DANIEL RAICHELIS DEGENSZAJN

ALTERAÇÃO DOS FATOS NO CURSO DO PROCESSO E OS LIMITES DE MODIFICAÇÃO DA *CAUSA PETENDI*

Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito Processual como requisito para obtenção do Título de Mestre

Orientação: Prof. Dr. Cândido Rangel Dinamarco

FACULDADE DE DIREITO DA USP
SÃO PAULO, 2010

"A administração da justiça faltaria ao seu objetivo e a própria seriedade dessa função do Estado estaria comprometida, se o mecanismo organizado para o fim de atuar a lei tivesse de operar com prejuízo de quem tem razão"

(Giuseppe Chiovenda)

"Lo scopo del porcesso è la vittoria del diritto e non della furberia e degli stratagemmi"

(Friedrich Lent)

Artigo 462 do Código de Processo Civil brasileiro: "a norma é tão revolucionária, mexe com tantos princípios processuais, elevados dogmas consagradores de verdades tidas como absolutas e imutáveis, rasga horizontes tão vastos e surpreendentes, que a doutrina, temerosa de aventurar-se em um mundo desconhecido, se encolhe acanhada e vacilante"

(Galeno Lacerda).

"A atenção dispensada ao problema da *mutatio libelli* pela doutrina contemporânea, inclusive a brasileira, constitui inequívoca prova de que a proibição de modificação da demanda pendente vem perdendo o seu mito de dogma absoluto!"

(José Rogério Cruz e Tucci)

ÍNDICE:

INTRODUÇÃO **5**

CAPÍTULO I – CONSIDERAÇÕES INICIAIS **11**

1. A importância do tema 11

2. Acesso à ordem jurídica justa: tutela jurisdicional efetiva e resultado justo (premissas) 12

CAPÍTULO II – ELEMENTOS DA DEMANDA **22**

3. Partes, causa de pedir e pedido: os três *eadem* 22

4. Causa de pedir e direitos autodeterminados e absolutos 35

5. Conceito puro de substanciação 41

6. Conceito puro de individualização 46

7. As teorias sobre o objeto do processo 53

8. A alteração da demanda à luz da teoria do objeto do processo 64

9. Cumulação de demandas à luz da teoria do objeto do processo 74

10. Ônus processuais e sua relação com a modificação da demanda 79

CAPÍTULO III – FATO SUPERVENIENTE **84**

11. O fato superveniente 84

12. O fato de conhecimento superveniente 86

13. O art. 462 do Código de Processo Civil e sua interpretação sistemática 91

14. O art. 462 e sua interpretação constitucional 96

15. O art. 462 e a permissão para introduzir o direito superveniente 100

16. O art. 462 e a influência do precedente 104

17. O último momento para a alegação e conhecimento do fato novo 108

18. Fato novo pela perspectiva do réu 112

19. Fato novo pela perspectiva do autor 115

CAPÍTULO IV – OS LIMITES DE MODIFICAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR 121

20. Modelo rígido e modelo flexível do procedimento:
legítima opção legislativa 121

21. Relação e conflito entre regras e princípios 124

22. A elasticidade da causa de pedir 127

23. A modificação da causa de pedir e o princípio da duração razoável do processo ... 141

24. A modificação da causa de pedir e a garantia do contraditório
e do devido processo legal 147

25. O fato superveniente e introdução de novo fato constitutivo do direito 158

CAPÍTULO V - CONCLUSÃO 171

26. Necessária alteração legislativa
e a disciplina insuficiente do Código de Processo Civil 171

27. Síntese conclusiva 175

BIBLIOGRAFIA 180

RESUMO 191

ABSTRACT 193

RIASSUNTO 195

INTRODUÇÃO

O tema da dissertação é a "alteração dos fatos no curso do processo e os limites de modificação da *causa petendi*".

O problema que se busca enfrentar principia com a investigação dos elementos necessários à identificação da demanda[1] em busca de um *núcleo resistente* da causa de pedir, que uma vez apresentado pelo autor e citado o réu, segundo a letra fria da lei, não poderá mais ser modificado sem anuência deste (CPC, art. 264: "feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes"). Outro marco fundamental de imobilização da demanda é o saneamento do processo, *momento* a partir do qual a lei impede a modificação do objeto do processo, ainda que haja consentimento do réu para esta alteração (CPC, art. 264, par. ún.: "a alteração do pedido e da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo").[2]

Estudar os limites em que poderá vir a ser alterada a *causa petendi* é investigar o que determina a individualidade e singularidade da demanda, pois somente sobre os elementos informadores desta é que recai a imposição legal de inalterabilidade. É possível a modificação de inúmeros argumentos e mesmo a introdução de novos fatos e os limites em que isso pode ser feito é o que se pretende analisar. A causa de pedir é um conceito elástico que pode ser estendido ou encurtado, variando de acordo com a teoria considerada e com os elementos analisados. Enquanto não estourar esse elástico, a

---

[1] Identificar uma *ação* é, na lição de Chiovenda, realizar uma "operação por meio da qual se confrontam entre si várias ações com o fim de estabelecer se são idênticas ou diversas" (Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, I, p.353). O direito abstrato de *ação* é exercido por meio da demanda e os problemas derivados da reiteração desta são reconhecidos de forma unânime pela doutrina: exceção de coisa julgada, litispendência, modificação da demanda e fidelidade entre demanda e sentença. A identificação da demanda cumpre importante finalidade de impedir a reiteração de processos iguais (litispendência), que não é um problema de competência, mas de jurisdição, pois "impedir a pluralidade de processos iguais é imperativo de ordem pública. Para cumpri-lo, não pode a autoridade judiciária quedar-se a mercê das partes, mas deve, ao contrario, usar de poderes autônomos de incoação" (Galeno Lacerda, *Despacho saneador*, p. 119).

[2] "É muito importante, como se vê, a consideração do *objeto do processo*, como ponto de partida para a antevisão do possível provimento a ser dispensado pelo órgão jurisdicional. Todo processo tem seu objeto e gira em torno dele, com as atividades das partes em contraditório, com a instrução que se faz, com o provimento que o juiz emitirá" (Dinamarco, "Conceito de mérito em processo civil", p.237).

modificação de alguns elementos de sustentação da demanda não importará em alteração desta, de modo que será possível, dentro das limitações impostas pelo direito positivo, modificar certas alegações de fato e introduzir novas alegações de direito; em que medida isso pode ser compatível com o sistema processual civil brasileiro é o escopo colimado por este trabalho analisar.

O art. 462 do Código de Processo Civil autoriza e impõe ao juiz considerar os fatos novos havidos no curso do processo, caso tais fatos repercutam no julgamento da demanda proposta[3] (CPC, art. 462: "se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença"). Esse misterioso artigo não tem o alcance bem definido pela doutrina e pelos tribunais, sobretudo em razão de não se ter sedimentado o conceito de *direito ou fato superveniente* (*infra*, cap. III, nn. 11-19), seja porque a disciplina da matéria é manifestamente insuficiente (*infra*, n. 26).[4]

A doutrina até hoje não apresentou uma teoria universal para a delimitação do objeto do processo ou da causa de pedir (identificação da demanda), muito menos uma teoria universalmente aceita pelos estudiosos, o que faz do tema uma aventura difícil e desafiadora. Desde o reconhecimento da autonomia do processo e da certeza que neste há um objeto puramente processual, os processualistas esmeram-se em determinar o seu conteúdo (ou o que aqui denominamos *núcleo rígido ou resistente*). As primeiras concepções sobre o tema principiaram com uma perigosa identificação do objeto do processo com o direito material (teses materiais, cujo expoente maior foi Friedrich Lent) e evoluíram em sentido oposto, ou seja, afastando-se do direito material

---

[3]. "A demanda judicial, em geral, é o ato com o *qual a parte (autor), afirmando a existência de uma vontade concreta da lei, que lhe garante um bem, declara a vontade de que seja atuada em face da outra parte (réu) e invoca, para esse fim, a autoridade do órgão jurisdicional*. A demanda judicial tendente à sentença, em particular, é *o ato com que o autor requer que se verifique a existência de uma vontade concreta de lei que lhe garanta um bem ou a inexistência de uma vontade concreta de lei que garanta um bem ao réu, com as eventuais disposições conseqüenciais*" (Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, I, p. 157-158).

[4]. Recentemente foi publicada importante obra sobre o tema pelo prof. Ricardo Barros Leonel, onde o autor traz o primeiro estudo sobre o tema, demonstrando que o direito superveniente é um conceito fluido e aplicável a inúmeras situações que a doutrina e a jurisprudência ainda não conheciam. O grande legado da obra do professor Leonel certamente foi demonstrar que o direito superveniente não é somente proveniente de alteração legislativa promovida no curso do processo, mas também de *fatos novos* (Ricardo de Barros Leonel, *Causa de pedir e pedido – o direito superveniente*).

para conceituação do objeto do processo. Nesta fase, a demanda passou a ser identificada pela *pretensão processual* ou pedido (*teses processuais*, tendo como maior expoente Karl Heinz Schwab). A terceira fase de estudos, mais moderna e atual, demonstra uma preocupação com o direito material na identificação do *objeto*, sem chegar ao ponto de retroceder à fase inicial: são as teses *materialmente orientadas* que buscam explicar o objeto do processo por meio de uma conjugação de fatores em que os contornos são conferidos pelo direito material, mas com o reconhecimento expresso de que o objeto do processo, como o próprio nome indica, é intrinsecamente processual.

Somente após o desenvolvimento de uma sólida investigação sobre a demanda e seus elementos identificadores é que será possível avançar para a segunda fase do estudo, ou seja, os limites em que podem ser alterados os elementos de fato e de direito apresentados, sem que com isso se altere o núcleo dos fundamentos invocados inicialmente. Na terceira fase, investigar-se-á os limites de alteração do próprio *núcleo duro ou resistente* da causa de pedir, cotejando essa inovadora idéia às garantias constitucionais do processo, notadamente a sua duração razoável, o contraditório e seu consectário lógico que é o direito de defesa, sem perder de vista as modernas especulações sobre a tutela jurisdicional trazidas pelo *processo civil de resultados* e pela necessidade de extrair do processo tudo o quanto seja possível para que se faça dele um instrumento poderoso de pacificação social.

O processo civil moderno não comporta mais uma visão conformista da sua inoperância e necessita de novas interpretações que tornem o sistema processual mais efetivo e dinâmico, oferecendo resposta tempestiva àqueles que se valem desse método estatal de resolução de controvérsias, que muitas vezes é a única forma de solucionar um conflito de interesses.[5]

Eis o objetivo deste estudo, posto de forma breve e interrogativa: garantindo-se o direito ao contraditório e sem que haja retrocessos exagerados na marcha

---

[5]. "Sem o processo, o direito ficaria abandonado unicamente à boa-vontade dos homens e correria freqüentemente o risco de permanecer inobservado; e o processo, sem o direito, seria um mecanismo fadado a girar no vazio, sem conteúdo e finalidade" (Liebman, *Manual de Direito Processual Civil*, I, p. 197). Liebman chama a atenção para a importante relação instrumental do processo em relação ao direito e que não se pode em nenhum momento esquecer-se da verdadeira finalidade do processo que é de atuar a lei em concreto e tudo que contribua para o afastamento desse objetivo deve ser visto com severas ressalvas.

processual, seria possível a alteração de elementos objetivos da demanda no curso do processo – mantendo-se inalterado o pedido – em caso de verificação de um fato superveniente que exija a modificação dos seus fundamentos para que se alcance um resultado praticamente realizável e que reflita a situação jurídica existente entre as partes no momento de entrega da prestação jurisdicional?

Este é o objetivo central da pesquisa, que principia pela investigação exaustiva dos elementos da demanda, pois sem a claridade dos conceitos não se iluminará a escuridão em que inserido o problema.

A causa de pedir, figura central deste estudo, é o mais complexo e controverso instituto dentre os elementos que compõem a teoria da identificação da demanda ou do objeto do processo.[6] O seu estudo é determinante para que muitos outros institutos e figuras jurídicas ganhem novos contornos e novas funções. É a partir da causa de pedir que se determinará em que medida dois processos com o mesmo objeto poderão tramitar paralelamente (problema da litispendência), em quais situações é autorizado o ajuizamento de uma nova demanda com idêntico pedido (coisa julgada);[7] e, também, quais são os limites para as partes introduzirem novos argumentos no curso do processo pendente (limites da alteração dos fundamentos da demanda – elasticidade da *causa petendi*).[8]

---

[6]. "La c. *petendi* è, indubbiamente, Il più complesso e controverso dei tre elementi identificatori, e, in fondo, alimenta tutte Le difficoltà della teoria dell'identificazioe" (Cerino Canova, "La domanda giudiziale ed il suo contenuto", p. 16). E a dificuldade desse estudo está associada à subjetividade natural do conceito e a falta de balizamento legislativo sobre ele (o que em todo se justifica). Charles Clark cita sentença proferida no século XIX por um juiz norte-americano sobre a causa de pedir: "its language is I think chosen for the purpose intended, because it is so obscure and so general as to justify the interpretation which shall be found most convenient and best calculated to promote the ends of justice" (Charles Clark, *The Code Cause of Action*, p. 818-836). Por essa razão, como enfatizado acima, que é necessário revelar desde logo o caminho a ser seguido, pois a vagueza do conceito permite caminhar pelos mais variados terrenos, chegando a conclusões opostas. Como ressaltado pelo Juiz Comstock pelo autor norte-americano aqui referido é justamente a generalidade e obscuridade do conceito de *couse of action* (causa de pedir) que permite que nossa interpretação caminhe sempre em busca do que seja mais conveniente e adequado à promover justiça. Essa é a razão pela qual o direito norte-americano vem abandonando paulatinamente a utilização do conceito *cause of action*, pois entendem que ele não traz uma regra segura para a solução dos diversos problemas que ele está à base.

[7]. Salvatore Satta sublinha a importância da identificação da demanda na medida em que "l'individuazione è infatti necessaria sotto moltepliciti punti di vista, di cui i più importanti sono l'accertamento della litispendenza, il mutamento della domanda, la pronuncia entro i limiti della domanda, i limiti del giudicato" (Salvatore Satta, *Diritto processuale civile*, I, p. 139).

[8]. Corrado Ferri utiliza a expressão *una certa elasticità* ao discorrer sobre a possibilidade de flexibilizar o rigor da preclusão e permitir novas deduções em uma instrução preparatória destinada a isso (*Struttura del*

O exame do conceito de causa de pedir não pode ser feito sem apresentação de parâmetros interpretativos e dos objetivos perseguidos. Algumas premissas devem ser postas para que se chegue ao conceito buscado. Ou seja, primeiro deverá ser apresentado um resultado a ser atingindo e, partindo dessa idéia inicial, os contornos da causa de pedir serão desenhados. A partir da identificação de um *problema* será possível construir um conceito. É natural que o jurista busque a orientação que se aproxime mais dos resultados que ele visa a alcançar.

Se o objetivo é a limitação da atividade do juiz, certamente o conceito de causa de pedir será restritivo (ou seja, reduzir-se-á o que chamamos de núcleo duro da causa de pedir). Caso o *problema* identificado esteja relacionado à restrição ou ampliação dos poderes das partes quanto à alteração da demanda e de seu objeto, isso se refletirá no enrijecimento ou na *flexibilização* do princípio da estabilidade da demanda (*infra*, n. 20) e a identificação da causa de pedir será permeada por esse propósito. A preocupação com a economia processual e a necessidade de justiça no plano do direito material também trarão reflexos nas noções de causa de pedir, opondo-se de forma radical ao conceito identificado para restrição da atuação das partes e limitação da atividade do juiz. Isso significa que haverá sempre a necessidade de *escolher* um caminho, pois os conceitos a que se pode chegar podem ser bastante divergentes e antagônicos, já que os diferentes problemas reclamam soluções distintas e muitas vezes opostas. É impossível que se pretenda por meio do conceito de causa de pedir, a um só tempo, restringir a alteração do objeto do processo em seu curso e garantir a economia processual e a realização concreta do direito material. São escolhas que determinam o caminho a ser trilhado. [9]

Nesse estudo, decididamente opta-se pelo objetivo de fazer do processo um instrumento apto a solucionar, com o menor dispêndio de energia possível, um problema de crise na atuação espontânea do direito material,[10] utilizando-se do

---

processo e modificazione della domanda, p. 6). Aqui emprega-se a mesma idéia, mas para a interpretação e identificação do núcleo resistente da causa de pedir. O objetivo colimado cá e lá é o mesmo: permitir a introdução de novos fatos com o propósito de resolver de evitar um novo processo entre as mesmas partes e com o mesmo pedido. "Il tema della modificazione della domanda giudiziale in corso di causa, va concretamente affrontato nel contesto delle dispozioni qui ricordate e avendo di mira, im primo luogo, le esigenze di una sollecita tutela giurisdizionale" (Corrado Ferri, *op. cit.*, p. 9).

[9]. Mariana França Gouveia, *A causa de pedir na acção declarativa*, p. 20.

[10]. "Trata-se, aqui, de adaptar a própria prestação jurisdicional e seus instrumentos ao objetivo desejado (Bedaque, *Direito e processo*, p. 62).

processo como um caminho para, definitivamente, pôr fim ao conflito de interesses. Essa *opção* desde logo revelada implica a adoção de valores e a atribuição de maior força a determinados princípios em relação a outros, refletindo também na abordagem e conceituação de institutos e figuras jurídicas cujo estudo é necessário para garantir que ao final se alcance o resultado programado.[11] Arraigados conceitos repetidos sem juízo crítico levam às velhas conclusões, mas é certo que uma mudança na interpretação das pequenas partes que compõem o todo, causará uma alteração profunda no resultado.

[11]. Sempre precisas as palavras de Humberto Theodoro Júnior: "urge superar o risco de julgamentos *inconvenientes* e *inúteis*, que não compõem de maneira *justa* o litígio, nem evitam a renovação da demanda para, em outro processo, encontrar a solução que o feito anterior não logrou. *Inutilidade* e *injustiça* são vícios que a prestação jurisdicional deve evitar sempre" ("Embargos de declaração. Remédio hábil para introduzir no julgamento o *ius superveniens* – art. 462 do CPC", p. 602).

CAPÍTULO I – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

1. A importância do tema

A alteração dos fatos no curso do processo é um tema de grande relevância para os que estudam o direito processual e tem importância prática enorme para as partes nos processos que se avolumam nos fóruns e tribunais do País.[12]

Alfredo Buzaid, há mais de vinte anos, ressaltou que essa "questão é um dos pontos sensíveis na relação entre o *tempo* e o *processo*, matéria do mais vivo interesse"[13], evidenciando que o tema do *factum superveniens* permanece candente e sem uma resposta à altura do problema.

Por essa razão, e sempre em busca do aperfeiçoamento do processo na sua longa e incessante marcha rumo à efetividade, o tema mostra-se a cada dia mais latente merecendo profunda atenção daqueles que objetivam fazer do processo uma poderosa arma contra a corrosão dos direitos.

Partindo de premissas muito bem assentadas e de opções jurídicas que contrapõem *valores*, *princípios* e *normas* (regras jurídicas), privilegiando sempre a justiça é que se poderá compreender que somente permitindo a alteração da causa de pedir no

---

[12]. "Essa indagação tem importantes aplicações práticas, como veremos, porque é a ação que configura e fixa o objeto do processo" (Liebman, *Manual de direito processual civil*, I, n. 87, esp. p. 249). A importância do tema e sua pouca exploração na doutrina também é reconhecida pelo prof. Joan Picó I Junoy, para quem "este vacío doctrinal sobre la modificación de la demanda contrasta con su enorme relevancia práctica, pues lo cierto es que durante la pendencia de un proceso suele ser frecuente que, por diversos motivos, se procure modificar su objeto – aunque sólo sea parcialmente" (Juan Picó I Junoy, *La modificación de la demanda en el proceso civil*, p. 16).

[13]. Alfredo Buzaid, "Fato novo e sociedade", p. 194.

curso do processo (ou reconhecer nela uma elasticidade suficiente para contemplar, em determinados casos, o fato superveniente), é que se conseguirá extrair do processo o seu máximo aproveitamento.[14 e 15]

Adianta-se desde logo que não há qualquer resposta a esse problema que não seja passível de severas críticas e veementes opiniões contrárias. O que se busca por meio deste estudo é mostrar ao leitor que há pontos favoráveis e contrários e o processualista terá que *optar* por qual caminho pretende seguir. Busca-se acima de tudo demonstrar que uma visão diferente do processo é possível, e a melhor forma de se interpretar as leis que regem o processo é ter em mente o escopo maior colimado pela ciência processual: fazer do processo um instrumento efetivo de acesso à ordem jurídica justa,[16] que somente será alcançado com o aparelhamento do processo com os instrumentos necessários para consecução dessa finalidade primordial.

2. Acesso à ordem jurídica justa: tutela jurisdicional efetiva e resultado justo (premissas)

O direito processual[17] é uma ciência preocupada com resultados e sob esta premissa que devem ser analisadas todas as disposições processuais. O processo é um

---

[14]. "Tudo que já se fez e se pretende fazer nesse sentido visa, como se compreende, à *efetividade do processo como meio de acesso à justiça*. E a concretização desse desiderato é algo que depende menos das reformas legislativas (importantes embora), do que da postura mental dos operadores do sistema (juízes, advogados, promotores de justiça). É indispensável a consciência de que o processo não é um mero instrumento técnico a serviço da ordem jurídica, mas, acima disso, um poderoso instrumento ético destinado a servir à sociedade e ao Estado" (Cintra-Dinamarco-Grinover, *Teoria geral do processo*, n. 13, p. 45).

[15]. "O processo, na consciência da comunidade social, e na convicção dos juristas do final de nosso século, tem de ser um sistema comprometido com o justo, no exato sentido que a sociedade empresta a essa idéia" (Humberto Theodoro Júnior, *O processo civil no limiar do novo século*, p. 2).

[16]. A frase é de Kazuo Watanabe "Acesso à justiça e sociedade moderna", p. 13.

[17]. A ciência do direito processual é bem definida por Hélio Tornaghi, para quem seu objeto é a *exegese* das normas legais, isto é, a "organização de um corpo de princípios jurídicos tirados de seu estudo sistemático", onde necessariamente deve haver "*crítica* do Direito vigente" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, I, p. 6). Não se admite, portanto, uma análise isolada e circunstancial das normas processuais, mas sim uma hermenêutica sempre sistemática com vista à consecução de Justiça na mais ampla de suas acepções.

instrumento a serviço do direito material nos casos em que este não se realiza espontaneamente[18]. O processo civil de resultados[19] consiste na busca incessante pela aproximação da realização do direito no âmbito judicial como se tivesse havido sua efetivação espontânea. Quanto maior a aproximação mais certeza teremos de que o direito processual está cumprindo com sua missão de distribuir justiça. *O escopo primeiro do processo é o de ser um instrumento efetivo para o acesso à ordem jurídica justa.*[20]

Não é mais possível analisar o direito processual sem ter como base interpretativa os seus princípios próprios e atuais, atribuindo importância não só aos velhos dogmas, como o princípio dispositivo e a estabilização da demanda (que são regras de pura técnica processual – *infra*, nn. 21-24), mas também aos princípios da economia e celeridade processuais (*infra*, n. 23), sempre temperados pela análise dos deveres de cooperação das partes e da boa-fé.

O conceito individualista do processo onde muita importância era dada à inércia do juiz e sua necessária passividade deu lugar hoje a uma doutrina em que o Estado é intervencionista, regulador e o juiz não é um mero expectador, assim como as partes não estão tão livres para orientar e dirigir a estrutura do processo de forma absoluta. Ao juiz é exigido ser acima de tudo um mediador e conciliador e as partes são obrigadas a cooperar para que o processo atinja um resultado justo.[21]

O acesso à justiça não se cinge a estar em juízo, propondo ou contestando demandas, mas implica a possibilidade de influir no convencimento do julgador e, por essa razão, é de extrema relevância a postura do juiz para auxiliar os contendores e seus advogados a obter acesso efetivo à ordem jurídica justa. Devemos ter em mente que "já não existe espaço, no Brasil, para o juiz omisso, para o juiz burocrata, compilador de

---

[18]. "O processo constitui instrumento para a tutela do direito substancial. Está a serviço deste, para garantir sua efetividade" (Bedaque, *Direito e processo – influência do direito material sobre o processo*, p. 20).

[19]. "O processo civil moderno quer ser um processo de resultados, não um processo de conceitos ou de filigranas" (Dinamarco, *Reforma do Código de Processo Civil*, n. 1, p. 22).

[20]. A expressão *ordem jurídica justa*, hoje largamente utilizada, é de Kazuo Watanabe (*cfr. Da cognição no processo civil*). A expressão também foi utilizada em "Acesso à justiça e sociedade moderna", p. 15.

[21]. Mariana França Gouveia, *Causa de pedir na acção declarativa*, p. 18-19.

jurisprudência ou distanciado do consenso jurídico, aquela idéia palpável do que é justo ou injusto numa sociedade heterogênea e imersa em iniqüidade".[22]

Quer isto dizer que ao juiz não é permitida uma postura passiva e conformista com a realidade[23], mas uma participação destinada a contribuir para que os resultados esperados pelo processo sejam atingidos de forma natural (ou adaptando-se à realidade vigente), pois "questões meramente formais não podem obstar a realização de valores constitucionalmente garantidos".[24] O juiz deve ser arrojado e buscar sempre a solução que mais atenda aos anseios dos que se valem do processo esperando a realização de um direito.

O juiz não pode agir como um *servo da lei*, acreditando que por raciocínio dedutivo alcançará a justiça, visto que o *justo* não será atingido com a mera aplicação silogística da lei; *a justiça não se identifica necessariamente com as normas de direito positivo*. O processo não é um fim, mas um meio para produzir resultado prático para a vida das pessoas.

O processo civil sempre busca o aperfeiçoamento com vista à realização de sua finalidade precípua, que é fazer do processo um instrumento eficaz, cumprindo-se, assim, a solene promessa constitucional de acesso à ordem jurídica justa, igualitária e tempestiva. O processo *giusto e equo* deve dispor de instrumentos de tutela adequados e esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis.[25]

A morosidade da justiça, que se agrava com o passar dos anos pelo congestionamento e represamento crescentes de recursos nos tribunais, é motivo por si só suficiente para que nos debrucemos sobre as formas para evitar todos os malefícios que decorrem do *tempo* no processo.[26]

---

[22]. José Renato Nalini, *O juiz e o acesso à justiça*, p. 18.

[23]. "deve ser abandonada a idéia de juiz como mero árbitro, para transformá-lo em verdadeiro condutor dos rumos do processo, garantindo às partes a adequação do instrumento" (Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 100).

[24]. Bedaque, *op. cit.*, p. 307.

[25]. Barbosa Moreira, "Efetividade do processo e técnica processual", p. 97 e ss.

[26]. Deve-se reconhecer que algumas técnicas introduzidas por recentes inovações legislativas notadamente nos tribunais superiores (recursos repetitivos, repercussão geral, súmula vinculante etc.), têm servido para diminuir o volume de processos que chegavam até mesmo a inviabilizar estes tribunais. No entanto, a técnica empregada, ao menos nesse primeiro momento, mostrou-se bem sucedida para diminuir o numero

O *tempo-inimigo*, a que tanto nos alertou Francesco Carnelutti, mostra-se, a cada dia, um agente corrosivo de direitos e um fator de desestabilização social.[27] Deve-se buscar com todas as armas disponíveis o *máximo aproveitamento do processo*, fazendo com que esse método de trabalho estatal ofereça resposta satisfatória àqueles que *entram-e-saem* pelas portas do Judiciário.[28]

Nessa linha de pensamento, Eduardo J. Couture define como finalidade principal do processo "dirimir el conflicto de intereses sometido a los órganos de la jurisdicción"[29], de forma que o processo como instrumento de efetivação dos direitos deve ser "traduzido em tutela ao litigante que tiver direito"[30].

A sentença não pode ter seu resultado mitigado por situações internas ou externas ao processo que retirem a sua importância para a vida das pessoas, que a faça inócua ou incapaz de oferecer resposta prática àqueles que têm direito. A sentença não é somente o ato pelo qual se põe fim ao procedimento em primeiro grau (fase de conhecimento), mas sobretudo o momento em que o juiz "afirma a existência ou a inexistência de uma vontade concreta da lei que lhe garanta um bem" (Chiovenda). É por isso que todos os esforços devem ser empreendidos para que o resultado final do processo seja útil e que tenha a aptidão almejada de produzir os efeitos esperados pelas partes, recebendo a tutela jurisdicional do Estado aquele que tem direito à atuação da lei em seu favor no momento de sua entrega. Adverte Chiovenda que "a administração da justiça faltaria ao seu objetivo e a própria seriedade dessa função do Estado estaria comprometida,

---

de processos em fase de recurso, mas vêm provocando uma diminuição assustadora na qualidade dos julgamentos. Espera-se que isso seja apenas uma primeira fase e que no futuro esses graves problemas gerados pela jurisprudência defensiva sejam corrigidos.

[27]. Carnelutti, *Instituciones del proceso civil*, v. I, p. 31. Essa lição também é colhida na doutrina brasileira "*o tempo é um inimigo do direito, contra o qual o juiz deve travar uma guerra sem tréguas* (Carnelutti). Acelerar os resultados do processo é quase uma obsessão, nas modernas especulações sobre a tutela jurisdicional" (Dinamarco, *Reforma do Código de Processo Civil*, n. 103, p. 140). *Cfr.*, ainda, do mesmo autor *A nova era do processo civil*, n. 23, p. 55, onde Dinamarco usa a expressão *tempo como fator de corrosão dos direitos.*

[28]. "O resultado do processo deve, na medida do possível, assegurar a plena realização do direito em favor de seu titular" (Bedaque, *Tutela Cautelar e tutela antecipada*, cit., esp. p. 16, nota 11).

[29]. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 145.

[30]. Dinamarco, *Nasce um novo direito processual,* p.3. Ainda Dinamarco: "é muito antiga a preocupação pela presteza da tutela que o processo possa oferecer a quem tiver razão" (*Reforma do Código de Processo Civil*, nº. 103, p. 140).

se o mecanismo organizado para o fim de atuar a lei tivesse de operar com prejuízo de quem tem razão".[31]

Não se pode permitir que um processo, por conta de sua natural demora[32], perca sua importância e faça com que o direito material que se busca dar voz, não possa ser entregue àquele que tem razão[33] por força de obstáculos supostamente intransponíveis.[34]

A complexidade da vida em sociedade faz com que inúmeras situações da vida fiquem sem resposta efetiva do direito, sobretudo do direito processual. Por isso, o direito deve adaptar-se às novas situações impostas pela vida moderna, trazendo respostas imediatas aos problemas que emergem das relações humanas. Prover de novas respostas as novas questões que surgem no direito é o objetivo daqueles que estudam o direito, sempre tendo em mente o sábio conselho de Chesterton, para quem *o homem pode enxergar mais longe se subir aos ombros dos que vieram antes*.[35]

Não se pode, sob o pálio da inafastabilidade do texto da lei, deixar de amparar situação da vida que mereça uma resposta do Poder Judiciário. Lembra Cândido Dinamarco que "o bom processo é somente aquele que seja capaz de oferecer justiça efetiva ao maior número possível de pessoas".[36] Sabemos que esta superior missão conferida ao processo é de difícil realização prática e por isso o estudo das formas de obtenção do máximo aproveitamento do processo é necessário.

O direito tem como finalidade a pacificação social com o menor grau de perturbação social possível.[37] Vale lembrar a prestigiosa lição de Giuseppe Chiovenda de

---

[31]. Chivovenda, *Instituições de direito processual civil*, I, p. 158.

[32]. "Tendo em conta que a atividade do Estado, para operar a atuação da lei, exige tempo e despesa, urge impedir que aquêle, que se viu na necessidade de servir-se do processo para obter razão, tenha prejuízo do tempo e da despesa exigidos: *a necessidade de servir-se do processo para obter razão não deve reverter em dano a quem tem razão*" (Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, I, p. 159).

[33]. "El derecho, como sistema, se halla implantado sobre la suposición de que los jueces siempre habrán de dar la razón a quienes la tienen" (COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p.483).

[34]. "se o Direito Processual Civil quiser cumprir sua função instrumental, a primeira regra que deve seguir é manter-se fiel ao direito material que lhe cabe tornar efetivo e realizado" (Ovídio A. Baptista da Silva, "Processo civil e sua recente reforma", p. 177).

[35]. Barbosa Moreira, "Efetividade do processo e técnica processual", p. 99.

[36]. Dinamarco, "Nasce um novo direito processual", p.2.

[37]. Tercio Sampaio Ferraz Júnior, *Introdução ao estudo do direito – técnica decisão, dominação*.

que o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir. Acrescenta Dinamarco: "tudo que seja para privar o processo de cumprir essa missão deve ser encarado com ressalvas e preocupações"[38].

Acesso à justiça não se confunde com acessar a justiça, isto é, ter a oportunidade de estar em juízo, levando algum inconformismo para ser dirimido nas instâncias judiciárias. Existe uma barreira de difícil transposição consistente em levar o *consumidor da justiça* – o homem médio ou o *bonus paterfamilias* – a ter suas dificuldades e insatisfações trazidas para dentro do prédio da justiça, o *fórum*. O escopo último do processo, lembra Mauro Cappelletti, "consiste em tornar o direito e a justiça acessíveis ao cidadão, ou seja, aos usuários – aos ´consumidores` – do direito e da justiça, em reaproximar o direito, pois, da sociedade civil, da qual com demasiada freqüência e por tempo demasiado ele se alienou. Essa é a nossa responsabilidade, como juristas; e esse é o mais amplo significado, filosófico se quiser, daquilo a que chamamos a tutela dos consumidores – o seu acesso à justiça".[39]

Porém, sabemos que o acesso à justiça não se restringe ao acesso formal à proteção judicial.[40] Pensar no acesso à justiça é indagar e refletir sobre o resultado do *iter* processual e verificar ao seu final que os resultados produzidos foram individual e socialmente justos.[41] O termo acesso à justiça tem por objetivo alcançar a justiça social, por meio da conscientização da população de seu real significado.

Assim, trazemos ao campo do acesso à justiça a efetividade do processo[42], isto é, sua aptidão em trazer àqueles que litigam em processos judiciais um resultado prático aceitável. Dentro deste conceito, agregam-se outros de mesma importância, vez que são os componentes para a consecução dos resultados perseguidos: o processo será justo se trouxer às partes (vencida e vencedora) a sensação de justiça. E ao

---

[38]. Parecer não publicado, 23 de agosto de 2004.

[39]. *Acesso dos consumidores à justiça*, p. 63.

[40]. Observa Mauro Cappelletti que o "direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito *formal* do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação" (*Acesso à justiça*, p. 9).

[41]. Cappelletti, *Acesso à justiça,* cit., p.8.

[42]. "La paz injusta no es un fin del derecho; como no lo es la justicia sin seguridad; ni lo es un orden sin libertad" (Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 480).

vencedor, deverá proporcional felicidade e alegria, sob pena de proporcionar uma Vitória de Pirro na qual o sofrimento supera o benefício do resultado atingido.[43]

A plenitude do acesso à justiça se faz com a harmonização destes três pilares: justiça, igualdade de oportunidades (paridade de armas) e tempo. Tem-se em mente, nas lúcidas lições de KAZUO WATANABE, que é preferível negar o acesso à justiça se for para aplicar um direito substancial discriminatório, pois assim evita-se o cometimento de dupla injustiça.[44]

O processo é o meio, o caminho, para obtenção do bem da vida que se aspira, não seu atroz inimigo ou um obstáculo a ser superado. O processo é uma das formas de materialização dos postulados legais ("la norma si concreta nel processo")[45], notadamente aqueles violados por outrem, uma vez que a lei não se presta a garantir sua própria efetivação.[46] O processo deve buscar, na medida do possível, a equiparação com a realização espontânea do direito. Quanto maior for esta aproximação maior será a efetividade do processo.

Frise-se: o processo é o caminho não o obstáculo à obtenção do bem da vida pretendido e a "ação não é outra coisa senão o direito de perseguir em juízo o que nos é devido" (Justiniano, Institutas, livro IV, título VI). Essa preocupação em impedir que o processo se torne um empecilho para a realização do direito surge da visão instrumental do direito processual e da necessária relativização do binômio direito-processo, que jamais terá o condão de rebaixar a ciência processual à segunda classe das ciências jurídicas.[47] O reconhecimento de que o processo não é um fim em si mesmo trouxe ainda mais

---

[43]. O processo deve ter como finalidade a resolução da *lide*, isso é, pôr fim ao conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida (Carnelutti) e não limitar-se a indicar um vencedor pondo fim somente à controvérsia judicial (litígio).

[44]. "Acesso à justiça e sociedade moderna", p. 13. Nesse mesmo sentido Cintra-Dinamarco-Grinover, "Acesso à justiça não se identifica, pois, com a mera admissão ao processo, ou a possibilidade de ingresso em juízo (...) para que haja efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente*" (Teoria geral do processo*, p. 33-34).

[45]. Elio Fazzalari, *Note in tema de diritto e processo*, p.18.

[46] "O direito processual é formado por regras cuja finalidade é garantir que a norma substancial seja atuada, mesmo quando o destinatário não o faça espontaneamente" (Bedaque, *Direito e processo*, cit., p. 11).

[47]. "A preconizada relativização do binômio direito-processo, que é inerente à visão instrumentalista da função jurisdicional e do sistema processual como um todo, conduz à intensa preocupação por não fazer do processo um sistema de óbices e dificuldades ao primado do direito" (Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, p. 273).

importância e dificuldades para ciência processual, além de trazer relevante contribuição ao estudo do processo, reconhecendo suas mazelas e suas dificuldades para suplantá-las.

A garantia da proteção judiciária, prometida pelo constituinte originário, conforme o disposto no art. 5º, inc. XXXV, da Carta Política "não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciários, mas sim o acesso à Justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação de justiça e também o acesso à ordem jurídica justa. Cuida-se de um ideal que, certamente, está ainda muito distante de ser concretizado, e, pela falibilidade do ser humano, seguramente jamais o atingiremos em sua inteireza. Mas a permanente manutenção desse ideal na mente dos operadores do direito é uma necessidade para que o ordenamento jurídico esteja em contínua evolução"[48]. O processo justo é aquele capaz de propiciar indistintamente uma tutela real e efetiva.

Lembra Barbosa Moreira que o processo deve, na medida do possível, cumprir seu objetivo "com o menor dispêndio de tempo e energia", mas adverte o processualista que consiste em grave equívoco "arvorar a efetividade a valor absoluto", concluindo que "nem o valor *celeridade* deve primar, pura e simplesmente, sobre o valor *verdade*, nem este sobrepor-se, em quaisquer circunstâncias, àquele".[49]

A relevância do direito processual está intimamente relacionada com sua imprescindibilidade para efetivar os ditames contidos no ordenamento jurídico nos casos em que não há realização espontânea do direito. É um instrumento a serviço do direito material e só cumprirá a finalidade a que foi incumbido se for dotado de efetividade[50]; isto é, capacidade para oferecer resposta tempestiva sem que sejam frustrados outros direitos de igual importância para o Estado Democrático. O processo é, por isso, um instrumento da jurisdição, e esta uma das expressões da soberania; é um instrumento que

---

[48] Kazuo Watanabe, "Tutela antecipatória e tutela específica nas obrigações de fazer e não fazer – Arts. 273 e 461 do CPC", p. 20.

[49]. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 97.

[50]. "Uma das vertentes mais significativas das preocupações dos processualistas contemporâneos é a efetividade do processo como instrumento da tutela de direitos" (Kazuo Watanabe, *Da cognição no processo civil*, p. 15).

visa a assegurar as garantias constitucionais, conferindo possibilidade de exigir-se o cumprimento das disposições contidas na Carta Maior do Estado.[51]

Nesse contexto, a efetividade do processo está refletida no acesso à justiça em todas as suas particularidades. Não está confinada ao processo, mas presente neste. Evidencia, por isso, a insuficiência da dicotomia direito material e direito processual, mostrando que a efetividade reflete em ambas as áreas, de forma a ser inafastável sua compreensão para a consecução de um justo processo e um acesso amplo à ordem jurídica justa.

A necessidade de aproveitamento máximo do processo deve ser uma obsessão perseguida a todo o custo, e com base nessa compreensão devem ser lidas e interpretadas as disposições processuais. O processo deve dispor de meios para impedir que as mudanças da realidade, com o advento de fatos e argumentos novos no curso do processo, provoquem a perda de toda energia gasta pelas partes e pelo Estado. O processo deverá, pois, amoldar-se às novas circunstâncias externas para garantir a consecução de um resultado útil. Esse é o verdadeiro significado do acesso à ordem jurídica justa.[52]

Com o advento da Constituição de 1988 e dos Juizados Especiais Cíveis, Criminais e Federais, agregando-se a isso a técnica de *molecularização* dos conflitos que é a ação coletiva, trouxe-se resposta bastante expressiva à sociedade quanto ao acesso à justiça. É inegável que hoje o *homem-da-rua* ou o *bunus pater famílias* tem a possibilidade de ingressar em juízo para propor demandas, diminuindo-se consideravelmente a litigiosidade contida.

O acesso à justiça não é um objetivo, é tão-somente um caminho necessário para obtenção do objetivo maior, que é a entrega do direito a quem efetivamente o detenha. Assim, o tema aqui desenvolvido pode se enquadrar objetivamente na segunda etapa de aperfeiçoamento do processo. Primeiro garante-se o acesso à justiça e à ordem

---

[51]. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *A efetividade do processo e a reforma processual*, p. 109. A tutela jurídica, enquanto efetividade do gozo dos direitos "supone la vigencia de todos los valores jurídicos harmoniosamente combinados entre si" (Couture, *Fundamentos del derecho procesal*, p. 480).

[52]. "O operador do direito, no momento da crise que deságua na prestação jurisdicional, não pode limitar-se ao plano acadêmico e dogmático. Tem de estar atento aos *resultados* que o processo precisa gerar para o jurisdicionado e a sociedade. O processo é cada vez mais um *processo de resultados*, e estes hão de se equacionar cada vez mais como *resultados justos*. A composição do litígio há de ser, como proclamava Carnelutti, uma *justa composição*" (Humberto Theodoro Júnior, "Embargos de declaração. Remédio hábil para introduzir no julgamento o *ius superveniens* (art. 462 do CPC)", p. 602).

jurídica justa e em um segundo momento, que certamente é o que se vivencia hoje, o processo deverá dispor de mecanismos necessários para produzir resultados aderentes à realidade e aos anseios daquele consumidor que acredita no processo para resolver definitivamente um problema da vida social.

CAPÍTULO II – ELEMENTOS DA DEMANDA

3. Partes, causa de pedir e pedido: os três eadem

Em razão de uma herança histórica, cujas bases estão na tradição romana,[53] a identificação das ações é um problema que quase sempre é tratado sobre o prisma da tríplice identidade (*eadem personæ*, *eadem res*, *eadem causa petendi*).[54] A identidade da causa ou *eadem causa petendi* é "o elemento mais delicado a examinar"[55] dentre aqueles que servem para determinação e individualização da demanda (Chiovenda).[56]

Certamente é a teoria dos três *eadem* descrita por Giuseppe Chiovenda no início do século XX e incorporada pelo atual Código de Processo Civil brasileiro a mais

---

[53]. Para aqueles que repensam o conceito romano de causa de pedir é necessário ter conhecimento das características do ordenamento romano, sobretudo no que se refere ao procedimento nas duas fases (*in jure* e *in judicio*) e a participação do pretor na construção da *fórumula.* Sem a claridade do conceito e do ordenamento jurídico que ele estava inserido não adiantará nada repertir o conceito romano de causa *petendi.* Importante ter em mente a sábia advertência de Cerino Canova: "essi, peraltro, avvertono lo studioso di oggi Che rischia di non penetrare l'essenza dei fenomeni, se si limita a raccogliere il concetto romano di *causa petendi* ed a riproporlo per il diritto attuale, richiamandosi all'autorità della tradizioni. Dimenticherebbe, infatti, quelle diversità di disciplina giuridica che intergrano l'armonia del sistema, prima, e legittimano i concetti, poi" (Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 13).

[54]. José Ignácio Botelho de Mesquita, "A *causa petendi* nas ações reivindicatórias", p. 139. Também Milton Paulo de Carvalho "tem-se tradicionalmente indicado como elementos que dão identidade às ações (e às demandas) os sujeitos, o pedido e a causa de pedir" (p. 79).

[55]. Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, I, p. 358.

[56]. A doutrina é uníssona sobre a dificuldade de identificação da causa de pedir: "la *c. Petendi* è, indubbiamente, il più complesso e controverso dei tre elementi identificatori, e, in fondo, alimenta tutte le difficoltà della teoria dell'identificazione. Invero, i soggetti dell'azione coincidono con i titolari del rapporto fatto valere ed il *petitum* consiste nel tipo di provvedimento richiesto e nel bene giuridico per cui si invoca tutela" (Cerino Canova, *La domanda giugiziale ed il suo contenuto*, p. 16).

difundida entre nós e mais utilizada para investigar a identidade entre demandas.[57] Essa concepção não exclui ou elimina a teoria alemã do objeto litigioso (*cfr. infra*, n. 7), pois ambas estão ligadas ao veio comum da busca pela identificação ou individualização da demanda[58] de onde irradiam diversos institutos e figuras jurídicas de enorme importância prática. Há uma claríssima relação de complementaridade entre esses dois modos de visualizar o problema, cada qual funciona como um filtro da realidade do processo, enxergando-o de perspectivas parecidas mas de algum modo distintas. Os problemas são os mesmos e a dificuldade na solução é rigorosamente a igual. A terminologia empregada é distinta, pois abandona-se os termos "estado de coisas" e "objeto litigioso" e passa-se a utilizar a expressão causa de pedir.[59] São formas para explicar uma mesma e uma só realidade, não se podendo atribuir qualquer hierarquia ou superioridade de uma teoria em face da outra. Cada qual tem sua função no tempo e no espaço e ambas têm a mesma finalidade de se buscar compreender este complexo método de resolução de controvérsias que é o *processo*. A causa de pedir é "o mais delicado e controverso dos elementos identificadores da ação"[60] e seu estudo é "inçado de dificuldades" (Milton Paulo de Carvalho).[61]

O vocábulo *causa* significava a razão legitimadora do *agere*, seja através do uso da própria força seja atribuindo *interesse* a alguém *de agir* contra outros por

---

[57]. "Si suole insegnare che la domanda si individua in base ai TRE elementi costitutivi: *soggetti*, *petitum* (intenso come bene della vita, non come provvedimento del giudice), *causa petendi* (intenso come fatto determinativo dell'azione), assumendosi che la diversità di un o solo di questi elementi determina diversità di domande" (Salvatore Satta, *Diritto processuale civile*, I, p. 139).

[58] "Cada ação em concreto tem sua própria individualidade, que a distingue das demais. É isso que nos permite verificar, entre outras coisas, diante de duas demandas propostas [*domande giudiziali*], se representam o exercício da mesma ação ou de ações diferentes" (Liebman, *Manual de direito processual civil*, I, n. 87, p. 248).

[59] "não pode padecer dúvida alguma que a matéria a ser identificada seja o *objeto do processo* constituído pela *causa petendi* e pelo *petitum* desde o momento em que são introduzidas em juízo por via da petição inicial. E, daí, decorre outra afirmação que não pode perder-se de vista; *causa petendi* e *petitum*, intimamente ligados, qual verso e reverso da mesma medalha, ou alicerces e paredes do mesmo edifício, são por excelência os elementos identificadores do objeto do processo, pois o *petitum* é condição da existência da *causa petendi* e esta, por sua vez, não se limita a quantificá-la ou restringi-lo, mas o individua plenamente" (José Ignácio Botelho de Mesquita, "A *causa petendi* nas ações reivindicatórias", p.140).

[60]. Frederico Marques, *Instituições de direito processual civil*, III, p. 170. A preponderância da causa de pedir sobre os demais princípios também é constatada por Milton Paulo de Carvalho: "sobreleva a causa de pedir como o diapasão de sensibilidade maior que os outros dois elementos" (*Do pedido no processo civil*, p. 79).

[61]. *Op. loc. cit.*

intermédio do Poder Judiciário.[62] *Causa* nada mais é modernamente que o *próprio conflito posto em juízo* (Dinamarco).[63]

Toda petição inicial obrigatoriamente deve ser portadora de uma *demanda* fundamentada em uma *causa de pedir*, conforme exigência expressa contida no art. 282, inc. III do Código de Processo Civil. É por meio da petição inicial e das limitações delineadas na causa de pedir que se determinará a extensão da matéria que poderá ser conhecida e decidida pelo juiz, pois o magistrado não poderá decidir *extra, ultra* ou *citra petita*.[64] Adverte José Rogério Cruz e Tucci que para delimitação da causa *petendi* "unicamente têm valor aqueles *episódios da vida real* que a singularizam de todas as causas teoricamente possíveis".[65] Tem-se portanto fatos que constituem a causa de pedir e fatos que meramente ilustram ou complementam a situação da vida descrita sem integrar o seu núcleo rígido (fatos simples).[66] Heinitz talvez seja o autor que mais próximo chega de um conceito de causa *petendi*, ao expor que a causa de pedir não o simples fato natural puro e simples, mas o fato ou complexo de fatos aptos a *pôr em movimento* uma norma de lei. Para Heinitz a causa de pedir é identificada pelos fatos capazes de produzir efeitos jurídicos.[67] Merece destaque, também, a definição de Proto Pisani que entende que a causa de pedir consiste nos elementos de fato e de direito que integram a *fattispecie* da qual deriva o direito substancial, demonstrando que os fatos e o direito a um só tempo são elementos fundamentais da noção de causa de pedir.[68]

---

[62]. José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 20.

[63]. Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, II, p. 106.

[64]. "a inicial é o projeto da sentença que o autor pretende do juiz" (Calmon de Passos, *Comentário ao Código de Processo Civil*, p. 154. *Cfr.*, Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, p. 129.

[65]. *A causa petendi no processo civil*, n. 4.4.2, p. 153.

[66]. Perfeitamente amoldada a este estudo a ponderação de Milton Paulo de Carvalho: "é incontroverso que o direito nasce dos fatos. Mas nem todo fato é *jurígeno*; há fatos *simples*. Como estamos analisando o fato que é causa eficiente de uma pretensão *processual*, havemos de considerar apenas o fato *jurídico*, aquele carregado de efeito pelo ordenamento jurídico. Não os outros" (*Do pedido no processo civil*, p; 81).

[67]. "la *causa petendi* (e *debendi*) è una causa giuridicamente rilevante: non è un fatto naturale puro e semplice, ma un fatto o un complesso di fatti, atto a porre in moto una norma di legge: un fatto o un complesso di fatti nella sua idoneità a produrre effetti giuridici" (Heinitz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata,* p. 148).

[68]. Proto Pisani, *Dell'esercizio dell'azione*, p. 1.062.

A *demanda* trazida ao conhecimento do Juízo delimitará um *conflito de interesses* que em razão da resistência do réu (*lide*) deverá ser decidido pelo Poder Judiciário.

Os fatos e os fundamentos jurídicos contidos na petição inicial consubstanciam o pedido nela deduzido, delimitando assim a relação de direito material objeto do processo (*o juiz deverá julgar a demanda nos limites em que tiver sido proposta* – CPC, art. 128).[69] Ou seja, quando um ou mais sujeitos tem *interesse* sobre o mesmo objeto está instaurada a *lide* que deverá ser dirimida pela entrega da tutela jurisdicional a quem tiver razão. *A indispensabilidade da causa de pedir decorre da necessidade de definição dos elementos constitutivos da demanda* (Dinamarco).[70]

O direito afirmado pelo demandante ao *bem da vida* descrito em sua petição inicial deve estar obrigatoriamente assentado em uma norma geral e abstrata (preceito legal) e em *fato* previsto na lei como antecedente lógico da imposição da norma (*ex facto oritur jus*).[71]

Assim como a maioria da doutrina italiana, Chiovenda também analisa a demanda por meio dos três *eadem* (sujeitos, objeto e causa), considerando-os *elementos fundamentais* para identificação da demanda: "duas ações e duas demandas são idênticas quando têm de comum todos os três elementos. A diversidade de um só elemento acarreta diferença de ação".[72]

---

[69]. A causa de pedir tem como elementos o fato (causa remota) e os fundamentos jurídicos (causa próxima). A causa remota "compreende tanto o *fato constitutivo* do vínculo quanto o fato particular, ou seja, o fato do réu contrário ao direito afirmado pelo autor, que vem a constituir o interesse de agir. A causa próxima compõe-se da relação jurídica que vincula autor e réu (chamemos de direito constitutivo) *mais* o direito particular (*diritto singolo*) invocado pelo autor como causador do efeito pretendido" (Milton Paulo de Caravalho, *Do pedido no Processo Civil*, p. 94).

[70]. "Para satisfação do *esquema mínimo da demanda* exige-se (a) que ao menos *um provimento jurisdicional* seja pedido (b), que ao menos a *um bem da vida* ele se reporte, (c) que ao menos uma razão jurídica seja invocada, (d) que se narre ao menos um contexto de fatos enquadrados na previsão da norma portadora desse preceito geral e abstrato, (e) que ao menos um sujeito se apresente como titular do direito afirmado e da pretensão a sua satisfação e (f) que indique ao menos um sujeito à custa de quem pretende que essa pretensão seja satisfeita" (Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 129-130).

[71]. Interessante anotação faz Dinamarco: "em toda norma jurídica existe uma previsão genérica e abstrata de fatos tipificados com maior ou menos precisão (*fattispecie*), seguida do preceito a aplicar cada vez que na vida concreta das pessoas ou grupos venha a acontecer um fato absorvido nessa previsão (*sanctio juris*)" (*op. cit.*, p. 126).

[72]. Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, I, p.354. "Toda ação resulta de três elementos, os quais se nos oferecem claramente, desde que se analise a propositura de uma demanda judicial, conforme a tenha o autor formulado mais ou menos explicitamente; e essa análise é da máxima importância para a

Chiovenda identifica os três elementos que compõem a demanda: o sujeito *ativo* é aquele a quem pertence o *poder de agir* e o passivo é aquele *em face de quem se exerce o poder de agir*.[73] A *causa da ação* é um estado de fato e de direito, que "é a razão pela qual se exerce uma ação", é composta por dois elementos: uma *relação jurídica* e um *estado de fato contrário ao direito*. O terceiro elemento é o *objeto* ou "o efeito a que tende o poder de agir", ou seja, o pedido. O primeiro elemento (*eadem personæ*) é o elemento subjetivo e os demais (*eadem res* e *causa petendi*), que verdadeiramente identificam o bem da vida, são considerados por Chiovenda os elementos objetivos.[74]

O mestre italiano já tinha clara a distinção entre objeto ou pedido *imediato* e *mediato*. Aquele é a *atuação da vontade concreta da lei*, que deverá ser individuada conforme a natureza da tutela perseguida, que será estabelecida na sentença (condena-se, declara-se, constitui-se). O objeto *mediato* é, também para Chiovenda, o bem da vida perseguido, e é definido como a "consecução que se coordena a atuação da lei". Ou seja, em um primeiro momento define-se o modo pelo qual a lei atuará no caso concreto estabelecendo a lei que regerá o caso concreto e, no momento seguinte, determinar-se-á a aplicação dessa regra impondo o seu cumprimento com a entrega do bem da vida conforme estabelecido em sentença.[75]

Não há qualquer problema para identificação do pedido e das partes. O problema surge quando do exame do conteúdo da causa de pedir como elemento necessário à identificação da *res in judicium deducta*, que é um dos "pontos mais delicados

---

doutrina da identificação das ações para todas as doutrinas que dela se desenvolvem (coisa julgada, litispendência, novidade da demanda, poderes do juiz)" (Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, I, p. 31).

[73]. Também para Liebman "as partes (autor e réu) são os sujeitos ativo e passivo da demanda, isto é, aquele que a propõe e aquele contra o qual ela é proposta. Duas ações, então, são diferentes pelo simples fato de serem propostas por pessoas diferentes ou contra pessoas diferentes" (Liebman, *Manual de direito processual civil*, I, n. 87, esp. p. 249). As partes para fins de identificação da demanda devem ser consideradas em sua qualidade, ou seja, se A age em nome próprio ou na qualidade de representante de outrem, o simples fato de figurar a mesma *pessoa natural* não significa que haja coincidência de partes. Igualmente possível que a parte seja formalmente diferente, mas, agindo em substituição processual do mesmo ou mesmos substituídos (legitimação extraordinária), para fins de identificação da demanda trata-se da mesma parte, o que induz a litispendência e permite a oposição da exceção de coisa julgada.

[74]. Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, I, cit., p. 32-33 e 354-355.

[75]. Chiovenda, *op. cit.*, p. 32-33.

do direito processual", já que determinante para compreensão do alcance de vários institutos processuais.[76]

No processo cognitivo (tutela meramente declaratória, constitutiva ou condenatória) a pretensão do autor é o provimento postulado (objeto imediato) e somente no segundo momento (hoje fase de um mesmo processo) é que haverá a pretensão ao bem da vida (objeto mediato). Esses momentos são bem demarcados e separados, já que em um primeiro desdobramento a pretensão é processual (pretensão a uma sentença de mérito favorável) e somente no segundo momento é que o objeto da pretensão é o próprio bem da vida (objeto material).[77]

Assim, tem-se que a *causa de pedir* é composta por dois elementos: os fatos que na perspectiva do autor faz com que ele tenha direito ao bem da vida e a razão jurídica que dos fatos decorrem.[78]

O *fundamento jurídico do pedido* não é a norma (artigo de lei) na qual se funda a pretensão. Evidentemente que é conveniente ao autor indicar o preceito de lei que ampara sua pretensão, mas não existe qualquer obrigação em fazê-lo (*da mihi factum, dabo tibi jus* e *jura novit curia* – ou seja, o juízo é independente e leva a sua apreciação sobre os fatos alegados). O *nomen juris* atribuído pelo autor é absolutamente irrelevante para identificação da causa de pedir, pois não é esse o significado de fundamento jurídico. O *nomen juris* pode até ser relevante quando a denominação serve à individuação do pedido, mas as *deduções jurídicas* podem ser livremente alteradas.[79] O *fundamento jurídico do pedido* é a declaração da *natureza do direito*. Ou seja, bastaria afirmar o direito a um crédito, a uma prestação, a entrega de uma coisa *etc*, que estaria perfeita a exigência de fundamento jurídico.

Assim, compete ao autor apresentar a *causa de pedir* (fatos e fundamento jurídico) para que o juiz lhe entregue a tutela jurisdicional (*teoria da substanciação*

---

[76]. José Ignácio Botelho de Mesquita, "A *causa petendi* nas ações reivindicatórias", p. 141.

[77]. Dinamarco, "Conceito de mérito em processo civil", p. 236.

[78]. Amaral Santos também divide os dois elementos que compõem a causa de pedir em *causa próxima* (fundamentos jurídicos) e *causa remota – fundamentum actionis remotum* (*Primeiras linhas de direito processual civil*, II, p. 134).

[79]. José Ignácio Botelho de Mesquita, "A *causa petendi* nas ações reivindicatórias", p. 146.

incorporada pelo legislador brasileiro segundo a doutrina corrente).[80] O direito brasileiro adotou a teoria da *substanciação*[81] e por decorrência disso os fatos e a relação jurídica integrante da causa de pedir revelam um interesse no suporte fático, mas a *individuação* revela uma mesma realidade vista por outra faceta, focando-se não nos fatos mas nos efeitos que deles irradiam.

Nada obsta que a parte demande reintegração de posse com fundamento em um contrato de locação descumprido e o juiz, verificando tratar-se de comodato, determine a reintegração de posse ao verificar que a relação contratual já havia terminado e que o autor havia aforado previamente ao fim do contrato a competente notificação premonitória (ou ainda, uma vez citado o réu verificada a resistência dele em contestação, o que supriria a exigência formal de prévia notificação). Não há na teoria da substanciação qualquer vinculação do juiz com o direito afirmado, mas somente com os fatos e com o pedido deduzido, tal não ocorre na teoria da individuação.[82]

Na *teoria da substanciação* a indicação completa dos fatos é imprescindível logo na propositura da demanda, singularizando-a. Em razão da regra da *estabilização da demanda* estabelecida pelos arts. 264 e 294, o pedido e a causa de pedir

---

[80]. Cerino Canova identifica as semelhanças e diferenças das teorias da *sostanziazione* e da *individuazione* de forma bastante simples afirmando que "lo sviluppo di quest'ultimo profilo suggerisce tra '*sostanziazioni'* ed '*individuazioni*' consonanze e diversità, che formano il vero oggeto della discussione. La consonanza si manifesta nelle domande relative ai rapporti obbligatori, per cui è sempre necessaria l'indicazione del fatto constitutivo. La diversitá si incentra sulle azioni attinenti i diritti reali, per le quali l'*individuazioni* richiede la sola specificazione del dirtto e la *sostanziazioni* pretende anche che sai dedotto il fatto constitutivo"(Cerino Canova, "La domanda giudiziale ed il suo contenuto", p. 48).

[81]. "Conforme o art. 282, III, ao autor compete, na inicial, explicitando 'os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido'. Reina total harmonia na doutrina brasileira, no reconhecimento da adesão do CPC à teoria da substanciação" (Araken de Assis, *Cumulação de ações*, p. 125). Também Cássio Scarpinella Bueno, ao ressaltar que o art. 282, inc. III determina que os fatos e a conseqüência jurídica destes sejam descritos na petição inicial, conclui que "em função disso é que não há dúvida, em doutrina e em jurisprudência, de que art. 282, III, é prova segura de que o direito processual civil brasileiro filiou-se à teoria da 'substanciação', vale dizer, que é fundamental, para o autor, descrever, na petição inicial, os *fatos constitutivos* de seu direito, fazendo referência não só à lesão ou à ameaça ao direito que afirma sofrer (ou, se for o caso, às lesões e/ou ameaças), mas também que o autor *qualifique juridicamente* se pedido, bastando fornecer, com a maior exatidão possível, a origem dos fatos que dão fundamento jurídico ao seu pedido" (*Curso sistematizado de direito processual civil*, 2, t. I, p. 72).

[82]. A distinção entre as teorias é descrita por Milton Paulo de Carvalho, para quem na teoria da indivualização "basta à configuração da *causa petendi* a indicação da relação ou estado jurídico de que deriva a pretensão"; já na teoria da substanciação "a indicação só do fato ou fatos constitutivos do direito alegado é suficiente para caracterizá-la" (*Do pedido no procesos civil*, p. 81-82).

não mais poderão ser alterados com a ultimação da citação do demandado, sendo essa regra absoluta após o saneamento do processo. [83]

A modificação da qualidade da pertinência subjetiva entre sujeito e o bem da vida (partes e sua qualidade) modifica o elemento subjetivo da demanda, fazendo com que outra seja posta ao exame do juiz. A semelhança dos elementos objetivos causa apenas afinidade entre as demandas, que somente será *idêntica* se houver coincidência de todos os elementos que a compõem.

Haverá identidade do objeto (*eadem res*) quando se pede o mesmo ato do juiz, o que significa, na linguagem *chiovendiana*, identidade do "bem garantido pela lei cuja atuação se requer".[84] Mas é possível que haja discussão mais ou menos ampla sobre determinado bem, como, p. ex., quando se pede o pagamento de uma única prestação de uma obrigação de trato sucessivo ou quando se pede o reconhecimento da existência dessa relação. No primeiro caso, importará saber se a relação existe e, caso afirmativo, se seria devida a parcela objeto de cobrança. Mas a existência ou não da relação jurídica afirmada é *motivação* e sua negação não importa no reconhecimento *principalliter* de inexistência da relação jurídica, já que somente poderá ser decidido nesse processo se aquela exata parcela é devida. Diferente seria a repercussão de uma demanda em que se pede o reconhecimento da relação jurídica, pois a negação desta tem como conseqüência a impossibilidade de cobrança da parte menor que integra o *todo*, que é a parcela da suposta dívida em cujo suporte está a relação jurídica tida por inexistente.

Identidade da causa ou *eadem causa petendi* é ponto central e mais complexo nesse árduo caminho rumo à identificação da demanda. Adverte Chiovenda que *geralmente* a causa de pedir indica o *fundamento* e a *razão* da pretensão do autor, mas exclui de forma peremptória a *norma de lei*. Diz precisamente que "inidivua-se e

---

[83]. "Due modi di intendere la stessa espressione, ma profondamente diverse e tali da riecheggiare a grandi linee la contrapposizione individuazione-sostanziazione. Un esempio può probabilmente chiarire le implicazioni della ambiguità. Tizio agisce chiedendo la condanna di Caio al pagamento di una somma quale corrispettivo di un atto giuridico compiuto a favore di caio e per la rifusione delle spese incontrate in tale attività. Siffatta impostazione della domanda è fondata su una prospetazione fattuale, idônea a sorreggere una dandanna sia in base a mandato che a *negotiorum gestio*. Viceversa, la necessità di indicare il rapporto giuridico – seconda accezione del termine 'fato giuridico' – importa che l'azione debba essere specificata per ciascun titolo sostanziale e divenire diversa in virtù di queto" (Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 17).

[84]. Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, I, p. 357.

identifica-se a ação por meio dos elementos de fato que tornam concreta a vontade da lei, e não pelo norma abstrata da lei". Demonstrando clara feição substancialista, Chiovenda ressalta que a alteração do ponto-de-vista jurídico não tem o condão de provocar modificação na demanda, mas também não permite que em um processo subseqüente evite-se a incidência da coisa julgada material.[85]

Permanece, no entanto, a dificuldade de se encontrar quais os fatos que integram a causa de pedir.[86] Chiovenda simplesmente diz que seriam os *fatos jurídicos*, conceituando-os como aqueles aptos a influenciar na formação da vontade concreta da lei, mas exclui os fatos simples[87] ou motivos, pois não provocam qualquer alteração na demanda e sobre eles recairia somente o efeito preclusivo da coisa julgada. A causa de pedir, na teoria de Chiovenda, é formada por três elementos: a) afirmação da existência de uma *relação jurídica*; b) afirmação da existência do fato particular que substancia o direito afirmado; e c) afirmação da existência do fato de que decorre o interesse de agir.[88]

A causa de pedir é uma figura ligada à fundamentação da demanda (em sentido amplo) proposta pela perspectiva *processual*. Sempre que houver a necessidade de se discutir os fundamentos do pedido será necessário o exame da *causa petendi*. Na teoria de Enrico Tullio Liebman identificar a *ação* é buscar os elementos que concorrem para a configuração do seu esquema lógico. Estes são, para Liebman, os três *eadem*, compostos pelas partes, causa e objeto.[89] Dos três elementos que compõem a *ação* o que mais gera

---

[85]. Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, p. 358.

[86]. Para Cássio Scarpinella Bueno "os fatos que integram a causa de pdir são aqueles que, individualmente, dão origem a conseqüências jurídicas" ou seja, "os fatos *constitutivos* do direito do autor" (*Curso sistematizado de direito processua civil*, p. 73).

[87]. Fatos simples são os que Liebman chama de *fatos secundários*, que segundo o consagrado autor "não são relevantes em si mesmos, mas apenas na medida em que concorram para compor um determinado fato jurídico principal" (*Manual de direito processual civil*, I, n. 87, p. 249). Chiovenda traz alguns parâmetros para tentar diferenciar os fatos simples dos fatos essenciais, onde os fatos naturais (os fatos simples fruto de mera descrição desinteressada da realidade) não podem ser identificados com a causa de pedir, pois esta é formatada somente por uma causa *juridicamente relevante*. Somente os fatos que produzam efeitos jurídicos integram o conteúdo da causa *petendi* (*Identificazione delle azioni. Sulla regola "ne eat iudex ultra petita partium*", p. 162-163. Cássio Scarpinella Bueno adverte que os fatos constitutivos "não podem ser confundidos com os chamados fatos *simples* que servem, apenas e tão-somente, para precisar, descrever ou comprovar a existência de outros fatos, mas que, por si só, não ensejam conseqüências jurídicas, pelo menos não aquelas pretendidas na petição inicial" (*Curso sistematizado de direito processua civil*, p. 73).

[88]. Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, p. 359.

[89]. Liebman, *Manual de direito processual civil*, I, n. 87, esp. p. 249.

controvérsia é a causa de pedir. A doutrina define a causa de pedir como *fato jurídico que o autor coloca como fundamento de sua demanda* (Liebman).[90]

Miguel Teixeira de Sousa sublinha a importância do enquadramento legal dos fato que constituem o núcleo da causa de pedir, mas logo em seguida afirma a independência da subsunção do fato ao preceito legal ao reconhecer o seu valor intrínseco: "os factos que constituem a causa de pedir devem preencher uma determinada previsão legal, isto é, devem ser subsumíveis a uma norma jurídica, mas valem independentemente dessa qualificação".[91] Os fatos essenciais que autorizam a procedência do pedido devem ter a aptidão de emoldurarem-se a algum fundamento jurídico ou regra jurídica, mas essa qualidade deve ser analisada considerando o sistema jurídico em sua totalidade, não se confinando à delimitação fundamentos jurídicos invocados pelo autor.

Dessa forma, é questionável, ao menos pela sua irrelevância, a inclusão dos fundamentos jurídicos no núcleo da causa de pedir. Mais apropriado seria considerar que a causa de pedir é constituída *unicamente* pelos fatos suficientes à individualização da demanda. Para identificação dos fatos essenciais será imprescindível a análise do pedido deduzido, já que somente por meio dessa relação é que se poderá precisar quais são os fatos *essenciais* e quais são os fatos auxiliares (instrumentais, acessórios, simples, secundários *etc.*) que apenas complementam os fundamentos do pedido, mas que permitem

---

[90] "É o fato do qual surge o direito que o autor pretende perseguir ou a relação jurídica de que se faz derivar o direito, com todas as circunstâncias e indicações necessárias para individualizar exatamente a ação que se propõe" (Liebman, *op. loc. cit.*). Também para Alberto dos Reis "a causa de pedir é o acto ou facto central da demanda, o núcleo essencial de que emerge o direito do autor" (José Alberto dos Reis, *Código de Processo Civil anotado*, v. II, p. 351). Não destoa Manoel A. Domingues de Andrade para quem a causa de pedir é "acto ou facto jurídico (contrato, testamento, facto ilícito *etc.*) donde o Autor pretende ter derivado o direito a tutelar; o acto ou facto jurídico que ele aduz como título aquisitivo desse direito" (Manuel A. Domingues de Andrade, *Noções Elementares de Processo Civil*, p. 322). Em sentido quase idêntico está a doutrina de Miguel Teixeira de Sousa: "a causa de pedir é constituída pelos factos necessários para individualizar a situação jurídica alegada pela parte e para fundamentar o pedido formulado para essa situação. A causa de pedir é composta pelos factos constitutivos da situação jurídica invocada pela parte, isto é, pelos factos essenciais à procedência do pedido. São essenciais aqueles factos sem cuja verificação o pedido não pode ser julgado procedente" (Miguel Teixeira de Sousa, *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*, p. 122-123). A doutrina espanhola também confere a mesma idéia ao conceito: "em general, causa de pedir es el fundamento o la razón, que el Derecho objetivo aprueba, en la que el demandante apoya su petción de tutela. Así expresado, resulta indudable que título o causa de pedir es, siempre, un conjunto de hechos que, calificados, (es decir, puestos em relación com uma determinada norma jurídica), otorgan al actor el derecho subjetivo en el que basa su petición de tutela" (Andrés De la Oliva Santos e Miguel Angel Fernandéz, *Derecho Procesal Civil*, 1991, p. 35). *Cfr.* ainda, na Itália, dentre outros, Corrado Ferri, *Strutura del Processo e Modificazione della Domanda*, p. 88 e Giancarlo Giannozzi, *La modficazione della domanda nel processo civile*, p. 17, 32, 48-52.

[91]. Miguel Teixeira de Sousa, *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*, p. 123.

a procedência deste independentemente da sua comprovação. Essa concepção de causa de pedir necessita da identificação do *objeto do processo* para que se chegue ao núcleo da causa de pedir. Ou seja, é necessária a identificação do objeto para delimitação da causa *petendi*. Está claro, portanto, que esse conceito de causa de pedir não é suficiente para identificação completa de todos os elementos da demanda, já que não separa o objeto litigioso da causa de pedir, o que significa que somente identificando ambos é que se poderá saber quais *questões* serão objeto de decisão.

Como a decisão a ser proferida pelo juiz não está vinculada aos fundamentos jurídicos do pedido descritos na petição inicial, haverá uma claríssima dificuldade em se separar *a priori* os fatos essenciais dos acessórios, pois dependendo do direito a ser aplicado os mesmos fatos poderão enquadrar-se objetivamente em um ou noutro grupo. Os fatos essenciais são fatos jurídicos e portanto necessitam de fundamentos jurídicos à sua identificação. Mas os fundamentos jurídicos não são expostos definitivamente na petição inicial – já que é permitido ao juiz a aplicação de fundamentos jurídicos diversos – de modo que a identificação dos fatos essenciais somente será possível no momento de aplicação do direito (sentença). Para identificação de um *núcleo resistente da causa de pedir* há a necessidade de extrair do conjunto de fatos aqueles que constituem o fundamento do pedido e que, não obstante possa ser dada qualificação jurídica diversa, o direito a ser aplicado necessariamente deverá recair sobre esse conjunto de fatos resistentes. É por essa razão que é tão difícil chegar a uma definição praticamente utilizável de causa de pedir, que possa ser indistintamente aplicada para todas as figuras processuais que dela se utilizam para sua compreensão, bem com da própria definição da causa *petendi* em si para as mais diversas situações e direitos perseguidos no processo. Liebman reconhece que os fatos necessários para individualizar a demanda variam conforme as diversas categorias de direitos e ações. Esse é um ponto-de-partida fundamental para que se tenha consciência da impossibilidade de se estabelecer uma regra segura para identificação desses fatos.

Fato essencial é aquele *amoldável* a uma situação jurídica, seja qual for essa situação jurídica. São os fatos que abstratamente podem ser enquadrados a um direito, ainda que diverso daquele indicado pelo autor. Ou seja, os fatos devem ser analisados à luz dos objetivos colimados pela demanda, aproximando-se com isso do próprio direito

material. Essa concepção da causa de pedir é *materialmente orientada*, pois tem no direito material um parâmetro certo para sua identificação. Não existe a mais mínima possibilidade de identificação da causa de pedir sem um confronto com o pedido deduzido. Quando se prescinde do pedido, recorre-se aos fundamentos jurídicos, mas esses não são rígidos e podem mudar ao longo da marcha do processo, sendo certo, por isso, que se valer deles para identificação da causa de pedir é inadequado. O fato de a parte ser obrigada a deduzir *fundamentos jurídicos* em sua petição inicial não tem o condão de erigir esses critérios jurídicos a elemento integrante ao núcleo do conceito de causa de pedir.

O autor ajuíza sua demanda pedindo o reconhecimento de uma obrigação sob a alegação de que existe um contrato verbal celebrado entre as partes. O réu contesta negando que haja um contrato verbal, mas traz documentos que demonstram a existência de um contrato onde já estão definidas as partes, o objeto e o preço, inclusive com comunicados das partes sobre sua aceitação. Mas nega o direito do autor pois entende que aqueles documentos configuram meras tratativas, sem qualquer *vinculatividade* entre as partes. O autor, ao verificar os documentos, entende que eles representam o próprio contrato definitivo e que agora sequer seria um contrato verbal, mas sim escrito. Ninguém questiona que o juiz poderá qualificar aqueles documentos como melhor entender, o que poderá levar a demanda a ser julgada procedente ou improcedente. Quais são os fatos essenciais contidos na petição inicial? Seriam aquelas obrigações que o réu *verbalmente assumiu*? No entanto, com a contestação, verificou-se a existência de missivas trocadas pelas partes que permitem a identificação de um contrato epistolar, escrito e definitivo. O juiz poderá reconhecer a obrigação contida nesse contrato ou estará vinculado ao afirmado direito decorrente de um suposto contrato verbal?

Se os fatos essenciais forem analisados somente à luz dos fundamentos contidos na petição inicial haverá alteração da causa de pedir na hipótese de outro direito ser aplicado, ainda que não haja qualquer vedação em se proceder dessa forma. Portanto não é possível associar a causa de pedir aos fundamentos jurídicos da demanda, pois a modificação destes implicará a alteração da causa *petendi*. Os fatos essenciais, nesse contexto, somente poderão ser aqueles que se enquadram nas mais diversas previsões normativas (*fattispecie*), pois somente assim será mantido um núcleo resistente em torno do qual poderão orbitar todos os possíveis direitos que conduzam à procedência do

pedido.[92] Essa noção da causa de pedir é orientada pelo direito material, mas com ele não se confunde.

Não há identificação da pretensão processual como direito material porque não se identifica um único direito material, mas todos os potenciais enquadramentos jurídicos que aqueles fatos essenciais podem substanciar. Dito de outro modo, os fatos essenciais são aqueles que conduzem o direito ao bem da vida, independentemente do direito aplicável que leve a esse resultado; são os fatos que determinam uma conseqüência jurídica revelada pelo pedido. O juiz poderá alterar o fundamento legal invocado ou até mesmo reconhecer a existência de uma relação jurídica diversa daquela anunciada pelo autor, mas a *conseqüência jurídica* será imutável, já que está relacionada ao objetivo da demanda revelada pelo pedido que, uma vez formulado, será imodificável.

É mais adequado que os fatos constitutivos do núcleo duro da causa de pedir não sejam estabelecidos por regras matemáticas, mas sim identificados caso a caso de acordo com o tipo de provimento jurisdicional ou com as particularidades de cada caso concreto. É certamente uma missão fadada ao insucesso imaginar que esse núcleo resistente da causa de pedir possa ser o mesmo no caso de uma demanda reivindicatória do domínio de bem imóvel e de uma *ação de cobrança*.

Essa concepção clássica dos três *eadem* foi posta em dúvida pela própria doutrina italiana, já que Carnelutti desenvolveu seu pensamento retirando o foco da causa de pedir e passando a inserir a identificação da demanda em um novo conceito por ele desenvolvido: a lide ou o conflito de interesses, com os olhos presos nos objetivos colimados pelo processo (*scopo del processo*). No entanto, o direito brasileiro não incorporou o pensamento de Carnelutti até mesmo porque utiliza o termo *lide* como sinônimo de processo, o que não se coaduna com a concepção *carneluttiana*.

---

[92]. "O mesmo pode-se dizer das normas jurídicas que o autor invocou em sua petição inicial: o *nomen iuris* pode variar, cabendo sempre ao juiz a qualificação jurídica da relação deduzida em juízo, desde que o fato jurídico permaneça o mesmo" (Liebman, *Manual de direito processual civil*, I, p. 250).

4. Causa de pedir e direitos autodeterminados e absolutos

As bases do conceito de causa de pedir serão sólidas se analisarmos a teoria à luz de determinados pedidos e direitos tutelados no processo que demandam mais ou menos elementos de fato à sua individualização. A identificação da causa de pedir quando envolve direitos autodeterminados ou absolutos, como são os direitos reais (usufruto, propriedade, servidões), os de direito de família, aqueles referentes ao estado da pessoa exigem maior atenção do processualista, já que esses direitos manifestam-se uma única vez.[93]

Assim como dois corpos não ocupam o mesmo espaço, há direitos que não comportam mais de um titular. Esse não é o caso, por exemplo, dos direitos de crédito, onde cada sujeito pode ser titular de infinidades de direitos. No entanto, direitos como o de propriedade não comportam pluralidade em uma mesma ordem jurídica. Os direitos reais de gozo são individualizados sem que haja a necessidade de apresentação ou descrição de um título constitutivo. Ou seja, um dado sujeito é proprietário de um imóvel por tê-lo adquirido por meio de compromisso de venda-e-compra devidamente quitado e com a correlata inscrição na matrícula do imóvel no cartório de registro de imóveis. Caso esse mesmo sujeito tenha posse mansa e pacífica desse mesmo bem, apta a caracterizar *usucapião*, isso não fará com que ele tenha por duas vezes a propriedade deste imóvel. Não haverá multiplicação do direito ainda que o titular tenha vários títulos que isoladamente lhe confiram o direito de propriedade. O domínio é um só.

---

[93]. "Além da complexidade na distinção dos efeitos práticos, a dicotomia *individuação – substanciação* parece não satisfazer a todas as indagações a respeito do conteúdo da causa de pedir, quando, por exemplo, aprofunda nas respectivas conseqüências para extrair corolários como estes: nos direito *absolutos*, assim considerados os direitos os direitos reais, os de família e os relativos ao estado das pessoas, basta a indicação da relação jurídica configuradora do direito, não sendo necessária a menção do fato que o originou, como, por exemplo, em ação reivindicatória a causa de pedir será a propriedade, não importando o modo de aquisição (primitivo ou derivado); enquanto nos *direitos relativos*, assim chamados os demais, a causa de pedir é o fato genético do direito, pois, por exemplo, se alguém se diz credor de outrem, pode-o ser a título de um contrato de mútuo ou de outro, pois é de admitir-se a existência de mais de uma dessa espécie contratual entre as mesmas partes" (Milton Paulo de Carvalho, *Do pedido no processo civil*, p. 83).

A narração dos fatos é dispensável,[94] sobretudo por não implicar qualquer dificuldade de defesa ao réu,[95] cuja resposta à demanda formulada será necessariamente por meio de proposições que demonstrem ser ele o único titular do direito. Tanto o autor, quanto o réu buscarão no processo a comprovação do mesmo direito. A demanda poderá ser julgada improcedente pela não-demonstração do direito pelo autor, mas isso está relacionado à regra de distribuição do *ônus da prova* e não com qualquer fundamento oposto pela defesa. Seria possível até mesmo que o réu revel fosse beneficiado com a tutela jurisdicional se o autor não demonstrar a existência do direito. São elucidativas as palavras de Chiovenda, para quem, "na ação real, basta a afirmação da relação jurídica (propriedade, usufruto, servidão), a fim de que a ação seja suficientemente identificada. Em especial, na ação de reivindicação basta a afirmação de ser proprietário de determinado objeto a fim de que a identificação seja plena, e não é, com efeito, necessário indicar o fato jurídico em virtude do qual se tornou proprietário; isso pode ser necessário para provar a existência da relação jurídica de propriedade, não, porém, para identificar a ação".[96]

O modo como essa relação entre pessoa e bem teve sua origem não é necessária para identificação da demanda, mas é importante para provar a existência efetiva do direito afirmado. Ou seja, ao se intitular proprietário está delimitado o objeto sobre o qual deverá se pronunciar o juiz, mas a prova de que o sedizente proprietário ostenta essa condição será necessária para que sua demanda seja julgada procedente (*amplius quam semel res mea esse non potest*). O juiz se pronunciará sobre a existência ou não do direito de propriedade, configurando este o objeto do processo nas ações reais.[97]

---

[94]. "Dizendo: 'sou proprietário', indico com toda a precisão o grupo de utilidades produzidas pelo objeto a que aspiro" (Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, I, p. 361)

[95]. Dependendo do caso concreto será possível reconhecer a existência de inépcia da petição inicial (CPC, art. 295, par.) mas isso não é relevante para o que se pretende expor. A inépcia decorre da falta de descrição dos fatos exigida pelo art. 282, não em razão da ausência de causa de pedir.

[96]. Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, I, p. 360-361.

[97]. "Rispetto ai *diritti assoluti* (ed in primo luogo i diritti reali, esclusiquelli di garanzia), la situazione è diversa, poiché questi diritti – in quanto consistono in un rapporto immediato sulla cosa – sono sempre identici, quale che sia il fatto che ne ha costituito la genesi; così il diritto di proprietà su una cosa sarà sempre lo stesso e non potrà esistere che più di una volta, sia che sia sorto per compravendita, sia che sia sorto per donazione o successione, o per due o più ragioni distinte: *res amplius quam semel meã esse non potest*" (Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, I, p. 107).

Os direitos de crédito, por outro lado, necessitam de pormenorizada individualização, pois a relação deste com o titular poderá ter origem em diversos fatos (jurídicos) e cada um destes poderá dar ensejo a um novo e diferente direito de crédito. A *fattispecie* deduzida em juízo é determinante à sua individualização e, por isso, o conjunto de fatos são necessários para descrição desse direito. Por essa razão, esses direitos são denominados heterodeterminados, já que sua determinação é exógena, já que necessita de fatos exteriores para ser individualizado. Para cada fato constitutivo haverá um direito de crédito correspondente, daí advém a necessidade de indicação da origem do direito, o que não ocorre com os direitos de propriedade, que são autodeterminados por definição.

A diferença entre os direitos absolutos e relativos traz repercussão no próprio conceito de causa de pedir, que passa a ser condicionado ao direito a que se visa a tutelar, o que repercute nos elementos que servem de base ao conceito. Ou seja, a causa de pedir se amolda à espécie de direito e a importância dos fatos, como núcleo resistente da causa de pedir, também sofrerá modificação, podendo até mesmo não ter relevância à individualização da demanda (direitos absolutos, autodeterminados e individualizados pela mera afirmação e formulação do pedido).

Essa constatação é feita também por Crisanto Mandrioli que, após expressamente concordar que os direitos autodeterminados não têm uma relação com o seu fato gerador ("il diritto si individua anche indipendetemente dal fatto genético"), ressalta que para os direitos *potestativos* a causa de pedir deverá ser descrita de modo *intermediário* de acordo com o caso concreto.[98]

Na busca por um conceito de causa de pedir verifica-se em certas situações que há uma modificação na definição de acordo com o instituto que se investiga.[99] É o caso de Schwab, para quem o conceito de objeto do processo é um só quando analisa a litispendência, cumulação de demandas e a alteração da demanda, mas os quando analisa o instituto da coisa julgada – notadamente os seus limites objetivos – o monografista acaba por admitir uma maior relevância nos fatos alegados e decididos para identificação do objeto litigioso. Em outras palavras, Schwab entende que o objeto do

---

[98]. Mandrioli, *Corso di Diritto Processuale Civile*, p. 146-162. *Cfr.* ainda, p. 107.

[99]. José de Sousa Brito, "Identidade e variação do objecto em processo declarativo", p. 11-12. *Cfr.*, também, p. 17.

processo deve ser identificado de formas diferentes na pendência do processo e após o julgamento dos pedidos (trânsito em julgado).[100] A sentença de mérito que julga a demanda possui limites objetivos que não serão definidos pelo objeto do processo fruto de uma análise inicial, tampouco pelo que foi objeto de discussão pelas partes, mas unicamente pelo que foi efetivamente decidido. Se durante a pendência do processo é possível identificar o objeto que *deverá* ser decidido pelo juiz, uma vez posta a decisão em sentença os limites objetivos da coisa julgada material deverão ser analisados à luz do que foi decidido em confronto com o que foi debatido.

Caso o autor peça *x* mas o juiz lhe entregue *y* este mesmo autor poderá ainda perseguir *x*, pois *x* não foi objeto de julgamento, apesar de estar inserido no objeto do processo e ter sido debatido entre as partes. Também é possível que o autor peça *x* e *y* e o juiz somente *decida* sobre *x*. Nesse caso o autor também poderá demandar por *y*, muito embora tenha sido objeto do processo transitado em julgado. Ressalta José de Souza Brito que o "objecto do processo, sendo uno, admite desvios entre o objecto da sentença e o objecto da controvérsia".[101]

Portanto, é possível considerar que haja pluralidade conceitual em atenção à figura jurídica estudada. Nenhum autor defende que para análise da coisa julgada seja possível prescindir do exame do fato (concreto) alegado, discutido e decidido. Já para identificação da causa de pedir para fins de verificação da litispendência talvez mais do que os fatos concretamente afirmados e decididos, será necessário analisar os fatos em categorias abstratas. A análise da causa de pedir será condicionada pelos fins objetivados de acordo com o instituto processual estudado, não havendo um conceito que se adéqüe a todas as figuras que se utilizam da idéia de causa de pedir.

Conferir uma interpretação mais abrangente ao objeto do processo ao analisar a litispendência está relacionada à generosa idéia de economia processual, onde se visa a permitir discussão de *questões* em um processo ainda pendente. Já quando se analisa a coisa julgada produto de um processo já encerrado, será imprescindível uma visão mais restrita, permitindo que as discussões não travadas no processo possam ser objeto de ulterior demanda. Dessa forma, garantir-se-á um maior aproveitamento do processo sem

---

[100]. Schwab, *El objeto litigioso en el proceso civil*, p. 185 ss.

[101]. José de Sousa Brito, *Identidade e variação do objecto em processo declarativo*, p. 36.

que se corra o risco de cometer injustiça. Na pendência do processo o escopo é evitar que uma nova demanda seja ajuizada para a consecução de um mesmo resultado, desobrigando o autor de nova propositura. Mas se o caso já houver sido julgado definitivamente, o ordenamento jurídico não pode impedir que nova demanda seja proposta com fundamento (fato jurídico) ainda não debatido e decidido, privilegiando o acesso integral à ordem jurídica justa.

Conceituada doutrina italiana entende que o objeto do processo sofrerá mutações ao longo da evolução do processo. Em cada fase os problemas surgidos deverão ser solucionados de forma diversa, modificando-se os elementos necessários à identificação do objeto do processo. Ou seja, se inicialmente é necessário analisar o objeto litigioso para verificação de eventual inépcia da petição inicial, não é obrigatório que o mesmo conceito seja utilizado para solucionar problemas de eventual alteração da demanda ou de litispendência. Outro conceito poderá ser considerado para estabelecer os limites objetivos da coisa julgada.[102] Quando estiver em questão o acesso à justiça, o operador do direito terá que ter redobrado cuidado em tratar essa questão. Pense-se no autor que fundamenta seu pedido condenatório em determinados fatos e em determinado direito. Fatos supervenientes fazem com que o autor, que inicialmente não tinha razão, passe a ter o direito à procedência do seu pedido. Se esses fatos causam alteração da demanda, a doutrina tradicional entenderá que deverá o autor mover nova *ação* contra esse mesmo réu. No entanto, caso seja ajuizada uma nova demanda o direito poderá estar prescrito pelo decurso do prazo. Nessa situação, em que está em questão a justiça da decisão (da própria norma que será aplicável ao caso concreto pela sentença), o conceito de objeto do processo deverá ser alargado ao máximo e após essa dilatação deverá ser analisada a situação concreta e a eventual possibilidade de se decidir sobre esses novos fatos nesse mesmo processo.

Chega-se ao extremo de afirmar que para a coisa julgada a causa de pedir será conceituada por meio de um critério material, já no que concerne à alteração da

[102]. Proto Pisani, "Dell'Esercizio dell'Azione", p. 1.064 ss.

demanda o que importará será o pedido deduzido e não propriamente os motivos ou a causa que está à sua base.[103]

Mariana França Gouveia analisa a causa de pedir em oito institutos ou figuras processuais: (a) inaptidão da petição inicial; (b) competência; (c) cumulação inicial; (d) reconvenção; (e) cumulação sucessiva e alteração do objeto; (f) litispendência; (g) princípio dispositivo e (h) coisa julgada. A monografista ressalta a existência de diferenças no tratamento da causa de pedir e no objeto do processo em cada uma dessas situações.[104] Para cada situação processual a conceituada autora estabelece a preponderância de determinados valores. Quando está em causa a coisa julgada a interpretação do que vem a ser a causa de pedir é bastante diferente se comparada com o mero exame perfunctório da aptidão da petição inicial.

Quando a questão posta é a possível inépcia da petição inicial por ausência de causa de pedir, os valores relevantes são o direito de defesa do réu e a possibilidade de o tribunal analisar a pretensão processual da parte, identificando na petição inicial uma lógica jurídica interna. Esse será o enfoque que deverá ser dado pelo intérprete.[105] Já no que se refere à exceção de coisa julgada a exigência de identidade da causa *petendi* será muito mais rigorosa, impondo a extinção somente quando todos os fatos alegados tenham sido apresentados como fatos essenciais da primeira demanda. Ou seja, os fatos reconhecidos e provados na demanda antecedente deverão ser novamente expostos como fatos essenciais a fundamentar o pedido deduzido.[106] Ainda quando haja parcial coincidência de fatos essenciais, mas existindo outros do mesmo modo fundamentais não coincidentes, deverá ser afastada a exceção de coisa julgada, privilegiando-se o acesso à justiça e o direito da parte a ter sua nova demanda julgada. Interpretar o direito processual é dar-lhe as condições necessárias para proporcionar ao titular do direito satisfação tão ampla que se aproxime ao máximo à realização espontânea dos postulados legais.

A proposta de analisar o alcance da causa de pedir e do objeto litigioso em relação ao instituto em questão é uma forma de garantir que em cada caso se atinja

---

[103]. Essa é posição de Gottfried Baumgärtel, *Zur Lehre vom Streitgegenstand apud* Mariana França Gouveia, *A causa de pedir na acção declarativa* , p. 93.

[104]. Mariana França Gouveia, *A causa de pedir na acção declarativa,* p. 507-509.

[105]. Mariana França Gouveia, *A causa de pedir na acção declarativa*, p. 156 ss. *Cfr.* também p. 507-508.

[106]. Mariana França Gouveia, *op. cit.,* p. 509. *Cfr.*. ainda p. 493 ss.

resultados mais justos. Ter como parâmetro para interpretar a causa de pedir a finalidade do instituto processual é demonstração de preocupação com o resultado do processo e do objetivo maior de conferir-lhe meios à distribuição da justiça, mas não tem o propósito de resolver o impasse teórico sobre a causa de pedir e o objeto litigioso do processo como conceito de direito processual.

Nas ações reivindicatórias a parte tem a obrigação de alegar todos os fatos que determinam a propriedade (*v.g.*, o compromisso de compra-e-venda e o comprovante de quitação de todas as parcelas) ou seria suficiente apresentar a matrícula do imóvel onde consta o autor como titular do domínio? É apta a petição inicial em que se reivindica um bem apenas apresentando o registro? Qual é o *objeto do processo* ou a *causa de pedir* nas demandas reivindicatórias segundo o direito brasileiro? A resposta a esse problema está diretamente relacionada com os princípios da *substanciação* e da *individuação*, que serão tratados nos itens seguintes.

5. Conceito puro de substanciação

Quando se pensa em *substanciação* desde logo vem à mente o *fato*. O fato puro, o fato verdadeiro, o fato real, enfim o fato como ele é, como ele verdadeiramente é. Então caberá ao juiz emoldurar aqueles fatos em uma categoria jurídica e pronunciar o direito, entregando a tutela jurisdicional a quem tem razão segundo essa operação (subsunção do fato à norma).

Essa concepção parte de uma premissa absolutamente questionável de que existe uma claríssima separação entre *fato* e *direito*, como se o direito não fosse permeado por fatos e como se os fatos não fossem penetrados pelo direito.

Assumindo como verdadeira a proposição segundo a qual *da mihi factum, dabo tibi jus*, na teoria da *substanciação* a parte tem o dever de narrar os fatos jurídicos e ao juiz caberá a aplicação e declaração do direito. Mas os fatos jurídicos já não são os fatos puros (aqueles que ocorrem fora do processo), os fatos são, em verdade, os fatos jurídico-processuais, ou seja, aqueles descritos pela parte com o intuito de demonstrar

a sua juridicidade e que conduzem à procedência do seu pedido. Interessa à teoria da substanciação somente os fatos essenciais, que são os acontecimentos concretos da vida discutidos pelo autor, de onde ele extrai a conseqüência jurídica pretendidas em sua demanda. Os fatos acidentais ou acessórios não importam, pois não individualizam a demanda e, por isso, não integram a causa de pedir ou o seu núcleo resistente em razão de não terem a aptidão de justificar o pedido. Os fatos essenciais são, por outro lado, aqueles que singularizam a pretensão processual, distinguindo-a de todas as outras que poderia o autor apresentar.

O juiz não estará adstrito à juridicidade atribuída pela parte àqueles fatos, pois caso contrário não seria verdadeira a premissa segundo a qual compete à parte a descrição dos fatos e ao juiz a entrega do direito. Portanto, o juiz estará vinculado a quais fatos? Àqueles já contaminados pela juridicidade conferida pela parte? Ou o fato puro que ninguém um dia avistou ainda que de longa distância? O juiz estará vinculado portanto aos fatos constitutivos de *um* direito e não do próprio direito afirmado. Aqueles fatos descritos – fatos constitutivos ou essenciais –, ainda que filtrados pela parte e por seu advogado, poderão se amoldar a toda e qualquer previsão normativa, pois deles deverá o juiz extrair o fato do ponto-de-vista natural, despindo-o das influências das pessoas que o reportam.

A lei impõe, sempre, um enquadramento jurídico aos fatos apresentados, do que decorre uma interpenetração do direito ao fato e do fato ao direito. Compete ao juiz essa separação e, se for o caso, realizar um *novo* enquadramento daquelas informações (fatos e normas) para pronunciar o direito.

Os fatos, nessa concepção substancialista, são elementos determinantes da causa de pedir, mas para que o juiz esteja realmente livre da contextualização jurídica feita pela parte, ele deverá primeiro procurar o que é fato puro, separando-o dos resíduos tóxicos deixados por quem o descreve. Os fatos devem ser provados nos autos e o direito deverá ser sobre eles aplicado após a realização de um *juízo de valor*.

Não é difícil verificar que não existe *substanciação pura*, pois essa conceituação parte de uma falsa premissa de que poderiam existir *fatos puros ou absolutamente verdadeiros* no processo civil, quando somente há sujeitos interessados e sempre esses fatos serão temperados pelo filtro do olho humano. Mesmo o juiz, sujeito parcial e eqüidistante das partes, tem seus valores, suas crenças e sobretudo o seu olhar singular e próprio da realidade. Aplicar a norma ao fato é uma proposição transcendente

pois pressuporia a separação absoluta entre fato e direito, o que faz da teoria da substanciação uma idéia conceitual e abstrata plenamente válida, mas jamais possível de verificar em sua integralidade na prática do direito processual civil. O que pode ocorrer são fatos incontroversos decorrentes da ausência de impugnação ou da própria concordância da parte contrária, mas ainda assim será necessário despir esses fatos do peso jurídico que sobre eles recai na busca eterna do fato puro e incontestavelmente verdadeiro.

Pode haver também presunções que determinam a aplicação de regras jurídicas como consectário lógico, mas isso também não significa que será possível identificar o fato em sua essência, tal como ele efetivamente ocorreu, como se ele não tivesse sido apresentado pela parte que dele se beneficia. Os fatos apresentados no processo são fruto de uma elaboração mental e, por isso, nunca poderão ser puros e isentos de ideologia. Pondera Karl Larenz que "a situação de facto (definitiva) é assim o resultado de uma elaboração mental, em que a apreciação jurídica foi já antecipada".[107]

A substanciação pura é uma ficção criada para determinar um comportamento às partes, para prescrever condutas e o modo de comportamento exigido ou esperado, mas não pode ser considerada uma fórmula matemática como se fosse verdade absoluta que *da mihi factum, dabo tibi jus*. É em todo correta a afirmação de Karl Larenz segundo a qual "a atividade do jurista não se inicia normalmente com a apreciação jurídica da situação de facto que se lhe oferece como acabada, mas desde logo com a formação da situação de facto que acede à sua apreciação jurídica".[108] Os fatos apresentados no processo são fruto de uma *escolha* e portanto serão sempre retratos parciais da realidade.

Na teoria da substanciação, talvez a que hoje seja a mais aceita entre os pensadores, a mudança dos fatos provoca a alteração da demanda. Essa é a concepcção clássica expressada de modo bastante claro por José Ignácio Botelho de Mesquita ao definir a causa de pedir: "considerada a *causa petendi* como o fato ou complexo de fatos aptos a suportarem a pretensão do autor, ou assim por ele considerados, resulta que a mudança destes fatos, ainda que permaneçam idênticos o *petitum* e o direito alegado pelo autor, importará sempre em mudança da ação, como também, que a sentença pronunciada com base em dados fatos constitutivos torna improponível nova demanda entre as mesmas

---

[107]. Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito,* p. 393.

[108]. Karl Larenz, *op. cit.*, p. 391.

partes fundada nos mesmos fatos, ainda que o autor na nova ação pretenda deles tirar uma nova conseqüência jurídica ou derivar uma nova relação jurídica ou estado de direito; donde não ter a menor importância o *nomen juris* atribuído pelo autor à relação jurídica por ele afirmada". Completa o Mestre: "é o princípio *jura novit curia* ou sua conseqüência prática, *da mihi factum, dobo tibi jus*, levados aos extremos de seu entendimento".[109]

Nessa teoria, há um afastamento (exagerado segundo Heinitz) do direito subjetivo, olvidando-se de que o direito processual só se justifica se tiver os olhos fixos no direito material que ele visa a realizar. A não-orientação pelo direito subjetivo é um erro desta concepção, pois o mesmo fato constitutivo pode dar ensejo a diferentes demandas (reconhecimento de uma obrigação de pagar decorrente de enriquecimento sem causa ou vencimento de contrato de mútuo; por um ou outro caminho chega-se ao mesmo resultado).

Na teoria da substanciação é necessária a alegação do fato constitutivo do pedido e na individuação é suficiente a afirmação da relação de direito para que o pedido seja individualizado.[110] Frederico Marques é enfático em afirmar que o art. 158 (CPC-39), ao estabelecer como requisito da petição inicial o *fato* (causa remota) e os *fundamentos jurídicos do pedido* (causa próxima), demonstra a adoção da teoria da substanciação pelo direito brasileiro. Contraditoriamente, o autor reconhece que nas *ações reais* o título de aquisição pode mudar, sem que haja modificação da *causa petendi*. O direito brasileiro não adotou, ao menos expressamente, a teoria da substanciação e a explicação de Frederico Marques é insuficiente à demonstração de sua conclusão.

A mesma explicação insuficiente é apresentada por J. J. Calmon de Passos, conforme a seguinte passagem contida em seu *Comentário ao Código de Processo Civil* "o art. 282, III, exigindo como requisito da petição inicial a indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos do pedido, põe o nosso sistema entre os que reclamam a

---

[109]. José Ignácio Botelho de Mesquita, "A *causa petendi* nas ações reivindicatórias", p.142.

[110]. Picó I Junoy entende que a causa de pedir tem por função identificar os fatos sobre os quais deverá pronunciar-se o órgão jurisdicional. Explica o professor que no afã de determinar-se a exata dimensão dos fatos se formam duas teorias: a da substanciação, segundo a qual a identificação da causa de pedir esta calcada no conjunto dos fatos constitutivos que dão suporte ao pedido do autor; e a da individualização, na qual a relação jurídica afirmada pelo autor constitui o elemento singularizador da causa de pedir (*La modificación de la demanda*, p. 26).

substanciação da causa de pedir".[111]. Também Arruda Alvim é enfático ao afirmar que o direito brasileiro adotou a teoria da substanciação em razão da exigência de descrever os fatos.[112] É evidente que é insuficiente a referência da lei à necessidade de descrição dos fatos para considerar que o direito brasileiro adotou uma ou outra teoria. Assim como o direito brasileiro impõe ao autor a descrição dos fatos, também exige do demandante a indicação dos fundamentos jurídicos.

A doutrina repete de forma acrítica a idéia de que o juiz poderia não levar em consideração os fundamentos jurídicos e, portanto, o que seria o núcleo resistente da causa de pedir seria o *fato*. Essa possível interpretação não tem assento no direito positivo, mas na herança histórica provinda do direito romano e do adágio *da mihi factum, dabo tibi jus*.

O único a apresentar um motivo diverso é José Rogério Cruz e Tucci, que vê na regra da eventualidade o fundamento de adoção no direito brasileiro do princípio da substanciação. Ou seja, o sistema preclusivo rígido, apoiado na necessidade de deduzir todas as alegações de defesa do direito (seja do autor, seja do réu) traz o elemento necessário, na visão desse processualista, para que se justifique o acolhimento pelo direito brasileiro da teoria da substanciação.[113] Marcada pela *eventualidade* a substanciação é um sistema que visa a proteger os princípios da economia e da celeridade[114], mas sua rigidez poderá levar ao descumprimento da promessa de acesso à justiça e da própria economia e celeridade, na medida em que ensejará nova demanda.

Para Fazzalari a contraposição entre substanciação e individuação seria *um falso problema*, pois não encerra problemas práticos relevantes. Para Fazzalari não existe verdadeiramente um problema, pois as teorias são duas facetas de uma mesma realidade, mudando apenas o ponto-de-vista de quem observa, seja pelo prisma da

---

[111]. Calmon de Passos, *Comentário ao Código de Processo Civil*, p. 160.

[112]. *Manual de direito processual civil,* I, p. 180.

[113]. "A regra da eventualidade, impondo um sistema rígido de preclusões, constitui, em última análise, pressuposto da teoria da substanciação, ao exigir a exposição simultânea, na petição inicial, dos fatos que fazem emergir a pretensão do demandante (causa *petendi* remota) e do enquadramento situação concreta, narrada *in status assertionis*, ou seja, à previsão abstrata, contida no ordenamento de direito positivo, e do qual decorre a juridicidade daquela (causa *petendi* próxima)" (José Rogério Cruz e Tucci, "A regra da eventualidade como pressuposto da denominada teoria da substanciação", p. 39-43, esp. p. 42. *Cfr.* ainda *A causa petendi no processo civil*, p. 119 ss. e 133 ss).

[114]. José Rogério Cruz e Tucci, "A *causa petendi* no novo CPC português", p. 266.

fattispecie, seja dos efeitos dos fatos que a caracterizam. Falar em *alegação dos fatos constitutivos* ou de *indicação da relação jurídica* significa colocar-se, respectivamente, do ponto-de-vista da *fattispecie* substancial e dos efeitos que dela decorrem. Ou seja, são dois pontos-de-vista compatíveis e complementares ou, segundo, Fazzalari, correspondentes.[115] À determinação da demanda na substanciação, ainda segundo Fazzalari, é suficiente a alegação *dei fatti costitutive*; na teoria da individualização considera-se necessária a indicação *del raporto giuridico sostanziale*. Em certa medida é possível atribuir razão ao pensador, não em razão de ser um falso problema, mas por inexistir um ordenamento que incorpore qualquer uma das teorias em sua pureza objetiva. É verdadeira a assertiva de que as teorias partem de visões diferentes de uma mesma e única realidade, mas isso é dizer o óbvio. O método desenvolvido para investigação da causa *petendi* em uma ou outra concepção é literalmente o mesmo, sendo os mesmos os elementos investigados para identificação da demanda (ao menos nos direitos relativos). O fato de uma buscar a identificação por meio da afirmação da relação jurídica (individuação) e a outra ter nos fatos constitutivos o fundamento do *agere* não fazem das teorias dois métodos absolutamente distintos de enxergar o problema, mas duas formas que se complementam com o mesmo propósito de entender o que é posto ao exame do juiz, os limites em que a proposição inicial poderá ser modificada e o que efetivamente ficará acobertado pela autoridade da coisa julgada material.

6. Conceito puro de individualização

O objeto do processo sob o prisma da *individualização* é determinado pela identificação da *relação jurídica*. Nessa visão os fatos não integrariam propriamente a causa *petendi*, mas a qualificação jurídica que lhes empresta. Uma vez apresentada a

[115]. "Mi pare, peraltro, che le contrapposte soluzioni siano poco o punto distanti e che, anzi, si possono giustapporre come due facce della stessa realtà: propugnare, infatti, l'allegazione dei fatti costitutivi o quella del rapporto giuridico significa porsi, rispettivamente, dal punto di vista della fattispecie (sostanziale) e da quello degli effetti che ne promanano, cioè da due punti di vista perfettamente compatibili, anzi corrispondenti" (Fazzalari, *Note in tema de diritto e processo*, p. 119).

relação jurídica ela passa à condição de imutável e o objeto da demanda cinge-se à análise da correção do tratamento jurídico atribuído aos fatos. Visto desse modo, aquela relação jurídica apresentada na petição inicial não poderá ser matéria de novo julgamento, já que integrará os limites objetivos da coisa julgada ou induzirá a exceção de litispendência.[116]

Perante a teoria da individualização, aplicável aos direitos autodeterminados, os fatos estão intimamente relacionados com a procedência do pedido, mas não se prestam a individualizar a demanda. Por essa razão, mostra-se importante fazer algumas considerações, ainda que breves, para melhor compreensão desse complexo problema na vida do direito processual.

A tutela de um interesse sempre estará ligada a determinado fato, mas esse fato é apenas um ponto de referência espacial e temporal, sem que se possa atribuir-lhe qualquer qualificação jurídica e, portanto, não serve para individuar a demanda. Considere-se, p. ex., uma demanda que visa à restituição de coisa determinada. O objeto substancial da demanda será a obrigação de restituir a coisa recebida indevidamente (bem da vida) e o objeto processual será provimento jurisdicional pedido. A causa de pedir é a anulação do contrato e a entrega efetiva da coisa ao réu. Haverá modificação da causa de pedir (e portanto da demanda) se no curso do processo o autor tentar fundamentar seu direito em eventual entrega indevida do bem (p. ex., entrega a pessoa diversa daquela estabelecida no contrato) e não mais na anulabilidade do contato. Não haverá *mutamento della causa petendi* quando no curso do processo for invocada outra causa de anulação do contrato (invocou-se *erro* e, no curso do processo, invoca-se a ocorrência de *coação*); nessa hipótese, haverá modificação dos elementos de fato, mas não da *fattispecie* constitutiva do direito deduzido.[117] Para teoria da substanciação, em uma análise conservadora, o fato constitutivo que integraria o núcleo resistente da causa de pedir seria aquele descrito na petição inicial que serve de fundamento para o pedido de anulação por erro, vedando-se a introdução de novos fatos que substanciem o pedido de anulação por dolo ou coação, ainda que a *fattispecie* seja a mesma.[118]

---

[116]. Mariana França Gouveia, *A causa de pedir na acção declarativa*, p. 58.

[117]. O exemplo é descrito por Salvatore Satta, *Diritto processuale civile*, I, p. 140-141, nota 34.

[118]. Uma visão ainda mais rígida leva a uma conclusão ainda mais restritiva, onde qualquer outro fato, ainda que seja destinado a comprovar a existência de erro, não poderia ser invocado no curso do processo. Também a radicalização da teoria da individualização traz a mesma distorção, pois bastaria afirmar a

A noção principal ao se analisar uma demanda sob o prisma da individualização é o conceito de *afirmação do direito*. Esta afirmação não é da lei em abstrato, mas do direito concreto aplicado aos fatos narrados. Afirmar o direito é identificar um fato constitutivo deste com vista à obtenção do pedido mediato (bem da vida) por meio do provimento jurisdicional (pedido imediato). Crisanto Mandrioli traduz com perfeição o que vem a ser a afirmação do direito e sua independência em face da letra fria da lei ou do *nomen juris* atribuído pelo autor: "il diritto affermato, nel quale convergono il *petitum* e la *causa petendi*, viene in rilevo come entità, non come categoria astratta; come volontà concreta e non come volontà astratta di legge".[119]

Ao tratar o problema José Ignácio Botelho de Mesquita, em peculiar modo de entender o problema, descreve com precisão a distinção da causa de pedir vista sob o prisma da individuação ressaltando que "a *causa petendi* é a relação ou estado jurídico afirmado pelo autor em apoio à sua pretensão, o que implica conseqüências diametralmente opostas às sustentadas pelos que vêem nos fatos constitutivos o conteúdo da *causa petendi*". O mestre das arcadas claramente faz alusão à teoria de Giuseppe Chiovenda que, não-obstante defensor da teoria da individualização, identifica a causa de pedir com o fato constitutivo. Prossegue Botelho de Mesquita demonstrando claríssima divergência com o jurista italiano ao afirmar que "desde que permaneça inalterada a relação jurídica afirmada pelo autor, a mudança dos fatos constitutivos não importa alteração da *causa petendi* e, portanto, da ação, como também a sentença que decidir sobre o uma determinada relação jurídica se estenderá a todos os fatos que em seu apoio

existência do direito a uma determinada soma de dinheiro e comprovar por qualquer meio durante o processo, ainda que na petição inicial tenha sido declinado como fundamento um contato de mútuo, seria possível invocar a existência de outra relação jurídica semelhante como causa do direito ao pagamento. Uma ou outra visão, claramente extremada, demonstra que nenhum sistema adota um conceito puro de individualização ou substanciação, mas apenas possui uma carga maior de uma ou outra teoria.

[119]. Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, I, p. 104. Mandrioli, assim como Fazzalari, consideram a substanciação e a individuação como "due faceta della stessa realtà" (nota 1, p. 104). Também no direito italiano, onde repete-se que o sistema processual incorporou a individualização da demanda, o "mutamento della semplice qualificazione giuridica, o *nomen juris,* può avvenire ad iniziativa del giudice, senza che ciò muti l'oggetto del processo" (*op. cit.*, p. 105). Para Mandrioli os direitos relativos (*eterodeterminati*) são reconhecidos (individualizados) por específicos fatos constitutivos e não a pela simples e genérica afirmação do direito. É pois clara a percepção do processualista italiano no sentido de que para cada tipo de direito há uma maior "dose" de substanciação ou individualização, demonstrando sua conclusão de tratarem-se de duas faces de uma mesma medalha (*op. cit*., 104-109).

pudessem ter sido alegados pelo autor, tornando improponível nova demanda sobre a mesma relação de direito ainda que fundada em fatos não alegados na primeira"[120]

Ou seja, para determinar o objeto do processo é suficiente a indicação da relação jurídica em causa, pois a demanda não será individualizada pela delimitação dos fatos descritos na petição inicial. O sujeito e a prestação são os elementos *individualizadores* da pretensão de direito material. Essa é uma noção material do objeto do processo, onde a causa de pedir é identificada pela norma de direito material (fundamento substancial da pretensão). Isso não significa que o objeto do processo seja uma pretensão de direito material, pois no direito civil há um direito efetivo, enquanto que no processo esse direito é apenas afirmado e provavelmente contrariado pela contestação

Pretensão de direito material é a posição jurídica (elemento material, regras jurídicas de direito material) de onde é extraído o valor jurídico-normativo do objeto do processo. Mas para essa visão do direito é absolutamente necessário que seja identificado o objeto litigioso, onde há uma relação de proximidade entre o direito material e o processual. Pretensão de direito processual é a proteção jurídica identificada à luz da pretensão de direito material e, portanto, não-independente dela.

Assim como não se concebe uma pureza prática à teoria da substanciação, também não é possível vislumbrar um sistema que acolha integralmente a idéia de individuação.

É de difícil visualização considerar irrelevantes os fatos constitutivos (ou modificáveis a qualquer tempo no curso do processo) nas demandas que envolvem direitos de crédito ou para entrega de coisa pertencente a um *gênero*. Simplesmente afirmar a relação jurídica (direito a uma prestação) não é suficiente para individualizar a demanda, distinguindo-a de outras em que se pede o mesmo bem da vida. A afirmação do direito (relação jurídica), como visto, é suficiente para delimitar os direitos autodeterminados (absolutos), não se aplicando ao direito a uma prestação. O próprio Chiovenda reconhece textualmente que nos *direitos de obrigação* isso não ocorre: "não basta indicar a *relação jurídica* para que possa dizer-se identificada a ação. São, efetivamente, concebíveis diversas relações de obrigação com conteúdo idêntico: de cada um deles nasce uma

[120]. José Ignácio Botelho de Mesquita, "A *causa petendi* nas ações reivindicatórias", p.142.

obrigação de prestação diferente (*sæpius autem deneri potest*). Daí a necessidade de indicar, também, o fato constitutivo de que proveio a relação jurídica para o fim de a diferenciar das outras possíveis relações jurídicas de conteúdo idêntico". E concluí de modo enfático que "por isso o fato constitutivo acompanha constantemente a relação pessoal como meio necessário para sua identificação: mudando o fato, muda a ação".[121]

A leitura desse excerto demonstra que Chiovenda, ao menos quando a demanda versar sobre direito a uma prestação, entende que não se pode identificar uma demanda sem que se delimitem os fatos, de modo que, também na teoria de Chiovenda, a subtanciação está presente de modo intenso para essa dura tarefa de identificar a demanda.

Cerino Canova tenta manter a unidade de seu raciocínio ainda que se esteja diante de direito obrigacional (prestação) ao sustentar que a demanda estará individualizada com a determinação dos *sujeitos* e da prestação, situação em que a demonstração de ocorrência do fato constitutivo presta-se à demonstração do direito em juízo e para viabilizar o exercício do direito de defesa. Ou seja, seria um requisito válido para ser levado em consideração no momento do julgamento. Em seguida, Canova conclui que esses elementos poderiam ser modificados sem que haja mutação da demanda original.[122] A idéia sustentada pelo conceituado jurista não parece ser correta nem mesmo à luz do direito italiano, pois não oferece resposta para situações em que a parte pode ter vários direitos derivados de negócios jurídicos distintos. Alguém pode ser credor duas vezes de outrem e vir a juízo reclamar por apenas um destes créditos. Ao executar um contrato não poderá ocorrer a modificação deste (que é o titulo que embasa a atuação *in executivis*), caso a parte contrária sustente que aquele contrato é nulo. Ainda que o exeqüente tenha outro contrato exeqüível, sua demanda será extinta por ausência de titulo executivo, o que não impede a parte de intentar nova execução, agora do contrato formalmente válido. A explicação de Canova não convence nem mesmo a ele próprio que

---

[121]. Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, I, p. 361-362. Para Chiovenda *se io chiedo in giudizio 100 senza dire porché, vi ha incertezza assoluta sull'oggetto della domanda* (Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, p. 285), de modo que a substanciação é evidentenemente necessária para identificação da demanda na teoria de Chiovenda.

[122]. "La conclusione dell'indagine può essere formulata con questa proposizione: La domanda giudiziale, in cui viene fatto valere un credito ad una prestazione specifica, è individualizzata dai soggetti e dalla prestazione. L'allegazione dei fatto costitutivo ha rilievo solo per Il giudizio di fondatezza e può essere variata sensa determinare mutamenti della domanda: risultato al quale perviene, pur non senza contrasti, una giurisprudenza numerosa e cospicua, La quale ha saputo trarre dalla realtà dell'esperienza giuridica l'insgnamento più fecondo" (Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed Il suo contenuto*, p. 186).

ao discorrer sobre *le domande eterodeterminate* aduz que "è necessario ilustrare in modo più approfondito Il rapporto tra Il diritto ed Il fatto generatore, affinché si precisi il concetto e la rilevanza di questo fatto nelle domande giudiziali esaminate".[123] Em seguida expõe que "se l'attore, che agisce per un credito pecuniario, individualizza il suo diritto con riferimento ad un contratto stipulato un determinato giorno ed avente ad oggetto un preciso impegno del debitore di pagare una somma di denaro, egli fa valere un diritto diverso quando deduce un nuovo e distinto contratto". Ou seja, também para Canova a multiplicidade dos direitos e dos fatos constitutivos se manifestam em uma pluralidade de *fattispecie* fazendo surgir direitos coexistentes, mas seguramente diversos e não intercambiáveis a partir de uma mesma proposição inicial.[124] Obviamente que Canova não extrai a conseqüência de considerar presente a substanciação para determinação do direito, visto que nas ulteriores linhas de seu texto é novamente afirmado de modo claro que "il criterio dell'effetto giuridico affermato nella domanda esprime la sua funzione decisiva" e espanca qualquer dúvida sobre seu entendimento ao afirmar que "la *res in judicium deducta* è proprio e direttamente il diritto, rispetto al quale il fatto svolge un ruolo importante di individualizzazone, ma sempre strumentale". Importante para esse estudo é a demonstração do esforço hercúleo de Canova para rejeitar a imprescindibilidade dos fatos na determinação da demanda de modo essencial e determinante, não meramente instrumental.

Mandrioli sublinha a importância dos fatos para determinação da demanda ao expor que "nel campo dei diritti relativi (ed in particolare dei diritti di obbligazione ad una quantità determinata di cose di genere), poiché il diritto può venire in essere più di una volta tra gli stessi soggetti, ad ogni fatto costitutivo corrisponde un *diverso* diritto, e quindi una diversa *causa petendi* ed una diversa azione".[125] Para Mandrioli a individualização da demanda está *polarizada* na causa de pedir e esta está centrada na identidade do fato. Mandrioli distingue os direitos autodeterminados dos direitos heterodeterminados identificando que nos primeiros a individualização da demanda é polarizada no *petitum* e nos segundos na *causa petendi*. Ou seja, nos direitos a

[123] Cerino Canova, *op. loc. cit.*.

[124].Cerino Canova, *op. cit.*, p. 190.

[125]. Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, I, p. 107 (v. ainda p. 105-109).

uma prestação (direitos relativos) o autor incorpora a idéia da substanciação para identificar a demanda.

Diante dessas considerações, caminha-se para a conclusão já externada no decorrer deste estudo, de que o direito que se busca em juízo é determinante para que se interprete a demanda proposta. A individuação é a que permite identificar as demandas sobre direitos absolutos; ao passo que a substanciação é a única forma possível para individualizar as demandas que versem sobre direito a uma prestação ou ao cumprimento de uma obrigação (direitos relativos ou heterodeterminados). Não existe sistema jurídico que incorpore somente um desses princípios de modo absoluto, donde se extrai que as teorias podem conviver harmonicamente em um único e mesmo ordenamento jurídico.

Essa conclusão também pode ser extraída da leitura de Heinitz feita por José Ignácio Botelho de Mesquita, onde se afirma que somente haverá identidade entre a *relação jurídica* e a causa de pedir quando esta relação "seja o próprio objeto da disputa, mas não basta à individualização da razão feita valer, quando o autor pretenda o reconhecimento de um direito particular derivado daquela relação".[126] A tese de Heinitz, tão complexa quanto precisa, demonstra haver uma simbiose entre as teorias, de modo que nenhuma delas poderia sobreviver isoladamente. Salvatore Satta também reconhece que nos direitos que comportam uma pluralidade de relações com o mesmo sujeito, mesmo para o direito italiano reformado, a modificação da causa de pedir resulta em modificação da demanda em razão da substanciação. Igualmente afirma que em se tratando de direitos reais o fato jurídico ou a causa de pedir não tem qualquer relevância em razão da individuação da demanda pela afirmação do direito (identificação pelo *petitum*).[127]

Não é nenhuma novidade afirmar que tanto o elemento de fato quanto o de direito são, com maior ou menor intensidade, essenciais à identificação das demandas, não se podendo vislumbrar um sistema que adote puramente a individualização, tampouco um que contemple exclusivamente a substanciação. Haverá, sempre, uma interação recíproca entre as teorias. É equivocado afirmar que o direito brasileiro adotou a teoria da substanciação, ainda que haja uma tendência a essa teoria por uma razão histórica que não guarda relação direta e determinante com o direito positivo.

---

[126]. José Ignácio Botelho de Mesquita, "Causa de pedir nas ações reivindicatórias", p. 145.

[127]. Salvatore Satta, *Commentario al Códice di Procedura Civile*, I.II, p. 21-24.

Portanto, não se pode dizer que os fatos são imutáveis no nosso ordenamento jurídico, tampouco que a relação jurídica afirmada seja *modificável* livremente. A mudança dos fatos não necessariamente abala o núcleo resistente da causa da pedir, o que permite ao juiz conhecer fatos novos. A dificuldade é encontrar os limites para que isso ocorra dentro das premissas estabelecidas pelo ordenamento jurídico.

As teorias da individuação e da substanciação complementam-se e servem para que os operadores do direito entendam melhor o problema da identificação da demanda. Na nossa concepção as teorias podem ser consideradas um método de investigação com objetivos absolutamente semelhantes que é o da verificação dos fundamentos da *res in iudicium deducta* ou do objeto do processo. Não identificamos o objeto do processo somente com o seu mérito ou pedido,[128] mas com todo o complexo de fatos jurídicos necessários para individualizar o direito perseguido a cujo respeito o juiz deverá emitir um pronunciamento, compreendendo não somente a parte dispositiva da sentença, mas também os seus fundamentos de fato e de direito necessários para decidir.

As teorias da individuação e da substanciação são, portanto, um *método de investigação dos elementos individualizadores da demanda,* motivo pelo qual não são categorias jurídicas que comportem um tratamento igual em todas as situações possíveis. Como método, podem ser utilizadas com maior o menor intensidade dependendo do direito em que é fundada a ação. Não existe ordenamento jurídico que adote expressamente uma ou outra teoria. A incorporação pelo direito processual de cada país está intimamente relacionada com heranças históricas, mas em nenhum é possível identificar pureza na aplicação prática do conceito de uma ou outra teoria, pois há uma interação entre as espécie conviventes, onde a simbiose entre elas é a forma mais eficaz para que se consiga individualizar a demanda com o escopo de melhor aproveitar o processo como meio eficiente para solucionar os conflitos dentro de uma sociedade complexa.

---

[128]. Como faz Dinamarco para quem a *res in judicium dedecuta* é o próprio objeto do processo.

7. As teorias sobre o objeto do processo

O objeto litigioso ou objeto do processo (*Der Stritgegenstand*) é um tema central do direito processual (todo processo tem um *objeto* em torno do qual orbita um conflito de interesses) que tem repercussão direta e imediata em relevantes figuras processuais como a modificação da demanda, a litispendência, a cumulação de demandas, a correlação entre demanda e sentença e o alcance da coisa julgada material (limites objetivos).[129] Apesar de toda essa importância e relevância até hoje não se chegou a um consenso sobre o que vem a ser o objeto do processo ou, como consagrado na doutrina alemã, o *objeto litigioso*.[130]

Encontrar um conceito unitário é ainda mais difícil quando confrontamos a teoria com as variadas modalidades de tutela jurisdicional (declaratória, constitutiva, condenatória) e com os possíveis direitos perseguidos (heterodeterminados, autodeterminados, absolutos, relativos).

A busca pela delimitação precisa do *objeto do processo* teve início com a separação do direito processual do direito material, pois antes disso o objeto seria sempre o bem da vida disputado (direito material). No entanto, tem-se como inegável que o conceito de objeto do processo é estritamente processual e não de direito material, muito embora

---

[129]. "A identificação das ações oferece problemas particulares no caso de mudanças de demanda durante o processo; problemas complicados pelo fato de que os princípios ora explanados entram em conflito com o princípio da economia dos processos, no sentido de que a pendência do processo faz surgir a natural tendência a utilizá-lo o mais possível, favorecendo a mudança da demanda, especialmente a mudança de *causa petendi*" (Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, I, p. 359-360). No direito austríaco do início do século passado, conta-nos Chiovenda, admite-se a mudança da demanda quando *o magistrado julga que a defesa do réu não seja substancialmente agravada*. *Cfr.*, no mesmo sentido, Juan Picó I Junoy, *la modificación de la demanda en el proceso civil*, p. 23. O referido autor catalão entende que o direito espanhol adotou a teoria de substanciação, onde os fatos não alegados estão submetidos à eficácia (preclusiva) da coisa julgada, conforme preceitua o art. 399.1 da Ley de Enjuciamiento Civil, onde se estabelece que a demanda é identificada pelos fatos que a fundamenta. Para fundamentar esse seu entendimento o autor espanhol cita precedente da SAP de Alicante (Sección 7ª), de 15 de fevereiro de 2005 (Tol 595067) no qual se sustenta que "no puode alterarse la *causa petendi* identificada por los hechos que le sirven de base, de acuerdo con el principio de substanciación imperante en nuestro ordenamiento" (*op. cit.*, p. 26-27).

[130]. Não há consenso nem mesmo sobre a inclusão da causa de pedir no conceito de objeto litigioso ou se esse é composto unicamente pelo pedido ou pelo próprio mérito. Como se exporá ao longo deste estudo, os fundamentos, integrando ou não objeto do processo, são imprescindíveis à identificação da demanda e absolutamente indispensáveis ao exame dos limites objetivos da coisa julgada material. Qualquer comando ou declaração advinda de um pronunciamento judicial somente será identificado e delimitado à luz dos fundamentos que o substanciam.

possa haver influência deste na determinação daquele.[131] Apesar de ser essencialmente teórica, a discussão enseja problemas práticos relevantes e a dificuldade de conceituação não decorre de preciosismos terminológicos ou de sutilezas irrelevantes.[132]

A doutrina alemã, inicialmente, confundia a pretensão de direito material com o pedido ou pretensão processual.[133] Esse equívoco tem sua origem na palavra *Anspruch* (ou pretensão), contida tanto no Código Civil alemão (BGB, § 194), quanto no Código de Processo Civil (ZPO). Ressalte-se que ambas as codificações foram elaboradas nas últimas décadas do século XIX (BGB, em 1896 e ZPO em 1877), quando a separação entre direito processual e material, apesar de anunciada, ainda não havia sido estabelecida em sua plenitude. Isso levou alguns juristas alemães, dentre os quais Friedrich Lent, a erigir teorias sobre o objeto do processo sem a clareza necessária desta separação, mas essas teses foram abandonadas, até mesmo por seus idealizadores.

A identificação do objeto do processo é condição necessária para o pleno exercício do direito de defesa, bem como é o que torna possível a decisão final pelo juiz.[134] Sem essa delimitação precisa a defesa não será eficiente e a decisão não proporcionará o fim do conflito existente entre as partes, fazendo com que a tutela jurisdicional seja parcial e imprecisa, dificultando inclusive o seu cumprimento integral por desconhecimento da dimensão da coisa julgada material produto da atividade jurisdicional.

---

[131]. Explica Liebman que "a distinção entre direito subjetivo material e a ação manifesta-se por vários aspectos. Enquanto o primeiro deles tem por objeto uma prestação da parte contrária, a ação visa a provocar uma atividade dos órgãos judiciários; justamente por isso, o direito dirige-se à parte contrária e tem, conforme o caso, natureza privada ou pública e um conteúdo que varia de caso a caso, enquanto a ação se dirige ao Estado e por isso tem natureza sempre pública e um conteúdo uniforme, qual seja, o pedido de tutela jurisdicional a um direito próprio (embora varie o tipo de provimento que cada vez se pede ao juiz)" (*Manual de direito processual civil*, I, p. 198).

[132]. Schwab, *El objeto litigioso en el proceso civil*, p. 1-4.

[133]. Pretensão processual é um *ato*, não um *poder*, é algo que alguém *faz*, não que alguém *tem*; é uma manifestação, não uma superioridade impositiva da vontade (Carnelutti, *Instituciones del proceso civil*, v. I, p. 31).

[134]. "A palavra *objeto* resulta do encontro da preposição latina *ob* com o verbo *jacio*, dando o verbo composto *objicio*. Ora, *ob* significa *diante*, *defronte*, *à vista*; e *jacio* quer dizer *lançar*, *atirar*, *arremessar*. Daí o significado de *objicio*, que é *propor* (*pro* + *pôr*), ou seja, *pôr diante de*. E *objeto*, que é a forma vernácula do substantivo latino formado a partir desse verbo (*objetctus*), serve para designar *algo que se põe diante* de uma pessoa, ou como alvo de alguma atividade sua" (Dinamarco, "Conceito de mérito em processo civil", p.238).

O objeto do processo não se confunde com o pedido mediato (*bem da vida*)[135] ou com a *pretensão* de direito material, já que a improcedência (sentença declaratória negativa) da demanda levaria ao absurdo de se considerar possível um *processo sem objeto*. Também impediria a identificação do objeto das demandas declaratórias e constitutivas. Essa identificação do *bem da vida* com o objeto do processo somente seria possível nas demandas condenatórias julgadas procedentes, demonstrando que esse critério não é homogêneo e não pode ser alçado à condição de conceito unitário e universal. Esse é em breves linhas o pensamento de Friedrich Lent para quem a determinação do conteúdo da pretensão processual é dada pelo direito material. Apesar de reconhecer a natureza processual do *objeto* e de que não há confusão com o próprio direito material, Lent entende que a pretensão processual (aqui tratada como sinônimo de objeto do processo) é a *afirmação* de um direito ou de uma relação jurídica. Ressalta que se a afirmação do direito constitui o cerne do objeto litigioso, seria intuitivo que este objeto não poderia ser efetivamente o direito material *existente*, mas a mera afirmação da sua possível existência no plano hipotético e, por isso, um conceito processual. Mas o próprio Lent ressalta que essa conceituação está limitada às demandas condenatórias, sendo o objeto litigioso a conseqüência jurídica de conteúdo determinado derivada do estado de coisas exposto na petição inicial.

Esse entendimento traz graves problemas para identificação precisa do objeto do processo, já que não se sabe, p. ex., se o objeto do processo em uma demanda reparatória por descumprimento do contrato de transporte, seria uma obrigação surgida de um *ato ilícito*, da subsunção da norma ao fato ou até mesmo da violação de uma obrigação contratual. Para Lent o direito material é fundamental para identificação do objeto do processo, o que demonstra que seu conceito não se aplica indistintamente a todas as modalidades de prestação jurisdicional e, por isso, não constitui um critério seguro e universal à identificação do objeto litigioso.[136]

A teoria de Lent encontra problemas até quando aplicada a demandas condenatórias. Segundo este monografista, o objeto do processo seria a afirmação do

---

[135]. Milton Paulo de Carvalho, *Do pedido no Processo Civil*, p. 97 ss.

[136]. Friederich Lent, *Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozess,* II *apud* Schwab, *Objeto litigioso en el proceso civil*, p. 13-38. *Cfr.*, ainda, Friederich Lent, *Dirrito processuale civile Tedesco*, p. 149 ss.

direito ou a conseqüência jurídica derivada do estado de coisas delimitada na demanda, ter-se-ia uma cumulação de demandas sempre que houvesse dois fundamentos jurídicos que conduzissem ao mesmo resultado. Ou seja, se o autor pedisse a restituição de um bem fundado em contrato de venda-e-compra e argumentasse que, embora pudesse o referido contrato não existir, ele já o teria adquirido (domínio) por usucapião, o juiz poderia julgar procedente o pedido com fundamento em usucapião e improcedente ao reconhecer a nulidade do contrato. Situação ainda mais inusitada seria a procedência de ambas as "demandas", pois nesse caso o réu deveria lhe entregar duas vezes o mesmo bem da vida perseguido. Se acolhido um dos fundamentos, p. ex., haveria a sucumbência recíproca ainda que o autor tivesse sua pretensão integralmente atendida? [137]

Também para as demandas declaratórias negativas seria inviável admitir essa posição, pois à míngua de uma relação de direito material não haveria propriamente um objeto do processo. As teses (estritamente) materiais não dão resposta ao problema.

Está claro que há apenas uma única pretensão processual revelada pelo pedido, ainda que haja fundamentos distintos de direito material. É possível o ajuizamento de duas demandas, cada qual em um processo e fundada em direito material diverso, mas nesse caso haveria uma relação entre elas (prejudicialidade, conexão *etc.*), o que demonstra que há apenas um único objeto o processo que se funda em dois argumentos jurídicos distintos. Isso ocorre ainda que os argumentos sejam independentes e autônomos, sendo suficiente o fato de conduzirem a um mesmo e um só resultado.

Não é adequado, portanto, identificar o direito material com o objeto litigioso, sendo certo que a maior relevância da doutrina de Lent é ter, por via transversa (ou *a contrario sensu*), demonstrado que esse não é o caminho para se chegar a um conceito universal do objeto do processo. O autor expõe os motivos que levam à procedência do seu direito e é suficiente à procedência (integral) da demanda o acolhimento de um deles, pois todos esses fundamentos têm a aptidão de proporcionar o mesmo resultado prático. E a escolha é do tribunal, em consonância com o velho princípio (adágio) *da mihi factum, dabo tibi jus*. Não há, portanto, identificação entre objeto da demanda e relação jurídica material.

---

[137]. A crítica é de Schwab, *Objeto litigioso en el proceso civil*, p. 21.

A posição *materialista* de Lent, segundo Tarzia, tem origem na sua defesa da teoria da individualização, onde a pretensão deduzida inicialmente não integra o objeto do processo ou apresenta-se como elemento necessário à individualização das proposições jurídicas, mas materializa-se como pressuposto para que seja proferida sentença de mérito favorável ao demandante.[138]

Leo Rosenberg defende tese integralmente processual,[139] em que se busca minimizar toda e qualquer influência do direito material na busca pelo objeto do processo.[140] Para Rosenberg o objeto do processo pode ser definido como *a demanda voltada à obtenção de declaração, suscetível de ser acobertado pela coisa julgada material, de uma conseqüência jurídica, caracterizada pelo pedido apresentado e, se necessário, pelo estado de coisas exposto para fundamentá-la.*[141]

Interessante notar que o *estado de coisas* (que pode ser interpretado como *causa petendi*) somente será considerado *se houver necessidade*. Essa *facultatividade* na avaliação do objeto permite que a definição ganhe um espectro de abrangência maior, já que o estado de coisas não tem relevância nas demandas que visam à tutela meramente declaratória de direitos ou relação jurídica, mas é imprescindível para as demandas que objetivam uma prestação (condenatória). Naquelas, a relação jurídica estará suficientemente individualizada pela própria afirmação (ou alegação) do direito representada pelo pedido, sem que haja a necessidade de fundamentar a demanda por meio de fatos.[142]

---

[138]. Giuseppe Tarzia, *Recenti Orientamenti della Dottrina Germanica Intorno all'Oggetto del Processo*, p. 110.

[139]. O *Manual* de Rosenberg sofreu paulatinas modificações nessa parte. Inicialmente expôs uma teoria sobre o problema que foi radicalmente modificada em edições ulteriores, em razão da influência da teoria Karl Heinz Schwab, que passou inclusive a atualizar o livro de seu mestre. A edição espanhola do consagrado livro foi sensivelmente modificada e não houve nova tradução do livro. Após a morte de Schwab o *Manual* de Rosenberg passou por nova reformulação, onde a teoria de Schwab foi reinterpretada pelos novos atualizadores e teve a sua essência modificada, sobretudo com relação à importância dos fatos e fundamentos jurídicos na delimitação do objeto do processo (o estado de coisas passou a integrar o objeto do processo, o que não ocorre na teoria originalmente concebida por Rosenberg na atualização feita por Schwab).

[140]. Miguel Teixeira de Sousa explica que as teses processuais sobre o objeto do processo "têm por metodologia comum o dualismo entre os conceitos de individualização adjectiva e os conceitos de aferição substantiva" (Miguel Teixeira de Sousa, *O objecto da sentença e o caso julgado material*, p. 98).

[141]. Rosenberg, *Tratado de derecho procesal civil*, p. 27 ss.

[142]. É evidente a crítica que se pode fazer a esse entendimento: a não-homogeneidade do critério e sua variação conforme o problema enfrentado.

Um exemplo auxilia a compreensão. Em uma demanda declaratória de paternidade é mais do que o suficiente a afirmação de que o réu é pai do autor. A demanda está integralmente individualizada, e os fatos que porventura poderiam ser suscitados são todos *fatos simples*, já que somente buscam conferir verossimilhança ao direito afirmado. Seria necessário que o autor afirmasse que houve relação sexual entre o réu e sua mãe nove meses antes do seu nascimento? Delimitar com precisão onde ocorreu a concepção? Esses fatos são absolutamente irrelevantes para delimitação do direito, podendo quando muito confortar o juiz a julgar com base em presunções ou mesmo comprovar o direito afirmado.

Na teoria de Arthur Nikisch o objeto litigioso é definido pela "afirmação de um direito pleiteado pelo autor, sobre o qual pede uma resolução suscetível de ser acobertada pela coisa julgada material". A diferença entre a teoria de Nikisch e Rosenberg reside no fato de este considerar o pedido em si mesmo como elemento identificador do objeto, enquanto aquele foca sua tese na alegação do direito. Nikisch sustenta que o pedido não poderia ser considerado para investigação do objeto do processo, pois nesse caso haveria uma confusão entre pedido e a *ação como ato*, que para Nikisch são coisas diferentes.[143] Esse problema apontado não pode ser um ponto de partida dogmático, pois o autor precisaria enfrentar, inicialmente, a razão pela qual essa aparente confusão entre *pedido* e *demanda* seria inviável para definição do objeto litigioso. Simplesmente afirmar que o pedido não poderia ser considerado – mas sim a afirmação do direito – necessitaria de maiores explicações. Na doutrina de Cândido Dinamarco o *objeto litigioso* é identificado justamente pelo pedido do autor (pedido imediato), delimitado e interpretado à luz da *causa petendi*,[144] posição muito próxima à de Rosenberg. Para

---

[143]. Schwab, *Objeto litigioso en el proceso civil*, p. 59. A crítica também é feita por José Ignácio Botelho de Mesquita que alerta para essa solene e fundamental distinção: não se pode confundir o direito particular ou relação jurídica efetivamente existente, "em perfeita coincidência com a norma abstrata da lei", com a relação jurídica ou o direito particular *afirmado pela parte em sua demanda*, que poderá ou não existir. Essa distinção, enfatiza o mestre, é a superação da distinção entre direito subjetivo e ação e o reconhecimento de que esta existe abstratamente. O reconhecimento dessa distinção basilar nos dias atuais é imprescindível à identificação do objeto do processo que existe independentemente do direito material ou da pretensão processual que a parte busca por meio do processo ("A *causa petendi* nas ações reivindicatórias", p. 150-151).

[144]. Dinamarco, "O conceito de mérito no processo civil", p. 276. Ricardo Barros Leonel fala em pedido iluminado pela causa *petendi* (*Causa de pedir e pedido: o Direito Superveniente*, p. 82). Também para Milton Paulo de Carvalho a causa de pedir é elemento indispensável à identificação do pedido. Ou seja, identificar o objeto do processo com o pedido é insuficiente para singularizar uma demanda (*cfr*. Milton Paulo de Carvalho, *Do pedido no processo civil*, p. 93-96).

Dinamarco a busca do "objeto do processo outra coisa não é, senão a busca do conceito de mérito". Portanto, para Cândido Rangel Dinamarco o mérito corresponde ao objeto do processo, que é a pretensão processual ou simplesmente o pedido.[145]

Apesar dessa aparente divergência entre Arthur Nikisch e Leo Rosenberg é importante ponderar que a essência da teoria de Nikisch muito se assemelha ao que preconiza Rosenberg: ao discorrer sobre a individualização da demanda Nikisch sustenta que a alegação do direito será condicionada pelo pedido, que fará com que a pretensão processual seja distinguível de todas as outras possíveis. Essa individualização da demanda, no entanto, não é referida pelo jurista como um *direito individualizado*, tampouco como obrigação do demandante em emoldurar o direito em determinada classificação jurídica. Ou seja, nas demandas declaratórias, também para Nikisch, a afirmação do direito será suficiente para individualizar a *afirmação*, coincidindo nesse caso com o próprio pedido deduzido.

Nas demandas constitutivas e condenatórias é imprescindível a análise do *estado de coisas* e do pedido ou, na terminologia do autor, a afirmação jurídica deve ser permeada pela descrição dos fundamentos que lhe dão base, de modo que os fundamentos a um só tempo justificam a afirmação e individualizam a demanda. Com algumas divergências colaterais e terminológicas, as teorias de Nikisch e Rosenberg são muito parecidas e conduzem ao mesmo resultado prático, pois o ponto nodal é justamente a existência de um *pedido individualizante* (autoindividualizados, direitos absolutos) ou de um pedido que exige fundamento para sua proposição.

Schönke define o objeto litigioso como "o pedido do autor para que pronuncie, mediante sentença, a conseqüência jurídica de um evento (fato-tipo ou

---

[145]. Dinamarco, "Conceito de mérito em processo civil", p. 238; *cfr*. ainda, p. 210 e ss. (nn. 114-119). No entanto, Dinamarco não enfrenta a questão sob o enfoque das diversas modalidades de tutela jurisdicional, o que enriqueceria o debate da matéria. Para Liebman "o conhecimento do juiz é conduzido com o objetivo de decidir se o pedido formulado no processo é procedente ou improcedente e, em conseqüência, se deve ser acolhido ou rejeitado. Todas as questões cuja resolução possa direta ou indiretamente influir em tal decisão formam, em seu complexo, o *mérito da causa*" (*Manual de direito processual civil*, I, n. 80, p. 222-223). Aderente ao conceito de individuação da demanda, Garbagnati entende que o mérito está limitado ao "grupo das questões relativas à existência do fato constitutivo do direito perseguido processualmente pelo autor e à escolha e interpretação das normas jurídicas a serem aplicadas a ele ("Questioni preliminari di merito e questioni pregiudiziali" *apud* Liebman, *op. cit.*, nota n. 7, p. 223).

Tatbestand) material".[146] A diferença da teoria de Schönke em relação à teoria de Nikisch e Rosenberg consiste na necessidade de consideração do estado de coisas e do pedido para toda e qualquer demanda, ainda que o pedido seja de declaração de direito ou de relação jurídica. Essa necessidade de consideração sobre os fatos e seu enquadramento jurídico faz com que a teoria de Schönke seja objetivamente emoldurada na chamada teoria da *substanciação*,[147] diferenciando-se dos outros pensadores que nitidamente têm um entendimento casuístico sobre a importância dos fatos e sua imprescindibilidade para identificação do conteúdo do objeto litigioso. Portanto, o pedido não seria nessa teoria suficiente para sua individualização.

Curioso que o mesmo Schönke em obra ulterior, apesar de insistir com entendimento de que o pedido e o estado de coisas são necessários para identificação do objeto do processo também nas demandas declaratórias, introduz interessante entendimento novo segundo o qual essa idéia não mais se aplicaria em demandas declaratórias negativas, sendo suficiente, nestas, que se indique a relação jurídica cuja inexistência seja afirmada. É nítida a guinada para a teoria da individualização, onde o estado de coisas não seria mais integrante do conteúdo do objeto do processo.[148]

É inegável a influência da doutrina alemã na teoria concebida pelo italiano Cerino Canova, sobretudo da última geração (neo-materialistas), pois sua teoria, quase abandonando a clássica concepção dos três *eadem*, defende uma clara identificação do objeto litigioso com o direito material. Para Canova "l'individuazione del diritto, e della domanda, attraverso il contenuto ed i soggetti si giustifica appunto com l'unicità ed irripetibilità della medesima situazione sostanziale".[149] Claramente adepto da teoria da individuação, máxime no que concerne aos direitos *autodeterminate*, Canova expõe uma teoria muito semelhante à terceira fase da doutrina alemã, onde o objeto do processo não é propriamente material, mas tem severa influência deste, não dispondo de autonomia

---

[146]. Schwab, *El objeto litigioso en el proceso civil*, p. 73. Segundo Schwab, *Tatbestand* é o *estado de coisas* em que o autor fundamenta o seu pedido (*op. loc. cit.*). Apesar de significar simplesmente "evento", *Tatbestand* deve ser compreendido como evento juridicamente relevante (fato jurígeno).

[147]. "No es tarea de las partes señalar las normas que fundan sus solicitudes... y si lo hacen, es indiferente si señalan una o varias" (as palavras são de Schönke, *apud* Schwab, *op. cit.*, p. 74-75). Portanto, também na teoria de Schönke é irrelevante o fundamento legal invocado, importando apenas os fatos tal como narrados e provados.

[148]. Schwab, *Objeto litigioso en el proceso civil*, p. 81, esp. nota 3.

[149]. Cerino Canova, "La domanda giudiziale ed il suo contenuto", p. 177.

absoluta e total desvinculação da pretensão material ou da posição jurídica afirmada (tese materialmente orientada).

O direito brasileiro foi confessadamente influenciado pelo método de investigação italiano, onde as teorias são erigidas sob a concepção da tríplice identidade (*tria eadem*). As partes, a causa de pedir e o pedido são os elementos que identificam a demanda pendente. A tese desenvolvida é eminentemente *processualista*, mas tem a vista posta na relação existente entre direito material e direito processual.[150]

Essa relação íntima entre direito e processo é bem acentuada na doutrina de Carnelutti para quem o processo é servido pelo direito material, havendo uma interação dupla e recíproca. O processo é um *método* para formação ou para a atuação do direito, cujo objeto é um conflito de interesses entre sujeitos (elemento material), qualificado por uma pretensão resistida (elemento formal), que precisa ser regulado pelo Estado por meio do processo (direito judicial).[151] O conteúdo do processo, para Carnelutti, é o *litígio*.

A identificação da *lide* para Carnelutti decorre da conjugação de três elementos: sujeitos, objeto e pretensão. A pretensão, como afirmação ou declaração de um direito, pode ser proposta tanto por quem efetivamente tenha o direito, quanto por quem porventura não o tenha, podendo, por isso, ser fundada ou infundada, permitindo que se afaste a idéia de que o objeto do processo identifica-se com direito material, pois ainda que o direito não exista, terá existido a pretensão e por isso um objeto litigioso. Pretensão é o interesse do titular do direito de pôr o obrigado em estado de subordinação, o que se obtém exclusivamente pelo *processo*, única forma possível de vencer a *resistência à subordinação*. A manifestação da resistência é a contestação que faz da pretensão uma *controvérsia* a ser solucionada pelo Estado-juiz. [152]

Para Karl Heinz Schwab o "objeto litigioso es la petición de la resolución judicial señalada en la solicitud".[153] Essa definição é, segundo Schwab, universal, posto aplicável a todas as *ações* e a *todos os fenômenos processuais*. O direito material não

---

[150]. *Cfr.* Sergio Menchini, *I limite Oggettivi del Giudicato Civile*, p. 45 ss. e José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil*, p. 48 ss.

[151]. Carnelutti, *Instituiciones del proceso civil*, v. I, p. 22-23.

[152]. Carnelutti, *op. cit.*, p. 31.

[153]. Schwab, *El objeto litigioso en el proceso civil*, p. 263.

exerce influência na identificação do objeto, tampouco o estado de coisas ou os eventos carecem de significado autônomo, não sendo integrante do objeto do processo.

É possível identificar uma sucessão histórica sobre o entendimento acerca do objeto do processo. Inicialmente havia uma identificação do objeto do processo com a própria pretensão processual. Logo foi verificado que não havia essa relação, pois poderia haver casos em que o processo não teria sequer objeto (demandas declaratórias negativas e, nessa qualidade, todas as demandas improcedentes). Então essa idéia inicial foi abandonada surgindo novas teorias, ditas processuais, que culminaram na teoria *ultra-processualista* concebida por Karl H. Schwab.

Para José Frederico Marques o objeto da *ação* é o "bem jurídico que constitui objeto do interesse de agir e o bem jurídico em torno do qual gravita o conflito de interesses que a pretensão qualifica". Esse conceito, claramente haurido nas lições de Carnelutti, é complementado pela idéia corrente na doutrina que divide o objeto da *ação* em *imediato* e *mediato*, onde este é corporificado pelo bem da vida (corpóreo ou imaterial) que se pede e aquele é a tutela jurisdicional invocada (provimento). Para conceituação da causa de pedir, o consagrado autor pátrio abeberou-se nas lições de Liebman, limitando a descrevê-la como *fundamento jurídico* constituído pelos fatos jurídicos que o autor fundamenta sua demanda.[154]

A pretensão, ou *a exigência que o autor formula ao propor a ação* (portanto, o *pedido*), é o objeto do processo. Mas o direito de ter uma pretensão decidida é condicionado a certos requisitos (pressupostos processuais e condições da ação) que levam à conclusão de que o objeto do processo deve ser, na teoria de Frederico Marques, separado entre objeto material – a pretensão – e objeto formal, que são os atos do procedimento que criam a relação jurídica processual entre autor e réu e o direito de ação.[155]

---

[154]. Frederico Marques, *Instituições de direito processual civil*, II, p. 35. "O titular da pretensão propõe a ação e o órgão jurisdicional, assim provocado e posto em movimento, irá decidir da aludida pretensão. Para tanto, ouvirá o sujeito passivo da pretensão, colherá os elementos necessários para aplicar o direito objetivo, com perfeita exação, e dará, finalmente, a cada um aquilo que é seu" (Frederico Marques, *Instituições de direito processual civil*, II, p.67).

[155]. Frederico Marques, *Instituições de direito processual civil*, II, p. 69-70.

Ulteriormente, verificou-se que há uma indissociável relação entre o direito processual e o direito material, onde o processo é o meio de efetivação dos postulados contidos no ordenamento jurídico material. No próprio processo discutem-se *questões* jurídicas de direito material, reconhecendo que o processo civil somente poderá ser compreendido, corretamente interpretado e aplicado se for considerada essa relação de complementaridade existente entre o direito civil material e processual. As teses que reconhecem a importância do direito material para identificação do objeto do processo são denominadas de *teses materialmente orientadas*.[156]

8. A alteração da demanda à luz da teoria do objeto do processo

Não há dúvida que a modificação da demanda ocorrerá quando houver alteração do objeto litigioso ou, dito de outro modo, quando houver mutação da *pretensão processual* substituindo-se (ou justapondo-se a) aquela constante do ajuizamento da petição inicial por outra, inédita, deduzida no curso do processo. A dificuldade certamente não reside na definição do que vem a ser a *modificação da causa de pedir*,[157] mas na identificação dos elementos que a compõem e no exame das mais diversas variações possíveis e dos limites e zonas de penumbra que se formam.

O problema é ainda mais tormentoso se houver a intenção de formular uma teoria pura, unitária e homogênea aplicável a todas as hipóteses e a todas as *modalidades* ou *formas* de tutela jurisdicional. Ainda mais complexo e quiçá impossível será estabelecer uma teoria aplicável a todas as figuras e institutos afins (conexão, cumulação, modificação da demanda e, principalmente, para delimitação dos limites objetivos da coisa julgada material). Desde logo é possível assegurar que será um desafio muito grande encontrar uma solução *única* que atenda a todas as hipóteses de direitos, conferindo o mesmo tratamento para os quase infinitos interesses protegidos e tuteláveis pela intervenção do Estado-juiz por meio do processo.

---

[156]. Wolfram Henckel, *Parteukehre und Stritgegenstand im Zivilprozess*, *apud* Mariana França Gouveia, *A causa de pedir na acção declarativa*, p. 50-51.

[157]. Modificação, alteração, mutação são aqui tratadas como sinônimo (*cfr.* Milton Paulo de Carvalho, *Do pedido no Processo Civil*, p. 93-94.

A teoria de Schwab sobre o objeto do processo tem um confessado propósito de evitar que haja reiterações de pretensões processuais exigindo da parte a apresentação de todos os fundamentos jurídicos que possam amparar o pedido final, permitindo que em um mesmo processo seja potencialmente possível a resolução de toda a crise de inadimplemento ou certeza que decorra do pedido formulado, pondo fim à lide (conflito de interesses) existente entre as partes.[158] Esse mesmo problema é identificado por Chiovenda, que apesar de constatá-lo não entende possível a mesma solução concebida por Schwab, já que não comunga com o conceito de objeto do processo concebido pelo jurista alemão, notadamente pelo fato de o autor italiano identificar a demanda pelos três consagrados *eadem* (partes, causa de pedir e pedido).[159]

Não se pode negar que esse *ideal* é deveras sadio e certamente proporcionaria maior efetividade ao processo e brevidade na solução definitiva do problema, ainda que provoque uma demora na solução final do processo pendente. Para Schwab somente a alteração do pedido é apta a desencadear uma alteração na demanda proposta. Ou seja, haverá modificação da demanda se for pedido no curso do processo uma *condenação* a uma *prestação distinta* da inicial, uma *declaração de direito diversa* daquela contida na demanda proposta, uma *conseqüência jurídica distinta* ou uma *constituição diversa* da contida na petição inicial.[160] Fora dessas hipótese, na teoria concebida por Schwab, a parte que alterar a fundamentação (ou o estado de coisas) não promoverá alteração alguma, impondo o conhecimento dessas novas questões pelo juiz ou, nas palavras do autor, *la fundamentación de la demanda carece de significación para la definición del objeto litigioso*.[161]

A única situação que Schwab entende que deverá ser levada em consideração a fundamentação do pedido é nas *demandas condenatórias*, mas somente para se identificar o *pedido* deduzido, já que é possível que uma mesma dívida em dinheiro tenha origens em situações distintas.

---

[158]. "mediante su solicitud y la petición derivada de ésta, el actor fija los límites del litigio. En esse proceso puede y debe alegar todo lo que sirva de fundamento a esa petición, a fin de posibilitar un tratamiento exhaustivo del 'caso litigioso' y de evitar procesos ulteriores sobre la misma petición" (Schwab, *El objeto litigioso en el proceso civil*, p. 156).

[159] Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, I, p. 359 ss.

[160]. Schwab, *El objeto litigioso en el proceso civil*, p. 242.

[161]. Schwab, *op. cit.*, p. 250.

O exemplo que a seguir se lê ilustra o que foi dito acima: *Tício* pede a condenação de *Caio* em dez mil sestércios em razão dos danos causados à sua propriedade. Sustenta Tício que esses valores devem ser pagos em razão de Caio ser locatário do imóvel e haver determinação contratual de devolução do bem no mesmo estado em que estava quando do início do contrato. Se no curso da demanda seja provado que Caio jamais locou o imóvel de Tício (o contrato seria nulo), mas é comprovado que todos os danos foram efetivamente causados por Caio ao imóvel de Tício, deverá ser acolhido o pedido para que Caio pague pelos prejuízos causados, não importando se os danos devem ser reparados por esse ou aquele motivo (responsabilidade contratual ou aqüiliana). Daí a irrelevância da motivação na doutrina de Schwab.

É possível, por outro lado, que a demanda inicial aforada por *Tício* contra *Caio* seja rigorosamente a mesma da descrita acima. Caso no curso dessa demanda verifique-se que inexistiu qualquer dano no imóvel, não poderá Tício afirmar no curso do processo que ainda assim Caio lhe deve os dez sestércios em razão de um contrato de mútuo celebrado entre as partes. Nessa hipótese, apesar de o pedido ser o mesmo (condenação em dez mil reais), a fundamentação serve para identificar que na verdade não são, pois os dez mil sestércios (não-obstante tratar-se de bem fungível) não são os mesmos pedidos na petição inicial. No primeiro exemplo não há modificação alguma da demanda (ainda que tenha havido alteração no estado das coisas afirmado na petição inicial); no segundo exemplo está caracterizada modificação da demanda, visto que o pedido é apenas aparentemente o mesmo, mas na verdade refere-se à outra situação de direito material antes não referida.[162]

É determinante para que haja modificação da demanda saber se, ao interpretar a motivação, é pedida *prestação jurídica* diversa. A essa situação em que se investiga o estado de coisas para saber se ocorreu litispendência, coisa julgada, cumulação de demanda, alteração da demanda ou se há perfeita correlação entre o pedido e a sentença, Schwab limita-se a dizer que a *fundamentação* exerce uma função *individualizadora*, mas resiste em inserir os motivos que sustentam o pedido no conceito de objeto litigioso do

[162]. Sobre a possibilidade de modificação dos elementos objetivos da demanda em razão de fato novo resultante da prova realizada nos autos, *cfr. infra* nn. 22-25, esp. n. 25.

processo,[163] pois seu entendimento parte da premissa de que não há cumulação de demandas quando se tem várias alegações que conduzem ao acolhimento de único e mesmo pedido. E por isso não poderia haver *modificação* a introdução de um novo fundamento de fato ou de direito – desde que mantido inalterado o *pedido* –, pois se não provoca a cumulação não poderia resultar em modificação da demanda (sobre os limites de modificação, *cfr. infra*, n. 25).

A tese de Schwab alarga o entendimento aplicável por alguns autores ao processo matrimonial (em que o *ZPO* obrigava a parte a deduzir todos os fundamentos que conduzam à procedência sob pena de não poder alegar em outro processo) e por outros às demandas declaratórias, para todos os tipos de tutela jurisdicional e para todos os direitos materiais, conferindo a essa tese uma suposta validade universal. Ou seja, o pedido exerce verdadeira preponderância na definição do objeto do processo, já que Schwab constatou que o objeto do processo – na maioria dos casos – prescinde dos fatos para ser individualizado (identificado).

Não importa o que estabelece o ordenamento jurídico-positivo, pois o que se pretende é o estudo de uma fórmula que melhor atenda aos interesses dos litigantes. É evidente que para que se possa aplicar uma tese como essa é necessário romper com premissas do sistema processual vigente, mas alguns conceitos de identificação do objeto do processo são pertinentes e aplicáveis ao processo civil brasileiro.

O próprio Schwab, ao discorrer sobre os efeitos da sua teoria à coisa julgada, acaba violando seu próprio entendimento, já que os fatos passam a ser relevantes para identificação dos limites objetivos da coisa julgada, a fim de permitir novas discussões diante de um mesmo pedido.[164] Está claro, portanto, que a teoria construída é defensável somente em abstrato. As recentes leituras da tese de Schwab, inclusive, ponderam que o pedido a que se referia o monografista deveria ser interpretado *interiormente* e, por conseguinte, os fatos passariam a ter o seu valor para delimitação do objeto do processo. O próprio *Zivilprozessrecht* de Leo Rosenberg, que passou a ser uma

---

[163]. "Sólo em algunos casos el estado de cosas expuesto con fines de fundamentación sirve para individualizar, pero nunca con la consecuencia de convertir el estado de cosas em elemento del objeto litigioso" (Schwab, *El objeto litigioso en el proceso civil*, p. 251.

[164]. Schwab, *op. cit.*, p. 185 ss.

obra coletiva (15ª ed., 1993), deixa de adotar o entendimento das versões anteriores, introduzidos pelo próprio Schwab no conhecido *manual* desde a sexta edição, afirmando, inclusive, que o próprio Schwab não ignorava os fatos para delimitação do objeto litigioso.[165]

Para Rosenberg há alteração da demanda quando verificada modificação do pedido ou, quando haja necessidade de descrição do estado de coisas, também a sua modificação implica a modificação da demanda, pois dará lugar a uma nova pretensão no lugar da antiga ou junto a esta.[166] Ou seja, nas demandas em que se visa à declaração de um direito ou de uma relação jurídica somente a alteração do pedido configura modificação da demanda.[167] Todos os demais elementos podem ser livremente modificados sem que haja o risco de mutação da demanda originariamente proposta.

O estado de coisas não se confunde com o ponto de vista jurídico, este é a qualificação do estado de coisas (subsunção do fato à norma). O estado de coisas são os eventos e os fatos descritos necessários à identificação do objeto litigioso, sempre em cotejo com o pedido deduzido. Por essa razão, a análise equivocada dos fundamentos jurídicos e aplicação errada do direito aos fatos é erro de julgamento que permite a interposição de recursos, mas passa em julgado, não autorizando propositura de nova demanda, pois não haverá novo estado de coisas, somente divergência jurídica na aplicação do direito à espécie.

Para Rosenberg, portanto, se uma demanda reivindicatória é proposta com fundamento no contrato de compra-e-venda, mas se verifica no curso do processo a nulidade deste, caso o autor tenha posse suficiente e comprovada à caracterização de usucapião não haveria qualquer modificação da demanda e o juiz estaria autorizado a julgar procedente o pedido com fundamento diverso daquele contido na petição inicial. Nessa hipótese haveria alteração da fundamentação do pedido, mas não por isso seria

---

165. Mariana França Gouveia, *A causa de pedir na acção declarativa*, p. 45.

166. "Modificación de la demanda es el cambio de la petición presentada o, allí donde La petición lecesita um fundamento, de las circunstancias de hecho sobre que se demanda; es decir, el planteamiento de uma *nueva* pretensión em lugar de La anterior o junto a ella. Por ello debe negarse La modificación de La demanda cuando, a pesar de posibles cambios, se mantiene la identidad de la pretensión" (Rosenberg, *Tratado de derecho procesal civil*, II, p. 40).

167. "Es evidente que los câmbios en el fundamento de lãs *relaciones juricas prejudiciales* que no sono objeto litigioso, por ej., de la propriedad en el caso de la reivindicación, tampouco producen modificación de la demanda" (Rosenberg, *op. cit.*, p. 41).

modificada a identidade do objeto litigioso. Portanto, a modificação dos fundamentos jurídicos de direito material não constituem modificação da demanda nas *ações declaratórias*.

No entanto, essa idéia *liberal* no que concerne à alteração do estado de coisas nas demandas declaratórias traz uma conseqüência gravíssima e sustentável apenas com mudança na legislação (ao menos para o direito brasileiro). Para que haja coerência no posicionamento de Rosenberg é necessário que a parte deduza todas as causas de pedir possíveis quando propõe uma demanda visando à declaração de um direito ou de relação jurídica. Caso não o faça e também não introduza esse fato novo no curso do processo não poderá mais ajuizar demanda com o mesmo pedido, já que estaria obstada pela litispendência (caso ultrapassado o *momento* processual adequado ou eficaz para introduzir a *nova causa*) ou pela coisa julgada. Se de um lado a parte tem a faculdade de modificar os fundamentos do seu pedido ela também tem o *ônus* de fazê-lo sob pena de suportar as conseqüências da sua inércia.[168]

A concepção de Rosenberg é em tudo condizente com a intenção de debelar uma crise de certeza pelo processo. Ou seja, proposta uma demanda declaratória as partes poderão livremente alterar os fundamentos da *ação* e da *defesa*, mas ao final do processo a solução dada à causa é definitiva, pois põe fim de forma irreversível à crise existente no plano material (restando apenas a ação rescisória para desconstituir o julgado). A única exceção feita por Rosenberg refere-se ao fato superveniente, este sempre permitirá uma nova demanda, ainda que com o mesmo pedido, já que esse fato jurídico não era dedutível ao tempo da demanda anterior. Rosenberg, no entanto, não explicita se o fato novo é somente aquele ulterior à sentença ou se também estaria incluído o fato superveniente ao ajuizamento da petição inicial (ou se o fato novo pode ser todo e qualquer fato não apreciado no processo precedente cujo conhecimento seja superveniente).[169]

Essa posição de Rosenberg é fruto de claríssima influência do pensamento de Schwab sobre sua teoria[170], do que resulta que ela padece dos mesmos

---

[168]. "La parte que omite la conducta procesal que la ley le impone, sufre las consecuencias de su omisión" (Couture, *Fundamentos del derecho procesal*, n. 320, p. 490).

[169]. Sobre o fato superveniente, sua interpretação e definição *cfr. infra,* n. 11-14.

[170]. Schwab orgulha-se de ter influenciado Rosenberg, seu mestre, nesse particular. Não se tem conhecimento de nenhum texto onde Rosenberg desenvolve essa idéia contida na *sexta* edição de seu manual de direito

vícios e inconsistências quando aplicada à disciplina da coisa julgada. Apesar de discorrer superficialmente sobre esse ponto, é possível afirmar que Rosenberg também não tem resposta para aplicação dessa concepção – notadamente no que se refere às demandas declaratórias – à disciplina da coisa julgada, pois levar esse entendimento às últimas conseqüências certamente impediria que muitas questões e fatos jurídicos jamais apreciados pelo juiz pudessem ser levados ulteriormente sem que haja violação à *res judicatæ*.[171]

Também para Nikisch haverá modificação da demanda quando for alterado o estado de coisas ou o pedido. Mas pondera que nem sempre haverá alteração da demanda ainda que haja modificação desses dois elementos. Entende o monografista que se um pedido declaratório de dívida passar a ser condenatório pela quantia a ser declarada não haverá mutação da demanda, já que nessa hipótese a pretensão restaria inalterada na medida em que não haveria mudança no seu elemento identificador que á a *afirmação do direito*. Essa posição não tem adeptos no direito alemão, pois nem mesmo para Lent, que tem no direito material a base para delimitação da demanda, isso seria possível, pois haveria uma mudança na *conseqüência jurídica* e no próprio *pedido*, o que importaria em modificação da demanda.

Modificado o estado de coisas, restará alterada a demanda, a menos que o estado de coisas não seja necessário para individualizar a pretensão processual. Portanto, o entendimento de Nikisch é o mesmo de Rosenberg, nesse particular. A conclusão de ambos é idêntica quanto ao alcance da coisa julgada nas ações declaratórias, pois os autores identificam o objeto do processo com o pedido e por isso toda e qualquer causa que possa levar à procedência estará imunizada pela *auctoritas rei judicatæ*. Somente os fatos novos darão ensejo a uma nova demanda declaratória com o mesmo pedido.

(tratado de direito processual) e não parece tratar-se de posição convicta, visto que os atualizadores que se seguiram a Schwab modificaram o texto nessa parte.

[171]. Ao aplicar essa tese de modo coerente à disciplina da coisa julgada, ganha-se um novo problema de dificílima solução: a demanda rescisória fundada na literal violação da lei somente poderá ser proposta em relação ao que foi efetivamente decidido. As questões não decididas – porque não trazidas tempestivamente – serão acobertadas definitivamente pela *res judicata*. Essa projeção da coisa julgada aos fundamentos jurídicos não invocados não tem reconhecimento entre nós (está além da sua *eficácia preclusiva*) e, por isso, a solução coerente e uniforme faz com que a teoria seja insustentável. Não foi por outra razão que Schwab acabou por introduzir o estado de coisas na identificação da coisa julgada. Apesar de incoerente, o jurista alemão soube resolver, ao menos praticamente, o problema que ele próprio criou.

Se na demanda declaratória somente há relevância o pedido deduzido, nada importa que fatos novos que modifiquem o estado de coisas façam com que a demanda declaratória pendente seja individualizada e condicionada por esses novos fatos, convolando-se em demanda condenatória. Esse ponto foi inclusive ressaltado pelo legislador brasileiro ao reconhecer na sentença que reconhece uma dívida a aptidão para instaurar o exercício da jurisdição *in executivis*.[172] Não haveria, portanto, modificação do pedido, mas as provas e os fatos reconhecidos no curso do processo permitirão ao juiz a condenação por valor certo e determinado ou a declaração do montante exato da dívida.

Mariana França Gouveia propõe inovadora e pertinente tese sobre os limites em que poderá ocorrer a alteração do objeto. Para a conceituada estudiosa "haverá alteração da causa de pedir apenas quando nenhum dos novos factos principais já tiver sido alegado. E, ao contrário, não haverá alteração quando pelo menos um desses factos principais seja comum aos alegados originalmente e aos alegados em sua alteração".[173]

Os autores alemães erigiram suas teorias com amparo em uma lei específica sobre anulação e divórcio, que hoje está revogada. Por força do §§ 614 e 616 do Código de Processo Civil alemão (ZPO, frise-se, hoje alterado) nas demandas visando à anulação do matrimônio ou o divórcio o autor é obrigado a deduzir todas as causas possíveis para que o julgamento seja favorável. Ou seja, o *objeto litigioso* será sempre a *dissolução do vínculo matrimonial*.[174] Por essa razão é possível introduzir novos fundamentos no curso do processo. Essa era uma opção legislativa – que não vigora mais – que estabelecia apenas uma única chance para parte pleitear a dissolução do vínculo

---

[172]. A reforma introduzida pela lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005 acrescentou o art. 475-N ao Código de Processo Civil e em seu inciso I estabeleceu que é apta a desencadear a fase de execução do julgado a "a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia". Ou seja, o entendimento defendido por Nikisch foi recentemente incorporado pelo direito brasileiro. A interpretação desse dispositivo vem causando certa controvérsia entre nós, mas alguns autores, como Teori Albino Zavascki, já defendiam essa possibilidade antes mesmo da modificação legislativa (*Título executivo e liquidação*, p. 101-106. *cfr.* ainda, do mesmo autor "Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados", p. 45).

[173]. Mariana França Gouveia, *A causa de pedir na acção declarativa*, p. 508. V. também p. 306 ss. onde a monografista explicita de forma mais aprofundada essa sua conclusão.

[174]. Claríssima influência da individuação.

matrimonial. A doutrina alemã não questionava esse entendimento, já que estava expresso em lei.[175]

No entanto, o entendimento de Rosenberg e Nikisch no que se refere às demandas que objetivam a declaração de um direito ou de uma relação jurídica não tinha e não tem previsão específica na lei, tal entendimento é fruto de uma profunda análise do *modo-de-ser* dessas demandas, mas possivelmente influenciado pela disciplina jurídica aplicável à anulação de casamento e divórcio. Para os consagrados juristas o objeto litigioso seria definido exclusivamente pelo pedido e a conseqüência desse entendimento é a possibilidade de no curso do processo serem introduzidas novas causas que levem à procedência da demanda.

Isso significa que é possível haver alteração dos fundamentos da demanda sem que se altere o objeto litigioso do processo, de modo que não haveria violação alguma à lei que estabeleça vedação à alteração da causa de pedir, pois essa, em essência, não seria alterada. Essa solução não tem respaldo específico na lei germânica, e por isso não se pode ignorar esse entendimento no direito pátrio, já que a construção dessa teoria não tem relação com qualquer autorização legislativa. Ou seja, na teoria concebida a vedação à modificação da causa *petendi* não seria abalada, de modo que seria possível que essa solução tivesse aplicação também para o direito brasileiro, sem que houvesse a necessidade de modificação legislativa.

A lei impede a alteração do objeto do processo, mas não impede que fatos simples sejam introduzidos com vista à comprovação do direito afirmado. Essa ponderação é de extrema utilidade para esse estudo, pois muitos fatos e fundamentos jurídicos que se poderiam considerar integrantes da causa de pedir e do objeto do processo, na teoria desses conceituados autores, não integram. Se não são elementos essenciais à delimitação da demanda, pode haver livremente mudança desses fundamentos, sem que isso viole o objeto da demanda estabilizado. É difícil para o jurista nacional a assimilação dessa idéia, pois a influência de certos dogmas e conceitos não são facilmente digeridos

[175]. Não foi possível apurar a influência do fato novo durante a vigência deste dispositivo na ZPO, mas aplicando a teoria concebida por Rosenberg, sempre em vista do fato novo será permitida a propositura de nova demanda.

pelos estudiosos deste país.[176] A lei corretamente não defini o que vem a ser a causa de pedir, e por essa razão devem ser revisitados os institutos processuais, buscando novos e mais modernos entendimentos, onde os velhos postulados devem ganhar novas premissas em busca de fazer do processo um instrumento de alcance poderoso para pacificação dos conflitos com o menor dispêndio de energia possível.

Não deveria causar qualquer espanto, diante do conceito de tutela declaratória e de seu confessado objetivo de eliminar a dúvida sobre determinado direito ou relação jurídica (debelar a crise de certeza), a possibilidade de o método de solução de controvérsia oferecido pelo Estado ter a aptidão de, ao seu termo, trazer uma solução definitiva da causa, não deixando margens para ulteriores questionamentos.

Nessa perspectiva, portanto, muitos processos poderiam ser julgados pelo mérito quando o produto obtido ao fim da fase instrutória demonstrasse que o autor tem razão e que seu pedido deverá ser julgado procedente, ainda que verificado que os fatos descritos na petição inicial não ocorreram, mas outros motivos levam ao mesmo resultado pretendido (*cfr. infra*, n. 25). Deixar de entregar a tutela jurisdicional a quem tem razão é privar o sistema processual de atingir o seu resultado útil. Vale aqui destacar as nobres palavras de Friederich Lent, segundo as quais "a maggior ragione il processo come lotta abbisogna di norme sul comportamento delle parti, non dovendo vincere il più forte o il più abile, ma chi ha ragione, indipendentemente dalla sua abilità nel condurre il processo. Lo scopo del porcesso è la vittoria del diritto e non della furberia e degli stratagemmi".[177] E tudo aquilo que fizer com que o processo afaste-se deste propósito deve ser prontamente rechaçado em prol deste escopo político fundamental do processo.

Na concepção erigida por respeitáveis juristas alemães a alteração dos motivos que levam à procedência do pedido não traz nenhuma repercussão no objeto do processo ou na sua causa de pedir, sendo portanto harmônico com todo e qualquer sistema processual, ainda que rígido pautado por preclusões irreversíveis (sistema preclusivo adotado pelo Código de Processo Civil brasileiro).

---

[176]. A herança histórico-cultural brasileira e a definição da doutrina e jurisprudência sobre a aceitação implícita da substanciação constituem um impedimento de fato para incorporação dessa teoria entre nós.

[177]. Friedrich Lent, "Obblighi e oneri nel processo civile", p. 150.

Caberá ao juiz garantir que nenhum outro princípio seja violado, assegurando que nenhuma das partes tenha prejuízos com eventuais surpresas e, por isso, possam livremente manifestar-se e participar do processo em busca de influenciar na decisão a ser proferida ao final. Também deverá ser sopesado se não há má-fé da parte e se é possível compatibilizar os novos fundamentos com a fase em que o processo estiver. Mas aproveitar um mesmo processo instaurado, evitando-se um *futuro e certo* processo ulterior, é uma forma sadia, prática e em tudo condizente com a solene promessa constitucional de entregar a quem tem razão a tutela jurisdicional integral e em prazo razoável, sem provocar dano justamente àquele que deveria ter seu direito assegurado sem ter que passar pelo tormento do processo. Note-se que *prazo razoável* pode significar longos anos, mas é suficiente que se entregue a tutela de forma mais abreviada possível, o que certamente exige que se extraia do processo tudo aquilo que ele pode oferecer.

Sob novas premissas, ainda que fundadas em velhas teorias, deve ser analisado o tema da elasticidade da causa de pedir e do objeto do processo, pois somente uma visão abrangente e consciente da dificuldade de chegar ao fim do processo com um resultado útil poderá trazer uma evolução à ciência em benefício daqueles que se valem do processo para proteção e efetivação de seus direitos. Indo um pouco além de Chiovenda, o processo não pode causar dano a quem tem razão e deve evitar ao máximo trazer benéfico àquele que não tem razão. Proteger os interesses daqueles que *não têm razão* só se justifica em abstrato, ao predefinir regras de pura técnica processual e que façam justiça na maior parte dos casos, mas caberá ao intérprete a difícil missão de garantir a efetivação dos direitos ainda que isso signifique a não-incidência de determinadas regras técnico-processuais.

9. Cumulação de demandas à luz da teoria do objeto do processo

É possível que de um mesmo conjunto de fatos jurídicos haja mais de uma conseqüência jurídica ou que uma conseqüência jurídica esteja amparada por mais de um contexto de fatos juridicamente relevantes. Dessa constatação surge a técnica da

cumulação das demandas que visa a garantir na medida do possível a harmonia das decisões, além de proporcionar economia processual. [178]

Há cumulação de demandas ainda quando haja um único pedido, mas este é fundamentado por diversos estado de coisas, cada qual suficiente para substanciar o pedido formulado. O cúmulo objetivo de demandas pode resultar da reunião de mais de um fundamento para o mesmo pedido ou de mais de um pedido fundado em uma ou mais causas de pedir. Também haverá cúmulo, mas subjetivo, quando vários sujeitos puderem propor demanda visando ao mesmo resultado.[179] O que importa para este estudo é o cúmulo objetivo quando haja mais de um fundamento que conduza à procedência de um único e mesmo pedido. O art. 292 do Código de Processo Civil estabelece expressamente a possibilidade de cumular pedidos, mas não é igualmente claro quanto à possibilidade de cumular fundamentos jurídicos em um único e mesmo pedido. Esta possibilidade de cumular motivos pode ser inferida do art. 515 do Código de Processo Civil que deixa transparecer essa possibilidade ao estabelecer que "quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais".[180]

Suponha-se que *a* mova demanda contra *b* pedindo sua condenação em quantia certa. Justifica o seu direito no fato de ter emprestado o dinheiro e ter decorrido o prazo para sua devolução (*p. ex.*, vencimento da dívida). Cumulativamente aduz que o demandado deverá devolver o seu dinheiro, pois se assim não fizer estará caracterizado enriquecimento sem causa e apresenta notificação aforada pedindo o pagamento. Cada um dos fundamentos vistos isoladamente permite que o juiz julgue a demanda procedente, de modo que está caracterizada a cumulação *alternativa* de demandas (ou cumulação *eventual*), ainda que apenas um pedido condenatório tenha sido deduzido. Não é possível afirmar que haja somente uma demanda ou um único objeto. É bem verdade que o acolhimento de um dos fundamentos é suficiente para a procedência integral, não havendo

---

[178]. *Cfr.* Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 470, esp. p. 167.

[179]. Liebman fala em concurso objetivo de direitos ou concurso objetivo de ações quando a "identidade das pessoas e do *petitum* correspondem várias *causæ petendi*; e um concurso subjetivo, em que a sujeitos diferentes cabem ações diferentes, objetivamente idênticas por identidade da causa e do *petitum*" (*Manual de direito processual civil*, p. 256).

[180]. "Não fosse a abertura que esses dois dispositivos oferecem para o cúmulo de fundamentos, a profunda razoabilidade de que se reveste já seria suficiente para inferir sua admissibilidade (garantia constitucional da liberdade das partes)" (Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 476, esp. p. 179).

necessidade de análise do outro pelo juiz (que restaria prejudicado em razão do desaparecimento do interesse de agir).[181] Mas o contrário não se revela correto. Uma vez rejeitado o fundamento do enriquecimento sem causa é necessário que se examine o outro argumento, que caso não seja apreciado pelo juiz a autoridade da coisa julgada somente recairá sobre o que foi efetivamente decidido, pois o dispositivo da sentença deverá ser analisado à luz da sua fundamentação. Poderá, portanto, o autor promover nova demanda com o mesmo pedido e valendo-se daquele fundamento que, não-obstante deduzido, não foi apreciado. Se se tratasse de uma única demanda – e não de duas – a improcedência de um dos argumentos e o silêncio em relação ao outro, impediria uma nova propositura com repetição do pedido, ainda que fundamentada no argumento não apreciado. Julgado procedente o pedido com base em dado *estado de coisas* é vedada nova propositura, "mas esse impedimento não está ligado à coisa julgada, diagnosticando-se, mas propriamente como carência de ação por ausência de interesse de agir" (Liebman).[182] Afinal, *uma coisa já nossa não pode tornar-se nossa mais do que já é*" (Institutas de Gaio, *I,* 4.1).

A concepção surgida no direito romano segundo a qual *electa una via non datur regressus ad alteram* (eleita uma via não se admite o regresso a outra), intimamente associada ao efeito preclusivo da *litis contestatio* (*consumatio actionis*)[183] não tem ou não poderia ter aplicação no direito brasileiro. A extinção da obrigação e do direito com a *litis contestatio*, sobretudo no período das *legis actionis*[184] onde a ação era de direito

---

[181]. Liebman é preciso na explicação: "dois direitos dizem-se *concorrentes* quando funcionalmente integrados entre si e de modo tal que a satisfação de um deles extingue o outro. À identidade de um certo resultado prático, que se tem o direito de conseguir, corresponde uma *pluralidade de razões para pretendê-lo*, as quais, todavia, embora permaneçam autônomas e tuteláveis separadamente, não permitem que se obtenha aquele resultado mais de uma vez" (*Manual de direito processual civil*, p. 256).

[182]. Liebman, *Manual de direito processual civil*, p. 257, esp. nota 151 de Cândido Rangel Dinamarco.

[183]. "Segundo Gaio (*II*., 4.107), tratando-se de uma *actio in personam* no âmbito de um *iudicium legitimum*, fundada numa fórmula *in ius conceptæ*, a *litis contestatio* tinha o condão de extinguir, *ipso facto*, a relação obrigacional deduzida, não sendo possível, por via de conseqüência, futura investida do autor em face do mesmo réu com lastro em idêntica pretensão. A explicação plausível para esse fenômeno é encontrada na própria concepção que os romanos possuíam do binômio *obligatio/actio*, vale dizer, a obrigação (reconhecida pelo *ius civile*) simplesmente atribuía ao credor a faculdade de agir em juízo contra o devedor por meio da *actio*, e o exercício da *actio*, no processo formular, culmina com a *litis contestatio* (*res in iudicium deducta*), pela qual vinha consumado o direito (*actio*) do demandante (José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, *Lições de História do Processo Civil Romano*, p. 101).

[184]. "As *legis actionis* eram extremamente escassas e marcadas pela tipicidade, cada uma possuindo uma estrutura individualizada para situações jurídicas expressamente reconhecidas" (Tucci e Azevedo, *op. cit.*, p. 53).

material, não permitia ao autor, eleita uma via, retroceder e formular nova pretensão visando tutelar o mesmo direito material (*denegatio actionis*). Isso porque o autor, após a celebração da *litis contestatio* não mais sairia vitorioso em razão do direito que possuía antes desse ato solene, mas por força do novo direito que se forma e que obriga as partes ao comendo proferido pelo *iudex*.[185] No nosso direito, julgada improcedente uma demanda e havendo a possibilidade de obter-se o mesmo bem da vida em razão de outro motivo, não se pode fechar as portas para essa nova demanda pois a coisa julgada não atinge causas que não foram apreciadas. O efeito preclusivo da coisa julgada não projeta sua força quando existe fundamento autônomo para procedência do mesmo pedido. A parte tem, pois, a faculdade de cumular dois ou mais *estados de coisas* para substanciar um único e mesmo pedido ou de propor demandas em diferentes processos com base em cada um deles.[186]

Schwab entende inadequado falar em *cumulação de demanda* quando se apresentam vários estados de coisas e somente um pedido ou pretensão processual (como visto, Schwab identifica o objeto do processo com o pedido, excluindo o *estado de coisas*). Mais correto, segundo Schwab, seria falar em cumulação de estado de coisas (ou cúmulo de fundamentos), mas não em demandas distintas, já que somente um pedido é deduzido. Haverá apenas um objeto litigioso e uma única demanda, mas a identificação do objeto não prescindirá da verificação de *todos* os *estados de coisas* afirmados, onde cada qual integrará o seu conteúdo material.[187] Dessa forma, resolve-se o problema sobre a coisa julgada que será formada, pois dependerá da matéria alegada e decidida para que sejam configuradas. Essa solução ao problema encontrada por Schwab faz com que sua teoria não seja uniforme, já que se vale do estado de coisas para identificar o alcance da coisa julgada e o afasta para identificação da demanda, mas é em tudo e por tudo condizente com sua própria concepção do objeto litigioso. Portanto, para Schwab é plenamente possível a

---

[185]. "Nesse sistema, compreende-se que, havendo dois modos para a satisfação de um direito, a opção por um deles impediria de modo absoluto o recurso ao outro, porque a *actio* estava extinta e o que naquele processo não se obtivesse não poderia mais ser obtido por modo algum" (Dinamarco, *Vocabulário do processo civil*, n. 244, esp. p. 323). *Cfr.* ainda Dinamarco, "Electa una via non datur regressus ad alteram", nn. 478-487, p. 907 ss.

[186]. "Hoje, em um quadro sistemático muito diverso daquele, se houver dois direitos concorrentes e o sujeito pedir em juízo a satisfação de um deles (p. ex., rescisão do contrato e não a condenação a cumpri-lo), só quando tiver obtido a *satisfação* do direito postulado é que ele ficará privado do outro. Só a *satisfação* de um entre dois direitos concorrentes tem o efeito de extinguir o outro, não a mera propositura de uma demanda (não existe em direito moderno a *consumatio actionis*)" (Dinamarco, *Vocabulário do processo civil*, p. 323).

[187].Schwab, *El objeto litigioso en el proceso civil*, p. 68-69, v. ainda p. 76.

introdução de *novo estado de coisas* (enriquecimento sem causa) ulteriormente à citação do réu ou o saneamento do processo sem que haja qualquer violação à técnica da estabilização da demanda.

Schönke também identifica a existência de *cumulação* somente para hipótese de haver mais de um pedido sobre fatos diversos. Quando se estabelece distintas conseqüências jurídicas com pluralidade de estado de coisas haverá cumulação de demandas em um mesmo processo.[188] É possível concluir que para Schönke haverá cumulação ainda que somente exista um estado de coisas descrito na inicial, pois o relevante é extrair conseqüências jurídicas distintas representada cada qual por um pedido. Se o autor pede a condenação do réu por danos materiais e lucros cessantes derivado do mesmo ato ilícito, haverá duas demandas. Mas se o pedido condenatório for um só, ainda que por motivos diferentes (*v.g.,* ato ilícito e obrigação contratual) não haverá cúmulo objetivo (e sim eventual). Nessa hipótese atribui-se uma única conseqüência a diferente estado de coisas.

A teoria de Schönke não é homogênea, pois afirma que haverá um único objeto litigioso ainda que presentes vários estados de coisas, mas em seguida afirma que a alteração do estado de coisas (a troca de um por outro) resulta em modificação da demanda, mesmo que o pedido permaneça inalterado. Ora, como poderia haver modificação da demanda se o objeto litigioso, conforme a própria teoria construída, não é alterado pela pluralidade de estado de coisas? Seria uma alteração de demanda sem modificação do seu objeto litigioso?

Cumular demandas é acima de tudo uma técnica que visa a atender uma conveniência prática, que confere ao método estatal de resolução de controvérsia maior efetividade com menor gasto de energia e tempo. Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, "a dualidade ou pluralidade de fundamentos alarga as possibilidades de julgamento"[189] e com isso em um único e mesmo processo é possível entregar a tutela jurisdicional de modo definitivo com julgamento integral de todas as situações da vida que poderiam levar um sujeito a ter direito ao bem disputado.

---

[188]. *Op. cit.*, p. 82-84.

[189]. Dinamarco, *Instituições de direito processual civil,* II, n. 476, esp. p. 178.

10. Ônus processuais e sua relação com a modificação da demanda

Uma importante questão para este estudo refere-se a situações em que os fatos afirmados são necessários para a procedência do pedido, mas não integram o núcleo duro da causa de pedir. Essa distinção entre os fatos absolutamente essenciais para identificação da demanda e aqueles que conduzem à procedência do pedido é um assunto que está tão próximo da causa de pedir como dos *ônus processuais*, motivo pelo qual é necessário dedicar algum espaço para o seu estudo

O *ônus* é definido por Frederico Marques como *um imperativo do próprio interesse* onde "há a subordinação de um ou mais interêsses do respectivo titular a outro interesse dêle próprio que lhe é impôsto para que o primeiro se faça condição da obtenção do segundo".[190]

Interessante notar que a diferença entre *ônus* e *obrigação* não reside em a sujeição da vontade, pois essa é um elemento comum a ambos os fenômenos, mas sim "reside en las consecuencias derivadas de la omisión", pois a obrigação insatisfeita cria um direito em favor do credor e o ônus descumprido somente faz nascer um prejuízo ao sujeito que deveria realizar a conduta estabelecida ou permitida em lei.[191]

---

[190]. Frederico Marques, *Instituições de direito processual civil*, v. II, § 81, n. 412, p. 220. Outras interessantes definições são apresentadas por Eduardo Juan Couture: "la carga funciona, diríamos, *à doble face*; por un lado el litigante tiene la facultad de contestar, de probar, de alegar; en ese sentido es una conducta de realización facultativa; pero tiene al mismo tiempo algo así como el riesgo de no contestar, de no probar y de no alegar. El riesgo consiste en que, si no lo hace oportunamente, se falla el juicio sin escuchar sus defensas, sin recibir sus pruebas o sin saber su conclusiones. Así configurada, la carga es un imperativo del proprio interés" (*Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 212); e Barbosa Moreira: "ato que alguém precisa praticar para tornar possível a obtenção de uma vantagem ou para afastar a consumação de uma desvantagem. Está presente aí o traço essencial por que o ônus se estrema do *dever*, ordenado este à satisfação de interesse *alheio*, aquele à de interesse *próprio*" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, V, p.237).

[191]. Couture, *Fundamentos del derecho procesal*, p. 213. Couture também diferencia o *ônus* de *dever*, ressaltando que "a diferencia de la omisión del deber, que debe aparejar perjuicio, la omisión de ejercicio del derecho sólo supone privación de beneficio. La conducta del que omite un deber es antijurídica. La conducta del que imite el ejercicio de un derecho no lo es. Es un acto de estimativa del titular del derecho, el que lo ejercitará o no en la medida de su interés material o moral" (*op. cit.*. p. 491). Também Friedrich Lent: "la differenza essenziale tra onere e obbligo è dunque, a mio avviso, da riscontrare in ciò, che

O autor, ao propor uma demanda, exerce um ônus que tem como conseqüência romper o estado de inércia da jurisdição (impulso inicial para o movimento processual)[192], mas também o réu, como consectário lógico da sua condição de demandado, tem o *ônus de contestar* com vista à obtenção de uma decisão favorável por meio do poder persuasivo de seus argumentos no espírito do julgador (exercício do contraditório).

Talvez o mais importante dos ônus processuais seja o ônus *de afirmar*. Trata-se de um ônus de *aquisição processual*, na linguagem empregada por Carnelutti, segundo o qual as partes devem afirmar sua versão dos fatos e invocar a tese jurídica que fundamenta o pedido. Assim, cabe ao autor o ônus de descrever de forma circunstanciada sua pretensão, apresentando em sua petição inicial os *fatos* e os *fundamentos jurídicos da demanda*, nos exatos termos exigidos pelo art. 282, inc. III do Código de Processo Civil. Somente será objeto de apreciação do juiz aquilo que houver sido deduzido pelo autor em sua petição inicial, pois ao juiz é defeso pronunciar-se sobre o que não esteja ali descrito.

Já o ônus imposto ao réu é de maior magnitude, denominado por Frederico Marques de um *ônus de especial transcendência* (*necessitas defensionis*)[193], pois lhe é imposto o ônus de contestar a demanda no prazo especificado em lei sob pena de lhe recaírem os efeitos da revelia, alegar todos os fatos que possam contribuir com sua defesa e, ainda, terá o ônus da impugnação especificada dos fatos deduzidos pelo autor a fim de que estes não sejam admitidos como verdadeiros (CPC, art. 302). É por meio da contestação que o réu exercita "sua pretensão à prestação da atividade jurisdicional".[194]

---

l'adempimento dell'onere è rimesso allá libera volontà della parte onerata; non così invece l'adempimento. Appartiene infatti all'essenza di un obbligo la necessità del suo adempimento. Un obbligo, il cui adempimento sia rimesso al buon volere dell'obbligato, è una contraddizione in termini. Ne viene di conseguenza che, mentre il non adempimento di un obbligo è fatto contrario al diritto, ed importa adeguate conseguenze. Perciò possiamo ora riconoscere che la ripartizione tra oneri e obblighi è legata all'idea che la legge accoglie dello scopo del processo" (Friedrich Lent, "Obblighi e oneri nel processo civile", p. 151, trad. italiana de Marco de Stefano).

[192]. Carnelutti diferencia os ônus processuais em *ônus de impulso processual* e em *ônus de aquisição processual*, enquadrando a propositura da demanda dentre os primeiros (Carnelutti, *Istituzioni del Nuovo Processo Civile Italiano*, v. I, p.218-219). Com precisão expõe Dinamarco: "como o juiz é proibido de realizar processos e conceder tutelar jurisdicionais sem a iniciativa de alguém (CPC, arts. 2º e 262), a Constituição e a lei municiam do poder de provocar a sua atividade todo sujeito que precise do processo como meio para exame e eventual acolhimento de suas pretensões insatisfeitas. Tal é o *poder de iniciativa processual*" (*Instituições de direito processual civil*, p. 294).

[193]. Frederico Marques, *Instituições de direito processual civil*, p. 224.

[194]. Calmon de Passos, *Comentários ao Código de Processo Civil,* v. III, p. 250.

Mas não se pode perder de vista que o comparecimento em juízo não é, a despeito das graves conseqüências da contumácia, uma obrigação, mas um ônus.[195] *Pretesa* é na feliz definição de Fazzalari a "facoltà di imporre la própria volontà in via giudiziaria".[196]

O réu em sua resposta à demanda deverá necessariamente alegar *toda a matéria de defesa* (CPC, art. 300). Nas palavras de J. J. Calmon de Passos "a contestação está para a defesa assim como a inicial para a ação"[197], ressaltando o mestre não só a importância da defesa, mas em certa medida sua imprescindibilidade para a defesa dos interesses do réu, já que é por meio dela que o réu deduz sua pretensão à tutela jurisdicional.[198]

O réu tem o ônus de contestar e o que não for alegado em sua resposta está sujeito à *preclusão* (perda de uma faculdade processual)[199]. Nos lembra Eduardo Juan Couture que a técnica da preclusão foi desenvolvida para viabilizar o caminhar do processo de forma sucessiva, mediante o encerramento definitivo das fases precedentes, impedindo o regresso a momentos processuais já superados e consumados.[200] Por meio da preclusão é que se desenvolverá o processo, viabilizando que ele caminha sempre para frente e impedindo retrocessos.[201] O sistema preclusivo foi o expediente concebido pelo legislador para garantir o resultado do processo com a entrega da tutela jurisdicional a quem tem

---

[195]. "Nel processo civile non esiste alcun obbligo di comparire in giudizio (…) come conseguenza della non comparizione e della non trattazione è invece minacciato il processo contumaciale, con tutti i suoi pericoli per la parte contumace" (Friedrich Lent, "Obblighi e oneri nel processo civile", p. 151). As partes não são *obrigadas* no processo a ter um dado comportamento, mas dependendo da conduta em juízo a parte poderá sofrer as conseqüências da sua inércia (não-exercício de um ônus).

[196]. Fazzalari, *Note in tema di diritto e processo*, p. 13.

[197]. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 250.

[198]. "Com o superamento do sistema processual de caráter privado verificado com a introdução da *cognitio extra ordinem*, irrompe um modelo processual autoritário, que impunha aos litigantes, qualquer que fosse a demanda, a exposição, em um único momento, de toda a matéria de ataque e defesa" (José Rogério Cruz e Tucci, "A causa *petendi* no novo CPC português", p. 265).

[199]. "A preclusão é um instituto geral com freqüentes aplicações no processo e consiste na *perda* duma faculdade processual por se haverem tocado os extremos fixados pela lei para o exercício dessa faculdade no processo ou numa fase do processo. Na aplicação especial que nos interessa, a preclusão é a perda da faculdade de propor questões, da faculdade de contestar" (Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, I, p. 372).

[200]. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 194. "Preclusión es lo contrario de desenvolvimiento libre o discrecional" (*op. loc. cit.*). Em um processo de desenvolvimento livre ou discricionário sempre seria possível o retrocesso a etapas já cumpridas, o que não ocorre com o processo *regido* pela regra da preclusão, já que uma vez extinta a oportunidade de realização de um ato, esse ato não mais se realizará.

[201]. *Cfr.* Calmon de Passos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 250. *Cfr.*, também, Frederico Marques, *Instituições* de direito processual civil, v. II, p. 466.

razão. Embora o Estado tenha como objetivo a materialização dos seus postulados legais (atuação da vontade concreta da lei, segundo Chiovenda), "há temperamentos que submetem o exercício da função jurisdicional à iniciativa dos interessados confiando-se a estes a efetividade de seu desempenho em juízo" (Ada Pellegrini Grinover).[202] Assim, compete à parte a iniciativa de participar em defesa dos seus interesses, conforme impõe o art. 130 do Código de Processo Civil. É um ônus processual na exata definição de José Carlos Barbosa Moreira, competindo à parte a prática de um ato necessário "para tornar possível a obtenção de uma vantagem ou para afastar a consumação de uma desvantagem. Está presente aí o traço essencial por que o ônus se extrema do *dever*, ordenado este à satisfação de interesse alheio, aquele à de interesse próprio".[203]

Aqui nos interessa o *fato não alegado*, que, por força do *princípio da eventualidade* deveria ter sido aduzido em contestação. Trata-se de uma das acepções da preclusão, que exige dos litigantes que deduzam suas alegações de defesa *opportune tempore*. Ou seja, o réu deverá fazer uma previsão acerca da possibilidade de que uma de suas alegações tenha sido rechaçada devendo, então, proceder-se ao exame da sua alegação *subsidiária*.[204] Conforme destaca Liebman em suas famosas notas às *Instituições de Chiovenda*, o princípio da eventualidade "obriga as partes a propor ao mesmo tempo todos os meios de ataque ou de defesa, ainda que contraditórios entre si".[205]

O art. 474 do Código de Processo Civil faz com que esse princípio seja *potencializado*, pois reputar-se-ão deduzidas e repelidas as alegações e defesas que a parte poderia ter oposto tanto com vista ao acolhimento quanto para a rejeição do pedido. No

---

[202]. Ada Pellegrini Grinover, "Direito superveniente. Repercussão sobre o ato judicial. Momento da eficácia da decisão", p. 585. Complementa Galeno Lacerda "o princípio dispositivo constitui projeção necessária, no sistema processual, dos poderes de determinação que no campo do direito material se atribui à vontade dos interessados" (Galeno Lacerda, *Despacho saneador*, p. 118).

[203]. Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, V, p. 214.

[204]. Couture "una expresión exagerada, pero ilustrativa del principio de eventualidad y de la necesidad de evitar la preclusión de las alegaciones lógicamente anteriores, se expresa en el siguiente dístico clásico: 'en primer término, no me has dado dinero alguno; en segundo término, te ha sido devuelto hace ya un año; en tercer término, tú me aseguraste que me lo regalabas; y por último, ha prescrito ya" (*Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 198). No mesmo sentido, explica J. J. Calmon de Passos que o princípio da eventualidade é aquele "segundo o qual as partes devem apresentar de uma só vez e na fase adequada todos os meios de ataque e defesa de que disponham, ainda quando um só ou vários desses meios venham a adquirir importância apenas na hipótese de não serem acolhidos ou não darem resultados os que sobre eles tiverem procedência" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 250). *Cfr.*, ainda, José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p.148-151.

[205]. Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, III, p. 151.

entanto, o autor poderá perseguir o mesmíssimo direito, deduzindo inclusive idêntico pedido, em caso de improcedência, desde que o fundamente em causa de pedir diversa. Já o réu condenado nada poderá fazer, pois todos os fundamentos por ele não opostos serão tidos por alegados e rejeitados.

Ao autor incumbe desde logo afirmar todos os fatos que (a) integram a causa de pedir (fato constitutivo) e também (b) aqueles que conferem verossimilhança aos fundamentos da demanda. A suscitação dos fatos constitutivos é obrigação do autor ao propor sua demanda, mas os demais fatos podem ser alegados no curso do processo. Resta saber se esses fatos estão sujeitos à preclusão ou somente os fatos que integram o núcleo resistente da causa *petendi* é que geram impedimentos de serem aduzidos futuramente. A existência de um ônus não está associada sempre à perda de uma faculdade processual. A parte sempre terá o ônus de trazer os fatos que substanciam suas afirmações, mas em determinadas situações o descumprimento desse ônus não ocasiona a perda irreversível da faculdade processual. Como vimos nas linhas precedentes, nos direitos absolutos a parte afirma a relação jurídica (causa de pedir) e terá até o último momento útil para comprovar o seu direito, trazendo fatos que poderiam até mesmo não estar descritos na petição inicial.

Outras situações, como a do fato superveniente, podem ensejar a introdução de uma nova causa de defesa, podendo ser alegado de modo eficaz a qualquer tempo e ao juiz não é permitido ignorá-los no momento de prolatar a sentença. O fato pode ser também de conhecimento superveniente, o que são situações distintas. O estudo do fato não alegado, do fato superveniente e do fato de conhecimento superveniente é imprescindível para verificação da ocorrência do fenômeno da preclusão, que somente se manifestará se estiver associado ao descumprimento de um ônus.

CAPÍTULO III – FATO SUPERVENIENTE

11. O fato superveniente

O reflexo da alteração dos fatos durante a pendência do processo é um tema de direito processual em relação ao qual a doutrina não se detém com a profundidade merecida. Há apenas um estudo sistematizado sobre esse intrincado problema no vernáculo,[206] onde a ênfase não é dada ao fato, mas ao direito que surge no curso do processo, notadamente proveniente de alteração na legislação. Para este estudo, o fato superveniente também tem relação direta e imediata com o direito que porventura nasça deste fato novo, mas o limite que tais modificações da realidade devem ser consideradas no curso de um processo pendente é o que se pretende investigar.

A demora fisiológica do processo com os incidentes, recursos e todo o sistema de limitações ao *poder estatal* que compõe o *devido processo legal* é suficiente para que freqüentemente se verifique alteração dos elementos de fato que integram a própria causa de pedir; também a superveniência de lei ou de nova interpretação do direito pelos tribunais, que modifique o direito sob o qual se funda a demanda ou a defesa, não é algo incomum e, por isso, merece a atenção do *processualista*. As garantias inerentes ao processo tornam o procedimento naturalmente demorado e, por isso, exige-se que o próprio direito regule os problemas que sobrevenham durante a longa marcha rumo à cognição exauriente.

---

[206]. Ricardo de Barros Leonel, *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*.

No caso brasileiro, onde a demora do processo causa perplexidade a todos, o problema toma uma dimensão enorme e é até mesmo curioso que o legislador e os estudiosos do direito não se debrucem sobre esse tema tão importante, quanto de difícil solução. Fechar os olhos para essa deficiência é denegar justiça em razão da restrição que resultará ao acesso à ordem jurídica justa.[207]

O estudo dessa matéria principia com a investigação acerca de uma importante característica da jurisdição que é a *inércia*, muito bem definida por dois brocardos latinos segundo os quais *nemo judex sine actore* e *ne procedat judex ex officio*. Ou seja, pelo *princípio dispositivo*[208] não se concebe haja juiz sem autor, tampouco poderá o juiz proceder de ofício à entrega da tutela jurisdicional; é natural que a sentença deva estar em conformidade ao direito e aos atos praticados no curso processo (*naturale est quod sententia debeat esse conformis juri et actis*). Também é natural que se anseie pela invalidade da sentença se a razão de decidir for diretamente contrária às leis e aos fatos colhidos no curso do processo, caso tenham sido eles supervenientes à propositura da demanda ou tendo sido a lei modificada no curso do processo (*naturale itidem est quod sententia non valeat si directo ratio decidendi sit contra leges*).[209] Deve haver uma relação lógica entre aquilo que se pede, o direito posto e o resultado da prova obtida durante a fase instrutória, permitindo que a sentença proferida seja a síntese conclusiva desses três elementos. Por essa razão os fatos supervenientes não podem ser ignorados, devendo ser considerados pelo juiz no momento de proferir a sentença.

Fato superveniente (lat. *superveniens*) em singela definição é o fato que *ocorre depois* ou que *sobrevém* (sobreveniente). Ou seja, é o fato que *vem a seguir a algo*. Para o processo, a modesta definição encontra correspndência no fato havido

---

[207]. "Tanto a doutrina como a jurisprudência admitem, entre nós o *jus superveniens* como fato a que se deva levar em linha de conta no momento da decisão (Frederico Marques, *Instituições de direito processual civil*, III, p. 186).

[208]. "O princípio dispositivo consiste na regra de que o juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto às provas e às alegações em que se fundamentará a decisão: *iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet*" (Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria geral do processo*, p. 64). Evidentemente que deverá ser ressalvada a hipótese do exercício pelo juiz de seu poder instrutório, contemplado pelo art. 130 do Código de Processo Civil.

[209]. Dirceu Rodrigues, *Brocardos jurídicos*.

ulteriormente à distribuição da petição inicial, ou seja, o fato que *vem a seguir à propositura da demanda*. A supervenção ou a superveniência é um fenômeno que ocorre com freqüência no direito processual; em muitos casos não gera qualquer dúvida, enquanto que para outros a dificuldade é extrema.

Será sempre superveniente o fato que ocorrer em momento ulterior a distribuição da demanda. No entanto, enquanto não ocorrer a citação do réu, poderá o autor livremente incluir o fato novo, ainda que dê ensejo à introdução de uma nova demanda, diferente daquela anteriormente deduzida (CPC, art. 294). Se houver aditamento da petição inicial esse fato deixará de receber o tratamento destinado aos fatos supervenientes. Portanto, fato superveniente para o direito processual é somente aquele havido em momento ulterior à ultimação da citação do primeiro demandado, pois será nesse momento que será iniciada a estabilização da demanda.

12. O fato de conhecimento superveniente

Nas suas velhas instituições proclamava Chiovenda que deverá o juiz acolher a demanda "ainda que o fato jurídico em que se funda a pretensão tenha sobrevindo durante a lide, desde que não se trate de demanda *nova*". Ou seja, para Chiovenda "a proibição de mudar no curso da lide a *causa petendi* não exclui o direito de valer-se de uma *causa superveniens*, desde que seja a mesma causa afirmada a princípio como existente; pois uma coisa é a afirmação duma *causa petendi* (que se deve ter em conta no princípio do litígio), outra é a sua subsistência efetiva (que se deve ter em conta no encerramento da discussão)". [210]

[210]. Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, I, p. 354 e 358-359. Salvatore Satta também entende que o direito deverá ser aplicado tal como ele se encontra no momento da sentença, não na ocasião da formulação do pedido (propositura da demanda) e o direito superveniente deverá ser sempre considerado – ainda que não hajam as partes feito qualquer referência, ao menos quanto ao fato normativo" (*Diritto processuale civile*, p. 129).

A doutrina tradicional estabelece que os requisitos para que o juiz conheça do fato novo são "1º que tenham ocorrido depois da propositura da ação; 2º que *influam* no julgamento da lide, isto é, que a lei material diga que o fato novo constituiu, modificou ou extinguiu o direito controvertido" (Moacyr Amaral Santos).[211] Portanto, todos os fatos havidos antes da propositura estariam excluídos de qualquer consideração pelo juiz se não alegados.

Tormentoso problema é o fato de conhecimento superveniente. Para a parte ignorante – aquela que desconhece o fato – ele é tão surpreendente quanto um fato que ocorre no curso do processo. O conhecimento desse fato é tão relevante para a correta prestação jurisdicional, quanto a consideração dos havidos em momento ulterior à estabilização da demanda (fato superveniente). A legislação processual não estabelece qualquer disciplina jurídica que permita à parte a introdução de um fato preexistente, cujo conhecimento veio à tona no curso do processo. A ausência de norma deixa ao intérprete a difícil missão de enquadrar esses fatos na moldura da norma e verificar se haveria alguma proibição sistemática à sua alegação e ao seu conhecimento pelo juiz.

A primeira dificuldade que se apresenta é definir se o fato de conhecimento superveniente é ou não superveniente para o direito processual. Se o autor ou o réu tiver conhecimento de um fato não alegado em contestação ou na petição inicial o juiz será obrigado a levar em consideração no momento em que proferir a sentença?

Ao revisitar a definição trazida pelo dicionário *Houaiss*, vê-se que a etimologia da palavra nos remete também à idéia de *surpreender*, *apanhar de repente*, *chegar de improviso* o que remete a um conteúdo diverso em relação aos fatos que ocorrem na pendência do processo. Por outro lado, o art. 462 do Código de Processo Civil não utiliza o termo *superveniente* de modo que o alcance da definição não resolve o problema.

---

[211]. Amaral Santos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 447-448.

A análise literal do disposto no art. 462 do Código de Processo Civil também é insuficiente para resolver o problema. A redação não é clara o bastante para que se atinja a conclusão de que o fato referido é aquele havido no curso do processo. Preceitua o referido preceptivo que "se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença".

A lei não estabelece a necessidade de o fato ter surgido depois da propositura da demanda, assim como não exclui a mera superveniência do conhecimento deste fato, ainda que havido antes de distribuída a petição inicial. A única conclusão possível é que o fato desconhecido ou não suscitado seja considerado no momento de proferir a sentença. Deve ser atribuída à doutrina a interpretação do referido regramento como portador de norma que permite somente a introdução de fatos não ocorridos até a distribuição da petição inicial. O Código não poupa a utilização da palavra *novo* quando pretende designar algo que seja mais recente em termos cronológicos. O fato novo a ser provado na liqüidação por artigos (CPC, art. 475-E) é um exemplo. Ao deixar de utilizar a expressão *fato novo* na redação do art. 462, o legislador deixou uma margem interpretativa muito grande e a interpretação não-restritiva do dispositivo faz com que seja correta a consideração também do fato de conhecimento superveniente. *Fato novo* é aquele "que apareceu pela primeira vez, que não tinha sido pensado ou concretizado, que só recentemente ganhou concretude" (*Houaiss eletrônico*).[212]

O art. 517 do Código de Processo Civil introduz regra importante para a interpretação aqui aventada, pois "as questões de fato, não propostas no juízo inferior, poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior" (CPC, art. 517). Ou seja, o Código autoriza a suscitação de questões de fato simplesmente não propostas até a prolação de sentença, mas condicona à prova de

[212]. José Rogério Cruz e Tucci utiliza a expressão fato novo aos fatos *descobertos na fase probatória*, mas não necessariamente havidos em momento ulterior à propositura da demanda. Neste estudo, tais fatos são denominados de *fatos de conhecimento superveniente*. A expressão fato novo aqui é empregada como sinônimo de fato superveniente (*A causa petendi no Processo Civil*, p. 191).

força maior. O fato desconhecido e de conhecimento superveniente poderá ser suscitado com fundamento na aludida força maior. Antes da sentença, interpretando-se *a contrario sensu,* parece que o legilsador tolera a introdução de fatos ainda não afirmados, pois seria um paradoxo permitir a alegação destes depois da sentença e vedar antes da sua prolação.[213]

Para correta interpretação sobre a introdução de fatos de conhecimento superveniente é necessário ater-se, também, aos limites impostos ao réu, disciplinados na seção n. II (contestação) do capítulo n. II (resposta do réu) do Titulo VIII (procedimento ordinário) onde (a) impõe-se ao réu *ônus da impugnação especificada dos fatos contidos na petição inicial*, sob pena de preclusão e de presumir-se a veracidade dos fatos afirmados pelo autor (CPC, art. 302, *caput*); e (b) estabelece-se limitação para deduzir *novas alegações* (CPC, art. 303, incs. I a III) às hipóteses (I) relativas a direito superveniente (inc. I); (II) em que o juiz deverá conhecer de ofício (inc. II); e (III) que por expressa disposição legal possam ser formuladas em qualquer tempo e juízo (inc. III).[214]

Ainda considerando tais limitações, a interpretação conjunta desses dispositivos demonstra que o legislador não fechou as portas para introdução do fato de conhecimento superveniente, pois (I) não estabeleceu regra precisa sobre matéria (disciplina insuficiente do art. 462); (II) admite novas alegações se provada força maior (CPC, art. 517) e (III) permite novas alegações quando ao juiz é imposta a obrigação de

---

[213]. Apesar de deixar clara sua posição de que fato anterior à contestação não gera direito superveniente, porque superveniente "é a ciência do fato, não o direito dele decorrente", Calmon de Passos rende-se à possibilidade de alegação do fato de conhecimento superveniente e é até mesmo enfático em defender sua admissibilidade: "ora, se a força maior, e o caso referido é de força maior, autoriza a argüição do fato velho de conhecimento novo, na segunda instancia, como não autorizá-lo na primeira, dando-se ao julgador os elementos de fato em sua totalidade para que decida com acerto? A força maior devidamente comprovada autoriza, por conseguinte, a dedução do fato de conhecimento superveniente, ainda quando a respeito silencie o art. 303" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 289).

[214]. A redação do artigo não escapa da precisa crítica de J. J. Calmon de Passos: "parece-nos infeliz a referencia do Código a novas alegações. Alegação é palavra que na técnica processual tem significado meio fugidio, servindo para designar argüição, dedução, exposição sobre fato ou sobre direito, quer na fase postulatória do procedimento, quer em sua fase instrutória, ou em sua fase recursal" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, III, p. 288).

conhecê-las *ex officio* (CPC, art. 303, inc. II c/c art. 462, onde o fato constitutivo superveniente à propositura deverá ser conhecido de ofício).[215]

Por essa razão a introdução de fato de conhecimento superveniente será sempre possível, mas em que medida isso será possível têm íntima relação com a imutabilidade da demanda e os limites em que a causa de pedir poderá ser alargada. Ou seja, o problema retorna para aquele inicialmente proposto, o que torna necessária a identificação precisa da causa *petendi* e dos seus elementos formadores.

O único dispositivo que restringe expressamente a possibilidade prática de introdução de fatos de conhecimento superveniente é o art. 397, que está relacionado à juntada de novos documentos. O Código estabelece que somente será lícito às partes trazer aos autos novos documentos quando destinados a fazer prova de *fatos ocorridos depois dos articulados* (CPC, art. 397) ou para contrapor-se às provas produzidas nos autos (*v.g.*, prova pericial). Este dispositivo utiliza expressamente o marco temporal para estabelecer que somente será deferida a juntada se o documento destinar-se à prova de fato havido em momento cronológico ulterior em relação aos fatos descritos na petição inicial. Em que pese a péssima redação empregada pelo legislador, a jurisprudência caminhou corretamente para interpretação de que a parte poderá, nas instancias ordinárias, a qualquer tempo juntar novos documentos "até mesmo por ocasião da interposição de apelação, desde que tenha sido observado o contraditório" (Min. Fátima Nancy Andrighi).[216] Com esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça pacificou a interpretação sobre a matéria de modo que somente os documentos essenciais (*ad solemnitatem*) que configuram pressuposto de desenvolvimento regular do processo devem ser juntados no momento da distribuição da petição inicial (CPC, art. 396).

---

[215]. Ao se referir a *novas alegações* evidentemente que o Código não se refere a introdução de novos argumentos colhidos na doutrina ou jurisprudência com relação à questões já postas no processo; tampouco se refere aos fatos simples ou jurídicos já comprovados no processo. Como bem sublinha Calmon de Passos para essas alegações *não há que se falar em preclusão*: "alegação, no texto, equivale a defesa" (*op. loc. cit.*).

[216]. STJ, 3ª T., REsp. n. 660.267-DF, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 7.5.2007, DJ 28.5.2007, v.u.

A orientação do Superior Tribunal de Justiça consagra a idéia-força de que a qualquer momento a parte poderá trazer novo documento, desde que respeitado o direito de participação da parte *ex adversa*. No entanto, não há orientação firme sobre a possibilidade de juntada de novos documentos quando estes visam a provar a própria causa de pedir. De mais a mais, não paira qualquer dúvida que o fato de conhecimento superveniente poderá ser provado por meio de documento novo, restando definir quais os fatos de conhecimento superveniente podem ser introduzidos em uma demanda em que superada a fase de estabilização.

Assim, o problema do fato superveniente (ou de conhecimento superveniente) se revela ainda mais intrigante e desafiador, cabendo ao intérprete identificar precisamente o alcance das disposições processuais, notadamente do solitário art. 462 do Código Civil e de todos os demais artigos de lei que contribuem para revelar o seu real e ideal alcance.

13. O art. 462 do Código de Processo Civil e sua interpretação sistemática

O Código de Processo Civil disciplinou o problema do fato constitutivo novo ou não deduzido e do direito superveniente em um único artigo de lei. A disciplina jurídica é absolutamente insuficiente para que se saiba qual o alcance desse dispositivo legal e qual sua real função no sistema processual concebido pelo legislador. A redação do artigo não revela a norma jurídica de modo claro e preciso e a interpretação acrítica leva a uma limitação exagerada de seu real conteúdo, além de resultar em grave incompatibilidade com o processo civil de resultados, que deve fazer do instrumento que é o processo uma poderosa arma para efetivação dos direitos.

O art. 462 estabelece que "se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença".

Da leitura do dispositivo verifica-se que o legislador não se utilizou de expressões como "fato novo" ou "fato superveniente". Outro elemento interpretativo importante refere-se ao único marco (temporal?) existente que é a frase "depois da propositura da demanda". A interpretação dessa expressão pode caminhar por duas vertentes: (a) algum fato ocorrido ulteriormente à propositura da demanda (distribuição da petição inicial) ou (b) algum fato constitutivo que não esteja contido na demanda porque desconhecido pelo autor e que seja relevante ao julgamento do pedido. Essa segunda proposição está calcada na regra da estabilização da demanda e por essa razão justifica-se o emprego do vocábulo "depois", já que *antes* sempre seria possível modificar o conteúdo da demanda. Ou seja, para essa segunda forma de interpretar o artigo a expressão *depois da propositura demanda* tem de ser interpretado como *depois de fixado os limites da demanda* o fato constitutivo diverso e novo (no sentido de não-deduzido, inédito no processo) deverá ser considerado no memento de proferir a decisão, se desconhecido pela parte que dele se beneficia.

Não se pode excluir nenhuma dessas interpretações, mas a doutrina e jurisprudência tendem à interpretação de que o art. 462 somente autoriza a inclusão de um fato de ocorrência superveniente. No entanto, não é feita qualquer análise do conteúdo intrínseco do dispositivo, do qual extrai que absolutamente nada é dito sobre o fato de ocorrência superveniente ou de conhecimento superveniente.

A fisiologia do processo não permite que se acolha a velha intenção verificada notadamente no direito romano clássico em que o ideal perseguido era fazer com que a sentença refletisse o momento da propositura da demanda. Era vedado, *p.ex.*, ao juiz conhecer fatos extintivos havidos ulteriormente à demanda, bem como apreciar aqueles que poderiam levar à procedência do pedido, mas de ocorrência superveniente. O art. 462 confere poderes ao juiz para que este conheça dos fatos supervenientes *ex officio*, configurando exceção ao princípio dispositivo.[217] Chiovenda,

[217]. O princípio dispositivo não faz do juiz um sujeito inerte e descompromissado com o resultado do processo. "Uma vez ajuizada a ação, os poderes do juiz se ampliam, sofrendo apenas a limitação do pedido do autor" (Calmon de Passos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, III, p. 289). A regra do art. 462 estabelece uma exceção ao princípio da demanda na medida em que autoriza o juiz de ofício a julgar procedente ou improcedente o pedido com fundamento em fatos supervenientes.

referindo-se ao pensamento inerente ao *moderno direito* na década de trinta do século passado, destacava que, com o tempero da economia processual, "o juiz decide baseado no que se apura no enceramento da discussão".[218]

Colhe-se na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que a sentença como bem de consumo deve ser um espelho da realidade, e deverá sempre "refletir o estado de fato da lide no momento da decisão, devendo o juiz levar em consideração fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito que puder influir no julgamento (art. 462 do CPC)" (Min. Raphael de Barros Monteiro).[219]

Desprezar o material colhido ao longo do processo no momento de sentenciar é fazer com que o processo deixe de observar a idéia-base de que este método de solução de controvérsias deve, na medida do que for praticamente possível, realizar o direito material com o menor gasto de tempo e energia.

A interpretação isolada do art. 462 não revela sua magnitude e importância. Acima de tudo resta consagrada a possibilidade de serem introduzidos fatos novos e direito novo havidos durante a pendência do processo. Mas é possível extrair ainda mais desse dispositivo, ao analisá-lo em conjunto com os arts. 303, 396, 397 e 517 do Código de Processo Civil.

No direito português, o Código de Processo Civil estabelece de modo preciso o que seriam os fatos supervenientes, incluindo tanto os fatos de *conhecimento* superveniente quanto aqueles que ocorrem após a distribuição da petição inicial: "dizem-se supervenientes tanto os factos ocorridos posteriormente ao termo dos prazos marcados nos artigos precedentes como os factos anteriores de que a parte só tenha conhecimento depois de findarem esses prazos, devendo neste caso produzir-se prova da superveniência" (CPCp, art. 506, 2).[220]

---

[218]. Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, I, p. 176-177.

[219]. STJ, 4ª T., REsp. n. 492.568-RS, rel. Min. Raphael de Barros Monteiro, j. 1.4.2003, v.u.

[220] SECÇÃO V ARTICULADOS SUPERVENIENTES

ARTIGO 506 (TERMOS EM QUE SÃO ADMITIDOS)

1. Os factos constitutivos, modificativos ou extintivos do direito que forem supervenientes podem ser deduzidos em articulado posterior ou em novo articulado, pela parte a quem aproveitem, até ao encerramento da discussão.

Resta claro, portanto, que a utilização da expressão *fato superveniente* não tem o condão de incluir ou excluir os fatos de conhecimento superveniente. Isso é facilmente verificável pela explicitação feita no Código português ao incluir entre os fatos supervenientes aqueles que as partes só tiveram conhecimento apos findarem os prazos para apresentação das alegações e sua prova em audiência, que no direito português é o momento do encerramento da discussão (art. 506, 1). Portanto, para saber se o direito brasileiro permite a introdução de fatos de conhecimento superveniente é necessário analisar um conjunto de disposições processuais e a relação entre elas.

---

2. Dizem-se supervenientes tanto os factos ocorridos posteriormente ao termo dos prazos marcados nos artigos precedentes como os factos anteriores de que a parte só tenha conhecimento depois de findarem esses prazos, devendo neste caso produzir-se prova da superveniência.

3. O novo articulado em que se aleguem factos supervenientes será oferecido:

a) Na audiência preliminar, se houver lugar a esta, quando os factos que dele são objecto hajam ocorrido ou sido conhecidos até ao respectivo encerramento;

b) Nos 10 dias posteriores à notificação da data designada para a realização da audiência de discussão e julgamento, quando sejam posteriores ao termo da audiência preliminar ou esta se não tenha realizado;

c) Na audiência de discussão e julgamento, se os factos ocorreram ou a parte deles teve conhecimento em data posterior à referida na alínea anterior.

4. O juiz profere despacho liminar sobre a admissão do articulado superveniente, rejeitando-o quando, por culpa da parte, for apresentado fora de tempo, ou quando for manifesto que os factos não interessam à boa decisão da causa; ou ordenando a notificação da parte contrária para responder em dez dias, observando-se, quanto à resposta, o disposto no artigo anterior.

5. As provas são oferecidas com o articulado e com a resposta.

6. Os factos articulados que interessem à decisão da causa são incluídos na base instrutória; se esta já estiver elaborada, ser-lhe-ão aditados, sem possibilidade de reclamação contra o aditamento, cabendo agravo do despacho que o ordenar, que subirá com o recurso da decisão final.

ARTIGO 507 (APRESENTAÇÃO DO NOVO ARTICULADO DEPOIS DA MARCAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE DISCUSSÃO E JULGAMENTO)

1. A apresentação do novo articulado depois de designado dia para a audiência de discussão e julgamento não suspende as diligências para ela nem determina o seu adiamento, ainda que o despacho respectivo tenha de ser proferido ou a notificação da parte contrária haja de ser feita ou a resposta desta tenha de ser formulada no decurso da audiência. Se não houver tempo para notificar as testemunhas oferecidas, ficam as partes obrigadas a apresentá-las.

2. São orais e ficam consignados na acta a dedução de factos supervenientes, o despacho de admissão ou rejeição, a resposta da parte contrária e o despacho que ordene ou recuse o aditamento à base instrutória, quando qualquer dos actos tenha lugar depois de aberta a audiência de discussão e julgamento. A audiência só se interrompe se a parte contrária não prescindir do prazo de 10 dias para a resposta e apresentação das provas e houver inconveniente na imediata produção das provas relativas à outra matéria em discussão.

O art. 303, inc II do Código de Processo Civil brasileiro estabelece que poderá a parte deduzir novas alegações (de fato e de direito)[221] quando "competir ao juiz delas conhecer de ofício". Analisando este dispositivo em conjunto com o art. 462, que igualmente impõe ao juiz conhecer de fato constitutivo diverso daquele afirmado na inicial se "influir no julgamento da lide" (*rectius*, do pedido), será possível extrair a primeira conclusão: o fato constitutivo superveniente poderá ser trazido a qualquer tempo, visto estarem presentes as condições estabelecidas pela lei para sua alegação. É recomendável, a fim de evitar surpresas para as partes, que o juiz abra vista para manifestarem-se sobre o fato novo, garantindo-se o direito de influir na decisão a ser proferida.[222]

O fato constitutivo de conhecimento superveniente, em que pese não excluído da leitura fria do art. 462, que dele não trata expressamente, poderá ser argüido pela parte sempre que provar *força maior* para sua não alegação na fase postulatória. Essa autorização é expressa no art. 517 "as questões de fato, não propostas no juízo inferior, poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior". Se o desconhecimento perfaz o requisito da força maior, também não se pode deixar de considerar o fato cujo conhecimento veio somente em momento ulterior à propositura da demanda. É evidente que o desconhecimento de um fato pode ser objetivamente inserido no conceito de força maior, mas se a parte tinha o dever de conhecer a questão terá que ser resolvida caso a caso.[223]

---

[221]. "Por novas alegações deve-se entender novas razões de fato ou de direito, em outros termos, novos *fatos*, simples ou jurídicos, ou conseqüências jurídicas só relacionáveis a esses novos fatos"(Calmon de Passos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, III, p. 288).

[222]. "Questo grave inconveniente potrebbe essere eliminato qualora i giudice indicassero sempre alle parti le questioni che intendono rilevare d'ufficio, ritenendone sempre opportuna la preventiva trattazione proprio ai fini dell'attuazione del contradditorio" (Comoglio, Ferri e Tarufo, *Lezioni sul processo civile*, p. 593).

[223]. Se por dever profissional a parte deveria conhecer determinado fato, o seu desconhecimento não pode ser relevado, de modo que não deverá o juiz conhecer o fato se houver qualquer retrocesso na marcha do processo ou agravamento (ainda que não-substancial) ao direito de defesa.

Impedir a parte de alegar o fato de conhecimento superveniente e afirmar que essa limitação é estabelecida pelo art. 462 do Código de Processo Civil,[224] não se harmoniza com interpretação liberal do art. 397 do Código de Processo Civil, que permite à parte a juntada de novos documentos nas instancias ordinárias. Admitida a possibilidade de novos documentos, não se pode impedir a parte de deduzir novas alegações de fato, ainda que ocorridos antes da propositura da demanda. Não se pode conceber a possibilidade de provar um fato e *pari passu* a vedação em utilizar o conteúdo da prova realizada.

14. O art. 462 e sua interpretação constitucional

Dentro de um sistema que tem na celeridade e economia processuais dois largos pilares de sustentação do processo, máxime nessa verdadeira nova onda renovadora do direito processual em que a tutela jurisdicional integral e em tempo razoável ganhou assento constitucional (processo *giusto e equo* a que se refere Comoglio), algumas técnicas processuais necessitam ser reinventadas, recriadas e acima de tudo reinterpretadas. Não se verifica na literatura jurídica brasileira nenhum autor que tenha se debruçado sobre o real alcance do art. 462 do Código de Processo Civil, notadamente no que tange ao seu significado intrínseco retirado da redação dada pelo legislador.

Tendo como premissa interpretativa a Constituição e seu elevado mandamento contido no art. 5º, inc. LXVIII segundo o qual "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação", a interpretação do art. 462 ganha novo contorno e um alcance mais longo. Ou seja, o referido regramento deve ser interpretado

[224]. "Fato superveniente. Art. 462 do CPC. Como tal não se considera circunstância já existente, ainda que só apurada no curso do processo" (STJ, 3ª T., REsp. n. 4.508-CE, rel. Min. Eduardo Ribeiro de Oliveira, j. 23.3.1993, DJ 19.4.1993, v.u.).

de modo a constituir um meio que garanta a ordem ou mandamento constitucional de celeridade.

O texto constitucional disse menos ao falar em celeridade *somente* na tramitação. A celeridade a que alude é para entrega da tutela jurisdicional a quem tenha razão. É impossível ler o artigo de outro modo. É preferível negar a tutela jurisdicional a dar voz a um direito discriminatório despreocupado com o resultado da atividade estatal que é o processo. Simplesmente acelerar a tramitação não pode ser considerado um mandamento superior, mas o de acelerar a entrega da justa decisão do mérito, sim.

Na *nota introdutória* da terceira edição do livro "A *causa petendi* no processo civil", escrita no inverno do ano de 2009 pelo seu autor, o professor José Rogério Cruz e Tucci, é sublinhado o grande impacto representado pela emenda constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, registrando, em total harmonia com o entendimento ora esposado, que "a inserção expressa em nosso texto constitucional do direito fundamental à duração razoável do processo (art. 5º, LXVIII, CF) determinou verdadeira metamorfose da regra da economia processual que, de técnica, transformou-se em corolário da garantia do devido processo legal".[225]

A duração razoável passou a ser, também, um importante fundamento para interpretação das disposições processuais, onde o exegeta não pode valer-se de interpretação que colida frontalmente com essa superior imposição constitucional. Para que se possa afastar a interpretação em benefício da celeridade processual haverá de existir, necessariamente, o choque com outro princípio constitucional, sem o que a interpretação será ilegítima.

Tão importante quanto garantir que o resultado do processo seja útil (tutela jurisdicional tempestiva) é garantir o integral cumprimento de outro preceito fundamental: a todos os litigantes é garantido o direito à ampla defesa e ao contraditório, e a Constituição igualmente garante os meios e recursos inerentes a esse propósito (CF, art. 5º, inc. LV).

---

[225]. José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, nota introdutória à terceira edição, p. 14.

A interpretação do art. 462 do Código de Processo Civil será aderente aos princípios constitucionais somente se assegurar (I) os meios necessários para que o processo seja célere, útil e não resulte em dano àquele que tem razão, mas também (II) garanta às partes o direito de influir de modo efetivo no convencimento do juiz, produzindo provas, falando nos autos e participando de modo efetivo do processo (*substantive due process*, de onde irradiam os princípios da ampla defesa e do contraditório).

Novamente estão em contraste dois caros princípios emanados da Constituição: segurança jurídica e celeridade. Fazer rápido e de forma segura é um ideal que não se pode alcançar, de modo que o equilíbrio entre esses dois princípios deverá nortear a interpretação de todas as disposições processuais. Em 1994, com introdução do *poder geral de antecipação da tutela* por força da alteração da redação do art. 273 do Código de Processo Civil pela lei n. 8.952, de 13 de dezembro, muitas criticas foram feitas à violação ao princípio do contraditório em razão da tutela antecipada *inaudita altera parte*. Aos poucos a doutrina e jurisprudência chegaram a uma interpretação madura deste dispositivo, entendendo que ele não anula o princípio do contraditório, mas o difere para momento ulterior. Entendeu-se que o acesso à justiça deveria ser garantido, para no momento seguinte permitir que o réu exerça em sua plenitude o seu direito de defesa e participação.[226]

Ainda com o propósito de garantir o contraditório, há um projeto de lei que limita a concessão de antecipações tutelares sem que seja ouvido o réu aos casos em que o comparecimento deste poderá impedir a satisfação do direito ou em razão do tempo necessário para a citação o direito que se visa a resguardar pereça.[227]

---

[226] O segredo do equilíbrio, conforme preleciona Humberto Theodoro Júnior, é garantir-se, primeiramente, o resultado útil e efetivo do processo para, em um segundo momento, assegurar o contraditório e o devido processo legal. Assim, conclui o processualista mineiro que para a harmonização dos princípios da *efetividade da jurisdição* e da *segurança jurídica* basta uma "inversão da seqüência cronológica de aplicação de seus mandamentos" (Humberto Theodoro Júnior, "Tutela antecipada e tutela cautelar", *in Revista dos Tribunais*, nº. 742, 1997, p. 47).

[227]. Art. 273, §5º: "§ 5o Na hipótese do inciso I deste artigo, o juiz só concederá a tutela antecipada sem ouvir a parte contrária em caso de extrema urgência ou quando verificar que o réu, citado, poderá torná-la ineficaz" (PLS n. 186/05, rel. Dep. Antero Paes de Barros).

Essa breve digressão sobre a introdução do poder geral de antecipação e sua evolução serve para que se tenha em mente que toda modificação provoca dúvida e oposição de parte da doutrina em um primeiro momento e, muitas vezes, essas dúvidas e os fundamentos postos para opor-se à inovação permitem um aperfeiçoamento que leva à melhoria da técnica processual, harmonizando-a com os superiores mandamentos constitucionais e viabilizando o acesso à ordem jurídica justa. Permitir a tutela antecipada e depois limitar sua concessão *inaudita altera parte* aos casos em que realmente a oitiva do réu frustraria o direito (seja pelo tempo necessário ao ato de comunicação, seja pelo conhecimento em si da demanda) é caminhar para frente, aperfeiçoando a técnica processual e fazendo-a aderente aos princípios constitucionais que são a razão da sua existência.

A interpretação do art. 462 como um amplo permissivo autorizador da introdução de fatos não alegados está em todo condizente com a Constituição, pois é uma forma de garantir que o resultado útil seja alcançado no processo. No entanto, a garantia do contraditório é condição necessária para que essa interpretação seja possível e praticamente realizável. A dificuldade é maior quando os fatos novos geram nova causa de pedir, pois nessa hipótese a exegese constitucional terá que sobrepujar regras processuais expressas, mas isso será debatido no capítulo seguinte (*infra*, nn. 23-25). Por ora, resta definido que o fato novo, superveniente ou de conhecimento superveniente, poderá ser introduzido se for garantido à parte o direito à participação, realizando um efetivo e irrestrito contraditório.

A recusa da parte em participar, alegando vedação legal para introdução de fatos supervenientes deve ser vista pelo direito processual como descumprimento de um ônus e, por isso, não impedirá que o juiz decida com base nas novas *alegações.*[228]

A interpretação ampliativa do art. 462 é fruto da necessidade de entregar a tutela jurisdicional a quem efetivamente tenha razão. É a busca material da

[228]. Nelson Nery Júnior, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 182.

verdade que sempre que realizável praticamente deverá ser alcançada e o processo será mais justo quanto mais se aproximar desse ideal.[229]

15. O art. 462 e a permissão para introduzir o direito superveniente

Galeno Lacerda, em 1983, anunciava a notável importância do art. 462 do Código de Processo Civil e da sua função principal de combater o formalismo estéril e desnecessário, permitindo que o processo seja dinâmico como a vida e que dele se aproveite o máximo possível. Há mais de vinte cinco anos o mestre Galeno Lacerda ao referir-se ao art. 462 ressaltava com veemência a enorme inovação trazida pelo referido regramento ao expor com proficiência que "a norma é tão revolucionária, mexe com tantos princípios processuais, elevados dogmas consagradores de verdades tidas como absolutas e imutáveis, rasga horizontes tão vastos e surpreendentes, que a doutrina, temerosa de aventurar-se em um mundo desconhecido, se encolhe acanhada e vacilante".[230]

---

[229]. Segundo Corrado Ferri a busca pela verdade objetiva é um "fondamento della tutela socialista del diritto" (*Struttura del processo e modificazione della domanda*, p. 27). Ferri associa esta busca com a postura do juiz, ampliando, para tanto, o seus poderes inquisitórios não somente no que se refere às provas, mas também aos fatos. O ponto de equilíbrio que se deve buscar entre os poderes de iniciativa do juiz e das partes "não se pode determinar através de considerações de pura técnica processual, mas deve necessariamente, em toda legislação positiva, ser fixado em função das exigências reais do interesse público e da autonomia privada do direito substancial, do qual o processo é instrumento" (Galeno Lacerda, *Despacho Saneador*, p. 119). Mauro Cappelletti sustenta que a função pública do processo exige um abrandamento do princípio dispositivo e a busca pelos fatos deve ser uma tarefa que o juiz não poderá se furtar em realizar, sobretudo pelo interesse público que existe na aplicação correta da lei (*Interrogatorio della parte e principi generali del processo civile della Germania e dell'Unione Sovietica,* p. 39 ss.). Essa harmonização entre o interesse social e privado é típica do pensamento marxista, onde existe um interesse coletivo pela correta prestação jurisdicional ainda que a relação seja entre particulares e o direito seja dispositivo: "l'esigenza di un accertamento obiettivo della situazione controversa anche in deroga al *Dispositionsprinzip*, al fine di superare l'aparente contraddizione del processo intenso come conflito di interessi personali, da risolvere nel quadro degli interessi della società" (Corrado Ferri, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, p. 28). Essa busca pela *verità oggettiva* não pode chegar ao extremo de abalar as estruturas do princípio da economia e celeridade, mas deve servir de orientação para interpretar as disposições processuais.

[230].Galeno Lacerda, "O Código e o formalismo processual", p. 12-13. O mestre ainda expõe que "o processo deixa de ater-se a um momento estático no tempo, para afeiçoar-se, ao contrario ao dinamismo e à fluência

De lá para cá pouco se evoluiu no sentido de obter-se um maior aproveitamento do processo alargando-se a aplicação dessa poderosa arma contra a *perda de tempo* que é o art. 462 do Código de Processo Civil. O conhecimento do direito ou fato superveniente é uma imposição associada à idéia de efetividade da jurisdição e é possível até mesmo dizer que sequer haveria a necessidade de ser expressa na legislação.[231]

Extrai-se do art. 462 a autorização para que seja introduzido o chamado *jus superveniens*, que nada mais é que o reconhecimento de um novo arcabouço jurídico de aplicabilidade imediata ao processo em tramitação.[232] A única inovação desta consagrada interpretação é permitir a aplicação retroativa da lei. A legitimidade desta leitura do referido regramento processual está relacionada com o princípio da celeridade e economia processuais e na busca pelo máximo aproveitamento do processo. É necessária uma visão prospectiva do resultado do processo e da certeza do direito diante da nova disciplina jurídica aplicável à causa pendente. O tema ganhou notável relevância na medida em que o processo demora longuíssimos anos para chegar ao fim e, muitas vezes, ocorre modificação do direito positivo no curso do processo e esta nova disciplina deve encontrar espaço também na relação processual que ainda não chegou ao fim. Se o processo começasse e terminasse em um brevíssimo espaço de tempo, o direito superveniente teria muito pouca importância, seja pela sua difícil ocorrência, seja em razão de parte poder valer-se de

---

da vida, a fim de, com olhos voltados à economia das partes e à nenecessidade de se eliminar o litígio com presteza, aproveitar o já instaurado para fazer a justiça ulterior ao momento inicial" (*op. loc. cit.*).

[231]. Apesar disso lamenta-se profundamente que a disciplina legislativa da matéria seja tão insuficiente (*cfr. infra*, n. 26), mas isso tem relação com a equivocada interpretação do problema pelos operadores do direito. Somente por essa razão a disciplina exauriente do problema em sede legislativa faria com que a lei escrita servisse como norte para que os conservadores tivessem coragem de aproveitar o processo já instaurado e dele extraindo tudo o quanto seja possível extrair. O código português utiliza *vinte-e-seis* vezes a palavra superveniente, regulando não somente o direito novo, como o fato novo, os novos documentos e até mesmo a carência de ação superveniente. O código pátrio apenas utiliza *cinco* vezes a palavra, sendo que *três* delas foram incluídas em recentíssimas modificações legislativas havidas no ano de 2005, o que demonstra que, ainda que timidamente, o legislador lembrou que o processo é sujeito a mudanças da realidade que devem ser disciplinadas pela lei.

[232]. O direito superveniente é "aquele que se constituiu ou se integrou no curso da demanda, em momento posterior ao da apresentação da contestação pelo réu, por conseguinte, aquele fundado em fato ocorrido posteriormente ao prazo marcado para a contestação" (Calmon de Passos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 288-289). Ou simplesmente o direito advindo de "mutações legislativas sobrevindas no curso do processo" (Humberto Theodoro Júnior, "Embargos de declaração...", p. 602).

um novo processo sem que isso trouxesse grave repercussão ao direito que visa a proteger.

Não se pode olvidar que o art. 462 também não trata expressamente do direito superveniente, mas a conjugação deste dispositivo com os arts. 303, inc. I permite ao menos dizer que o réu sempre poderá invocar o direito superveniente por expressa e literal disposição legal. Ademais, ao redigir o art. 462 o legislador claramente disse menos do que deveria ter dito, sendo mais do que evidente que uma leitura sistemática do dispositivo conduz à inegável autorização para que as partes introduzam no processo os fatos e o direito supervenientes.

Se a parte tem direito diante da nova lei editada no curso do processo, esse direito deve ser desde logo reconhecido, declarado e satisfeito por meio do mesmo e único processo. O juiz não tem a faculdade de considerar o direito superveniente, mas, se o procedimento permitir, ele tem o deve de assim proceder. O comando do art. 462 é dirigido precipuamente ao juiz que, na qualidade de sujeito do contraditório, deve permitir às partes que se manifestem sobre essa nova *questão*. A situação não é acadêmica, mas *freqüentíssima* no dia-a-dia do direito processual. Notadamente em direito tributário é muito comum que se editem novas leis, inclusive com efeito retroativo (ou sem ressalvar os efeitos da lei revogada), de modo que a nova legislação extirpa qualquer dúvida sobre a existência do direito no plano material.[233]

Por que o processo deveria impedir a realização do direito material? O processo é o caminho ou o obstáculo para efetivação dos direitos? Desconsiderar o direito superveniente é permitir que se estabeleça uma lei para o caso concreto que esteja em contraste com o comando geral e abstrato da lei formal vigente na data em que proferida a decisão.

Essa autorização conferida para que as partes – e notadamente o réu em razão de expressa disposição (CPC, art. 303, inc. I) – introduzam o *jus superveniens*

---

[233]. "Daí a necessidade de alterar o tema em debate, para se amoldar o objeto da disputa às regras legais supervenientes, nos moldes do previsto no art. 462 do Código de Processo Civil" (Humberto Theodoro Júnior, "Embargado de declaração. Remédio hábil para introduzir no julgamento o *ius superveniens*", p. 601).

traz consigo também um *ônus* para parte segundo o qual a não alegação do direito superveniente faz com que não se possa dele valer em ulterior demanda. Assim o direito superveniente *dedutível que é* tem a qualidade de deixar os fatos que o comprovam abrangidos pela eficácia preclusiva da coisa julgada (CPC, art. 474: "reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido".[234] A qualidade dos efeitos da sentença e a blindagem da norma estabelecida pelo caso concreto derivada da sua eficácia preclusiva somente poderá ser considerada se ainda não ultrapassado o último momento possível para deduzir o *jus superveniens*, de modo que somente haverá ônus à parte se ainda não superada a fase processual que permita a sua introdução (*cfr. infra* n. 17). A letra do art. 474 do Código de Processo Civil somente considera deduzida e rejeitada a alegação que a "parte poderia opor".

Se o legislador, em regular exercício do seu poder político, proscreve determinado comportamento antes tolerado ou prescreve um comportamento antes proibido, não compete ao juiz recusar-se a esta determinação irresistível. O processo deve refletir essa vontade sob pena de criar uma lei entre as partes em contraste com o direito positivo, o que tem o mesmo significado de outorgar ao juiz o poder legiferante. Ada Pellegrini Grinover é contundente ao defender que a decisão final não pode ignorar a situação criada pelo direito *novo*: "o julgamento da controvérsia não é e não pode ser indiferente à introdução de nova regra no mundo jurídico e que, de alguma forma, seja relevante para a relação material posta a julgamento. Como visto, o juiz decide baseado no que se apura no encerramento da discussão, de tal modo que o direito deve ser aplicado no momento da sentença e não do pedido".[235]

Pondera Wellington Moreira Pimentel que a aplicação do *jus superveniens* não se confunde com uma autorização para que seja formulada uma

---

[234]. "O direito superveniente à propositura da demanda, sendo aplicável à controvérsia, deve ser considerado porque, sendo matéria 'dedutível', considerar-se-á abrangido pela coisa julgada" (Ada Pellegrini Grinover, Direito Superveniente. Repercussão sobre o ato judicial. Momento de eficácia da decisão, p. 589). Esse fenômeno também é constatado por Andrea Proto Pisani: "si può dire che il giudicato sostanziale opera come *lex especialis*, staccando la disciplina del diritto fatto valere in giudizio dalla norma generale ed astratta (...) l'inoperatività dello *ius superveniens* retroattivo sulla fattispecie da cui deriva il diritto oggetto del giudicato" (Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 68).

[235]. Direito Superveniente. Repercussão sobre o ato judicial. Momento de eficácia da decisão, p. 610.

causa nova, mas tão-somente diante de fato que "se existente no tempo do ajuizamento da demanda, conduziria à mesma resolução judicial". Em harmonia com o pensamento de Chiovenda, também para Pimentel "o juiz deve atender aos fatos no momento em que lavra a sentença, sempre que produzam os seus efeitos antes dela" e o efeito prático *deve ser* como se o fato houvesse sido deduzido na petição inicial ou contestação, pois "o juiz sentencia como se antes desse momento a relação controvertida tivesse nesses fatos a sua constituição ou extinção".[236]

A doutrina também é praticamente unânime em restringir a introdução de uma nova causa de pedir ao se permitir o conhecimento pelo juiz do *jus superveniens*. Portanto o direito superveniente, para a doutrina, não é um novo direito, mas a verificação daquele já afirmado que agora passa a ter guarida na legislação positiva ou nos fatos verificados no curso do processo.[237]

Outro ponto relevante é deixar claro que direito superveniente pode advir de fatos supervenientes ou de leis supervenientes (em sentido amplo). Quando se fala em *jus superveniens* a doutrina costuma lembrar apenas do direito novo quando a lei nova não ressalva os efeitos da lei revogada. Também os fatos podem conferir novo direito ao autor e do mesmo modo estará caracterizado o direito superveniente, que nada mais é do que *um direito que inicialmente não existia e passou a existir em razão da ocorrência de situações externas ao processo ou mesmo reveladas no próprio processo, mas desconhecidas no momento da propositura da demanda*.

---

[236]. Wellington Moreira Pimentel, *Comentários ao Código de Processo Civil*, III, p. 536-537. A mesma conclusão chegou Humberto Theodoro Júnior para quem a primeira tarefa do julgador ao deparar-se com um fato ou direito superveniente será "assegurar-se de que são um prolongamento natural da lide ofertada *ab initio*" (*op. cit.*, p. 610). Ou seja, desde Giuseppe Chiovenda repete-se o mesmo entendimento sobre o fato e o direito superveniente.

[237]. "O acolhimento do fato novo somente é admissível quando não altera a *causa petendi*. O art. 462 deve ser entendido considerando-se o que dispõem os arts. 302 e 303" (Calmon de Passos, *Comentários*, p. 289).

16. O art. 462 e a influência do precedente

Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a edição de súmula não é fato superveniente que poderá ser invocado com fundamento no art. 462 do Código de Processo Civil (STJ, Agr. Instr. n. 550.118, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro).[238] Não é propriamente um *fato da vida*, que diga respeito à parte na sua esfera privada ou na sua relação com a parte contrária. Sem dúvida a súmula, como orientação e exteriorização do pensamento de uma Corte, não pode ser considerada fato superveniente em razão de faltar qualquer elemento *impositivo* ou *vinculante* entre o enunciado sumular e a decisão tomada sem consideração deste.

Diversa é a situação da súmula vinculante e do recurso repetitivo em razão do efeito vinculante de que são dotados e da *impositividade* resultante desse fato novo, inexistente no momento em que proposta a demanda. O cabimento da reclamação contra o descumprimento da súmula vinculante ou de uma regra jurídica estabelecida por um julgamento em que observado o procedimento dos recursos repetitivos é uma mostra evidente que este fato novo repercute diretamente na solução dada à causa, de modo que compete ao juiz, a teor do art. 462 c/c art. 543-C, levar em consideração esse situação nova. Ao desconsiderá-la, incorrerá em omissão passível de correção por embargos de declaração, por recurso próprio ou até mesmo por meio de reclamação.

Nesse caso, o precedente não tem apenas uma força persuasiva, mas impositiva. Não há qualquer dúvida que a súmula vinculante e o julgamento pelo procedimento dos recursos repetitivos verificados durante o processamento de um recurso configuram fato novo passível de ser considerado não somente em razão do art. 462, mas de outros dispositivos que determinam a observância desses precedentes. Nas palavras do prof. José Rogério Cruz e Tucci "não há dúvida que a força obrigatória acentua o caráter de fonte do direito dos precedentes *judiciais* do Supremo Tribunal

[238] "a jurisprudência, por si só, isolada, não tem valor decisivo, absoluto. Basta lembrar que a formam tanto os arestos brilhantes, como as sentenças de colégios judiciários onde reinam a incompetência e a preguiça" (Carlos Maximiliano, Hermenêutica e aplicação do direito, n. 195, p. 149).

Federal".[239] Ou seja, a edição de uma súmula vinculante equipara-se, para fins de consideração no momento da decisão, a uma lei *nova* editada no curso do processo cuja eficácia é imediata sobre as relações atuais, pretéritas e futuras.

Resta analisar o conjunto de precedentes, puro e simples. Ou seja, aqueles pronunciamentos reiterados de uma Corte que, apesar de não terem efeito vinculante, tem o escopo de pacificar e uniformizar (função nomofilácica) a aplicação de determinado dispositivo de lei, conferindo interpretação certa a determinada questão jurídica. Não se pode negar que o precedente é um importante elemento para formação da convicção do julgador e que a consolidação dos precedentes, por meio da súmula, configura importante fator de persuasão.

Somente será fato superveniente aquele que repercuta *necessariamente* (obrigatoriamente) na decisão, seja em razão dos seus efeitos para fora dos limites do processo em que proferido, seja em razão de eventual impacto sobre os fundamentos da decisão. A súmula não-vinculante, como dito, não é fato novo (ela é apenas uma consolidação de precedentes que exprimem o pensamento de um sodalício), mas é possível que uma decisão judicial seja embasada em precedentes não-sumulados como razão de decidir.

Não é incomum que o tribunal local determine a aplicação de determinado artigo de lei tendo como fundamento precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Nessa hipótese, a edição de uma súmula em sentido contrário aos fundamentos do acórdão pode ser considerada fato novo, pois repercute diretamente nos fundamentos da decisão. Determinado tribunal decidiu de dada forma, *porque a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça determina a interpretação considerada na decisão.* Caso seja editada súmula que demonstre que a jurisprudência não é mais aquela citada na decisão, esta reclamará outra fundamentação para que se chegue ao mesmo resultado. Trata-se de falsa premissa levada a efeito na decisão que pode ser passível de correção em sede de embargos de declaração. Caberá ao tribunal prolator decidir se prestigia a *nova súmula*, mantendo o fundamento de decidir nos termos do

[239]. José Rogério Cruz e Tucci, *Precedente judicial como fonte do direito*, p. 275.

tribunal superior (e, nesse caso, corrigindo-se o que seria a interpretação do tribunal); ou se encampa entendimento divergente, mantendo a decisão por seus fundamentos, mas esclarecendo que aquela interpretação, ainda que divergente em relação ao tribunal de superposição, expressa o entendimento da turma julgadora, pois o tribunal não está vinculado ao enunciado sumular. Este não é um problema de fato superveniente, mas de fundamentação.

No caso de julgamento de recursos repetitivos, onde existe uma vinculação a todos os tribunais para que decidam da mesma forma (CPC, art. 543-C, §7º), ou súmula vinculante (CF, art. 103-A, *caput*), o precedente será um *fato novo* que obrigatoriamente deverá ser considerado, sob pena de violação ao art. 462 do Código de Processo Civil, e poderá ser conhecido inclusive em sede de embargos de declaração, pois a decisão será incompleta (omissa). A vinculação dos tribunais no que se refere aos recursos repetitivos é atenuada pela desnecessidade de decisão conforme. Somente é obrigatória a fundamentação, pois não-suficiente a mera reiteração da decisão já proferida quando os autos são restituídos ao órgão prolator para *nova decisão*. É admissível, portanto, que os tribunais locais e regionais não comunguem da tese jurídica fixada pelo Superior Tribunal de Justiça, mas é obrigatória *nova* fundamentação, vedada a mera reiteração da decisão por tira de julgamento. Essa diretriz foi fixada pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça em sede de questão de ordem suscitada no julgamento de recurso repetitivo pelo Min. Aldir Passarinho Junior.

Situação de maior complexidade e que ainda não tomou corpo e estabilidade no Supremo Tribunal Federal é a *vinculatividade* dos motivos determinantes de uma decisão tomada pelo pleno da mais alta corte. Há alguns precedentes, em sua maioria do Min. Gilmar Mendes, em que se atribui efeito vinculante aos motivos contidos na decisão. Trata-se de entendimento jurisprudencial respeitável e, na medida em que aplicável, a decisão do pleno do Pretório Excelso em que se confira determinada interpretação a algum artigo de lei poderá ser considerada um fato novo. Não é objeto deste estudo o exame desta questão, mas havendo efeito vinculante, os motivos determinantes da decisão são fatos novos que devem ser

considerados pelo juiz, sempre que resultem em extinção, modificação ou constituição de direitos.

17. O último momento para a alegação e conhecimento do fato novo

Sempre que o juiz puder olhar para trás e avistar algo importante que passou ele deverá levar em consideração no momento de julgar. Compete ao juiz, como ao historiador, ver o passado para melhor estabelecer as regras aplicáveis ao futuro. Somente com a compreensão integral dos fatos pretéritos é que se poderá determinar como deve ser o presente e vislumbrar como deverá ser o futuro. O último momento para alegar o fato ou direito superveniente é aquele em que isso seja praticamente possível. Não há qualquer dúvida de que o *último momento* para alegar o fato novo é aquele em que essa alegação seja eficaz e portanto o estudo deste ponto resume-se à identificação da eficácia da alegação em atenção ao momento ou fase do procedimento.

Liebman, em seu conhecido manual, ensina que "para julgar se a demanda procede ou não, o juiz deveria, a rigor, examinar a situação controversa, tal como era no momento em que aquela foi proposta, sem levar em conta as eventuais modificações surgidas durante a pendência da causa. O princípio da economia processual leva, todavia, a moderar esse rigor, com a conseqüência de que o juiz deverá ter em conta os fatos surgidos até ao momento em que ainda era possível levá-los ao seu conhecimento".[240]

É evidente que ao pensar em algo que sobrevenha, que seja superveniente, não se pode aplicar a regra da preclusão como se tivesse havido o descumprimento de um ônus. Afinal não se descumpre um ônus quando não se possa praticar o ato do qual adviria a conseqüência àquele que não o praticou. Ao pensar no último momento em que se poderá introduzir no julgamento o direito ou fato

[240]. Liebman, *Manual de direito processual civil*, I, n. 80, p. 224.

superveniente, claramente deve se ter em mente o último momento em que seja praticamente possível que se conheça dessa nova situação. Aqui a regra da preclusão não tem força impeditiva, o que impede a introdução dos acontecimentos supervenientes é a impossibilidade material (prática) de levá-los em consideração. Cabe lembrar que a regra do art. 462 é essencialmente dirigida ao juiz e, como tal, deverá ter força no momento solene que é a decisão do *meritum causæ*. Trata-se de exceção à rigidez imposta pela preclusão. A regra é, portanto, bastante simples: se for possível praticamente tudo que for superveniente deverá ser considerado no momento de sentenciar.

E o que significa dizer "possível praticamente"?

O primeiro marco no processo é sem dúvida a citação. Tudo o que for introduzido antes da citação – por meio de aditamento – sequer poderá ser considerado superveniente. Citado o réu, todo fato novo será superveniente. E a superveniência do fato faz com que seja atenuada a regra do *caput* do art. 264 ("feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei").

A idéia contida na parte final do art. 264 contém importante ressalva no que se refere às *substituições permitidas por lei*, o que remete o intérprete à interpretação sistemática dos dispositivos. A partir da citação válida poderá ser aplicado o art. 462 do Código de Processo Civil.

O saneamento do processo é um *segundo marco* importante para escalada da estabilização da demanda. É o momento em que nada mais poderá ser modificado ainda que haja consentimento das partes (CPC, art. 264, par. ún.).[241] A regra do art. 462 permanece aplicável, pois ela configura claríssima exceção a essa vedação e foi introduzida no Código de Processo Civil com o escopo de impor ao juiz o conhecimento do fato superveniente.

[241]. Sobre a aceitação do contraditório e sua suficiência para ampliação dos elementos objetivos da demanda, *cfr. infra* nn. 22, 24 e 25.

A diferença de introduzir-se o fato novo em momento ulterior ao saneamento ou antes deste, está relacionada com a possibilidade de produção de provas sobre o novo fato. Ou seja, antes do saneamento poderão as partes *produzir prova sobre o fato novo*, o que não mais poderá ser feito no momento ulterior ao saneamento. Evidentemente que o juiz poderá examinar a conveniência de produzir prova e deferir em caráter excepcional, visto que esta possibilidade é facultada ao juiz até o encerramento da instrução ou até mesmo no momento de proferir a sentença (a chamada conversão do julgamento em diligência).

Proferida a sentença não será mais possível a produção de prova não-documental (*preconstituída* no momento da alegação), mas ainda assim será oportuna a suscitação pelas partes do direito ou fato superveniente à sentença. O art. 517 expressamente autoriza a introdução de fatos não alegados, desde que provada a justa causa para essa omissão (força maior). De todo o modo, o fato superveniente será sempre admitido, pois sua não-alegação decorre da sua inexistência e não pode ser associada a qualquer elemento volitivo da parte (não é possível falar em má-fé ou em estratagema da parte).

Ada Pellegrini Grinover entende que é plenamente admissível o conhecimento do fato ou direito superveniente até mesmo em momento ulterior ao julgamento da apelação e dos sucessivos embargos infringentes, entendendo a referida processualista que o tribunal deve aplicar o novo direito e levar em consideração as novas questões de fato, ainda que em sede de embargos de declaração.[242] Essa posição também é defendida por Humberto Theodoro Júnior.[243]

Aliás, é próprio dos embargos de declaração a função de garantir a completude da prestação jurisdicional e, portanto, é natural que os embargos se prestem a introduzir o direito ou fato superveniente. Ademais, tendo o juiz como destinatário da regra, ao desconsiderar o *jus superveniens*, ele terá incorrido em omissão, o que

---

[242]. "Não há qualquer dúvida de que, ainda pendente a questão junto ao Tribunal de Justiça, *esse órgão pode e deve* – porque tem competência para tanto – *apreciar a alegação de incidência de direitos supervenientes*, *manifestando-se sobre as conseqüências daí resultantes*" (*Direito superveniente*, p. 613).

[243] Humberto Theodoro Júnior, "Embargado de declaração. Remédio hábil para introduzir no julgamento o *ius superveniens* (art. 462 do CPC)".

permite o manejo dos embargos para corrigir essa situação. Se o fato ocorrer em momento ulterior ao julgamento da apelação, mas ainda dentro do prazo para oposição de embargos de declaração, não se poderá afirmar a existência de omissão, mas sua alegação está em conformidade com o propósito de garantir a correta prestação jurisdicional.

Não se pode excluir, ainda, a introdução do fato superveniente durante o processamento do recurso especial ou extraordinário, mas não se pode, com isso, dispensar o prequestionamento da questão como requisito ao conhecimento do recurso. Ou seja, será aplicável o art. 462 caso o recurso seja conhecido pelos tribunais de superposição, pois nesse caso deverá ser aplicado o direito à espécie (STF, súmula n. 456: "o Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie"; o mesmo preceito está contido no art. 257 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça).

O regimento interno do Superior Tribunal de Justiça autoriza expressamente a introdução do direito superveniente e a produção de prova exclusivamente documental. Essa é a clara disposição contida no art. 141, inc. II, segundo a qual será admissível a juntada de documentos após o recebimento dos autos no tribunal para "prova de fatos supervenientes, inclusive decisão em processo conexo, os quais possam influenciar nos direitos postulados". A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é farta nesse sentido, reconhecendo a possibilidade de a Corte conhecer do fato superveniente no momento de proferir a decisão.

A necessidade de produzir prova não-documental sobre o fato superveniente faz com que seja inviável sua introdução e imediato julgamento em favor de quem o fato aproveita. Nessa hipótese, poderá o tribunal, *ex officio*, determinar a conversão do julgamento para produzir a prova necessária para correta prestação jurisdicional. O art. 515, §4º poderá ser invocado para que o julgamento seja convertido em diligência para apuração desse fato essencial ao julgamento. Também o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça, no art. 168, estabelece que "a Corte Especial, a Seção ou a Turma poderão converter o julgamento em diligência quando necessária à decisão da causa". O art. 164, § 2º do Regimento Interno, nos mesmos termos do

art. 515, § 4º, autoriza a conversão do julgamento em diligência para suprir nulidade sanável.

É muito difícil construir uma regra geral no que se refere ao conhecimento dos fatos e direitos verificados no curso do processo, pois a prática do processo demonstra que há situações em que o último momento possível muda. É correta a lição de Humberto Theodoro Júnior ao afirmar que "até mesmo depois do julgamento em instancia recursal, se ainda não ocorreu a coisa julgada" será possível conhecer dos fatos novos. [244]

Se for possível praticamente, ou seja, se os fatos forem incontroversos ou sobre eles não houver necessidade de prova ou ainda se a prova necessária puder ser realizada na fase processual em que o processo estiver, será oportuna a introdução do fato novo e impositivo o seu conhecimento pelo tribunal. Uma vez alegada e conhecida a alegação, a questão de fato introduzida estará acobertada pela eficácia preclusiva da coisa julgada. Caso seja apenas alegada e não-conhecida o fato afirmado – como não foi considerado – poderá ser invocado em uma futura demanda.

18. Fato novo pela perspectiva do réu

A posição ocupada por *autor* e *réu* no processo é importantíssima para interpretar os efeitos provocados pela introdução de fatos novos no curso do processo.[245] Sem considerar o princípio da economia processual e do direito a uma tutela tempestiva e que ponha fim a ao conflito de interesses entre as partes, não se pode olvidar que ao autor sempre será facultado propor nova demanda e o fato novo poderá ser por ele aproveitado em outro processo. Por outro lado, sob a perspectiva do

---

[244]. Humberto Theodoro Júnior, "Embargado de declaração. Remédio hábil para introduzir no julgamento o *ius superveniens* (art. 462 do CPC)", p. 601.

[245]. "apesar do princípio da igualdade das partes, autor e réu usufruem, respectivamente, de certas vantagens particulares resultantes da situação de cada um" (Frederico Marques, *Instituições de direito processual civil*, II, p. 135).

réu, uma vez julgada a demanda em seu desfavor, nada mais poderá pleitear em um *novo* processo, do que resulta a necessidade de se analisar com redobrado cuidado a possibilidade de invocar o fato novo quando este seja contrário ao réu. [246]

Essa distinção somente é válida se estivermos diante de uma nova causa de pedir, pois somente com o advento desta é que se poderá cogitar de uma nova demanda com o mesmo pedido, mas fundada em fato constitutivo diverso. Se o fato somente tenha o condão de demonstrar o direito afirmado ou comprovar que a causa deduzida é procedente, tal fato novo estará sujeito à eficácia preclusiva da coisa julgada, produzindo o mesmo efeito em relação ao autor e réu.

Curioso notar que o *novo* fato constitutivo de defesa pode permitir ao réu a introdução de uma nova causa de defesa e como tal gera uma inovação supostamente vedada em uma demanda estabilizada. O art. 303, inc. I do Código de Processo Civil autoriza a introdução dessa nova causa de defesa, o que significa dizer que o réu poderá inovar no processo (ampliando objetivamente os fundamentos da defesa), incluindo um fato novo que origina uma defesa não posta em contestação.

Não se pode levar muito longe essa interpretação. Para o réu deve ser admitida a introdução de uma nova causa de defesa, amparada por fato novo que lhe traz um novo fundamento. A *causa de pedir* será delimitada pelo autor, não pelo réu. A doutrina está errada em analisar em conjunto o fato novo e *jus superveniens* sem distinguir as posições jurídicas diversas do autor e réu. As regras de *preclusão* e da *eventualidade* a que está sujeito o réu não podem impedir a alegação de fato novo e, por isso vista sob o ângulo do réu "não prevalecem de forma absoluta" (Ada Pellegrini Grinover).[247]

Sem maiores dificuldades chega-se à conclusão de que o réu poderá introduzir uma nova causa de defesa, modificando-se ou até mesmo em contraste com

---

[246]. "A norma do artigo 462 também aproveita o réu. Isto já se anunciava, como acima indicado, pelo disposto no inciso I do artigo 303, uma vez que, como o direito decorre dos *fatos* (*ex facto oritur ius*), o direito superveniente é o que resulta de fato novo, posterior à contestação" Antonio Carlos de Araújo Cintra, *Comentários ao Código de Processo Civil*, IV, p. 299.

[247]. Ada Pellegrini Grinover, "Direito superveniente. Repercussão sobre o mérito da causa", p. 287.

aquela já deduzida, pois se assim não se considerar, o fato novo não poderá ser invocado pelo réu.

Um exemplo de enorme simplicidade demonstra a obviedade desta conclusão: Tício move a Caio demanda condenatória afirmando que Caio não lhe devolvera o dinheiro decorrente de empréstimo (contrato de mútuo) no prazo assinalado em contrato entabulado entre as partes. Caio contesta afirmando que se trata de doação e não empréstimo, de modo que nada lhe seria devido. No curso do processo, Caio resolve procurar Tício para resolver o problema e decide pagar-lhe o exato valor cobrado na petição inicial. Note-se que Caio em sua defesa nunca invocou *pagamento* como causa extintiva da obrigação e fundamento suficiente à improcedência do pedido. Poderá Caio, ao realizar o pagamento, invocar esse fato novo que origina uma causa de defesa não deduzida em contestação? *Nenhuma pessoa aventurar-se-ia a dizer que não*. Trata-se de hipótese acadêmica de fato extintivo do direito perseguido nos exatos moldes preceituados pelo art. 462. Igualmente seria difícil sustentar que desse fato não tenha sobrevindo um novo fundamento de defesa que em tese estaria sujeito à preclusão em razão do descumprimento do ônus de deduzi-lo no prazo para apresentação da defesa.

Esse simplório exemplo não gera qualquer dúvida ao intérprete. E se a demanda fosse movida por Caio e o pedido fosse de declaração de inexistência de dívida contra Tício? Suponha-se que Caio, após ser notificado ao pagamento de uma dívida por Tício, propõe demanda afirmado que nada deve a Tício em razão de valores recebidos em decorrência do mesmo contrato de mútuo, porque o que houve foi uma doação do réu ao autor. Tício contesta afirmando que não se trata de doação e que os valores são devidos e, por isso, a demanda deve ser julgada improcedente.

Tício resolve procurar Caio para pôr fim ao litígio entre eles e resolve pagar integralmente a suposta dívida, recebendo o respectivo recibo de pagamento. Poderá Tício introduzir esse fato constitutivo de seu direito ao processo pendente em que ele pede a declaração de inexistência de dívida? Ou isso seria uma nova causa de pedir e caberia a Tício formular uma nova demanda com fundamento no pagamento?

Esses dois exemplos (acadêmicos, é verdade, pois bastaria fazer um acordo para pôr fim ao processo ao invés de simplesmente efetuar o pagamento) demonstram que em determinadas situações a posição jurídica ocupada por autor e réu traz enormes conseqüências práticas jamais objetivadas pelo legislador e, por isso, deve ser analisado com cuidado a restrição à introdução do fato superveniente, ainda que isso traga uma nova causa de pedir a uma demanda pendente. Por que não paira a mais mínima dúvida de que Tício poderia invocar, como réu, esse fato novo e inúmeras dúvidas surgem se a posição por ele ocupada for de autor?

Vejamos, então, o fato novo sob a perspectiva do autor.

19. Fato novo pela perspectiva do autor

Não há dúvida que a superveniência de um fato que repercuta no direito posto em discussão em um processo pode beneficiar o autor ou réu. Também não se questiona que a ordem jurídica não privilegia nenhuma das partes, mas as trata com isonomia, onde a diferente posição jurídica pode levar a tratamento distinto. Isonomia é tratar com diferença onde exista fundamento para que assim se faça, visto que somente perante a igualdade de condições é que o tratamento igualitário seria isonômico. Será inconstitucional qualquer interpretação que não se atenha aos fundamentos determinantes das semelhanças e diferenças entre a qualidade de *autor* e a qualidade de *réu*.

Para que haja restrição ao autor (não imposta ao réu em situação equivalente), será necessária a demonstração de efetivo prejuízo ao réu na apreciação do fato *novo*. A vedação à introdução do *fato superveniente* deve ser analisada em atenção ao risco de se restringir direito da parte, não propriamente com vista à aceleração do procedimento rumo à sentença. Sentenciar rápido não é sinônimo de celeridade processual ou de duração razoável do processo. É preferível negar o acesso à

justiça a permitir a aplicação de um direito discriminatório ou descomprometido com os ditames da justiça e na solução do conflito de modo irrestrito e integral.

O fato de o art. 303, inc. I do Código de Processo Civil estar inserido na seção "da contestação" não faz com que o preceito nele contido, que traz autorização expressa para introdução do direito superveniente em exceção à regra da estabilização, limite ao réu a alegação do direito novo ou fato superveniente. A contestação é apenas um *marco* no procedimento que define um *momento* em que as alegações das partes passam a sofrer limitações para sua modificação. A liberdade de trazer ao juiz o direito ou fato superveniente é endereçada tanto ao réu como ao autor (aliás, tem como destinatário o próprio juiz, que dele conhecerá *ex officio*). O princípio da isonomia, certamente um dos pilares informadores do processo civil, impediria qualquer interpretação restritiva desse preceito, que não fosse acompanhada de minuciosa análise das conseqüências jurídicas relacionadas com a posição ocupada pela parte (autor ou réu, reconvinte ou reconvindo, embargante ou embargado *etc.*).

Não se pode atribuir tamanha importância à *seção* em que inserido o art. 303 no Código. Há inúmeros exemplos que poderiam ser invocados para que se considere absolutamente equivocado interpretar a norma somente com fundamento no local em que o legislador inseriu o preceito.[248] Ninguém poderia negar que as disposições relativas ao procedimento ordinário seriam inaplicáveis, p. ex., aos procedimentos especiais, pois isso significaria dizer que a petição inicial não teria que respeitar as exigências do art. 282, ou que o art. 286 ss. não fosse aplicável a todo e qualquer pedido formulado no processo de conhecimento (ordinário, sumário, especial). Até mesmo o indeferimento da petição inicial não poderia ser invocado fora dos limites do procedimento ordinário *etc*.

A letra do art. 462 não contém restrição e não é dirigida a nenhuma parte em especial, demonstrando que os fatos novos (dentre os quais certamente insere-se a nova lei produzida no curso do processo, que é direito superveniente) podem ser considerados até mesmo *ex officio*, de modo que a restrição ao autor é apenas aparente.

---

[248]. "não há como afastar a incidência do art. 282, III, de nenhum tipo de 'ação', 'processo' ou 'procedimento'" (*Curso sistematizado de direito processua civil*, p. 73).

Outro fator que induz a confusões na aplicação do art. 462 é a referência ao fato extintivo, modificativo ou impeditivo que, segundo a regra de distribuição do *ônus da prova*, compete ao réu provar (CPC, art. 333, inc. II), não ao autor. Aparentemente somente estes fatos novos havidos no curso do processo poderiam ser trazidos pelas partes e, naturalmente, seria a parte ré quem teria o ônus de demonstrar a sua ocorrência, o que remeteria o intérprete desavisado à conclusão de tratar-se de norma dirigida exclusivamente ao réu, vedando sua aplicação em benefício do autor. Se ao juiz é autorizado conhecer do fato novo (modificativo, extintivo ou constitutivo) que influa no julgamento, não seria desarrazoado concluir pela possibilidade de somente o réu poder beneficiar-se da regra inserta no art. 462, pois a prova desses fatos leva à improcedência da demanda proposta pelo autor e, portanto, cabe ao réu a sua demonstração.

Há, também, razões de ordem prática para permitir com maior liberalidade a introdução do *jus superveniens* pelo réu e restringir essa possibilidade quando ocorrer situação *inversa* em que o beneficiado seja o autor. O principal motivo para essa interpretação restritiva relaciona-se com a possibilidade de o autor ajuizar nova demanda, valendo-se das novas disposições legais ou dos fatos que não foram apurados no precedente processo (desde que não abrangidos pela eficácia preclusiva da coisa julgada). Isso, contudo, não é suficiente para que se impeça o autor de deduzir causa nova, pois esse entendimento é mais condizente com os princípios da celeridade e economia processuais, além de se garantir que o processo que esteja pendente não tenha sido absolutamente inútil e inócua a decisão final nele proferida. Não se tem dúvida de que o legislador disciplinou de modo absolutamente insuficiente esta matéria e que *lex minus dixit quam voluit* (a lei disse menos do que quis). Chega-se a essa conclusão por meio da interpretação sistemática e finalística de onde se colhe que a "dimensão do dispositivo não poderia ser aquela que sua real redação aparenta".[249]

O tratamento de autor e réu no que se refere ao fato novo deve principiar com o exame destes fatos em confronto com a *causa petendi*. Se os fatos forem relevantes para demonstração do próprio direito afirmado e deduzido na petição

[249]. Dinamarco, *Vocabulário do processo civil*, nn. 352-353, p. 362.

inicial sob o mesmo enfoque jurídico apresentado e dentro de um mesmo contexto de fatos constitutivos, resta evidenciado que tanto autor como réu têm interesse na comprovação de suas alegações (CPC, art. 333, incs. I e II). Nessa hipótese não seria possível restringir a suscitação do fato novo por quaisquer das partes.

Caso o réu não introduza um fato novo que demonstre a ocorrência de extinção, modificação ou algum impedimento do direito do autor juridicamente já deduzida pelo réu em contestação, não poderá fazê-lo em momento ulterior, pois demanda em face deste suposto réu já terá sido julgada procedente. Ou seja, sob a perspectiva do réu seria impensável qualquer restrição à introdução do fato novo.

Se advier um fato constitutivo do direito do autor no curso do processo, referente à mesma causa de pedir posta em sua demanda, os efeitos da não alegação do fato novo serão igualmente irreversíveis ao autor. Ou seja, assim como ao réu o silencio quanto ao fato novo extintivo do direito do autor conduz à procedência, o autor que deixe de introduzir um fato que demonstre o próprio direito afirmado dentro dos limites da causa de pedir posta terá sua demanda julgada improcedente e aquele fato não alegado estará abrangido pela eficácia preclusiva da coisa julgada, não mais podendo ser objeto de discussão para obtenção do mesmo bem da vida em disputa.[250]

Nesse contexto em que o fato novo vem comprovar a causa já posta (beneficiando o autor) ou serve à demonstração da existência de causa modificativa, impeditiva ou extintiva do direito perseguido pelo demandante (beneficiando o réu), correta é a interpretação de Sérgio Sahione Fadel para quem "não importa se o fato novo beneficia o autor ou o réu; a quem quer que seja, deverá ser levado em consideração".[251]

A diferenciação entre as posições jurídicas de autor e réu torna-se relevante quando se trate de um fato novo que constitua uma nova causa de pedir. Nesse caso, o autor com base em um novo fato teria direito à procedência do pedido

---

[250]. Estarão abrangidos pela eficácia preclusiva somente os fatos havidos em momento que ainda seria possível introduzi-los no processo de forma eficaz, pois caso contrário não são fatos dedutíveis.

[251]. Sérgio Sahione Fadel, *Comentários ao Código de Processo Civil*, III, p. 27.

com amparo em fundamento diverso daquele posto na petição inicial. Nessa hipótese, a questão ganha relevância e toda interpretação estará sujeita a críticas ou elogios.

O sistema mais ou menos restritivo é uma questão de política legislativa, mas há princípios constitucionais que permitem identificar limites à restrição de proporcionar ao processo a rápida e eficaz solução para o conflito de interesses entre as partes (princípio maior de acesso à justiça). Ao se identificar na morosidade da justiça um importante elemento ao cometimento de injustiças, obrigando o constituinte derivado a tornar expresso um princípio implícito (duração razoável do processo), criando uma regra de *superdireito* ou *sobredireito*[252] e incluindo-a ao texto constitucional, não se pode conceber que a interpretação das regras jurídicas permaneça igual. Se um sistema é eficiente e veloz não se justifica permitir ao autor a introdução do fato novo que traga ao processo uma nova causa de pedir, mas o direito brasileiro não permite interpretação restritiva.

Retorna-se, agora, ao exemplo do item anterior, onde em uma mesma situação se coloca o problema da superveniência de um fato novo. Trata-se do empréstimo feito por Tício a Caio, onde em um primeiro exemplo foi descrita uma demanda movida pelo credor, onde o devedor defendeu-se afirmando que se tratava de doação. No curso do processo sobreveio o pagamento e nada poderia impedir Caio de trazer esse fato extintivo de sua obrigação.

Restou sem resposta a situação em que Caio – devedor – moveu demanda declaratória negativa (inexistência de dívida). Ocorreu idêntica situação de fato, onde Caio procurou Tício para realizar o pagamento da dívida. Poderá Caio introduzir esse fato para que seu pedido de inexistência de dívida seja julgado procedente?

O fato novo não pode ser olvidado pelo Juiz, pois este é o real destinatário da regra. Caso a contestação de Tício limite a apontar aquela dívida como causa da improcedência da demanda declaratória negativa proposta por Caio, o fato novo deverá ser considerado na medida em que se criaria um desnecessário entrave

[252] O *sobredireito* ou *superdireito* são valores superiores, como aqueles emanados da Constituição, que mitigam a rigidez das regras para viabilizar a realização da justiça.

deixar para a execução da sentença a prova da inexistência da obrigação. Ademais, poder-se-ia ainda invocar que o pagamento não foi realizado após a prolação de sentença e por isso, não poderia se referir àquela dívida, mas a outra. Deve o juiz, garantindo a participação das partes, conhecer do fato novo e julgar procedente o pedido declaratório.[253]

Liebman não fazia qualquer distinção entre autor e réu, reconhecendo que o fato novo deverá ser considerado independentemente do beneficiado: "levando em conta o *jus superveniens*, o juiz deverá por isso absolver o réu se se verificarem fatos extintivos, condenando-o se sobrevierem fatos constitutivos; p. ex.: deverá acolher o pedido referente a uma obrigação a termo, mesmo vindo este a ocorrer no curso do processo ou até na pendência da apelação [CPC, art. 462]".[254]

Autor e réu tem, portanto, o direito de apresentar o fato novo. Em tese ao réu deve se dar interpretação mais liberal quanto a introdução do *fato novo*. Também em relação ao autor deve ter-se a mesma interpretação tolerante quando o fato novo estiver sujeito à eficácia preclusiva da coisa julgada. Por fim, permitir ao autor a introdução do fato novo que traga uma nova causa ao processo é questão que deve ser analisada com cuidado, permitindo sempre que não houve prejuízo à defesa (*cfr. infra*, nn. 23-25).

---

[253]. Não faz parte deste estudo, mas evidentemente que o autor deverá ser condenado em honorários advocatícios pela sucumbência, pois a aplicação da teoria da causa nos leva à certeza de que foi o autor quem deu causa ao processo, devendo, portanto, arcar com as custas e despesas processuais.

[254]. Liebman, *Manual de direito processual civil*, I, n. 80, p. 224. No mesmo sentido: "convém observar que, na doutrina, comumente se destaca que a superveniência do direito e do fato novo deve ser considerada *independentemente de quem seja favorecido*" (Ada Pellegrini Grinover, "Direito Superveniente. Repercussão sobre o ato judicial. Momento de eficácia da decisão", p. 590). Também Antonio Carlos de Araújo Cintra, *Comentários ao Código de Processo Civil*, IV, p. 299.

CAPÍTULO IV – OS LIMITES DE MODIFICAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR

20. Modelo rígido e modelo flexível do procedimento: legítima opção legislativa

Não existe matiz constitucional no problema relativo à maior liberalidade na modificação da causa de pedir, própria do modelo flexível, ou da restrição a essa possibilidade como ocorre em modelos mais rígidos. Essa questão *não está na esfera constitucional, configura matéria afeta à técnica processual e está subordinada ao legislador e não ao constituinte.* Há sólidos motivos para que se defenda um ou outro modelo, mas alguns aspectos que uma ou outra concepção não pode ficar à margem, pois nessa medida afetam o devido processo legal substancial, alçando a discussão ao plano constitucional.

A opção por um ou outro modelo não pode atingir determinadas situações de relevante gravidade, pois provoca impacto nas garantias constitucionais, notadamente ao contraditório e à ampla defesa, de um lado, e ao direito também constitucional à duração razoável do processo e à justa tutela jurisdicional, do outro. Tudo está inserido no contexto da cláusula implícita do devido processo legal substancial.

Enrijecer ou flexibilizar é uma questão de técnica processual onde o legislador concebe um sistema que deverá ser capaz de produzir os resultados esperados, máxime com a consagração dos princípios constitucionais. Impedir que o processo atinja o resultado justo, garanta às partes o direito de influir na decisão do juiz

e entregue a tutela integral em tempo razoável não está na esfera de competência do legislador ordinário ou do constituinte derivado, é direito fundamental do cidadão e de todos os consumidores da justiça, de modo que as normas técnicas devem ser interpretadas com os olhos postos nessa superior missão, que não está confinada à técnica processual e nem é pela técnica limitada.

O sistema processual brasileiro optou por maior rigidez no procedimento, como facilmente se percebe da singela leitura do art. 264 do Código de Processo Civil. Mas essa confessada opção é temperada por substanciosas exceções provenientes de outros dispositivos processuais, notadamente do art. 462. Levar longe demais a regra da estabilização da demanda é privar o processo de atingir o escopo magno a ele reservado pela Constituição e pelos princípios que dela emanam, de modo que a interpretação de regras técnicas deve ser temperada pela superior missão entregue ao processo como mecanismo de proteção dos direitos, notadamente de proteção ao direito existente no momento sublime da sua declaração pela autoridade judiciária investida deste poderoso *munus* público que é a jurisdição.

Conclui-se, assim, que o modelo rígido ou flexível encontra limites na própria constituição, de modo que a rigidez do procedimento brasileiro não representa óbice legítimo para subtrair do processo o seu alcance esperado, privando-o de cumprir sua missão institucional e sua função constitucional.

É legítimo restringir a modificação da demanda porque a parte não poderá alterar a causa de pedir sem um fundamento superior que legitime e permita essa mudança. É correto que o sistema seja rígido e há razões para que assim seja. A maior rigidez é fator de maior segurança ao demandado ao garantir maior amplitude ao seu direito de defesa. A estratégia de defesa é garantida na medida em que é previsível o objeto sobre o qual se pronunciará o juiz e garante uma rapidez na solução do processo, visto que nada poderá ser alterado a partir do momento que houver a estabilização da demanda. A rapidez é meramente aritmética, onde somente o tempo contado de modo absoluto será considerado. Ou seja, o procedimento rígido garante que o tempo entre o início e o fim do processo seja mais rápido, mas há total alienação quanto a qualidade da tutela efetivamente entregue ao fim do processo; será viável uma

rápida solução, mas não necessariamente será garantida a justiça substancial esperada pela decisão jurisdicional.

A rigidez também afigura-se importante para determinar-se a litispendência ou continência, os limites da coisa julgada e a conexão entre as causas, pois haverá segurança no que se refere ao objeto de julgamento e sua aptidão em interferir em outros processos pendentes ou em demandas a serem propostas. Ou seja, a rigidez permite com maior facilidade a identificação da causa de pedir e torna induvidosa a matéria que será objeto da decisão final.

Flexibilizar é privilegiar o autor na busca do seu efetivo direito, o que também é absolutamente legítimo sob a perspectiva constitucional. É fantasioso acreditar que a *flexibilização* somente poderá beneficiar o autor, pois também o réu poderia invocar causa de defesa que antes não tenha sido invocada ou ainda poderá ter duas demandas contra si julgadas improcedentes. A *flexibilização* provoca graves conseqüências para o rápido desenvolvimento do processo, de modo que um procedimento deveras flexível pode provocar abalo aos princípios constitucionais. Não seria possível existir um procedimento integralmente flexível, pois isso provocaria a *eternização* do processo pondo em risco a efetividade do instrumento. O que poderia ser admitido seria o estabelecimento de marcos durante o processo em que se admitam retrocessos. Outra possibilidade seria conferir maior poder ao juiz para decidir sobre a viabilidade de introduzir novas causas durante a marcha processual, deixando ao seu *arbítrio* a possibilidade de alteração da demanda fixando parâmetros determinados para sua atuação, como a garantia do direito de defesa, a seriedade da nova causa e a boa-fé das partes. Não é uma saída segura conferir tamanho subjetivismo ao julgador, máxime diante do enorme volume de processo por juízes no judiciário brasileiros.[255]

Tanto um extremo como o outro trazem repercussão em direitos constitucionalmente assegurados, de modo que a Constituição não autoriza exageros e preciosismos sobre essa questão. No entanto, nos sistemas rígidos e flexíveis a

[255]. Conforme exposto *supra*, no direito austríaco do início do século passado, conta-nos Chiovenda, admite-se a mudança da demanda quando *o magistrado julga que a defesa do réu não seja substancialmente agravada*. A realidade brasileira não comporta medidas desse jaez, ainda que possa ser eficaz em outros países, como a Áustria do início do século passado.

modificação da demanda pode ser vista como um impedimento (próprio dos sistemas rígidos) ou uma faculdade ou ônus (como ocorre no sistema flexível), não necessitando de uma causa superveniente para que se proceda à alteração ou para que se a proíba.[256] Quando se introduz uma *nova questão de fato, verificada ou descoberta no curso do processo*, não se está referindo a uma modificação deliberada ou arquitetada pela parte, mas uma modificação que jamais poderia ser prevista.

Modificar a demanda em razão de fatos novos é uma regra de técnica processual que não beneficia necessariamente o autor, pois acima de tudo visa-se a garantir um resultado justo e a atuação integral da vontade concreta da lei no momento de entregar a tutelar a quem efetivamente tenha razão. Se assim não for, haverá o risco de entregar a tutela a quem não tem razão, fazendo do processo um desperdício de tempo e energia que não se coaduna com a visão do jurista, tampouco com a do *homem-da-rua*.[257]

21. Relação e conflito entre regras e princípios

O fértil terreno dos princípios, que atualmente dominam a ciência do direito processual, deve ser invocado para que regras eivadas de iniqüidade e concebidas para uma realidade inexistente não tenham aplicação em busca de resultados mais justos para os que se valem do processo como mecanismo de resolução de controvérsias. É necessário pensar na técnica processual e no próprio processo para que haja desenvolvimento da ciência, que certamente não pode deixar de ter na vida das pessoas o seu escopo maior. O jurista deve acima de tudo compreender que "os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou

---

[256]. "A idéia de rigidez e flexibilidade do procedimento guarda relação direta com a questão aqui tratada, qual seja o momento estabilização da demanda no desenrolar do processo (Júnior Alexandre Moreira Pinto, "Sistemas rígidos e flexíveis: estabilização da demanda", p. 56.

[257]. O escopo institucional do processo é ter aptidão de pôr fim ao litígio "com la massima efficacia ed il minor dispendio di energia possibile" (Luigi Paolo Comoglio, *Il principio di economia processuale*, I, p. 7).

constituem a *ratio* de regras jurídicas" (J. J. Gomes Canotilho).[258] É um grave erro arvorar as regras a um fim em si mesmo, como se sua aplicação não pudesse ser obtemperada com os princípios informadores do ordenamento jurídico e da própria Constituição Federal.[259] Os princípios podem atenuar o rigor das regras chegando até mesmo a impedir a sua aplicação (regras ou são aplicadas ou não são: vale o *tudo ou nada*).[260] Há, até mesmo, regras para que as próprias regras não sejam observadas, como se extrai do brocardo *pas de nullitè sans grief*, onde a nulidade não será proclamada se dela não advier prejuízo (CPC, art. 249, §1º).[261] Afastar as regras com base em princípios não é uma simples operação, mas uma complexa tarefa que exige enorme maturação, pois há também outro princípio de enorme peso, que é o princípio da *segurança jurídica*.[262]

O confronto entre regras e princípios que aqui se identifica (regra da estabilização, princípios da economia, celeridade, contraditório *etc.*) enquadra-se objetivamente na hipótese mais complexa que poderá haver entre o possível choque entre regras e princípios. Isso porque a regra não tem qualquer vestígio de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, bem como na maioria dos casos garante a justiça e traduz-se na melhor forma de desenvolvimento do processo. É inegável que a regra da estabilização da demanda é fundamental para o desenvolvimento do processo e impede retrocessos e contramarchas indevidos e, por isso, deixar de aplicar uma regra

---

[258]. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 1.125. E acrescenta Canotilho ao falar sobre os princípios: "como mandamentos de otimização, pretendem eles ser realizados da forma mais ampla possível" (*op. loc. cit*).

[259]. "Se queremos um processo ágil e funcionalmente coerente com os seus escopos, é preciso também *relativizar o valor das formas* e saber utilizá-las e exigi-las na medida em que sejam indispensáveis à consecução do objetivo que justifica a instituição de cada uma delas" (Cintra-Dinamarco-Grinover, *Teoria geral do processo*, n. 13, esp. p. 44).

[260]. Não se pode cometer o erro de imaginar que uma regra, quando não aplicada, perca sua validade. Isso não ocorre, pois regras podem conflitar com outras regras ou com os princípios, sejam aqueles informadores da própria regra, sejam outros que tem igual importância para vida das pessoas.

[261]. "E, no caso do *factum* e *ius superveniens*, que ora nos preocupam, as questões mais instigantes que se apresentam ao jurista devem ser pensadas e solucionadas sob a luz do *princípio da efetividade* no momento da entrega da tutela jurisdicional, e sob a luz do *princípio da utilidade máxima do processo*" (Humberto Theodoro Júnior, "Embargado de declaração. Remédio hábil para introduzir no julgamento o *ius superveniens* (art. 462 do CPC)", cit., p. 603).

[262]. "Um dos papéis mais importantes das regras no ordenamento jurídico é justamente aumentar o grau de segurança na aplicação do direito" (Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais*, p. 52). O acerto dessa proposição é explicado pelo *tudo ou nada* que rege as regras, onde o aplicador do direito não tem o subjetivismo que caracteriza a aplicação dos princípios.

tão importante para o sistema é algo que deve ser muito bem equacionado e dimensionado para evitar o cometimento de uma injustiça ainda maior do que aquela que se visa a debelar.

Abeberando-se nas lições de Virgílio Afonso da Silva jamais o conflito se dará entre uma regra e um princípio.[263] O choque necessariamente será entre um princípio e o *princípio que dá suporte à regra*, do que resulta dificuldade prática enorme em razão de ser necessário o *sopesamento entre os princípios*, técnica eivada de problemas e plasmada pela subjetividade. Deixar de aplicar uma regra expressa é, em última análise, decidir *contra legem*. Ao deixar de aplicar uma regra reiteradas vezes em determinadas situações, cria-se uma nova regra com uma única peculiaridade "ela não decorre de uma disposição legal, mas de uma construção jurisprudencial". [264]

Portanto, não existe regra absoluta, assim como não existe princípio absoluto. Sempre será possível garantir a aplicação de uma regra ou privilegiar a observância de um princípio, negando a incidência de uma regra. Caberá ao jurista compreender o objeto de seu estudo, lembrando que "o processo civil contemporâneo deve ser entendido e aplicado *finalisticamente*, atentando mais para a sua *função* do que para as suas regras *formais*" (Humberto Theodoro Júnior).[265] O processo deve ser apto não somente a solucionar os conflitos, mas evitar que novos conflitos (e novas demandas) ocorram ao fim do processo. A pacificação social advinda do processo deve ser tão ampla que produza o efeito de evitar novos litígios.

Nessa linha de pensamento, a ocorrência do fato e do direito supervenientes devem ser considerados uma *dádiva* para que o resultado chegue ao resultado justo e pacificador, pois sua verificação no curso do processo permite extrair do instrumento maior aproveitamento.[266]

---

[263]. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais*, p. 51-56.

[264]. Virgílio Afonso da Silva, *op. cit.*, p. 56.

[265]. Humberto Theodoro Júnior, "Embargos de declaração. Remédio hábil para introduzir no julgamento o *ius superveniens* (art. 462 do CPC)", p. 617.

[266]. "fatos novos e *ius superveniens* comparecem no campo processual como verdadeira dádiva a ser utilizada pelo julgador, como instrumento eficaz tanto para a *composição* de conflitos atuais como para a *prevenção* de novos e prováveis litígios" (Humberto Theodoro Júnior, cit., p. 603).

22. A elasticidade da causa de pedir

Investigar a causa de pedir é perquirir sobre pontos-de-vista distintos sobre um mesmo problema. É acima de tudo buscar respostas teóricas para problemas práticos. Não existe uma definição ou uma compreensão universalmente aceita. Da teoria alemã do objeto do processo à consagrada teoria dos três *eadem*, com os temperos dados pelas teorias da substanciação e individuação, vê-se que identificar o fundamento da demanda é tarefa que depende da delimitação de algumas premissas e de determinados objetivos que se pretende alcançar. Entre os alemães e os que se propuseram ao estudo do objeto do processo, não há efetivamente uma definição se o objeto do processo prescinde da análise dos fundamentos da demanda (causa), identificando-se com o pedido, tal como concebido por Karl Heinz Schwab. Mesmo Schwab admite que o estado de coisas ou os fundamentos são necessários em determinados casos e devem ser sempre considerados no exame dos limites objetivos da coisa julgada.

Também não existe consenso sobre o conteúdo da causa de pedir, pois as teorias da individuação e substanciação não podem ser vistas como fenômenos isolados e independentes; há uma relação simbiótica entre as duas teorias. Nenhuma teria sobrevida isolada, sendo aplicável a todo e qualquer direito tutelável pelo processo. Não existe substanciação pura, tampouco individuação pura.

Ao adotar uma ou outra teoria, nenhum sistema terá abandonado aquela preterida. Tanto no direito onde impera a substanciação a individuação estará presente, assim como no sistema da individualização sempre haverá substanciação.[267] Oliveira Ascensão admite que, também nas ações de reivindicação, somente após a impugnação dos termos da petição inicial pelo réu, será possível delimitar com maior precisão o fato constitutivo do direito, demonstrando a presença indiscutível da

[267]. José Rogério Cruz e Tucci identifica a subtanciação à eventualidade, mas deixa claro que, mesmo no direito italiano posterior à *novela de 1950*, "pouco importando o peso que se atribua ao denominado princípio da eventualidade, nas ações fundadas em direitos obrigacionais continuava sendo exigida do demandante a indicação minudente do fato constitutivo" ("A *causa petendi* no novo CPC português", p. 269).

individualização para definição do conteúdo da demanda em um sistema filiado à teoria da substanciação.[268]

Por isso, mais correto afirmar que as duas teorias são verso e reverso de uma mesma medalha (*due facce della stessa realtà*), tal como entende Crisanto Mandrioli[269], Andrea Proto Pisani[270] e, antes deles, Elio Fazzalari[271]. Essas duas teorias são em verdade *um método de investigação do direito perseguido no processo*, onde cada qual permite oferecer resposta para diferentes problemas nesse difícil propósito de identificar a demanda e seus elementos *individualizadores* e *singularizadores.*[272]

Em cada tipo ou modalidade de tutela a teoria da identificação da demanda ganha novos contornos e dificuldades. A viscosidade do conceito traz dificuldades à identificação de uma teoria pura e aplicável em todas as hipóteses, o que faz surgir uma nova visão da causa de pedir, na qual se identifica uma *elasticidade*. É possível estender o conceito até limites mais amplos, assim como sua contração poderá ser recomendável em determinadas situações concretas. Falar que um

---

[268]. José de Oliveira Ascensão, *Acção de reivindicação*, p. 31-36. Acrescenta Ascensão que "não há que exigir que toda a vez que se discute uma propriedade em juízo se faça a demonstração exaustiva dessa propriedade" (*op. cit*., p. 41). Essa formação gradual do objeto litigioso, com atenuação dos rigores preclusivos, não afastam o direito português do grupo de ordenamentos adeptos à substanciação. A descrição do fato constitutivo em demanda reivindicatória é necessária sempre para garantir o exercício pleno da defesa pelo réu, o que significa que, pouco a pouco, os fatos poderão ser revelados, mas as partes (e principalmente o réu) poderá tecer novas considerações sobre esses novos fato. Para José Rogério Cruz e Tucci essa situação "rompe a garantia da paridade de armas constitucionalmente assegurada" ("A *causa petendi* no novo CPC português", p. 271-272); isso dependerá da oportunidade oferecida ao réu para manifestar-se sobre os fatos, não se pode objetivamente concluir que essa situação pressuponha essa conclusão. As partes deverão colaborar em busca verdade e em busca da maior quantidade de elementos de prova para que o juiz decida bem, de modo que esse dever de colaboração obriga que autor e réu tragam aos autos todos os elementos de prova que dispõem.

[269] *Corso di diritto processuale civile*, §29, p. 104, nota 1.

[270] *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 62-70.

[271] *Note in tema de diritto e processo*, p. 119.

[272]. "As conseqüências práticas da aplicação de cada uma dessas teorias são interessantes: se se entender que a causa de pedir se completa com a indicação apenas do fato ou fatos constitutivos do direito pleiteado (*substanciação*), a mudança dos fatos no curso do processo implica mudança da demanda, ainda que o direito invocado e o pedido não se alterem; ao passo que a decisão sobre esses fatos impedirá a propositura de nova demanda, ainda que por esta se busque efeito jurídico diverso. Se se sustentar que o conteúdo da *causa petendi* está na relação jurídica que apóia a pretensão processual (*individuação*), a mudança dos fatos não implicará mudança da demanda, sendo de afirmar-se, em conseqüência, que a sentença que decidir sobre determinada relação jurídica se estenderá a todos os fatos que pudessem estar sob ela compreendidos, tenham sido alegados ou não" (Milton Paulo de Carvalho, *Do pedido no processo civil*, p. 82).

conceito é elástico é dizer que em relação a ele é possível encontrar limites mais abrangentes ou mais reduzidos dependendo dos objetivos colimados e dos resultados pretendidos.

Não existe a mais mínima possibilidade de definir a causa de pedir sem pensar nos problemas relacionados ao acesso à justiça, à duração razoável do processo, à efetividade do processo e ao tempo como agente corrosivo de direitos. Somente uma interpretação aderente a esses problemas, fisiologicamente ou naturalmente contemporâneos do direito processual, é que conseguirá identificar um conceito de causa de pedir que permita a consecução dos grandes escopos do processo e da própria jurisdição. O conceito clássico, homogêneo e retilíneo é incapaz de solucionar problemas modernos que reclamam soluções urgentes. O formalismo estéril vem sendo derrubado pouco a pouco, mas alguns dogmas insistem em permanecer entre nós, muitas vezes sem que seja realizado um exame crítico das exigências processuais. No início do século passado a obediência fiel (canina) às regras e normas de direito processual era sinônimo de justiça, pois o direito processual não tinha preocupação com o direito material. Paulatinamente essa idéia perdeu força, mas isso não fez com que o processo retornasse à condição de apêndice do direito material. Muito ao contrário, o estudioso do processo percebeu que o melhor processo é aquele que permita a realização do direito material tal como se os próprios postulados legais fossem capazes de fazer aflorar na vida das pessoas a recomposição do direito violado.

Essa visão instrumentalista do processo vem derrubando dogmas, introduzindo regras de sobredireito processual e conferindo aos princípios constitucionais um vetor prescritivo de condutas e um veio interpretativo para todas as disposições infraconstitucionais. A ausência de nulidade sem o correlato prejuízo, o julgamento do mérito quando ausente condição da ação se a decisão beneficia a parte que já seria favorecida pela extinção do processo sem exame do mérito e, em síntese, "o obcecado empenho em usar do processo como autêntico instrumento para fazer justiça" (Cândido Dinamarco)[273] configuram uma nova realidade ao direito processual

[273]. Prefácio à obra de José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 8.

que, vagarosamente (como deve ser), vem derrubando velhos postulados supostamente inabaláveis para construção de um novo direito e um novo processo.

Alguns institutos e figuras processuais ainda constituem entraves à realização da justiça material, se considerados pontos-de-partida inegáveis. É necessário o abandono dessa teoria dogmática onde a intangibilidade dos *pontos iniciais* deve ter somente em sua base os magnos princípios constitucionais (esses sim, intangíveis, irrenunciáveis e intransponíveis!), não podendo alçar a esta categoria as regras criadas para garantir a aplicação desses princípios. Estas só são legítimas enquanto cumprem sua finalidade de garantir a verificação prática dos princípios, mas não são postulados imodificáveis.

Não se tem qualquer dúvida que uma das regras elevada indevidamente à condição de dogma absoluto ainda hoje é a estabilização da demanda, que conduz à petrificação dos fundamentos após o saneamento do processo. Pode-se dizer que hoje a estabilização é uma regra que visa a proteger o importante princípio do contraditório, mas não pode ir além do princípio que a originou. Ou seja, garantido o contraditório, a exigência de cumprimento integral à regra da estabilização perde seu fundamento ético de existência. A estabilização da demanda não é um princípio constitucional e não é um imperativo de ordem pública.

Ao reconhecer elasticidade no conceito de causa *petendi*, máxime em busca de fazer do processo um instrumento mais efetivo e comprometido com os resultados, haverá situações em que não se tratará propriamente de uma modificação da causa de pedir, mas de inclusão de *novas ou diversas* questões de fato ou direito sem que se provoque a indesejada mutação da demanda (violação à regra da estabilização). Para tanto é necessário encontrar o núcleo resistente da causa de pedir. Ou seja, um ponto-de-partida imutável que não poderá ser modificado sem que se permita a alteração da demanda posta na petição inicial e estabilizada pela contestação e saneamento do processo.

Importante reconhecer que a identificação do núcleo resistente da causa de pedir depende, em primeiro lugar, das características particulares do direito material. Ao tratar-se dos direitos absolutos, como os direitos reais

(direitos autodeterminados), a afirmação da relação jurídica é muito mais eficiente para definir os limites de atuação do juiz e do futuro pronunciamento judicial. Quando se está diante de um direito pessoal ou de crédito (direitos heterodeterminados) será necessária a exposição de fatos (constitutivos) que individuem o direito que se busca fazer valer, pois a mesma relação afirmada poderá ocorrer infinitas vezes entre as mesmas partes. Não se pode, portanto, determinar um conjunto de elementos que possam ser identificados independentemente do direito material deduzido.[274]

A causa de pedir será identificada e delimitada de modo diferente em cada ordenamento jurídico, dependendo de cada situação analisada. A elasticidade é justamente os limites que a causa *petendi* poderá encontrar. O novo fato constitutivo poderá ser aceito em determinadas legislações, enquanto que a introdução de um direito verdadeiramente novo também poderá ser tolerada sem qualquer violação ao sistema. Schwab, por exemplo, identificava o objeto do processo com o pedido e somente a alteração deste provocaria a *mutatio libelli*. O direito espanhol, após a audiência de instrução, não admite mais nada e estende os efeitos da coisa julgada até mesmo para causas não decididas, de modo que a causa de pedir é mais abrangente que aquela delimitada pelo autor. Essa elasticidade traz dificuldade prática enorme, pois sempre haverá uma solução melhor, vinda de outro ordenamento jurídico, para um caso específico. No entanto, é impossível chegar a uma regra absoluta que não traga distorções em determinadas situações. Nesse sentido, é perfeitamente compreensível a criticada solução de Schwab, onde a identificação da demanda enquanto pendente o processo está limitada ao pedido, mas após a formação da coisa julgada, deverá ser considerado o *estado de coisas*.[275]

A relevância dos fatos produz efeitos diferentes nas diversas categorias de direitos, pois em determinados casos um fato corresponde a um direito e

---

[274]. "Essa identificação depende das especificidades do direito material" (Bedaque, "Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório", p. 26). No mesmo sentido, "occorre tenere presente che l'efficacia costitutiva dei fatti opera in maniera differente nelle diverse categorie di diritti" (Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, p. 106.

[275]. O critério não é homogêneo, mas busca solucionar problemas práticos.

em outros casos são conjuntos de fatos que determinam um único direito.[276] Nesta segunda hipótese, a introdução de novos fatos vem apenas compor aquele direito afirmado e nenhuma modificação produzirá na demanda.

A causa de pedir, portanto, tem feições diferentes de acordo com o direito afirmado. Os fatos têm maior ou menor importância na identificação da demanda e haverá menos substanciação e mais individuação para singularizar a pretensão. Como técnica, as teorias da substanciação e individuação devem ser vistas como uma ferramenta colocada à disposição do operador do direito que lhe permite verificar, com os olhos postos no direito material que é a razão de ser do instrumento, o que efetivamente singulariza a demanda deduzida por meio de um determinado processo.

Exemplificando: Tício propõe demanda pedindo a reparação pelos danos causados por Caio em razão de abalroamento entre os respectivos veículos. Tício afirma simplesmente que Caio agiu de modo imprudente ao conduzir o seu veículo, pois não observou as regras de trânsito pertinentes. Segundo Tício, Caio teria ultrapassado o sinal vermelho e esse fato caracterizaria a sua culpa e seu dever de indenizar.

No curso do processo, arroladas e ouvidas as testemunhas indicadas pelas partes, nenhuma delas confirma a versão dos fatos apresentadas por Tício em sua petição inicial, mas são unânimes e não deixam margem para qualquer dúvida em relação ao fato de que Caio estava em altíssima velocidade e que esta seria a causa determinante do acidente.

---

[276] "non sempre il fenomeno del venire in essere di un diritto si verifica secondo lo schema (al quale ci siamo finora riferiti, per semplicità espositiva) di *un fatto* che è costitutivo di *un diritto*. Poiché, in realtà, talora più fatti possono cospirare nel costituire un solo diritto e poiché, d'altra parte, la *causa petendi* consiste, come si è venuto, nel diritto (sostanaziale affermato), può accadere che il riferimento a fatti diversi no ne basti per implicare la diversità della *causa petendi* e quindi dell'azione. Ne deriva che *il criterio orientatore per stabilire se il riferimento a fatti diversi implica diversità della 'causa petendi' (e quindi dell'azione) sta nel verificare, con un'indagine, che è di diritto sostanziale, se il fatto diverso fonda un diritto devierso, oppure lo stesso diritto*" (Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, I, p. 106).

Resta, portanto, comprovada a culpa de Caio e é certo que a ordem jurídica estabelece que aquele que por ato comissivo culposo causa dano comete ato ilícito e fica obrigado a repará-lo (CC, art. 186 c/c art. 927).

Qual é a causa de pedir posta por Tício na sua petição inicial?

Têm-se, aqui, duas possibilidades: a demanda é improcedente porque a causa de pedir está adstrita aos fatos que demonstrem a ultrapassagem do sinal vermelho pelo réu (mais substanciação, menos individuação) ou a demanda é procedente, visto que a causa *petendi* é o ato comissivo culposo praticado pelo réu, em que todo o conjunto de fatos que demonstrem a verificação da culpa podem ser provados no curso do processo para procedência do pedido (mais individualização, menos substanciação). Ninguém se aventuraria a dizer que a solução dada pela substanciação seria mais adequada nesse caso.

A causa de pedir é composta pelos fatos e pelos fundamentos jurídicos, não somente por um ou outro. Modificar um dos elementos é suficiente para modificação da causa *petendi*? A parte é livre para modificar os fundamentos jurídicos e impedida de introduzir novos fatos?

O mesmo problema poderá ser verificado em uma demanda em que se pede a separação judicial proposta pelo cônjuge-varão em face do cônjuge-virago em que aquele afirma que houve descumprimento dos deveres conjugais em razão de adultério havido em determinado local, dia e hora. Caso o produto da prova demonstre que efetivamente houve o adultério, mas este ocorreu em outro local, dia e hora? Será procedente ou improcedente a demanda?

Quid juris?

A análise deste problema deve ser vista pela perspectiva da garantia do direito de defesa e do ônus que recai sobre o réu na demonstração da improcedência do direito. Local, dia e hora, sinal vermelho ou alta velocidade, são fatos determinantes para verificação do direito. O réu tem o ônus de demonstrar que inexistiu culpa ou especificamente que os fatos descritos pelo autor não ocorreram da forma que expostos? Dito de outro modo, poderia o cônjuge-virago demonstrar que naquele dia e

hora ele não estava no dado lugar apontado na petição inicial ou deveria ele afirmar que não houve adultério seja em que momento for? E quanto aos fatos que ensejam a culpa no acidente de trânsito? O que deverá demonstrar o réu? Que não agiu com culpa ou que não ultrapassou o sinal vermelho?

Eis a pergunta fundamental: qual é o núcleo resistente da causa de pedir?

Deve inicialmente verificar a categoria jurídica abstrata invocada na petição inicial e os fatos jurídicos expostos para identificar o direito perseguido. Afinal, são requisitos da petição inicial os fatos e os fundamentos jurídicos, conforme estabelece o art. 282, inc. III do Código de Processo Civil onde a falta de qualquer um deles conduz à inépcia da petição inicial. No direito brasileiro não se pode desconsiderar os fundamentos jurídicos ou os fatos afirmados, já que exigidos na petição inicial que sem eles será indeferida.

Ao falar-se que a substanciação e individualização são duas facetas da mesma realidade (Pisani, Fazzalari, Mandrioli), isso significa que ambas devem ser consideradas técnicas de investigação do conteúdo da demanda, sendo certo que a utilização de uma ou outra deve ser pertinente ao direito afirmado e resolver praticamente um problema sempre com vista a garantir o resultado justo e condizente com que se espera do processo.

Nesse caso, os fatos que importam são todos aqueles aptos a demonstrar o direito, ou seja, os que caracterizem a culpa em razão do acidente ou, no caso da separação judicial, que demonstrem a ocorrência do adultério. Caberá ao réu, portanto, negar a existência de culpa em sua defesa, nos limites dos fatos apontados. O réu deverá negar os fatos tal como descritos pelo autor, mas sobrevindo o conhecimento de fatos novos oriundos de prova produzida nos autos, as partes deverão sobre eles se manifestar para que seja pronunciado o direito. E se o réu contestar afirmando que é efetivamente culpado, mas negar o direito à indenização porque a demanda tem fundamento diverso? Haverá reconhecimento do pedido?

O juiz pronunciar-se-á sobre os fatos apurados no momento de encerramento da instrução e todos os fatos que demonstrem a culpa serão aceitos e estão inseridos em um mesmo contexto, onde a causa de pedir – ou seu núcleo resistente – é o conjunto de fatos que tenha o condão de demonstrar o direito. Mais individuação, portanto.

O núcleo resistente e, portanto e *in thesis*, não-modificável da demanda são os fatos que demonstram a culpa ou relação jurídica afirmada. São fatos secundários, portanto não integrantes da causa de pedir, aqueles que demonstrem a ocorrência do próprio fato constitutivo principal (ultrapassagem do sinal vermelho ou direção em alta velocidade). Pode ocorrer a concorrência de fatos essenciais que conduzam ao mesmo resultado (comprovação da culpa). Na substanciação, a mudança do fato principal implica a modificação da causa *petendi.*

Identificando o núcleo resistente da causa de pedir sob a égide da individuação, assegurado o direito de defesa, poderá a parte livremente modificar o fato que fundamenta seu pedido, desde que inserido no mesmo conjunto de fatos que demonstrem a conduta comissiva e culposa do réu. A causa de pedir, portanto, será a conduta culposa do réu e, tendo em vista as inúmeras causas que poderiam determinar a culpa pelo acidente, os fatos que a demonstram são elementos de prova do direito sem os quais a demanda será julgada improcedente. Evidentemente que deverá o autor dizer em que medida o réu é culpado pelo acidente, mas todo e qualquer motivo estará inserido dentro do quadro da culpa. A descrição dos fatos, na individuação, é apenas condição necessária para o exercício de defesa pelo réu.[277]

Essa solução ao problema seria possível nos sistemas em que adotada a individualização, pois a manutenção dos fundamentos jurídicos, ainda que

[277]. Como não existe individuação pura (*cfr. supra*, n. 6), os fatos sempre serão necessários para caracterização da causa de pedir e individualização da demanda, notadamente nos direitos relativos ou heterodeterminados (*v.g.*, direito a uma prestação). Essa constatação da relevância dos fatos, além de ter sido feita por Chiovenda (*Instituições de direito processual civil*, I, p. 361-362), pode ser lida na doutrina de Milton Paulo de Carvalho, para quem "a individuação não pode prescindir dos fatos, ao menos na determinação da causa de pedir nas ações pessoais" (*Do pedido no processo civil*, p. 85).

modificados os fatos, não determina a modificação da demanda.[278] Seria muito melhor que o direito brasileiro tivesse adotado essa concepção. De todo o modo, em determinados direitos – autodeterminados – ainda entre nós seria possível valer-se também do *método* da individualização para fixação dos limites objetivos da demanda.

A causa de pedir assumiria uma elasticidade, pois dentro do quadro da culpa, comporta qualquer fato constitutivo apto a demonstrá-la. A modificação de um dos elementos que compõe a causa de pedir (fato constitutivo) vista sob o enfoque da individualização não provocaria qualquer modificação na demanda, em razão da manutenção do fundamento jurídico (culpa). No que se refere à separação judicial em razão do adultério, pouco importaria se adultério tenha ocorrido neste ou naquele dia, sendo suficiente a comprovação de sua ocorrência para procedência do pedido deduzido. O dia seria um fato secundário irrelevante também para teoria da substanciação, pois o fato relevante é a ocorrência da conjunção carnal extramatrimonial, que é o verdadeiro fato essencial para condenação do réu. O agravamento da defesa deverá ser corrigido com a abertura de oportunidade ao réu, não com a vedação da entrega da tutela ao autor.

Comprovar que em dado dia ocorreu adultério é apenas o modo pelo qual se demonstrará o direito em juízo. Assim como se o réu contestar afirmando que no dia apontado pelo autor ele estava em outro país, isso não será suficiente se do conjunto probatório for possível demonstrar que o réu efetivamente cometeu adultério, mas em dia diverso daquele apontado na petição inicial. A causa de pedir são os fatos que demonstram o adultério afirmado na petição inicial e a defesa tem o ônus de negar a existência do adultério em si, não demonstrar que naquele dia o réu estava em outra localidade. Essa solução pode facilmente ser aceita no direito brasileiro, embora culturalmente seja possível enquadrar o dia e local do adultério como fato

[278] "Ma poiché il giudice, anche secondo la disciplina del processo della DDR (ex parágrafo 308 ZPO), deve decidere esclusivamente nell'ambito delle 'richieste' delle parti, potrebbe ammetetersi un intervento giudiziale sui fatti di causa, nelle sole limitate ipotesi di concorso di fattispecie, allorché, i fatti dedotti in giudizio integrano piú fattispecie equivalenti, costitutive di una identica situazione soggettiva sostanziale. In tali ipotesi, infati, un nuovo fatto giuridico idoneo ad integrare una diversa *causa petendi* non darebbe luogo mutamenti dell'effetto giuridico oggetto della pronuncia" (Corrado Ferri, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, p. 33).

essencial (herança histórica e cultural). Melhor para o sistema que essa situação não seja considerada uma modificação da demanda, reconhecendo uma elasticidade na causa de pedir. Como a descrição de fatos secundários é importante para o exercício de defesa, o réu deverá pronunciar-se sempre que um novo fato acessório seja revelado nos autos.

Para José Rogério Cruz e Tucci os exemplos acima descritos trazem causas de pedir diversas, mas seria o caso, ainda segundo o consagrado autor, de permitir-se a modificação da demanda. Trata-se de hipótese em que a *causa petendi é dinâmica* onde há uma pluralidade de fatos essenciais (*plurifactual*), onde cada qual é suficiente para alicerçar uma demanda autônoma. Embora reconheça a modificação da causa de pedir, o referido autor entende que "não há preclusão para a *mutatio libelli*, decorrente da introdução de *fato novo* no objeto do processo, desde que justificada por razões de economia processual", mas sustenta que deve haver uma limitação temporal para essa modificação, que, segundo o autor, seria a audiência de instrução e julgamento.[279]

Visto de outro modo, ainda que se trate de situações que isoladamente conduzem à procedência do pedido (o adultério no dia 25 de janeiro leva à procedência do mesmo modo que aquele praticado no dia 26 de fevereiro), as hipóteses formuladas substanciam um mesmo e único pedido, ainda que os fatos sejam diversos. A causa próxima também é a mesma (adultério). Nesse caso, assim como nos direitos autodeterminados, a mera afirmação da relação jurídica identifica de modo integral a demanda proposta. Nada mais é necessário ser dito para que se conheçam os fundamentos que amparam o pedido. Se Tício imputa adultério ao seu cônjuge, nada mais precisa ser afirmado para que o réu conheça os fundamentos do pedido de separação. Provar o adultério é algo que está em plano distinto.

Um pedido de declaração que o réu é o pai do autor, não precisa vir acompanhado da afirmação de que o pai manteve relações sexuais nove meses antes do nascimento do autor, ou da descrição em pormenor do local da concepção. Tampouco é

---

[279]. *A causa petendi no processo civil*, p. 191-192.

relevante se houve fecundação assistida ou *in vitro*. Basta afirmar o direito para que os contornos da demanda estejam postos e nenhuma dúvida haverá para defesa. A demonstração do direito em juízo é matéria afeta ao ônus da prova, não à causa *petendi*.

Em qualquer lugar do mundo uma demanda declaratória de paternidade tem essa característica comum e portanto é inegável que a individuação é a única técnica que permite a correta identificação da demanda e seus elementos são suficientemente identificados pela afirmação da relação jurídica, independentemente do fato constitutivo que está à sua base.

Melhor seria, retornando-se ao exemplo da culpa no acidente de trânsito, se fosse imposto à parte descrever todos os fatos conducentes à culpa, pois o princípio da economia processual reclama uma maior participação das partes para que o conflito de interesses seja resolvido mediante um único processo. Todas as causas conhecidas que determinem a culpa deverão ser apresentadas e aquelas que surgirem no curso do processo poderão ser apreciadas pelo juiz, se respeitado o contraditório e o direito à contraprova pelo réu, sem que isso implicasse modificação da demanda. Caberia ao autor demonstrar a culpa e ao réu demonstrar que esta não ocorreu. O fato teria função de viabilizar o debate.

Não condiz mais com o interesse público e com o princípio da duração razoável do processo permitir que sobre uma mesma categoria jurídica sejam propostas diversas ações com o mesmo resultado. Ainda que o direito brasileiro tradicionalmente não encampe essa tese, é necessário que se pense na possibilidade de impor ao autor o ônus de apresentar todas as suas armas, sob pena de não mais poder fazê-lo em demanda ulterior e sucessiva, mas permitindo a introdução do fundamento novo no curso do processo em caso de fato superveniente ou de conhecimento superveniente.[280]

---

[280]. Para José Rogério Cruz e Tucci impor ao autor – sob pena de preclusão (o que não é o caso aqui proposto) – o ônus de deduzir todas as causas é próprio de um modelo processual autoritário, surgido com a *cognitio extra ordinem* ao fim do processo de caráter privado (*legis actiones* e processo formular), pois impõe ao litigante a dedução de toda matéria de ataque ou defesa. A diferença para que se propõe aqui, no entanto, está na possibilidade de introduzir-se, dentro de certos limites, outros elementos de fato no curso do processo sem que se possa falar em transgressão da *causa petendi* fixada na demanda ("A *causa petendi* no novo CPC português", p. 265).

Valer-se da individuação, quando esta for mais eficaz, notadamente no que se refere à economia processual e à necessidade de cumprimento da promessa constitucional de entrega da tutela jurisdicional em tempo razoável, é uma medida que certamente trará resultados práticos sensíveis.

Cabe advertir que incluir dentro de uma mesma causa *petendi* todos os fundamentos de fato que conduzam à verificação do mesmo fundamento jurídico, não se confunde com todos os fatos que conduza ao mesmo <u>*pedido*</u> (imediato ou mediato). Ou seja, impor ao autor que apresente todos os fatos que demonstrem a culpa é diferente que exigir que o autor apresente todos os fundamentos jurídicos que conduzam à anulação de um contrato. Este pode ser anulado em razão da falta de capacidade do agente, objeto ilícito *etc*.

Apenas para deixar claro algumas situações distintas, é diferente a hipótese em que o autor demanda afirmando que houve *erro* e ao fim da sua petição inicial pede a anulação do contrato por este específico vício de consentimento. Caso demonstrada a ocorrência de vício diverso daquele afirmado, outro será o direito (fundamento jurídico) e outra será, portanto, a demanda proposta. Nesse caso específico, haverá nova demanda, com nova causa *petendi* e os limites do pronunciamento do juiz é o que será visto nos tópicos seguintes (*cfr. infra*, 23-25). Propõe-se, aqui, antes de falar propriamente sobre *mutatio libelli*, que se alargue o campo da causa de pedir para aglutinar todos os fatos essenciais que demonstrem a ocorrência do mesmo fundamento jurídico a fim de que uma nova demanda com o mesmo pedido somente seja possível por outro fundamento jurídico. Ou seja, nada impede que sejam propostas sucessivamente demandas para anular um contrato por diversos fundamentos (culpa, estado de perigo, lesão, coação, erro), mas somente uma demanda poderá ser proposta para anular por *erro* e apenas uma poderá ser proposta para demonstrar a *culpa no acidente de trânsito*.

Essa solução, *de lege ferenda*, é condizente com a exigência constitucional de duração razoável do processo, pois ao seu cabo não haverá possibilidade de discutir novamente aquilo que já foi decidido, ainda que por outros fundamentos de fato.

Não se corre o risco, temido pela doutrina tradicional e encampado pela jurisprudência apegada à tradição, de transformar o processo em um campo minado e repleto de emboscadas. Esse não é propósito de impor ao autor o ônus de deduzir integralmente os fundamentos de fato que substanciam a demanda que irá propor, nos limites dos fundamentos jurídicos invocados. A idéia é garantir que parte apresente desde logo tudo que tem conhecimento para que a decisão seja integral, impedindo-se que parte trace uma estratégia para que ela tenha várias chances para obter o mesmo resultado.[281]

No direito brasileiro, considerar somente a afirmação do direito (conteúdo do direito) como elemento identificador da demanda não é possível. É necessário somar à afirmação do direito o fato constitutivo, ou seja, o conjunto de fatos que levam à verificação do direito afirmado. Assim, a causa de pedir será definida pelo direito afirmado e pelo estado de coisas, ou seja, os fatos que demonstram a ocorrência do direito.

Será sempre a mesma causa de pedir, se os fatos não forem determinantes do direito, mas apenas conduzirem à sua comprovação em juízo. Nos casos em que os fatos em seus aspectos gerais forem os mesmos será a mesma causa de pedir, podendo haver introdução de fatos novos sem que se cogite em modificação da demanda. O prof. Roberto Bedaque fala em premissa lógica da questão principal.

Eis a elasticidade da causa de pedir, onde sua identificação é fruto de investigação dos seus elementos informadores, podendo ser utilizado em maior intensidade o método da substanciação (onde os fatos são determinantes para identificação da demanda, normalmente mais presente nos direitos autodeterminados) ou da individualização, na qual a relação jurídica deverá ser considerada de modo especial para delimitação da demanda posta em juízo (mais intenso nos direitos autodeterminados). Deve ter-se em mente que não existe *pura individualização ou*

---

[281]. Gabriel Rezende Filho, citado por José Rogério Cruz e Tucci, aponta para este problema ao afirmar que "ao autor não é lícito variar *ex radice* nem a substância nem o gênero da ação, uma vez que isto transformaria o campo judiciário numa arena de surpresa e o duelo judiciário numa emboscada (Gabriel José Rodrigues de Rezende Filho, *Modificações objetivas e subjetivas da ação*, p. 43, v. *apud* José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 186).

substanciação e dependendo do direito material deverá haver maior carga de individualização ou substanciação na identificação da demanda.[282] A heterodeterminação e autodeterminação são características do direito material e não de um ou outro ordenamento jurídico. A incorporação de um ou outro princípio não vem estabelecida na lei, mas decorre de herança cultural e histórica que poderá sofrer modificações – naturalmente vagarosas – com a identificação de uma solução que faça do processo um método de solução de controvérsias mais eficiente e mais próximo do seu destinatário, que é o usuário dos serviços judiciários (o consumidor da justiça, na linguagem de Cappelletti).[283]

Assim como um elástico, caso não tensionada a causa de pedir, esta será mais restrita, conforme a discussão posta na causa; se sobrevierem novos fatos (supervenientes ou de conhecimento superveniente) será possível distendê-la, no curso do processo, para nela abranger novas circunstâncias de fato que poderiam autonomamente dar sustentação ao direito perseguido sob o fundamento já posto na petição inicial. A relação substancial é determinante para identificação da demanda e impedir que várias demandas sejam propostas em relação a uma mesma situação de direito material é conferir efetividade ao princípio da economia processual.

23. A modificação da causa de pedir e o princípio da duração razoável do processo

Duração razoável do processo é um princípio constitucional que deve ser lido e interpretado com os olhos postos em outro princípio a ele aderente, que é o princípio da economia processual. Duração razoável não tem o significado de "corrida rumo à sentença de mérito". Em que pese importante, não é relevante que a sentença seja proferida em tempo *brevíssimo*, mas que o resultado da atividade

[282]. *Cfr.* no mesmo sentido, Corrado Ferri, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, p. 16-17.
[283]. *Acesso dos consumidores à justiça*, p. 63.

jurisdicional proporcione a solução integral do conflito entre as partes. O processo é um método estatal posto à disposição das pessoas e para elas que o processo deverá oferecer resultados. Nada adianta uma rápida sentença e um novo processo sobre o mesmo problema da vida, adiando o fim da solução do problema. A duração razoável significa o mínimo tempo necessário para uma solução integral do problema da vida do consumidor da justiça. De nada adianta o Poder Judiciário *livrar-se* de um processo pendente e receber outro no dia seguinte.

O processo somente terá duração razoável quando "conseguire i massimi risultati com Il mínimo spreco delle risorse", ou seja, "massima efficacia ed il minor dispendio di energia possibile"[284].

Obter o máximo resultado do processo com o mínimo emprego de atividade jurisdicional é fazer com que o processo tenha duração razoável. Essa idéia é ínsita ao conceito de que os serviços públicos devem ser maximizados para obtenção dos mais profícuos resultados práticos. Não é econômico tampouco razoável que se encurtem as filas das repartições públicas e, ao mesmo tempo, aumente-se o número de vezes que o cidadão terá que ir à mesma repartição, pois seria falso o benefício obtido pela diminuição do tempo de espera em cada uma das filas. Sentenciar logo e obrigar o cidadão a novamente ingressar no Judiciário é desprestigiar o princípio – implícito em qualquer ordenamento e explícito no brasileiro – da duração razoável do processo e da eficiência na prestação de um serviço público essencial. É, dito de outro modo, descumprir uma ordem emanada da Constituição Federal.[285]

Durante a pendência do processo, e de sua longa marcha rumo à cognição exauriente plenária, é possível (e até esperado) a ocorrência de eventos que influam ou interfiram na relação de direito material controvertida, seja reforçando o direito do autor, seja trazendo um fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito deduzido. Poderá, até mesmo, ser conferindo direito subjetivo diverso a qualquer das

---

[284]. Luigi Paolo Comoglio, *Il principio di economia processuale*, p. 7-8.

[285]. A necessidade e exigência de economia processual é um imperativo tão elementar em relação aos escopos do processo e na organização da justiça como serviço público, que, em verdade, trata-se de um princípio geral do direito na interpretação de qualquer preceito processual nos tempos atuais (*cfr*. Comoglio, *Il principio di economia processuale*, I, p. 21-23).

partes, mas cuja relação de prejudicialidade com a lide pendente possa impor a necessidade de que seja ele considerado quando da prolação da sentença.

Interpretar corretamente os limites em que esses eventos (fatos novos) podem impactar o direito perseguido pelas partes começa pela verificação do real alcance dos princípios constitucionais aplicáveis ao processo. Particularmente o princípio da economia processual e da duração razoável do processo, inserto no art. 5º, inc. LXVIII da Constituição Federal ("a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação", redação determinada pela Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004) deve ter o seu alcance bem definido.

Ao erigir a duração razoável do processo a princípio constitucional, o legislador impôs um novo parâmetro para interpretação das regras processuais, em que será possível e até recomendável que regras estabelecidas na legislação infraconstitucional sofram abalos, atenuando-se o rigor em sua aplicação. O legislador quis estabelecer um comando ainda mais poderoso do que aquele estabelecido no art. 125, inc. II do Código de Processo Civil, que impõe ao juiz "velar pela rápida solução do litígio".

Toda vez que alguma regra estiver em confronto com este princípio dever-se-á identificar qual o princípio informador desta regra a fim de que se possa verificar se ela subsiste diante do princípio da duração razoável do processo.

À guisa de exemplificação, considere a regra estabelecida pelo art. 398, segundo a qual toda vez que alguma das partes juntar documentos, deverá ser ouvida a parte contrária.[286] Essa regra tem como princípio informador a *ampla defesa* e o *contraditório*, de modo que sua observância é imprescindível para garantir a igualdade no processo. Poderá deixar de ser cumprida essa regra caso o autor traga um documento novo determinante ao julgamento da causa? Poderá o juiz, alegando economia processual e duração razoável do processo, deixar de intimar o réu deste documento e com fundamento nele julgar a demanda procedente? Até mesmo um

[286]. Art. 398. Sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra, no prazo de 5 (cinco) dias.

iniciante na ciência do direito não teria qualquer dúvida em afirmar que o princípio do contraditório deverá ser observado em detrimento do princípio da duração razoável do processo.

Ainda nesse mesmo exemplo: suponha-se que seja trazido documento pelo autor e o juiz, sem abrir vista ao réu, julgue improcedente a demanda. Nessa situação específica, algum princípio terá sido violado? A regra do art. 398 terá sido objetivamente desconsiderada, mas o princípio da economia processual ou da não-pronúncia de nulidades sem prejuízo terá mais força e deverá prevalecer. Não há fundamento para anular a sentença, intimar a parte que foi beneficiada pela decisão para manifestar-se sobre documento que não foi utilizado como fundamento para o julgamento.

É importante desde logo afastar a possibilidade de considerar o princípio da duração razoável do processo uma norma de conteúdo meramente programático. As normas programáticas trazem apenas um conforto psicológico e uma intenção de atingir o resultado, mas não tem força persuasiva própria tampouco o poder de efetivar os seus postulados ou de influenciar na interpretação de outras regras e princípios. No caso do princípio da duração razoável do processo é diferente, pois este é um vetor prescritivo de conduta e impõe limites e balizamentos às regras de direito processual que impliquem em demora na prestação jurisdicional. Nenhuma norma poderá ser interpretada sem considerar esse princípio.

Assim como seria inadmissível que uma regra processual pudesse ser aplicada em violação ao contraditório, igualmente é inviável permitir-se qualquer interpretação que não tenha em vista que o processo deverá ter duração razoável. Os efeitos dessa disposição constitucional são imediatos e imperativos e tem como conteúdo um novo dimensionamento na interpretação da lei processual. Além de conter um princípio, a norma constitucional garante um direito subjetivo processual. Nessa linha de pensamento está a doutrina de Luigi Paolo Comoglio para quem "il principio di economia non si risolveva in una semplice direttiva programmatica per

il legislatore, ma assumeva nel processo una dimensione tecnica ben precisa, quale criterio razonale di interpretazione sistematica delle norme positive".[287]

A absoluta rigidez do sistema preclusivo e da regra da estabilização da demanda sucumbem diante da superior exigência de economia processual, "che sono alla base di questo orientamento interpretativo" (Andrea Proto Pisani).[288] Entender o contrário é permitir uma decisão inútil e um incentivo a um novo conflito, por meio de nova demanda.

A superveniência de um ou mais fatos que determinem a procedência da demanda, em situações em que a improcedência seria o destino certo dos pedidos deduzidos, deve ser considerada uma dádiva na incessante busca de evitar que seja emitido um provimento jurisdicional intrinsecamente inútil.[289] O processo que chegue ao seu termo e produza uma decisão imprestável – seja porque inexeqüível, seja porque não reflita o estado de fato no momento em que proferida – é um desperdício de tempo e energia que o moderno processo não pode admitir.

Aceitar a modificação da demanda em vista de um fato superveniente ou de conhecimento superveniente é permitir que o processo consiga ser dinâmico o suficiente para refletir praticamente o direito no momento da decisão. O direito constitucional da ação e o direito ao processo determinam que o próprio processo deverá dispor de todos os instrumentos e ferramentas para assegurar a entrega da tutela jurisdicional a quem efetivamente tenha direito a ela.[290]

Fazer da garantia da duração razoável do processo um princípio orientador de toda a estrutura do processo e interpretá-lo com o propósito de garantir

---

[287]. Luigi Paolo Comoglio, *Il principio di economia processuale*, I, p. 21 (*cfr.* do mesmo autor, *Etica e tecnica del 'giusto processo'*, p. 87-88. No mesmo sentido, José Rogério Cruz e Tucci: "como já frisado na nota introdutória da presente reedição, após a consagração, no plano constitucional, do direito fundamental à duração razoável do processo (art. 5º, inc. LXXVIII, CF), a regra da economia processual, de natureza precipuamente técnica, transformou-se em postulado político" (*A causa petendi no processo civil*, p. 188).

[288]. Andrea Proto Pisani, *La nuova disciplina dei processo civile*, p. 231. "O caminho será fatalmente uma nova demanda", ressalta Humberto Theodoro Júnior (*op. cit*., p. 604).

[289]. Luigi Paolo Comoglio, *Il principio di economia processuale*, I, p. 129-142.

[290] "o correto entendimento do complexo de normas constitucionais, direcionadas à garantia do sistema processual, constitui o primeiro passo para conferir maior efetividade possível à tutela que emerge do processo" (Bedaque, "Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório", p. 16-17).

que as regras existentes sejam corretamente aplicadas ou legitimamente desconsideradas é conferir ao princípio constitucional um significado concreto e não um enunciado vazio e despido de impacto sobre a realidade do processo e da vida das pessoas (Vittorio Denti).[291]

Não se pode descuidar que o anseio por justiça pode ocasionar, na prática, mais insegurança e menos estabilidade. Ao conferir aos princípios força suficiente para evitar a incidência de uma regra, estar-se-á criando um sistema processual frágil e lacunoso. Melhorar o sistema processual é ter coragem de criar novas soluções para os velhos problemas e ter a consciência de que a vida é dinâmica e a sociedade espera que o processo seja um reflexo dela própria. Todo procedimento realizado em contraditório será um processo, seja ou não confinado *nos quadrantes da jurisdição*, e a efetividade do sistema processual sempre será medida pelos resultados que ele produz.[292] Mais insegurança com mais eficiência pode ser preferível e, aos poucos, busca-se corrigir eventuais problemas que as soluções criaram. Isso é evoluir.

A economia processual é um princípio que impõe limitações às regras processuais ordinárias. O sistema processual deve ser construído sobre os seus pilares fundamentais. Caso alguma regra gere distorções, os princípios devem ser chamados para pôr termo ao conflito ocasionado pela aplicação desvirtuada da regra. "O que não se admite é o legislador ordinário opor óbices ao acesso à Justiça".[293]

Lembra com precisão Luis Guilherme Aidar Bondioli que "uma decisão judicial que fosse indiferente a esses eventos poderia cair na inutilidade ou, o que é pior, ser inapta a resolver os litígios, que, portanto, perenizar-se-iam, em detrimento do acesso à justiça".[294]

O referido autor, assim como majoritária doutrina, tem uma visão *reducionista* do âmbito de aplicação do art. 462 do Código de Processo Civil,

---

[291]. Vittorio Denti, *La giustizia civile*, p. 73.

[292]. Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, p. 156 ss.

[293]. Bedaque, "Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório", p. 24.

[294]. "Fato superveniente: conciliação entre princípios, garantias e valores", p. 427.

segundo a qual o fato novo não poderia implicar modificação do núcleo da *causa petendi*.[295]

Importante advertência faz o prof. José Rogério Cruz e Tucci ao destacar que "mais do que nunca se torna imperioso superar dogmas e romper paradigmas que tiveram relevância no passado distante, mas que não podem, em época contemporânea, continuar governando o processo em detrimento de resultados efetivos e seguros".[296]

24. A modificação da causa de pedir e a garantia do contraditório e do devido processo legal

Uma garantia constitucional é um direito estabelecido em relação ao qual a ordem jurídica não poderá medir esforços para concretizá-lo. Somente o respeito às garantias emanadas da Constituição permitirá que o processo se desenvolva em águas calmas e seguras. Cumpridas as exigências constitucionais e as garantias que emanam da Carta Política, será possível falar em um processo justo e équo. Uma dessas garantias pode ser considerada a *pedra-de-toq*ue dentre as garantias que dão os contornos do devido processo legal: o princípio ou garantia do contraditório. Ao enunciar uma garantia, a Constituição obrigatoriamente deverá oferecer a proteção do jurisdicionado contra qualquer tentativa de frustração à fruição desse direito consagrado, oferecendo os meios necessários para que essa proteção ocorra na prática. Ou seja, não é suficiente garantir o direito *abstrato* de ação (o direito de propor demandas, de estar em juízo); é preciso que a isso se some o direito à participação com

---

[295]. *Cfr.*, por todos, José Rogério Cruz e Tucci para quem "a *causa superveniens* apenas será considerada na hipótese de guardar íntima relação com o fato inicialmente apontado como representativo do fundamento jurídico do pedido que é a causa de pedir, seja constituindo-a, seja modificando-a, seja extinguindo-a. Pois, se não participar de nenhuma dessas formas será demanda diversa, incidindo, *in casu*, a proibição legal" (*A causa petendi no processo civil*, p. 177).

[296]. José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 14.

o objetivo de assegurar que a parte, autora ou ré, possa influenciar na decisão do Estado-juiz. Garantir essa participação eficiente, permitindo que a parte fale e seja efetivamente ouvida, é viabilizar, na prática, o efetivo contraditório.[297]

O contraditório ou o direito de participação está descrito no inc. LV do art. 5º da Constituição Federal ("aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes").[298] A Constituição determinou que aos litigantes, na esfera jurisdicional ou administrativa, deverá ser assegurada a *participação* nos processos em que figuram como partes. Trazendo para o campo do processo judicial, significa que o juiz deverá prover os meios necessários para que se dê cumprimento a esta ordem constitucional, garantindo às partes a oportunidade de participação (direito de influenciar na decisão a ser proferida).[299]

A participação é de todos os sujeitos envolvidos, inclusive daquele imparcial responsável por proferir a decisão final. O contraditório, para Cândido Dinamarco, é um "direito das partes", mas impõe "deveres ao juiz", ressaltando que é "é do passado a afirmação do contraditório exclusivamente como abertura para as partes, desconsiderada a participação do juiz". Ou seja, "o próprio juiz deverá participar da preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório".[300] O juiz também tem interesse que o resultado da sua atividade alcance os resultados programados e para tanto deve exercer o contraditório como um dever a ele imposto pela Constituição. O interesse do juiz confunde-se com o próprio

---

[297]. Nesse sentido, "il contrddittorio e la difesa, nel corso del procedimento, siano qualitativamente idonei ad assicurare a tutte le parti *un'equivalente possibilità di incidere sulla formazione della decisone giurisdizionale* (senza riguardo a quel che debba poi essere, in concreto, l'esito del giudizio)" (Comoglio, Ferri e Tarufo, *Lezioni sul processo civile*, p. 71).

[298] A abrangência da garantia é quase que absoluta e irrestrita, pois não está confinada, como na Carta Política anterior, onde esse princípio somente tinha aplicação *garantida* no processo penal.

[299]. *Cfr.* Dinamarco, "O princípio do contraditório e sua dupla destinação", n. 43, esp. p. 124.

[300]. Cândido Dinamarco, *op. loc. cit*. Lembra Dinamarco que o art. 16 do *nouveau code de procédure civile* francês estabelece que "o juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar ele próprio o princípio do contraditório" (*Instituições de direito processual civil*, I, cit., n. 88, esp. p. 226.

escopo da jurisdição, que é pacificar com justiça e com o menor grau de perturbação social possível.[301]

O princípio do contraditório é o fundamento de diversas regras processuais. Desde as garantias inerentes à citação e contestação, até regras como abertura de vista para responder aos recursos ou manifestar-se sobre documentos juntados pela parte contrária. Essas regras são formas que o legislador encontrou para garantir que o princípio constitucional da ampla defesa seja observado com as garantias a ele inerentes.

Também a correlação entre a demanda e a sentença é uma regra imposta pelo ordenamento para que se evitem surpresas ao réu no propósito de viabilizar que este seja surpreendido por um novo pedido ou uma decisão em relação à qual ele não pôde manifestar-se previamente. O contraditório determinou também a inclusão no sistema processual civil brasileiro da regra da estabilização da demanda e da imutabilidade da causa de pedir.[302]

Todas essas regras têm como fundamento o princípio do contraditório e a necessidade de garantir-se ao réu que exerça sem limitações o direito de defesa, manifestando-se sobre os fatos, requerendo provas, participando de todas as etapas do processo até a prolação da decisão final.

Garantido o contraditório, todas as regras perdem sua sustentação e passam a ser releváveis, pois nenhuma dessas regras foi instituída para ser um fim em si mesma,[303] mas sempre para garantir o fiel cumprimento dos princípios constitucionais. As regras processuais são uma predefinição genérica estabelecida pelo legislador para que se garanta o cumprimento dos princípios constitucionais. Sempre que não estejam mais presentes os fundamentos que determinam a existência

---

[301] "Não mais satisfaz a idéia do juiz inerte e neutro, alheio ao *dramma della competizione*. Essa neutralidade passiva, supostamente garantidora da imparcialidade, não corresponde aos anseios de uma Justiça efetiva, que propicie acesso efetivo à ordem jurídica justa". Ou seja, o juiz também está em busca de um resultado, sem que isso lhe subtraia a característica essencial da neutralidade (Bedaque, "Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório", p. 21. *Cfr.* ainda, *op. cit.* p. 22-23).

[302]. Ao autor essa regra também traz algumas garantias, pois impede que uma causa não proposta seja julgada, rejeitada e sobre ela recaiam os efeitos da coisa julgada material.

[303] É ingenuidade superada acreditar que aplicação cega da lei proporciona justiça ao caso concreto.

de uma regra será imprescindível examinar se algum outro princípio poderá ser abalado pelo cumprimento da mesma regra. [304]

Tomando como fundamento a regra segundo a qual o réu tem direito de ser citado para poder integrar o contraditório e exercer o seu direito de defesa, a regra do art. 285-A estabelece a possibilidade de sentenciar em favor do réu, mas "suprimi" o direito de ser citado. Essa regra é absolutamente compatível com o princípio do contraditório, pois a sentença de mérito será *necessariamente* favorável ao réu. Assim, não se pode cogitar de qualquer descumprimento do *direito de ser citado*, pois o fundamento da citação é o exercício do contraditório, que por sua vez, pode ser sintetizado no direito de influenciar o juiz a decidir favoravelmente. Como a decisão terá que ser favorável ao réu, nada é possível opor a essa regra. Evidentemente que o penhor de legitimidade dessa regra é impedir que possa haver sentença contrária aos interesses do réu não citado.

O mesmo raciocínio aplica-se ao direito de apresentar resposta aos recursos interpostos pelo adverso. Qual direito será violado se o recorrido não for intimado mas for negado provimento ao recurso? A regra que garante a participação do recorrido foi instituída em benefício do próprio vencedor do incidente recursal. Portanto, não existe qualquer possibilidade de o julgamento ser anulado por este fundamento.

Na linha do pensamento deste estudo, encontra-se o moderno e pertinente pensamento de José Roberto dos Santos Bedaque, que em recente obra defendeu, ainda que brevemente, a possibilidade de alteração da causa de pedir no curso do processo (*jus superveniens*), bastando, para tanto, "seja reaberto o contraditório". A interpretação liberal do professor das *Arcadas* acerca do âmbito de

---

[304]. "concepção mais elástica dos postulados que regem a estabilização da demanda, fixada em seus elementos subjetivos e objetivos, passa a ser exigência da moderna doutrina. Ganha significado, neste contexto, o princípio do contraditório, que, em momento algum, a legitimar a atuação das partes, pode ser descurado pelo juiz" (José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 14).

aplicação do art. 462 assenta-se na premissa de que "a demora maior do processo é amplamente compensada pela eliminação de nova demanda".[305]

Para que essa *justa* conclusão harmonize-se com os princípios, valores e garantias que informam o direito processual é imprescindível a releitura de velhos institutos, adaptando-os à nova dinâmica do processo civil na realidade contemporânea. O processo deve ser um instrumento efetivo para a tutela dos direitos, e o seu máximo aproveitamento deve ser uma *obsessão* de todos os operadores do direito. Tudo principia com a mudança de *mentalidade* em relação ao processo "para que ele possa efetivamente aproximar-se dos legítimos objetivos que justificam sua existência".[306]

Identificando também no contraditório o ponto nevrálgico para permissão à introdução do fato novo, Antônio Carlos de Araújo Cintra entende que "no momento de proferir a sentença, o juiz tomará em consideração o fato novo, desde que a respeito da introdução desse fato e de sua prova, no processo, tenha funcionado o princípio do contraditório, com oportunidade para manifestação das partes".[307]

Ou seja, garantido o contraditório, a regra da estabilização da demanda perde sua razão de ser, pois ela foi instituída com o propósito de viabilizar a defesa integral do réu.[308] Outro fundamento da regra da estabilização é o princípio da duração razoável do processo, mas, como visto (*cfr. supra*, n. 23), duração razoável não deve ser vista como o tempo necessário à prolação da sentença, pois mais consentâneo

---

[305]. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 137. Nesse sentido, são lúcidas e condizentes com o pensamento aqui exposto as palavras de Cássio Scarpinella Bueno, para quem "o parágrafo único do art. 264, contudo, que trata, especificamente, do que é denominado 'estabilização da demanda', veda que, após 'saneado' o processo, haja qualquer alteração no pedido ou na causa de pedir mesmo que, em tese, autor e réu estejam concordes. Melhor do que o rigor da solução legislativa é permitir que o magistrado, consoante *necessidades* de cada caso concreto e, sobretudo, diante da inexistência de qualquer prejuízo para as partes e para a 'rápida solução do litígio' (art. 125, II), amplamente considerado no plano material, admita eventuais alterações *objetivas* e *subjetivas*. Mais ainda porque nada impede ao autor, sendo vedada a formulação de um novo pedido ou causa de pedir no processo pendente, apresentá-los desde logo, dando início a um *novo* processo que será distribuído ao mesmo juízo em face do disposto no art. 253, I, garantindo-se a uniformidade de soluções (*Curso sistematizado de direito processua civil*, p. 99).

[306]. Cintra-Dinamarco-Grinover, *Teoria geral do processo*, n. 13, p. 45.

[307]. Antonio Carlos de Araújo Cintra, *Comentários ao Código de Processo Civil*, IV, p. 299.

[308]. Bedaque, "Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório", p. 34-38.

será considerá-la como o tempo necessário para pôr fim ao conflito de interesses de modo integral e definitivo. O tempo maior de espera pela sentença é integralmente respaldado pela não-propositura de uma nova demanda.[309]

José Roberto dos Santos Bedaque deixa claro que o relevante é que "o pedido e a causa de pedir sejam submetidos ao devido processo legal, ainda que sua introdução não tenha observado as exigências legais".[310] Disso extrai-se a seguinte conclusão: garantido o contraditório é aceitável que o juiz pronuncie-se sobre causa diversa daquela exposta na petição inicial.[311]

A *questão* que traz maior dificuldade é se seria suficiente o *convite à participação*[312] ofertando a possibilidade da parte a participar do contraditório ou se seria necessário o efetivo contraditório.

Se a parte, intimada a se manifestar sobre o fato novo e a nova demanda por ele caracterizada no curso do processo, limitar-se a afirmar que aquela questão não pode ser analisada, visto tratar-se de causa diversa daquela exposta na petição inicial, poderá o juiz, diante disso, julgar essa nova demanda?

Não se tem a mais mínima dúvida de que efetivado o contraditório com todas as garantias que o cercam, o juiz estará *autorizadíssimo* a decidir o mérito da nova questão. Em que pesem as críticas de Comoglio, Ferri e Tarufo sobre o fenômeno da aceitação do contraditório na Itália,[313] dúvida não há de que uma vez exercido o

---

[309] "È ben noto, infatti, che un certo orientamento fonda la *ratio* del divieto sull'esclusivo interesse della parte a non vedere aggravato il proprio onere di difesa, talché l'inammissibilità della domanda nuova non potrebbe venire accepita nell'ipotesi in cui si instauri un effettivo contraddittorio sulla domanda stessa" (Corrado Ferri, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, p. 9).

[310]. Bedaque, "Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório", p. 35.

[311] "Dal comportamento del convenuto e dall'interesse che può avere il medesimo a difendersi, contestando nell'ambito dello stesso procedimento le nuove domande proposte nei suoi confronti. In definitive, la modificazione del *thema* sostanziale del processo viene a dipendere in queso caso dalla concreta applicazione delle regole sul contradditorio (Ferri, *op. cit.*, p. 16-17).

[312] "Peraltro, come già si è rilevato, può apparire pregiudiziale la soluzione del problema relativa al comportamento del convenuto di fronte alla domanda proposta tardivamente, posto che la mancata eccezione di nulità (o inammissibilità) o, comunque, l'accettazione del contraddittorio potrebbe renderla ammissibile" (Ferri, *op. cit.*, p. 10).

[313]. "Accettazione del contraddittorio" Comoglio, Ferri e Tarufo, *Lezioni* sul processo civile, p. 594.

contraditório sobre determinada *questão* o pronunciamento jurisdicional será hígido em razão da inexistência de prejuízo à parte sucumbente.

Ou seja, o juiz encontra no acordo entre as partes limite objetivo na direção do processo, onde o consentimento do réu no que se refere à mutação da demanda gera uma transformação objetiva da relação jurídica processual. A regra do art. 264, par. ún. não poderá ser pronunciada em razão da ausência de prejuízo à parte que consentiu com a ampliação do debate (CPC, art. 249, §1º). Ainda que o julgamento do mérito traga uma situação desfavorável ao réu, esse fato não é suficiente para que seja reconhecida nulidade em seu favor, pois o enfrentamento, pelo mérito, da nova demanda introduzida pelo autor o submete objetivamente à decisão do juiz sobre tais questões. A ausência de prejuízo não advém da solução das questões no plano material, mas da verificação da não-violação ao direito do contraditório e de participação do réu no convencimento do juiz. O que importa é a garantia dos direitos processuais e não a solução dada à causa. Se no mérito tem razão o autor esse prejuízo esta em plano diverso e não pode ser *processualizado* como se prejuízo processual houvera.

Também poderá ocorrer a improcedência do pedido fundado nesta nova alegação, o que faz com que a demanda nova esteja imunizada pela autoridade da coisa julgada mesmo que o réu discorde sobre a possibilidade do julgamento (CPC, art. 249, §2º).

Evidentemente que os fatos desconhecidos ou supervenientes – não alegados ou alegados e não conhecidos – não podem ficar sujeitos à eficácia preclusiva da coisa julgada, pois não eram dedutíveis durante a pendência do processo. Trata-se de questão de prova do desconhecimento ou da superveniência dos fatos. Assim, poderá ser proposta nova demanda, pois ainda que componham a mesma causa de pedir, não foram apreciados porque inexistentes ou desconhecidos. A imutabilidade do conteúdo declaratório da sentença, que irradia efeitos para fora do processo, somente pode abranger aquilo que efetivamente foi debatido e decidido (interpretação da sentença com base na fundamentação)[314], de modo que a blindagem

[314]. "Os motivos, embora excluídos da coisa julgada, servem para determinar com exatidão o significado e o alcance do dispositivo" (Bedaque, "Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório", p. 27).

decorrente da eficácia preclusiva não atinge os fatos que *não poderiam ter sido deduzidos*, sob pena de violação à letra do art. 474 do Código de Processo Civil, que apenas consideram repelidas as alegações que *poderiam* ser apresentadas pelas partes. Não há coisa julgada sobre fato novo não alegado e não decidido.

A dúvida surge da recusa da parte em manifestar-se sobre a nova causa, pois não-obstante a oportunidade, esta não foi exercida em sua plenitude. Ora, comparecendo a parte e suscitando a violação ao princípio da adstrição (CPC, art. 128) sem ingressar nos pormenores da nova questão posta, poderá ainda assim decidir sobre a nova causa *petendi*?[315]

O cumprimento do contraditório será exaurido com o oferecimento de oportunidade para parte defender os seus interesses mediante participação eficiente, de modo que a recusa (ou a perda da oportunidade) em exercer o direito sagrado de defesa não retira do processo sua mais absoluta legitimidade. O convite não aceito deve ser tratado como descumprimento de um *ônus processual.* O próprio sistema sobre o qual está estruturado o processo civil brasileiro (sistema preclusivo rígido) estabelece inúmeras sanções para parte que não se defende em tempo e modo adequados. A não-apresentação de defesa determina que a parte suportará os efeitos decorrentes da revelia; a não-interposição de um recurso, a preclusão da questão decidida ou até mesmo a formação da coisa julgada material *etc.*[316]

---

[315] "il principio dispositivo avrebbe subito radicali attenuazioni, dovendosi appliare ad un processo la cui funzione 'publica' dipende ormai, non solo dalla cricostanza 'che è pubblico l'interesse all'attuazione della legge', ma anche 'dal carattere pubblico, e non più esclusivamente o prevalentemente privato, del concreto rapporto dedotto in giudizio" (Corrado Ferri, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, p. 25). *Cfr.* ainda Mauro Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità,* p. 336-354 e v. II, p. 659-660. Para Cappelletti o princípio dispositivo é expressão da disponibilidade da relação processual deduzida em juízo, mas deve ser relevado quando tratar-se de questões de fato cognoscíveis de ofício (*v.g.* o fato novo estabelecido pelo art. 462) ou em caso de fatos secundários (esp., v. I, p. 339). Ainda segundo Mauro Cappelletti, o fato secundário poderá assumir feição de fato principal (ou essencial), situação em que também poderá ser conhecido ainda que fora dos limites da demanda proposta, mas deverá considerar tal fato secundário no momento de decidir (*cfr.* nota n. 5, p. 339). A atribuição ao juiz de um autônomo poder de iniciativa para escrupulosa investigação sobre os fatos é uma necessidade para que o processo alcance resultado justo.

[316]. "A tão-só possibilidade que se dá ao réu de manifestar-se no processo atende o postulado do contraditório, não sendo necessário que de fato deduza resta ou outra manifestação positiva diante do pedido do autor" (Nelson Nery Júnior, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 182).

No entanto, não se pode olvidar que o sistema processual tem regras específicas que seriam descumpridas (embora haja fundamento à sua não-aplicação), o que recomenda redobrada prudência do juiz. Isso significa que o juiz deverá advertir a parte que esse ponto de fato será apreciado na decisão final (*informação* que viabiliza a *reação*), determinando ao réu que apresente eventual requerimento de provas ou junte documentos. Deverá ser assinalado o prazo de quinze dias para manifestação, sendo suficiente a intimação do advogado para esta finalidade.

A *fase* em que o processo estiver será determinante para viabilidade de introdução dos fatos novos que impliquem em *mutatio libelli*. Se o fato novo advier do produto da fase probatória, será suficiente que as partes sobre ele se manifestem, abrindo a possibilidade de apresentarem novo requerimento de provas. Isso não causará nenhum trauma ao procedimento que terá um singelo retrocesso que em quase nada modificará a velocidade da solução do litígio.

Se o fato novo que determine nova *causa petendi* ocorrer em momento ulterior à prolação da sentença, somente deverá ser admitida sua introdução em duas hipóteses: (a) se os fatos forem provados exclusivamente por prova documental ou forem notórios cujo conhecimento pelo juiz dispensa qualquer prova (CPC, art. 334, inc. I) e (b) se o direito novo advier do decurso do tempo (verificação do direito pelo advento de determinado prazo).[317]

No caso da hipótese "a" acima delineada, o fato novo poderá ser introduzido pela parte, se ela não tiver nenhuma outra prova a produzir que não seja a documental. Deverá ser avaliado se essa prova seria suficiente à demonstração do seu direito; caso contrário não deverá ser esta nova causa apresentada, mas movida a pertinente demanda em face do mesmo réu. Se o autor entender que a prova

[317]. Bedaque é radicalmente contra qualquer modificação após a interposição do recurso de apelação e a fixação dos limites da devolução operada pelo recurso ("Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório", p. 43 ss.). No entanto, verifica-se que a exceção à regra da correlação entre o pedido e a sentença tem o mesmíssimo problema e igual solução em relação à ampliação dos limites da devolução para uma nova causa. Não se vislumbra substancial diferença entre as situações, que tem como veio comum o exercício da jurisdição fora dos limites (a) da demanda ou (b) da devolução operada pelo recurso de apelação.O problema é o mesmo, o que reclama semelhante solução. A diferença será verificada somente nas possibilidades de produção de prova, que antes da sentença tem melhores possibilidades de ser produzida, sem excessiva contramarcha (retrocessos indevidos) do procedimento.

documental é suficiente, ele deverá peticionar juntando os documentos e pedindo a inclusão desta nova causa para o julgamento da apelação. De imediato, deverá ser ouvida a parte contrária, determinando, inclusive, que se manifeste sobre a necessidade de produção de provas.

A decisão sobre a possibilidade de introdução da nova causa advinda do fato superveniente ou de conhecimento superveniente deverá ser do tribunal,[318] onde serão considerados os seguintes aspectos: (a) o fato novo está suficientemente comprovado pelo autor; (b) são impertinentes as provas não-documentais requeridas pelo réu (testemunhal, pericial *etc*.) e (c) deve ser concedido prazo de quinze dias para o réu se manifestar, autorizando-se a juntada de novos documentos.

Se pertinente alguma prova não-documental, deverá ser analisada a eventual possibilidade de conversão do julgamento em diligência para sua produção, conforme autoriza o art. 515, §4º, mas deverá ser analisada a conveniência de se proceder dessa forma diante do princípio da duração razoável do processo, que não admite excessivos retrocessos a fases definitivamente superadas (a sentença não poderá ser anulada – a prova deverá ser realizada sem desconstituir a decisão de primeira instância). Não paira a mais mínima dúvida de que atrasos e retrocessos são enormemente recompensados pela inexistência de um *novo* futuro processo.[319] O princípio da duração razoável, no entanto, exige cuidados e não permite ilações descomprometidas com a eficiência que se espera do processo.

Em sede de recurso especial esse cuidado com o princípio da duração razoável do processo deverá ser redobrado. A particularidade em relação ao fato novo no tribunal acima tratado são os requisitos necessários para o julgamento do mérito recurso. Deverá, preliminarmente, ser examinado o cabimento do recurso. Se conhecido, nos termos do art. 257 do Regimento Interno do Superior Tribunal de

---

[318] "Dall'esercizio del potere del giudice, concorrente con quello delle parti private, di determinare l'oggetto del giudizio. In tale ipotesi, le regole in tema di modificazione della domanda sono connesse con il principio inquisitorio c.d. sostanziale e la loro applicazione può dipendere dalle iniziative del giudice che incidono non solo in tema di prove, ma anche sulle allegazioni dei fatti, toccando quindi la material sostanziale del processo" (Corrado Ferri, *Strtuttura del processo e modificazione della domanda*, p. 17).

[319] Referindo-se ao art. 462, Pontes de Miranda aduz ser "elogiável, porque evita que se tenha de propor outra ação" (Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, V, p. 81).

Justiça[320] somado ao entendimento cristalizado na súmula n. 456 do Supremo Tribunal Federal, deverá ser julgada integralmente a causa, aplicando o direito à situação controvertida.[321] Apesar de a nova causa não estar na profundidade do efeito devolutivo, mas na sua extensão, os motivos que levam à ruptura dos limites da devolução justificam a quebra dessa regra. Nessa hipótese, deverão os srs. Ministros fazerem o mesmíssimo exame acima descrito. Ou seja, deverão admitir se prova do fato novo for exclusivamente documental (RISTJ, art. 141, inc. I) e se outras provas forem desnecessárias. Igualmente poderá ser admitida a nova causa *petendi* se o tempo for o agente portador do direito novo.

Também o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça, no art. 168, estabelece que "a Corte Especial, a Seção ou a Turma poderão converter o julgamento em diligência quando necessária à decisão da causa". O art. 164, § 2º do Regimento Interno, nos mesmos termos do art. 515, § 4º, autoriza a conversão do julgamento em diligência para suprir nulidade sanável.

A única distinção que se faz sobre o conhecimento do fato novo que determine uma nova causa de pedir no Superior Tribunal de Justiça refere-se ao conhecimento do recurso originalmente interposto, pois somente diante da presença dos seus pressupostos é que se poderá aplicar o direito à espécie.

Portanto, à guisa de conclusão deste tópico, garantindo-se o direito de defesa amplo, o juiz poderá conhecer do fato novo que importe modificação da demanda.[322] Isso não significa uma ruptura com a forma pela qual é estruturado o processo, pois o direito novo deverá (a) decorrer de fato superveniente ou de

---

[320] Art. 257: "no julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie"

[321] STF, súmula n. 456: "o Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie".

[322]. "Daí por que eventual transgressão às regras da correlação entre a demanda e o provimento somente deve ser considerada como fator de nulidade do processo se impedir a realização plena do contraditório. Caso isso não ocorra, a atipicidade do ato processual torna-se irrelevante, pois não obsta a que os objetivos visados pela técnica sejam alcançados, ainda que o ato não corresponda ao modelo legal. Essa conclusão representa, em última análise, aplicação da regra da instrumentalidade das formas" (Bedaque, "Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório", p. 37). No mesmo sentido é a conclusão de Junior Alexandre Moreira Pinto, *A causa petendi e o contraditório*, p. 168.

conhecimento superveniente; (b) a parte a quem aproveita não poderá ter arquitetado a introdução do direito novo para surpreender o réu ou criar uma armadilha da qual ele não poderá sair (inexistência de má-fé ou omissão culposa na alegação do fato). Essa solução é legitimada sobretudo pelo risco ao qual estará exposto o autor, pois o fato novo alegado, conhecido e julgado produz efeito e sobre a decisão recai o manto sagrado da coisa julgada material.

25. O fato superveniente e introdução de novo fato constitutivo do direito

Não se desconhece, tampouco se descuida, da limitação infraconstitucional referente à vedação imposta ao juiz para pronunciar-se *ex officio* e a vedação também a ele imposta de adstrição ao pedido formulado e aos fatos expostos pelas partes. Modificar uma causa deduzida em demanda posta, de ofício, implicaria violação à regra da inércia, onde sem autor não poderá o juiz emitir decisão em razão da falta de provocação que o retire do estado em que se encontra. Ainda que haja provocação da parte, o princípio da correlação seria violado caso permita-se ao juiz entregar coisa diversa daquela postulada.

Tem-se, por isso, que o pedido deduzido é imutável, mas não os seus fundamentos ou sua causa. Também não poderá o juiz entregar um bem da vida ao autor sem que seja instado a fazê-lo, mas o juiz não está restrito às alegações deduzidas pelas partes, mas ao material probatório contido nos autos e às máximas da experiência, de modo que entregar um bem *pedido* por fundamento diverso também não viola qualquer regra referente à inércia da jurisdição.

A regra da estabilização da demanda, óbice para que novos fundamentos que impliquem em nova causa *petendi* sejam introduzidos após o saneamento do processo (CPC, art. 264, par. ún.), representa não propriamente uma barreira, mas uma limitação que deverá ser analisada e considerada ao avaliar-se

qualquer eventual mutação da demanda posta.[323] Essa regra apresenta feições bastante rígidas, dada a utilização da expressão "em nenhuma hipótese" contida no parágrafo único do art. 264 do Código de Processo Civil. Essa aparente rigidez não resiste a uma análise sistemática, da qual se verifica que no *caput* há menção às hipóteses estabelecidas em lei. Também resta claro, que o significado de "em nenhuma hipótese" contido no *parágrafo* vem em oposição ao *caput* onde se permite a modificação da causa de pedir em caso de *consentimento do réu*. Ou seja, excetuadas as hipóteses legais, ainda que haja concordância do réu, será vedada a modificação do pedido e da causa de pedir.

Considerar a mutação da causa de pedir e do pedido em conjunto é o primeiro equívoco do legislador, pois a modificação de um ou outro traz conseqüências bastante diversas ao processo. Ao manter-se inalterado o pedido, a modificação da demanda necessariamente trará uma causa conexa em razão da coincidência do objeto mediato (bem da vida). Modificar o pedido é permitir uma guinada no processo que pode trazer graves e evitáveis retardamentos.

A restrição à modificação é uma questão de política legislativa, onde o sistema brasileiro optou pela rigidez em detrimento da flexibilidade. No entanto, nenhuma regra infraconstitucional poderá legitimamente impor obstáculos ao acesso à justiça, de modo que sua interpretação deverá ser aderente a esse princípio maior emanado da Constituição.

Na Itália, desde meados do século XX – reforma de 1950 – até a reforma de 1990, havia uma orientação jurisprudencial segundo a qual a proibição de propor nova demanda no curso do processo de primeiro grau não era considerada questão de ordem pública, e sua aplicação estava apenas condicionada à aceitação das partes. O convite ao contraditório, caso aceito, era considerado uma renúncia à proibição de propor nova (ou outra) demanda no curso do processo, resultando na obrigação do juiz de emitir decisão de mérito. Dizem os italianos que restaria

[323]. A demanda será modificada, segundo a doutrina tradicional quando alterado o fundamento jurídico do pedido (os fatos genéticos do direito ou fatos jurígenos), mas não se cogita de modificação dos fundamentos quando apenas fatos simples ou circunstanciais forem introduzidos ou modificados (Milton Paulo de Carvalho, *Do pedido no Processo Civil*, p. 137).

caracterizada uma *accettazione del contraddittorio*. Assim, a demanda nova era considerada admissível.[324] A proibição à modificação da demanda é derivada de uma constatação antiga de que esta vedação é endereçada ao bom funcionamento do processo e, por isso, não poderia ser deixada à *disponibilidade das partes*. Isso é repetido de modo acrítico, no mínimo, desde as primeiras obras de Chiovenda no início do século passado. O que seria, na visão tradicional, o "bom andamento do processo"? Em que medida a rápida solução da demanda é sinônimo de rápida solução do litígio existente entre as partes? Qual o sentido de decidir rápido, mas decidir sem amparo na realidade dos fatos tal como eles efetivamente são no momento da decisão?

É evidente que uma ou outra *opção legislativa* (ou interpretação jurisprudencial) tem idêntico propósito de racionalizar o funcionamento do processo. Se a opção for uma ou outra o substrato ético será o mesmo, pois se pretende fazer do processo um instrumento mais eficiente. A experiência da rigidez, ao menos no direito brasileiro, não parece proporcionar a solução que melhor responda aos anseios por uma tutela jurisdicional entregue de modo integral e tempestivo. Ou seja, a rigidez não proporciona uma rápida *solução judicial do litígio* (sentença de mérito) e também não traz *solução social do conflito* entre as partes, pois a rigidez poderá impedir que o judiciário dê uma resposta que reflita o problema no momento em que proferida a decisão.

Passou do momento de buscar novos meios e formas para aproximar-se mais da promessa constitucional de entregar a tutela jurisdicional de modo *æqùus*, *justus* e em tempo razoável.

Essa possibilidade de modificação da demanda, apesar da expressa proibição, é praticada diuturnamente nos fóruns e tribunais do país, inclusive nos tribunais superiores. O juiz julga conforme o conteúdo probatório colhido e não deixará de emitir pronunciamento favorável a quem tenha razão. Ao menos esse é o papel do

[324]. Comoglio, Ferri e Tarufo, *Lezioni* sul processo civile, p. 594. Apesar das críticas, nos contam os autores que o sistema da accettazione del contraddittorio, criação jurisprudencial derivada da interpretação da reforma do Código de Processo Civil italiano de 1950, continua sendo usado após a reforma de 1990.

juiz moderno, cônscio de suas responsabilidades e deveres, sujeito ativo e destinatário do contraditório instituído no processo.[325]

Os fatos novos não vêm ao mundo para favorecer o autor ou réu, eles ocorrem independentemente da vontade dos sujeitos parciais e devem ser tomados em conta no momento de sentenciar. Ignorar a existência desse novo contexto é permitir que o juiz pronuncie-se sobre uma realidade não mais existente e sue comando seja absolutamente iníquo e incapaz de pôr fim ao conflito existente. Encerrar o conflito de interesses submetidos ao judiciário não é pôr termo à crise de inadimplemento existente entre as pessoas. O escopo do direito é servir às pessoas, não ser servo de suas próprias limitações e regras.[326] O direito processual especificamente não tem sua finalidade em si próprio, pois da aplicação de suas regras não necessariamente emergirá o justo; o processo como instrumento deve estar com os olhos postos no direito material que busca revelar.

Ao considerar o fato novo em momento ulterior ao saneamento do processo, não restará vedada a possibilidade de introduzir-se causa *petendi* nova. Primeiramente, tem-se que o próprio *caput* do art. 264 estabelece que "salvo as substituições permitidas pela lei". E o art. 462 estabelece que o fato novo deverá ser considerado pelo juiz no momento de sentenciar. Portanto, o fato constitutivo novo poderá ser introduzido se decorrente de fatos supervenientes ou de conhecimento superveniente devidamente comprovada a força maior (CPC, art. 462 c/c art. 517).

Não será suficiente a *mera superveniência* dos fatos para que seja autorizada a modificação da causa *petendi*. Mas em algumas hipóteses essa

---

[325]. "O juiz indiferente às escolhas axiológicas da sociedade e que pretenda apegar-se a um exagerado literalismo exegético tende a ser injusto, porque pelo menos estende generalizações a pontos intoleráveis, tratando os casos peculiares como se não fossem portadores de peculiaridades, na ingênua crença de estar com isso sendo fiel ao direito" (Candido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, n. 28.3, p. 231).

[326]. "Em su desenvolvimento lógico, las premisas de este tema son las siguientes: a) la Constituición presupone la existencia de un proceso como garantía de la persona humana; b) la ley, en el desenvolvimento normativo jerárquico de preceptos, debe instituir ese proceso; c) pero la ley no puede instituir formas que hagan ilusoria la concepción del proceso consagrada en la Constituición; d) si la ley instituyera una forma de proceso que privara al individuo de una razonable oportunidad para hacer valer su derecho, seria inconstitucional; e) en esas condiciones, deben entrar en juego los medios de impugnación que el orden jurídico local instituya para hacer efectivo el contralor de la constitucionalidad de las leyes" (Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, n. 94, esp. p. 150).

modificação é condição para que seja cumprida a determinação constitucional de acesso à justiça.

A nova causa poderá ser introduzida se (a) o fato novo for constatado por intermédio das provas colhidas no curso do processo (fato de conhecimento superveniente)[327]; (b) o fato que enseja a nova causa for demonstrado exclusivamente por prova documental; (c) do decurso do tempo advier o direito perseguido; e (d) quando ainda for possível praticamente a reunião entre duas causas para julgamento conjunto, pois nessa situação o sistema admite determinados retrocessos. Isso tudo deve ser *temperado pelo filtro da boa-fé*, onde não se pode permitir o ardil da parte para que haja julgamento favorável

Em nome do acesso à justiça e do superior princípio do máximo aproveitamento do processo, a nova causa de pedir deverá ser apreciada, permanecendo inalterado o pedido, se o material resultante das provas realizadas demonstrar a existência do direito com fundamento em outra causa.

Imagine-se que Tício propõe demanda para anular um negócio jurídico afirmando que Caio agiu com fundamento no *estado de perigo* previsto no art. 156 do Código Civil. No curso do processo verifica-se que de fato a prestação a que se obrigou Tício foi excessivamente onerosa, mas não restou configurado o estado de perigo, pois na verdade houve dolo de aproveitamento de Caio que se valeu da mais absoluta inexperiência de Tício.

Nesse caso, têm-se duas demandas: na primeira, a causa de pedir são os fatos que demonstram a ocorrência de estado de perigo; enquanto que a segunda tem como causa os fatos que atestem a verificação da lesão. Não há qualquer dúvida que estas sejam duas demandas distintas, fundadas em causas diferentes.[328]

---

[327]. José Rogério Cruz e Tucci utiliza terminologia diversa: *fato superveniente* é aquele ocorrido em momento ulterior à propositura da demanda e *fato novo* é aquele que "irrompe, por exemplo, no momento da produção da provas, não caracterizado pela superveniência cronológica. É circunstância que preexistia ao ajuizamento da demanda, e, portanto, constitui *fato novo* no processo" (*A causa petendi no processo civil*, p. 189). O que Cruz e Tucci denomina de fato novo corresponde ao que neste estudo denomina-se fato de conhecimento superveniente.

[328]. Não se trata de um problema de *nomen juris*, pois este ocorre quando os fatos são qualificados equivocadamente quanto ao instituto ou figura jurídica que a eles se aplica. Poderia, sem qualquer

A não-comprovação do estado de perigo afirmado na petição inicial conduz à improcedência do pedido deduzido. A não-cumulação das demandas faz com que o direito comprovado à anulação não esteja inserido na causa descrita na petição inicial. Ou seja, o juiz não poderá pronunciar o direito verificado porquanto este não foi posto no processo pelo autor. Assim, segundo as clássicas lições de direito processual, apesar de o autor ter comprovado o direito à anulação do contrato e este ter sido o pedido deduzido pelo autor, a demanda terá que ser julgada improcedente e o autor deverá mover uma nova demanda e, valendo-se da prova produzida sob o contraditório no processo precedente, apresentar a nova causa de pedir (*lesão* ao invés do estado de perigo) para, enfim, ter o direito à anulação declarado e reconhecido pelo Estado-juiz.[329]

Não é esta a interpretação correta à luz dos preceitos constitucionais que informam o processo.

Apesar de surgir uma nova causa, não se pode atribuir qualquer intenção do autor em deixar de apresentá-la no momento da propositura da demanda, tampouco se constata má-fé deste em deduzi-la no curso do processo. Repita-se: a nova causa "surgiu" do resultado da instrução do processo e deverá ser permitido às partes participarem da produção da prova. Diante do resultado da instrução, é correto considerar a nova causa, ainda que não fundada em fato superveniente. Se os fatos apurados no curso do processo apontam para o mesmo direito, mas por causa diversa, garantindo-se a ampla defesa, deverá o juiz conhecer destes fatos e entregar a tutela jurisdicional a quem tem razão.

---

modificação da demanda, ser ajuizada um petição inicial em que descritos os fatos que ensejariam a lesão, afirmar tratar-se de estado de perigo. Nessa hipótese, nos sistemas adeptos da substanciação, não haveria qualquer problema em julgar procedente reconhecendo a ocorrência da lesão. Cássio Scarpinella Bueno fala em "proposta de qualificação", que obviamente não vincula o juiz, pois *jura novit curia* (*Curso sistematizado de direito processual civil*, p. 72). A hipótese aqui é outro, pois os fatos foram descritos de modo compatível com o direito afirmado, mas no curso do processo foram apurados fatos diversos que conduzem a uma outra figura jurídica. Daí falar-se na ausência de modificação na primeira hipótese e na sua verificação na segunda.

[329] A injustiça será ainda maior e absolutamente desproporcional caso, ao fim do processo, já tenha transcorrido o prazo de decadência para propositura de outra demanda, o que faz da modificação da demanda uma necessidade. É claro que o pedido de introdução da causa nova deverá ser apresentado ainda dentro do prazo decadencial, sob pena de se considerar um prazo não querido pelo legislador. A vantagem é não ter que esperar a demanda terminar ou não ter mais um processo pendente quando um só seria o suficiente para resolver o problema.

Outra possibilidade de modificação da causa de pedir ocorrerá quando advier um fato novo no curso do processo. Se este fato ocorrer antes da fase instrutória, não haverá qualquer óbice para que se produzam quantas provas forem necessárias à sua demonstração, ainda que já tenha havido saneamento do processo. O saneamento impede que a causa de pedir e o pedido sejam modificados por mera vontade das partes, mas não há definição no que se refere ao fato superveniente e sua disciplina jurídica. Segundo o art. 462 do Código de Processo Civil, o juiz levará em consideração os fatos no momento de sentenciar, o que significa que as partes poderão demonstrar a verificação deste fato novo de forma ampla durante a fase processual destinada à produção de provas.[330]

Superada a fase probatória, o sistema não aceita retrocessos exagerados, o que significa que a prova do fato novo deverá ser exclusivamente documental. O próprio regimento interno do Superior Tribunal de Justiça regulamenta as hipóteses de juntada de novo documento quando destinado à prova de fato novo, ainda que em sede de recurso especial. No art. 141, inc. II do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, está disciplinada a admissibilidade de juntada de documentos após o recebimento dos autos no tribunal para "prova de fatos supervenientes", demonstrando que essa permissão não constitui um retrocesso ou um caminhar para trás, mas uma possibilidade atualmente existente no procedimento do processo civil brasileiro. A novidade é permitir que o fato novo que determine um

[330]. Esse entendimento também colhido nas lições de José Rogério Cruz e Tucci, na última edição de seu livro sobre o tema da causa de pedir, onde o consagrado autor explica que "embora continue prevalecendo, em nosso sistema processual, a imutabilidade dos elementos subjetivo e objetivos da demanda no curso do procedimento e, ainda, a exigência de correlação entre a petição inicial e a sentença (art. 128 do CPC), pode ocorrer que em determinadas situações, sobretudo no momento da produção da prova, surja um *fato novo*, que conduza à mesma conseqüência jurídica pretendida pelo demandante".(*A causa petendi no processo civil brasileiro*, p. 189). No mesmo sentido e ainda mais explícito, Ricardo Barros Leonel, *Causa de pedir e pedido. O direito superveniente*, p. 247-249. Ricardo Leonel traz importante ponderação de ordem prática, pois demonstra que a parte que pretende introduzir uma nova causa *petendi* após o saneamento e antes da instrução poderá distribuir nova demanda por conexão àquela pendente, o que determinará a reunião de causas em um único processo. Lembra ainda o prof. Leonel que essa é a mesma "linha de raciocínio que justifica a admissibilidade do litisconsórcio ulterior com aditamento do pedido pelo litisconsorte, especialmente nos casos relacionados aos processos coletivos". Desse modo, aquilo que seria vedado pelo ordenamento seria "alcançado por via transversa" (*Causa de pedir e pedido. Direito superveniente*, p. 247).

direito novo seja introduzido em nome dos princípios maiores de acesso à justiça e duração razoável do processo.

Tício ajuíza demanda pedindo a condenação de Caio no valor de quinhentos mil sestércios em razão de um empréstimo vencido que fora realizado entre as partes. Contesta o réu afirmando que na verdade trata-se de contrato de doação e que não haveria qualquer razão para a devolução dos valores por tratar-se de mera liberalidade.

No curso do processo, comprova-se que não foi feito um contrato de empréstimo e era de doação que se tratava. Portanto, a demanda deverá ser julgada improcedente. Ocorre que, no curso do processo, Tício, donatário da liberalidade, é cruelmente assassinado por Caio (homicídio doloso), doador e réu na demanda proposta. Nesse contexto, verifica-se que houve o advento de uma causa de revogação da doação. De fato, o sucessor de Tício apresenta esses fatos ocorridos no curso do processo e afirma que se trata de fatos supervenientes que devem ser considerados no momento de proferir sentença. Caio contesta essa afirmação e diz que efetivamente cometeu homicídio doloso, mas isso não integra a causa de pedir posta na demanda.

Diante desse quadro em que (I) resta demonstrado o fato superveniente e o direito à revogação da doação com a conseqüente procedência do pedido de devolução dos valores formulado por Tício, mas (II) ausente a causa de pedir que se verificou no curso do processo. O que deverá fazer o juiz? Julgar improcedente, visto que não foi dito que a razão da restituição seria a ingratidão do donatário, mas sim o contrato de empréstimo não demonstrado pelo autor no curso do processo. Ou deverá o juiz admitir a modificação da causa de pedir, visto que é incontroverso nos autos ao advento dessa nova causa que dá substancia ao mesmo e único pedido?

Se diante do material probatório colhido e da *incontrovérsia* sobre a causa de pedir gerada pelo fato superveniente, deverá ser admitida a modificação da demanda para julgar procedente o pedido formulado.

Por fim, a terceira hipótese em que a ordem jurídica, interpretada à luz dos princípios constitucionais do contraditório e da duração razoável do processo,

admite a modificação da causa de pedir, é a do direito decorrente do advento do tempo. Caso o tempo determine uma mudança no direito, este deverá ser reconhecido e declarado.

Com o propósito de facilitar compreensão, pense-se em uma demanda movida por pessoa física em face de alguma empresa de proteção de crédito, onde o fundamento é a inexistência de dívida a amparar a inclusão do nome do autor nos cadastros de inadimplentes (*negativação*).

Nas instâncias ordinárias, após realização de todas as provas requeridas pelo autor e réu, a demanda é julgada integralmente improcedente, visto que foi demonstrada pelo réu a existência de dívida vencida e não paga. Interposto recurso especial, verifica-se que desde a data da inclusão nos cadastros até aquele momento transcorrera cinco anos, prazo máximo permitido para que uma pessoa permaneça com seu nome em cadastro de inadimplente (CDC. art. 43, §1º). Conhecido o recurso por outro fundamento, deverá o Superior Tribunal de Justiça aplicar o direito à espécie (STF, súmula n. 456: "o Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie"; RISTJ, art. 257: "no julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie").

E agora? Poderá o Superior Tribunal de Justiça julgar procedente o pedido e determinar a exclusão do nome do autor dos cadastros de inadimplentes em razão do advento do prazo de cinco anos? Ou deverá (I) ignorar o fato superveniente ou ainda (II) considerá-lo para julgar o autor carecedor de ação por falta de interesse de agir, esperando que o réu retire espontaneamente o nome dos cadastros pelo advento do prazo de cinco anos?

Evidentemente que a carência de ação é impensável, pois somente ocorrerá se houver cumprimento espontâneo pelo réu devidamente demonstrado nos autos, pois nessa situação restará caracterizada a ausência de interesse de agir (interesse-utilidade) dada a prescindibilidade da tutela jurisdicional. Julgar improcedente é castigar o autor que em razão do fato novo passou a ostentar

direito líqüido-e-certo (e irrefutável), visto que não se tem a menor margem de discussão sobre a impossibilidade de manutenção do seu nome nos cadastros de inadimplentes decorrido o prazo de cinco anos.

Esse entendimento foi admitido pelo Superior Tribunal de Justiça, ao reconhecer que mesmo diante de causa de pedir diversa, o fato novo deveria ser considerado no momento de proferir a decisão final. Entendeu o Tribunal Superior que "a sentença deve refletir o estado de fato da lide no momento da decisão, devendo o Juiz levar em consideração fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito que puder influir no julgamento (art. 462 do CPC)" para concluir que "transcurso já ocorrido do prazo máximo de 5 anos previsto no art. 43, § 1º, do CDC, para a manutenção dos registros negativos do devedor nos cadastros da ré".[331] Embora a *causa petendi* fosse a prescrição da dívida (fundamento), o pedido de cancelamento da inscrição nos cadastros de inadimplentes seria devida em razão do decurso do prazo máximo (nova causa de pedir). Assim, verifica-se que a modificação da causa de pedir não é tão chocante ao sistema; ao contrário, é praticada diuturnamente pelos juízes preocupados em fazer justiça.

Correta, portanto, a decisão do Ministro Raphael Barros Monteiro, visto que a tutela jurisdicional deverá ser efetivamente entregue a quem tem razão, não admitindo que a parte que tem direito reconhecido pelo decurso do tempo (fato inarredável e sobre o qual não se permite a colocação de dúvidas e oposições) possa deixar de receber a tutela jurisdicional do estado, visto que este fato novo redunda em direito superveniente, à luz do art. 462 do Código de Processo Civil.

Esse julgado citado acima demonstra que a modificação da demanda é algo que ocorre no dia-a-dia do foro,[332] mas os próprios juízes ao julgarem procedente não admitem de modo expresso a ocorrência de modificação da causa de pedir,

---

[331]. STJ, 4ª T., REsp. n. 492.568-RS, rel. Min. Barros Monteiro, j. 1.4.2003, v.u.

[332]. Exemplo acadêmico de modificação da demanda admitida freqüentemente ocorre naquelas movidas ao Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, nas quais o autor obtém o benefício de acordo com os fatos apurados no processo, ainda que estes determinem direito diverso daquele postulado e não tenham sido descritos na petição inicial. Se a parte pedir aposentadoria por invalidez, mas apenas demonstrar quadro clínico suficiente à obtenção de auxílio doença, esta nova causa deverá ser admitida e julgada procedente.

mas o julgamento de procedência do pedido com conseqüente expedição de mandado para cumprimento da decisão demonstra que, reconhecendo ou não a mutação da demanda, os tribunais não permitem que tamanha injustiça seja concretizada sob os auspiciosos olhares dos juiz, quando estes têm o comprometimento em fazer justiça no caso concreto. É pueril considerar que o juiz irá desconsiderar um direito comprovado para apegar-se às regras da estabilização da demanda ou da inércia da jurisdição. Até mesmo Zanzucchi, que escreveu na primeira metade do século passado, admite que *gravi motivi* poderão ensejar eventual modificação da causa *petendi*.[333] Afinal, a verdade substancial não pode sucumbir diante das regras de preclusão e estabilização, como bem demonstra Corrado Ferri em sua obra.[334]

O juiz julga efetivamente diante das provas constantes dos autos e do direito determinado pela lei. As alegações iniciais das partes são uma orientação para decidir sobre os requerimentos de prova e para que se estabeleçam os grandes contornos da futura decisão.

Por fim, quando ainda é possível a reunião entre *causas* para julgamento simultâneo, não há razão de ordem prática que justifique a vedação à modificação da demanda com o advento de fato superveniente, pois se a parte poderá distribuir nova demanda com os *novos fatos* seria um formalismo estéril impedir a introdução de uma nova causa de pedir.

Assim, como já asseverado, quando advier um fato novo que determine a procedência da demanda e este vier aos autos (a) naturalmente como produto final da fase instrutória; (b) por juntada de novos documentos pela parte interessada; (c) pelo decurso do tempo como agente de configuração do direito postulado; e, ainda, (d) quando ainda seja praticamente possível o julgamento conjunto

---

[333] "Se l'allegazione di nuova *causa petendi* esigeva nuove deduzioni o produzioni la loro ammissibilità veniva subordinata all'accertamento dell'esistenza di 'gravi motivi'" (Marco Tullio Zanzucchi, "La domanda giudiziale e i suoi effeti nel nuovo codice di procedura civile: in particolare del divieto della mutatio libeli", p. 347 ss.).

[334] ."La verità sostanziale non si raggiunge con la preclusione di nuovi documento e di nuove deduzione e provi, idonee a portare luce alla controversia" (Corrado Ferri, *Struttura del processo e modificazione della domanda,* p. 82).

de causas conexas, *é vedado ao juiz deixar de pronunciar o mérito favoravelmente a quem tiver razão*.

A sentença somente será um ato processual se decidir as questões realmente existentes no momento em que for proferida; se assim não fizer, será um mero fato processual que valerá enquanto não anulado ou substituído.[335] Não há espaço para discricionariedade, pois somente uma solução emerge do sistema, não comportando escolha pelo julgador. Não se trata, portanto, em deixar ao prudente critério do juiz a possibilidade de introdução de causa nova, como no direito austríaco do início do século passado,[336] mas de estabelecer critérios em que o juiz não poderá deixar de acolher o direito fundado no fato *novo*.

Não há dúvida, por outro lado, que caberá ao juiz a condução do processo[337] e o estabelecimento dos limites em que a modificação não esbarre no direito também constitucional da ampla defesa, corolário do princípio do contraditório.[338] Não é possível enumerar regras de caráter geral adaptáveis à infinidade dos casos, mas somente alguns critérios diretivos que podem ser úteis para, em uma mesma *fattispecie*, equacionar o cabimento da modificação da demanda.[339] Essa dificuldade de formular um critério geral decorre da impossibilidade de definir com precisão a noção abstrata de causa de pedir e sobretudo de aplicar essa noção para singularizar uma demanda concretamente.[340]

---

[335] "Ontológicamente, el sentido de la sentencia es decidir la causa. Si no la decide, frustra su ser. No vale como acto procesal sino como hecho procesal" (Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, n. 319, p. 490).

[336] No direito austríaco admite-se a mudança da demanda quando *o magistrado julga que a defesa do réu não seja substancialmente agravada*.

[337] "O juiz moderno compreende que só se lhe exige *imparcialidade* no que diz respeito à oferta de iguais oportunidades às partes e recusa a estabelecer distinções em razão das próprias pessoas ou reveladoras de preferências personalíssimas. Não se lhe tolera, porém, a *indiferença*" (Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, n. 28.3, p. 231).

[338]. "Não é preciso dizer que, nestas hipóteses, a postura proativa do juiz, afinada com o anseio de efetividade da prestação jurisdicional, não acarretará qualquer prejuízo às garantias processuais do réu e tampouco haverá infringência à regra da estabilização da demanda" (José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 192).

[339] Salvatore Satta, *Diritto Processuale Civile*, p. 119 ss.

[340] Corrado Ferri, *Strutura del Processo e Modificazione della Domanda*, p. 87.

Não pode pairar a mais mínima dúvida de que o princípio dispositivo e a vinculação ao *petita partium* não impede que o juiz, além dos poderes instrutórios, disponha de poderes também para investigação de fatos não alegados pelas partes. O juiz deve ser um sujeito proativo, não inerte, na busca pela justiça substancial, o que deve ser feito por meio do cumprimento do seu poder-dever de, em colaboração com as partes, participar de modo incisivo na investigação dos fatos, ainda que não deduzidos pelas partes, mas relevante para entrega da tutela jurisdicional, velando sempre pela rápida solução da crise de direito material (CPC, art. 125, inc. II).

CAPÍTULO V - CONCLUSÃO

26. Necessária alteração legislativa e a disciplina insuficiente do Código de Processo Civil

O Código de Processo Civil cuida do problema da modificação dos fatos no curso do processo de forma tímida e manifestamente insuficiente. Em certa medida, justifica-se esse tratamento acanhado em razão de a codificação ter sido elaborada no início da década de setenta, época em que o volume de processos pendentes era substancialmente menor e o próprio tempo como fator de corrosão de direitos atuava em menor intensidade se comparado com o atual momento de desenvolvimento do processo. Àquela época a preocupação com o acesso à justiça era sem dúvida o principal problema que deveria ser enfrentado.

A forte avalanche de processos desencadeada pela Constituição de 1988, que de certo modo corrigiu o grave problema da litigiosidade contida (sobretudo em razão do art. 98, inc. I, que determinou a implantação dos juizados especiais), trouxe outro problema de igual magnitude, que é a profunda deficiência da prestação jurisdicional e a demora na solução do conflito no plano material. Garantir o acesso à justiça não é um fim ou um escopo do processo, mas o primeiro passo para consecução da justiça material; é preferível negar o acesso à justiça a permitir a aplicação de um direito substancial discriminatório. Viabilizar o acesso à justiça sem a correlata qualidade na entrega da tutela jurisdicional é cometer uma dupla injustiça.[341]

Muitas das modificações legislativas aqui sugeridas servem apenas para explicitar e deixar fora de dúvida a possibilidade de introdução do fato novo ou mesmo da modificação da demanda. Ou seja, deve ser transformado em direito positivo

[341]. Kazuo Watanabe, "Acesso à justiça e sociedade moderna", p. 13.

a interpretação mais correta da lei e da Constituição, pois isso traz segurança e estabilidade. No entanto, é possível, sem a edição de lei nova, pôr desde logo em prática a solução aqui constatada. Emerge dos princípios constitucionais a imposição de determinadas limitações às regras processuais que, interpretadas *conforme a Constituição*, propiciam – pela sua não-aplicação – uma maior eficiência do instrumento e maior aderência da sentença à realidade sócio-jurídica vigente no momento de sua prolação.

O tema da modificação dos fatos no curso do processo foi tratado apenas em um único dispositivo de modo explícito: o solitário art. 462 do Código de Processo Civil. Também o art. 303, inc. I do Código de Processo Civil estabelece a possibilidade de inclusão do direito superveniente, mas o preceito é mais próximo da idéia de incorporação ao processo pendente do direito novo decorrente de inovação legislativa. Alguns outros artigos, como o art. 517 contribuem para revelar o alcance da norma contida no art. 462. Evidentemente que estes preceptivos processuais não são suficientes para disciplinar a matéria, que reclama inúmeras outras delimitações.

O primeiro ponto não regulamentado que necessita de urgente pronunciamento do legislador refere-se ao fato de conhecimento superveniente. Ou seja, aquele fato ocorrido antes da propositura da demanda, mas conhecido pelo interessado em momento ulterior ao ajuizamento da petição inicial. Deve ser admitido o conhecimento destes fatos, conferindo-se o tratamento de fato superveniente ao fato *novo* conhecido no curso do processo. Obviamente que o fato não poderia ser conhecido em momento anterior (tampouco o seu conhecimento poderia ser obrigação por razões particulares daquele que não o alegou), pois nesse caso a parte seria privilegiada pelo descumprido de um ônus.[342]

A lei deverá autorizar, também, independentemente da anuência do réu, a modificação da demanda, desde que motivada por fato superveniente ou de conhecimento superveniente, até a data da audiência de instrução e julgamento.

[342]. Essa solução vem do direito português: "dizem-se supervenientes tanto os factos ocorridos posteriormente ao termo dos prazos marcados nos artigos precedentes como os factos anteriores de que a parte só tenha conhecimento depois de findarem esses prazos, devendo neste caso produzir-se prova da superveniência" (CPCp, art. 507, 2).

Nessa hipótese, o juiz deverá redefinir os pontos controvertidos e permitir que as partes apresentem novo requerimento de prova.[343] Se o fato for de conhecimento superveniente, o juiz deverá examinar se por culpa da parte não foram apresentados em momento oportuno e, só assim, autorizar a ampliação do objeto do processo. Ou seja, constatada a culpa ou má-fé, o fato novo não deverá ser conhecido. A necessidade de prova deverá ser examinada pelo juiz, determinando sua produção se for necessário ao julgamento da causa.

Enquanto for possível a reunião de causas pela conexão, não faz sentido impedir a modificação da demanda, pois os limites da decisão a ser proferida serão objetivamente alargados pela reunião das causas em *simultaneus processus* a serem decididas por uma única e mesma sentença.[344] A lei deverá reconhecer a ausência de motivos para vedar a introdução da causa nova, pois o contrário resultaria em mais um processo sem que haja qualquer necessidade.

Igualmente não se pode resistir à modificação da demanda quando o fundamento novo para procedência do pedido advier naturalmente da fase processual destinada à prova dos fatos constitutivos, pois sua revelação no processo não pode ser ignorada, independentemente de alegação.[345] *O juiz apreciará livremente a prova, impondo-lhe fidelidade às provas constantes dos autos, <u>ainda que não alegados pelas partes</u>, bastando a indicação em sentença dos motivos que formam seu convencimento*. Esta é, pois, a norma jurídica que emerge do art. 131 do Código de Processo Civil.[346]

---

[343]. No direito português a parte poderá apresentar o fato novo em audiência preliminar, ou dez dias após a notificação para audiência de julgamento ou até mesmo na data da audiência (CPCp, art. 507, 3, *a* a *c*).

[344]. A constatação é de Ricardo de Barros Leonel, *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*, p. 247.

[345]. Isso sequer representa inovação profunda, pois o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos estabelece, no art. 4º, par. ún., que "a requerimento da parte interessada, até a prolação da sentença, o juiz permitirá a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde seja realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado, mediante possibilidade de nova manifestação de quem figura no pólo passivo". Na exposição de motivos, redigida pela prof. Ada Pellegrini Grinover na qualidade de Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual está explicitado que "na revisitação da técnica processual, são pontos importantes do Anteprojeto a reformulação do sistema de preclusões – sempre na observância do contraditório -, a reestruturação dos conceitos de pedido e causa de pedir – a serem interpretados extensivamente".

[346] "Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento". Também o art. 436 permite ao juiz desconsiderar o laudo pericial e considerar outros fatos provados nos autos."Meno agevole è, invece, stabilire l'ambito di applicazione delle norme in tema

Proferida a sentença, deverá ser admitida a introdução do fato novo (superveniente ou de conhecimento superveniente), ainda que importe em modificação da causa de pedir, sempre que este for demonstrado por exclusiva prova documental e não for necessária a produção de provas pelo *ex adverso*, nos termos do art. 330, inc. I do Código de Processo Civil. Ora, se o juiz pode, ao receber a contestação e mesmo sem ouvir novamente o autor, julgar a demanda sem violação ao princípio do contraditório sempre que não houver necessidade de prova em audiência, não se pode cogitar em violação a esta garantia constitucional apenas porque o estágio do procedimento seja outro (mais avançado).

Quando o decurso do tempo for o agente de concretização do direito (decurso do prazo como fator de realização do direito material perseguido), sempre será admitida a modificação da causa de pedir, bastando, para tanto, que o juiz leve em consideração o fato novo no momento de decidir.[347] Os fatos notórios ou incontroversos por independerem de prova, também poderão ensejar modificação da causa *petendi* sem que haja violação às garantias inerentes ao *due process of law*.

Impor ao autor que deduza todos os fatos que demonstrem a ocorrência do fundamento jurídico invocado, permitindo que os fatos sejam introduzidos a qualquer momento sem a modificação da causa de pedir, desde que garantido o direito de defesa e de contraprova ao réu, seria uma solução mais adequada. Ou seja, deverá ser adotada a individuação da demanda para verificar a ocorrência da *mutatio libelli*. O cumprimento da promessa constitucional de entrega da tutela jurisdicional em tempo razoável reclama certa diminuição de oportunidades para que se obtenha o mesmo bem da vida sob o mesmo fundamento jurídico. Isso não se confunde com deduzir todas as causas que conduzam ao mesmo resultado prático (pedido, bem

---

di modificazione della domanda, là dove la struttura inquisitória del procedimento consente al giudice non solo l'esercizio dei poteri di iniziativa probatoria, ma anche l'accertamento di fatti che purê non sono stati oggetto di allegazione, con efficacia imperativa, delle parti. Parrebbe, infatti, fondado osservare che se il giudice non è obiettivamente vincolato da una rígida individuazione della fattispecie allegata a fondamento della domanda, egli può porre a base della pronuncia tutti i fatti tilevanti il cui accertamento legittima la dichiarazione dell'effetto giuridico previsto dalla legge, indipendentemente dalla loro allegazione come fatti costitutivi" (Corrado Ferri, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, p. 19).

[347]. É recomendável, apenas, que o juiz advirta as partes de que o novo fato será considerado no momento de decidir, permitindo, assim, que sobre ele se manifestem.

da vida), mas impor ao autor que desde logo apresente todos os fatos constitutivos do direito afirmado.

Essa regra seria interessante porque (I) constatado fato jurídico diverso daquele afirmado na petição inicial em hipótese de ocorrência de pluralidade de fatos constitutivos (*plurifactual*), seria possível que a parte recebesse a tutela jurisdicional sempre que demonstrado no curso do processo qualquer um deles; e (II) impediria que fossem propostas inúmeras demandas, cada qual com um dos possíveis fatos constitutivos, perenizando e eternizando o conflito de interesses existente entre as mesmas partes.[348] Essa modificação, dado o grau de enraizamento do princípio da substanciação no direito brasileiro, necessita de mudança legislativa expressa à sua implantação.

27. Síntese conclusiva

O processo deve dispor dos meios necessários para proporcionar a atuação do direito material, sendo, acima de tudo, um instrumento de tutela dos direitos. O instrumento estatal deve ser aderente à realidade sócio-jurídica realizando, praticamente, sua *primordial vocação* que é a de "servir de instrumento à efetiva realização dos direito".[349] Qualquer barreira à consecução deste *desideratum* deve ser vista com ressalvas e sérias restrições.

---

[348]. Somente permitir-se-á o ajuizamento de uma única demanda para cobrar os prejuízos decorrentes da culpa do réu pelo acidente de trânsito. Uma vez transitada em julgado, não poderia mais ser proposta demanda em que o fundamento seja a culpa do réu. Em contrapartida, se apurado no curso do processo que o fato constitutivo não ocorreu, outro poderá ser considerado para julgar procedente a demanda. Exemplificando: se o autor alega que o réu ultrapassou o sinal vermelho e no curso do processo restar demonstrado que o réu vinha conduzindo seu veículo em velocidade desproporcional, a demanda será julgada procedente, pois constatada a culpa. Por outro lado, se transitado em julgada a sentença de improcedência, a solução estará definitivamente determinada pela sentença de mérito. A duração razoável do processo também deverá contar com determinadas restrições à propositura de sucessivas demandas, pois isso é um fator de instabilidade e incerteza e eterniza a discussão entorno da mesma crise de direito material.

[349]. Kazuo Watanabe, *Da cognição no processo civil*, p. 21-22.

É necessário ter redobrado cuidado para deixar de aplicar uma regra em razão de um princípio constitucional, pois as regras são concebidas para fazer com que os princípios tenham aplicação prática e não sirvam apenas de orientação programática sem qualquer efeito no plano social. Ao estabelecer uma regra o legislador predefine um modelo, que se observado em sua literalidade, fará com que os princípios que estão à base das regras tenham efetividade e eficácia social.

Pode ocorrer, no entanto, que o fundamento para a concepção de uma regra não esteja presente no caso concreto, situação na qual a regra ainda assim deverá ser no mais das vezes prestigiada (*legem habemus*). Apenas quando a aplicação de uma regra, sem que esteja presente o fundamento superior (princípios diretores do processo estabelecidos pela Constituição), chocar-se com outro princípio de relevante magnitude é que se poderá cogitar em desconsiderar aquele preceito impositivo estabelecido na lei. Isso porque regra alguma tem força suficiente para impedir a realização do contraditório, do acesso à justiça e, doravante, da duração razoável do processo.

A alteração dos fatos no curso do processo, devido à sua repercussão na *causa petendi*, somente será possível se determinadas regras tidas como verdadeiros dogmas do processo (estabilização, correlação, inércia) passem a ser prescindíveis e, portanto, passíveis de serem desconsideradas. A estabilização da demanda, a correlação entre o pedido e a sentença, a inércia da jurisdição e o sistema preclusivo rígido não são princípios, mas regras que não têm assento constitucional e, por isso, sua aplicação em detrimento de princípios constitucionais constitui flagrante inconstitucionalidade.

É necessário, como exposto, seguir um caminho lógico para que se deixe de aplicar uma regra estabelecida pela lei, que se inicia com a constatação da repercussão de um fato superveniente em uma demanda já estabilizada e termina com a constatação de que outros princípios deverão ser observados para realização do direito e da justiça; deve ser feito um exame prudente dos elementos constantes dos autos, seguindo passos seguros, sempre com o propósito de conferir maior efetividade ao processo e a seu confessado propósito de realização do direito material (*atuação da vontade concreta da lei*, para utilizar a famosa expressão de Chiovenda).

De fato haverá situações em que o fundamento ideológico que legitima existência de uma regra não corre risco algum de ser infringido, fazendo com que a regra perca sua base de sustentação. São inúmeras as situações em que regras explícitas e indiscutíveis deixam de ser observadas por ausência de prejuízo à parte a quem sua aplicação beneficiaria.[350] O que aqui se propõe é estender o âmbito de não-incidência das regras para as situações em que, havendo choque entre princípios, os motivos da positivação da regra não corram o risco de serem sobrepujados e aniquilados pela sua não-aplicação.

É o que ocorre com a regra da estabilização da demanda e com a regra da adstrição. Os princípios que lhes dão base são o da ampla defesa e o da duração razoável do processo. Quando se verifica que ambos serão integralmente observados e que a aplicação da regra poderá até mesmo atenuar a eficácia de algum deles, não é recomendável, mas exigível que se deixe de aplicar a regra com o escopo de fazer com que os princípios que determinaram a sua criação tenham ainda maior efetividade social, dando cumprimento assim à solene promessa constitucional de prestação da tutela jurisdicional de modo justo, équo e tempestivo.

Neste estudo, foi possível identificar algumas situações em que as regras da estabilização da demanda e da adstrição ou correlação podem ser mitigadas para que se confira maior efetividade ao instrumento. O princípio da duração razoável do processo, implícito em qualquer ordenamento e hoje positivado na Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro 2004 (CF, art. 5º, inc. LXXVIII), traz um novo paradigma para interpretação das normas processuais (*transformou-se em postulado político!*).[351] Não é mais possível aplicar uma regra, se for observado o princípio que a subjaza, quando se puder garantir o cumprimento de outro princípio que também tem estatuto constitucional.

---

[350]. O art. 195 do Código de Processo Civil estabelece a obrigação ao advogado de restituir os autos no prazo legal. Se assim não fizer, a sanção que ordem jurídica estabelece é o desentranhamento das alegações e documentos. Essa regra não tem aplicação prática, pois a sanção é desproporcional ao ato comissivo e a parte contrária não suportará qualquer prejuízo em decorrência dessa conduta. O Código de Processo Civil tem outras formas de coibir práticas como esta, como a imposição de pena por litigância de má-fé, obstrução da atuação da jurisdição (ato atentatório) *etc.*

[351] A feliz e profunda expressão é de José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 188.

Modificar a demanda em determinados casos, garantindo-se o contraditório e a ampla defesa, não é somente possível como recomendável sempre que com isso se evite o cometimento de injustiças. Será duramente apenado o autor que, tendo direito em razão de um fato superveniente, tenha sua demanda julgada improcedente, obrigando-o a novamente ingressar em juízo para que seu direito seja reconhecido. Vitória de Pirro será aquela que somente for concretizada longos anos depois, sem que se tenha um justo motivo para negar o direito verificado no processo pendente. Nesse caso, o processo estará muito longe de seu escopo magno, que é dar vida aos postulados do direito material como se estes fossem realizados naturalmente.

O valor protegido, caso a caso, deverá ser identificado, pois não é possível declarar uma nulidade ou vedar a prática de um ato se não houver prejuízo. A atuação concreta dos princípios na relação jurídica processual é suficiente para que a solução que resulte do processo seja aceita pela ordem constitucional. Não se justifica a anulação do processo por descumprimento da regra da estabilização se a parte sucumbente apenas justifique essa anulação pelo descumprimento puro da regra, sem demonstrar o prejuízo concreto derivado da não-observância de valores constitucionais.

Se uma demanda for modificada no curso do processo em razão de fato novo e julgada procedente, não será possível anular essa sentença afirmando a violação apenas da literalidade do art. 128 c/c art. 264, par. ún., ambos do Código de Processo Civil, pois se nem mesmo a parte *prejudicada pela solução* conseguir apontar os prejuízos que suportou em razão da não-incidência de uma regra, não será admissível que se anule a decisão para contemplar um argumento despido dos valores constitucionalmente assegurados, de modo que se estará garantindo apenas o direito à protelação.

Concluir de modo diverso implicaria prestigiar o *formalismo pelo formalismo*, o que significa a consagração do formalismo estéril que não proporciona segurança jurídica, mas configura a própria denegação do formalismo e sua degeneração, porquanto a forma não será representativa de segurança alguma e será apenas um motivo determinante para que o processo não atinja sua finalidade de ser um

instrumento a serviço do direito material, que é sua razão de existir. É sempre válida a superior advertência de Enrico Tullio Liebman, ao lembrar que o rigor na sanção decorrente das nulidades é um *defeito capital do processo*, pois as "formas são necessárias, mas o formalismo é uma deformação". [352 e 353]

Efetivado o contraditório, em cumprimento ao princípio constitucional da duração razoável do processo (máxima brevidade na solução de uma crise de direito material), somente o formalismo poderia justificar o não-conhecimento da nova *causa petendi* advinda do fato superveniente.

O processo pelo processo não existe, somente se justifica se houver a realização do seu fim, que é ser um instrumento eficiente para dirimir o conflito de interesses submetidos aos órgãos da jurisdição.[354]

Cristalizar injustiças pelo mero apego às regras sem analisar o caso concreto e os motivos de sua instituição pelo ordenamento jurídico, seria transformar o direito em ciência exata e o juiz em um burocrata autômato sem espírito crítico e visão humanista sobre os problemas sociais e os anseios dos cidadãos pela materialização do direto à ordem jurídica justa.[355 e 356]

---

[352] *Manual de direito processual civil*, n. 117, p. 328.

[353] "Sem formalismo não há boa administração da justiça; mas a superstição da forma é a degeneração do formalismo, é morfolatria, forma especial de idolatria" (Hélio Tornaghi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. II, p. 5).

[354]. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, n. 90, p. 145.

[355]. "O que importa é o escopo previsto na lei, não o meio pelo qual se tenta alcançá-lo. Por isso, a análise estática do ato, feita para verificação dos requisitos essenciais à sua validade, não pode sobrepor-se à função por ele desempenhada no procedimento. O aspecto finalístico permite não tanto reconhecer os vícios do ato, mas conferir-lhe validade e eficácia em função do escopo atingido" (Bedaque, *Efetividade do procesos e técnica processual*, p. 415).

[356]."a administração da justiça faltaria ao seu objetivo e a própria seriedade dessa função do Estado estaria comprometida, se o mecanismo organizado para o fim de atuar a lei tivesse de operar com prejuízo de quem tem razão" (Chivovenda, *Instituições de direito processual civil*, I, p. 158).

BIBLIOGRAFIA

AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo, Malheiros, 2009.

ALLORIO, Enrico. *Commentario del Codice di Procedura Civile*, 1.II, t. I, Torino, UTET, 1980.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*, São Paulo, Saraiva, 1997.

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. II, São Paulo, Saraiva, 1998.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra, Coimbra, 1993.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manuel. *Manual de direito processual civil*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

ASCENSÃO, José de Oliveira. "Acção de reivindicação", *in Estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Lisboa, Lex, s.d.

ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico – existência, validade e eficácia*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001 (em coop. com José Rogério Cruz e Tucci).

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. "limites objetivos da coisa julgada no direito brasileiro atual", *in Sentença e coisa julgada – ensaios*, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1979.

_____ Ovídio A. "Processo civil e sua recente reforma", in *Da sentença liminar à nulidade da sentença,* São Paulo, Forense, 2002.

_____ *Jurisdição, direito material e processo*, Rio de Janeiro, Forense, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "Considerações sobre a chamada 'relativização' da coisa julgada material", *in Temas de direito processual civil*, 9ª série, São Paulo, Saraiva, 2007.

_____ "Eficácia preclusiva da coisa julgada no direito brasileiro", *in Temas de direito processual (primeira série)*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988.

_____ "Correlação entre pedido e sentença", *in Revista de Processo*, n. 83 (jul-set), São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993.

_____ "Efetividade do processo e técnica processual", in *Revista Forense*, n. 329, Rio de Janeiro, 1995.

_____ *Comentário ao Código de Processo Civil*, vol. V, 11ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007.

_____ *Direito e processo – influência do direito material sobre o processo*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003.

_____ *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003.

_____ "Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório", in BEDAQUE, José Roberto dos Santos e TUCCI, José Rogério Cruz e (orgs.), *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

BELAVITIS, Mario. *L'identificazione delle azioni*, 2ª ed., Padova-Venezia, Editrice Universitária, 1924.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *História constitucional do Brasil*, 3ª ed., São Paulo, Paz e terra, 1991.

BONDIOLI, Luiz Guilherme Aidar. "Fato superveniente: conciliação entre princípios, garantias e valores", in COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro, RIBEIRO, José Horácio Halfeld e DINAMARCO, Pedro da Silva (orgs.), *Linhas Mestras do Processo Civil*, São Paulo, Atlas, 2004.

BRITO, José de Sousa. "Identidade e variação do objecto em processo declarativo", in *BMJ*, n. 148, Lisboa, 1965.

BUZAID, Alfredo. "Fato novo e sociedade", *in Estudos e Pareceres em direito processual civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

_____ *Agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1956.

_____ *Ação declaratória no direito brasileiro*, 2ª ed., São Paulo. Saraiva, 1986.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim, *Comentários ao Código de Processo Civil,* v. III, 8ª ed., Rio, Forense, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, Coimbra, Almedina, 2000.

CANOVA, Augusto Cerino. "La domanda giudiziale ed il suo contenuto", *in* ALLORIO, Enrico. *Commentario del Codice di Procedura Civile*, v. II, t. I, Torino, UTET, 1980.

CAPPELLETTI, Mauro. *"Acesso à justiça*", Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. Trad. port. Ellen Gracie Northfleet.

_____ "O acesso dos consumidores à Justiça", in *Revista Forense*, nº. 310, 1990.

_____ "Interrogatorio della parte e principi generali del processo civile della Germania e dell'Unioni Sovietica, in *Rivista di Diritto Processuale*,1959.

_____ *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralittà*, I, Milano, Giuffrè, 1974.

_____ *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralittà*, II, Milano, Giuffrè, 1974.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*, v. I, Buenos Aires, El foro, 1997.

_____ *Istituzioni del Nuovo Processo Civile Italiano*, v. I, 4ª ed., Roma, Foro Italiano, 1951.

CARVALHO, Milton Paulo de. *Do pedido no processo civil*, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1992.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. I, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1965, trad. J. Guimarães Menegale.

_____ *Instituições de direito processual civil*, v. II, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1965, trad. J. Guimarães Menegale.

_____ *Instituições de direito processual civil*, v. III, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1965, trad. J. Guimarães Menegale.

_____ "Identificazione della azioni. Sulla regola 'ne eat iudex ultra petita partium", in *Saggi di dirrito processuale civile,* Milano, Giufrè, 1993.

_____ *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1965.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2003.

_____ *Teoria geral do processo*, 24ª ed., São Paulo, Malheiros, 2008 (em coop. com Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco).

CLARK, Charles E. "The couse of action", *in U. Pa. L. Rev.*, n. 82, Philadelphia, 1933.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Lezioni sul processo civile*, Bologna, Il Mulino, 1995 (em cooperação com Michele Tarufo e Corrado Ferri).

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Il principio di economia processuale*, I, Padova, Cedam, 1980.

_____ *Il principio di economia processuale*, II, Padova, Cedam, 1980.

_____ *Etica e tecnica del giusto processo*, Torino, Giappichelli, 2004.

COSTA, José Rubens. "Fato superveniente", *in Revista dos Tribunais*, n. 796, 2002.

CORDEIRO, António Menezes, *Da boa fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 1997.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1997.

_____ *Estudios de Derecho Procesal Civil*, 3ª ed., Buenos Aires, Depalma, 2003.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 1991 (em coop. com Miguel Angelo Fernandez).

DE STEFANO, Giuseppe. "Per uma teoria dell´oggetto del processo", *in Scritti Giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, III, Padova, Cedam, 1958.

DENTE, Vittorio. *La giustizia civile*, Bologna, Il Mulino, 1987.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996.

_____ "Electa una via non datur regressus ad alteram", in *Fundamentos do processo civil moderno*, vol. II, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001.

_____ *Instituições de direito processual civil*, vol. I, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009.

_____ *Instituições de direito processual civil*, vol. II, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009.

_____ *Instituições de direito processual civil*, vol. III, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009.

_____ *Litisconsórcio*, 8ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009.

_____ "O conceito de mérito no processo civil", in *Fundamentos do processo civil moderno*, vol. I, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001.

_____ "O princípio do contraditório e sua dupla destinação", in *Fundamentos do processo civil moderno*, vol. I, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001.

_____ "Nasce um novo direito processual", in TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.), *Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo, Saraiva, 1996.

_____ *Vocabulário do processo civil*, São Paulo, Malheiros, 2009.

_____ *A instrumentalidade do processo*, 14ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009.

_____ *Teoria geral do processo*, 24ª ed., São Paulo, Malheiros, 2008 (em coop. com Ada Pellegrini Grinover e Antônio Carlos de Araújo Cintra).

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ação declaratória incidental*, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1995.

FADEL, Sérgio Sahione. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. III, Rio de Janeiro, J. Konfino, 1974.

FAZZALARI, Elio. *Note in tema di diritto e processo*, Milano, Giufrè, 1957.

FERNÁNDEZ, Isabel Tapia. *El Objeto del Proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa Juzgada,* 2000

FERNANDEZ, Miguel Angelo. *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 1991 (em coop. com Andrés De La Oliva Santos).

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – técnica decisão, dominação*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 1994.

FERRI, Corrado. *Strutura Del processo e modificazione della domanda*, Padova, Cedam, 1975.

_____. *Lezioni sul processo civile*, Bologna, Il Mulino, 1995 (em cooperação com Michele Tarufo e Luigi Paolo Comoglio).

FREITAS, José Lebre de. *A acção executiva*, 3ª ed., Coimbra, Coimbra, 2001.

_____. *A acção declarativa comum*, Coimbra, Coimbra, 2000.

_____. *Introdução ao processo civil*, Coimbra, Coimbra, 1996.

GIANNOZZI, Giancarlo. *La modficazione della domanda nel processo civile*, Milano, Giufrè, 1958.

GOUVEIA, Mariana França. *Causa de pedir na acção declarativa*, Coimbra, Almedina, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. "Direito superveniente. Repercussão sobre o mérito da causa", in *A marcha do processo*, São Paulo, Forense Universitária, 2000.

_____ "Direito superveniente. Repercussão sobre o ato judicial. Momento da eficácia da decisão", in *Estudos & Pareceres*, 2ª ed., São Paulo, DPJ, 2009.

_____ *Teoria geral do processo*, 24ª ed., São Paulo, Malheiros, 2008 (em coop. com Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco).

HABSCHEID, Wlater J. "L´oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco, *in RDP,* Padova, 1980, trad. Andela Loaldi.

HEINITZ, Ernesto. *I limitti oggetivi della cosa giudicata*, Padova, Cedam, 1937.

JUNOY, Juan Picó I. *La modificación de la demanda en el proceso civil*, Valencia, Tirant lo blanch, 2006.

LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1990.

_____. "O Código e o formalismo processual", *in Revista de Processo*, n. 28, julho, 1983.

_____ *Teoria geral do processo*, Rio de Janeiro, Forense, 2008.

LARENZ, KARL. *Metodologia da ciência do direito*, 4ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, trad. sexta edição por José Lamego.

LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile tedesco,* Napoli, Morano, 1962. Trad. Edoardo Ricci. (FD DBC/U1-13-20)

_____. "Obblighi e oneri nel processo civile", in *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, 1954, trad. italiana de Marco de Stefano.

_____."Contributo Allá dottrina dell'oggetto del processo, *in Jus – Rivista di scienze giuridiche*, Milano, 1953, trad. Crisanto Mandrioli.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de Pedir e Pedido – O Direito Superveniente*, São Paulo, Método, 2006.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981.

_____ *Manual de direito processual civil*, v. I, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, trad. Cândido Rangel Dinamarco.

MACHADO GUIMARÃES, Luiz. "Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo, *in Estudos de direito processual civil*, Rio de Janeiro, ed. Jurídica e Universitária, 1969

MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*, I., Torino, G. Giappichelli, 2000.

_____ *Corso di diritto processuale civile*, II., Torino, G. Giappichelli, 2000.

_____ *Corso di diritto processuale civile*, III., Torino, G. Giappichelli, 2000.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, v. II, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1971.

_____ *Instituições de direito processual civil*, v. III, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1971.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 19ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005.

MENCHINI, Sergio. *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, Giugrè, 1987.

MENDES, João de Castro. *A causa de pedir na acção executiva*, Lisboa, RFDUL, 1965.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. "A *causa petendi* nas ações reivindicatórias", *in Teses, estudos e pareceres de processo civil*, v. 1, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

_____. "Conteúdo da causa de pedir", *in Teses, estudos e pareceres de processo civil*, v. 1, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. "Conexão e *tríplice identidade*", *in Revista de Processo*, n. 29, São Paulo, Revista dos Tribunais, jan-mar, 1983.

MONTESANO, Luigi. "Diritto sostanziale e processo civile di cognizione nell'individuazone della domanda, *in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1ª, 1993.

MOREIRA PINTO, Júnior Alexandre. "Sistemas rígidos e flexíveis", in BEDAQUE, José Roberto dos Santos e TUCCI, José Rogério Cruz e (orgs.), *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

_____ *A causa petendi e o contraditório*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. "Direito superveniente – não cabimento de alteração da causa de pedir", *in Revista de Processo*, n. 25, jan-março, 1982.

_____ *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 8ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1971.

PIMENTEL, Wellington Moreira. *Comentários ao código de processo civil*, v. III, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentário ao Código de Processo Civil*, vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 1973

_____ *Comentário ao Código de Processo Civil*, vol. V, Rio de Janeiro, Forense, 1977.

PROTO PISANI, Andrea. *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, Jovene, 1991.

_____"Dell'esercizio dell'azione", in *Commentario del Codice di Procedura civile diretto da E. Allorio*, Torino, 1973.

_____ *Lezioni di diritto processuale civile*, 2° ed., Napoli, Jovene, 1996.

REIS, José Alberto dos. *Código de processo civil anotado*, v. II, 3ª ed., Coimbra, Coimbra, 1981.

RICCI, Gian Franco. "*Individuazione* o *sostanziazione* nella riforma del rpocesso civile", *in Rivista Trimestrale di Dirrito e Procedura Civile*, n. 4, Milano, Giuffrè, 1995.

RODRIGUES, Dirceu. *Brocardos jurídicos*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1941.

ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*, v. I, Buenos Aires, Ejea, 1955, trad. Ângela Romera Vera

_____ *Tratado de derecho procesal civil*, v. II, Buenos Aires, Ejea, 1955, trad. Ângela Romera Vera.

_____ *Tratado de derecho procesal civil*, v. III, Buenos Aires, Ejea, 1955, trad. Ângela Romera Vera

SANCHES, Sydney. "Objeto do processo e objeto litigioso do processo", *in Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, n. 55 (nov-dez), 1978.

SATTA, Salvatore. "Iura novit curia", *in Rivista Trimestrale di Dirrito e Procedura Civile*, ano IX, 1955.

_____, *Diritto processuale civile*, I, Padova, Cedam, 1981.

_____, *Diritto processuale civile*, II, Padova, Cedam, 1981.

SCHWAB, Karl H. *El objeto litigioso en el proceso civil*, Buenos Aires, Ediciones Juridicas Europa-America, 1968.

SOARES, Fernando Luso. *Processo civil de declaração*, Coimbra, Almedina, 1985.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*, Lisboa, Lex, 1995.

_____ *O objecto da sentença e o caso julgado material (O estudo sobre a funcionalidade processual)*, in BMJ n. 325, Lisboa, 1983.

TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, Madrid, La Ley, 2000.

TARUFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*, Bologna, Il Mulino, 1995 (em cooperação com Lugi Paolo Comoglio e Corrado Ferri).

TARZIA, Giuseppe. "Recenti Orientamenti della Dottrina Germanica Intorno all'Oggetto del Processo", in *Problemi del processo civile di cognizione*, Padova, Cedam, 1989.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. "A efetividade do processo e a reforma processual", in TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.), *Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo, Saraiva, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. "Embargos de declaração. Remédio hábil para introduzir no julgamento o *ius superveniens* (art. 462 do CPC)", *in* Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes, *Estudos em homenagem à Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo, DPJ, 2005.

_____ *O processo civil no limiar do novo século*, Rio de Janeiro, Forense, 2002.

_____ "Tutela antecipada e tutela cautelar", in *Revista dos Tribunais*, n. 742, 1997.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao código de processo civil*, v. I, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1974.

TUCCI, José Rogério Cruz e. "A causa *petendi* no novo CPC português", in BEDAQUE, José Roberto dos Santos e TUCCI, José Rogério Cruz e (orgs.), *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

_____ *A causa petendi no processo civil*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

_____ "A denominada *situação substancial* como objeto do processo na obra de Fazzalari", *in Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, n. 60, Porto Alegre, Ajuris, 1993.

_____ "A *causa petendi* na ação de usucapião extraordinário", *in Processo Civil, evolução, Vinte anos de vigência*, São Paulo, Saraiva, 1995.

_____ "A regra da eventualidade como pressuposto da denominada teoria da substanciação", *in Revista do Advogado*, n. 40, AASP, 1993

VERDE, Giovanni. *Il nuovo processo di cognizione,* Napoli, Jovene, 1996.

VESCOVI, Enrique. "La modificación de la demanda", *in Revista de proceso*, n. 30 (abr-jun), São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983.

VIDIGAL, Luiz Eulálio de Bueno. *Da Ação Rescisória dos Julgados*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1948.

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

_____ "Tutela antecipatória e tutela específica nas obrigações de fazer e não fazer – Arts. 273 e 461 do CPC", in TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.), *Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo, Saraiva, 1996.

_____ "Acesso à justiça e sociedade moderna", in GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel e WATANABE, Kazuo (orgs.). *Participação e processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*, São Paulo, Atlas, 1999.

ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto processuale civile*, I, Milano, Giufrè, 1938.

_____ "La domanda giudiziale e i suoi effeti nel nuovo codice di procedura civile: in particolare del divieto della mutatio libelli", in *Mon. Trib.*, 1941.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Título executivo e liquidação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999

_____ "Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados", in *Revista de Processo - RePro*, v. 28, jan-mar, n. 109, 2003.

RESUMO

Título: "Alteração dos fatos no curso do processo e os limites de modificação da *causa petendi*".

Evitar que o tempo atue como agente de corrosão de diretos durante o longo período de pendência do processo deve ser uma verdadeira obsessão do processualista moderno, consciencioso da finalidade e da existência da ciência processual que constitui o seu objeto de estudo. A visão teleológica do processo como instrumento de realização do direito material deve estar presente na interpretação de todas as regras processuais, sempre tendo em mente o sábio conselho de Chesterton, para quem *o homem pode enxergar mais longe se subir aos ombros dos que vieram antes*.

Romper com velhos dogmas para proporcionar resposta aos novos problemas é fazer com que o direito processual seja dinâmico, conferindo-lhe a capacidade de superar crises de efetividade. A alteração dos fatos durante a longa travessia que é o processo constitui o objeto deste estudo, sobretudo no que se refere aos impactos sobre importantes figuras e institutos processuais como a causa de pedir, a estabilização da demanda, a rigidez do sistema preclusivo, a inércia da jurisdição e a interpretação destes, plasmada nos princípios constitucionais do contraditório e da duração razoável do processo, que integram o conceito amplo do devido processo legal.

Para alcançar tais propósitos, esta dissertação está estruturada em *cinco partes*. O acesso à ordem jurídica justa é o tema inicial e o *primeiro capítulo* é destinado ao seu estudo. Acesso à justiça não se confunde com estar em juízo. O seu real significado está relacionado com a realização da promessa constitucional de entrega da tutela jurisdicional a quem efetivamente tem direito a ela, sempre lembrando que ela deve ser justa, igualitária e tempestiva.

O *capitulo dois*, núcleo da abordagem teórica do objeto deste estudo, centra-se na identificação da demanda e de seus elementos objetivos, em que se busca demonstrar a existência de uma pluralidade de possibilidades para a investigação do mesmo problema. A concepção alemã do objeto do processo (ou objeto litigioso) enfoca o

problema de modo absolutamente distinto daquele concebido pelo direito italiano (teoria dos três *eadem*). O tempero dado pelas teorias da substanciação e individualização para identificação do núcleo resistente da causa de pedir demonstram a necessidade da análise dos elementos que compõem a demanda, em atenção ao direito material que se busca fazer valer em juízo. Os direitos autodeterminados e heterodeterminados reclamam a utilização de métodos distintos para identificação da *causa petendi*, demonstrando que esta figura jurídica goza de certa elasticidade.

O *capítulo três* desenvolve a conceituação do fato superveniente e do fato de conhecimento superveniente, bem como o impacto distinto destes na esfera jurídica do autor e do réu, analisando o último momento do procedimento em que é praticamente possível introduzir o fato novo e, sobretudo, o real alcance do art. 462 do Código de Processo Civil. A interpretação deste dispositivo processual revela um poderoso alcance de notável utilidade para aperfeiçoamento do processo como método estatal de solução de controvérsias.

O *quarto capítulo* problematiza os limites da modificação da causa de pedir no curso do processo, com a superação do dogma da estabilização da demanda. A não-incidência ou não-aplicação de regras processuais meramente formais para dar efetividade aos princípios constitucionais informadores do devido processo legal é a *pedra de toque* para a conclusão a que se chega ao fim do trabalho.

O *capítulo cinco*, conclusivo do percurso analítico empreendido, apresenta o estágio de compreensão do objeto alcançado neste estudo. Garantido o contraditório e a ampla defesa, deve ser prestigiado o princípio constitucional da duração razoável do processo, cuja correta interpretação é dele extrair uma *garantia de resolução integral da crise de direito material* com o menor grau de perturbação social possível, ou seja, com o menor dispêndio de energia e tempo, o que implica reconhecer a possibilidade de modificação da *causa petendi*.

Palavras-chave: *causa de pedir, objeto do processo, modificação da demanda, fato superveniente* e *duração razoável do processo.*

ABSTRACT

Title: "Amendment of facts during the course of action and the limits to change the cause of action".

Avoiding time to act as a corrosion agent of rights during the long period of a pending case must be a true obsession for the modern expert in civil procedure, conscious of the purpose and existence of procedural science that constitutes its object of study. The teleological vision of the judicial process as an instrument of realization of substantive law shall be present in the interpretation of all procedural rules, always keeping Chesterton's wise advice in mind, to whom *a man can see further if he climbs on the shoulders of those who came before*.

Breaking with old dogmas to provide solutions to new problems is to make procedural law dynamic, giving it the capability to overcome crises of effectiveness. The change of events during the long journey of the case is the object of this study, particularly with regard to the impacts on important procedural figures and institutions such as cause of action, stabilization of claim, rigidity of the preclusive system, inertia of jurisdiction and its interpretation, present in the constitutional principles of adversary system and reasonable time of proceedings, which form the broad concept of due process of law.

To achieve such aims, this dissertation is structured in *five parts*. The access to the fair legal system is the opening theme and the *first chapter* focuses on its study. Access to justice should not be confused with being at court. Its real meaning is related to the implementation of the constitutional promise of delivery of legal protection to those who are actually entitled to it, always remembering that it must be fair, equitable and timely.

The *second chapter*, the core of the theoretical object of this study, focuses on the identification of the litigation and its objective elements and seeks to demonstrate the existence of a plurality of possibilities for the investigation of the same problem. The German conception of the subject matter (or litigious matter) analyzes the

problem in a completely different manner from that designed by the Italian Law (theory of the three *eadem*). The effect given by the theories of substantiation and individualization for the identification of the resistant core of the cause of action demonstrate the necessity of analyzing the elements of claim, in response to the substantive law that seeks to be enforced in court. The self-determined and heterodetermined rights claim the use of different methods to identify the *causa petendi* demostrating that this legal concept has certain elasticity.

The *third chapter* develops the concept of supervening fact and supervening knowledge of the fact as well as their different impact on the legal sphere of the plaintiff and the defendant; the last moment of the proceedings that permits the introduction of the new fact is analyzed and, especially, the actual scope of article 462 of the Code of Civil Procedure. The interpretation of this procedural provision reveals a remarkable range of powerful utility for improving the legal process as a state method of settlement.

The *fourth chapter* discusses the limits to change the cause of action during the course of action overcoming the dogma of the stabilization of claim. The non-levy or non-application of purely formal procedural rules to give effect to the constitutional principles which inform the due process of law is the *cornerstone* of the conclusion reached at the end of the work.

The *fifth chapter* concludes the undertaken analytical path and presents the understanding stage of the object of this study. Being the adversary system and full defense guaranteed, the constitutional principle of reasonable time of proceedings must be considered. Its correct interpretation is to acquire a *guarantee of full resolution of the crisis of substantive law* with the lowest degree of social disruption as possible, *i.e.*, the lowest expenditure of energy and time, which means recognizing the possibility of changing the *causa petendi*.

Key words: *cause of action, subject matter, changing of claim, supervening fact and reasonable time of proceedings.*

RIASSUNTO

Titolo: "Alterazione dei fatti nel corso del processo ed i limiti della modifica della causa petendi".

Evitare che il tempo agisca come agente di corrosione di diritti durante il lungo periodo di pendenza del processo deve essere una vera ossessione del processualista moderno, consapevole della finalità e dell'esistenza della scienza processuale che costituisce il suo oggetto di studio. La visione teleologica del processo come strumento di realizzazione del diritto materiale deve essere presente nell'interpretazione di tutte le regole processuali, sempre tenendo in conto il saggio consiglio di Chesterton, a chi *l'uomo può vedere più lontano se sale sulle spalle di quelli che sono venuti prima*.

Rompere con i vecchi dogmi per proporzionare risposta ai nuovi problemi è fare con che il diritto processuale sia dinamico, consengnandogli la capacità di superare crisi de effetività. L'alterazione dei fatti durante la lunga traversata che è il processo costituisce l'oggetto di questo studio, sopratutto in quel che riguarda la portata sulle importanti figure e istituti processuali quali la causa petendi, la stabilizzazione della domanda, la rigidità del sistema preclusivo, l'inerzia della giurisdizione e l'interpretazione di questi, plasmata nei principi costituzionali del contradittorio e della durata ragionevole del processo, che integrano il concetto ampio del dovuto processo legale.

Per raggiungere tali fini, questa dissertazione è strutturata in cinque parti. L'accesso all'ordine giuridica giusta è il tema iniziale ed il primo capitolo è destinato al suo studio. Accesso alla giustizia non si confonde con essere in giudizio. Il suo vero significato è relazzionato alla realizzazione della promessa costituzionale di consegna della tutela giurisdizionale a chi effetivamente ne ha il diritto, ricordando sempre che essa dev'essere giusta, ugualitaria e tempestiva.

Il capitolo due, nucleo dell' approccio teorico dell'oggetto di questo studio,si centra nell'identificazione della demanda e dei suoi elementi oggettivi, in cui si cerca di dimostrare l'esistenza di una pluralità di possibilità per l'indagine del medesimo problema. La concezione tedesca dell'oggetto del processo(o l'oggetto della lite)

riguarda il problema di modo assolutamente diverso da quello concepito dal diritto italiano (teoria dei tre *eadem*). Il condimento dato dalle teorie di sostanziazione e di individualizzazione per l'identificazione del nucleo resistente della causa petendi hanno dimostrato la necessità di analisi degli elementi che compongono la domanda, con attenzione al diritto materiale che si cerca far valere in giudizio. I diritti autodeterminati e eterodeterminati reclamano l'utilizzazione di metodi distinti per l'identificazione della *causa petendi*, dimostrando que questa figura giuridica vanta di certa elasticità.

Il terzo capitolo sviluppa la concettuazione del fatto sopraveniente e del fatto di conoscenza sopraveniente, così come la portata diversa di essi nella sfera giuridica dell'attore e del convevuto, analizzando l'ultimo momento del procedimento in cui è praticamente possibile introdurre il fatto nuovo e, sopratutto, la vera portata dell'articolo 462 del *C.P.C.*. L'interpretazione di questo dispositivo processuale rivela una potente portata di notevole utilità per il perfezionamento del processo come metodo statale di soluzione di controversie.

Il capitolo quarto problemizza i limiti della modificazione della causa petendi nel corso del processo, con la superazione del dogma della stabilizzazione della demanda. La mancata incidenza o mancata applicazione di regole processuali meramente formali per dare effetività ai principi costituzionali informanti del dovuto processo legale è quello che manca per la conclusione a che si arriva alla fine del lavoro.

Il capitolo cinque, conclusivo del percorso analitico intrapreso, presenta il livello di compreensione dell'oggetto raggiunto in questo studio. Garantito il contradittorio e l'ampia difesa, dev'essere prestigiato il principio costituzionale della ragionevole durata del processo, la cui corretta interpretazione è estrarne una garanzia di risoluzione integrale della crisi di diritto materiale con il minor grado di perturbazione sociale possibile, ossia, con il minor spreco di energia e tempo, il che implica riconoscere la possibilità di modifica della *causa petendi*.

Parole chiavi: *causa petendi, oggetto del processo, modifica della domanda, fatto sopraveniente* e *ragionevole durata del processo*.