

Priscila Kei Sato

***TRANSLATIO IUDICII* NO DIREITO PROCESSUAL
CIVIL BRASILEIRO**

Doutorado em Direito

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito sob a orientação da Prof. Doutora Teresa Arruda Alvim Wambier.

SÃO PAULO

2010

Banca Examinadora

Dedicatória

Aos meus pais Ayaka Goto
Sato e Jorge Haruyoshi
Sato, por tudo.

LISTA DE ABREVIATURAS

Apte(s).-	Apelante(s)
Apdo(s).-	Apelado(s)
Art. -	Artigo
CC -	Código Civil
Cf. -	Conferir
CP -	Código Penal
CPC -	Código de Processo Civil
CLT -	Consolidação das Leis do Trabalho
Des. -	Desembargador
DJe -	Diário da Justiça eletrônico
g.n. -	grifo nosso
j.-	juízo
JTJ LEX -	Jurisprudência do Tribunal de Justiça, Revista oficial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Lex Editora, São Paulo
Min. -	Ministro
Rel. -	Relator
STJ -	Superior Tribunal de Justiça
TFR -	Tribunal Federal de Recursos
v. -	Vide
vol. -	Volume

Priscila Kei Sato

Translatio Iudicii no Direito Processual Brasileiro

RESUMO

palavras-chave: *translatio iudicii* – hipóteses de cabimento – direito brasileiro

Após amplo debate na doutrina e Tribunais italianos, a respeito do princípio da *translatio iudicii*, em 19 de junho de 2009, foi publicada na Itália a Lei n. 69 que, em seu art. 59, preenche a lacuna sobre a comunicação entre a jurisdição administrativa e a ordinária.

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 e a absoluta. Na primeira hipótese, há o aproveitamento de todos os atos (inclusive decisórios) e, na segunda, os atos de caráter decisório são considerados nulos e os demais são conservados.

Ocorre, todavia, que as regras já previstas no ordenamento pátrio não são suficientes para resolver todos os casos concretos. Da análise da jurisprudência pátria, constata-se que, muitas vezes, opta-se por extinguir o processo sem resolução do mérito, ao invés de se adotar a *translatio iudicii* e a reassunção do processo, sob fundamentos inconstitucionais, que violam os princípios do acesso à justiça e da duração razoável do processo.

Por outro lado, não há estudo aprofundado sobre os efeitos processuais (por exemplo, *perpetuatio iurisdictionis* e litispendência) e materiais (por exemplo, interrupção da decadência e prescrição) dos atos realizados perante o juízo considerado incompetente.

Desse modo, o presente ensaio tem como escopo analisar a aplicabilidade da *translatio iudicii* e a reassunção do processo no direito processual civil brasileiro, à luz dos princípios constitucionais; os efeitos processuais e materiais dos atos realizados perante o juízo considerado incompetente e propor soluções diferentes das atualmente empregadas pela jurisprudência.

Priscila Kei Sato

***Translatio iudicii* in Brazilian Civil Law Procedure**

ABSTRACT

Key words: *translatio iudicii* – admission hypotheses – Brazilian Law

After ample discussion in the Italian doctrine and case law, on June 19, 2009, Act n. 69 was passed in Italy and in its article 59 attempted to fill the gap about the connection between administrative and ordinary jurisdictions. The legislator did not adopt the *translatio iudicii* principle as it had been conceived for the cases in which the lack of jurisdiction is acknowledged, as per art 50 of the Italian Civil Procedure Code.

In Brazil, both the *translatio iudicii* principle and resumption of procedure are part of the civil procedural system, although such terms are not expressly adopted. Procedures are resumed and the files are sent to competent court in cases in which relative and absolute lack of jurisdiction has been declared. In the first case, all former acts remain valid (including intermediate court orders) and in the second intermediate court orders are considered null and void while all other acts remain in effect.

However, the existing rules under the Brazilian legislation are insufficient to cover every concrete case. Analyzing our case law, one observes that, often, the chosen path is dismissal without prejudice, instead of adopting the *translatio iudicii* and procedure resumption, based on unconstitutional grounds that infringe the principles of access to justice and reasonable duration of procedures.

On the other hand, there is no thorough study about procedural effects (e.g., *perpetuatio iurisdictionis* and *lis pendens*) of the acts performed before the unqualified court.

This study aims at analyzing the applicability of *translatio iudicii* and proceeding resumption under the Brazilian Civil Procedural Law on the evidence of constitutional principles; procedural and material effects of the acts performed before the unqualified court; and to propose solutions other than the ones provided in our case law.

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS.....	4 -
RESUMO.....	5 -
ABSTRACT.....	6 -
SUMÁRIO	7 -
INTRODUÇÃO	8 -
1. DIREITO ITALIANO.....	15 -
1.1. ART. 59 DA LEI ITALIANA 69 DE 18.06.2009 E DECISÕES A RESPEITO DE <i>TRANSLATIO IUDICII</i> NO DIREITO ITALIANO.	15 -
2. <i>TRANSLATIO IUDICII</i> E REASSUNÇÃO DO PROCESSO NO DIREITO BRASILEIRO	26 -
2.1. PRINCÍPIOS A RESPEITO DAS NULIDADES NO PROCESSO CIVIL ...	28 -
2.2. JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA	32 -
2.3. INCOMPETÊNCIA RELATIVA.....	36 -
2.4. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA.....	43 -
2.5. AÇÃO RESCISÓRIA.....	48 -
2.6. JUSTIÇA COMUM E JUSTIÇA TRABALHISTA	55 -
2.7. MANDADO DE SEGURANÇA: INDICAÇÃO EQUIVOCADA DA AUTORIDADE COATORA.....	59 -
CONSIDERAÇÕES DE CUNHO CONCLUSIVO.....	63 -
BIBLIOGRAFIA	69 -

INTRODUÇÃO

No Regime Absolutista, o poder jurisdicional¹ estava concentrado no soberano que o delegava, com certos limites a determinados juízes. A doutrina afirma que havia uma concepção patrimonial da jurisdição, pois, nas palavras de Leonardo Greco, cada juiz velava pela sua própria competência e a exercia no seu interesse, como delegatário de um poder outorgado pelo soberano².

Ocorre, todavia, que a concepção patrimonial da jurisdição impedia o reconhecimento de sua unidade. Ou seja, em sendo a competência vista apenas como integrante do patrimônio privado do juiz (poder esse delegado pelo soberano) havia disputas para o exercício do poder jurisdicional.

No Estado Moderno, contudo, o poder jurisdicional passou a ser exercido por magistrados, funcionários do Estado, deixando de ter razão as disputas pelo exercício da jurisdição³. Mesmo sob essa nova ótica, a jurisdição

¹ Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antonio Carlos Araújo Cintra (*Teoria Geral do Processo*, 20ª edição, São Paulo: Malheiros, 2004, p.131) definem jurisdição como poder, função e atividade: “Que e ela é uma função do Estado e mesmo monopólio estatal, já foi dito: resta agora, a propósito, dizer que a jurisdição é, ao mesmo tempo, *poder, função e atividade*. Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal)”.

² Leonardo Greco, “*Translatio iudicii* e a reasunção do processo”, in: *Revista de Processo* n. 166, dez/2008, p.11.

³ Franco Cipriani, com base nas lições de Chiovenda, conclui que o princípio *Kompetenz-Kompetenz*, segundo o qual todo juiz é juiz de sua própria competência e, não pode ser obrigado por um outro juiz de mesmo grau a declarar-se competente e decidir no mérito, tinha um sentido quando era vigente a concepção patrimonial de jurisdição, quando o poder jurisdicional pertencia ao líder político e era

e a competência eram consideradas, pelo antigo Código de Processo Civil italiano (aprovado pela Lei n. 2.366 de 25 de junho de 1865), como pressupostos processuais, cuja ausência, acarretaria a extinção da ação⁴.

Esse entendimento, todavia, não se coadunava com o princípio da unidade da jurisdição. Chiovenda, ao constatar essa realidade, defendeu com ineditismo que, mesmo sendo reconhecida a incompetência do juízo, o processo deveria prosseguir perante o juízo competente, evitando-se a extinção do processo.⁵

O posicionamento do autor era minoritário, mas contava com um argumento extremamente convincente: o Código Civil italiano previa que a prescrição seria interrompida com o ajuizamento de uma demanda judicial, mesmo perante juízo incompetente. Assim, admitindo-se o efeito interruptivo da

hereditário. Nessa época, cada juiz zelava por sua competência e busca ampliá-la. Essa circunstância foi modificada com o surgimento do Estado Moderno: "Infatti, l'irrazionalità delle norme che impedivano la prosecuzione del processo davanti al giudice effettivamente competente fu avvertita da Giuseppe Chiovenda, il quale osservò che il principio *Kompetenz-Kompetenz*, per il quale ogni giudice è giudice della propria competenza e, quindi, non può mai essere obbligato da un altro giudice di pari grado a dichiararsi competente e a giudicare sul merito, aveva un senso quando vigeva la concezione patrimoniale della giurisdizione, ossia quando il potere giurisdizionale spettava al capo politico ed ereditario, sì che ogni giudice era non solo geloso delle proprie prerogative, ma anche comprensibilmente portato ad ampliare la sfera della propria competenza. Vice-versa, nello Stato moderno, nell quale il potere giurisdizionale appartiene esclusivamente allo Stato e rappresenta una componente essenziale della sua sovranità, i giudici non possono che essere funzionari dello Stato, per i quali un problema di reciproche gelosie non ha alcuna ragione di essere." (Franco Cipriani, "Riparto di giurisdizione e 'translatio iudicii'", In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2005, 732).

⁴ "Il difetto di competenza del giudice adito impediva, pertanto, la valida insorgenza di un rapporto processuale, ed al giudice incompetente era demandato il solo compito di pronunciare una sentenza di *absolutio ab instantia*, che assumeva la forma di sentenza dichiarativa di incompetenza, e che rappresentava, nello specifico, lo strumento mediante il quale porre fine ad un rapporto processuale comunque sorto, sebbene viziato.

L'inquadramento della competenza tra i presupposti processuali comportava, dunque, l'estinzione del rapporto giuridico processuale ogni qual volta il giudice si fosse riconosciuto carente del requisito in parola." Paola Grazia Iannelli, *La translatio iudicii nel processo civile*, tese de Doutorado, Università degli Studi di Napoli Federico II, depositada em 01.08.2008, p. 03.

⁵ Chiovenda não admitia o aproveitamento de todos os efeitos substanciais da demanda. Mas tão-somente, o efeito da citação quanto à interrupção da prescrição: "Fondata o meno che fosse la critica di 'incoerenza' imputata al ragionamento condotto da Chiovenda, ciò che è significativo è che l'illustre A., anche in assenza di una norma quale l'art.50 c.pc. e di tutte le conseguenze che la previsione di una *translatio* a livello di diritto positivo comporta (conseguenze in termini di conservazione degli effetti sostanziali della domanda che, ad eccezione dell'effetto interruptivo della prescrizione, Chiovenda non riconosce), prospetti la 'continuazione' del processo dinanzi al giudice competente, e non la riproposizione *ex novo* della domanda, per effetto tuttavia – è opportuno precisarlo – non di un rinvio delle parti dinanzi al giudice competente operato dal giudice originariamente adito, ma sempre e comunque di un atto di parte." Paola Grazia Iannelli, *La translatio iudicii nel processo civile*, ob.cit., p. 04/05.

prescrição, mesmo seguido de uma sentença declarando a incompetência do juízo, esta não poderia resultar na extinção da lide, devendo a lide ser considerada ainda pendente já que a citação manteria seu efeito quanto à prescrição⁶, confira-se: “À regra de que a prescrição se tem por não interrompida quando se rejeitou a demanda no sentido acima explicado, faz-se exceção, na lei, em dois casos. Primeiro, no caso em que haja prolatado sentença com a qual o juiz declara *incompetente* (art. 2.125).

Nessa hipótese, considera-se a atuação da lei (devida, depois, à sentença de mérito do juiz competente) como consumada no dia da *primeira* demanda judicial proposta perante o juiz incompetente, pois, conforme veremos, a essência da demanda judicial, como exercício da ação, reside na declaração de vontade válida, dirigida ao Estado em sua função jurisdicional, de que a lei seja atuada. Não se antolhou ao legislador que o erro (facílimo de se verificar), consistente tão-só na escolha do juiz, devesse obstacular o efeito do processo no tocante à prescrição.

Cumprido, no entanto, observar que, nesse caso, a relação processual deve considerar-se pendente ainda, mesmo depois da declaração de *incompetência*, e, pois sujeita à perempção; e aí se pode raciocinar a *fortiori* pelo que sucede no caso de declaração de *competência*. A nova demanda perante o juiz competente, para retroagir ao dia da primeira, deverá propor-se entre os termos da perempção; e essa é a razão por que a nossa lei (ao

⁶ “Chiovenda, tuttavia, ferma l'equivalenza competenza/presupposto processuale, riteneva, con opinione assolutamente minoritaria, che la sentenza di incompetenza non comportasse cessazione della litispendenza: posto infatti che il correre della prescrizione è incompatibile con la litispendenza, l'esistenza nel codice civile dell'articolo 2125, il quale disponeva che 'la prescrizione è interrotta in forza di una domanda giudiziale sebbene fatta davanti a giudice incompetente', doveva 'gioco forza' condurre ad ammettere che, perdurando l'effetto interruttivo della prescrizione anche a seguito di sentenza di incompetenza, la sentenza medesima non determinasse la cessazione della lite, la quale doveva considerarsi 'tutt'ora pendente, per quanto alla prima citazione risalga il solo effetto relativo all'interruzione della prescrizione'.” Paola Grazia Iannelli, *La translatio iudicii nel processo civile*, ob. cit. p. 04.

contrário do Código germânico e suíço) não assina nenhum termo especial para a reprodução da demanda após a sentença que declara a incompetência (Corte de Cassação, 5 de maio de 1931, no *Foro italiano*, 1931, p. 663).⁷

Chiovenda, em seu projeto de reforma do Código de Processo Civil de 1919-1920, no art. 73, propôs que o juiz que se declarava incompetente, indicasse também qual o juiz competente. O autor cuidou de esclarecer que a parte sucumbente teria, sempre, a prerrogativa de impugnar a sentença declinatoria de competência, mas uma vez decidida ou não oposta, a causa deveria ser reassumida pelo juiz declarado competente, diante do qual o processo deveria prosseguir regularmente.⁸

O projeto de Chiovenda não foi aprovado, mas teve o mérito de propor, visando reforçar o caráter unitário da jurisdição, a reassunção do processo após a declaração de incompetência do juízo⁹.

Franco Cipriani, citando Attardi, recorda que as lições de Chiovenda foram seguidas por parte da jurisprudência e foi, parcialmente, acolhido pelo legislador de 1940, que ao redigir o novo Código de Processo Civil italiano, estabeleceu no art. 50, o instituto da reassunção da causa pelo juízo competente, quando reconhecida a incompetência do juízo originário.

⁷ Giuseppe Chiovenda, *Instituições de Direito Processual Civil*, 4ª edição, Campinas: Bookseller, 2009, p. 221/222.

⁸ Franco Cipriani, *Riparto di giurisdizione e 'translatio iudicii'*, ob. cit. p. 732/733.

⁹ "Il progetto Chiovenda non ebbe fortuna, ma è significativo che dopo qualche anno il suo autore, che evidentemente doveva essere più che consapevole della gravità del problema, si spinse sino a propugnare la possibilità della *translatio* già *de iure conditio*, ancorché limitatamente alla sola competenza. Più precisamente, Chiovenda, facendo leva sugli artt. 2125 c.c. (per il quale la domanda interrompeva la prescrizione anche se proposta a giudice incompetente), 544 c.p.c. (per il quale la Cassazione, quando cassava per violazione delle norme sulla competenza, rimandava la causa all'autorità competente) e 34 r.d. 31 agosto 1901, n. 413 (per il quale il presidente, se vi era l'accordo delle parti sull'eccezione di incompetenza territoriale o di litispendenza, poteva rimandare la causa al giudice competente), sostenne che, dopo la dichiarazione d'incompetenza, la lite era ancora pendente e, quindi, poteva essere ripresa, entro il termine di perenzione, davanti al giudice competente." (Franco Cipriani, *Riparto di giurisdizione e 'translatio iudicii'*, ob. cit. p. 733.)

Contudo, o dispositivo excluía expressamente a possibilidade de continuidade do trâmite iniciado na jurisdição administrativa, perante a ordinária e vice-versa¹⁰.

Desse modo, ainda segundo Franco Cipriani, o legislador deu um grande passo em direção à simplificação e funcionalidade do processo.¹¹ Paola Grazia Iannelli, afirma que, nesse momento, foi introduzido o mecanismo da *translatio iudicii* no processo civil italiano e modificada a “força” do princípio kompetenz-kompetenz. O juízo erroneamente indicado pelo autor da ação, não se limitaria mais a apenas declarar-se incompetente, mas também, deveria a partir de então indicar qual o juiz competente. Isso significou uma ruptura com o sistema anterior, continua a autora, na medida em que se derogou a antiga regra, segundo a qual o juiz estava legitimado a decidir exclusivamente a respeito de sua própria competência¹².

Leonardo Greco, com base nas lições de Franco Cipriani, define *translatio iudicii* como a continuidade do processo iniciado no juízo incompetente, perante o juízo próprio, com a conservação de todos os efeitos produzidos pelos atos processuais praticados na primeira fase¹³. Segundo o jurista, haveria aproveitamento dos efeitos processuais e materiais e, desse modo, observar-se-iam os princípios constitucionais do acesso à justiça, economia processual, instrumentalidade e ampla defesa.

¹⁰ Chiovenda havia proposto o vínculo do juiz *ad quem* ao processo, uma vez esgotados todos os recursos contra a decisão declinatória. Todavia, o legislador de 1940 previu o vínculo apenas no caso de incompetência por território ou valor, mas não quando se tratasse de competência em razão da matéria ou território inderrogável. (Franco Cipriani, *Riparto di giurisdizione e 'translatio iudicii'*, ob. cit. p.734.

¹¹ Franco Cipriani, *Riparto di giurisdizione e 'translatio iudicii'*, ob. cit. p. 733/734.

¹² Paola Grazia Iannelli, *La translatio iudicii nel processo civile*, ob. cit. p. 17.

¹³ Leonardo Greco, “*Translatio iudicii* e a reasunção do processo”, in: *Revista de Processo* n. 166, dez/2008, p.10.

Ao se aplicar a *translatio iudicii*, continua o autor, a reassunção do processo pelo juiz considerado competente, será considerada uma segunda fase desse processo já iniciado e não um novo processo¹⁴.

É possível concluir da inclusão do art. 50, no c.p.c., italiano, que as regras de competência não poderiam mais constituir óbice à tutela jurisdicional dos direitos dos litigantes, permitindo-se que os órgãos do Poder Judiciário atuassem de maneira colaborativa entre si, aproveitando-se os atos já realizados pelo juízo incompetente, garantindo-se a unidade da jurisdição.

Oportuno abrir-se um breve “parênteses” para mencionar a origem da expressão *translatio iudicii*, que surgiu no segundo período do processo civil romano, conhecido como *per formulas*.

Segundo José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo¹⁵ usualmente são delimitados três grandes períodos do processo civil romano: *legis actiones*, *per formulas* e *extraordinaria 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.

¹⁴ “Cio che davvero preme chiarine è, pertanto, che l'atto che realizza la tras migrazione del processo, non introduce un nuovo giudizio, ma solo una seconda fase di un giudizio già iniziato dinanzi al giudice a quo (e nelle more della riassunzione comunque pendente), e che di esso, pertanto, è legittimo e doveroso parlare come di atto di mero impulso processuale.” Paola Grazia Iannelli, *La translatio iudicii nel processo civile*, tese de Doutorado, Università degli Studi di Napoli Federico II, depositada em 01.08.2008, p. 67.

¹⁵ José Rogério Cruz e Tucci & Luiz Carlos de Azevedo, *Lições de História do Processo Civil Romano*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 38.

No segundo período, o processo tornou-se parcialmente escrito, mais célere e menos formal. Havia previsão de um rito padrão, sem formas de ações preestabelecidas¹⁶. 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.

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*)¹⁷. Nesses casos, continuam os autores, cabia ao pretor, providenciar a *translatio do iudicium*¹⁸, para que o processo prosseguisse seu curso normal.

Juan Monroy Palácios relata que após a introdução da *translatio iudicii* no Código de Processo Civil francês de 1806, sob o título *reprise d'instance*, o instituto começou a ser objeto de aplicação geral e estudo

¹⁶ José Rogério Cruz e Tucci & Luiz Carlos de Azevedo, *Lições de História do Processo Civil Romano*, p. 77.

¹⁷ “Não estando subordinado a qualquer estrutura hierárquica, o *iudex* que não lograsse formar convicção a respeito de determinada causa, poderia simplesmente declarar *sibi non liquere* (não me parece claro), ensejando que as partes retornassem ao magistrado para a escolha de novo julgador.” (José Rogério Cruz e Tucci & Luiz Carlos de Azevedo, *Lições de História do Processo Civil Romano*, p. 59).

¹⁸ “A fórmula – que altera a característica eminentemente oral do sistema anterior – correspondia ao esquema abstrato contido no edito do pretor, e que servia de paradigma para que, num caso concreto, feitas as adequações necessárias, fosse redigido um documento (*iudicium*) – pelo magistrado como auxílio das partes -, no qual se fixava o objeto da demanda que devia ser julgada pelo *iudex* popular.” (José Rogério Cruz e Tucci & Luiz Carlos de Azevedo, *Lições de História do Processo Civil Romano*, p. 47).

sistemático¹⁹. Segundo o autor, esse instituto, assim como Código francês, tinham um ótica liberal, o que implica dizer que as partes tinham o integral controle do desenvolvimento do processo. Assim, tratava-se de um ato de impulso da parte, que tinha como propósito assegurar a continuidade do processo, diante da ocorrência de eventos anômalos que ameaçassem paralisá-lo definitivamente.

A reprise d'instance francesa, a *riassunzione del processo* italiana e a *reanudación* peruana (objeto de estudo de Juan Monroy Palácios) têm ínsitas a necessidade de conservação do processo, ao invés de instauração de um novo, apesar da substituição do juiz originário por um competente.

1. DIREITO ITALIANO

1.1. ART. 59 DA LEI ITALIANA 69 DE 18.06.2009 E DECISÕES A RESPEITO DE *TRANSLATIO IUDICII* NO DIREITO ITALIANO.

Como mencionado no capítulo anterior, o art. 50 do Código de Processo Civil italiano de 1942, não previa a reassunção da causa quando se tratasse de defeito de jurisdição, este não era sanável, levando à extinção da ação.

¹⁹ “*La traslación em el proceso civil*”, Artigo consultado e baixado em 15.03.2008 do sítio: http://issuu.com/juanjosemonroy/docs/la_traslacion_en_el_proceso_civil

Em países que adotaram o modelo francês de dualidade de jurisdição, a jurisdição administrativa ou o contencioso administrativo é destinado à veiculação de causas contra o Estado, sendo que a jurisdição ordinária tem competência residual²⁰. Essa distinção tem origem histórica. Como relata Domingos Augusto Paiva de Almeida, com a Revolução Francesa, os litígios da administração pública deixaram de ser julgados pelos juízes de direito comum, para se evitar uma possível distorção do princípio da separação dos poderes. Assim ficou estabelecido que esses litígios deveriam ser resolvidos no âmbito da própria administração. Com o golpe de Estado de 1799, Napoleão criou o Conselho de Estado, inspirado no Conselho do rei, anterior à Revolução francesa. Desse modo, concentrou importantes poderes em suas mãos e controlava o Conselho de Estado, que o assistia na redação dos projetos de leis e de regulamentos da Administração Pública, assim como na solução das reclamações em matéria administrativa.²¹

Na Itália, a jurisdição administrativa é considerada jurisdição especial. Como relata Enrico Tullio Liebman, em linhas gerais, o sistema pode ser descrito da seguinte forma: “as causas que tenham por objeto um direito subjetivo do cidadão pertencem à jurisdição ordinária” (...) “diversamente, cabe

²⁰ A respeito do contencioso administrativo esclarece didaticamente Anapaula Trindade Marinho e Samir Salemkour (“Contencioso Administrativo”, in *Introdução ao Direito Francês*, coordenação de Thales Morais da Costa, São Paulo: Juruá, 2009, p. 547 : “Contrariamente ao que uma leitura apressada poderia levar a crer, o contencioso administrativo não se identifica àquilo que os juristas brasileiros denominam ‘processo administrativo’. O *contentieux administratif* não abrange o procedimento perante a Administração – que os franceses chamam de *procédure administrative non contentieuse*. Envolve apenas as ações judiciais tendo por objeto algum ato característico do exercício de prerrogativas de potestade pública (*prérogatives de puissance publique*) – que os franceses chamam de *procès administratif*. A decisão tomada no bojo da *procédure administrative non contentieuse* é de natureza administrativa e não transita em julgado. Somente a decisão proferida no bojo do *procès administratif*, em que as partes (Administração e “administrado”) litigam em igualdade de condições, possui natureza jurisdicional e é revestida de coisa julgada. Em outras palavras: *procès administratif* é um verdadeiro processo judicial (*procédure juridictionnelle*).”

²¹ Domingos Augusto Paiva de Almeida, “Direito Administrativo” in *Introdução ao Direito Francês*, coordenação de Thales Morais da Costa, São Paulo: Juruá, 2009, p.303.

aos tribunais administrativos regionais e ao Conselho de Estado, em grau de apelação, dispensar a tutela dos interesses legítimos em face da [nei confronti della] Administração Pública; e têm esses órgãos também jurisdição *exclusiva* em determinadas matérias (p. ex., na relação de emprego público), ou seja, jurisdição que se estende inclusive aos direitos subjetivos (Const., art. 103).”²²

Segundo Paola Grazia Iannelli, há 40 (quarenta) anos se discute, na Itália, a possibilidade de aplicação do princípio da *translatio iudicii*, para permitir a continuação do trâmite de um processo entre jurisdição ordinária e administrativa²³. O primeiro estudioso a discorrer sobre o tema foi Virgilio Andrioli que, em 1965, afirmou que não havia mais sentido, sob a luz da Constituição Republicana, que a jurisdição administrativa e a ordinária não se comunicassem. Invocando o art. 367, n. 2º, c.p.c., que disciplina a continuação do processo perante a jurisdição ordinária, declarada detentora de jurisdição pela Corte de Cassação, em sede de regulamento²⁴, conclui o autor que não fazia mais sentido impedir o mesmo tratamento para processos que deveriam tramitar perante a jurisdição administrativa. Além disso, a medida não poderia ficar restrita aos processos que fossem analisados pela Corte de Cassação, em razão de regulamento de jurisdição²⁵: “gli organi di giustizia amministrativa sono

²² Enrico Tullio Liebman, *Manual de Direito Processual Civil*, 3ª edição, tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 44.

²³ Paola Grazia Iannelli, *La translatio iudicii nel processo civile*, ob. cit. 127.

²⁴ “O regulamento de jurisdição, na forma como é hoje disciplinado, constitui ampliação e transformação do velho meio de resolução dos ‘conflitos de atribuição’; ele veio, na intenção do legislador de 1940, com o objetivo de ofertar às partes um meio de obter mais rapidamente a decisão definitiva sobre a jurisdição, antes que sobre tal questão se pronunciem os juízes a quem fosse sucessivamente apresentada a causa: em vez de deixar que eles a decidam, qualquer das partes pode fazer com que diretamente a decida a Corte de Cassação, supremo órgão regulador da ordem das jurisdições, cuja decisão é vinculada e exclui qualquer posterior discussão sobre o ponto decidido (c.p.c., art.41). (...) Na prática, infelizmente, abusa-se dessa via judicial e ela freqüentemente se torna motiva de demora e prolongamento das lides.” (Enrico Tullio Liebman, *Manual de Direito Processual Civil*, ob. cit. p. 47/48)

²⁵ “(...) l’art.367, comma 2º, c.p.c., più non funziona nell’unico senso favorevole al giudice ordinario e nell’intermo del regolamento preventive, ma, ormai posto sullo stesso piano dell’art.50 c.p.c., consente la trasmissione della causa dal giudice dei diritti al giudice degli interessi e viceversa (...)” (Virgilio Andrioli,

speciali costituzionalmente perché non fan parte dell'ordine giudiziario (...) non già processualmente perché la potestà giurisdizionale di cui sono muniti non è eccezionale rispetto a quella del giudice ordinario (...) giudice ordinario e giudice amministrativo più non rappresentano due mondi incomunicabili, ma proprio perché il criterio, che li distingue, si riallaccia all'oggetto delle rispettive cognizioni, riesce applicabile il principio direttivo, in virtù del quale la competenza è non presupposto della domanda, ma condizione di legittimità dei provvedimenti del giudice (ordinario e amministrativo)”²⁶.

A doutrina de Virgilio Andrioli, como relata Franco Cipriani, não teve a adesão da jurisprudência. Mas foi reforçada pelo legislador que, em 1971, no art. 30, n. 3º, I da Lei n. 1034 estabeleceu disposição que evidenciava a irracionalidade do sistema. Ao admitir que o regulamento de jurisdição fosse, também, requerido perante os T.A.R. (Tribunali Amministrativi Regionali), o legislador não se deu conta de que o preceito que tratava do regulamento de jurisdição determinava que o processo só poderia prosseguir quando declarada a jurisdição do juízo ordinário. Uma interpretação literal do dispositivo poderia resultar na extinção do processo que tramitava perante a própria jurisdição administrativa.²⁷

Bilancio della legge 20 marzo 1865, n. 2248 all. E, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1965, p. 1644 in Franco Cipriani, *Riparto di giurisdizione e 'translatio iudicii'*, ob. cit. 735.

²⁶ Virgilio Andrioli, *Bilancio della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1965, p. 1644/1645, in Paola Grazia Iannelli, ob. cit. p. 127.

²⁷ “Una tale conclusione, però, avrebbe trovato ben poco credito perché, come ognuno comprende, non era ammissibile che la sentenza di regolamento chiudesse il processo anche quando riconosceva che il giudice adito aveva la giurisdizione. Ne dedussi che, se il buon senso induceva a superare la lettera dell'art. 367, comma 2º, e ad ammettere la prosecuzione quando, essendo stato adito un tar, veniva dichiarata in sede di regolamento la giurisdizione del giudice amministrativo, la lettera imponeva di riconoscere la continuazione del processo quando, essendo stato adito un tar, Le Sezioni unite, in sede di regolamento, avessero dichiarato la giurisdizione del giudice ordinario. Donde l'ulteriore deduzione per la quale ‘il principio della incomunicabilità delle giurisdizioni è stato infranto, ma a senso unico: la translatio – conclusi – è ammessa solo dal giudice amministrativo a quello ordinario, non vice-versa.’” (Franco Cipriani, *Riparto di giurisdizione e 'translatio iudicii'*, ob. cit. p. 736).

Em razão, da separação entre jurisdições administrativa e ordinária, a Corte Constitucional italiana, por meio da Sentença 204/2004, ao declarar a inconstitucionalidade do dispositivo que dispunha sobre a competência da justiça administrativa para tratar de matéria específica, extinguiu os feitos em trâmite ao invés de determinar a remessa e continuação dos processos perante o órgão considerado competente. Ocorre que, passados quatro anos do ajuizamento daquelas demandas, houve o decurso do prazo para pleitear o direito perante o órgão considerado competente, frustrando a pretensão dos autores.

Diante desse grave precedente, foi iniciado amplo debate na doutrina italiana sobre a aplicação do princípio da *translatio iudicii* para se permitir a comunicabilidade entre as jurisdições administrativa e ordinária²⁸.

Em 22 de fevereiro de 2007, a Corte de Cassação Italiana²⁹ tornou pública decisão, cujo Relator foi o Conselheiro Francesco Trifone, há tempo aguardada pela doutrina daquele país (Decisão n. 4109³⁰).

²⁸ “9. – Prima di chiudere queste pagine mi pare opportuno avvertire che la sentenza n. 204 del 2004 della consulta, proprio perché è destinata a produrre effetti in numerosissimi processi in corso, rappresenta una preziosa occasione per addivenire al generale riconoscimento dell'ammissibilità della *translatio* e della continuazione del processo nell'ipotesi in cui si sia adito un giudice sfornito di giurisdizione.” Franco Cipriani, “Riparto di giurisdizione e ‘translatio iudicii’”, ob.cit., p. 749.

“Alla base dell'intero ragionamento, la Suprema Corte regolatrice aveva giustamente posto la richiamata superiore esigenza di effettività della tutela e la necessità di interpretare le disposizioni processuali in modo conforme ai principi costituzionali e funzionale ad assicurare la decisione di merito della controversia.” Maria Alessandra Sandulli, *I recenti interventi della corte costituzionale e della corte di cassazione sulla translatio iudicii nota alle sentenze n. 4109 delle sezioni unite della corte di cassazione e n. 77 della corte costituzionale*, artigo consultado e baixado em 15.03.2008 do sítio: federalismi.it n.6/2007

²⁹ “As sentenças dos juízes, tanto ordinários quanto especiais, ficam sujeitas ao controle da Corte de Cassação quanto às questões atinentes à jurisdição (Const., art. 111, c.pc., arts. 360, n. 1, e 362), a cujo respeito se pronuncia seu Plenário (c.p.c., art. 274) (infra, nn.332 e 349). Desse modo, o Plenário da Cassação funciona como órgão supremo em relação a todas as jurisdições, quer a ordinária ou as especiais, ainda que apenas para impedir todos os juízes de extrapolar suas respectivas competências (sem prejuízo, é claro, das outras atribuições da Corte de Cassação).” (Enrico Tullio Liebman, *Manual de Direito Processual Civil*, ob. cit. p. 46).

No mesmo ano de 2007, em 05 de março, a Corte Constitucional italiana, corroborou o mesmo entendimento adotado pela Corte de Cassação no mês anterior (Sentença n. 77/2007³¹, relator Romano Vaccarella).

De acordo com o relatório da decisão da Corte Constitucional italiana, o Tribunal Administrativo da Ligúria argüiu, com base nos artigos 24, 111 e 113 da Constituição, a questão da constitucionalidade do art. 30 da Lei n. 1034 de 06 de dezembro de 1971 (Lei que estabeleceu os Tribunais Regionais Administrativos). Esse dispositivo não autorizava que um Tribunal Administrativo, que declarasse a ausência de jurisdição para o caso, determinasse a manutenção dos efeitos substanciais e processuais da demanda.

A questão foi debatida em ação ajuizada por uma empresa, que buscava responsabilizar o Município de Genova e a “Azienda Mutiservizi e d'Igiene Urbana s.p.a.” (Companhia de Saneamento) ao restabelecimento de certas áreas para o seu estado original e ao pagamento de indenização pelos danos causados pela instalação de uma série de *containers* para a coleta e eliminação de resíduos sólidos urbanos, nas imediações das lojas da empresa autora, que forneciam comida e bebida.

³⁰ Decisão consultada e baixada em 15.03.2008 do sítio:
<http://www.federalismi.it/AppIOpenFilePDF.cfm?dpath=document&dfile=14032007012017.pdf&content=Corte+di+Cassazione,++Sentenza+n.+4109/2007,+in+materia+di+traslatio+iudicii+-+++-+>

³¹ Decisão consultada e baixada em 15.03.2009 do sítio:
http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S77_2007_Eng_sito.doc

A empresa autora alegou que o Município, após conceder permissão para a ocupação permanente de área pública em frente às suas lojas, reocupou parcialmente a área e, sem notificação, iniciou a construção e instalação dos coletores de resíduos sólidos urbanos a, apenas, alguns metros da entrada das lojas.

A autora encaminhou notificações para o Município, mas como não obteve qualquer resposta, ajuizou ação judicial visando a reintegração da posse da área e a obtenção de indenização pelos danos causados. A autora alegou que as medidas solicitadas seriam, também, apropriadas para proteção do direito à saúde.

A Justiça comum, todavia, declarou que não tinha jurisdição para analisar o caso, de acordo com o art. 34 do Decreto legislativo n. 80 de 31 de março de 1998, alterado pela lei n. 205 de 21 de julho de 2000, que transferiu a matéria (planejamento urbano e construção), para a jurisdição dos Tribunais Administrativos.

O Tribunal Regional Administrativo, por sua vez entendeu que no julgamento n. 204 de 2004, a Corte Constitucional declarou que o art. 33 (1) e (2) e o artigo 34 (1) do Decreto legislativo n. 80 de 31 de março de 1998 eram, em parte, inconstitucionais e excluiu a jurisdição da Corte Administrativa.

O juízo *a quo* e o Tribunal Regional Administrativo da Ligúria questionaram, com fundamento nos artigos 24, 111 e 113 da Constituição

italiana (princípio da duração razoável do processo e o direito ao cumprimento da lei), a constitucionalidade do art. 30 da lei n. 1034 de 6 de dezembro de 1971, na medida em que este dispositivo não autoriza um Tribunal Administrativo, quando declara que não tem jurisdição para analisar o caso, a conservar os efeitos materiais e processuais do processo.

A Corte Constitucional italiana, asseverou que o princípio da não comunicação entre as cortes seria, atualmente, incompatível com valores constitucionais fundamentais consagrados.

De acordo com a decisão, a Constituição italiana determinou em seu art. 24, reiterado pelo art. 111, que os Tribunais deveriam assegurar a proteção dos direitos subjetivos e dos interesses legítimos. Assim, a separação entre corte especializada e comum não poderia resultar na perda de efetividade ou prejudicar a proteção por meio dos Tribunais. Ademais a legislação seria, também, incompatível com o princípio do sistema legal, que reconhece que a existência de uma gama de juízos, com competências diferentes, pode garantir uma mais adequada administração da justiça, de modo a assegurar uma resposta do Poder Judiciário à demanda por justiça.

A versão atual do Código de Processo Civil é guiada pelo princípio pelo o qual se afirma que as regras processuais não são fins em si mesmas, mas meios para assegurar uma decisão de mérito de melhor qualidade.

Assim, concluiu a Corte Constitucional que o princípio pelo qual os efeitos processuais e materiais já produzidos perante o Tribunal sem jurisdição não poderiam ser mantidos, deveria ser removido da ordem jurídica. Além disso, a ausência de legislação a respeito não seria um impeditivo, porque isso decorreria da interpretação à luz da Constituição

Em suma, nesses dois precedentes, embora tenha sido reconhecida a incompetência absoluta dos órgãos perante os quais os respectivos processos tramitavam, não se determinou a extinção dos feitos. De maneira inédita, foi determinada a remessa dos autos ao órgão competente, para que fosse proferida decisão de mérito, aproveitando-se os atos procedimentais e efeitos substanciais já produzidos perante o órgão considerado incompetente. Determinou-se, assim, a reassunção da causa pela jurisdição competente, embora o art. 50 do Código de Processo italiano, não permitisse que isso ocorresse nessa hipótese.

O art. 50 do Código de Processo italiano só permitia que isso ocorresse em hipóteses em que se declarasse a ausência de competência *ratione materiae* (em razão da matéria), mas não na ausência de jurisdição.

Mas como observado por Mauro Bove e Angelo Santi, após a Corte Constitucional ter afirmado um princípio, não estabeleceu a forma como deveria atuar. Havia, assim, uma lacuna legislativa, que foi preenchida pelo art. 59 da Lei 69 de 18.06.2009. Esse diploma legal faz parte de uma reforma

legislativa parcial e robusta realizada na Itália, com o escopo de acelerar o trâmite dos processos³². O referido artigo dispõe o seguinte:

“1. O juiz que, em matéria civil, administrativa, contábil, tributária ou de justiça especializada, declara o próprio defeito de jurisdição/competência indica, outrossim, se existente, o juízo nacional que considera munido de jurisdição/competência. A decisão sobre a jurisdição/competência emitida pelas seções/turmas unidas da Corte de cassação é vinculante para todos os juízes e para as partes em qualquer processo.

2. Se, até o prazo peremptório de três meses a contar do trânsito em julgado da decisão a que se refere o parágrafo 1, o pedido é novamente proposto ao juízo anteriormente indicado, no julgamento/processo posterior as partes ficam vinculadas a tal indicação e ficam resguardados os efeitos substanciais/materiais e processuais que a demanda teria produzido se o juízo do qual foi declarada a jurisdição/competência tivesse sido provocado desde a instauração do primeiro processo, ficando contidas as preclusões e as decadências intervindas. Para efeitos do presente parágrafo, o pedido deve ser novamente proposto com as modalidades e

³² “Peraltro, la sentenza della Corte costituzionale, se aveva affermato un principio, non poteva però stabilire come attuarlo: essa creava una lacuna che doveva essere riempita dal legislatore. In particolare, la Consulta affermava l'esigenza di sanare il difetto di giurisdizione con salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda, ma non imponeva come strumento per realizzare detta esigenza quella della *translatio iudicii*, meccanismo utilizzato dal legislatore a fronte della pronuncia d'incompetenza.” (Mauro Bove e Angelo Santi, *Il Nuovo Processo Civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, Matelica: Nuova Giuridica, 2009, p. 20/21).

segundo as formas previstas para o processo/processamento perante o juiz provocado, em relação ao rito aplicável.

3. Se sobre a questão de jurisdição/competência não se tenham já pronunciado anteriormente, no processo, as seções/turmas unidas da Corte de cassação, o juízo perante o qual a causa é reassumida pode argüir de ofício, através de despacho, tal questão perante as mesmas seções unidas da Corte de cassação, até a primeira audiência fixada para a discussão do mérito. Permanecem inalteradas as disposições sobre o regulamento preventivo de jurisdição/competência.

4. A inobservância dos termos e prazos fixados em conformidade com o presente artigo para a retomada ou para o prosseguimento de um processo judicial importa na extinção desse processo, que é declarada também de ofício na primeira audiência, e impede a conservação dos efeitos substanciais/materiais e processuais da demanda.

5. Em todos os casos de repropositura do pedido perante o juízo a que se refere o parágrafo 1, as provas colhidas no processo perante o juízo privo de jurisdição/competência (ou incompetente) podem ser valoradas como indício ou sinal de prova.”³³

³³ Tradução livre do seguinte trecho;

Art. 59.
(Decisione delle questioni di giurisdizione)

2. TRANSLATIO IUDICII E REASSUNÇÃO DO PROCESSO NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, a *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 e a absoluta. Na primeira hipótese, há o aproveitamento de todos os

1. Il giudice che, in materia civile, amministrativa, contabile, tributaria o di giudici speciali, dichiara il proprio difetto di giurisdizione indica altresì, se esistente, il giudice nazionale che ritiene munito di giurisdizione. La pronuncia sulla giurisdizione resa dalle sezioni unite della Corte di cassazione è vincolante per ogni giudice e per le parti anche in altro processo.

2. Se, entro il termine perentorio di tre mesi dal passaggio in giudicato della pronuncia di cui al comma 1, la domanda è riproposta al giudice ivi indicato, nel successivo processo le parti restano vincolate a tale indicazione e sono fatti salvi gli effetti sostanziali e processuali che la domanda avrebbe prodotto se il giudice di cui è stata dichiarata la giurisdizione fosse stato adito fin dall'instaurazione del primo giudizio, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute. Ai fini del presente comma la domanda si ripropone con le modalità e secondo le forme previste per il giudizio davanti al giudice adito in relazione al rito applicabile.

3. Se sulla questione di giurisdizione non si sono già pronunciate, nel processo, le sezioni unite della Corte di cassazione, il giudice davanti al quale la causa è riassunta può sollevare d'ufficio, con ordinanza, tale questione davanti alle medesime sezioni unite della Corte di cassazione, fino alla prima udienza fissata per la trattazione del merito. Restano ferme le disposizioni sul regolamento preventivo di giurisdizione.

4. L'inosservanza dei termini fissati ai sensi del presente articolo per la riassunzione o per la prosecuzione del giudizio comporta l'estinzione del processo, che è dichiarata anche d'ufficio alla prima udienza, e impedisce la conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda.

5. In ogni caso di riproposizione della domanda davanti al giudice di cui al comma 1, le prove raccolte nel processo davanti al giudice privo di giurisdizione possono essere valutate come argomenti di prova.

atos (inclusive decisórios) e, na segunda, os atos de caráter decisório são considerados nulos e os demais são conservados³⁴.

Ocorre, todavia, que as regras já previstas no ordenamento pátrio não são suficientes para resolver todos os casos concretos. Da análise da jurisprudência pátria, constata-se que, muitas vezes, opta-se por extinguir o processo sem resolução do mérito, ao invés de se adotar a *translatio iudicii* e a reassunção do processo, sob fundamentos inconstitucionais, que violam os princípios do acesso à justiça e da durabilidade razoável do processo. A esse respeito, é oportuno citar a crítica de Juan Monroy Palácios à legislação processual civil peruana, que prevê a extinção do processo, no caso de declaração de incompetência absoluta: “*em lugar de proponer la clásica solución abortiva, impone al órgano jurisdiccional que persista em la tarea de proveernos de un pronunciamiento sobre el mérito de la causa planteada y que reconozca a los litigantes que no actúen con negligencia o com dolo (art.38, segundo párrafo), la validez de todo lo que pudieran haber realizado ante um Juez (territoriamente) incompetente.*” (Palácios, p. 9).

Por outro lado, não há estudo aprofundado sobre os efeitos processuais (por exemplo, *perpetuatio iurisdictionis* e litispendência) e

³⁴ O art. 555, parágrafo 1º, CPC sobre o instituto da assunção de competência, mas que em nossa opinião não se assemelha à *translatio iudicii* e *reassunção da causa* porque não há na verdade o reconhecimento da incompetência do órgão julgador para posterior apreciação pelo órgão competente. Introduzido no ordenamento jurídico pela Lei n. 10352/2001 tem a função de formar um *leading case* que servirá de norte para o julgamento de processos futuros. Não se trata de expediente que terá com resultado a definição da “interpretação a ser observada”, como ocorre na uniformização de jurisprudência (art. 478, CPC). Na realidade, por meio da assunção de competência haverá o julgamento do caso, sem que haja a necessidade de prosseguimento da deliberação por outro órgão fracionário da Corte. Nesse sentido: Sidnei Agostinho Beneti, Assunção de competência e *fast-track* recursal”, in : *Revista de Processo*, (171): 9-23. São Paulo, maio, 2009.

materiais (por exemplo, interrupção da decadência e prescrição) dos atos realizados perante o juízo considerado incompetente.

Assim, o presente ensaio tem como escopo analisar a aplicabilidade da *translatio iudicii* e a reassunção do processo no direito processual civil brasileiro, à luz dos princípios constitucionais; os efeitos processuais e materiais dos atos realizados perante o juízo considerado incompetente e propor soluções diferentes das atualmente empregadas pela jurisprudência.

2.1. PRINCÍPIOS A RESPEITO DAS NULIDADES NO PROCESSO CIVIL

Em nossa opinião, a definição dos atos e efeitos que deverão ser mantidos, depende da compreensão prévia do sistema das nulidades no direito processual civil. Após a exposição dos princípios norteadores desse sistema, com base nas lições de Teresa Arruda Alvim Wambier³⁵, analisar-se-á a aplicabilidade prática do princípio da *translatio iudicii* por meio do exame de julgados das mais diversas Cortes do país.

A primeira advertência de Teresa Arruda Alvim Wambier, a respeito dos princípios a seguir analisados, é a de que a ordem em que serão citados não significa ordem de importância:

³⁵ Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades do Processo e da Sentença*, 6ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.176.

1. O primeiro princípio preceitua que o processo é forma (arts.156 e 157, CPC), isto é, o processo pode ser considerado como um conjunto de formas, e o afastamento destas formas é o que dá causa às nulidades. Esse princípio garante segurança e previsibilidade à atuação da parte, evitando-se arbitrariedades.

2. O segundo princípio dispõe que as formas têm caráter instrumental (arts. 154; 214, parágrafo 2º; e 244, CPC), sendo meios para atingirem-se fins. Se os fins forem atingidos, não deve ser decretada a nulidade por defeito de forma.

3. De acordo com o terceiro princípio não há nulidade sem prejuízo (arts. 249, parágrafos 1º e 2º; 250; parágrafo único, CPC). A existência de prejuízo está intrinsecamente ligada ao princípio do contraditório. Não tendo sido ensejado o contraditório, por ausência de comunicação, configura-se, processualmente, prejuízo.

4. Segundo o quarto princípio, nulidades instituídas precipuamente no interesse da parte são sanáveis (arts.284; 13, CPC).

5. Já as nulidades instituídas precipuamente no interesse público são sempre insanáveis, conforme o quinto princípio (art.113, CPC).

6. De acordo com o sexto princípio, que é conhecido como o da economia processual, deve obter-se o máximo de rendimento com o mínimo de atividade jurisdicional (art.245, CPC). Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier, em nome desse princípio há forte tendência a que se passe por cima de nulidades, no sentido de não decretá-las, inclusive as absolutas.

7. O sétimo princípio orienta que as nulidades relativas só podem ser argüidas pelo interessado (art.245, CPC).

8. Princípio da causalidade, ou concatenação e da interdependência dos atos processuais: é aquele segundo o qual, como os atos processuais existem uns em função dos outros, dependem uns dos outros, a anulação ou a decretação de nulidade de um ato afeta todo o segmento processual posterior (arts. 248 e 249, CPC). Desse princípio resulta a classificação das nulidades em originárias e derivadas. Serão originárias as nulidades que se referirem ao ato viciado, e derivadas as que disserem respeito aos atos que, em si mesmos, nada têm de viciados, mas em razão do princípio em questão, acabaram por contaminar-se da nulidade do ato que os terá antecedido.

9. Princípio do contraditório (art. 398, CPC): sempre que uma parte se manifestar no processo, a outra terá direito de fazer o mesmo, sobre a manifestação da parte contrária.

10. Princípio da proteção: a parte não pode se beneficiar da própria torpeza, ou seja, se praticou o ato viciado não poderá argüi-lo (art.243, última parte, CPC).

11. Princípio da conservação ou aproveitamento: mesmo as nulidades absolutas podem ser sanadas (art.250, CPC).

12. Princípio da celeridade: quanto menos o processo se estender no tempo, melhor (art.245, CPC).

13. Princípio da comunicação: as partes devem ter ampla liberdade de produzir provas e de se manifestar. Para tanto, é necessário que se lhes dê ciência dos atos processuais (comunicação por meio de citação e intimações – arts. 247 e 214, CPC).

14. Princípio da especificidade: as hipóteses de nulidade devem estar previstas em lei. Esse princípio é atenuado pela impossibilidade fática de previsão de todas as hipóteses ensejadoras de nulidade. Assim, poderá haver nulidade mesmo sem previsão legal expressa se a finalidade prevista em uma norma não tiver sido atendida (princípio da instrumentalidade da forma). E, também, poderá não ser decretada a nulidade, mesmo com previsão expressa se a finalidade daquilo que for instituído tenha sido atingida (art.246, CPC).

15. Princípio da eficácia do ato viciado: o ato viciado é eficaz (art.485, CPC).

Para os fins do presente estudo, adotamos o conceito de nulidade de Teresa Arruda Alvim Wambier, segundo o qual nulidade é o estado em que se encontra um ato, que o torna passível de deixar de produzir seus efeitos próprios (eficácia) e, em alguns casos, destrói os já produzidos.³⁶

O sistema das nulidades como já mencionado 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 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.*³⁷

2.2. JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA

A jurisdição (o poder de dizer o direito) é atribuída com exclusividade ao Estado, que a exerce por meio de órgãos que constituem o Poder Judiciário³⁸. Trata-se de pressuposto processual de existência, que,

³⁶ Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades do Processo e da Sentença*, ob.cit. p. 142.

³⁷ Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades do Processo e da Sentença*, ob.cit. p. 194.

³⁸ "A jurisdição é a função do Estado de dizer o direito e realizá-lo, na prática, solucionando o conflito de interesses, promovendo, como consequência, a paz social tão almejada. Podemos afirmar, em síntese, que todo aquele que de algum modo se sentir lesado ou ameaçado em razão da conduta de outrem poderá pedir (ou exigir) do Estado que aplique o direito ao caso concreto, eliminando a suposta lesão ou ameaça." Patrícia Miranda Pizzol, *A competência no processo civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 26.

segundo Chiovenda, exige que a demanda seja endereçada a um órgão do Estado revestido de jurisdição³⁹.

As regras de competência definem qual órgão do Poder Judiciário deverá atuar no caso concreto. Quando mais de um órgão for abstratamente competente, o exercício da função jurisdicional caberá àquele no qual se fixou a competência, com a propositura da ação (art. 263, CPC) e com a ocorrência de prevenção (art. 106 ou 219, ambos do CPC).

Segundo Arruda Alvim, a competência é decorrência de uma especificação gradual e sucessiva do poder jurisdicional, que possibilita sua concretização, num dado órgão do Poder Judiciário, relativamente a uma espécie ou mais de causas⁴⁰.

As regras de competência foram estabelecidas no interesse dos cidadãos, de modo a garantir o acesso à justiça, princípio constitucional previsto no art. 5º, XXXV. Nesse sentido manifesta-se Arruda Alvim: *“Sabemos que o Poder Judiciário, sobretudo nos Estados modernos, tem necessariamente que se subdividir numa multiplicidade de órgãos, dado que,*

³⁹ Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, ob. cit. p.111.

⁴⁰ Arruda Alvim, *Manual de Direito Processual Civil - parte geral*, 12ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, vol. 1, p. 286.

“A jurisdição (uma das expressões do poder do Estado) é una e pode ser exercida, em abstrato, por todos os órgãos jurisdicionais, todos os órgãos integrantes do Poder Judiciário. Ocorre que, por uma questão prática, por ser materialmente impossível que cada órgão exerça a função jurisdicional em todo o território nacional, e para todos os tipos de matéria, a lei impõe limites ao exercício da jurisdição, cumprindo assim, a cada órgão, o exercício da jurisdição, segundo determinados parâmetros. Tudo isso com a finalidade de que a distribuição da justiça seja mais ágil e melhor.” Patricia Miranda Pizzol, *A competência no processo civil*, ob. cit. p. 119.

somente assim, é possível ao Estado atender à necessidade de realização da justiça (outorga de tutela jurídica) em relação aos que a ele acodem."⁴¹

Como observa Patricia Miranda Pizzol, a competência é sempre uma decorrência da lei, logo, incide o princípio da legalidade. A competência prossegue a autora, é atribuída aos órgãos jurisdicionais por lei, em vários níveis jurídico-positivos: "Constituição Federal (competência de jurisdição e competência hierárquica dos tribunais superiores); Constituições estaduais (competência originária dos tribunais locais); leis federais (competência territorial) e leis de organização judiciária (competência de juízo e competência interna)." ⁴²

São vários os critérios de classificação da competência. Para o presente estudo, interessa aquele em que o legislador levou em consideração o interesse público e o interesse privado ou a comodidade das partes. Sob esse aspecto a competência poderá ser absoluta ou relativa.

No Brasil o princípio da unidade da jurisdição é inspirador do art. 113, parágrafo 2º, CPC e, também, do art. 311, CPC.

O clamor da sociedade por soluções rápidas do Poder Judiciário (o que de certa forma reflete a velocidade com que as negociações, os atos jurídicos, investimentos têm ocorrido atualmente) tem sido um grande catalisador das mudanças dos paradigmas da ciência processual civil. Sem

⁴¹ Arruda Alvim, *Manual de Direito Processual Civil - parte geral*, ob. cit., p. 286.

⁴² Patricia Miranda Pizzol, *A competência no processo civil*, ob.cit., p. 122-123.

que, de forma irresponsável, se abra mão do fator segurança e previsibilidade (que têm, em última instância, a função de preservar o direito ao contraditório, de modo que a parte não sofra privação em sua esfera de liberdade, sem ao menos ter tido a possibilidade de se manifestar) propomos a aplicação da *translatio iudicii* para evitar a decretação de nulidade e extinção do processo.

Para tanto, será realizada a análise de alguns casos pinçados da jurisprudência, em que se demonstrará que o sistema das nulidades, tal como sedimentado atualmente (seus princípios e fundamentos legais), não é suficiente para justificar a manutenção do ato, especialmente em razão de a nulidade ter sido concebida em prol do interesse público. Mas, ao se empregar uma interpretação constitucional dos dispositivos que prevêm as normas de competência e a decretação de nulidade e extinção do processo, à luz dos princípios do acesso à justiça e da duração razoável do processo (o que em última instância resulta na aplicação do princípio da *translatio iudicii*), será possível dar solução diversa da encontrada pela jurisprudência em vários casos e, em outros justificar a opção já adotada pelos julgadores que em nossa opinião é acertada, mas que aparentemente parece não encontrar apoio no ordenamento jurídico pátrio. É o que se fará a seguir⁴³.

⁴³ Peter Gilles comenta o fenômeno da constitucionalização, ou seja, a análise das normas que regem o processo civil à luz Constituição. E, ainda, a nova visão a respeito do Poder Judiciário que não é mais um órgão distante e estranho, que demonstra sua autoridade e poder por meio da pacificação coercitiva dos litigantes, mas sim uma instituição estatal para servir as pessoas por meio do fornecimento de proteção jurídica (*"Civil Justice Systems and Civil Procedures in Conversion. Main Problems and Fundamental Reform Movements in Europe – a Comparative View"*, in: *Revista de Processo* n. 173, 329-356, jul/2009, p. 339/340):

"4. Constitutionalization as Materialization of Civil Procedural Law
(...)

In most of the Western European Nations we had already since decades and we still have particularly among the civil procedure law scholarships broad discussions on the topics Constitution and civil procedure and/or Constitution law and civil procedure law, quite often caused by leading and binding decisions of Constitutional Courts or Supreme Courts in concern of the conformity of certain judicial or procedural regulations as well as of official actions, in particular of court decisions, with the constitution. This has led to a steadily increasing penetration of the plain or simple procedural law by constitutional law

2.3. INCOMPETÊNCIA RELATIVA.

A incompetência relativa deve ser argüida pela parte interessada por meio de exceção de incompetência. Reconhecida a incompetência do juízo, de acordo com o art. 311, CPC, os autos deverão ser remetidos ao juízo competente. Nesse caso, há aproveitamento de todos os atos, inclusive os decisórios.

Em nossa opinião, o acolhimento da exceção de incompetência relativa desencadeia a hipótese mais clara e perfeita de aplicação do princípio da *translatio iudicii* e reassunção do processo, pois há nesse caso o aproveitamento de todos os efeitos processuais e materiais do processo originário.

Não se trata de hipótese em que há a ausência de um pressuposto processual que pudesse acarretar a extinção do processo.

and furthermore to the (re-) discovery of the so called "substantive procedure law". This development was followed by more and more questions about the legitimacy behind the legality of procedural provisions, by the idea and theory of an own so called procedural justice and by a growing importance of the already well established and meanwhile often used so called 'constitutional method of interpretation and application of legal rules in general and procedural rules specifically. And finally by all this old view became meanwhile widely accepted, that wide parts of procedure law has to be seen as "applied" or "concretized" constitutional law. This development as a whole is nowadays called constitutionalization.

It has been accompanied also by a changed public's basic understanding of the justice systems, the procedures, the courts, the judges or the lawyers, what they are, what they should be and what they are good for. For instance: The justice system is not anymore understood as a purely unknown, strange and distant machinery, demonstrating its authority and power by a coercive pacification of the litigants or by a coercive suppression of conflicts for the sake of law and order, but also or only as a state institution to serve the people by the supply of legal protection as a "legal services provider".

Todavia, adotando-se a acepção mais remota da expressão *translatio iudicii* (do direito romano), o acolhimento da exceção de incompetência relativa é o caso mais típico de *translatio iudicii* e reassunção do processo.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 355.099-PR interposto pela União Federal mencionou, expressamente, a aplicação do princípio da *translatio iudicii* para essa hipótese.

Em síntese, o STJ reconheceu a validade da cláusula de eleição de foro que previa a competência da justiça federal da seção judiciária de Brasília/DF para dirimir eventuais conflitos decorrentes do contrato de refinanciamento de dívida pública firmado entre a União e o Município de Maringá⁴⁴.

O Min. José Delgado, em declaração de voto vencedor, no julgamento de Embargos de Declaração, opostos pelo Município de Maringá, afirmou que a incompetência relativa reconhecida pelo aresto não conduzia à nulidade dos atos decisórios praticados pelo juízo considerado incompetente. Isso só ocorreria se a incompetência tivesse natureza absoluta. Desse modo, o juízo declarado competente receberia os autos para prosseguir com os demais atos processuais, reconhecendo-se válidos todos os anteriores praticados pelo juiz reconhecido como relativamente incompetente⁴⁵.

⁴⁴ Recurso Especial n. 355.099 – PR, Min.Rel.Denise Arruda, j. 03.10.2006, DJ 16.11.2006.

⁴⁵ "Processual Civil. Embargos de Declaração no Recurso Especial. Omissão e Contradição. Ocorrência. Incompetência Relativa. Não-Nulidade dos atos decisórios. 1. Em se tratando de incompetência territorial, como é o caso examinado, de natureza relativa, não há falar em anulação dos atos processuais decisórios e não-decisórios. O juízo declarado competente receberá os autos para prosseguir com os demais atos processuais, reconhecendo-se válidos todos os anteriores praticados pelo juiz reconhecido como relativamente incompetente. 2. Embargos de declaração acolhidos para afirmar a competência do

O Min. Luiz Fux, em voto-vista acompanhou o Min. José Delgado e declarou que a incompetência territorial do juízo não implicaria a anulação dos atos decisórios, porquanto ditada por interesse particular, evidenciado pela cláusula contratual de eleição de foro. Além disso, afirmou expressamente que a doutrina atual preconiza a aplicação do princípio da *translatio iudicii* com o aproveitamento dos atos de definição e satisfação de direitos, quer provenham de órgãos judiciais incompetentes, quer provenham do contencioso administrativo nos países que o adotam, à luz dos princípios da efetividade, e da duração razoável do processo.

Foi esclarecido pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de novos Embargos de Declaração opostos pelo Município de Maringá, que a decisão acima mencionada, em nada alterava o estágio processual do feito principal (a ação revisional já havia sido sentenciada favoravelmente ao Município e aguardava-se o julgamento de embargos infringentes e recurso especial já admitido na origem). Assim, foram mantidos os atos decisórios e os não-decisórios praticados pelo Juízo Federal de Maringá (relativamente incompetente)⁴⁶. Ainda, segundo o STJ, a decisão apenas fixou a competência da seção judiciária de Brasília para a realização dos atos que seriam

juízo de Brasília para funcionar no feito e considerar válidos todos os atos decisórios e não-decisórios já praticados, cabendo-lhe, apenas, prosseguir com o processo.” Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 355.099-PR, Min. Rel. Denise Arruda, j. 06.05.2008, DJe 18.08.2008.

⁴⁶ Cabe destacar o seguinte trecho do acórdão proferido no julgamento dos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 355.099-PR, Min. Rel. Benedito Gonçalves, j. 04.11.2008, DJe 12.11.2008. “Nesse passo, observa-se que o acórdão ora embargado, em face do deliberado no julgamento do recurso especial, no qual foi declarada a validade da cláusula de eleição de foro do contrato de refinanciamento de dívida pública firmado entre a União, por intermédio da CEF, e o Município de Maringá, reconheceu a competência do Juízo federal de Brasília, sem prejuízo, todavia, dos atos (decisórios e não-decisórios) até então proferidos pelo juízo relativamente incompetente (Juízo federal de Maringá/PR)”.

futuramente realizados pela primeira instância, como, por exemplo, os destinados ao cumprimento do título judicial⁴⁷.

Houve divergência no julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 355.099-PR. A Min. Rel. Denise Arruda, votou pela nulidade dos atos decisórios do juiz declarado incompetente, aplicando-se ao caso o art. 113, parágrafo 2º, CPC. O Min. Teori Zavascki acompanhou o voto da Relatora e declarou que a aplicação desse dispositivo à hipótese de incompetência relativa deveria se dar por analogia, até mesmo porque ao ser oposta a exceção de incompetência o processo deveria ficar suspenso e nenhum ato decisório poderia ser proferido: *“Ora, reconhecida a incompetência do juízo pelo acórdão embargado, os atos decisórios praticados após a arguição da exceção devem ser considerados nulos, porque decididos por juiz incompetente. O argumento, fundado em interpretação literal e isolada do art. 113, § 2º, de que a nulidade só está prevista para atos praticados por juiz absolutamente incompetente, não pode ser adotado, sob pena de se retirar toda e qualquer consistência da norma competencial, cuja aplicação não terá consequência prática alguma, notadamente em casos como o dos autos, em que o juiz incompetente já esgotou a sua jurisdição na fase cognitiva. Nas circunstâncias, é irrelevante distinguir os efeitos da declaração de incompetência relativa e absoluta. Tal distinção somente tem sentido no regime*

⁴⁷ “1. Hipótese em que o acórdão ora embargado, em face do deliberado no julgamento do recurso especial, no qual foi declarada a validade da cláusula de eleição de foro do contrato de refinanciamento de dívida pública firmado entre a União, por intermédio da Caixa Econômica Federal – CEF, e o Município de Maringá, reconheceu a competência do Juízo federal de Brasília, sem prejuízo, todavia, dos atos (decisórios e não-decisórios) até então proferidos pelo juízo relativamente incompetente (Juízo federal de Maringá/PR). 2. O acórdão atacado em nada altera o atual estágio processual do feito principal (ação revisional), mas, apenas, fixa a competência jurisdicional para a realização dos atos a serem doravante realizados pela primeira instância. Assim, como consequência lógica, depois de transitada em julgado a sentença, deverão os autos da ação principal, de onde estiverem, ser encaminhados ao Juízo federal de Brasília para os seus ulteriores atos.” Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 355.099-PR - Primeira Turma - j. 04.11.2008, Min. Rel. Benedito Gonçalves, DJe 12.11.2008.

normal, ou seja, quando, proposta a exceção de incompetência, o processo ficar suspenso. Para situações especiais, não previstas na lei, há de se decidir por analogia.”

Assim, há discussão na jurisprudência e, também, na doutrina⁴⁸ sobre a validade dos atos decisórios do juízo considerado incompetente, no caso de competência relativa. Pelas razões acima expostas e, também, pelo acolhimento expresso do princípio da *translatio iudicii*, realizado pelo STJ entendemos que a manutenção dos atos decisórios e não decisórios é a solução que deve ser adotada.

Com todo o respeito, o primeiro equívoco do voto divergente se refere à aplicação, por analogia, de norma acerca de nulidade. De acordo com o princípio da especificidade, as hipóteses de nulidade devem estar previstas em lei. Em segundo lugar, não se demonstrou prejuízo ao contraditório, para que os atos fossem anulados, nem se buscou a conservação e aproveitamento dos atos realizados. Os princípios da economia processual e celeridade não foram, também, prestigiados.

Celso Agrícola Barbi comenta hipótese em que, não obstante haja o reconhecimento da incompetência relativa, os atos decisórios devem ser

⁴⁸ José Roberto dos Santos Bedaque, “Competência: aspectos teóricos e práticos”, in : *Revista do Advogado*, (84): 90-118. São Paulo, dezembro, 2005.

p.97/98: “A referência à nulidade dos atos decisórios praticados apenas por juiz absolutamente incompetente se justifica. Se a incompetência for relativa, a oposição de exceção declinatória, o que se verifica no prazo da contestação, sob pena de preclusão, suspende o desenvolvimento do processo (arts. 265, III e 306). Nessa medida, não haveria oportunidade para decisões. Ocorre que pode o juiz relativamente incompetente ter deferido liminar, hoje admissível em qualquer procedimento (art. 273). Ainda, é preciso considerar que a suspensão cessa com a decisão de 1º grau e o processo retoma seu curso mesmo se houver recurso. Por isso, se definitivamente reconhecida a incompetência do juízo, ainda que relativa, parece-me devam ser também considerados nulos os atos decisórios. Após declarada, não há diferença entre ela e a absoluta.”

anulados: “se houver prática de ato igual nos dois juízos, é natural que se anule o realizado no juízo incompetente, prevalecendo o que foi feito no juízo competente. Mas se só aquele praticou vários atos, de natureza diversa, devem ser considerados válidos; excluir-se-ão, evidentemente, os de natureza decisória, se a competência era absoluta. Mas, se relativa, mesmo os decisórios não devem ser anulados”.⁴⁹

A circunstância mencionada por Celso Agrícola Barbi refere-se ao conflito de competência (positivo ou negativo). Mas não sendo hipótese em que os dois juízos tenham realizado atos da mesma natureza (não necessariamente iguais em conteúdo, evidentemente), mas apenas um deles, seria necessário que se anulassem os atos decisórios do juízo declarado incompetente? Em nossa opinião, por se tratar de incompetência relativa, não há nulidade dos atos praticados pelo juízo incompetente.

Sobre o tema, é oportuno mencionar o julgamento do Agravo Regimental no Conflito de Competência n. 39.340-SP. O Superior Tribunal de Justiça confirmou a validade dos atos praticados pelo juízo considerado relativamente incompetente (3ª Vara Cível de Vitória – ES), porque não se tratava de competência absoluta (assim não se aplicaria o disposto no art. 113, parágrafo 2º, CPC)⁵⁰. Foi levada em consideração, também, a possibilidade de se ocasionarem danos irreversíveis, caso os atos decisórios praticados pelo juízo incompetente não fossem mantidos, pois as ações versavam sobre o

⁴⁹ Celso Agrícola Barbi, “*Comentários ao Código de Processo Civil*”, Rio de Janeiro: Forense, 1999, vol. 1, p. 379.

⁵⁰ Agravo Regimental no Conflito de Competência n. 39.340 – SP, Min.Rel.Nancy Andrigli, j. 11.02.2004, DJ 15.03.2004.

fornecimento de equipamentos hospitalares. É oportuno mencionar que nem as regras sobre incompetência absoluta impedem a concessão de tutela de verdadeira urgência. Todavia, o STJ expressamente consignou que caberia ao Juízo de Direito da 12ª Vara Cível de São Paulo – SP apreciar a manutenção dos atos praticados pelo Juízo de Direito da 3ª Vara Cível de Vitória – ES, o que, com todo o respeito, em nossa opinião, está equivocado.

Isso porque, não tendo ocorrido qualquer prejuízo ao contraditório e tendo sido possível à parte interpor o recurso cabível ao Tribunal competente, não há porque conceder ao juízo competente o poder de “convalidar” os atos realizados pelo juízo considerado relativamente incompetente.

Para corroborar esses argumentos, é importante mencionar que o STJ havia designado o juízo de Direito da 12ª Vara Cível de São Paulo – SP (juízo ao final declarado competente para resolução da controvérsia), para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes, na forma do art. 120, CPC. Todavia, por força deste dispositivo, deve o relator do conflito de competência positivo, suspender o processo de ofício ou a pedido da parte para evitar decisões conflitantes, mas, não está autorizado a cassar atos já praticados (muito menos liminares)⁵¹.

⁵¹ Nesse sentido manifesta-se Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*, 10ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 380.

2.4. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA

Os critérios para definição da competência absoluta levam em consideração o interesse público⁵². Trata-se de um pressuposto processual positivo de validade⁵³ e, desse modo, a sua ausência resultará na nulidade da sentença de mérito advinda que poderá ser discutida em ação rescisória. A ausência de um pressuposto processual, normalmente resulta na extinção do processo sem resolução de mérito.

Todavia, a exemplo do disposto no art. 50 do Código de Processo Civil italiano, o Código de Processo Civil brasileiro, prevê em seu art. 113, parágrafo 2º que declarada a incompetência absoluta, os autos devem ser remetidos ao juiz competente e não deve ser declarada a extinção do processo.

⁵² “A competência do órgão jurisdicional, se fundada em critério material ou funcional, tem natureza absoluta. Se a regra leva em conta, portanto, a relação jurídica de direito material (família, registro civil, acidente do trabalho) ou a natureza da função desenvolvida pelo juiz (julgamento de recursos), juízo diverso daquele indicado pelo legislador será absolutamente incompetente para conhecer e julgar a pretensão.

Já se a regra sobre competência levar em consideração o valor atribuído à causa ou determinada área territorial à qual se liga um dos elementos da demanda, a competência daí resultante é relativa e, por consequência, outros juízos serão relativamente incompetentes.” José Roberto dos Santos Bedaque, “Prorrogação legal da competência: aspectos teóricos e práticos”, *in* : *Revista do Advogado*, (88): 128-144. São Paulo, dezembro, 2005, p.141.

⁵³ “Para que haja processo, isto é, para que o processo, isto é, para que o processo exista, deve haver *jurisdição*.

Para que o processo exista validamente, é necessário que o juízo a que está submetido possa exercer essa jurisdição, no caso concreto, ou seja, tenha *competência*. O juiz que atue nesse juízo há de ser *imparcial*, não podendo, pois, ser *impedido*.

Quando se elencam os pressupostos processuais, costuma-se falar de competência e imparcialidade. Vale, aqui, ressaltar que estará presente o pressuposto processual da competência, se o juiz for relativamente incompetente – e o mesmo se pode dizer quanto à imparcialidade: estará presente o pressuposto processual, se o juiz for suspeito. Isto porque se trata de irregularidades sanáveis. Importam as noções de *incompetência absoluta* e *impedimento* para a categoria dos pressupostos processuais, que consistem em nulidades absolutas, ou, simplesmente, nulidades *stricto sensu*, sendo, pois, vícios insanáveis, podendo até mesmo configurarem-se em fundamento legal de ação rescisória (art.485, II, do CPC).” (Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades do Processo e da Sentença*, 16ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.39/40)

Por força do princípio da *translatio iudicii*, conservam-se os efeitos processuais e materiais dos atos realizados perante o juízo considerado incompetente. Ou seja, não obstante haja o reconhecimento da ausência de um pressuposto processual, não há a decretação de nulidade desses atos, nem a extinção do processo.

O mesmo dispositivo dispõe, ainda, que somente os atos decisórios proferidos pelo Juízo absolutamente incompetente serão nulos.

Ocorre que a interpretação literal do dispositivo acarretaria a nulidade de decisões interlocutórias proferidas no processo, cuja manutenção não resultaria em prejuízo para as partes. Exemplo de decisão com essa característica seria a proferida em instrução probatória, na qual o juiz defere provas que não foram requeridas pelas partes⁵⁴.

Ao analisar o recurso especial n. 648.365-MS o Relator o Min. Fernando Gonçalves pugnou pelo aproveitamento da instrução probatória realizada pelo juízo incompetente. A incompetência absoluta foi reconhecida, porque o juízo não teria sido o prolator da decisão homologatória de acordo objeto de ação anulatória. Segundo o acórdão, como não foi demonstrado prejuízo, a alegação de nulidade da instrução probatória deveria ser afastada. Além disso, somente os atos subsequentes e dependentes do ato nulo (no

⁵⁴ “Cabe advertir, sin embargo, que esta regla no evita una consecuencia natural de las nulidades procesales: dar también por inválidos aquellos actos que, siendo de parte, resultan intrínsecamente dependientes de un acto del Juez considerado nulo (art. 173). Así, por ejemplo, el ofrecimiento de medios probatorios dispuestos de oficio por parte del Juez incompetente. Estos, en todo caso, valdrían como instrumentos de prueba en la segunda fase a seguirse ante el Juez *ad quem*.” (PALACIOS, Juan Monroy. “La traslación en el proceso civil”, Artigo consultado e baixado em 15.03.2008 do sítio: http://issuu.com/juanjosemonroy/docs/la_traslacion_en_el_proceso_civil, p. 21)

caso, a sentença homologatória do acordo, pois o advogado que o celebrou não tinha poderes para tanto) deveriam ser declarados nulos.

No acórdão mencionou-se, ainda, a aplicabilidade do art. 249, CPC, segundo o qual o juiz, ao pronunciar a nulidade de um ato, deve declarar quais atos são atingidos por ela, o que não teria sido objeto de questionamento pelo recorrente. Por fim, foi observado que a decisão foi fundamentada principalmente em prova documental e esta em momento algum foi anulada.

Palácios, ao comentar essa questão, relata que, na jurisprudência peruana, adotou-se o entendimento de que a produção probatória realizada perante o juízo incompetente deve ser aproveitada, com a aplicação da proibição do *bis in idem*. Além disso, complementa o autor, sem a demonstração do prejuízo o ato não deve ser anulado: “Sin embargo, no deja de tratarse de una cuestión discutible. Al respecto, señala ANDRIOLI: ‘La jurisprudência, con esse exquisito sentido de las exigencias de la práctica, que a veces falta a los teóricos, admite que puedan ser utilizadas em outro juicio lãs pruebas actuadas por el Juez incompetente, mientras que em la doctrina hay incertidumbre, aunque no tiende a desaprobare tal conclusión. A mi me parece que el *ne bis in idem* justifica suficientemente la preciosa intuición de la jurisprudência: el principio es aplicado a los materiales de um juicio que, por haberse desarrollado ante um Juez incompetente, no puede, como sucede com um procedimiento concluído, culminar em uma sentencia de mérito. Ello naturalmente no excluye que em um ordenamiento basado, no es el caso del nuestro, em los principios de concentración e inmediación, el *ne bis in idem* sea sacrificado, y se prefiera hacer repetir al Juez competente las prestaciones

jurisdiccionales ya realizadas ante el incompetente' [*Il principio del ne bis in idem e la dotrina del processo* (1941), em *Scritti Giuridici*, I, 2007, pp. 59 y 60].

(...)

Pero hay más. Em el plano próprio de los actos del Juez incompetente sería igualmente descriteriado considerar de plano sus actos como inválidos, como si todos tuvieran el mismo valor jurídico respecto del proceso y de las partes. Sabido es, por ejemplo, la máxima de que no existe nulidad sin perjuicio.”⁵⁵

Ainda de acordo com a compreensão literal do art. 113, parágrafo 2º, CPC as decisões liminares proferidas pelo juízo incompetente seriam nulas.

Mas, em nossa opinião, a manutenção de decisões liminares proferidas pelo juízo considerado absolutamente incompetente nos parece imprescindível para evitar qualquer lesão ao direito da parte, (ou para aqueles que entendem que deva ser assim, ao menos até que seja convalidado ou reformado pelo juízo considerado competente).

Por força do princípio da *translatio iudicii*, deve ser conservada a decisão liminar proferida pelo juízo incompetente, sob pena de violação ao art. 5º, XXXV, CF. Nesse sentido, já se manifestou o Tribunal de Justiça do Paraná, em agravo de instrumento interposto contra a decisão que acolheu a

⁵⁵ “Cabe advertir, sin embargo, que esta regla no evita uma consecuencia natural de las nulidades procesales: dar también por inválidos aquellos actos que, siendo de parte, resultan intrínsecamente dependientes de um acto del Juez considerado nulo (art. 173). Así, por ejemplo, el ofrecimiento de medios probatorios dispuestos de oficio por parte del Juez incompetente. Estos, en todo caso, valdrían como instrumentos de prueba em la segunda fase a seguirse ante el Juez *ad quem*.” (PALACIOS, Juan Monroy. “*La traslación em el proceso civil*”, Artigo consultado e baixado em 15.03.2008 do sítio: http://issuu.com/juanjosemonroy/docs/la_traslacion_en_el_proceso_civil, p. 21)

preliminar de incompetência absoluta, declinando a competência ao juízo universal falimentar e revogou a liminar anteriormente concedida⁵⁶. Esta, segundo o Tribunal, deverá ser mantida.

Segundo o Tribunal de Justiça do Paraná, o art. 113, parágrafo 2º, CPC pode ser excepcionado sempre que o “ato de tornar sem efeito a decisão proferida pelo juízo incompetente acarrete dano substancial ao autor da ação”.

José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier manifestam o mesmo entendimento: “De acordo com o art. 113, § 2º do CPC, reconhecida a incompetência absoluta, os atos decisórios serão nulos. Não nos parece correto entender, com fundamento nesta regra processual, que, reconhecida a nulidade, devem ser automaticamente cassados os efeitos da decisão judicial. Segundo pensamos, nos casos em que o vício resume-se à incompetência do juízo do qual emanou a decisão judicial, devem os efeitos (substanciais e processuais) ser conservados, até que outra decisão seja proferida pelo juízo competente”⁵⁷.

⁵⁶ “Agravado de Instrumento. Medida Cautelar de sustação de protesto e ação declaratória de inexigibilidade de débito. Falência da sociedade ré. Decretação anterior ao ajuizamento das ações. Aptidão atrativa (art. 76 da Lei 11.101/2005). Competência do juízo universal. Decisão liminar na medida cautelar. Incompetência absoluta do juízo prolator. Manutenção da decisão até ulterior deliberação do juízo competente. Possibilidade. Princípio da proporcionalidade.

1. A ação cautelar, quando preventiva, deve ser proposta no juízo competente para conhecer da ação principal, cujo resultado se pretende assegurar.

2. Compete ao juízo universal da falência apreciar a ação de conhecimento que envolve bens, interesses ou negócios da pessoa jurídica proposta depois da decretação da quebra, se não verificadas quaisquer das circunstâncias que excepcionam a regra geral.

3. A decisão liminar cautelar proferida por juízo absolutamente incompetente deve ser mantida, até ulterior decisão do juízo competente, quando o ato de torná-la sem efeito sujeitar o autor da ação a grave dano, ao mesmo tempo em que for improvável que a referida manutenção cause prejuízo ao réu.

4. Agravado de instrumento conhecido e parcialmente provido.”

(Agravado de Instrumento n. 579.574-2 – Décima Quinta Câmara do Tribunal de Justiça do Paraná – j. 19.08.2006 – Rel. Des. Luis Carlos Gabardo, DJ 277).

⁵⁷ José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier, *Processo Civil Moderno, parte geral e processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, v.1, p. 101.

Sobre o mesmo tema e adotando o mesmo entendimento, manifestam-se Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (*Curso de Processo Civil: processo cautelar*. São Paulo: Revista dos Tribunais,

2.5. AÇÃO RESCISÓRIA

A manutenção de decisão proferida por juízo absolutamente incompetente, por força do princípio da *translatio iudicii*, seria possível também em sede de ação rescisória.

A ação rescisória ajuizada com fulcro no art. 485, II, CPC visa, em primeiro lugar, a desconstituir decisão proferida por juiz impedido ou juízo absolutamente incompetente.

Não haverá, todavia, o juízo rescisório, mas tão-somente o rescindente (autoriza proceder-se desse modo o art. 494, CPC).

Em regra, a decisão proferida em ação rescisória terá efeitos *ex tunc*. Ocorre, todavia, que nem sempre será conveniente aplicar-se a regra prevista no art. 113, parágrafo 2º, CPC e decretar-se a nulidade dos atos processuais e cassar os efeitos produzidos pela decisão eivada do vício da incompetência ou impedimento do juiz.

2008, p. 120): "(...) o art. 113, § 2º, do Código de Processo Civil, estabelece que 'declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juízo competente'. Como a decisão que concede tutela cautelar é, sem dúvida, um 'ato decisório', caso o juiz que a concedeu seja declarado, mais tarde, absolutamente incompetente para a causa, a sua decisão que deferiu a tutela cautelar deverá ser considerada nula.

Não obstante, diante da circunstância de que o desaparecimento da tutela cautelar pode sujeitar o litigante a grave dano, não há razão para entender que a tutela cautelar deva perder a sua eficácia antes de ter a sua legitimidade aferida pelo juízo competente. Neste caso, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, frisando o direito à segurança da efetividade da tutela do direito, impõe-se sobre o dado de que será mantida a eficácia de uma tutela cautelar concedida por juiz absolutamente incompetente."

Assim, o tribunal poderá determinar a manutenção dos efeitos da decisão rescindida, até que haja o julgamento pelo juízo competente ou juiz imparcial. Trata-se de aplicação do princípio da *translatio iudicii*, com fundamento no princípio da conservação (ou do aproveitamento)⁵⁸.

O ajuizamento de ação rescisória, perante o tribunal incompetente para conhecê-la, em nossa opinião também poderia ensejar a aplicação do disposto no art. 113, parágrafo segundo do Código de Processo Civil e, portanto, da *translatio iudicii*.

O Superior Tribunal de Justiça faz distinção entre duas hipóteses. Se na inicial da ação rescisória houver indicação equivocada da decisão a ser rescindida, há a extinção da ação, sem resolução do mérito. Segundo julgados reiterados daquela Corte, não seria possível ao Poder Judiciário corrigir a petição inicial (no que concerne à causa de pedir e pedido) e realizar a remessa dos autos ao órgão competente⁵⁹.

⁵⁸ Na doutrina esse entendimento é adotado por José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier (*Recursos e Ações Autônomas de Impugnação. De acordo com a nova sistemática para os recursos repetitivos no STJ (Lei 11.672/2008 e Resolução 8/2008)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v.2, p. 273/274).

⁵⁹ “AÇÃO RESCISÓRIA COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. DECISÃO DE MÉRITO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PROCESSO EXTINTO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO.

1. Verifica-se que, mesmo não se tendo admitido o processamento do recurso extraordinário interposto contra o acórdão rescindendo, na verdade, a Corte Suprema emitiu juízo de mérito sobre o tema objeto do mandão de segurança impetrado pelo Sindicato dos Policiais Cíveis do Estado do Mato Grosso do Sul – SINPOL.

2. Com efeito, a negativa de seguimento ao apelo extremo está calcada no fundamento de que o julgado atacado teria sido proferido em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

3. Frente a esse quadro, forçoso reconhecer a competência do Pretório Excelso para processar e julgar a presente ação, nos termos do art. 102, I, “j”, da Constituição Federal, com incidência do enunciado n. 249 do Supremo Tribunal Federal.

4. Objetivando a presente ação rescindir acórdão da Quinta Turma deste Tribunal, quando, na verdade, houve decisão de mérito proferido pelo Supremo Tribunal Federal, não cabe a esta Corte emitir qualquer juízo sobre o pedido e muito menos dar-lhe destino diverso, pois, em assim procedendo, haveria a modificação da pretensão deduzida.

5. Processo extinto sem julgamento de mérito.”

Na segunda hipótese, haveria, apenas, o equívoco no endereçamento da ação rescisória, tendo sido feita a menção correta na inicial à decisão rescindenda. Nesse caso, o STJ determina o encaminhamento dos

(Ação Rescisória n.1.766-MS – Terceira Seção do STJ – j. 12.11.2008 – Rel. Ministro Paulo Gallotti – DJe 02.12.2008).

“AÇÃO RESCISÓRIA. PROCESSUAL CIVIL. ART. 485, V, DO CPC. ACÓRDÃO RESCINDENDO QUE NÃO APRECIOU O MÉRITO DA DEMANDA. INADMISSIBILIDADE. NÃO-INCIDÊNCIA DA SÚMULA 249/STF. REMESSA DOS AUTOS AO TRIBUNAL ESTADUAL PARA EXAME DA RESCISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. PROCESSO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

1. Trata-se de ação rescisória ajuizada por SANTO AMARO S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO com fundamento no art. 485, V, do Código de Processo Civil, objetivando desconstituir o acórdão proferido pela Segunda Turma desta Corte nos EDcl no AgRg no Ag 270.036/SP.

2. A admissibilidade da ação rescisória está condicionada à verificação de dois requisitos, quais sejam a existência de decisum de mérito e a ocorrência do trânsito em julgado deste. A competência para seu julgamento será fixada considerando-se o órgão julgador que proferiu a última decisão de mérito na demanda originária. Isso porque, nos termos do art. 512 do CPC, a apreciação da controvérsia pelo Tribunal substitui a decisão anteriormente proferida e, nesses casos, é contra esse pronunciamento judicial que deve ser dirigida a ação rescisória.

3. Mostra-se inadmissível a presente ação rescisória, uma vez que o julgado proferido pela Segunda Turma deste Superior Tribunal de Justiça, que se pretende rescindir, não examinou o mérito da controvérsia.

4. Infere-se dos autos que, inicialmente, por decisão monocrática, o Relator, Ministro Francisco Peçanha Martins, negou seguimento ao Ag 70.036/SP, por entender inadmissível o recurso especial interposto em face do acórdão exarado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ante a falta de prequestionamento dos dispositivos tidos por violados. Posteriormente, ao julgar o agravo regimental ofertado, o Colegiado manteve a decisão proferida, negando provimento ao recurso. Já os embargos de declaração opostos em face desse julgado foram rejeitados, à consideração de não estar presente nenhum dos vícios previstos no art. 535 do CPC. Assim, não há como falar em existência de decisão de mérito proferida por esta Corte. Aliás, como bem salientou o douto representante do Ministério Público Federal à fl. 471, “não se pode entender como ‘decisão de mérito’ um acórdão que proclama a existência de uma questão preliminar prejudicial do exame de mérito”.

5. A Súmula 249/STF não é aplicável ao caso em apreço. Tal orientação sumular deve incidir nas hipóteses em que, embora o aresto proferido na ação originária tenha decidido sobre as questões meritórias, fica consignado que o recurso não foi conhecido, quando na realidade ele não foi provido, como ocorre, por exemplo, quando este Superior Tribunal de Justiça diz não conhecer do recurso por entender que a parte recorrente não tem razão em suas alegações, ante a inexistência de violação dos dispositivos de lei federal apontados no especial. Portanto, foram superadas as questões preliminares, e houve o exame da matéria meritória suscitada pelo recorrente. No caso dos autos, o recurso especial sequer ultrapassou o juízo de admissibilidade, haja vista que se entendeu pela ausência de prequestionamento dos artigos apontados, que é requisito indispensável para o conhecimento desta espécie recursal. Dessa forma, repita-se, não há como se acolher a afirmativa de que teria havido apreciação do mérito da demanda por esta Corte, de modo a substituir o acórdão proferido pelo Tribunal de origem. 6. Não prospera a alegação da autora no sentido de que, caso se entenda que o mérito da ação originária não foi analisado pelo acórdão rescindendo, deve ser determinada a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para apreciação da ação rescisória. Este “Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, proposta equivocadamente a ação rescisória, é incabível a remessa dos autos ao juízo competente, porquanto é impossível a modificação judicial do pedido do autor, que busca a rescisão do julgado apontado na inicial”, sendo inaplicável “a regra do art. 113, § 2º, do CPC, visto que o equívoco da parte não é simplesmente quanto ao foro, mas em relação ao próprio objeto da ação rescisória, devendo o processo ser extinto sem julgamento de mérito” (AgRg na AR 2.214/CE, 3ª Seção, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 14.6.2006).

7. Processo extinto, sem resolução do mérito.”

(Ação Rescisória n.3047-SP – Primeira Seção do STJ – j. 22.10.2008 – Rel. Ministra Denise Arruda – DJe 17.11.2008).

autos ao juízo competente, aplicando-se o art. 113, parágrafo segundo do Código de Processo Civil⁶⁰.

Ocorre que, em nossa opinião, a justificativa para a extinção da ação sem resolução do mérito na primeira hipótese, qual seja, a impossibilidade de modificação de ofício da causa de pedir e pedido da ação rescisória, não se coaduna com o sistema processual civil, porque sempre é possível permitir ao autor que realize a emenda da petição inicial (art. 284, CPC). Assim, o ordenamento jurídico, de fato, não permite que o Poder Judiciário se sub-rogue na posição da parte e realize a emenda da inicial, por força dos princípios da inércia e do dispositivo. Todavia, a parte pode emendar a petição inicial, justamente para corrigir equívocos quanto ao pedido e causa de pedir (art. 282, III, IV c/c art. 284, CPC)⁶¹.

⁶⁰ "Processual Civil. Ação rescisória ajuizada contra acórdão regional. Incompetência do STJ. Remessa para a Corte competente. Necessidade. Art. 113, § 2º, do CPC.

1. Agravo regimental contra decisão que reconheceu a incompetência do STJ para processar e julgar ação rescisória ajuizada contra acórdão regional e determinou a remessa dos autos ao juízo competente, no caso, o TRF da 4ª Região.

2. Insurge-se a agravante contra a remessa dos autos à Corte regional.

3. Para o deslinde da controvérsia ora suscitada, é necessário identificar duas situações distintas que, da mesma forma, comportam soluções diferentes, quais sejam:

I) A primeira refere-se às ações rescisórias ajuizadas contra acórdão do STJ que não julgou o mérito da causa. Nesses casos não é possível a remessa dos autos ao juízo competente ante a inviabilidade de o Poder Judiciário, de ofício, corrigir a causa de pedir e o pedido exordial. Nesse sentido: (AR 3047/SP, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, DJe 17/11/2008; EDcl nos EDcl nos EDcl NA ar 3418/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe 20/10/2008);

II) A segunda diz respeito às ações rescisórias ajuizadas contra acórdão prolatado por outro tribunal e equivocadamente endereçadas ao Superior Tribunal de Justiça. Em tais hipóteses, nas quais o erro da exordial restringe-se tão somente à indicação do juízo competente, mantidos adequadamente os demais termos nela expendidos, notadamente a causa de pedir e o pedido, não há razão para indeferi-la, mas, sim, enviá-la ao juízo competente (art. 113, § 2º, do CPC), viabilizando-se a prestação jurisdicional almejada. No mesmo sentido, pela remessa dos autos, já se pronunciaram mediante decisão monocrática os eminentes Ministros Castro Meira (AR 4.012/PR, DJ 18/8/2008), Teori Zavascki (AR 4.017/MG, DJ 15/8/2008) e Eliana Calmon (AR 3.981/PR, DJ 4/6/2008).

4. No caso concreto, constata-se que houve mero equívoco de endereçamento, haja vista que a ação rescisória ataca acórdão do TRF da 4ª Região, e devem ser encaminhados os autos ao juízo competente, nos termos do art. 113, § 2º, do CPC.

5. Agravo regimental não provido."

(Agravo Regimental na Ação Rescisória n. 4.079-PR – Primeira Seção do STJ – j. 13.05.2009 – Rel. Ministro Benedito Gonçalves – DJe 01.06.2009).

⁶¹ Nesse sentido, manifesta-se Barbosa Moreira (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 14ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 188) ao comentar o art. 490, CPC: "É de inteira conveniência que o relator não se omita no exercício rigoroso desse controle in limine litis, a fim de evitar o inútil

Desse modo, ao verificar a incompetência do STJ para conhecer da ação rescisória, em nossa opinião, deveria o STJ determinar a remessa dos autos ao órgão competente, aplicando-se o art. 113, § 2º, CPC. O Tribunal/Juízo competente ao reassumir o processo deverá, então, determinar a emenda da petição inicial para que se faça menção à correta decisão rescindenda.

Esse entendimento já foi esposado pelo STJ, ao ratificar todos os atos realizados em ação rescisória que tramitava perante o Tribunal Regional da 4ª Região⁶². A ação pretendia rescindir acórdão proferido em mandado de segurança que indeferiu a aplicação do IPC/IBGE na correção monetária das demonstrações financeiras do mês de janeiro de 1989. Após o indeferimento de liminar de antecipação dos efeitos da tutela, a Fazenda Nacional apresentou defesa na qual alegou a incompetência absoluta do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, pois a última decisão de mérito teria sido proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial n. 189.995/RS.

A incompetência do Tribunal Regional Federal, para o julgamento da ação rescisória, foi reconhecida, e os autos foram remetidos ao Superior Tribunal de Justiça, tendo a Ministra Eliana Calmon relatado que: “Reconhecida a incompetência do Tribunal Regional Federal da Quarta Região para o

prosseguimento de rescisória manifestamente inviável. Para o próprio autor, é preferível o indeferimento liminar a eventual julgamento colegiado de inadmissibilidade da ação, com condenações acessórias e, se unânime a decisão, com perda do depósito. Por outro lado, não deve o relator indeferir a inicial sem conceder ao autor a oportunidade prevista no art. 284, *caput*, sempre que passível de correção o defeito (por exemplo: indicou-se erroneamente, como objeto do pedido de rescisão, a decisão recorrida, em vez daquela que a substituíra em grau de recurso).”

⁶² Ação Rescisória n. 3.390 - RS – Primeira Seção do STJ – j. 25.03.2009 – Rel. Ministra Eliana Calmon – DJe 04.05.2009.

julgamento da ação rescisória (fl. 430), foram os autos remetidos a esta Corte, sendo ratificados os atos já realizados.” Assim, o STJ reconheceu a *translatio iudicii* e reassumiu o processo, mantendo-se todos os efeitos processuais e materiais⁶³.

A Ministra Denise Arruda não compartilhou do mesmo entendimento e, em voto-vista argumentou que teria cabido ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, extinguir o processo sem resolução do mérito, pois havia sido verificada a ausência de um dos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, qual seja a competência do juízo: “Com efeito, proposta a rescisória equivocadamente perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, tratando-se de caso de competência originária do Superior Tribunal de Justiça, não poderia aquele Tribunal remeter os autos a esta Corte Superior para que processe e julgue a ação como se fosse direcionada para rescindir a decisão aqui proferida, porquanto o pedido formulado pela autora, para desconstituir julgado daquele Tribunal, não pode ser modificado por órgão julgador diverso, sendo imperativa a extinção do

⁶³ Do voto-vista da Min. Denise, é possível aferir que a decisão rescindenda e aquela equivocadamente indicada pela parte na exordial da ação rescisória foram proferidas no mesmo sentido: “Trata-se de ação rescisória ajuizada por MOINHO TAQUARIENSE S/A e EXPORTADORA TAQUARIENSE LTDA. com fundamento no art. 485, V, do Código de Processo Civil, visando a rescindir acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que, nos termos da seguinte ementa, acabou por manter a sentença denegatória do mandado de segurança: *‘TRIBUTÁRIO. CORREÇÃO MONETÁRIA. DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS. É legítima a norma (Lei n. 7.730, de 1989, art. 30, § 1º) que determinou fosse adotado, para efeito de correção monetária das demonstrações financeiras das pessoas jurídicas, em janeiro de 1989, a OTN de NCZ 6,92. Precedentes do TRF e do STJ.’*

Em face desse acórdão, as autoras desta ação ainda opuseram embargos declaratórios e, em seguida, os recursos especial e extraordinário. O recurso especial foi desprovido pela Primeira Turma desta Corte, Relator p/ acórdão o Ministro Demócrito Reinaldo, conforme a ementa abaixo transcrita: ‘TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. CORREÇÃO MONETÁRIA. BALANÇO FINANCEIRO DE 1990. ÍNDICE DE VARIAÇÃO DO BTNF (LEI n. 8.200/91). A correção monetária das demonstrações financeiras das pessoas jurídicas, no período base de 1990, deve ter como índices o BTNF (Lei n. 8.200/91). É entendimento pacífico nesta Corte de que, o Dec. De n. 332/91, ao regulamentar a Lei n. 8.200/91, não extrapolou dos seus ditames, não padecendo de ilegalidade. Recurso improvido. Voto vencido.’

processo, sem resolução do mérito.” Todavia, os demais componentes da Turma julgadora acompanharam a Relatora, a Ministra Eliana Calmon.

Em alguns casos, é interessante observar, a decisão rescindenda poderá ter até o mesmo sentido que a decisão erroneamente mencionada na ação rescisória, sendo que, extinguir a ação por estar equivocada, apenas, a menção ao tribunal/juízo que tenha proferido, é valorizar indevidamente a forma, em detrimento do conteúdo⁶⁴. Há, ainda, casos em que é árdua a tarefa de identificar qual seja o acórdão rescindendo, pois, mesmo tendo sido decretado o não conhecimento do recurso, o Tribunal, na realidade, adentrou no exame de mérito e apreciou a questão controvertida. A Súmula 249 do Supremo Tribunal Federal trata, exatamente, dessa questão: “É competente o Supremo Tribunal Federal para a ação rescisória, quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão controvertida”.

⁶⁴ Discordamos, assim, do prof. Cândido Rangel Dinamarco (“Ação Rescisória, Incompetência e Carência de Ação”, *in: Revista de Processo* n. 104, p. 19, out-dez/2001) que leciona: “Se a ‘incompetência’ fosse o verdadeiro empecilho ao julgamento da ação rescisória por tribunal local na circunstância sobre a qual dispõe a Súmula 249, seria imperioso o deslocamento do feito, com remessa ao tribunal de superposição competente. Tal é um ditame da teoria e da disciplina legal da competência, uma vez que o juiz ou tribunal incompetente não é destituído de jurisdição e, por esse motivo, a lei é muito explícita: quer se trate de incompetência relativa ou absoluta, ou mesmo quando a demanda haja sido proposta perante Justiça incompetente ou tribunal inferior ao competente, o destino do processo é o juízo ou tribunal competente e jamais a extinção processual (CPC, arts. 113, § 2º e 311).”

A Súmula 249 não trata, porém, de uma autêntica questão de competência. Estamos diante de uma situação em que, acima da incompetência, deve ser reconhecida a ‘carência de ação rescisória’. A consequência é que o processo dessa ação rescisória deve ser extinto sem julgamento de mérito, por falta de interesse de agir, como manda o art. 267, VI, e § 3º, do Código de Processo Civil. Assim é também o alvitre de Barbosa Moreira, o qual refere e louva um acórdão do Superior Tribunal de Justiça, em que está dito: ‘Se a ação intenta a rescisão de acórdão de tribunal local, tendo sido entretanto examinada pelo Supremo Tribunal Federal a questão controvertida no julgamento rescindendo, a hipótese é de extinção do processo. Não se justifica a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal se o objeto da rescisória não é o seu acórdão’.

2.6. JUSTIÇA COMUM E JUSTIÇA TRABALHISTA

Há no Brasil questão bastante semelhante à ocorrida na Itália e que deu origem à discussão neste país sobre a *translatio iudicii*⁶⁵.

Como é cediço, no Brasil, as justiças trabalhista e comum são estanques e incomunicáveis. A justiça trabalhista, denominada de *especial*, tem jurisdição-competência determinada pelo critério material (norma aplicável). A justiça comum tem jurisdição-competência residual⁶⁶. José dos Santos Bedaque ao mencionar a distinção entre competência relativa e absoluta, comenta a incomunicabilidade da justiça trabalhista e comum: *“Feita essa breve explicação, verifica-se ser inadmissível a alteração da competência de Justiça, fundada no critério material e, portanto, absoluta. O mesmo ocorre em relação ao critério da qualidade da pessoa (competência da Justiça Federal para as ações em que a União ou entidade autárquica for autora, ré ou*

⁶⁵ A respeito das oscilações de entendimento sobre a competência (no caso italiano de jurisdição) que podem obstaculizar o direito da parte, manifesta-se a doutrina italiana: “Cio, evidentemente, nell’interesse di chi fruisce del servizio giustizia, soprattutto in un periodo storico, come quello attuale, in cui vuoi per interventi non organici e chiari del legislatore, sui quali spesso è intervenuta in modo demolitorio anche la Corte Costituzionale vuoi per le frequenti oscillazioni giurisprudenziali, risulta spesso estremamente difficile, anche per gli operatori del diritto, individuare il confine fra le varie giurisdizioni. Circostanza che non potrebbe essere ulteriore elemento di ostacolo per chi chiede una tutela giurisdizionale effettiva.” Antonio Ciaramella, *La decisioni della Corte di cassazione sulla giurisdizione contabile: possibilita di una translatio iudicii*. Artigo consultado e baixado em 15.03.2008 do sítio: www.corteconti.it/wfprog/GETURL.exe?ID=58755&type=1

⁶⁶ Arruda Alvim, *Manual de Direito Processual Civil, - parte geral*. 12ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, vol. I, p. 292.

José Roberto dos Santos Bedaque, “Prorrogação legal da competência: aspectos teóricos e práticos”, in : *Revista do Advogado*, (88): 128-144. São Paulo, dezembro, 2005 p. 141: “O critério material é adotado para determinar a competência de Justiça (à Justiça do Trabalho compete processar e julgar demandas versando relação de emprego) e de juízo (família, acidente do trabalho, registros públicos). O funcional é sempre utilizado para explicar as variações de competência no mesmo processo ou a vinculação entre duas demandas (recursos, execução e condenatória, cautelar e principal). Embora não o mencione, a competência também pode ser informada pela qualidade das pessoas envolvidas no litígio (Justiça Federal, para os processos de que participem entes federais; Tribunal Regional Federal, para os mandados de segurança contra ato de juiz).”

*interveniente. Também impossível qualquer modificação da competência hierárquica, decorrente do critério funcional e, por isso, absoluta*⁶⁷.

A Lei n. 8.630/93 prevê o pagamento de indenização ao trabalhador portuário avulso. A partir da Medida Provisória n. 1.952/2000, que alterou a redação dos arts. 643 e 652 da CLT, passou a ser da Justiça do Trabalho e não da Justiça Estadual, a competência para julgar as ações envolvendo trabalhadores portuários avulsos e operadores portuários ou Órgão Gestor de Mão de Obra – OGMO – decorrente de relação de trabalho. Trata-se de caso típico em que a designação do juízo competente não é de fácil interpretação. A falta de rápida definição a respeito desse tema gerou consequências adversas para a parte autora, como refletido no acórdão proferido no Recurso Especial n. 550861-RS⁶⁸.

Foi ajuizada ação indenizatória pela viúva de um estivador, perante a Justiça Estadual de Porto Alegre. Em um primeiro momento, houve a determinação da remessa dos autos à Justiça Federal, com fundamento na súmula 150 do STJ⁶⁹.

Em seguida, o Tribunal do Rio Grande do Sul deu provimento ao recurso de agravo de instrumento interposto pela autora e manteve a

⁶⁷ José Roberto dos Santos Bedaque, “Prorrogação legal da competência: aspectos teóricos e práticos”, *in* : *Revista do Advogado*, (88): 128-144. São Paulo, dezembro, 2005 p. 141.

⁶⁸ Recurso Especial n. 550.861-RS – Quarta Turma do STJ – j. 07.10.2008 – Rel. Ministro Fernando Gonçalves – DJe 20.10.2008.

⁶⁹ Súmula 150 do STJ: “Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas”.

competência da Justiça Estadual.⁷⁰ Os autos retornaram à Justiça Estadual e, logo em seguida, foi proferida sentença de procedência dos pedidos formulados.

Ao julgar o recurso de apelação, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconheceu a incompetência da Justiça Estadual, mas determinou a manutenção dos atos decisórios proferidos pelo juízo estadual, sob o fundamento do princípio da unidade da jurisdição: *“O feito foi aforado em 19/4/1996, portanto, antes da edição da Medida Provisória. Tratando-se de modalidade de competência absoluta, não há como ser prorrogada, mesmo com a posterior fixação do órgão jurisdicional hábil para o conhecimento da demanda. Ao mesmo tempo, não se há de anular os atos decisórios proferidos pelo juízo estadual, mas tão-somente determinar que sejam os autos remetidos ao egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região para apreciação do recurso. Encara-se a situação como se estivesse o magistrado estadual investido de jurisdição trabalhista, na forma do art. 668 da CLT. O voto é pela declaração de incompetência absoluta para o processamento do apelo pela Justiça Estadual, determinando a remessa dos autos para o TRT/4 para que aprecie o recurso”*.

⁷⁰ Com a alteração da competência prevista no art. 114 da CF por força da Emenda Constitucional 45/2004, que determinou que transferiu a competência para o julgamento das ações relativas a acidentes de trabalho para a Justiça trabalhista, e não mais a Justiça Estadual, dispõe a Súmula 367 do STJ: “A competência estabelecida pela EC n. 45/2004 não alcança os processos já sentenciados”. Sobre o tema já decidiu o STF que “a alteração superveniente da competência, ainda que ditada por norma constitucional, não afeta a validade da sentença anteriormente proferida”, e que é “válida a sentença anterior à eliminação da competência do juiz que a prolatou, subsiste a competência recursal do tribunal respectivo” (CC 6967-RJ, j. 01.08.1997, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 26.09.1997, p. 47476). No mesmo sentido no STJ: AgRg no Ag 691.994/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 18.09.2008, DJe 03.10.2008.

Todavia, o bem lançado acórdão foi reformado pelo STJ em 07.10.2008 (mais de oito anos após ter sido proferida a sentença), para determinar a nulidade de todos os atos decisórios, nos termos do art. 113, parágrafo 2º, CPC.

Entendeu-se que não seria possível aplicar o art. 668, CLT, porque o Juízo estadual de Porto Alegre não estava autorizado a atuar como órgão de administração da Justiça do Trabalho. Ademais, a sentença teria sido proferida quando já estava em vigor a Medida Provisória 1952/2000 (a sentença foi proferida em 12.06.2000 e a Medida Provisória entrou em vigor em 26.05.2000).

A respeito de circunstâncias como essa, comentam José Miguel Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier que: “As regras relativas à definição do juízo competente nem sempre são de fácil interpretação e, não raro, há, mesmo na jurisprudência dos tribunais superiores, controvérsia a respeito. Se é certo, de um lado, que as partes podem ter errado ao ajuizar a ação perante órgão incompetente, não menos certo é dizer que, tendo em vista que as hipóteses de incompetência absoluta devem ser conhecidas *ex officio* pelo juiz, não podem as partes ser punidas nos casos em que o vício não é corrigido *antes* de proferida a decisão”⁷¹.

Com a aplicação do princípio da *translatio iudicii*, de forma semelhante ao que ocorreu no direito italiano, a parte não seria apenada pela

⁷¹ José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier, *Processo Civil Moderno, parte geral e processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v.1, p. 101.

demora na definição do órgão competente para o julgamento do caso. Nessa hipótese há, ainda, dois fatores que demonstram que a decisão acima relatada, com todo o respeito, não se coaduna com os princípios que regem nosso sistema jurídico. Primeiro, porque o entendimento da justiça trabalhista a respeito da questão é o mesmo do adotado pelo juízo estadual que proferiu sentença, assim é flagrante a ausência de prejuízo. Em segundo lugar, em outro acórdão do STJ, determinou-se a remessa dos autos à justiça estadual, quando a ação é ajuizada somente contra a instituição financeira gestora do fundo de indenização destinada aos trabalhadores portuários avulsos, para o pagamento de diferenças de correção monetária a ser legalmente aplicada à indenização. Ou seja, em certos casos a justiça estadual continua sendo competente para analisar a questão.

2.7. MANDADO DE SEGURANÇA: INDICAÇÃO EQUIVOCADA DA AUTORIDADE COATORA

Outra hipótese de aplicação do princípio da *translatio iudicii* refere-se à extinção do mandado de segurança quando a autoridade coatora é equivocadamente indicada.

O STJ consolidou o entendimento de que é aplicável a teoria da encampação se a autoridade apontada como coatora, em suas informações, não se limita a negar a prática do ato impugnado, mas o defende. Desse modo a ação prossegue em face da autoridade que defendeu o ato impugnado,

mesmo que originariamente não fosse a responsável pela prática do ato considerado coator⁷².

Ocorre, todavia, que o próprio STJ limitou a aplicação da teoria da encampação ao mandado de segurança aos casos em que sejam preenchidos os seguintes requisitos: (1) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; (2)

⁷² “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADE COATORA. LEGITIMIDADE. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. 1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que se aplica a Teoria da Encampação, se a autoridade apontada como coatora, em suas informações, não se limita a arguir a sua ilegitimidade passiva e avança na defesa do ato impugnado. 3. Recurso Especial não provido. (...) Quanto à ilegitimidade de parte, com base na suposta ofensa ao art. 113, § 2º, do CPC, o recurso não merece prosperar, haja vista o Tribunal local ter dirimido a controvérsia em harmonia com a orientação do STJ, que considera legitimado o superior que encampa o ato do seu subordinado, oferecendo as informações necessárias ao julgamento do Mandado de Segurança.” (Recurso Especial n.874.896-PR – Segunda Turma do STJ – j. 12.05.2009 – Rel. Ministro Herman Benjamin – DJe 25.05.2009).

E no mesmo sentido:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM, TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART.1º DA LEI 1.533/51, SÚMULA 7/STJ. 1. Segundo a Teoria da Encampação, adotada por esta Corte, a autoridade hierarquicamente superior, apontada como coatora nos autos de mandado de segurança, que adentra o mérito da ação mandamental ao prestar informações, torna-se legitimada para figurar no pólo passivo do writ.” (Agravio Regimental no Recurso Especial 777.178/SP – Segunda Turma do STJ – j. 19.02.2009 - Rel. Ministro Mauro Campbell Marques – Dje 25.03.2009).

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. POSSE TARDIA. APOSENTADORIA INTEGRAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA AUTORIDADE COATORA. INEXISTÊNCIA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. (...) 1. É firme a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, a despeito da indicação errônea da autoridade apontada como coatora, se esta, sendo hierarquicamente superior, não se limitar a alegar sua ilegitimidade, ao prestar informações, mas também defender o mérito do ato impugnado, encampa referido ato, tornando-se legitimada para figurar no pólo passivo da ação mandamental.” (Agravio Regimental no Recurso Especial 1083090/DF – Quinta Turma do STJ – j. 05.02.2009 – Rel. Ministra Laurita Vaz – Dje 09.03.2009)

“PROCESSUAL CIVIL . MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ORDINÁRIO. LEI MUNICIPAL N. 3.123/00. PERMISSÃO PARA A EXPLORAÇÃO DE TRANSPORTE PÚBLICO POR VEÍCULO DE ALUGUEL A TAXÍMETRO. 1. A jurisprudência é pacífica no sentido de considerar legitimado o superior que encampa o ato do seu subordinado, oferecendo as informações necessárias ao julgamento do mando de segurança.” (Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 17.434/RJ – Segunda Turma do STJ – j. 02.03.2004 – Rel. Ministro Castro Meira – DJ 05.04.2004, p. 219)

ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal;
(3) manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas.

Se as condições para a aplicação da teoria não estiverem presentes, o processo é extinto sem resolução do mérito⁷³. Isso porque, não seria admitida a modificação (ampliação) de competência absoluta expressamente prevista em Constituição Estadual, nem a alteração de ofício da autoridade coatora, equivocadamente indicada na inicial do mandado de segurança⁷⁴.

⁷³ “Processual Civil e Tributário. Mandado de segurança. Contribuição previdenciária. ‘Custas’ percebidas por oficiais de justiça e avaliadores do Estado do Rio de Janeiro. Ilegitimidade passiva *ad causam*. **Teoria da encampação. Inaplicabilidade. Extinção do processo sem julgamento de mérito.** 1. A teoria da encampação é aplicável ao mandado de segurança tão-somente quando preenchidos os seguintes requisitos: (1) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; (2) **ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal**; e (3) manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas. 2. *In casu*, conforme restou consignado pelo juízo de primeira instância, **a autoridade legítima para figurar no pólo passivo do writ é o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, que determinou ao Departamento de Pagamento de Servidores do Tribunal a inclusão das denominadas ‘custas’ (gratificação de locomoção) na base de cálculo dos descontos previdenciários sobre a verba recebida pelos oficiais de justiça (parecer de fls.51/52), estando seus atos sujeitos, na via do mandado de segurança, **à competência originária daquela Corte**, à luz das Súmulas 41/STJ e 624/STF. 3. O recorrido impetrou o *mandamus* no juízo de primeira instância, apontando como autoridade coatora o Diretor do Departamento de Pagamento de Servidores do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 4. Destarte, resoa incabível a adoção da ‘teoria da encampação’ ao caso *sub judice*, porquanto implicaria indevida modificação ampliativa de competência absoluta fixada na Constituição, conforme orientação firmada na jurisprudência desta E. Corte. Precedentes: Precedentes da Primeira Seção: MS 12.779/DF, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 03.03.2008; MS 10.484/DF, Rel. Min. José Delgado, DJ de 26.09.2005. 5. Recurso especial provido, **determinando-se a extinção do Mandado de Segurança sem resolução do mérito.**” [g.n.]
(Recurso Especial n. 967.984/RJ – Primeira Turma do STJ – j. 14.04.2009 – Rel. Ministro Luiz Fux – DJe 06.05.2009)

“Processual civil e administrativo. Cebas. Cancelamento de isenção. Necessidade de dilação probatória. 1. São três os requisitos para aplicação da teoria da encampação no mandado de segurança: a existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal; e manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas. Precedente da Primeira Seção: MS 10.484/DF, Rel. Min. José Delgado. 2. O ato coator apontado foi exarado pelo Chefe da Seção de Orientação da Arrecadação Previdenciária, da Delegacia da Receita Previdenciária de Niterói/RJ, vinculada à Secretaria da Receita Previdenciária do Ministério da Previdência Social. 3. O conhecimento do writ esbarra na alteração de competência estabelecida pela Carta da República. 4. A documentação colacionada pelo impetrante mostra-se insuficiente para comprovar a ilegalidade do ato administrativo que revogou a isenção tributária que lhe fora concedida com base em cancelamento do Ceba. 5. A alegação de inexistência de cancelamento esbarra em documento acostado pela própria impetrante, que atesta situação inversa. 6. Ordem denegada.”
(Mandado de Segurança n. 12.779/DF – 1ª Seção do STJ – j. 13.02.2008 – Rel. Ministro Castro Meira – DJ 03.03.2008, p.1)

⁷⁴ “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO DE DEFICIENTE VISUAL OBJETIVANDO A ISENÇÃO DE ICMS PARA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO.

Na realidade, com a *translatio iudicii* não haveria “prorrogação” da competência do Tribunal, mas sim, a determinação de que os autos fossem remetidos ao órgão competente, com o aproveitamento dos atos materiais e processuais.

INDICAÇÃO DE AUTORIDADE COATORA EQUIVOCADA. SECRETÁRIO DE ESTADO EM VEZ DE DIRETOR DE RECEITAS. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE. ALTERAÇÃO DA COMPETÊNCIA JURISDICIONAL. ALTERAÇÃO DO PÓLO PASSIVO DE OFÍCIO. NÃO-CABIMENTO. RECURSO ORDINÁRIO NÃO-PROVIDO. (...)

2. A aplicação da teoria da encampação no mandado de segurança, segundo a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, exige o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos: a) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou as informações e a que praticou o ato impugnado; b) ausência de modificação de competência jurisdicional; e c) manifestação sobre o mérito nas informações prestadas. Precedentes do STJ.

3. Mencionada teoria é inaplicável no caso concreto, porquanto, além de o Secretário de Fazenda do Estado de Roraima não ter prestado as informações e, conseqüentemente, não ter defendido o ato impugnado, a alteração à correção do pólo passivo enseja mudança na competência jurisdicional, haja vista que a competência originária do TJRR para julgar mandado de segurança contra Secretário de Estado (art.77, inciso X, alínea M, da Constituição Estadual) não se aplica à Diretora do Departamento de Receitas, que se sujeita à primeira instância (art.35, II, da Lei Complementar Estadual 2/93 – Lei de Organização Judiciária do Estado de Roraima).

4. Não cabe ao magistrado corrigir de ofício a autoridade coatora equivocadamente indicada na exordial de mandado de segurança. Precedentes do STJ.”

(Recurso Ordinário no Mandado de Segurança n. 24.927/PR – Primeira Turma do STJ – j. 02.12.2008 – Rel. Ministro Benedito Gonçalves – DJe 11.12.2008).

CONSIDERAÇÕES DE CUNHO CONCLUSIVO

O presente capítulo apresenta notas de caráter conclusivo, a respeito do tema e assuntos afins, de que tratamos, ao longo deste estudo.

1. A concepção patrimonial de jurisdição impedia o reconhecimento do caráter unitário desta.
2. No Estado Moderno, o poder jurisdicional passou a ser exercido por magistrados, funcionários do Estado, deixando de ter razão as disputas pelo exercício da jurisdição. Não obstante, na Itália, a competência e a jurisdição eram consideradas pressupostos processuais e a sua ausência tinha o condão de acarretar a extinção do processo.
3. Chiovenda propôs a continuação do trâmite do processo, mesmo após a declaração de incompetência do juízo, com fulcro no art. 2.125, c.p.c., que previa que a demanda, mesmo que ajuizada perante juízo incompetente, resultava na interrupção da prescrição.
4. O Código de Processo Civil italiano de 1942 estabeleceu no art. 50, o instituto da reassunção da causa pelo juízo competente, quando reconhecida a incompetência do juízo originário. Neste momento foi introduzido o mecanismo da *translatio iudicii* no direito processual italiano. Contudo, o dispositivo excluía expressamente, a possibilidade de continuação do trâmite iniciado na jurisdição administrativa, perante a ordinária e vice-versa.

5. Adotamos a definição de Leonardo Greco, segundo o qual *translatio iudicii* consiste na continuidade do processo iniciado no juízo incompetente, perante o juízo próprio, com a conservação de todos os efeitos produzidos pelos atos processuais praticados na primeira fase.

6. O aproveitamento dos efeitos materiais e processuais, deve se dar em virtude dos princípios constitucionais do acesso à justiça e duração razoável do processo. Mas deve sempre estar pautada na observância ao princípio do contraditório e ampla defesa.

7. Em razão do grave precedente (Sentença 204/2004), em que a Corte Constitucional italiana, extinguiu os feitos em trâmite ao invés de determinar a remessa e reassunção da causa, perante o órgão detentor de jurisdição, resultando em prejuízo aos autores que se viram impedidos de reiniciar a ação, em razão de decadência do direito, iniciou-se amplo debate na doutrina italiana, sobre a *translatio iudicii*, para se permitir a comunicabilidade entre as jurisdições administrativa e ordinária.

8. A Corte de Cassação e a Corte Constitucional italianas, em fevereiro de 2007 e março do mesmo ano, respectivamente, reconheceram que a falta de jurisdição não poderia mais acarretar a extinção da ação. Foi determinada, assim, a remessa e continuação do trâmite dos processos, equivocadamente instaurados perante uma das jurisdições (administrativa ou ordinária).

9. Como observado por Mauro Bove e Angelo Santi, embora a jurisprudência tenha afirmado o princípio da *translatio iudicii*, não estabeleceu a forma como deveria atuar. Havia uma lacuna legislativa, que foi preenchida pelo art. 59 da Lei n. 69 de 18.06.2009.

10. O art. 59 da Lei n. 69 de 18.06.2009 em suma, permite a conservação dos efeitos materiais e processuais da demanda equivocadamente instaurada, perante a jurisdição ordinária ou administrativa, desde que a ação seja novamente ajuizada, no prazo previsto. As provas colhidas no processo ajuizado, perante a jurisdição considerada equivocada, podem ser valoradas pela jurisdição perante a qual se ajuizará o processo, como indício de prova.

11. No Brasil, a *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 e a absoluta. Na primeira hipótese, há o aproveitamento de todos os atos (inclusive decisórios) e, na segunda, os atos de caráter decisório são considerados nulos e os demais são conservados.

12..Todavia, as regras já previstas no ordenamento pátrio não são suficientes para resolver todos os casos concretos. Da análise da jurisprudência, constata-se que, muitas vezes, opta-se por extinguir o processo sem resolução do mérito, ao invés de se adotar a *translatio iudicii* e reassunção do processo, sob

fundamentos inconstitucionais, que violam os princípios do acesso à justiça e da duração razoável do processo.

13. A definição dos atos e efeitos que deverão ser mantidos, depende da compreensão prévia dos princípios sobre as nulidades no direito processual civil

14. O acolhimento da exceção de incompetência relativa desencadeia a hipótese mais clara e perfeita de aplicação do princípio da *translatio iudicii* e reassunção do processo, pois há nesse caso o aproveitamento de todos os efeitos processuais e materiais do processo originário.

15. Há discussão na jurisprudência e, também, na doutrina sobre a validade dos atos decisórios proferidos pelo juízo considerado incompetente, no caso de competência relativa. Em nossa opinião a manutenção dos atos decisórios e não decisórios é a única solução que se coaduna com os princípios constitucionais do acesso à justiça e duração razoável do processo.

16. A interpretação literal do art. 113, parágrafo 2º, CPC resultaria na nulidade de decisões interlocutórias proferidas no processo, cuja manutenção não resultaria em prejuízo para as partes. Exemplo de decisão com essa característica seria a proferida em instrução probatória, na qual o juiz defere provas que não foram requeridas pelas partes.

17. A manutenção de decisões liminares proferidas pelo juízo considerado absolutamente incompetente nos parece imprescindível para evitar qualquer lesão ao direito da parte. Por força do princípio da *translatio iudicii*, deve ser conservada a decisão liminar proferida pelo juízo incompetente, sob pena de violação do art. 5º, XXXV, CF.

18. A manutenção de decisão proferida por juízo absolutamente incompetente, por força do princípio da *translatio iudicii*, seria possível também em sede de ação rescisória. O tribunal poderá determinar a manutenção dos efeitos da decisão rescindida, até que haja o julgamento pelo juízo competente ou juiz imparcial.

19. O ajuizamento de ação rescisória, perante o tribunal incompetente para conhecê-la, em nossa opinião também poderia ensejar a aplicação do disposto no art. 113, parágrafo segundo do Código de Processo Civil e, portanto, da *translatio iudicii*.

20. Ao verificar a incompetência do tribunal para conhecer da ação rescisória, este deverá determinar a remessa dos autos ao órgão competente, aplicando-se o art. 113, parágrafo 2º. CPC. O tribunal/juízo competente ao reassumir o processo deverá, então, determinar a emenda da petição inicial para que se faça menção à correta decisão rescindenda.

21. O princípio da *translatio iudicii* deve ser aplicado quando se tratar de justiça trabalhista e justiça comum, consideradas estanques e incomunicáveis, sob

pena de prejuízo aos autores, consistente na perda do direito, em razão da dificuldade de identificação da justiça competente.

22. O princípio da *translatio iudicii* deve ser adotado quando houver a indicação equivocada da autoridade coatora e não se tratar de hipótese, admitida pela jurisprudência, de aplicação da teoria da encampação.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Domingos Augusto Paiva de, “Direito Administrativo” *in Introdução ao Direito Francês*. Coordenação de Thales Moraes da Costa, São Paulo: Juruá, 2009.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. “A teoria da Encampação no Mandado de Segurança: Ponderações Necessárias”, *in: Revista Dialética de Direito Processual* n. 78, 30-37, set/2009.

ARRUDA ALVIM. *Manual de direito processual civil – parte geral*. 12ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, vol. I.

_____. *Manual de direito processual civil – processo de conhecimento*. 7ª. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, vol. II.

AZEVEDO, Luiz Carlos; CRUZ E TUCCI, José Rogério, *Lições de História do Processo Civil Romano*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, vol.I.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 14ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2008, vol. V.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos, "Competência: aspectos teóricos e práticos", in: *Revista do Advogado*, (84): 90-118. São Paulo, dezembro, 2005.

_____, "Prorrogação legal da competência: aspectos teóricos e práticos", in: *Revista do Advogado*, (88): 128-144. São Paulo, novembro, 2006.

BENETI, Sidnei Agostinho. "Assunção de competência e *fast-track* recursal", in: *Revista de Processo*, (171): 9-23. São Paulo, maio, 2009.

BOVE, Mauro; SANTI, Angelo. *Il Nuovo Processo Civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, Matelica: Nuova Giuridica, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, 4ª edição, Campinas: Bookseller, 2009

CIARAMELLA, Antonio, *La decisioni della Corte di cassazione sulla giurisdizione contabile: possibilita di una translatio iudicii*. Artigo consultado e baixado em 15.03.2008 do sítio: www.corteconti.it/wfprog/GETURL.exe?ID=58755&type=1

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, 20ª edição, São Paulo: Malheiros, 2004.

CIPRIANI, Franco. “*Riparto di giurisdizione e ‘translatio iudicii’.*” In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2005, 729-750.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 5ª. edição. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. “Ação Rescisória, Incompetência e Carência de Ação”, in: *Revista de Processo* n. 104, 11-19, out-dez/2001.

_____. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, 5ª. edição, São Paulo: Malheiros, 2002, vol. II.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2a. edição. São Paulo: Malheiros, 2002, volumes I, II e III.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 6a. edição. São Paulo: Atlas, 1996.

GILLES, Peter. “*Civil Justice Systems and Civil Procedures in Conversion. Main Problems and Fundamental Reform Movements in Europe – a Comparative View*”, in: *Revista de Processo* n. 173, 329-356, jul/2009.

GRECO, Leonardo. “*Translatio iudicii e a reasunção do processo*”, in: *Revista de Processo* n. 166, 9-26, dez/2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciência Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Teoria Processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

IANNELLI, Paola Grazia Iannelli. *La translatio iudicii nel processo civile*, tese de Doutorado, Università degli Studi di Napoli Federico II, depositada em 01.08.2008.

LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general* (trad. e notas de Miguel Izquierdo e Macías-Picavea). Madri: Revista de Derecho Privado, 1978.

_____. *Metodologia da Ciência do Direito*, 3ª. edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, 3ª edição, tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco, São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Estudos sobre o processo civil brasileiro* (notas de Ada Pellegrini Grinover). São Paulo: José Bushatsky, 1976.

_____. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. 2ª. edição. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1968, vol. I.

_____. *Processo de Execução* (notas de atual. do prof. Joaquim Munhoz de Mello). 4a. edição, São Paulo: Saraiva, 1980.

LUHMANN, Niklas. "A posição dos tribunais no sistema jurídico", in: *Ajuris*, (49): 149-68, 1990.

MANDRIOLI, Crisanto; CARRATTA, Antonio. *Come cambia Il processo civile, Legge 18 giugno 2009 n. 69, "Disposizioni per lo sviluppo econômico, la semplificazione, la competitività nonché in matéria di processo civile"*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz (*Curso de Processo Civil: processo cautelar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINHO, ANAPaula Trindade; SALEMKOUR, SAMIR. "Contencioso Administrativo" in *Introdução ao Direito Francês*. Coordenação de Thales Morais da Costa, São Paulo: Juruá, 2009.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e Ações Autônomas de Impugnação. De acordo com a nova sistemática para os recursos repetitivos no STJ (Lei 11.672/2008 e Resolução 8/2008)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v.2.

. *Processo Civil Moderno, parte geral e processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, v.1.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20a. edição. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 6a. edição. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Elementos de Direito Administrativo*, 3ª. edição, São Paulo: Malheiros, 1992.

NERY JR., Nélson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade, *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*, 10ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Princípio fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. 2a. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

PALACIOS, Juan Monroy. “*La traslación em el proceso civil*”, Artigo consultado e baixado em 15.03.2008 do sítio: http://issuu.com/juanjosemonroy/docs/la_traslacion_en_el_proceso_civil

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PIZZOL, Patricia Miranda. *A competência no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RICCI, Edoardo. “La nuova disciplina della declinatoria di giurisdizione tra intuizioni felici e confusione di idee”, *In: Rivista di Diritto Processuale*, v. 64, n. 6 nov./dic. 2009.

SALETTI, Achille; SASSANI, Bruno. *Commentario Alla Riforma del Codice di Procedura Civile (Legge 18 giugno 2009, n.69)*. Roma: Utet Giuridica, 2009.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2a. fase da reforma do Código de Processo Civil*. 2a. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*, 6ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória – Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Os agravos no CPC Brasileiro*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 2a. edição. São Paulo: Saraiva, 1999.