inicialmente deduzida em juízo.¹⁸¹

As partes na demanda reconvenicional são denominadas de reconvinte (réu, que oferta a reconvenção contra o autor) e reconvindo (autor, contra o qual a reconvenção se dirige). A reconvenção está prevista no art. 343 do CPC e, de acordo com o novo CPC, não é mais deduzida em peça autônoma, mas sim no bojo da própria contestação. Logo, a parte que pretenda manejá-la deverá formular na peça de defesa um capítulo específico dedicado ao tema, com o pedido correlato.

Em relação às justificativas para a existência do instituto da reconvenção no direito brasileiro, Daniel Amorim Assunção Neves corretamente sustenta que

As justificativas para a adoção da reconvenção em nosso ordenamento processual são, portanto, basicamente duas: economia processual e harmonização de julgados, podendo-se afirmar que a primeira delas estará presente em toda e qualquer reconvenção, enquanto a segunda dependerá da possibilidade de decisões contraditórias a serem proferidas na ação originária e na ação reconvenicional.¹⁸²

A reconvenção enquanto exercício do direito de ação também deverá observar as condições da ação, os demais pressupostos processuais, inclusive a competência, bem como requisitos específicos dessa modalidade de resposta.

Em relação à competência, que é o requisito que interessa para a presente pesquisa,

¹⁸¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. V. I. 55ª Ed. Forense, 2015, p. 423.

¹⁸² NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Condições da ação na reconvenção*. Disponível em: <www.professordanielalves.com.br>. Acesso em: 29.08.2017, às 13h32min.

O juízo da causa principal também deve ser competente para julgar a reconvenção: somente é possível ao réu reconvir se o juízo da causa principal, que tem competência funcional para julgar a reconvenção, tiver competência em razão da matéria e da pessoa para julgar a causa.¹⁸³

Portanto, na hipótese de incompetência do juízo para a reconvenção, seria o caso de indeferimento da petição da reconvenção (ou do capítulo por ter sido ela formulada na defesa), conforme explica mais uma vez Fredie Didier Jr.:

A consequência da incompetência absoluta, neste caso, não pode ser a remessa dos autos ao juízo competente nem a extinção do processo. Somente é possível cogitar reconvenção se houver ação; assim, a reconvenção não poderia ser enviada a outro juízo distinto daquele onde tramita a demanda principal. Porque demanda incidente, o seu não conhecimento não implica extinção do processo, que prossegue para o exame da demanda principal.¹⁸⁴

Neste caso, não haveria “a preservação da litispendência e dos seus efeitos (materiais e processuais), a despeito do reconhecimento da incompetência.”¹⁸⁵ Em relação aos embargos de terceiro e a denunciação da lide¹⁸⁶ a questão é distinta.

Neste rumo, oportuno se faz passar em revista, sucintamente, pelos institutos em comento antes do debate acerca da *translatio iudicii*.

Nos termos do art. 674 do CPC, quem, “não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato construtivo, poderá requerer seu desfazimento ou sua inibição por meio de embargos de terceiro.”

Cássio Scarpinella Bueno expõe o seguinte:

A finalidade dos embargos de terceiro é mantida e esclarecida pelo art. 674, que combina as regras contidas nos arts. 1.046 e 1.047 do CPC de 1973. Nesse sentido, o caput é mais claro ao evitar o rol descritivo do CPC de 1973 (embora não taxativo) e prever o cabimento dos embargos de terceiro sempre que houver

¹⁸³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V.1. 17ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 660.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 661.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 204.

¹⁸⁶ *Ibidem*.

construção ou ameaça de construção sobre bens ou sobre direitos incompatíveis com o ato construtivo.¹⁸⁷

O art. 676 inovou e fixou regra de competência funcional, conforme bem acentuado mais uma vez por Cássio Scarpinella Bueno:

O parágrafo único do art. 676 é novidade bem-vinda para solucionar questão clássica respeitante à competência nos casos em que a construção é feita em obediência à carta. Neste caso, os embargos serão apresentados ao juízo deprecado, salvo se a construção tiver sido determinada pelo juízo deprecante ou se a carta já tiver sido devolvida. Trata-se de solução similar àquela dada para a competência dos embargos à execução (art. 914, § 2º).¹⁸⁸

A denunciação da lide está prevista nos arts. 125 a 129 do CPC e segundo Elpídio Donizetti, citando Athos Gusmão Carneiro, pode ser conceituada como

[...] uma ação regressiva, *in simultaneous processus*, proponível tanto pelo autor como pelo réu, sendo citada como denunciada aquela pessoa contra quem o denunciante terá uma pretensão indenizatória, pretensão de reembolso, caso ele, denunciante, vier a sucumbir na ação principal.¹⁸⁹

Trata-se de hipótese clássica de intervenção de terceiros.

Quanto ao objetivo da denunciação, Elpídio Donizetti esclarece que ela visa a

[...] enxertar no processo uma nova lide, que vai envolver o denunciante e o denunciado em torno do direito de garantia ou de regresso que um pretende exercer contra o outro. Trata-se de demanda incidente, em processo já em curso, que acarreta a ampliação subjetiva ulterior do processo. Ou seja, proposta a denunciação, o processo passará a ter duas demandas: a principal, envolvendo autor e réu; e a incidental, envolvendo denunciante e denunciado.¹⁹⁰

A denunciação da lide, segundo a melhor doutrina, é facultativa, pois

¹⁸⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 425.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 427.

¹⁸⁹ DONIZETTI, Elpídio. *Denunciação da lide*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/06/08/denunciacao-da-lide-arts-125-a-129>>. Acesso em: 31.08.2017.

¹⁹⁰ *Ibidem*.

[...] tanto na hipótese de o adquirente deixar de fazer a denunciação ou desta ser indeferida, será possível a propositura de uma nova demanda para promover a sua pretensão contra o alienante. Conclusão: além de modificar a sistemática do CPC de 1973, o novo diploma processual revogou o art. 456 do CC no tocante à necessidade de denunciação para o exercício da pretensão relativa à evicção. A revogação, como dito, é expressa (art. 1.072, II, CPC/2015).¹⁹¹

Resta agora analisar a questão da incompetência absoluta para os embargos de terceiro e a denunciação da lide, bem como o sistema da *translatio iudicii*.

Fredie Didier Jr. aduz o que se segue:

A incompetência absoluta para o conhecimento de embargos de terceiro ou denunciação da lide implica a remessa dos autos, com as demandas principal e incidental, ao juízo competente. É o que pode acontecer se, em processo que tramita na justiça Estadual, houver embargos de terceiro propostos por um ente federal ou em face de um deles seja proposta uma denunciação – em ambos os casos os autos serão remetidos à justiça Federal.¹⁹²

3.6. Efeitos materiais e processuais da litispendência

O professor Fredie Didier Jr. conceitua o sistema da *translatio iudicii* como “a preservação da litispendência e dos seus efeitos (materiais e processuais), a despeito do reconhecimento da incompetência.”¹⁹³

Inicialmente, oportuno distinguir objetivamente o que seja efeito material e processual, antes de expor o conceito e demais elementos da litispendência.

No que tange aos efeitos materiais, Priscila Kei Sato, firme nas lições de Chiovenda, expõe que esses “[...] efeitos são gerados pela existência do processo

¹⁹¹ DONIZETTI, Elpídio. *Denunciação da lide*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/06/08/denunciacao-da-lide-arts-125-a-129>>. Acesso em: 31.08.2017.

¹⁹² DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V.1. 17ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 204.

¹⁹³ *Ibidem*.

e têm o escopo de evitar prejuízos àquele que teve necessidade de buscar o Poder Judiciário para a satisfação de seu direito.”¹⁹⁴

Quanto aos efeitos processuais, Priscila Kei Sato aduz o seguinte:

Além dos efeitos materiais há, ainda, os efeitos processuais que deverão ser levados em consideração na aplicação do princípio da *translatio iudicii*. A respeito desses efeitos dedicamos o capítulo a seguir. Todos são efeitos decorrentes da existência do processo, mas os materiais manifestam-se claramente no campo do direito material, e os processuais predominantemente no campo do processo.¹⁹⁵

Rachel Furtado Nogueira, sobre o conceito de litispendência, com base nas lições de Cândido Rangel Dinamarco, expõe que:

É algo que já foi constituído e ainda existe, não foi extinto. Processo pendente é processo em curso. Ele se considera pendente desde o momento em que a petição inicial foi entregue ao Poder Judiciário (formação) até quando se tornar irrecorrível a sentença que determinar sua extinção (trânsito em julgado) quer a extinção do processo se dê com ou sem julgamento do mérito. O Estado de pendência do processo chama-se litispendência (do latim *litis-pendentia*). Como entre os efeitos da existência do processo pendente está o de impedir a instauração válida e eficaz de outro processo para julgamento de demanda idêntica (mesmas partes, mesma causa de pedir, mesmo pedido: CPC, art. 301, inc. V e §§ 1º a 3º), tem-se a ilusão de que a litispendência seja esse impedimento – i.e, o impedimento de um outro processo válido, com a mesma demanda. Na verdade, litispendência é o estado do processo que pende, não esse seu efeito.¹⁹⁶

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., citados por Rachel Furtado Nogueira, destacam os dois possíveis significados do termo “litispendência”, um ponto relevante e por vezes ignorado na pesquisa do tema:

a) a pendência da causa, o percorrer criativo dessa existência; b) pressuposto processual negativo, que obsta a repositura de demanda ainda pendente de análise. Embora distintos, os significados se entrelaçam: é que, havendo processo pendente

¹⁹⁴ SATO, Priscila Kei. *Translatio iudicii no direito processual civil brasileiro*. Tese de doutorado. Prof.^a Orientadora doutora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: PUC/SP, 2010, p. 84.

¹⁹⁵ Ibidem.

¹⁹⁶ NOGUEIRA, Rachel Furtado. *Litispendência no âmbito do processo coletivo*. Brasília-DF: Conteúdo Jurídico, 26.03.2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.52818&seo=1>>. Acesso em: 06.09.2017.

(litispendência), o réu, uma vez novamente demandado, informa ao magistrado sobre esse novo processo que já pende com o mesmo conteúdo, ou seja, informa que há litispendência.¹⁹⁷

Em relação ao sistema da *translatio iudicii*, importa que o termo “litispendência” seja utilizado como mera pendência da causa.

Vale dizer, a despeito da incompetência, o processo, em regra, não será extinto, mas sim remetido ao juízo competente. Mantido, portanto, o estado de pendência do feito. Com efeito, uma vez preservada a litispendência, seus efeitos também estarão preservados.

Cumpra, agora, analisar os efeitos decorrentes de uma lide pendente, firme na premissa de Priscila Kei Sato: “[...] Entendemos que os efeitos materiais e processuais da citação, estudados pela doutrina brasileira podem ser considerados, também, como efeitos materiais e processuais do processo.”¹⁹⁸

Cassio Scarpinella Bueno explica que o “art. 238 conceitua a citação de forma ampla como o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual, ou mais corretamente, o processo.”¹⁹⁹

De plano, é importante destacar que “a citação não tem o condão de proporcionar a formação do processo. O processo já existe desde o momento em que foi ajuizada a ação.”²⁰⁰

Os efeitos processuais e materiais da citação são, em síntese, os seguintes: (1) induzir a litispendência, para o réu; (2) tornar a coisa ou o direito litigioso, para o réu; (3) estabilizar a lide; (4) constituir o devedor em mora.

O primeiro efeito processual da citação é a litispendência, conforme precisa explicação de Fredie Didier Jr.:

Um efeito processual da citação é a indução da litispendência para o réu. Litispendência é palavra que assume dois significados: a) a pendência da causa, o percorrer criativo desta

¹⁹⁷ NOGUEIRA, Rachel Furtado. *Litispendência no âmbito do processo coletivo*. Brasília-DF: Conteúdo Jurídico, 26.03.2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.52818&seo=1>>. Acesso em: 06.09.2017.

¹⁹⁸ SATO, Priscila Kei. *Translatio iudicii no direito processual civil brasileiro*. Tese de doutorado. Prof.^a Orientadora doutora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: PUC/SP, 2010, p. 85.

¹⁹⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 187.

²⁰⁰ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V.1. 17^a Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 611.

existência; b) “pressuposto processual” negativo, que obsta a repropositura de demanda ainda pendente de análise. O art. 240 do CPC cuida da litispendência no primeiro sentido. Cumpre advertir que a litispendência só é induzida com a citação em relação ao réu; para o autor, litispendência já existe a partir da propositura da demanda (art. 312 do CPC).²⁰¹

Cassio Scarpinella Bueno ensina que:

[...] o art. 312 antecipa, quando comparado com o CPC de 1973, o momento em que a ‘ação’ será considerada ‘proposta’. Será suficiente, para tanto, que ela seja protocolada, despicienda sua distribuição ou qualquer manifestação do magistrado a seu respeito (‘despachada’, como se lê do art. 263 do CPC de 1973). A citação, contudo, tal qual no CPC de 1973, é indispensável para que os efeitos mencionados no caput do art. 240 – induzir litispendência, tornar litigiosa a coisa, e, se for o caso, constituição em mora – sejam produzidos em relação ao réu.²⁰²

É importante salientar que a litispendência só se perfaz com a citação em relação ao réu, pois, para o autor, a litispendência já existe desde a propositura da demanda.

A citação possui também o efeito processual de tornar litigiosa a coisa ou o direito. Observa Fredie Didier Jr. que a lei permite que “na pendência do processo, uma das partes aliene, a título particular, a coisa ou o direito litigioso (objeto da controvérsia) a um terceiro. Essa alienação, que é um negócio jurídico, é válida e eficaz em relação aos seus participantes.”²⁰³

Em relação ao tema em destaque, Fredie Didier Jr. expõe o seguinte:

A litispendência é pressuposto para a ocorrência de uma alienação da coisa ou do direito litigioso. Consoante será visto no capítulo sobre a citação, a coisa/direito torna-se litigioso a partir da litispendência (existência do processo).²⁰⁴

²⁰¹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V.1. 17ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 611.

²⁰² BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 233.

²⁰³ DIDIER JR., op. cit., p. 541.

²⁰⁴ Ibid., p. 542.

E arremata o autor que “para o demandante, a litispendência se inicia com a propositura da ação (art. 312 do CPC). Para o réu, com a citação (art. 240 do CPC). Não é totalmente correto dizer que é a citação que torna litigiosa a coisa; isso vale para o réu”.²⁰⁵

Há, ainda, outro efeito processual, qual seja, a estabilização da demanda, que faz com que o autor fique impedido de alterar o pedido ou a causa de pedir, ou aditar os termos da demanda, sem o consentimento do réu, conforme disposto no art. 329, I, do CPC.

O art. 240 do CPC dispõe que expressamente que a citação válida, ainda que ordenada por juízo incompetente, induz litispendência, torna litigiosa a coisa e constitui em mora o devedor. Trata-se de efeito material da citação.

Por fim, mas não por último, é importante destacar que “não é a citação que interrompe a prescrição, mas o ato que a ordena. A data da interrupção, porém, será a da propositura da ação (art. 240, parágrafo 1º, CPC).”.²⁰⁶

²⁰⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V.1. 17ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 542.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 613.

4. CONCLUSÃO

O processo enquanto método de solução de conflitos contribui para a correlata e esperada estabilidade (e pacificação) social e, conseqüentemente, para um saudável ambiente econômico. Portanto, importa para qualquer sociedade civilizada o estudo e o aperfeiçoamento do direito processual.

O estudo do sistema da *translatio iudicii* é afeto ao direito processual civil (que é o objeto do presente estudo) ou do trabalho, por exemplo.

Quanto ao esboço histórico, a *translatio iudicii*, conforme ensina Juan Monroy Palácios, foi inserida no Código de Processo Civil Francês nos idos de 1806, sob a denominação de *reprise d'instance*, momento em que, segundo o autor, o tema passou a ser estudado de forma sistemática.²⁰⁷

Priscila Kei Sato esclarece, firme nas lições históricas de José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, o seguinte:

A *translatio iudicii* (modificação subjetiva da fórmula, como denominado por José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo) ocorria sempre que fosse necessária a modificação do magistrado (*iudex*) ou das partes. Os motivos para tanto poderiam ser: a morte, a doença, a perda da capacidade do julgador ou dos litigantes, e na hipótese de o *iudex* admitir não ter tido êxito na formação de seu convencimento a respeito de determinado caso (*sibi non liquere*). Nesses casos, continuam os autores, cabia ao pretor, providenciar a *translatio do iudicium*, para que o processo prosseguisse seu curso normal.²⁰⁸

Neste rumo, em um passado não tão distante, coube ao direito italiano os estudos mais relevantes acerca da matéria que até hoje são utilizados como referência por todos aqueles que estudam o tema.

Sobre o sistema em exame, Paola Grazia Lanneli, citada por Priscila Kei Sato, expõe corretamente que “[...] foi introduzido o mecanismo da *translatio iudicii* no processo civil italiano e foi modificado o significado do princípio kompetenz-kompetenz. O juízo erroneamente indicado pelo autor da ação não se

²⁰⁷ PALÁCIOS, Juan Monroy. *La traslación em el proceso civil*. Disponível em: http://issuu.com/juanjosemonroy/docs/la_traslacion_en_el_proceso_civil. Acesso em: 22.06.2017.

²⁰⁸ SATO, Priscila Kei. *Translatio iudicii no direito processual civil brasileiro*. Tese de doutorado. Prof.^a Orientadora doutora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: PUC/SP, 2010, p. 15.

limitaria mais a declarar-se incompetente, mas também, deveria a partir de então indicar qual o juízo competente.”.²⁰⁹

No mesmo sentido, posiciona-se o doutrinador brasileiro Leonardo Greco ao argumentar que a “continuação do processo, perante o novo juiz, após a declaração de incompetência, foi consagrada no Código italiano através do instituto da “reassunção da causa” (art. 50 do Código de Processo Civil italiano) [...]”.²¹⁰

No Brasil, em termos de processo civil, não é possível se falar em um marco normativo específico e determinado acerca da *translatio iudicii*, pois este instituto processual refere-se a um sistema, composto de princípios e regras, constitucionais e infraconstitucionais, que, juntos, admitem a continuidade do processo iniciado no juízo incompetente, com a respectiva manutenção dos atos processuais então praticados. Vale dizer, nessa hipótese, em regra, não haveria a extinção do feito.

A doutrina processual civil²¹¹ já admitia a *translatio iudicii* ainda sob a égide do CPC/73, bem como admitem sob a égide do atual código.²¹² Ou seja, o sistema não constitui novidade do CPC de 2015.

Destaque-se que, ao tempo do CPC de 1973 ou de 2015, a incompetência sempre foi classificada em absoluta e a relativa, inexistindo qualquer alteração quanto aos conceitos. Todavia, os efeitos da decisão proferida pelo juízo absolutamente incompetente foram alterados, especialmente diante do disposto no art. 113, §2º, do CPC/73, cujo texto legal atribuía o vício de nulidade automática aos atos decisórios proferidos pelo juízo absolutamente incompetente, o que não mais ocorre no CPC de 2015 (art. 64, §4º).

Leonardo Carneiro da Cunha, com a precisão de sempre, esclarece que a “definição de um conceito de direito é consequência da análise de sua essência, entendendo-se essência como o conceito fundamental de um objeto”.²¹³

²⁰⁹ SATO, Priscila Kei. *Translatio iudicii no direito processual civil brasileiro*. Tese de doutorado. Prof.^a Orientadora doutora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: PUC/SP, 2010, p. 13-14.

²¹⁰ GRECO, Leonardo. ‘Translatio iudicii’ e a reassunção do processo. In: *Revista de Processo*, n. 166, dez/2008, p.12.

²¹¹ Ibidem; SATO, Priscila Kei. *Translatio iudicii no direito processual civil brasileiro*. Tese de doutorado. Prof.^a Orientadora doutora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: PUC/SP, 2010.

²¹² DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V.1. 17ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 204.

²¹³ CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Jurisdição e competência*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2008, p. 36.

Em relação ao conceito do sistema da *translatio iudicii*, adota-se aquele formulado pelo professor Fredie Didier Jr., nos seguintes termos: “A preservação da litispendência e dos seus efeitos (materiais e processuais), a despeito do reconhecimento da incompetência.”.²¹⁴

O conceito da *translatio iudicii* não tem pretensão de validade universal, pois isso não seria possível, notadamente porque a preservação da litispendência e dos seus efeitos, a despeito do reconhecimento da incompetência, depende das normas jurídicas de cada país. Portanto, ele é um conceito jurídico-positivo, ou seja, ele, necessariamente, variará de acordo com o ordenamento jurídico a ser pesquisado, no tempo e no espaço.

Entendo que não se pode conceituar a *translatio iudicii* como um princípio ou uma regra, pois se trata, em verdade, de um sistema, composto por princípios, constitucionais e infraconstitucionais (vide, por exemplo, os princípios do acesso à justiça e da instrumentalidade das formas) e regras (vide, por exemplo, o artigo 64, §4º, do CPC).

Esse sistema é composto de princípios, entre eles, princípios constitucionais, notadamente os princípios do devido processo legal, juiz natural, duração razoável do processo e acesso à justiça. Esses princípios, juntos, compõem o núcleo constitucional do sistema da *translatio iudicii*.

Além dos princípios constitucionais que lhe garantem sustentação, há também princípios infraconstitucionais, a saber, os princípios da primazia da decisão de mérito, economicidade processual e instrumentalidade do processo.

O sistema da *translatio iudicii* adotado pelo CPC garante a preservação da litispendência e dos seus efeitos (materiais e processuais), em que pese o reconhecimento da incompetência.

O aludido sistema também contém regra no sentido de que, mesmo na hipótese do reconhecimento da incompetência, não haverá nulidade automática de nenhum ato processual, decisório ou não (art. 64, §4º, do CPC), o que vai de encontro à moderna teoria das nulidades processuais, no sentido de preservação máxima dos atos processuais.

Superados os princípios que compõem o sistema, destaquem-se as regras que a ele dão sustentabilidade: (1) a incompetência, mesmo que absoluta, em

²¹⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V.1. 17ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 204.

regra, não gera a extinção do processo, mas sim a remessa dos autos para o juízo competente, conforme prevê expressamente o art. 64, §3º, do CPC; (2) o art. 64, §4º, ao aduzir que os atos decisórios, ainda que proferidos por juízo incompetente, conservam seus efeitos, até que outra decisão seja proferida pelo juízo competente; (3) o inciso II, do §5º, do artigo 968, dispõe que, uma vez

reconhecida a incompetência do tribunal para julgar a ação rescisória, o autor será intimado para emendar a petição inicial, a fim de adequar o objeto da ação rescisória, quando a decisão apontada como rescindenda não tiver apreciado o mérito e não se enquadrar no § 2º do art. 966 ou tiver sido substituída por decisão posterior;

(4) o artigo 240 do CPC registra que a citação válida, ainda que ordenada por juízo incompetente, produz efeitos.

O sistema da *translatio iudicii* é composto por princípios e regras, constitucionais e infraconstitucionais, que garantem a preservação dos efeitos materiais e processuais da litispendência, em que pese o reconhecimento da incompetência.

Todavia, o aludido sistema comporta exceções, ou seja, em determinadas situações, inexistirá a preservação dos efeitos materiais e processuais da litispendência, caso reconhecida a incompetência.

A primeira exceção refere-se à boa-fé que deve ser levada em consideração pelo juiz para manutenção ou não dos efeitos da litispendência em caso de incompetência, pois a má-fé “[...] não pode constituir um prêmio para o litigante que deliberadamente procurou o juízo incompetente ou adotou o procedimento impróprio. Por isso, a diretriz da continuidade se subordina necessariamente ao princípio da boa-fé.”²¹⁵

A segunda exceção refere-se aos juizados especiais, pois o procedimento nos juizados é especial, o que justifica um tratamento legal diferenciado, sem que isso importe em qualquer violência ao acesso à justiça, pois tratar os desiguais com distinção é algo que privilegia o princípio constitucional da igualdade (inciso III do art. 51 da Lei n. 9099/1995).

²¹⁵ GRECO, Leonardo. ‘Translatio iudicii’ e a reassunção do processo. In: *Revista de Processo*, n. 166, dez/2008, p.18.

No caso de competência internacional exclusiva, se o juízo detectar que a demanda não pode tramitar naquele Estado, mas sim no estrangeiro, tem-se o princípio da unilateralidade que define que “à norma delimitadora da jurisdição estatal, que afirma ou afasta a competência internacional do Estado, não se concede o poder de atribuir competência internacional a outro Estado”.²¹⁶ Logo, constitui mais uma exceção ao sistema da *translatio iudicii*.

A última exceção refere-se às demandas incidentais. A competência funcional, no caso das demandas incidentais, é do juízo da causa principal.

Com efeito, na hipótese de incompetência do juízo para a reconvenção, seria o caso de indeferimento da petição da reconvenção (ou do capítulo por ter sido ela formulada na defesa). Neste caso, não haveria “a preservação da litispendência e dos seus efeitos (materiais e processuais), a despeito do reconhecimento da incompetência.”.²¹⁷

Quanto à incompetência no caso da denunciação da lide e dos embargos de terceiro, adotamos o posicionamento conclusivo de Fredie Didier Jr. no sentido de que a

[...] incompetência absoluta para o conhecimento de embargos de terceiro ou denunciação da lide implica a remessa dos autos, com as demandas principal e incidental, ao juízo competente. É o que pode acontecer se, em processo que tramita na Justiça Estadual, houver embargos de terceiro propostos por um ente federal ou em face de um deles seja proposta uma denunciação – em ambos os casos os autos serão remetidos à Justiça Federal.²¹⁸

O sistema em estudo garante a preservação dos efeitos da litispendência.

O termo “litispendência” foi utilizado na presente pesquisa como mera pendência da causa. Por isso, sustento que, a despeito da incompetência, o processo, em regra, não será extinto, mas sim remetido ao juízo competente. Mantido, portanto, o estado de pendência do feito.

Quanto aos efeitos decorrentes de uma lide pendente, correta a posição de Priscila Kei Sato: “[...] Entendemos que os efeitos materiais e processuais da

²¹⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V.1. 17ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 211.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 204.

²¹⁸ *Ibidem*.

citação, estudados pela doutrina brasileira, podem ser considerados, também, como efeitos materiais e processuais do processo.²¹⁹

Os efeitos processuais e materiais da citação são, em síntese, os seguintes: (1) induzir a litispendência, para o réu; (2) tornar a coisa ou o direito litigioso, para o réu; (3) estabilizar a lide; (4) constituir o devedor em mora.

²¹⁹ SATO, Priscila Kei. *Translatio iudicii no direito processual civil brasileiro*. Tese de doutorado. Prof.^a Orientadora doutora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: PUC/SP, 2010, p. 85.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*: resolução. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003.

ALENCAR, Martsung F.C.R. *O sistema jurídico: normas, regras e princípios*, p. 2. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15037-15038-1-PB.pdf>>. Acesso em: 28.06.2016, às 12h:22min.

ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Forense, 2005.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*, p. 8. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf>. Acesso em: 27.06.2017, às 17h36min.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 06.06.2017.

BRASIL. Lei 13.105, de 19 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 06.06.2017.

BRASIL. Lei 5.869, 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5869-11-janeiro-1973-357991-normaatualizada-pl.html>. Acesso em: 06.06.2017.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 06.06.2017.

BRASIL. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto de Código de Processo Civil. *Código de Processo Civil: anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. V.I. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4ª Ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. V.1. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CHANG, Ha-Joon. *Chutando a escada*. São Paulo: Unesp, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. V. II. Campinas: Bookseller, 2000.

CINTRA, Antônio Carlos de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

CORRÊA, Guilherme Augusto Bittencourt. *Juizados especiais cíveis: acesso à justiça?* Disponível em: <www.revistas.ufpr.br/cejur/article/download/16759/11145>. Acesso em: 11 de novembro de 2017.

CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Jurisdição e competência*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2008.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Teoria geral do processo*. 2ª Ed. São Paulo: Método, 2007.

DAUDT, Simone Stabel. Competência internacional e as propostas do projeto do novo CPC. In: *Revista Páginas de Direito*. Porto Alegre, ano 14, nº 1122, 01 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/166-artigos-jan-2011/6471-competencia-internacional-e-as-propostas-do-projeto-do-novo-cpc>.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9ª Ed. São Paulo: LTr, 2010.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V.1. 17ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. *Editorial 120*. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-120/>> Acesso em: 14.06.2017, às 13h43min.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. V.3. 13ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DONIZETTI, Elpídio. *Denúnciação da lide*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/06/08/denunciacao-da-lide-arts-125-a-129>>. Acesso em: 31.08.2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: obrigações*. 10ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FRANCO, Cipriani. Riparto di giurisdizione e ‘translatio iudicii’. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2005.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GRECO, Leonardo. ‘Translatio iudicii’ e a reassunção do processo. In: *Revista de Processo*, n. 166, dez/2008.

INGLATERRA. *Magna Carta do rei João Sem Terra*, 1215. Disponível em: <http://corvobranco.tripod.com/dwnl/magna_carta.pdf>. Acesso em: 30.07.2015.

LEGALE, Siddharta Ferreira. *Estado Social e Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Concurso-CSPB-monografiasiddharta.pdf>. Acesso em: 16.06.2017, às 12h:11min.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 5ª Ed. São Paulo: LTr, 2007.

LOTUFO, RENAN. *Comentários ao novo Código Civil*. V. I. São Paulo: Saraiva, 2003.

LOURENÇO, Haroldo. *A boa-fé objetiva no CPC de 2015*. Disponível em: <<http://www.haroldolourenco.com.br/artigos/aboafeobjetiva.pdf>>. Acesso em: 11.08.17, às 13h:00.

MACEDO, Elaine Harzheim; BRAUN, Paola Roos. Jurisdição segundo Giuseppe Chiovenda versus jurisdição no paradigma do processo democrático de direito: algumas reflexões. Curitiba PR: ANIMA - *Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*, ano VI, nº 12, jul-dez/2014. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br>> Acesso em: 12.06.2017, às 13h:30.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIESSA, Éllison. *Manual dos recursos trabalhistas: teoria e prática*. 2ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. V.1. 35ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas S.A., 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição federal*. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 11ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. *Condições da ação na reconvenção*. Disponível em: <www.professordanielalves.com.br>. Acesso em: 29.08.2017, às 13h32min.

NOGUEIRA, Rachel Furtado. *Litispendência no âmbito do processo coletivo*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF, 26.03.2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.52818&seo=1>>. Acesso em: 06.09.2017.

OEA. Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22 de setembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 06.06.2017.

PALÁCIOS, Juan Monroy. *La traslación en el proceso civil*. Disponível em: <http://issuu.com/juanjosemonroy/docs/la_traslacion_en_el_proceso_civil> Acesso em: 21.06.2017.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PINTO, Nelson Luiz. *A convenção de arbitragem, sua força vinculante e seus reflexos*. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2010/05/a-convencao-de-arbitragem-sua-forca-vinculante-e-seus-reflexos-na-jurisdicao-penal/>> Acesso em 14.06.2017, às 10h44min.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

REIS, Luciano Elias. *A arbitragem e a Constituição da República de 1988*. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10712>. Acesso em: 06.06.2017.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. V. 3. 28ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSENVALD, Nelson. *A boa-fé*. Disponível em: <<https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/08/10/A-boaf%C3%A9-objetiva-CC-X-CPC15>>. Acesso em: 11.08.2017, às 10h:48min.

SARAIVA, Renato. *Processo do trabalho*. 4ª Ed. São Paulo: Método, 2008.

SATO, Priscila Kei. *Translatio iudicii no direito processual civil brasileiro*. Tese de doutorado. Prof.^a Orientadora doutora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: PUC/SP, 2010.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 7^a Ed. São Paulo: LTr, 2014.

SOUZA, Gelson Amaro de. *Curso de direito processual civil*. 2^a Ed. São Paulo: Datajuris, 1998.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SZNAJDER, Raphael. *O princípio da unidade da jurisdição no Estado Democrático de Direito*: breves considerações sobre a obrigatoriedade de reunir os processos intervinculados. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/RaphaelSznajder.pdf>> Acesso em: 16.06.2017, às 09h:04min.

TARTUCE, Flávio. *O princípio da boa-fé objetiva em matéria contratual*: apontamentos em relação a novo Código Civil e visão do projeto n. 6.960/02. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/.../artigo-boafé-TARTUCE.doc>>. Acesso em: 11.08.2017, às 11h:16min.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de direito processual do trabalho*. V. I. São Paulo: LTr, 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. V. 1. 56^a Ed. Rio de Janeiro: Gen, 2015.

VELOSO, Zeno. *Controle de constitucionalidade*. 3^a Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.