

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

RAFAEL FLACH

ALTERAÇÃO DA DEMANDA: A FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA
ESTABILIDADE DA DEMANDA

PORTO ALEGRE

2013

Rafael Flach

ALTERAÇÃO DA DEMANDA: A FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA
ESTABILIDADE DA DEMANDA

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Mitidiero.

Porto Alegre

2013

Rafael Flach

ALTERAÇÃO DA DEMANDA: A FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA
ESTABILIDADE DA DEMANDA

Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em Direito da
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio Grande do Sul como requisito parcial
para obtenção do grau de Mestre em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Professor examinador

Professor examinador

Professor examinador

Conceito atribuído: _____.

Porto Alegre, _____.

Dedico este trabalho a meus pais, Tarso e Lúcia, por terem me ensinado as mais importantes lições de respeito, caráter, honestidade e pelo constante apoio e confiança que sempre demonstram por mim.

AGRADECIMENTOS

A realização deste trabalho se deve à colaboração de muitas pessoas direta e indiretamente, as quais merecem o meu agradecimento:

Inicialmente, ao orientador, Professor Doutor Daniel Mitidiero, não apenas pela excelência de suas aulas, que influíram decisivamente em minha formação acadêmica, mas também pela presteza sempre demonstrada em solucionar dúvidas e cooperar neste empreendimento.

Quero também deixar registrada a gratidão pelo Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que, da mesma forma, influenciou sobremaneira as opções ideológicas adotadas no desenvolvimento deste trabalho. O privilégio de ter sido seu aluno e seus ensinamentos, sem sombra de dúvida, ficarão marcados para sempre na memória.

Também merece reconhecimento pela influência positiva exercida sobre minha formação a Professora Doutora Genacéia da Silva Alberton, que me despertou o gosto pela ciência do direito processual e muito incentivou a realização deste curso de mestrado em direito.

Aos Professores Doutores Klaus Cohen-Koplin e Daisson Flach, pela excelência com que conduziram o exame de qualificação e pelas contribuições ofertadas naquela ocasião.

À Roberta Meinhardt Flach, pela constante ajuda e incentivo que me dá, pelo conforto nas horas difíceis e por ter suportado compreensivamente a ausência inevitável e resultante da pesquisa acadêmica e do compromisso assumido ao ingressar no concorrido Programa de Pós-Graduação em Direito.

Ao Dr. Gerson Antonio Pavinato, pelos incansáveis ensinamentos e pela oportunidade de ter trabalhado com tão ilustre pessoa. O exemplo de caráter, honestidade, retidão, paciência, humildade, certamente, servirá de lição em todos os âmbitos de minha vida.

Ao Dr. Vinícius Daniel Petry, exemplo de retidão e comprometimento, quero agradecer o inestimável apoio constantemente ofertado. Indubitavelmente, não há como agradecer o valor da amizade formada e a certeza de poder contar com o seu auxílio nos momentos de dificuldade.

Aos colegas de trabalho, em especial, ao Adimar Alfredo Casagrande, Carla Ancinelo Mossmann, Débio Corrêa Bonini e ao Rafael Gomes Machado, pela confiança e amizade, pelas palavras de conforto, pelos debates, trocas de ideias e pela motivação.

Aos colegas e amigos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul.

Enfim, a toda a Secretaria do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, pela presteza no trato das questões administrativas relacionadas ao curso e à própria dissertação.

“O direito é a verdade e a justiça.

A característica do direito é conservar-se eternamente belo e puro. Os fatos, mesmo os aparentemente mais necessários, mesmo os mais bem aceitos pelos contemporâneos, se não existem senão como fatos, ou se não contêm suficientemente direito ou absolutamente nenhum direito, estão destinados infalivelmente a se tornarem, com o andar do tempo, disformes, impuros, talvez até monstruosos. [...]

Essa luta entre o fato e o direito trava-se desde a origem das sociedades. Terminar o duelo, amalgamar a ideia pura com a realidade humana, fazer o direito penetrar pacificamente nos acontecimentos, e vice-versa, eis a missão dos sábios” (Victor Hugo, Os Miseráveis).¹

¹ HUGO, Victor. *Os miseráveis*. Tradução por Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Cosac e Naify, 2002. v. 2. p. 235.

RESUMO

O presente trabalho aborda a temática da alteração objetiva da demanda e objetiva demonstrar que o modelo vigente no ordenamento jurídico brasileiro acerca da estabilização do objeto litigioso do processo se tornou anacrônico, frente ao contexto cultural do Estado Constitucional, no qual está inserido o direito processual civil brasileiro. A discussão vai desde o exame dos elementos da demanda, passando pelo estudo do princípio dispositivo e da máxima *iura novit curia*, até chegar às hipóteses de modificação dos seus elementos objetivos. A pesquisa é realizada sob a perspectiva do direito vigente, de sua possível reforma e também à luz do direito estrangeiro, procurando, a partir da análise dos modelos rígido e flexível de estabilização da demanda, adotados em determinados ordenamentos de *civil law*, fornecer resposta adequada à solução do problema, de modo a propor um novo modelo para o direito brasileiro, que se situa entre os extremos referidos e que atende, precipuamente, o direito fundamental ao processo justo.

Palavras-chave: alteração da demanda – modificação da demanda – causa de pedir – princípio dispositivo – *iura novit curia* – elementos identificadores da demanda.

RIASSUNTO

Il presente lavoro cerca di analizzare la modificazione oggettiva della domanda ed intende dimostrare che il modello in vigore nell'ordinamento giuridico brasiliano sulla stabilizzazione dell'oggetto del processo è diventato anacronistico, in relazione al contesto culturale dello Stato Costituzionale, in cui si inserisce il diritto processuale civile brasiliano. La discussione va dall'esame degli elementi della domanda, attraverso lo studio del principio dispositivo e della massima *iura novit curia*, fino all'ipotesi di modificazione dei suoi elementi oggettivi. L'indagine è realizzata sotto la prospettiva del diritto vigente, della sua possibile riforma ed anche alla luce del diritto straniero. A partire dall'analisi dei modelli rigido e flessibile sulla stabilizzazione della domanda, adottati in alcuni ordinamenti di *civil law*, la ricerca vuole fornire la risposta adeguata alla soluzione del problema, al fine di proporre un nuovo modello per il diritto brasiliano, che si colloca tra questi due estremi e che ha come obiettivo, soprattutto, il diritto fondamentale al giusto processo.

Parole-chiave: modificazione della domanda – *causa de petendi* – principio dispositivo – *iura novit curia* – elementi d'identificazione della domanda.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A DEMANDA E OS SEUS ELEMENTOS IDENTIFICADORES	17
1.1 Conceito de demanda	17
1.2 Elementos identificadores da demanda: as partes, o pedido e a causa de pedir.....	24
1.2.1 Partes	29
1.2.2 Pedido	31
1.2.3 Causa de pedir	32
1.3 Teorias da causa de pedir	34
1.3.1 Fato constitutivo do direito e fundamento jurídico	35
1.3.2 Teoria da substanciação.....	40
1.3.3 Teoria da individuação	42
1.3.4 Direitos autodeterminados e direitos heterodeterminados.....	44
1.3.5 <i>Fattispecie</i> e direito subjetivo individual (posição jurídica subjetiva).....	46
1.3.6 A equalização da questão referente às teorias da causa de pedir.....	48
1.4 Objeto litigioso do processo	49
2 A ALTERAÇÃO DA DEMANDA	55
2.1 Considerações iniciais. Conceito	55
2.2 (In)alterabilidade da demanda	57
2.2.1 Forma oral e forma escrita.....	59
2.2.2 Ordem pública ou privada?.....	60
2.2.3 Princípios da economia processual e da máxima eficácia do processo	61
2.2.4 Limites temporais à modificação da demanda	63
2.2.5 Preclusão e eventualidade.....	64
2.3 Alteração da demanda e o princípio dispositivo em sentido material	67
2.4 Alteração da demanda e a regra <i>iura novit curia</i>.....	78
2.5 Alteração dos elementos objetivos da demanda.....	84
2.5.1 Alteração do pedido.....	84
2.5.2 Alteração da causa de pedir	88
2.5.2.1 Alteração dos fatos	91
2.5.2.2 Alteração da qualificação jurídica	100
2.6 Hipóteses e impossibilidades de alteração da demanda	105
2.7 Pressuposto da alteração da demanda.....	108
3 A FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ESTABILIDADE DA DEMANDA	116
3.1 Estabilização da demanda. Considerações iniciais. Conceito.....	116
3.2 Sistemas rígidos e flexíveis	120
3.2.1 O sistema alemão.....	120
3.2.2 O sistema italiano	126
3.2.2.1 O Código de 1865.....	126
3.2.2.2 O Código de 1940.....	128
3.2.2.3 A reforma de 1950.....	131
3.2.2.4 A reforma de 1990.....	132
3.2.2.5 A reforma de 2005.....	135
3.2.3 O sistema espanhol	136
3.2.4 A inovadora reforma portuguesa	138
3.3 Estabilização da demanda no direito processual civil brasileiro	142
3.3.1 O Código de 1939.....	142
3.3.2 O Código de 1973.....	143

3.3.3 O projeto do novo Código de Processo Civil	145
3.4 A flexibilização do princípio da estabilidade da demanda	147
3.4.1 Processo justo e acesso à ordem jurídica justa	148
3.4.2 Momento ideal para a estabilização da demanda	155
CONCLUSÃO.....	162
REFERÊNCIAS	171

INTRODUÇÃO

Como sói afirmar-se, direito e cultura estão inter-relacionados. O direito não está *in res natura*, isto é, não se encontra na natureza. Isso significa que ele deve ser construído, criado. É criação do homem e, assim, inevitavelmente, da sua cultura.² O direito, que tem por função regular a vida em sociedade, deve acompanhar a evolução cultural e histórica que o homem promove. Por isso, o homem cria direito consoante o contexto cultural em que inserido. Nessa medida, os aspectos da vida coletiva são trazidos para o direito. O direito é, pois, “uma ciência da cultura”.³ A isso não refoge o direito processual, que também é expressão do fenômeno cultural.⁴

Inserido hoje no Estado Constitucional⁵, o processo deve considerar os valores a ele

² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. Proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 92.

³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 28.

⁴ Aliás, assim já concebia o processo Galeno Lacerda em 1961 (LACERDA, Galeno. *Processo e cultura*. *Revista de direito processual civil*, São Paulo: Saraiva, v. 3, jan./jun. 1961, p. 74-86).

⁵ Como anota Daniel Mitidiero, “o direito processual civil, como manifestação da cultura, evidentemente não pode sobrar infenso à influência das características que a sociedade imprime ao Estado. Sendo o processo civil o meio pelo qual, diante de determinadas crises de colaboração no plano do direito material, se busca velar pela supremacia do direito, natural que o seu formalismo reaja às peculiaridades de cada experiência de organização estatal” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 55). O Estado Constitucional brasileiro, como modelo de supremacia do direito, é resultado do contexto cultural em que o processo hoje se insere. A propósito dos modelos de primazia do direito, cf. MITIDIERO, op. cit., p. 55-68. Ainda, SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A supremacia do direito no estado democrático e seus modelos básicos*. Porto Alegre, 2002. p. 99-175. Há, a respeito, certo consenso de, “no mínimo, quatro modelos básicos em que essa superioridade pode ser surpreendida: de um lado, o *Rule of Law*, com as suas vertentes sem codificação e codificada, de outro, o *État Légal* e o *Rechtsstaat*” (MITIDIERO, op. cit., p. 56). Contudo, segundo Daniel Mitidiero, “tendo em conta a especificidade da nossa história constitucional e dos remédios que a Constituição outorga para o controle do manejo do poder estatal, não há como afeiçoar o Estado Constitucional brasileiro a qualquer dos modelos conhecidos (*Rule of Law* codificado e sem codificação, *État Légal* ou *Rechtsstaat*), sendo o nosso modelo de supremacia do direito um modelo próprio [...]. O controle difuso de constitucionalidade, nessa senda, está na essência do constitucionalismo brasileiro, conformando tanto o direito material como o direito processual civil, haja vista a influência que esse exerce na configuração dos institutos desses ramos, forjada pela força normativa da Constituição e pela concretização, em nossa vida social, da eficácia dos direitos fundamentais” (ibidem, p. 68). O direito, no Brasil, deve se conformar ao direito constitucional e a todos os valores a ele inerentes, cumprindo aos juízes velar pela ordem constitucional brasileira. A lei, no Estado Constitucional, vem colocada em relação de conformidade e, portanto, subordinada, a um extrato mais alto de direito, estabelecido pela Constituição (ZAGREBELSKI, Gustavo. *Il diritto mite*. 14. ed. Torino: Einaudi, 2011. p. 39). Isso significa que todo o direito perpassa por um filtro constitucional realizado pelo intérprete e aplicador do direito, isto é, pelo juiz. O Estado Constitucional brasileiro, além de possuir um modelo próprio de supremacia do direito, constitui-se em Estado Democrático de Direito. Entende-se por Estado Constitucional a junção de dois corações políticos: Estado de direito e Estado democrático (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 98-100). Como sinteticamente resume Daniel Mitidiero, “para que exista Estado de Direito é preciso que exista *juridicidade*, *igualdade* e *segurança jurídica*. A *juridicidade* visa a constituir o Estado a partir do Direito, tornando-o como medida para sua organização político-social e colocando *todos abaixo* do seu império. A *juridicidade* do Estado – por conter em si a ideia de Direito – remete à ideia de *justiça*, que de seu turno impõe a necessidade de *igualdade* de todos perante a ordem jurídica. Mas não basta a *juridicidade* para que se conforme o Estado de Direito. Sem *segurança jurídica* esse também não se realiza. [...] Apenas quando esses três elementos se concretizam é que se pode falar em Estado de Direito e, pois, em Estado Constitucional. Para que

inerentes. A par disso, toca aqui tratar sobre a modificação da demanda à luz dos valores que informam o formalismo processual.⁶

O problema que ora se coloca diz respeito à flexibilização do princípio⁷ da estabilidade da demanda. O direito brasileiro, tradicionalmente, adota modelo rígido no trato da questão, não permitindo a modificação dos elementos objetivos da demanda após o saneamento do processo. O art. 264, *caput*, do Código de Processo Civil brasileiro estabelece: “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”. Assim, até a citação, pode o autor modificar o pedido ou a causa de pedir, mesmo sem a concordância do réu. Porém, após a citação deste e até o saneamento do processo, a alteração dos elementos objetivos da demanda somente será possível caso consinta o demandado, consoante prevê o parágrafo único do referido dispositivo, que diz: “A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo”. Faz-se mister, portanto, investigar em que medida esse sistema subsiste no atual contexto cultural

exista Estado Democrático, impõe-se prestígio à *liberdade* da pessoa e à necessidade de sua *participação* na vida social e no exercício do poder estatal” (MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*. Da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: RT, 2012. p. 60-1). São esses os principais valores que compõe o caldo cultural do Estado Constitucional e que se impõe, inclusive, frente ao direito processual civil, pois, como dito, está ele inserido nesse contexto e deve observar a supremacia do direito constitucional por constituir-se, nas palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “direito constitucional aplicado”. A propósito, como ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, é instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre: UFRGS, v. 22, set. 2002. p. 32).

⁶ Consoante Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “o formalismo, ou forma em sentido amplo [...] mostra-se mais abrangente e mesmo indispensável, a implicar a totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos *poderes, faculdades* e *deveres* dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais. A forma em sentido amplo investe-se, assim, da tarefa de indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado, e estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento”. “O formalismo processual contém, portanto, a própria ideia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento”. É importante ressaltar, ainda, que, para o autor, “a *forma em sentido estrito* é o invólucro do ato processual”, enquanto as “circunstâncias, não intrínsecas ao ato, constituem exatamente as formalidades, consideradas como ato, fato ou prazo previsto por uma norma geral a fim de condicionar o exercício das funções de um órgão ou de um agente”. (ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 26-8).

⁷ Quando se alude a princípio da estabilidade da demanda, faz-se isso não em consideração à concepção de princípios segundo a nova teoria das normas, embora se adote a nova concepção. Sabe-se que hoje os princípios refletem um estado ideal de coisas a ser atingido. Logo, percebe-se que a estabilidade da demanda retrata muito mais uma regra do que propriamente um princípio. A propósito, chamou a atenção o Professor Carlos Alberto, afirmando que “quando determinado instrumento não é considerado precipuamente como meio, mas como elemento norteador da estruturação e organização do processo em geral, então o aspecto técnico tende a ser esquecido e sobreleva a questão de princípio”, a exemplo do que ocorreu com a questão da oralidade (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. Proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 173). Já se adverte, portanto, que, ao longo do texto, chamar-se-á esses conceitos de princípios (v.g. princípio da demanda, princípio dispositivo, princípio inquisitivo, princípio da eventualidade, etc.), em homenagem à tradição processual, não obstante se tenha consciência de que são, na verdade, regras processuais.

em que se insere o direito processual civil brasileiro.

A adoção de um modelo rígido ou flexível conduz, invariavelmente, ao enrijecimento ou à flexibilização do princípio da estabilidade da demanda. A pesquisa trabalha com a hipótese de que um sistema intermediário, não tão rígido e não tão flexível, constitui o modelo ideal para o direito brasileiro. Isso porque, apenas tal modelo seria capaz de harmonizar e concordar os valores mais caros ao Estado Constitucional, confluindo, portanto, para a concretização do direito fundamental ao processo justo. É preciso conferir “una certa elasticità”⁸ aos elementos objetivos da demanda, permitindo a introdução de novos fatos e, eventualmente, novos pedidos, com vistas a afastar o desnecessário manejo de outro processo. A estabilização da demanda segundo a sistematização processual atual, embora vise à celeridade do processo, muitas vezes, não atende aos desígnios do processo justo. O objetivo central deste trabalho é, portanto, demonstrar que o modelo atual tornou-se anacrônico, frente aos valores reinantes no Estado Constitucional.

O acesso à ordem jurídica justa constitui a principal garantia do cidadão no que toca à prestação da tutela jurisdicional. O cidadão, quando procura o Judiciário, quer fazer valer o direito que entende ser o titular. Em outras palavras, ele procura *justiça*. E para que isso seja possível, não basta abrir as portas do Judiciário, ou seja, não basta um acesso formal.⁹ É preciso, de fato, assegurar ao jurisdicionado uma efetiva, adequada e tempestiva prestação jurisdicional. O direito de acesso à justiça é hoje entendido a partir do direito fundamental ao processo justo. Logo, o Estado deve garantir que, no processo, sejam observadas aquelas garantias mínimas asseguradas pela Constituição. Além disso, deve perseguir, o máximo possível, a justiça material, de modo que a decisão final reflita, de fato, a situação concreta existente.

Para que o processo seja um instrumento eficaz, ele deve responder de forma efetiva à crise de direito material. Ele deve ser apto a resolver, com a máxima eficácia possível, em tempo razoável, o conflito existente entre as partes. Ocorre que a impossibilidade de alteração dos elementos objetivos da demanda após o saneamento do processo implica, amiúde, o enfraquecimento desse mister constitucional. Ao lado disso, constituindo um dos desdobramentos do direito fundamental ao processo justo, o direito à razoável duração do

⁸ Expressão utilizada por Corrado Ferri, ao abordar o tema da possibilidade de evitar preclusões iniciais muito rígidas (FERRI, Corrado. *Struttura del processo e modificazione della domanda*. Padova: CEDAM, 1975. p. 6).

⁹ Segundo Mauro Cappelletti e Garth Bryant, “o acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva”. Para os autores, “o enfoque sobre o acesso – o modo pelo qual os direitos se tornam efetivos – também caracteriza crescentemente o estudo do moderno processo civil” (CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. *Acesso à justiça*. Tradução por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 9 e 12).

processo deixa de ser concretizado, pois a parte se vê obrigada a novamente acionar o órgão jurisdicional para fazer valer o direito que de fato possui. O processo é mal aproveitado, pois se deixa de resolver o maior número de questões possíveis, não se esgotando a verdadeira controvérsia existente entre os litigantes e não se evitando ulteriores processos vinculados, de alguma forma, ao primitivo. Essas razões levam à necessária abordagem do tema.

O direito fundamental à razoável duração do processo exige que este seja útil à sociedade e às partes. Em primeiro lugar, não interessa à coletividade que o Estado arque com os custos de um processo desnecessário. Em segundo lugar, às partes não interessa prolongar a discussão e arcar com as despesas de outro processo, se a real controvérsia pode ser solucionada já no processo incoado. A utilidade do processo está em tutelar efetivamente a posição jurídica subjetiva daquele que tem razão, se possível, aproveitando ao máximo o processo iniciado e impedindo, assim, a reiteração de demandas que versem sobre pontos controversos coligados. O direito à duração razoável do processo requer, portanto, além da duração correspondente à natureza e à complexidade da causa, que se obtenha o máximo de resultados com o menor emprego de atividade possível.

Nessa senda, a reforma da legislação processual civil quanto à possibilidade de alterar a demanda apresenta-se como medida urgente e necessária.

Para bem demonstrar tal premente necessidade, a pesquisa não poupará esforços em analisar os institutos teóricos que permeiam a matéria. O estudo da doutrina mais qualificada será imprescindível para tanto. Além da pesquisa doutrinária, o estudo será dirigido pela análise dos textos legais que versam sobre o tema e da jurisprudência formada em torno da questão. Far-se-á necessária, ainda, a pesquisa, no direito estrangeiro, dos sistemas adotados em outros países de *civil law*, a fim de cotejá-los com o brasileiro, de modo a encontrar aquele modelo que se pretende ideal.

A análise do problema se dará a partir do marco teórico do formalismo-valorativo¹⁰, principal referência teórica deste trabalho, que representa uma nova fase metodológica do processo, impondo um novo método de pensamento para a processualística.¹¹ O processo é, pois, informado por valores, notadamente aqueles encartados na Constituição, deontologicamente postos. Representam a base axiológica do formalismo-valorativo os valores “igualdade, participação, efetividade e segurança visando ao alcance do valor justiça”¹², considerados, então, direitos fundamentais, com características de normas

¹⁰ A expressão foi cunhada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e recebe tratamento na obra *Do formalismo...*

¹¹ MITIDIERO, *Colaboração...*, p. 17.

¹² MITIDIERO, *Colaboração...*, p. 52.

principiais.¹³

O trabalho vai, então, dividido em três partes.

O primeiro capítulo abordará, como ponto de partida, o conceito de demanda e os elementos que a identificam. É imprescindível o estudo teórico desses institutos, de modo a encontrar bases sólidas para investigar as hipóteses de solução do problema. Apenas a sólida investigação dos institutos que gravitam em torno da demanda torna apto o investigador em solver as questões inerentes à modificação do pedido e da causa de pedir. Após a análise dos elementos da demanda, ainda no primeiro capítulo, a pesquisa se deterá, precipuamente, sobre os principais problemas que envolvem a causa de pedir. Em primeiro lugar, investigar-se-á qual das teorias – *substanciação* ou *individuação* – melhor se compatibiliza com o direito processual civil brasileiro. Em segundo lugar, estudar-se-á o conteúdo do objeto litigioso do processo, para, então, reunir as condições necessárias para o enfrentamento da questão principal referente à própria alteração da demanda.

O segundo capítulo, muito mais ligado à experiência prática do que teórica, enfrentará propriamente a questão da modificação da demanda, o que, é claro, não seria possível sem as reflexões do capítulo que o precede. Tratar-se-á aqui de conceituar a modificação da demanda e averiguar as principais causas para a sua proibição, a fim de verificar se há ou não sentido em se evitar que a demanda seja modificada ao longo do processo. Em outras palavras, investigar-se-ão quais os valores que dirigem uma ou outra orientação. A seguir, o capítulo cuidará de investigar quais os limites que o julgador encontra, na atuação jurisdicional, o que implicará a análise do princípio dispositivo em sentido material e da máxima *iura novit curia*. Isso possibilitará que a pesquisa avance sobre o tema da modificação da demanda, pois será a partir dos limites de atuação do julgador que se determinará a sua variabilidade. Após, demonstrar-se-á quando ocorre a alteração do pedido e da causa de pedir e quando se torna possível alterá-los. Por fim, como condição de possibilidade à variação do objeto litigioso do processo, sem a qual não há falar em alteração da demanda, procurar-se-á traçar algumas considerações acerca do princípio do contraditório.

O terceiro e último capítulo tem por finalidade a proposição de um modelo flexível de estabilização da demanda. Para isso, primeiro, o capítulo analisará os modelos flexíveis e rígidos existentes nos principais ordenamentos de *civil law* – alemão, italiano, espanhol e português – para, então, cotejá-los com o modelo ora vigente no direito brasileiro. O estudo, ainda, versará sobre o modelo que o precedeu e sobre aquele que provavelmente o sucederá.

¹³ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 23.

Abordar-se-á, ainda, a razão pela qual se pretende propor um novo modelo de estabilização da demanda e em que se assenta essa necessidade de reformulação da legislação processual. Para tanto, imprescindível será o estudo do direito fundamental ao processo justo, como premissa da proposição, ao final, do modelo que se pretende ideal acerca da modificação da demanda no decorrer do processo.

1 A DEMANDA E OS SEUS ELEMENTOS IDENTIFICADORES

Já dizia Ovídio A. Baptista da Silva:

Se a atividade jurisdicional só se desenvolve quando provocada, se nosso direito não conhece casos de proteção estatal, por meio da jurisdição, aos eventuais direitos individuais senão quando o próprio titular a requeira, a demanda passa a ser o parâmetro, ou a baliza que define e limita a controvérsia sobre a qual o juiz pode e deve pronunciar-se.¹⁴

A jurisdição, como se sabe, para ser exercida pelo Estado, depende da iniciativa do interessado.¹⁵ A atuação jurisdicional exige provocação. É, pois, função inerte do Estado. Quando o jurisdicionado procura a justiça o faz por meio da propositura da demanda. Ao propô-la, ele define e limita a controvérsia sobre a qual o juiz deverá se pronunciar, dando seus contornos¹⁶, visto que a jurisdição atua sobre aquilo pelo qual ela foi provocada e tão somente.¹⁷ Esses parâmetros, definidores e limitadores da demanda, estão intimamente ligados ao tema desta pesquisa, pois esta diz respeito à modificação desses limites após a sua propositura. Eis por que a importância de seu estudo. É o que se passa a analisar.

1.1 Conceito de demanda

A demanda como ato representativo da postulação do interessado em obter tutela já

¹⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de processo civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1. t. I, p. 167.

¹⁵ É o que estabelecem os artigos 2º e 262, primeira parte, do Código de Processo Civil, segundo os quais, respectivamente, “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais” e “O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial”. As exceções, no ordenamento processual civil brasileiro, estão nos seguintes dispositivos do Código de Processo Civil: arts. 989 (abertura de inventário), 1.129 (exibição de testamento), 1.142 (arrecadação de bens da herança jacente) e 1.160 (arrecadação de bens de ausente) (ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 197).

¹⁶ Na verdade, a petição inicial representa o ato processual pelo qual o autor deduz a demanda em juízo. Por meio da petição inicial é que o autor indica concretamente os litigantes e delimita o pedido e a causa de pedir (art. 282, II, III, IV, do Código de Processo Civil). Nesse sentido, a petição inicial define os contornos do mérito a ser resolvido em juízo e estabelece os limites da atuação judicial. A petição inicial é, portanto, “o projeto da sentença que o autor pretende do juiz” (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 3. p. 154).

¹⁷ É o que estabelecem os artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil, segundo os quais, respectivamente, “O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte” e “É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

era visualizada no direito romano. No processo *per formulas*, uma demanda era identificada pelo ato de postular, o qual era definido por Ulpiano: “*Postulare... est desiderium suum vel amici sui in iure apud eum, qui iurisdictioni praeest, exponere*”. A essa individuação, contribui Gaio com o seu conceito de *desiderium*: “*Intentio est ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit*” (Gaio, IV, § 41). Como mostra Giovanni Pugliese, há uma conexão entre os conceitos de Ulpiano (*desiderium exponere*) e de Gaio (*desiderium concludere*).¹⁸

O *desiderium* era aquela parte da fórmula em que o autor sintetizava o ‘resultado’ que visava a obter (Gaio, IV, § 41).¹⁹ Com a *intentio*, o autor resumia o seu *desiderium*. A *intentio* era, pois, a parte da fórmula que continha a pretensão do autor.²⁰ Segundo José Rogério Cruz e Tucci, o *desiderium*, aparentemente, redundava no pedido.²¹ Porém, compreendia também “il rapporto giuridico sostanziale oppure i fatti su cui l’attore si fondava”.²² Aliás, nas vezes que a *intentio* era genérica ou não oferecia ao juiz suficientes elementos para estabelecer se o réu deveria ser condenado ou absolvido, esta vinha acompanhada da *demonstratio*, que indicava o fato ou os fatos dos quais se originou a controvérsia.²³

O processo formulário é um bom parâmetro para analisar a demanda no direito romano. Todavia, costuma-se dividir o processo civil romano em três grandes períodos: o das *legis actiones*²⁴, o *per formulas*²⁵ e o da *cognitio extraordinem*²⁶. A demanda, em cada tipo de

¹⁸ PUGLIESE, Giovanni. Domanda giudiziale (dir. rom.). In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1964. v. 13. p. 807.

¹⁹ GAIO. *Instituições*. Direito Privado Romano. Tradução por J. A. Segurado e Campos. Lisboa: Gulbenkian, 2010. p. 429.

²⁰ Como anota Giovanni Pugliese, “l’*intentio* riproduce bensì (più o meno esattamente) la pretesa dell’attore, mas spesso in forma ipotetica e sempre come oggetto dell’accertamento del giudice” (PUGLIESE, Giovanni. *Istituzioni di diritto romano*. 3. ed. Torino: Giappichelli, 1991. p. 287).

²¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 39.

²² PUGLIESE, Domanda..., p. 808.

²³ PUGLIESE, *Istituzioni...*, p. 287.

²⁴ O sistema das *legis actiones* caracterizava-se por ser o ordenamento procedimental dos antigos aldeões. Era o “*ius civile*, criado pelo cidadão romano para o cidadão romano”. Inicialmente, foi formado pela *praxe*, para depois ser consolidado pela Lei das XII Tábuas e leis posteriores. Era um processo com absoluta rigidez de forma, a ponto de o autor ter sua ação denegada por prolatar uma fórmula de forma incorreta (ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 38). Segundo Cruz e Tucci, vigorou desde os tempos da fundação de Roma até os fins da República (CRUZ E TUCCI, op. cit., p. 32).

²⁵ Foi na antiga República que surgiu o processo formulário, com a *lex Aebutia* (149-126 a.C.), juntando-se ao antigo processo civil das *legis actiones*. O processo *per formulas* era mais elástico e renunciava as fórmulas verbais e solenes que caracterizava o anterior. Era, também, acessível aos peregrinos, tendo sido, talvez, criado para resolver os litígios entre romanos e peregrinos ou entre peregrinos. Recebeu sua configuração mais pormenorizada pela prática do *praetor peregrinus*, criado por volta de 242 a. C., figurando ao lado do único pretor (que passou a ser o *praetor urbanus*) (KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução por Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 431-3). Por volta de 30 a. C. a 14 d. C., no reinado de Augustus, o processo formulário tornou-se o modelo ordinário e compulsório de se conduzir a ação (ALVARO DE OLIVEIRA, op. cit., p. 41).

processo, é divisada de determinada forma.

Por exemplo, no processo das *legis actiones*, que precedeu o processo formulário, a demanda era expressa de modo mais direto e imediato, pois, ao invés de inserida numa fórmula, consistia numa afirmação em primeira pessoa ao adversário: “*Hunc ego hominen ex iure Quiritium meum esse aio secundum suam causam, ecce tibi vindictam impossui*” – “*Aio te mihi centum dare oportere, id postulo aias an negas*”.²⁷

Algo diferente ocorria no processo da *cognitio extraordinem*. O ato introdutivo do processo, já ao tempo de Constantino, era a chamada *litis denuntiatio*. Instituída nas últimas décadas do século III, é o desenvolvimento dos atos introdutivos da *cognitiones* clássica, que coexistiu, no período clássico, com o processo formulário. Consistia num ato escrito (*libellus*), no qual o autor indicava as razões pelas quais agia e, obtida a autorização do funcionário, notificava o réu para comparecer diante daquele.²⁸

No direito intermédio, a pesquisa histórica sobre a demanda judicial implica um fundamental problema de distinção entre a própria demanda e a *actio*, de um lado, e a demanda e o libelo introdutivo do processo, de outro. Essas distinções são verificadas pelo desenvolvimento gradual da doutrina, que refina o conceito de demanda judicial e, por sua vez, individualiza no libelo introdutivo do processo um dos modos para se deduzi-la.²⁹

No processo comum, como mostra Enrico Tullio Liebman, “la domanda si proponeva presentando al giudice il libello introduttivo, con richiesta di ordinare la citazione del convenuto”³⁰, assim como era próprio ao direito romano pós-clássico, o que, aliás, não poderia ser de forma diversa, tendo em vista que a formação do direito comum recebeu, principalmente, os influxos do direito romano imperial.³¹

No direito moderno, caminhando a processualística para a autonomia do direito processual³², surge o problema de saber contra quem a demanda é dirigida³³, o que, na

²⁶ Tratava-se de um processo baseado no direito imperial, no qual se atribuía a funcionários estaduais a instrução e a decisão (*cognoscere*) (KASER, *Direito...*, p. 433). Foi instituído com o advento do principado e viveu, com profundas alterações, até o fim do império romano do Ocidente (CRUZ E TUCCI, *A causa petendi...*, p. 32).

²⁷ PUGLIESE, *Domanda...*, p. 809.

²⁸ PUGLIESE, *Istituzioni...*, p. 775.

²⁹ LIOTTA, Filippo. *Domanda giudiziale* (dir. interm.). In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1964. v. 13. p. 813.

³⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano*. In: _____. *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962. p. 490-516.

³¹ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução por A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2004. p. 44-5.

³² Até então a ação é tratada apenas no plano do direito material. Não existia distinção entre os planos material e processual. A essa concepção se denomina monismo. Concebe-se o ordenamento jurídico como unidade, no qual direito material e direito processual se confundem. Em contraposição a essa concepção, tem-se o dualismo. Aí se concebe dois ordenamentos jurídicos: um material e outro processual (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. São Paulo: Forense, 2008. p. 7-18).

verdade, se coliga ao problema da ação.³⁴ Como afirma Salvatore Satta, a direção da demanda, contra o réu ou contra o Estado, reproduz, na verdade, o próprio problema da ação.³⁵

Em razão disso, chega-se a uma dupla definição de demanda. Considerada em seu coligamento com a ação e como exercício desta, a demanda é conceituada, por Giuseppe Chiovenda, como “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”.³⁶ Por outro lado, considerada em relação ao processo, a demanda é conceituada, também por Chiovenda, como “o ato pelo qual a parte, afirmando existente uma vontade concreta de lei, que lhe garante um bem, declara querer que essa vontade se atue, e invoca para esse fim a autoridade do órgão jurisdicional”.³⁷

As definições parecem idênticas, mas na primeira consta a expressão “de que seja atuada em face da outra parte (réu)”. Isso significa, no pensamento de Chiovenda, que a demanda (enquanto fundada) tem como ponto de referência a outra parte. Enquanto, ao invés, mera demanda, independentemente de ser fundada ou não, ou seja, como ato que dá vida ao processo, esta tem como ponto de referência apenas o juiz.³⁸

Essa dupla acepção da demanda é consequência da concepção de Chiovenda sobre a ação. Procurando afastar-se da teoria de Adolf Wach, Chiovenda não outra coisa oferece

³³ A discussão se inicia com a célebre polêmica entre Bernhard Windscheid e Theodor Muther. Windscheid procurou distinguir a *actio* romana da *Klage* alemã (direito de acionar), operando a identificação dos conceitos de *actio* e pretensão (*Anspruch*). Muther, por sua vez, procurou invalidar a tese de Windscheid, afirmando que havia perfeita coincidência entre a *actio* e a *Klage*. Para Muther, o ordenamento romano contemplava dois direitos distintos: um de natureza pública e outro de natureza privada. Esse direito público corresponderia ao direito de acionar (*Klagerecht*) e, portanto, à *actio* romana, vinculada a um direito primitivo, com a função de tutelá-lo. A *actio* conteria um direito frente ao Estado, que o obrigava a conceder a assistência estatal, e do Estado frente ao réu, para que este sanasse a lesão engendrada. Enquanto o sujeito passivo do direito de acionar é o *iudex*, na condição de detentor do poder estatal, o sujeito passivo do direito primitivo são os particulares. O mérito de Muther foi deslocar a ação processual da figura do obrigado, direcionando-a à figura do Estado. De outro lado, também importante foi a contribuição de Windscheid, que identificou o conceito de pretensão material à *actio* romana (MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 94-7).

³⁴ Sobre o tema, cf. MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. *Polêmica sobre a ação*. A tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

³⁵ SATTÀ, Salvatore. Domanda giudiziale (dir. proc. civ.). In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1964. v. 13. p. 817.

³⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução por J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 1. p. 157.

³⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução por J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 2. p. 297.

³⁸ SATTÀ, op. cit., p. 817.

senão uma variante da teoria concreta.³⁹ Ao apontar condições para o exercício da ação, Chiovenda, assim como Wach, a atrela ao direito material, subordinando-a ao direito subjetivo. Em última análise, segundo Chiovenda, para existir ação e, conseqüentemente, demanda (ao menos naquela primeira acepção aventada), é preciso que se tenha efetivamente o direito material invocado no processo, resultando este numa sentença favorável.⁴⁰

Contudo, a concepção de Chiovenda não resolve o problema da ação. Como é cediço, a ação processual só se dirige ao Estado e, assim, portanto, a demanda. Ao propugnar que a ação constitui um poder (ou um direito potestativo) em face do réu, não se dá conta Chiovenda que os efeitos pretendidos com o exercício da ação dependem do Estado, e não apenas do autor. Logo, a ação configura um direito em face do Estado, e não um poder em face do réu.⁴¹ Além disso, o exercício do direito de ação se mostra independente da existência do direito material, ou seja, a ação não está subordinada ao direito subjetivo, muito embora se saiba que todo o direito processual reaja ao direito material.⁴² Em outras palavras, também tem ação aquele que não tem razão.⁴³

³⁹ A teoria concreta da ação considera que ter ação é ter direito a uma sentença favorável. Dentro dessa teoria, duas vertentes se formaram: a de Adolf Wach (WACH, Adolf. *La pretensión de declaración*. Tradução por Juan M. Sermon. Buenos Aires: Ejea, 1962) e a de Giuseppe Chiovenda (CHIOVENDA, Giuseppe. *L'azione nel sistema dei diritti*. Bologna: Zanichelli, 1903). O mérito da teoria de Wach foi abalar a teoria civilista. Passou-se a conceber a ação como direito relativamente autônomo e concreto. Para Wach, o direito de ação dirigia-se, de um lado, contra o Estado e, de outro, contra a parte contrária. A mesma linha seguia Chiovenda, exceto em relação à natureza do “poder acionar”. Para este autor, a ação tratava-se de um poder que se realizava frente ao obrigado. Além disso, antes de um direito à tutela jurídica, consistia num poder de constituir-se direito à tutela jurídica (MITIDIERO, *Elementos...*, p. 97-102). Não se pode, entretanto, atribuir a Wach a autonomia do direito processual civil. Para Wach, a autonomia da ação se verificava tão somente com a ação declaratória negativa. Nos demais casos, o exercício da ação dependia da existência da situação substancial invocada ou, como referia, de um provimento jurisdicional favorável e, por óbvio, somente seria favorável se verificada a existência do direito material, à exceção da ação declaratória de inexistência de relação jurídica (ibidem, p. 99). Por isso a teoria de Wach é chamada de teoria concreta da ação. Com efeito, a autonomia do processo, na verdade, só é alcançada com Oskar Bülow, que, teorizando sob o ângulo do processo, desenvolve o conceito de relação jurídica processual (BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Tradução por Miguel Angel Rosa Lichtschein. Buenos Aires: Ejea, 1964. p. 1-4).

⁴⁰ MITIDIERO, op. cit., p. 99-102.

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. Teoria geral do processo. 6. ed. São Paulo: RT, 2012. v. 1. p. 183.

⁴² Sobre a ligação entre direito processual e direito material, cf. ALVARO DE OLIVEIRA, *Teoria...*, p. 92-100.

⁴³ A primeira teoria a defender a ideia de desvinculação da ação ao direito material foi a denominada teoria abstrata de Heinrich Degenkolb e Alexander Plósz, que precedeu, historicamente, a teoria concreta da ação (MITIDIERO, op. cit., p. 102). Para eles, o direito de agir é, além de autônomo, independente do reconhecimento do direito material. Porém, Plósz entendia que o direito abstrato de ação exigia a boa-fé do autor, o que, de certa forma, acaba vinculando a ação ao direito material (MARINONI, op. cit., p. 167). Convém lembrar que a teoria adotada pelo direito processual civil brasileiro é a teoria eclética, de Enrico Tullio Liebman (LIEBMAN, Enrico Tullio. *L'azione nella teoria del processo civile*. In: _____. *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962. p. 22-53), que se traduz numa tentativa de conciliar as teorias concreta e abstrata do direito de agir. Para Liebman, o demandar constitui um ônus, pois o órgão judicial não procede de ofício. Além disso, consiste num direito de provocar a atividade judiciária (MITIDIERO, op. cit., p. 104-5). A ação, na concepção de Liebman, constitui direito ao julgamento do mérito, sendo, pois, satisfeita com uma sentença favorável ou desfavorável ao autor. O que importa, para a configuração da ação, é a presença das suas condições, que, em princípio, considera Liebman como sendo a legitimação para agir, o interesse de agir e a possibilidade

Logo, conceber a demanda sob duplo aspecto se mostra de todo equivocado. Primeiro, porque a ação processual se dirige unicamente ao Estado. Segundo, porque o exercício da ação processual independe da existência do direito material. Assim, pode-se concluir, primeiro, que a demanda se dirige ao órgão jurisdicional e, segundo, que o interessado exerce a demanda mesmo quando a sentença não lhe é favorável. Aliás, ressalte-se, seria ilógico conceber o contrário.

Hoje, autorizada doutrina define a ação tendo em conta as múltiplas posições subjetivas dos que integram ou figuram no processo e o vínculo que as une, visto que a ação outra coisa não é senão agir.⁴⁴ Pode, assim, ser considerada como

posição subjetiva complexa de evolução progressiva, ou seja, como a síntese de uma série de poderes, faculdades, direitos, deveres e ônus que o ordenamento atribui ao autor no plano processual ao longo de todo o desenvolvimento do processo, desde o início da demanda até a decisão final e sua realização fática. Esse conjunto é individualizado e reduzido à unidade (na mesma medida da *função* do juiz, isto é, do conjunto das posições jurídicas deste) pelo vínculo que coordena aqueles poderes e estas posições no *procedimento*, por ser cada um, direta ou indiretamente, consequência de um outro e pressuposto de um outro ainda.⁴⁵

A ação também é vista, hoje, considerando o contexto constitucional em que inserida, como direito fundamental processual. O direito de ação aparece no exato momento em que o Estado proíbe a autotutela ou o uso da força de mão própria para a solução dos conflitos. A partir de então, o Estado assume o monopólio da força, assumindo o compromisso de solucionar os conflitos e prestar a tutela dos direitos. O direito de ação é, pois, “a contrapartida da proibição da realização privada dos direitos e, portanto, é devido ao cidadão como um direito à proteção de todos e quaisquer direitos”.⁴⁶

jurídica do pedido, para, posteriormente, reduzi-las apenas à legitimidade para agir e ao interesse de agir (MARINONI, *Curso...*, v. 1, p. 173).

⁴⁴ Como mostram Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, deve-se, hoje, retornar ao “conceito prático dos romanos e desmistificar a ação”. Nessa senda, no escólio dos autores, Fritz Schulz “mostrou bem que os romanos não teorizaram o conceito de *actio*” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1. p. 139). Segundo Schulz, “el verbo agere significa simplemente ‘actuar’ y *actio* significa *actus*, expressando todo lo que consiste en un hacer, esto es actos de cualquier género. (...) *Agere* significa actuar en un proceso, *in iure* o *apud iudicem*. La acción del actor en particular, es llamada *agere*. *Actio* comprende, pues, em su significado, todos aquellos actos que tienen lugar *in iure* o *apud iudicem*, y principalmente los actos que lleva a cabo el actor” (SCHULZ, Fritz. *Derecho romano clásico*. Tradução por José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: Bosch, 1960. p. 23).

⁴⁵ ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, op. cit., p. 139-40. Como asseveram os autores, foi adotado, a propósito, com algumas modificações, o enfoque dado por Elio Fazzalari (FAZZALARI, Elio. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957. p. 110-2).

⁴⁶ MARINONI, op. cit., p. 209.

Assim, por ser um direito fundamental processual, não se trata de um direito que recai sobre as relações privadas mediante a intermediação do Estado. Na verdade, recai sobre a forma de atuação do órgão jurisdicional. Por isso, o direito de ação não tem efeitos sobre o réu, mas apenas sobre o Estado; o que tem efeitos sobre o réu é o direito fundamental material mediatizado pela decisão jurisdicional. Desse modo, “o direito fundamental de ação obriga o Estado a prestar tutela jurisdicional efetiva a *todo e qualquer* direito que possa ter sido violado ou ameaçado”. É, pois, direito que “requer que o Estado exerça a função jurisdicional de maneira adequada ou de forma a permitir a proteção efetiva a todos os direitos levados ao seu conhecimento”.⁴⁷

Ação e demanda, portanto, não são conceitos distintos.⁴⁸ Segundo Eduardo J. Couture, “el derecho a demandar (*rectius*: el derecho a promover y llevar adelante el proceso) es, justamente, la acción”. *A demanda outra coisa não é senão o exercício concreto do direito de ação*.⁴⁹ No mesmo sentido, José Carlos Barbosa Moreira afirma que “pela demanda começa-se a exercer o direito de ação e dá-se causa à formação do processo”.⁵⁰ A ação, portanto, é ato jurídico; o direito de ação, é situação jurídica.⁵¹

A demanda pode ser, então, conceituada, a partir das considerações traçadas acerca do conceito de ação, visto que são conceitos coligados, como o conjunto de posições jurídicas subjetivas complexas de evolução progressiva *exercidas no processo* que, por provocação do interessado em obter a tutela jurisdicional, é deduzida e dirigida ao Estado, que tem o dever de prestá-la de forma adequada, tempestiva e efetiva, independentemente da existência do

⁴⁷ MARINONI, *Curso...*, v. 1, p. 210-1.

⁴⁸ Nesse sentido, DIDIER JR., Fredie. O direito de ação como complexo de situações jurídicas, *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 210, ago. 2012. p. 51. Há, entretanto, quem não assim entenda: PAULA BAPTISTA, Francisco de. *Compendio de teoria e pratica do processo civil comparado com o comercial e hermeneutica juridica para uso das faculdades de direito do Brasil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1910. p. 12; GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*. 7. ed. Madrid: Civitas, 2005. p. 264; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 2. p. 114-5; CARVALHO, Milton Paulo de. *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 67. Aliás, a doutrina brasileira, em especial Dinamarco e Carvalho, distingue os conceitos de demanda e ação pelo fato de que esta seria um direito conexo a uma pretensão de direito material e por isso sujeito às três condições (legitimidade, interesse e possibilidade), enquanto o direito de demandar seria um direito incondicionado e mais amplo (CARVALHO, op. cit., p. 67), o que vai de encontro à concepção que se tem sobre a ação à luz do Estado Constitucional. A ação não é dependente das condições estabelecidas no CPC, a ponto de coexistirem duas ações: uma com assento constitucional e outra na legislação processual. Além disso, a jurisdição não depende da ação para ser exercida, como afirmava Liebman (LIEBMAN, L'azione..., p. 46-7). Como coloca Luiz Guilherme Marinoni, criticando a concepção de Liebman, “a ação é uma só, sendo as suas condições apenas requisitos para o seu integral exercício, ou seja, para a apreciação do pedido”. Logo, “mesmo quando verificada a ausência de uma das chamadas ‘condições da ação’, é inegável que a jurisdição atuou e a ação foi exercida”. E complementa: “Isso significa que não é correto dizer que só existe ação e jurisdição quando estão presentes as chamadas ‘condições da ação’” (MARINONI, op. cit., p. 184).

⁴⁹ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1958. p. 73.

⁵⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

p. 11

⁵¹ DIDIER JR., op. cit., p. 51.

direito material.

A demanda deixa de ser concebida numa perspectiva estática, ou seja, como mero ato introdutivo do processo, para passar a ser compreendida numa perspectiva dinâmica, isto é, como conjunto de posições jurídicas subjetivas complexas. Essa visão conceitual tem repercussões, inclusive, na individuação da demanda, pois seus elementos identificadores deixam de ser aferidos exclusivamente no ato introdutivo do processo. Na verdade, a própria possibilidade de modificação da demanda exige essa concepção, tendo em vista que, como se verá adiante, a sua alteração está intrinsicamente ligada aos elementos que a identificam. Logo, quando modificados os elementos (e, portanto, a demanda), sua individualização deixa de ser praticada com base naqueles introduzidos inicialmente no processo, mas passa a se dar em vista daqueles modificados. Ora, é intuitivo que, se se quer possibilitar a modificação da demanda, é preciso deixar de individualizá-la somente a partir dos elementos introduzidos com a petição inicial do demandante, uma vez que, com a sua alteração, algum ou alguns deles serão diversos dos originalmente deduzidos. Do contrário, estar-se-ia subvertendo a lógica do método de identificação de demandas e, por consequência, a possibilidade de modificar os seus elementos causaria transtornos e desvirtuaria o sistema.⁵²

Visualizado o conceito de demanda, insta, agora, analisar o seu conteúdo, ou melhor, os seus elementos identificadores.

1.2 Elementos identificadores da demanda: as partes, o pedido e a causa de pedir

Desde os fins do século XVIII⁵³, o processo civil passa a ser investigado a partir da

⁵² Como anota Luigi Montesano, “se la domanda si inquadra, dunque, nel procedimento, appare subito chiaro che essa è sì ‘proposta’ con l’atto introduttivo del giudizio [...], ma durante il giudizio si svolge [...] con una serie ulteriore di atti, che sono di parte, ma non di rado sono originati da impulsi giudiziari, più o meno intensi a seconda delle varie normative procedimentali e delle vicende concrete di ogni lite”. Risultato disso é que “gli elementi essenziali per identificare la richiesta di tutela non sono necessariamente già presenti nell’atto introduttivo e spesso vanno fissati e rilevati solo nei momenti procedimentali in cui sono in tutto esaurite le facoltà della parte di enunciare – non solo con ‘precisazione’, mas pure con ‘modifiche’ – quella richiesta di tutela e di motivarla, anche su sollecitazione del giudice” (MONTESANO, Luigi. Diritto sostanziale e processo civile di cognizione nell’individuazione della domanda, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, 1993. p. 66 e 72).

⁵³ Conforme Cruz e Tucci, “em França e depois na Itália, a teoria e a prática do direito comum, ou seja, o *mos italicus* dos bartolistas vem suplantado pelo *mos gallicus*, fruto do método desenvolvido pela Escola Humanista. A escolástica e os centros italianos de estudo jurídico (*mos italicus*) que se originaram da universidade medieval, cedem paulatinamente lugar a instituições e culturas novas: a vida comunal, o debate entre o poder temporal e o poder eclesiástico, bem como as universidades, opõem-se à soberania nacional e às academias. No ambiente jurídico, todos esses acontecimentos propiciarão, em termos de cultura e de pensamento, que o modelo medieval venha a ser substituído pelo modelo *humanista*, sobretudo francês, daí denominado *mos gallicus*” (CRUZ E TUCCI, *A causa petendi...*, p. 78). Como relata Franz Wieacker, a partir da perspectiva do direito alemão, “até o

elaboração de alguns princípios. E os estudos do direito processual giravam, praticamente, em torno do conceito de ação, citação e defesa. No estudo da ação, interessava aos pesquisadores a investigação de seu conteúdo. Nesse particular, as duas teorias que se tornaram clássicas foram a da identidade da relação jurídica e da tríplice identidade, que provinham das fontes romanas conservadas no Digesto.⁵⁴

A análise da primeira teoria será realizada a partir da obra de Friedrich Carl von Savigny, expoente da Escola Histórica do Direito, que buscou, assim como o jurisconsulto Juliano, encontrar na *eadem quaestio* “o núcleo determinante da individuação de ações”. Estudando a coisa julgada e a respectiva *exceptio*, Savigny chegou à conclusão de que esta poderia obstar uma futura ação se as duas demandas tivessem em comum as duas pessoas e versassem sobre a mesma questão.⁵⁵

Para Savigny, era necessária a coexistência de uma dupla relação de identidades entre o primeiro e o segundo litígio, de modo a identificar as demandas: a questão de direito deve ser a que foi julgada anteriormente e as pessoas devem ser aquelas que figuraram no primeiro litígio. Essas duas condições, designava Savigny, respectivamente, como identidade objetiva e identidade subjetiva. Refere que, em relação à primeira, o que os textos chamam de *eadem quaestio* se chama em outros tantos textos de *eadem res*. Porém, adverte que essa última expressão é mais vaga do que a primeira. Segundo o autor, a palavra *quaestio* designa, de maneira mais precisa, a questão de direito submetida em ambas as ações ao exame e decisão

início do séc. XVI, a vida jurídica alemã tinha-se habituado a adoptar e a aplicar a ciência europeia do direito comum, nomeadamente a italiana e a francesa; agora, havia uma ciência jurídica própria na Alemanha, embora não fosse uma jurisprudência de nível europeu equiparada às suas irmãs mais velhas. As formas de ensino, a matéria das lições, a literatura jurídica, mesmo a jurisprudência estavam, – abstraídas algumas excepções significativas, na maior parte de carácter humanista – encostadas à romanística europeia do direito comum”. A partir do século XVII, uma vez consolidada a ciência do direito comum, surge uma nova relação com a tradição romanística, com a superação da chamada recepção teórica, isto é, com a convicção de que o direito romano teria uma vigência geral. Os estudos do *ius romanorum* passam a ter em vista a prática nos tribunais. A essa época costuma-se denominar *usus modernus pandectarum*, ou seja, prática atualizada do direito romano. Os contemporâneos chamavam, também, de *mores hodiernae* (usos de hoje) ou nova prática (praxe moderna). Com isso, fortaleceu-se a consciência jurídica alemã e a recepção do direito romano passou a ser encarada como um acontecimento histórico e, por isso, devida à vontade dos próprios alemães ou mesmo como um fenómeno reversível. Tornou-se possível uma relação mais flexível com as fontes romanas e com as antigas autoridades do direito comum. Se até aqui a aplicação do texto glosado do *Corpus Iuris* era inderrogável na falta do direito do Estado, agora a validade de sua aplicação era questionada. Do ponto de vista científico, o direito privado vigente na Alemanha, desde há muito, “era agora descoberto como um conjunto de instituições jurídicas que ultrapassava a dispersão das fontes jurídicas particulares; e, ao mesmo tempo, punha-se em marcha a criação de novas instituições sem recurso aos textos romanos” (WIEACKER, *História...*, p. 225-38). Posteriormente, despertou-se o interesse, por volta de 1800, pelo estudo do direito romano clássico, surgindo a Escola Histórica do Direito, como oposição ao jusnaturalismo iluminista ou racional, que negavam ao direito um conteúdo histórico, pois o entendiam como criação racional do homem. A Escola Histórica do Direito procurou sistematizar seus conceitos a partir do estudo científico da história, principalmente do direito romano clássico, tendo como principal idealizador Friedrich Carl von Savigny (ibidem, p. 399-429).

⁵⁴ CRUZ E TUCCI, op. cit., p. 79-80.

⁵⁵ Ibidem, p. 81-2.

do juiz, impondo ao segundo juiz a obrigação de verificar o conteúdo da primeira sentença e conformar-se com ela.⁵⁶

À teoria da identidade da relação jurídica aderiram alguns renomados juristas alemães, tais como Rudolf von Jhering e Bernard Windscheid. Na Itália, posteriormente a defendeu Pietro Cogliolo.⁵⁷

Para Cogliolo, importava descobrir quando dois direitos eram iguais. E para responder à pergunta era necessário desvendar o conceito de relação jurídica em si. Com base nisso, Cogliolo formulou a seguinte regra: “due diritti sono identici quando contengono lo stesso rapporto giuridico nascente dall stesso fatto”.⁵⁸ Há, pois, uma “relação de causa e efeito, entre a relação jurídica e o fato de que ela emerge”, do que se conclui que “não se pode pensar numa relação jurídica sem que um *fato* – ou mais de um fato – lhe tenha dado origem”.⁵⁹

Contudo, até o século XIX, restava aberta a questão acerca dos elementos identificadores da demanda, ou melhor, sobre qual o conteúdo mínimo de cada elemento, em particular, a causa de pedir. Influenciada pelo francês Pothier, a maior parte da doutrina italiana perfilou caminho diverso da orientação traçada pela maior parte da doutrina alemã.⁶⁰

Foi Matteo Pescatore que, estudando o instituto da conexão, assentou as bases da teoria da tríplice identidade.⁶¹ Segundo Pescatore, as causas conexas deveriam ter alguns elementos em comum; se todos os elementos fossem comuns, estar-se-ia diante de causas idênticas. E afirmou que os elementos constitutivos de todas as causas são: “1° le persone contendenti; – 2° il titolo della cotesa, cioè quello a cui si appoggia la domanda e la relativa

⁵⁶ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema del derecho romano actual*. Tradução por Jacinto Mesía e Manuel Poley. Madrid: F. Góngora y Compañía, 1879. v. 5. p. 263-4.

⁵⁷ CRUZ E TUCCI, *A causa petendi...*, p. 83-5.

⁵⁸ COGLIOLO, Pietro. *Trattato teorico e pratico della eccezione di cosa giudicata*. Torino: Fratelli Bocca, 1883. p. 212.

⁵⁹ ALVIM, Arruda. *Direito processual civil*. Teoria geral do processo de conhecimento. São Paulo: RT, 1972. v. 2. p. 61.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 57.

⁶¹ PESCATORE, Matteo. *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale nelle somme sue ragioni e nel suo ordine naturale com appendici di complemento sui temi principali di tutto il diritto giudiziario*. Torino: UTET, 1864. v. 1. p. 168. A discussão, a propósito, é antiquíssima. Segundo José Rogério Cruz e Tucci, “foi, na verdade, o jurisconsulto Neracio quem traçou com rigorosa precisão a indicação dos três elementos componentes da demanda, e que deviam ser considerados para a verificação da *res in iudicium deducta*” (CRUZ E TUCCI, op. cit., p. 41). Aliás, conforme Giovanni Pugliese, a noção de *eadem res* para Neracio era indicada pelos três elementos: *personae*, *id ipsum de quo agitur* e *causa proxima actionis* (PUGLIESE, Giovanni. *Giudicato civile (storia)*. In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1969. v. 18. p. 738). Entretanto, importa registrar a opinião de Pietro Cogliolo de que a teoria dos *tria eadem* teria se originado da má interpretação do direito romano, pelos juristas medievais. Segundo Cogliolo, “i giuristi romani non hanno ricercati i contrassegni, dai quali apparisce l’identità dei diritti; ma hanno però risoluto nel modo migliore moltissimi casi pratici, seguendo quell’ interno senso giuridico e quel gusto di opportunità e di utilità, che al mondo serve più di qualunque teoria” (COGLIOLO, op. cit., p. 184 e 187).

exceção; – 3º a coisa que se demanda: (*personae, causa petendi e causa excipiendi, res*)”.⁶²

Difundida, sobretudo, por Luigi Mattiolo, partindo da doutrina de Pescatore, sustentou aquelas que “le relazioni logiche delle cose in genere sono di tre specie; ossia – di *identità* – di *diversità* – di *analogia* –. Para o que aqui interessa, existe relação de identidade quando os elementos constitutivos da causa se identificam. E, assim como Pescatore, concebeu três elementos da demanda: *personae, res e causa petendi e causa excipiendi*.⁶³

A doutrina da identificação da ação (*dottrina dell'identificazione delle azioni*) vem ilustrada, contudo, por um momento preciso, que é a teorização de Giuseppe Chiovenda.⁶⁴ A pesquisa do insigne jurista foi delineada num célebre ensaio denominado *Identificazione delle azioni*⁶⁵, originalmente publicado em 1903, adquirindo maior substância quando da publicação da segunda edição das *Istituzioni di diritto processuale civile*.⁶⁶

Chiovenda sistematiza conceitualmente antigas instituições sobre os elementos identificadores da demanda (*soggetti, petitum e causa petendi*). Procura desenvolver uma teoria completa, de modo a resolver variados problemas relacionados ao direito processual, como o conteúdo da citação, as demandas novas, a coisa julgada, a litispendência e a correspondência entre o pedido e o julgado.

Segundo Chiovenda, “la domanda giudiziale è una quantità costante nel processo, e l'analisi dei suoi elementi non può farsi di fronte ad una o ad altra questione, ma di fronte al complesso delle questioni cui essa dà luogo”.⁶⁷ Desse modo, a demanda judicial deve conter aquilo que é necessário para identificá-la. Identificar uma ação é “a operação por meio da qual se confrontam entre si várias ações com o fim de estabelecer se são idênticas ou diversas”.⁶⁸ O critério utilizado pelo eminente jurista para identificar quando as demandas são idênticas é o da tríplice identidade: sujeitos, objeto e causa.⁶⁹ A partir desse critério universal, Chiovenda trabalha todos aqueles problemas relacionados ao direito processual. Com base nele, pode-se verificar o conteúdo da citação, quando o autor introduz uma demanda nova, quando a segunda demanda encontra óbice na coisa julgada, quando há litispendência entre demandas propostas e, por fim, quando o julgado não corresponde ao que foi postulado. Por

⁶² PESCATORE, *Sposizione...*, v. 1, p. 168.

⁶³ MATTIOLLO, Luigi. *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*. 5. ed. Torino: Fratelli Bocca, 1902. p. 799.

⁶⁴ CANOVA, Augusto Cerino. *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*. In: ALLORIO, Enrico (coord.). *Commentario del codice di procedura civile*. Torino: UTET, 1980. Livro 2º, t. I. p. 11.

⁶⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Identificazione delle azioni*. Sulla regola “ne eat iudex ultra petita partium”. In: _____. *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993. v. 1. p. 157-77.

⁶⁶ CANOVA, op. cit., p. 14-5.

⁶⁷ CHIOVENDA, op. cit., p. 159.

⁶⁸ CHIOVENDA, *Instituições...*, v. 1, p. 353.

⁶⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1965. p. 279-80.

isso se diz que a teoria de Chiovenda é completa, uma vez que o autor sistematizou vários problemas relacionados ao processo em torno da teoria da tríplice identidade. Assim afirma Chiovenda: “i fenomeni in genere del processo relativi alla domanda devono armonizzare tra loro, ogni qualvolta si faccia questione d’identità dell’azione”.⁷⁰

Ao lado disso, uma manifestação de todo autônoma vem a lume por obra de Francesco Carnelutti. O autor desenvolve seu pensamento em torno da ideia de “lide”.⁷¹ A lide, diz Carnelutti, é identificada pelos sujeitos, por um objeto que coincide com o bem e por uma pretensão.⁷² A pretensão, aliás, constitui o ponto central de toda a teoria de Carnelutti e é definida como “a exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio”, ou seja, a afirmação que uma parte faz contra a outra de que lhe compete, em um conflito de interesses, a proteção do direito.⁷³ A propósito do conceito de lide e de sua identificação, é célebre a crítica de Piero Calamandrei.⁷⁴

Entretanto, é ponto comum na doutrina italiana a indispensabilidade, na identificação da demanda, dos três critérios originais – sujeito, pedido e causa de pedir⁷⁵ –, embora haja,

⁷⁰ CHIOVENDA, Identificazione..., p. 159-60.

⁷¹ Segundo Francesco Carnelutti, a lide se caracteriza pelo “*conflitto di interessi qualificato dalla pretesa di uno degli interessati e dalla resistenza dell’altro*” (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1936. v. 1. p. 40).

⁷² Ibidem, p. 355.

⁷³ Ibidem, p. 345.

⁷⁴ Consultar CARNELUTTI, Francesco. Lite e funzione processuale (Postilla), *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1928. p. 23-37; CARNELUTTI, Francesco. Lite e processo (Postilla), *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1928. p. 99-105; CALAMANDREI, Piero. Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti. I – Lite e giurisdizione, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1928. p. 3-22; CALAMANDREI, Piero. Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti. II – Lite e processo, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1928. p. 89-98. Nesses ensaios, travou-se a célebre discussão entre os renomados juristas italianos. Piero Calamandrei expõe sua crítica à teoria de Francesco Carnelutti, evidenciando que a lide, quando individualizada apenas nos três elementos apresentados por Carnelutti, pertence ao mundo sociológico, e não jurídico. Mesmo as questões – pontos controversos de fato ou de direito –, que Carnelutti afirma serem a ponte entre a lide e o processo, entende Calamandrei, não servem para individualizar a demanda. Afirma Calamandrei: “Mi par di poter desumere [...] che la lite, quando sia individuata nei soli tre elementi differenziali indicati da C. (parti, bene, interessi in contrasto) senza alcun riferimento alla tutela giuridica rispettivamente invocata dalle parti, non sia un concetto scientificamente utilizzabile nella sistematica processuale”. E continua: “il concetto di lite, anche quando sia integrato [...] con quel riferimento alle *questioni* che dovrebbe costituire la saldatura fra la lite e il processo, lascia nell’ombra un altro elemento della domanda, che è certamente essenziale per la identificazione del *thema decidendum*: cioè la determinazione del provvedimento giurisdizionale invocato della parte, che, secondo la dottrina dominante in tema di identificazione di azioni, costituisce l’oggetto *immediato* dell’azione” (ibidem, p. 93-5).

⁷⁵ Nesse sentido, CALAMANDREI, Piero. *Istituzioni di diritto processuale civile*. 2. ed. Padova: CEDAM, 1943. v. 1. p. 136; COSTA, Sergio. Domanda giudiziale. In: *Novissimo Digesto Italiana*. Torino: UTET, 1968. v. 6. p. 163; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução por Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1. p. 249; ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*. Milano: Società Editrice Libreria, 1916. p. 172; HEINITZ, Ernesto. *I limiti oggettivi della cosa giudicata*. Padova: CEDAM, 1937. p. 130; GIANNOZZI, Giancarlo. *La modificazione della domanda nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1958. p. 10.

isoladamente, opinião divergente.⁷⁶

Os critérios para a identificação das demandas, definiu Chiovenda, são três: identidade dos sujeitos (*eadem personae*), identidade do objeto (*eadem res*) e identidade da causa (*eadem causa petendi*). Reagrupou, ainda, os três elementos: de um lado, o elemento subjetivo (pessoas) e, do outro, os elementos objetivos (objeto e causa), que, afirmou, se contrapõem. Os dois últimos elementos dizem respeito ao bem da vida posto em juízo; enquanto o primeiro elemento está relacionado à “pertinência ativa ou passiva desse bem”.⁷⁷

No direito processual brasileiro, o art. 301, § 2º, do CPC consagrou a fórmula da identificação das demandas com amparo na teoria dos três elementos (*tria eadem*)⁷⁸, ou seja, mesmas partes, mesmo pedido e mesma causa de pedir. Dessa forma, coincidindo esses elementos numa mesma petição inicial, pode-se afirmar que a ação proposta é a mesma. Já na hipótese de ser diferente apenas um deles, diferentes também serão as ações.⁷⁹

1.2.1 Partes

O primeiro critério abordado por Chiovenda concerne à identidade dos sujeitos processuais (*eadem personae*). Visa a estabelecer quem são os litigantes.⁸⁰ O conceito clássico de Chiovenda diz que “parte é aquele que demanda em seu próprio nome (ou em cujo

⁷⁶ Afirma Satta que “si suole insegnare che la domanda si individua in base ai tre elementi costitutivi: soggetti, oggetto (inteso come bene della vita, non come provvedimento del giudice), *causa petendi* (inteso come fatto determinativo dell’azione), assumendosi che la diversità di uno solo di questi elementi determina diversità di domande. Teoricamente può riconoscersi l’esattezza di questo insegnamento: devesi però osservare che la diversità o l’identità può essere diversamente valutata a seconda del punto di vista da cui la si considera: così ad es. la domanda di un socio diretta a impugnare un deliberazione sociale è diversa soggettivamente da una domanda diretta allo stesso fine proposta da un altro socio, ma quanto alla cosa giudicata sono considerate come la stessa domanda. [...] Quel che qui occorre mettere in chiaro è che la domanda non deve essere intesa in senso formale, come una dichiarazione di volontà diretta a produrre un determinato effetto giuridico, e che sia quindi individuabile coi criteri propri di simili dichiarazioni” (SATTA, Salvatore. *Diritto processuale civile*. 6. ed. Padova: CEDAM, 1959. p. 112-5).

⁷⁷ CHIOVENDA, *Instituições...*, v. 1, p. 354.

⁷⁸ Contudo, é de se referir que José Rogério Cruz e Tucci defendam a coexistência de ambas as teorias no direito brasileiro. Afirma o autor: “Advirta-se, contudo, que, perante várias situações concretas, a teoria da tríplice identidade desponta insuficiente para desempenhar o papel que lhe é reservado no confronto de duas ou mais ações. E, a despeito de sua adoção expressa pelo nosso Código, não pode restar dúvida de que a doutrina e a jurisprudência devem procurar soluções para determinadas questões que extravasam os lindes daquela. Assim, diante de tais situações excepcionais, que revelam a insuficiência da teoria dos *tria eadem*, duas regras devem ser observadas quanto à sua incidência prática: a) não constitui ela um critério absoluto, mas, sim, uma ‘boa hipótese de trabalho’, até porque ninguém se arriscou a apontar outra que a superasse; e b) quando for inaplicável, perante uma situação concreta, deve ser relegada a segundo plano, empregando-se, em seu lugar, a teoria da identidade da relação jurídica” (CRUZ E TUCCI, *A causa petendi...*, p. 232-3).

⁷⁹ LIEBMAN, *Manual...*, v. 1, p. 249.

⁸⁰ CALAMANDREI, *Istituzioni...*, v. 1, p. 139.

nome é demandada) a atuação dum vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada”.⁸¹ Apesar de Athos Gusmão Carneiro ter afirmado que a definição do jurista italiano vincula-se à teoria concreta da ação como direito potestativo⁸², bem acentuou Chiovenda que o seu conceito de parte “entronca-se no conceito do processo e da relação processual”.⁸³ Deveras, a doutrina atual o considera “puramente processual e totalmente independente do direito material”.⁸⁴

Isso porque a parte da relação jurídica material nem sempre corresponde à parte da relação jurídica processual.⁸⁵ Parte em sentido material é aquela que é titular do direito material e aquela que a ele se sujeita. Em sentido processual, parte é aquela que pede e aquela contra quem se pede no processo.⁸⁶ Não obstante se faça distinção entre partes em sentido material e em sentido processual, o que interessa para o processo e para a identificação de demandas é a última conceituação. Assim, parte é quem postula ou em face de quem se postula no processo. Significa dizer que “duas ações são diversas unicamente por não corresponderem à mesma pessoa ou não se dirigirem contra a mesma pessoa”.⁸⁷

As partes são sujeitos do processo, que se dividem em ativo e passivo, ou seja, autor e réu. Ressalte-se, ainda, que não importa apenas a identidade física da pessoa para identificar o elemento da demanda em destaque, mas também a qualidade na qual se encontra a pessoa.⁸⁸

⁸¹ CHIOVENDA, *Instituições...*, v. 2, p. 234.

⁸² CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 4.

⁸³ CHIOVENDA, op. cit., p. 234.

⁸⁴ ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, *Curso...*, v. 1, p. 160. É clássica a opinião de Calamandrei a respeito: “la qualità di parte si acquista, *astruendo da ogni riferimento al diritto sostanziale*, per il solo fatto, *di natura esclusivamente processuale*, della proposizione di una domanda al giudice” (CALAMANDREI, Piero. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1943. v. 2. p. 188).

⁸⁵ Afirma Ovídio A. Baptista da Silva que “muitos processualistas, como é o caso de Cernelutti (*Sistema*, v. 1, p. 36 e ss.), empregam um conceito de *parte em sentido formal*, para indicar as posições dos *sujeitos do processo*, distinguindo-os *das partes em sentido substancial*, que seriam os *sujeitos da lide*. Essa concepção é errônea, uma vez que não pode haver, por definição, uma lide diversa daquela descrita pela parte em sua petição inicial. Como a lide será, necessariamente, o conflito narrado pelo autor em seu pedido de tutela jurídica, partes da lide serão sempre as mesmas partes do processo” (BAPTISTA DA SILVA, *Curso...*, v. 1, t. I, p. 182). Contudo, discorda-se do jurista gaúcho, pois, como dito, nem sempre a relação jurídica material corresponde à relação jurídica processual. Ora, “nem sempre quem se afirma titular do direito o é (caso do pedido julgado improcedente); o próprio autor pode pedir a declaração de inexistência da relação jurídica material (tutela declaratória negativa); o autor pode agir em substituição processual, autorizado por lei na defesa do direito de outrem (art. 6º); e pode afirmar que não é o titular do direito e mesmo assim pleitear em juízo (caso de ilegitimidade para a causa)” (ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, op. cit., p. 160). Também Hélio Tornaghi afirma que “as partes no processo (partes em sentido formal) podem coincidir ou não com as partes na relação de direito material (parte em sentido substancial)” (TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: RT, 1974. v. 1. p. 101-2).

⁸⁶ ALVIM, Arruda. *Curso de direito processual civil*. Teoria geral do processo de conhecimento. São Paulo: RT, 1971. p. 494.

⁸⁷ CHIOVENDA, *Instituições...*, v. 1, p. 355.

⁸⁸ É pertinente o exemplo de Enrico Tullio Liebman a respeito: “se Tício age uma vez em nome próprio e outra vez na qualidade de pai exercendo o pátrio-poder sobre o filho menor, e pois como representante legal do filho, os sujeitos são diferentes e por isso também diferentes as ações. Ao contrário, se Caio age como herdeiro de

Com efeito, “o que interessa é a *identidade jurídica*; isto quer dizer que, para as pessoas físicas como jurídicas há a necessidade de perquirir-se *em que qualidade se apresenta a pessoa*”. Dessa forma, a mesma pessoa pode litigar em vários processos ostentando qualidades distintas. Em outras palavras, ela ainda é a mesma pessoa física, mas se apresenta como parte diferente.⁸⁹

Além disso, percucientes são as considerações de Calmon de Passos, que merecem integral transcrição:

a identidade de sujeitos, para os fins indicados, não é a mera identidade física, mas sim a identidade jurídica. Isso porque uma só pessoa pode ter diversas qualidades e a lide só é a mesma quando nelas os sujeitos se apresentam na mesma qualidade. Por isso, não há identidade de pessoa se, numa demanda, A atuou como representante e, em outra, com o mesmo objeto e com a mesma causa de pedir, ele age em seu próprio nome. Inversamente, pode haver diversidade de pessoa física e haver identidade de pessoa do ponto de vista jurídico. É o que ocorre quando há sucessão *inter vivos* ou *mortis causa* na titularidade do direito ou da obrigação. Os sucessores, embora fisicamente sujeitos diversos, são juridicamente a mesma pessoa, para fins de identificação da lide.⁹⁰

A identidade das partes é jurídica, e não física. Assim, uma pessoa pode ser representada no primeiro processo, e no segundo agir em nome próprio. Há aí identidade de partes, embora não haja identidade física.

1.2.2 Pedido

O segundo critério refere-se à identidade do objeto (*eadem res*). Vale dizer: “a identidade do ato que ao juiz se pede”.⁹¹ Trata-se do pedido, que “deve ser individualizado tanto com base no tipo de provimento que se pede (*objeto imediato*: p. ex., condenação, sequestro) como no bem jurídico a que o provimento deve referir-se (*objeto mediato*: p. ex., o fundo cornelianiano ou a soma de 100)”.⁹² Em síntese, o pedido indica aquilo pelo que a parte

Semprônio, a ação será idêntica, caso se verificarem as outras condições, àquela proposta a seu tempo por Semprônio” (LIEBMAN, *Manual...*, v. 1, p. 249).

⁸⁹ ALVIM, *Direito...*, v. 2, p. 65-6.

⁹⁰ CALMON DE PASSOS, *Comentários...*, v. 3, p. 266.

⁹¹ CHIOVENDA, *Instituições...*, v. 1, p. 356.

⁹² LIEBMAN, op. cit., p. 251.

litiga.⁹³ É o objeto da demanda.⁹⁴

A adesão ao pensamento chiovendiano aparece aqui pleno, porquanto frequentemente se repete a diferenciação por ele formulada entre pedido imediato e pedido mediato.⁹⁵

O pedido, pois, diz respeito, primeiro, ao provimento que se pede (objeto imediato) – declaração, constituição, condenação, determinação ou execução em sentido *lato*^{96,97}. Em segundo, o pedido refere-se ao bem jurídico (objeto mediato) – soma em dinheiro, por exemplo –, que Chiovenda adverte não coincidir com o objeto imediato.⁹⁸ Revela, pois, “a um só tempo a forma de tutela jurisdicional [...] e a espécie de tutela do direito buscadas pelo demandante”.⁹⁹

No direito brasileiro, o pedido deve ser certo e determinado (art. 286). O pedido genérico é excepcional e se restringe ao pedido mediato (art. 286, I a III). Além disso, o pedido deve ser expresso, sendo interpretado restritivamente, de modo a se resguardar a autonomia da vontade da parte. Isso não significa, entretanto, que o pedido não possa ser interpretado à luz da causa de pedir¹⁰⁰, visto que esta desenvolve um papel instrumental à determinação daquele.¹⁰¹

1.2.3 Causa de pedir

O terceiro critério diz respeito à identidade da causa (*eadem causa petendi*). Como afirma Canova, a causa de pedir é, sem dúvida alguma, o mais complexo e controverso elemento da demanda e, no fundo, alimenta todas as dificuldades da teoria da identificação.¹⁰² É o ponto nevrálgico da teoria da tríplice identidade.¹⁰³ É, enfim, o terceiro elemento da demanda relacionado à identidade da causa, sendo, para Chiovenda, o mais delicado a ser

⁹³ CALAMANDREI, *Istituzioni...*, v. 1, p. 139.

⁹⁴ LIEBMAN, *Manual...*, v. 1, p. 251.

⁹⁵ CANOVA, *La domanda...*, p. 33.

⁹⁶ Impróprio o termo execução em sentido *lato*, como já asseverou Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (ALVARO DE OLIVEIRA, *Teoria...*, p. 191, nota n. 1).

⁹⁷ Sobre a teoria quinária, cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. São Paulo: RT, 1970. t. I. p. 117-22.

⁹⁸ CHIOVENDA, *Instituições...*, v. 1, p. 357.

⁹⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. Processo de Conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. v. 2. p. 6.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 6-8.

¹⁰¹ CANOVA, op. cit., p. 16.

¹⁰² *Ibidem*, p. 16.

¹⁰³ ALVIM, *Direito...*, v. 2, p. 76.

examinado, visto que seu conceito é complexo.¹⁰⁴

Ele indica o fundamento, a razão de uma pretensão, ou seja, por que as partes litigam. Conforme Calamandrei, “chi vuol rendersi conto dell’esatta portata di un litigio pendente tra due persone non si contenta di sapere qual è l’oggetto della disputa [...], ma vuol sapere altresì quale è il diritto che si afferma o si contrasta sul quell’oggetto e qual è stato il punto di dissenso che ha fatto sorgere la disputa”.¹⁰⁵

Para Chiovenda, “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”.¹⁰⁶

No ensinamento de Liebman, “a causa da ação (*causa petendi*) é o fato jurídico que o autor coloca como fundamento de sua demanda”. E prossegue: “ela é, assim, 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”.¹⁰⁷ E mais: ela possui o condão de delimitar a pretensão.¹⁰⁸

A causa de pedir requer a narração clara e precisa dos fatos. Convém que seja exaustiva, mas concisa. Após, procede-se à exposição dos fundamentos jurídicos, ou seja, explicando como aqueles fatos marcados justificam o pedido. Logo, “a *causa petendi* supõe fato ou série de fatos dentro de categoria ou figura jurídica com que se compõe o direito subjetivo ou se compõem os direitos subjetivos do autor”.¹⁰⁹

A causa de pedir “é constituída pelo fato ou pelo conjunto de fatos concretos da vida, juridicamente qualificáveis, a que o autor atribui a produção do efeito jurídico por ele visado. Esse fato jurídico constitui, no sistema brasileiro, o fundamento jurídico suficiente da pretensão processual formulada pelo demandante”.¹¹⁰ Pode-se, assim, distinguir um aspecto ativo e um aspecto passivo na causa de pedir. O primeiro diz respeito ao fato constitutivo do

¹⁰⁴ CHIOVENDA, *Instituições...*, v. 1, p. 358.

¹⁰⁵ CALAMANDREI, *Istituzioni...*, v. 1, p. 139.

¹⁰⁶ CHIOVENDA, *Identificazione...*, p. 162-3. Canova considera equívoca a formulação de Chiovenda. É equívoca, segundo o autor, porque não distingue duas possíveis acepções: “accadimento storico affermato dall’attore oppure fattispecie legale di una norma positiva” (CANOVA, *La domanda...*, p. 16-7). A propósito, cf. HEINITZ, *I limiti...*, p. 148 et seq.

¹⁰⁷ LIEBMAN, *Manual...*, v. 1, p. 249.

¹⁰⁸ CRUZ E TUCCI, *A causa petendi...*, p. 27.

¹⁰⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. t. IV. p. 14.

¹¹⁰ ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, *Curso...*, v. 1, p. 150.

direito do autor; o segundo, ao fato lesivo do direito alegado.¹¹¹

A causa de pedir compreende, pois, o fato constitutivo do direito e o fundamento jurídico. E vem a doutrina classificando a causa de pedir, também, em remota e próxima. A causa remota consistiria no próprio fato constitutivo do direito do autor; e a causa próxima, no fundamento jurídico que o qualifica. Esse, inclusive, é o conceito adotado pelo Código de Processo Civil brasileiro, ao estabelecer em seu art. 282, III, que a petição inicial indicará “o fato e os fundamentos jurídicos do pedido”.

Todavia, a questão, como asseverou Chiovenda, é delicada, dando margem a inúmeras discussões e ensejando a formulação de teorias a respeito do tema. Cumpre, assim, analisar as teorias da individuação e da substanciação, em torno das quais orbitou o debate acerca do conceito de causa de pedir, e verificar a qual delas o direito processual civil brasileiro encontra-se vinculado.

1.3 Teorias da causa de pedir

As teorias da individuação e da substanciação representam modos diversos de se determinar o objeto litigioso do processo. Por tal razão, a questão projeta consequências, sobretudo do ponto de vista prático, sobre a delicada matéria da alteração da demanda¹¹², o que impõe a sua análise.¹¹³

Como aponta Cruz e Tucci, as teorias da causa de pedir surgiram na Alemanha, por ocasião da entrada em vigor da ZPO em 1879, de uma fecunda polêmica acerca do conteúdo

¹¹¹ Se, por exemplo, “o autor reclama a restituição de quantia emprestada, a *causa petendi* abrange o empréstimo, fato *constitutivo* do direito alegado (aspecto ativo), e o não pagamento da dívida no vencimento, fato *lesivo* do direito alegado (aspecto passivo) (BARBOSA MOREIRA, *O novo processo...*, p. 17).

¹¹² RICCI, Gian Franco. “Individuazione” o “sostanziazione” nella riforma del processo civile, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, 1995. p. 1228.

¹¹³ A propósito, a dicotomia deita raiz no direito romano, apesar de a discussão ganhar contornos científicos no direito moderno. A distinção fundamental, segundo Gaio, é aquela, em relação às *legis actiones*, que contrapunham *actiones in personam* e *actiones in rem*. Dizia respeito àquela entre direitos de obrigação e direitos reais (PUGLIESE, *Istituzioni...*, p. 303). Segundo Gaio, “é pessoal uma acção que pomos contra alguma pessoa que tem uma obrigação para conosco em virtude, ou de um contrato, ou de um direito, isto é, quando a nossa intenção é convencê-la de que tem de dar, fazer, prestar”; “é real uma acção quando a nossa intenção é provar que alguma coisa corpórea nos pertence, ou quando beneficiamos de algum direito” (Gaio, IV, §§ 2 e 3) (GAIO, *Instituições*, p. 407). A discussão, no direito romano, dizia respeito à fundamentação das ações pessoais e das ações reais. A pesquisa de Cruz e Tucci revela que “nas ações de natureza pessoal afigurava-se necessária a precisa indicação da *causa* da obrigação – *quia obligatio est iuris vinculum* –, enquanto nas que tinham por objeto um direito real era prescindível deduzir-se a *causa actionis* – *non est necesse exprimere causam, si actio est realis* (CRUZ E TUCCI, *A causa petendi...*, p. 60).

mínimo da causa de pedir.¹¹⁴

Na Alemanha, a teoria da individuação remonta à formulação de Wach e foi seguida por Hellwig, Schmidt e Wetzell.¹¹⁵ Já a teoria da substanciação foi defendida por Goldschmidt e por Weismann.¹¹⁶ Em que pese a divergência doutrinária, Arruda Alvim conclui que a ZPO de 1877 adotou esta última teoria.¹¹⁷

Na Itália, a maior parte da doutrina italiana, como observa Heinitz¹¹⁸, preferiu tratar o assunto a partir da teoria da individuação, inclusive o próprio Chiovenda¹¹⁹, ainda que houvesse tratado o problema do objeto litigioso do processo sob um ponto de vista mais concreto referente à determinação da causa de pedir. No caso deste autor, os resultados, mesmo assim, foram semelhantes aos da teoria da individuação.¹²⁰ Já a teoria da substanciação foi defendida por Zanzucchi¹²¹, seguido por Bellavitis¹²² e, posteriormente, Gianozzi.¹²³

1.3.1 Fato constitutivo do direito e fundamento jurídico

Antes de prosseguir, impõe-se realizar uma ressalva. Sabe-se, hoje, não ser mais possível isolar abstratamente as questões de fato das questões de direito. Fato e direito estão em constante comunicação, dando origem, por vezes, à categoria das questões mistas,

¹¹⁴ Como anota Cruz e Tucci, “Da expressão ‘fundamento da pretensão deduzida’, constante da Exposição de Motivos e da redação do § 230 (‘A petição inicial deve conter... a precisa indicação do objeto e do fundamento da pretensão deduzida, além de um pedido determinado’) do aludido diploma processual, entenderam os especialistas que a regra da eventualidade havia sido relegada a plano secundário”. Contudo, continua o autor, “É bem verdade que nas ações fundadas em direitos obrigacionais continuava sendo exigida a indicação do fato constitutivo. A controvérsia acentuava-se, porém, no que tangia às ações reais” (CRUZ E TUCCI, *A causa petendi...*, p. 93-4).

¹¹⁵ RICCI, “Individuazione”..., p. 1229, nota n. 3.

¹¹⁶ Ibidem, p. 1233, nota n. 7.

¹¹⁷ ALVIM, *Direito...*, v. 2, p. 86.

¹¹⁸ HEINITZ, *I limiti...*, p. 147.

¹¹⁹ Como observa Gianozzi, “In Italia questa teoria fu accettata, sia pure con qualche temperamento, dal Chiovenda, dal Carnelutti e dal Betti (GIANNOZZI, *La modificazione...*, p. 36). Convém, entretanto, registrar que, embora afirmasse Chiovenda que, em relação aos direitos absolutos, bastava a afirmação da relação jurídica (propriedade, usufruto, servidão), a fim de que a ação estivesse suficientemente identificada, defendia também que, quanto aos direitos obrigacionais, tal não era suficiente, sendo necessária a afirmação da existência do fato particular (CHIOVENDA, *Instituições...*, p. 358-60).

¹²⁰ RICCI, op. cit., p. 1229, nota n. 3. A propósito, BETTI, Emilio. *Ragione e azione*, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1932. p. 175-8.

¹²¹ ZANZUCCHI, *Nuove domande...*, p. 328 et seq.

¹²² BELLAVITIS, Mario. *L'identificazione delle azioni*. 2. ed. Padova: Litotipo, 1924. p. 144.

¹²³ GIANNOZZI, op. cit., p. 39.

incindíveis por natureza.¹²⁴

A rigor, a tendência da doutrina é a superação do artificialismo da dicotomia entre questão de fato e questão de direito, que tem por objetivo “demarcar precisamente o que pertence a uma e à outra esfera”.¹²⁵ Jaques Normand, a propósito, classifica como “*cieco dogmatismo*” a distinção entre fato e direito.¹²⁶

Consoante Karl Larenz, “só à primeira vista parece a distinção não ser problemática”. Isso porque “nalguns casos, porém, a questão de facto e a questão de direito estão tão próximas entre si que não é possível, na prática, levar a cabo a sua separação”.¹²⁷

Em razão disso, propôs Danilo Knijnik a teoria tricotômica de questões. Assim, ao lado das categorias das questões de fato e de direito, coloca-se a categoria das questões mistas.

Nas palavras do autor, “é de reconhecer-se a existência de um certo número de casos, no mais das vezes duvidosos, em que os fatos e o direito se encontram extremamente interligados, de modo que o intérprete já não poderá encaixá-los, com segurança, numa ou noutra questão”.¹²⁸

Conforme Carlos Alberto Alvaro de Oliveira,

afigura-se algo arbitrário valorizar abstratamente a disquisição ou o juízo sobre o fato, como se totalmente divorciados do juízo de direito. Não somente se exhibe artificial a distinção entre fato e direito – porque no litígio fato e direito se interpenetram –, mas perde força sobretudo no tema ora em exame, em virtude da necessidade do fato na construção do direito e da correlativa indispensabilidade da regra jurídica para determinar a relevância do fato.¹²⁹

Isso não implica, entretanto, que não se possa trabalhar com os conceitos de questões de fato e questões de direito. Aliás, ambos são imprescindíveis para a configuração da causa

¹²⁴ A propósito das categorias tricotômicas, cf. KNIJNIK, Danilo. O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 163-195.

¹²⁵ MITIDIERO, *Colaboração...*, p. 101-2.

¹²⁶ NORMAND, Jacques. I poteri del giudice e delle parti quanto al fondamento delle pretese controverse, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1988. p. 750.

¹²⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução por José Lamago. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009. p. 434-5. Se, por exemplo, “alguém deu origem a um ‘ruído perturbador do repouso’, não se tendo medido exactamente a intensidade, é difícil descrevê-lo de outro modo senão com a indicação de que, de facto, o repouso foi perturbado de modo considerável”. Assim, “o juízo de que o ruído foi ‘perturbador do repouso’ contém ao mesmo tempo a descrição do acontecimento, tal como é necessária para a colocação da questão de facto, e a sua apreciação jurídica, no sentido de uma valoração”. A situação “é diferente de quando se mediu a intensidade sonora e a questão a decidir é então se uma tal intensidade sonora deve ser considerada como ‘perturbadora do repouso’” (ibidem, p. 435-6).

¹²⁸ KNIJNIK, op. cit., p. 169-73.

¹²⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 210.

de pedir. Ressalta-se, todavia, a relação de complementariedade entre eles, na medida em que um depende do outro, a ponto de, por vezes, não ser possível identificar o que é fato e o que é direito.

A par disso, pode-se agora passar a análise da distinção entre fato constitutivo do direito e fundamento jurídico, visto que ambos devem figurar na causa de pedir, conforme determina, como visto, o art. 282, III, do Código de Processo Civil então em vigor. Fundamental, inclusive, é a distinção para bem compreender as diferenças entre as teorias que se formaram em torno da causa de pedir, visto que nascem da contraposição entre si na configuração do conteúdo da causa de pedir.¹³⁰

Ora, “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”.¹³¹ Assim, “o fato ou os fatos que são essenciais para configurar o objeto do processo e que constituem a *causa de pedir* são exclusivamente aqueles que têm o condão de delimitar a pretensão”.¹³²

Conforme Giannozzi, “i fatti o gli ‘*episodi della vita*’ (*Lebensvorgang*) appartengono al mondo esterno e vengono a far parte del processo solo a condizione della loro rilevanza giuridica, vale a dire della loro coincidenza con un precetto di legge che al loro accadimento ricollegli un determinato effetto giuridico”.¹³³

Assim, “nem todo fato deduzido no processo pode ter importância para a determinação da causa”. O fato que importa para a causa de pedir é o fato jurídico ou essencial.¹³⁴ Além de sua alegação constituir objeto da prova¹³⁵, “é o pressuposto inafastável da existência do direito submetido à apreciação judicial”.¹³⁶

Segundo Dinamarco,

narrar fatos significa descrevê-los *como faz um historiador*. Descrevem-se os acontecimentos em si mesmos, em sua autoria e em suas circunstâncias de modo, lugar e tempo. Fatos descritos são *segmentos da História*, ou eventos da vida, aos quais o demandante atribui a eficácia de lhe conferir o direito alegado e a

¹³⁰ GIANNOZZI, *La modificazione...*, p. 35.

¹³¹ CARVALHO, *Do pedido...*, p. 81.

¹³² CRUZ E TUCCI, *A causa petendi...*, p. 162.

¹³³ GIANNOZZI, op. cit., p. 17.

¹³⁴ CHIOVENDA, *Instituições...*, v. 1, p. 358.

¹³⁵ A respeito, não são os fatos que constituem objeto da prova, mas as afirmações, as alegações que deles as partes formulam no processo, visto que “los hechos no se prueban; los hechos existen. Lo que se prueba son afirmaciones, que podrán referirse a hechos” (SENTIS MELENDO, Santiago. *La prueba*. Buenos Aires: Ejea, 1979. p. 12).

¹³⁶ CRUZ E TUCCI, op. cit., p. 163.

necessidade da tutela jurisdicional postulada.¹³⁷

Se, por exemplo, Pedro afirma ter vendido a Paulo uma quantidade de mercadorias e que Paulo, em contrapartida, pagaria a quantia de 100, em dada data, sem, entretanto, pagá-la na data avençada, o juiz, caso proposta a demanda, para decidi-la, deverá, primeiro, verificar a existência de um contrato de compra e venda. E o procedimento lógico para tal verificação será dado pela afirmação dos fatos (uma data, a descrição dos termos do contrato, a individualização do preço e da quantidade de mercadorias, etc.), que representa, ao mesmo tempo, o objeto da prova da alegação do fato constitutivo e o antecedente lógico de sua verificação.¹³⁸

Logo, “os fatos que integram a causa de pedir são aqueles que, individualmente, dão origem a consequências jurídicas, vale repetir, são os fatos constitutivos do direito do autor”.¹³⁹ Os fatos simples ou secundários, por sua vez, não produzem consequências jurídicas próprias, mas servem de reforço para a comprovação das alegações dos fatos essenciais.¹⁴⁰

Andrea Proto Pisani destaca o papel relevante do fato jurídico, demonstrando que os fatos secundários são relevantes para a configuração da causa de pedir apenas de forma mediata. Segundo o jurista, por exemplo, num acidente de trânsito, deve-se provar a culpa do condutor. Esta é a alegação do fato principal a ser provada. Porém, na impossibilidade de prová-la de forma direta, por exemplo, demonstrando o excesso de velocidade, a parte pode provar a alegação de fatos secundários, diversos daquele do qual decorre a culpa, mas, dos quais, em concurso, pode-se presumir a existência do fato referente à culpa do condutor. Por

¹³⁷ DINAMARCO, *Instituições...*, v. 2, p. 131-2.

¹³⁸ GIANNOZZI, *La modificazione...*, p. 33-4.

¹³⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2. t. I. p. 111.

¹⁴⁰ Nesse sentido, o fato secundário adquire relevância, pois, não conseguindo o autor produzir prova sobre a alegação do fato essencial, comprovada a existência do fato secundário, o juiz pode, por presunção, formar seu convencimento acerca do primeiro (PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. 5. ed. Napoli: Jovene, 2012. p. 406). Na lição de Taruffo, o objeto da prova condiciona diretamente a decisão da causa apenas quando a prova versa sobre um fato principal, porquanto o juiz acolhe ou rejeita a demanda de acordo com o resultado da prova das alegações fáticas que a fundamentam. Quando, ao invés, a prova tem por objeto um fato secundário, não existe uma relação direta entre a verificação do fato secundário e a procedência do pedido. Assim, refere Taruffo que “quando, invece, la prova ha per oggetto un fatto secondario, il rapporto di dipendenza logica della decisione dall’oggetto della prova e dall’esito che essa ha conseguito è più elastico, e passa in ogni caso attraverso il *medium* costituito dall’accertamento dei fatti principali. In altri termini, la funzione dell’istruzione probatoria, che è di accertare l’esistenza dei fatti principali può essere realizzata in due modi, che in concreto si integrano vicendevolmente: attraverso prove vertenti direttamente su un fatto principale e/o attraverso prove aventi ad oggetto fatti secondari. Nel primo caso, l’esito della prova condiziona direttamente la decisione sul fatto, e quindi anche la decisione in diritto che ne è l’immediata conseguenza. Nel secondo caso, l’oggetto della prova assume il ruolo di premessa per un’inferenza induttiva, diretta a formulare un giudizio intorno all’esistenza del fatto principale” (TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: CEDAM, 1970. p. 29-30).

exemplo, no caso aventado, se o autor provar que o motorista estava embriagado, o comprimento das marcas da freada, a alta velocidade do veículo constatada por transeuntes minutos antes e em lugar diverso do acidente, pode-se, a partir disso, presumir a culpa do réu.¹⁴¹

Por sua vez, os fundamentos jurídicos constituem uma previsão jurídica mediante a qual se associam certas consequências ou efeitos jurídicos a um fato ou a um conjunto de fatos.¹⁴² Ainda, “consistem na demonstração de que os fatos narrados se enquadram em determinada categoria jurídica (p.ex., que eles caracterizam *dolo* da parte contrária) e de que a sanção correspondente é aquela que o demandante pretende (p.ex., *anulabilidade do ato jurídico*, com a consequência de dever o juiz anulá-lo).¹⁴³

Devem-se distinguir, ainda, dos fundamentos jurídicos os fundamentos legais. O fundamento legal, na verdade, nada mais é do que a norma legal do ordenamento jurídico que embasa a pretensão do autor e que não é exigida pela lei processual. O que a lei exige é a qualificação jurídica dos fatos alegados pelo autor.¹⁴⁴ A indicação do dispositivo legal invocado pelo autor não se confunde com a fundamentação jurídica trazida por ele, porquanto esta representa a denominada causa de pedir próxima.¹⁴⁵

Portanto, por fundamento jurídico deve-se entender uma proposição jurídica que pode levar, por si só, à procedência ou improcedência do pedido. Tal proposição, introduzida por instrumentos de técnica legislativa (lei, decreto, regulamento e, dentro deles, artigos e parágrafos) ou por outras fontes jurídicas, constitui a norma jurídica aplicável, conforme a qual o juiz há de julgar, ainda que não tenha sido corretamente invocada pela parte.¹⁴⁶

¹⁴¹ PROTO PISANI, *Lezioni...*, p. 406.

¹⁴² ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. *Iura novit curia*. La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 98-9.

¹⁴³ DINAMARCO, *Instituições...*, v. 2, p. 132.

¹⁴⁴ PINTO, Junior Alexandre Moreira. *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: RT, 2007. p. 79.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 82. Conforme Chiovenda, a norma da lei invocada pela parte em juízo está excluída da *causa petendi*. E diz o autor: “Individa-se e identifica-se a ação por meio dos elementos de fato que tornaram concreta a vontade da lei, e não pela norma abstrata de lei. Por consequência, a simples mudança do *ponto de vista jurídico* (ou seja, a invocação duma norma diferente no caso de que um fato possa incidir em diferentes normas de lei) não importa diversidade de ações; é lícita, portanto, assim à parte como ao juiz” (CHIOVENDA, *Instituições...*, v. 1, p. 358). No mesmo sentido José Rogério Cruz e Tucci: “Embora o *nomen iuris* e/ou o fundamento legal porventura invocado pelo autor possa influenciar o raciocínio do julgador, não há qualquer impedimento, dada a incidência do aforismo *iura novit curia*, a que este requalifique juridicamente a demanda, emoldurando-a em outro dispositivo de lei: o juiz goza de absoluta liberdade, dentro dos limites fáticos aportados no processo, na aplicação do direito, sob o enquadramento jurídico que entender pertinente (art. 126). E isto, certamente, ainda que ambos os litigantes estejam concordes com a tipificação legal deduzida na peça vestibular” (CRUZ E TUCCI, *A causa petendi...*, p. 208).

¹⁴⁶ ORMAZABAL SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 98-9. Interessante é o exemplo trazido pelo autor: “Ilustraré con un ejemplo las anteriores afirmaciones para facilitar su comprensión y crítica: X alega que su deudor Z concluyó con un tercero Y un contrato mediante el que pretendía exclusivamente evitar que un cierto bien hubiese de responder por las deudas contraídas con X (cfr. art. 1.911 CC), y que Y era bien consciente del propósito

Logo, “la differenza tra ‘fatto’ e ‘rapporto’ sta appunto in ciò che il secondo è il *genus* giuridico di una *species* o, più in sintesi, la designazione giuridica necessaria al primo perchè possa scorgersi in esso l’attitudine a generare un diritto”.¹⁴⁷

1.3.2 Teoria da substanciação

A teoria da substanciação centra-se na ideia de que o conteúdo da causa de pedir é tão somente o fato ou o complexo de fatos hábeis a consubstanciar a pretensão do autor. Para esta corrente, os fatos prevalecem sobre a relação jurídica afirmada¹⁴⁸ e sua modificação importa em mudança de demanda.¹⁴⁹

Segundo Marco Tullio Zanzucchi, principal defensor da teoria,

a individuare la *causa petendi* non basta adunque indicare il diritto e la natura del diritto (di proprietà, di credito ecc.); ma bisogna indicare il fatto, per cui quel diritto si è accentrato in una data persona; e non il fatto in astratto (deposito, contravendita ecc.) ma il fatto in concreto (quel tale deposito, quella tal compravendita ecc.).¹⁵⁰

E conclui: “la *causa petendi* dunque è quel fatto o complesso di fatti che è necessario e sufficiente a dare la ragione della mia pretesa.¹⁵¹ Os fatos são, pois “indispensáveis ao embasamento do pedido, pois são eles que justificam a conclusão, dado que se constituem no elemento de onde defluiu a conclusão”.¹⁵²

Com efeito, “todo direito a um determinado bem da vida nasce necessariamente de dois elementos: um preceito que a lei preestabelece e um fato previsto na lei como

torticero de Z. Con base en tales hechos X pretende que el contrato se declare ineficaz e invoca el art. 1.291.3 CC. El fundamento jurídico de esta acción, que recibe el nombre de rescisoria, viene dado por la afirmación de que el Derecho contempla el supuesto fáctico expuesto por el actor y le anuda el efecto jurídico (la rescisión del contrato) por él pretendido. Por dicha razón, el juez no alteraría el fundamento jurídico si estimase la demanda al entender que el precepto aplicable al caso era realmente el art. 1.111 CC, inciso 2º, que contempla un supuesto de hecho idéntico y al que asocia idénticas consecuencias jurídicas. El fundamento jurídico sería en ambos casos el mismo, pese a estar contenido en dos normas o artículos diferentes” (ORMAZABAL SÁNCHEZ, *Iura...*, p. 99-100, nota n. 12).

¹⁴⁷ GIANNOZZI, *La modificazione...*, p. 18.

¹⁴⁸ PINTO, *A causa petendi...*, p. 35.

¹⁴⁹ NORONHA, Carlos Silveira. A causa de pedir na execução, *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 75, jul./set. 1994. p. 30.

¹⁵⁰ ZANZUCCHI, *Nuove domande...*, p. 335-6.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 336.

¹⁵² ALVIM, *Direito...*, v. 2, p. 87.

antecedente lógico da imposição do preceito”. Eis a razão pela qual, por coerência lógica com o sistema jurídico como um todo, “o sujeito que postula em juízo deve obrigatoriamente explicitar quais os fatos que lhe teriam dado direito a obter o bem e qual é o preceito pelo qual esses fatos geram o direito afirmado”.¹⁵³

Segundo a maior parte da doutrina, foi essa a teoria adotada pelo Código de Processo Civil brasileiro.¹⁵⁴ Consoante Dinamarco, “vige no sistema processual brasileiro o sistema da *substanciação*, pelo qual os fatos narrados influem na delimitação objetiva da demanda e conseqüentemente da sentença (art. 128) mas os fundamentos jurídicos, não”.¹⁵⁵

Assevera Pontes de Miranda que

a lei colheu a *teoria da substanciação* do pedido, que exige mais do que a simples alegação de existir a relação jurídica (*teoria da individualização*): a parte tem de expor os fatos (*da mihi factum!*). Quando o Código exigiu os “fundamentos jurídicos do pedido”, só lhe viu o interesse de preparar o réu a defesa.¹⁵⁶

Isso não significa que os fundamentos jurídicos não integrem a causa de pedir, na medida em que o art. 282, III, exige que a petição inicial indique o fato e os fundamentos jurídicos do pedido. Porém, “a invocação dos fundamentos jurídicos na petição inicial não passa de mera proposta ou sugestão endereçada ao juiz, ao qual compete fazer depois os enquadramentos adequados”.¹⁵⁷

É interessante a advertência de Pontes de Miranda:

Forremo-nos de interpretar o art. 282, III, como volta a jurismo bizantino, a fórmulas inamalgáveis, à transformação das lides em chinesices de advogados ladinos, ao pedantismo que esquece a função popular da justiça. Se as próprias leis empregam termos impróprios e, às vezes, absurdos, como se há de impor, a quem não faz leis e ganha a vida advogando, nunca errar em catalogar fatos, em metê-los nas caixetas das categorias jurídicas?¹⁵⁸

Em suma, a adoção da teoria da substanciação resulta na irrelevância para a causa de

¹⁵³ DINAMARCO, *Instituições...*, v. 2, p. 130-1.

¹⁵⁴ Nesse sentido, entre outros, ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, *Curso...*, v. 1, p. 150; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 550; DINAMARCO, op. cit., p. 132.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 132.

¹⁵⁶ PONTES DE MIRANDA, *Comentários...*, t. IV, p. 17.

¹⁵⁷ DINAMARCO, op. cit., p. 132-3.

¹⁵⁸ PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 17.

pedir “tanto da qualificação jurídica dada pelo autor ao fato em que apoia sua pretensão (v.g., referência à coação, erro ou dolo, na demanda anulatória de negócio jurídico), como da norma jurídica aplicável à espécie (v.g., o art. 138 ou o art. 145 do CC)”.¹⁵⁹

Uma questão ainda se faz interessante. Citando Cerino Canova¹⁶⁰, José Rogério Cruz e Tucci coloca como pressuposto da adoção da teoria da substanciação no Brasil o fato de o Código de Processo Civil adotar a regra da eventualidade¹⁶¹, o que pode ser criticado, sob o ponto de vista científico. Retirar a regra da eventualidade do sistema não significa optar pela teoria da individuação ou pela teoria da substanciação. Trata-se de problema diverso.¹⁶² As implicações de mitigar ou não a eventualidade no sistema se verificam no campo da alterabilidade da demanda e sua estabilização e, por consequência, na adoção de um modelo rígido ou flexível de processo, como se verá adiante.

1.3.3 Teoria da individuação

A teoria da individuação restringe o conteúdo da causa de pedir à indicação do fundamento jurídico (causa de pedir próxima), dispensando a indicação do fato constitutivo do direito.¹⁶³ A causa de pedir consiste, assim, na relação ou no estado jurídico afirmado pelo autor em apoio à sua pretensão.¹⁶⁴ Para esta teoria, “la fundamentación (e identificación) de la demanda se limita sólo a la exposición de la relación jurídica en la que se apoya la pretensión (divorcio que se solicita, rescisión contractual, daños e perjuicios)”.¹⁶⁵ Logo, mantida a relação jurídica afirmada, o câmbio dos fatos não induz a mudança da demanda.¹⁶⁶

Em busca daquilo que a lei italiana chamava de “ragione dell’azione” e que Betti chama apenas de *ragione* ou *causa*, conclui que esta “non è un diritto, essa stessa, ma

¹⁵⁹ ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, *Curso...*, v. 1, p. 151.

¹⁶⁰ CANOVA, *La domanda...*, p. 467.

¹⁶¹ CRUZ E TUCCI, *A causa petendi...*, p. 92-3.

¹⁶² A propósito, analisando a reforma de 1990, na Itália, de modo a demonstrar que a reforma não resultou na adoção da teoria da substanciação, em razão da introdução da regra da eventualidade, afirma Gian Franco Ricci: “Se il rapporto fra preclusioni e principio di eventualità risulta assai chiaro, molto meno evidente è il fatto che al principio di eventualità o alle preclusioni debba necessariamente corrispondere un ritorno alla teoria della sostanziazione con tutte le conseguenze che ne derivano, ivi compresa quella della restrizione dei limiti oggettivi della cosa giudicata”. E continua: “In effetti, se è vero che esiste un rapporto fra preclusioni e principio di eventualità, non è altrettanto vero che un analogo rapporto sussiste fra quest’ultimo e l’idea dell sostanziazione” (RICCI, “Individuazione”..., p. 1245-6 e 1248).

¹⁶³ PINTO, *A causa petendi...*, p. 45.

¹⁶⁴ CALMON DE PASSOS, *Comentários...*, v. 3, p. 160.

¹⁶⁵ VESCOVI, Enrique. La modificación de la demanda, *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 30, abr./jun. 1983. p. 209.

¹⁶⁶ NORONHA, *A causa de pedir...*, p. 30.

semplicemente il *profilo* del rapporto o stato di diritto sostanziale, in quanto *affermato* o *messo in questione* e così dedotto in giudizio”.¹⁶⁷ Segundo Betti, basta uma breve reflexão para se verificar que a *ragione* são as relações jurídicas identificáveis nos próprios elementos da estrutura da qual constam e a típica qualificação jurídica que lhes é própria, sem necessidade de se recorrer aos fatos onde têm origem. A qualificação jurídica típica da relação ou do estado do qual se trata é suficiente a identificar o estado ou a relação mesma.¹⁶⁸

Como já referido, a doutrina majoritária tem afirmado que o sistema processual civil brasileiro adotou a teoria da substanciação em detrimento da teoria da individuação. Todavia, assevera Junior Alexandre Moreira Pinto, discutível é essa tomada de posição.¹⁶⁹ É certo, como diz Araken de Assis, que o Código de Processo Civil de 1973 não consagra a tese da individuação. Porém, é preciso avaliar a rigorosa fidelidade à teoria da substanciação, quando a legislação processual exige que a petição inicial indique tanto o fato quanto os fundamentos jurídicos do pedido.¹⁷⁰

A par disso, há autores que defendem que o direito processual brasileiro adotou um misto entre as teses da substanciação e da individuação.¹⁷¹ Essa posição centra-se, principalmente, nas lições de Ernesto Heintz, segundo o qual “*per causa petendi* debbano

¹⁶⁷ BETTI, Ragione..., p. 234.

¹⁶⁸ BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile italiano*. 2. ed. Roma: Foro Italiano, 1936. p. 178. Ressalva, entretanto, o autor, que existem relações jurídicas que não são identificáveis senão através do fato que lhes dá vida, tais como as relações de obrigação, de direitos potestativos e de sucessão hereditária (ibidem, p. 179).

¹⁶⁹ PINTO, *A causa petendi*..., p. 36.

¹⁷⁰ ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 139.

¹⁷¹ José Ignacio Botelho de Mesquita é um desses autores que defendem essa tese. Merece, pois, a transcrição da seguinte passagem do autor: “Os processualistas brasileiros que trataram desta controvérsia, são levados, em geral, a afirmar que o direito nacional seguiu a teoria da substanciação (Pontes de Miranda e José Frederico Marques). É bem verdade que a nossa lei processual exige que conste da petição inicial a indicação dos fatos constitutivos mas isto, a meu ver, não leva à conclusão de que tenhamos aderido àquela corrente doutrinária. Com efeito, a nossa lei exige igualmente que se indiquem na petição inicial os fundamentos jurídicos do pedido. Estes, evidentemente, pelas razões expostas, não são nem a norma da lei, nem tampouco as deduções jurídicas, salvo quando, excepcionalmente, a norma legal sirva, à falta de outro elementos, para individuar o direito particular feito valer pelo autor no processo. Parece-me que se deva entender por *fundamentos jurídicos do pedido* a relação controvertida e o direito particular dela decorrente. E não vejo nisto filiação à teoria da substanciação, mas, diversamente, entendo que a lei processual brasileira adotou uma posição de grande equilíbrio entre ambas as correntes conflitantes, dando importância tanto aos fatos constitutivos, como aos elementos de direito, na medida em que sirvam para individuar a pretensão do autor, como resulta da expressão legal *de maneira que o réu possa preparar a sua defesa*, empregada no inc. III, do art. 158, do C.P.C.” (BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. *A causa petendi* nas ações reivindicatórias. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: AJURIS, n. 20, nov. 1980. p. 179-80). Esse também constitui o entendimento adotado por Junior Alexandre Moreira Pinto (PINTO, op. cit., p. 45-6). Cumpre, também, registrar a opinião de Ovídio A. Baptista da Silva: “Ao contrário, porém, do que se possa imaginar, nosso Código não se filia à corrente doutrinária da *substanciação*, como de resto não acolhe a doutrina contrária, radical, da *individuação*, mesmo porque, modernamente as duas posições radicais são rejeitadas”. Para Ovídio, “como diz Pontes de Miranda [...], os princípios que se extraem de nosso sistema correspondem a uma *atenuação da teoria da substanciação*, pois a lei exige que os fatos sejam expostos como fundamento do pedido, mas tão-só os *atos essenciais*” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro*. In: _____. *Sentença e coisa julgada*. Ensaios e pareceres. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 134).

intendersi quegli elementi di diritto e di fatto che servono ad individuare il *petitum*, cioè a completarlo e costituire così insieme con esso una determinata pretesa in senso processuale”.¹⁷²

Parece, *à primeira vista*, acertada a doutrina que considera haver o Código adotado um misto entre as duas teorias. Porém, é de se ressaltar, claramente, a prevalência do fato sobre os fundamentos jurídicos do pedido¹⁷³ no sistema processual atual, o que parece justificar o entendimento majoritário da doutrina em considerar a tese da substanciação como aquela encampada pelo Código de Processo Civil de 1973.

1.3.4 Direitos autodeterminados e direitos heterodeterminados

A identificação da causa de pedir, quando se depara com direitos absolutos ou autodeterminados – direitos reais (propriedade, superfície, servidões, usufruto, uso, etc. – art. 1.225 do Código Civil), direitos de família e direitos referentes ao estado da pessoa –, pode encontrar algumas dificuldades. Foram tais dificuldades que, desde o direito romano, geraram as discussões em torno da individuação e substanciação da causa de pedir.

Como assevera Sergio Costa, em muitos casos, o debate entre as duas teorias vêm a coincidir, como frequentemente ocorre com os direitos obrigacionais, nos quais os direitos não se podem individualizar se não indicam o fato do qual nascem. O debate, para ele, tem valor, ao invés, quando se trata dos direitos reais. Segundo alguns, nesses casos, a ação é suficientemente individualizada, também sem aduzir o fato do qual o direito nasceu, enquanto, para outros, também nos direitos reais se faz necessária a indicação precisa do fato que lhe deu vida.¹⁷⁴

Isso implicou, na Itália, que se classificassem os direitos em autodeterminados e heterodeterminados.

Na lição de Cerino Canova, a existência de direitos, que por seu próprio conteúdo, podem subsistir uma vez apenas entre as mesmas partes, já é reconhecida há muito. A demanda judicial, na qual tais direitos são feitos valer, é identificada pelo próprio direito e não

¹⁷² HEINITZ, *I limiti...*, p. 165.

¹⁷³ Aliás, é essa a conclusão de Gianozzi: “non si può disconoscere la prevalenza del ‘fatto’ sul ‘rapporto’”. Adverte, entretanto, que os fundamentos jurídicos “dovranno essere esposti nella *causa petendi*, perchè serviranno a completarla, tecnicamente inquadrala e anche a limitarla in certi casi e ne saranno quindi il secondo utile componente, la cui variabilità sarà liberamente consentita alle parti in base al principio che solo la *curia novit jura*” (GIANNOZZI, *La modificazione...*, p. 50-1).

¹⁷⁴ COSTA, *Domanda...*, p. 163.

é circunscrita pelo título de aquisição deduzido, porquanto contempla potencialmente todos os títulos a propósito relevantes. É o que se denomina de direitos autodeterminados.¹⁷⁵

Por outro lado, há direitos, e demandas judiciais, que requerem uma pesquisa ulterior. São aqueles que não vêm individualizados pelos seus elementos de estrutura: sujeito e conteúdo. Tais direitos não vêm discriminados porque podem subsistir simultaneamente mais de uma vez entre os mesmos sujeitos e com idêntico conteúdo. Trata-se dos direitos heterodeterminados.¹⁷⁶

O primeiro a combater essa classificação, que surgiu, na verdade, para legitimar a teoria da individuação, foi Marco Tullio Zanzucchi. Conforme Zanzucchi, à individuação da causa, não basta indicar o direito e a natureza do direito (de propriedade, de crédito). É necessário, também, indicar o fato, mas não o fato em abstrato (depósito, compra e venda), mas em concreto (aquele depósito, aquela compra e venda). E arremata: “la causa (proprietà, credito) ch’io faccio valere non è sufficientemente individuata se io non ne do, per continuare il paragone di prima, il certificato di nascita, cioè se non allego il fatto che ha costituito il diritto”.¹⁷⁷

Percuciente é a conclusão de Botelho de Mesquita a respeito do tema. Afirma que “o direito de propriedade, enquanto efetivamente existente, não pode incidir, a um só tempo, mais que uma única vez sobre a mesma coisa; mas a *afirmação* da propriedade em juízo, por parte do interessado no reconhecimento de seu direito sobre determinada coisa, essa pode dar-se tantas vezes quantas se queira”.¹⁷⁸

Ora, se a ação pode ser exercida, como já se afirmou, independentemente da existência do direito material, em princípio, “pelo menos duas ações podem ser intentadas pelas mesmas partes, fundadas no mesmo direito de propriedade e tendo por objeto a entrega da mesma coisa: uma realmente fundada e, portanto, procedente, e outra infundada e improcedente”.¹⁷⁹

A par disso, qual o critério para distingui-las? É evidente que o critério diferenciador é a causa de pedir, pois o pedido e as partes serão idênticos. Eis a necessidade de se especificar de forma clara e adequada os fatos constitutivos do direito com a indicação do título de aquisição que a ele corresponda, não abstratamente, mas em concreto.

Caso contrário, bastando a afirmação do direito de propriedade, a demanda julgada improcedente, que declarasse a inexistência do referido direito, não poderia ser rediscutida,

¹⁷⁵ CANOVA, *La domanda...*, p. 177.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 186.

¹⁷⁷ ZANZUCCHI, *Nuove domande...*, p. 335-6.

¹⁷⁸ BOTELHO DE MESQUITA, *A causa petendi...*, p. 177.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 177.

em virtude da formação da coisa julgada.

Veja-se o seguinte exemplo. Paulo propõe ação reivindicatória contra Caio, alegando a propriedade do imóvel por ele descrito, adquirido por contrato particular de compra e venda celebrado com Tício. Pede que Caio seja condenado a entregar-lhe o imóvel. A demanda é julgada improcedente, por ausência de escritura pública devidamente registrada (art. 1.245, CC).

Em razão disso, Paulo obtém de Tício a escritura pública de compra e venda e a leva a registro. Com base no título e no correspondente direito de propriedade, repropõe a demanda contra Caio, formulando pedido idêntico ao da demanda anterior. Pode-se afirmar que as demandas são idênticas e que a segunda está abarcada pelos efeitos da coisa julgada que se formou sobre a primeira?¹⁸⁰

É evidente que não. Aliás, como afirma Walter Habscheid, “se ammettessimo una classificazione in ‘azioni individuate dallo stato di fatto’ e ‘azioni che si individuano da sè’, arriveremmo a risultati assurdi”.¹⁸¹ Entendimento contrário seria confundir novamente os planos do direito material e do direito processual. Seria fazer depender a ação da existência do direito material, o que, na lição de Heinitz, seria, por último, confundir a “pretesa”, no sentido empregado pelos italianos, com a “Anspruch”, no sentido emprego por Windscheid.¹⁸²

1.3.5 *Fattispecie* e direito subjetivo individual (posição jurídica subjetiva)

A tendência da doutrina italiana moderna, como observa Cruz e Tucci, é superar a discussão em torno das teorias da causa de pedir.¹⁸³ Segundo Fazzalari, as contrapostas soluções ofertadas pelas teorias da substanciação e da individuação são pouco ou nada distantes e, na verdade, podem se justapor como duas faces da mesma realidade. Afirma que propugnar as alegações dos fatos constitutivos ou aquela da relação jurídica significa colocar-

¹⁸⁰ BOTELHO DE MESQUITA, *A causa petendi...*, p. 177-8.

¹⁸¹ HABSCHIED, Walter J. *L'oggetto del processo nel diritto processuale tedesco*. Tradução por Angela Loaldi. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1980. p. 461. E traz o autor um exemplo: “A agisce contro B, per far accertare la proprietà di un orologio d’oro che afferma di aver ricevuto da C. B resiste, dichiarandosi proprietario dell’orologio. Sentito come testimone, C dichiara di aver semplicemente prestato l’orologio ad A. Di conseguenza il giudice rigetta la domanda di A. Intanto, prima che la sentenza sia pronunciata e senza che A ne venga a conoscenza, C muore lasciando erede univiale A. La sentenza acquista efficacia di cosa giudicata. Se ammettessimo [...] che questa domanda non ha bisogno di *causa* per essere individuata, A non potrebbe più agire in giudizio invocando la sua qualità di erede. Invece, secondo la nostra opinione, può farlo: si tratta di un nuovo stato di fatto e, di conseguenza, di un diverso oggetto del processo” (ibidem, p. 461-2).

¹⁸² HEINITZ, *I limiti...*, p. 154-5.

¹⁸³ CRUZ E TUCCI, *A causa petendi...*, p. 125-6.

se, respectivamente, sob o ponto de vista da *fattispecie* (substancial) e daquele dos efeitos que dela emanam, isto é, sob dois pontos de vista perfeitamente compatíveis, na verdade, correspondentes.¹⁸⁴ No mesmo sentido, Mandrioli refere que as duas teorias não são senão as duas faces da mesma moeda, no sentido de que os fatos históricos não detêm relevância senão vinculados a uma *fattispecie* jurídica e, do mesmo modo, a *fattispecie* não pode concretizar a demanda senão referida a determinados fatos.¹⁸⁵

Aflora, portanto, a ideia de *fattispecie*, no direito italiano, como forma de identificar o direito feito valer no processo (*diritto fatto valere in giudizio*). No escólio de Cruz e Tucci, entende Proto Pisani que “a *causa petendi* é circunscrita pelos elementos de fato e de direito da *fattispecie* da qual deriva o direito substancial deduzido em juízo (que, por sua vez, constitui o denominado objeto substancial da demanda)”.¹⁸⁶

Nessa linha, haveria modificação da demanda quando se alterassem tanto os elementos de fato quanto os elementos de direito da *fattispecie* invocada e da qual emerge o direito material deduzido pelo autor. Todavia, uma vez alterados apenas os elementos de fato, não se verificaria tal consequência. Aponta, ainda, Cruz e Tucci, para a construção formulada na literatura espanhola, que desenvolveu uma tese “sincrética”.¹⁸⁷ Consoante Victor Fairen Guillén, “es preciso, para que pueda recaer una sentencia de fondo, que la cuestión esté fácticamente substanciada y jurídicamente individualizada”.¹⁸⁸

É claro que as teorias sofreram atenuações.¹⁸⁹ Houve, na verdade, um avizinhamento entre as duas teorias.¹⁹⁰ De um lado, os fatos são primordiais para a individualização da demanda. De nada adianta o autor afirmar seu direito sem demonstrar de onde ele decorre, visto que a consequência jurídica nasce dos fatos. De outro lado, também de nada adianta o autor narrar os fatos sem demonstrar a sua relevância perante o ordenamento jurídico e como eles se comunicam.¹⁹¹ Por tal razão se tem dito que, na verdade, a doutrina tende a superar o

¹⁸⁴ FAZZALARI, *Note...*, p. 118.

¹⁸⁵ MANDRIOLI, Crisanto. Riflessioni in tema di “petitum” e di “causa petendi”, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1984. p. 473.

¹⁸⁶ CRUZ E TUCCI, *A causa petendi...*, p. 126.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 126-7.

¹⁸⁸ FAIREN GUILLÉN, Victor. *La transformación de la demanda en el proceso civil*. Santiago de Compostela: Porto, 1949. p. 73.

¹⁸⁹ COSTA, *Domanda...*, p. 163.

¹⁹⁰ Porém, adverte Heinitz, “la controversia sull’importanza dei fatti costitutivi, se essi costituiscono cioè la esclusiva *causa petendi*, o se essi servano soltanto ad individuare la ragione fatta valere, resta sempre, e nei singoli casi controversi non può giungersi ad una decisione senza una netta e chiara presa di posizione su questo punto” (HEINITZ, *I limiti...*, p. 162).

¹⁹¹ Conforme Carvalho, “os autores referem a aproximação das teorias da individuação e da substanciação, que se verifica por concessões de parte a parte, pois os partidários da individuação têm admitido a enunciação de fatos para individualizar a relação jurídica, enquanto os partidários da substanciação têm aceitado que a só

dilema entre as duas teorias, na medida em que ambas nada mais são do que duas faces da mesma moeda. Todavia, como já referido alhures, os fatos prevalecem sobre os fundamentos jurídicos invocados pelo autor, o que viabiliza a requalificação da demanda pelo juiz, como se verá adiante, pois *o direito deve decorrer logicamente do fato narrado*. Existe, pois, um *nexo lógico* entre fato e direito, o que justifica, inclusive, a afirmação de que fato e direito se comunicam.

Por tal razão, a doutrina que entende a causa de pedir como o direito substancial deduzido em juízo deve ser vista com olhos críticos, pois parece muito mais dar prevalência aos fundamentos jurídicos invocados pelo autor, coligando-se, assim, à teoria da individuação, do que ao fato constitutivo do direito do qual o fundamento decorre. Logo, acaba não promovendo a tão propugnada harmonia entre as duas teorias.

1.3.6 A equalização da questão referente às teorias da causa de pedir

O que, por ora, pode-se concluir é que as consequências práticas de cada uma das duas teorias aqui tratadas se estendem ao tema central desta pesquisa, ou seja, à alterabilidade da demanda. Assim, caso se adote posição mais aproximada da teoria da substanciação, entendendo-se que a causa de pedir se completa com a indicação dos fatos constitutivos, a sua mudança no curso do processo provocará alteração da demanda, ainda que não se alterem os fundamentos jurídicos e o pedido; se, por outro lado, se sustentar a teoria da individuação, concebendo-se como conteúdo da *causa petendi* a relação jurídica que apoia a pretensão processual, a mudança dos fatos não implicará alteração da demanda, estendendo-se a decisão que a julgar sobre todos os fatos que pudessem estar sob ela compreendidos.¹⁹²

Como se pôde verificar, há, ainda, por trás desse debate, uma compreensão social, relacionada à liberdade das partes e aos poderes do juiz na conformação do objeto litigioso do processo. Enquanto a teoria da substanciação maximiza a liberdade das partes na conformação do processo e, portanto, do conteúdo da causa de pedir, a teoria da individuação retira essa liberdade, elastecendo os poderes cognoscitivos do juiz para além do material trazido pelas partes, podendo eles abranger todos os fatos que possam estar compreendidos na relação jurídica aportada no processo. Esse ângulo de visão do problema será analisado mais adiante.

indicação dos fatos *essenciais* basta, dispensando-se a indicação de *todos os fatos*” (CARVALHO, *Do pedido...*, p. 85).

¹⁹² Ibidem, p. 82. Nesse sentido, ainda, GIANNONZI, *La modificazione...*, p. 24-5.

Em última análise, privilegiar os fundamentos jurídicos em detrimento dos fatos não se coaduna com o formalismo ideal, que visa a assegurar a liberdade das partes na conformação do objeto litigioso do processo. Ganha destaque, pois, a teoria da substanciação, talvez não em sua forma pura, mas tendendo a considerar a prevalência dos fatos alegados sobre o direito invocado. O que importa, na verdade, são os fatos essenciais, pois são eles que determinam o direito. A liberdade das partes resta garantida e se ganha com isso segurança jurídica, porquanto se sabe que o juiz só poderá decidir sobre aquilo pelo qual foi instado a pronunciar-se.

Cumpre, então, investigar como repercutem os elementos identificadores da demanda no objeto da cognição do juiz.

1.4 Objeto litigioso do processo

A importância da análise do objeto litigioso do processo¹⁹³ é inegável, porquanto

¹⁹³ Insta, antes de prosseguir, ressaltar a controvérsia existente acerca do instituto, apontando para aquela que diz respeito à terminologia adotada. Nota-se, nas obras doutrinárias, que as expressões “objeto do processo” e “objeto litigioso”, não raras vezes, são utilizadas como sinônimos. Ocorre que autores há que encontram distinções entre os termos. Impende, pois, realizar tal distinção. Entende-se que o objeto do processo constitui um conceito mais amplo que o de objeto litigioso do processo, do qual este faz parte. O objeto do processo refere-se a todo o material ou a todas as questões submetidas ao crivo judicial no curso da instância, declinadas ou não pelo autor na inicial a título de fatos, fundamentos jurídicos e pedido, bem como os fatos e argumentos invocados pelo réu em sua defesa, tais como pressupostos processuais e condições da ação, além de questões que possa o magistrado conhecer de ofício (LEONEL, Ricardo de Barros. Objeto litigioso do processo e o princípio do duplo grau de jurisdição. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coords.). *Causa de pedir e pedido: questões polêmicas*. São Paulo: RT, 2002. p. 352). Enquanto o objeto do processo abarca tudo o que se oferece à cognição do juiz no plano horizontal, o objeto litigioso restringe-se apenas e tão somente ao mérito da causa (MITIDIERO, *Colaboração...*, p. 119, nota 1). A propósito, é a lição de Arruda Alvim (ALVIM, *Direito...*, v. 2, p. 72, nota n. 96), reproduzida e encampada por Sydney Sanches (SANCHES, Sydney. Objeto do processo e objeto litigioso do processo. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: AJURIS, n. 16, jul. 1979. p. 150-6). Em que pese a artificialidade da construção, denunciada por Ovídio A. Baptista da Silva (BAPTISTA DA SILVA, *Curso...*, v. 1, t. I, p. 81-5), o objeto do processo consiste num trinômio de questões: pressupostos processuais, condições da ação e mérito (BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956. p. 90), dada a adoção da teoria eclética da ação de Enrico Tullio Liebman no direito brasileiro (MITIDIERO, *Elementos...*, p. 104), como dá conta Daniel Mitidiero (MITIDIERO, *Colaboração...*, p. 119, nota n. 1). A par dessa distinção, impende, ainda, registrar a terminologia adotada pelo Código de Processo Civil, que, no item 6, II, da Exposição dos Motivos, identifica o vocábulo “lide” ao mérito da causa. Encampa, aliás, o conceito de lide de Carnelutti (como “o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro”). E, em seguida, conclui que a lide é “o objeto principal do processo”. Disso denota-se que o autor da Exposição dos Motivos afastou-se, de certa forma, da concepção pura de Francesco Carnelutti. Como adverte Cândido Rangel Dinamarco, é notório que Carnelutti “conceitua o mérito a partir da lide, mas não diz que ele *seja* a lide” (DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. In: _____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. v. 1. p. 320). Isso talvez seja resultado da influência teórica que Enrico Tullio Liebman exercia sobre Alfredo Buzaid. Embora Liebman tenha oposto forte crítica a Carnelutti, equiparou a lide ao mérito da causa. Segundo Liebman, ao jurista somente cabe cuidar dos fenômenos reais, ou seja, dos processos efetivamente propostos e das lides que forem realmente levadas a juízo (LIEBMAN, Enrico Tullio. O despacho

constitui a tradução do material que a parte dispõe e submete ao crivo judicial. Interessa aqui delinear o conteúdo do objeto litigioso do processo, a fim de, posteriormente, ter-se condições de investigar se ele vincula ou não o julgador, de modo a delimitar a atuação do juiz dentro do processo.

O objeto litigioso do processo (*Streitgegenstand*) ou objeto do processo (*oggetto del giudizio*), nas palavras de Araken de Assis, “surgiu e se firmou na condição de corolário da natureza do processo”.¹⁹⁴ O seu estudo, aliás, liga-se a outros tantos “institutos e fenômenos da ciência processual, como a estabilização da demanda, a sua modificação, a litispendência, a coisa julgada, o contraditório, a conexão de ações, a continência”¹⁹⁵, entre outros.¹⁹⁶

A pesquisa doutrinária em torno do objeto litigioso do processo dá conta de que grandes foram as discussões travadas entre renomados e distintos autores. Em que pese, outrossim, o tempo transcorrido, ainda hoje o tema constitui ponto de enormes divergências. A propósito, o debate continua cingindo-se à configuração do objeto litigioso do processo.¹⁹⁷

Enquanto na Itália os doutrinadores preocuparam-se com os elementos identificadores da ação, na Alemanha, o estudo, cujo endereço era o mesmo, concerniu ao objeto litigioso do processo. Logo, foi neste país que a investigação do tema ora tratado adquiriu relevância, sendo certo que até o final do século XIX, como já visto, predominou a teoria das identidades subjetiva e objetiva das relações jurídicas (mesmas pessoas e mesma questão), preconizada por Savigny.¹⁹⁸

A partir daí surgiu o interesse em investigar os componentes mínimos do objeto

saneador e o julgamento do mérito. In: _____. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 112-18). Dizia isso porque Carnelutti entendia que a lide se situava numa realidade social, e a parte poderia trazer para o processo toda a lide ou parte dela. Daí os conceitos de processo integral e processo parcial e a continência existente entre lide e processo. (CARNELUTTI, *Sistema...*, v. 1, p. 906-8). Todavia, conforme Liebman, conquanto o conflito de interesses existente fora do processo seja a razão de ser do processo ou sua causa remota, não é seu objeto. Para Liebman é o pedido que consiste o objeto do processo. E, podendo o réu formular pedido de rejeição do pedido do autor, é esse conflito de pedidos que forma a matéria lógica do processo e o elemento formal de seu objeto. Assim, segundo Liebman, esse conflito de interesses, qualificado pelos pedidos correspondentes, representa a lide, ou seja, o mérito da causa. E conclui: “a lide é aquele conflito depois de moldado pelas partes e vazado nos pedidos formulados ao juiz” (LIEBMAN, *O despacho...*, p. 118-121). Todavia, nem mesmo Dinamarco, que era discípulo de Liebman, chegou ao ponto de colocar a lide como polo metodológico da teoria geral do processo. Aliás, afirmou o jurista que nem “esse brilhante raciocínio de Liebman haja logrado salvar a ideia de ser ela o objeto do processo, ou *meritum causae*” (DINAMARCO, *O conceito de mérito...*, p. 321).

¹⁹⁴ ASSIS, *Cumulação...*, p. 103.

¹⁹⁵ LEONEL, *Objeto litigioso...*, p. 347.

¹⁹⁶ Realmente, segundo Karl Heinz Schwab, “todo proceso tiene un objeto en torno al cual gira el litigio de las partes y en todo procedimiento procesal este objeto es el fundamento de una serie de formas y fenómenos procesales que no pueden comprenderse sin comprender ese objeto del procedimiento” (SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Tradução por Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: Ejea, 1968. p. 4).

¹⁹⁷ A discussão que subjaz a polêmica em torno do objeto litigioso do processo é a mesma discussão que se travou sobre a ação, ou seja, a relação entre direito material e direito processual. Trata-se, agora, da discussão acerca da autonomia do processo, não sob a perspectiva da ação, mas sob o enfoque do objeto litigioso.

¹⁹⁸ CRUZ E TUCCI, *A causa petendi...*, p. 82.

litigioso do processo. O primeiro jurista a se destacar foi Friedrich Lent, que procurou defini-lo como “afirmação de um direito por parte do autor” (*Rechtsbehauptung*)¹⁹⁹, relacionando-o ao direito material, ainda que em estado de afirmação.²⁰⁰

Para Lent, não bastava que o autor afirmasse determinado fato, era necessário que ele o individualizasse. A demanda que não individualiza “il diritto fatto valere” possui apenas um endereço: a rejeição do processo.²⁰¹ Definia, assim, o objeto litigioso como a “declaração pedida em juízo de um efeito jurídico”, baseado na afirmação de um direito pelo autor.²⁰²

Como acentua Cruz e Tucci, apesar de ter sido criticada em razão de, ao final, a inexistência do direito afirmado acarretar a conclusão de que o processo não teve objeto, a teoria de Lent serviu para superar o conceito civilístico de pretensão, visto que o direito material aflora deduzido em estado de afirmação.²⁰³

Coube, então, a Arthur Nikisch desenvolver, de forma mais abrangente, a teoria de Friedrich Lent. Concebendo o objeto litigioso do processo como a *afirmação jurídica* do autor (*Rechtsbehauptung*), Nikisch procurou demonstrar que, na determinação dessa afirmação, adquire relevo o fato constitutivo (*Lebensvorgang*), por ele chamado de acontecimento ou episódio da vida. O objeto litigioso, para este autor, era composto pela afirmação jurídica e pelo fato constitutivo deduzido.²⁰⁴

Reacendeu-se o debate em torno do tema, após a Segunda Guerra Mundial, com o ensaio de Eduard Böttinger e as relevantes monografias de Schwab e Habscheid, “propiciando uma copiosa e importante produção científica, ainda em pleno vigor”. Chama-se, inclusive, atenção para o fato de que os numerosos juristas alemães que trataram sobre o tema

¹⁹⁹ Afirma Friedrich Lent: “Così in ogni domanda giudiziale sussiste l’affermazione di un diritto da parte dell’attore, mentre la causa si svolge proprio per verificare se esso sussiste o meno. Qui sta il nucleo dell’oggetto del processo”. Assim também pensam Rosenberg, Nikisch e Schönke (LENT, Friedrich. Contributo alla dottrina dell’oggetto del processo. Tradução por Crisanto Mandrioli. *JUS – Rivista di scienze giuridiche*. Milano: Vita e Pensiero, dic. 1953. p. 434).

²⁰⁰ Como explica Lent, o objeto litigioso do processo “non è mai costituito [...] da un semplice fatto od avvenimento, ma da un *diritto* o da un *rapporto giuridico*: né occorre che tale diritto (o rapporto) esista veramente, essendo sufficiente la sua affermazione. Può infatti accadere che in giudizio le asserzioni dell’attore si rivelino infondate, senza che per questo l’oggetto della lite venga meno; senza oggetto il processo non è nemmeno concepibile” (LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile tedesco*. Tradução por Eduardo F. Ricci. Napoli: Morano, 1966. p. 149).

²⁰¹ Adverte Lent que “l’individuazione non va confusa con la qualificazione giuridica. L’una ha lo scopo di precisare il concreto diritto soggettivo fatto valere, l’altra quello di classificarlo come appartenente ad uno dei tipi previsti nelle astratte norme di legge. Di regola, la prima operazione non richiede il compimento della seconda. Un contratto, ad esempio, può essere perfettamente individuato con l’indicazione delle parti, della data e del contenuto, senza che nello stesso tempo rimanga qualificato come di locazione o di affitto” (ibidem, p. 150).

²⁰² Ibidem, p. 151.

²⁰³ CRUZ E TUCCI, *A causa petendi...*, p. 99.

²⁰⁴ Ibidem, p. 101. Como demonstra Cruz e Tucci, o jurista alemão ressalva, entretanto, as “demandas de natureza real ou referentes a outros direitos absolutos, nas quais a respectiva situação objetiva delinea-se suficientemente individuada pelo conteúdo do direito controvertido” (ibidem, p. 101).

encontraram soluções diversas, ensejando a elaboração de variadas teorias a respeito.²⁰⁵

Böttinger inaugurou a posição extremista em relação à temática, ao propor que o pedido é suficiente para a individualização do objeto litigioso do processo. Tratava, porém, da ação de divórcio. Anos mais tarde, coube a Karl Heinz Schwab estender a teoria aos demais tipos de ação. Este processualista desvinculou o estudo do objeto litigioso do processo de qualquer situação de direito material, dando, assim, caráter eminentemente processual ao *Streitgegenstand*²⁰⁶, razão pela qual alguns a consideraram “vitoriosa”.²⁰⁷

Realmente, analisando os problemas do objeto litigioso sob a ótica da cumulação de ações, da modificação da demanda, da litispendência e da coisa julgada, Schwab acaba definindo-o como o pedido do autor indicado na solicitação do pronunciamento de uma sentença.²⁰⁸ Opõe-se, portanto, àqueles que o consideram como a afirmação do direito material ou como o estado de coisas de um pedido.²⁰⁹

A crítica que sofreu Schwab diz respeito ao fato de não ter ele mantido a coerência e a unidade conceitual que, no início, almejava. Isso porque, ao abordar o tema da coisa julgada, admitiu que “resulta imprescindível a exposição do fato constitutivo para identificar o pedido”. Porém, mesmo nessas hipóteses, o fato, para o jurista alemão, apenas serve à individualização do pedido, não integrando o objeto litigioso.²¹⁰ Com efeito, “os fatos sobre os quais se funda a demanda não fariam mais parte do objeto do processo”.²¹¹

Ora, resulta daí que a proposta de Schwab não dá conta de resolver todos os problemas que envolvem o objeto litigioso do processo.²¹² Disso deu-se conta Walter Habscheid, que resgatou a importância do fato constitutivo. Considerando a teoria de Schwab “troppo semplicistica” e não correspondente nem ao direito positivo nem à realidade do processo, sustenta o jurista uma nova noção de objeto litigioso do processo.²¹³

Partindo da teoria processualística, defende que o objeto litigioso é composto de duas

²⁰⁵ CRUZ E TUCCI, *A causa petendi...*, p. 100.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 102-3.

²⁰⁷ CRESCI SOBRINHO, Elicio de. *Objeto litigioso no processo civil*. Porto Alegre: Fabris, 2008. p. 103.

²⁰⁸ SCHWAB, *El objeto...*, p. 244.

²⁰⁹ SANCHES, Objeto do processo..., p. 154. A propósito, Ovídio A. Baptista da Silva discorda da interpretação dada à obra de Schwab. Segundo ele, “para a doutrina de Schwab, que nos parece na essência correta e conforme à nossa lei – ao contrário do que seguidamente imaginam seus opositores – não é o pedido só que importa, mas o pedido *convenientemente interpretado* (p. 243). E para interpretá-lo, diz o processualista de Nüremberg, deve recorrer-se aos fatos, ou ao que ele denomina “estado de coisas”, que abrange *fatos e relações jurídicas* deduzidas ou deduzíveis” (BAPTISTA DA SILVA, *Limites objetivos...*, p. 134).

²¹⁰ CRUZ E TUCCI, *op. cit.*, p. 105.

²¹¹ HABSCHIED, *L’oggetto del processo...*, p. 456.

²¹² Para uma síntese da teoria formulada por Schwab e sua falta de coerência e unidade conceitual, cf. TARZIA, Giuseppe. *Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno all’oggetto del processo*, *JUS – Rivista di scienze giuridiche*. Milano: Vita e Pensiero, 1956. p. 269-76.

²¹³ HABSCHIED, *op. cit.*, p. 457.

partes: a pretensão (*Rechtsbehauptung*) do autor, que aparece nas suas conclusões e compreende tanto o direito substancial quanto o processual; e o estado de coisas (*Lebenssachverhalt*), sobre o qual se funda a pretensão.²¹⁴ Aliás, para Habscheid, o que conta não é apenas a individuação da causa, mas a substanciação, pois é necessário que o réu saiba do que se defender.²¹⁵

Em face do ordenamento jurídico brasileiro, parece que objeto litigioso do processo pode assim ser conceituado: como o pedido delimitado pela causa de pedir (fatos e fundamentos jurídicos), compondo ambos o conteúdo do objeto litigioso do processo.²¹⁶ O objeto do processo é, pois, a pretensão processual.²¹⁷

Aponta Darci Guimarães Ribeiro que os elementos individualizadores da pretensão processual ou do objeto litigioso do processo são encontrados nas legislações processuais, quando se referem à demanda e ao seu conteúdo, exigindo que conste nela: a) os sujeitos; b) o pedido; e c) a causa de pedir. Tal identificação, segundo o autor, não apenas contribui no estudo da litispendência, do cúmulo de pretensões, da modificação da demanda e da coisa julgada, como também possibilita a correta compreensão da efetiva tutela jurisdicional, pois singularizando esses elementos se tem um processo rápido e eficaz, atendendo ao princípio da economia processual. Conclui, então, que para identificar o objeto litigioso do processo são necessários dois elementos: o objetivo, que se traduz no pedido, e o causal, que consiste na causa de pedir, “*puesto que el núcleo en torno al cual giran todas las actividades de las partes constituye la petición fundada (a saber, ‘meritum causae’, fondo) presentada por el actor, esto es, el thema decidendum*”.²¹⁸

O objeto litigioso é, ainda, o que se entende como o mérito da causa, como vai bem conceituado por Alfredo Buzaid.²¹⁹ Segundo Dinamarco, “o mérito é a pretensão trazida ao

²¹⁴ HABSCHIED, L’oggetto del processo..., p. 457.

²¹⁵ CRUZ E TUCCI, *A causa petendi*..., p. 108.

²¹⁶ Embora considere a pretensão o objeto litigioso do processo, Cândido Rangel Dinamarco tem “por objeto do processo somente o pedido, repudiando decididamente a inclusão da causa de pedir” (DINAMARCO, O conceito de mérito..., p. 348, nota n. 79).

²¹⁷ GUASP, Jaime. *La pretensión procesal*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1985. p. 47-66.

²¹⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: Hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: J.M. Bosch, 2004. p. 144-5.

²¹⁹ Aliás, Alfredo Buzaid define o mérito como objeto do processo. Porém, vai além, relacionando o objeto do processo ao conceito de lide (BUZOID, *Do agravo*..., p. 101 e 103; cf. ainda BUZOID, Alfredo. Da lide: estudo sobre o objeto litigioso. In: _____. *Estudos e pareceres de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2002. p. 72-132). A última concepção, na verdade, é equívoca. Como explica Ovídio A. Baptista da Silva, o erro decorre da aparente sinonímia das expressões “julgar o mérito” e “julgar a lide”. Embora não identifique nem o conceito de lide nem o conceito de mérito ao objeto litigioso, com acerto afirma que os conceitos de *lide* e *mérito* não são sinônimos. Aquele é mais abrangente do que este e não necessariamente visará apenas à declaração de um direito. Na verdade, Ovídio considera o objeto litigioso um pouco mais abrangente do que o mérito (pois englobaria também atos executivos, os quais não considera como o mérito da causa) e menos abrangente do que a lide. O mérito, para o autor, é julgamento, apenas, de procedência ou improcedência. A sentença, entretanto,

juiz”.²²⁰ Julgar o mérito é acolher ou rejeitar a pretensão trazida pelo autor, “é conceder ou negar a tutela jurisdicional postulada” por ele.²²¹ Vê-se, assim, que os conceitos andam juntos. A pretensão diz respeito ao mérito da causa, que constituem, por sua vez, o objeto litigioso do processo.

Parece ser esse o entendimento mais adequado para conceituar o objeto litigioso, bem como o mais oportuno, dentro da sistemática processual brasileira. Portanto, no presente trabalho, entender-se-á o objeto litigioso do processo como o pedido delimitado pela causa de pedir (pretensão), constituindo, pois, o mérito da causa. Bem delimitado o conteúdo do objeto litigioso do processo, ter-se-ão condições de abordar o problema central desta pesquisa: a alteração da demanda.

aduz o autor, poderá conter outras eficácias em seu conteúdo, como a executiva. Por isso, não é correto, em sua visão, limitar o conceito de objeto litigioso apenas ao mérito. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Conteúdo da sentença e mérito da causa. In: _____. *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 238-9). O que deve ficar registrado, apesar da discussão ora abordada, é que, de fato, *mérito e lide* não são sinônimos. Todavia, parece incorreto não considerar a eficácia executiva como pertencente ao mérito da causa. Válida, a respeito, é a lição de Cândido Rangel Dinamarco. Para o autor, “o vocábulo *mérito*, de uso corrente e empregado muitas vezes no Código de Processo Civil, *expressa o próprio objeto do processo*. A pretensão ajuizada, que em relação ao processo é seu objeto, constitui o mérito das diversas espécies de processos. O mérito do *processo de conhecimento* é a pretensão trazida com o pedido de julgamento que a reconheça e, portanto, a acolha. O da *execução* é a pretensão a receber a coisa pleiteada – e não uma sentença. O do *processo monitorio* é o mesmo, porque a tutela final que ele pode conceder é de natureza executiva (entrega de coisa móvel ou do dinheiro – art. 1.102-c)” (DINAMARCO, *Instituições...*, v. 2, p. 187). A respeito do tratamento conferido ao conceito de objeto litigioso, se ligado ao mérito ou à lide, pela doutrina italiana e alemã, consultar MITIDIERO, *Colaboração...*, p. 119-20, nota n. 2.

²²⁰ Para Ovídio A. Baptista da Silva, “mérito é julgamento, apenas, de procedência ou improcedência” (BAPTISTA DA SILVA, op. cit., p. 238). Cândido Rangel Dinamarco esclarece, a propósito, que esse não é o seu entendimento. Para Dinamarco, conforme anotado, “mérito é a *pretensão* trazida ao juiz, em busca de satisfação”. Assim, “no processo de conhecimento essa satisfação será concedida ou negada mediante um julgamento (procedência ou improcedência da demanda)” (DINAMARCO, *O conceito de mérito...*, p. 323, nota n. 37).

²²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 51.

2 A ALTERAÇÃO DA DEMANDA

A introdução da demanda é o ato pelo qual o autor, pela primeira vez, individualiza ou particulariza os elementos que a identificam. Em outras palavras, a determinação do objeto litigioso ocorre com a introdução da demanda em juízo. Contudo, esse objeto litigioso poderá ser modificado ou precisado pelas partes ao longo do processo, a fim de que se dê lugar a um pronunciamento judicial sobre o efetivo direito que a parte entende lesado. Nisso se traduz a utilidade processual da alteração da demanda²²², que dá a real dimensão da relevância do estudo ora abordado.²²³

2.1 Considerações iniciais. Conceito

A pesquisa começa a adquirir relevância prática a partir do momento em que se passa a tratar do problema da modificação da demanda. Não se quer com isso desmerecer o estudo antes realizado. Muito pelo contrário. A análise dos elementos da demanda é primordial para a verificação de quando esta se modifica. É a partir dos seus elementos que se têm condições de determinar a sua modificação. O estudo teórico, aliás, é imprescindível para a aplicação prática.

Contudo, importa agora identificar propriamente o momento em que ela se modifica e em quais situações. Imprescindível, portanto, antes de tudo, buscar delimitar o conceito de modificação da demanda. É oportuno, outrossim, ressaltar que, nesta pesquisa, far-se-á uso, de forma indiscriminada, das expressões “modificação da demanda”, “alteração da demanda” e “transformação da demanda”.²²⁴

Porém, de qualquer forma, há que referir que não existe uma modificação total e

²²² Como observa Mariacarla Giorgetti, de um ponto de vista objetivo, o autor tem direito a obter uma decisão que incida utilmente sobre a própria posição jurídica e, nesse sentido, a alteração é útil, pois possibilita uma maior certeza por parte daquele que decide e impede a reiteração de demandas sobre matérias relevantes e controversas; de um ponto de vista subjetivo, a alteração é útil toda vez que permite ao autor definir o objeto litigioso de acordo com a efetiva exigência de tutela de sua posição jurídica subjetiva (GIORGETTI, Mariacarla. *Il principio di variabilità nell'oggetto del giudizio*. Torino: Giappichelli, 2008. p. 2).

²²³ Apesar da importância do tema, refere Juan Picó i Junoy a existência de um “vació doctrinal” sobre a modificação da demanda. Contudo, observa o autor que “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” (PICÓ I JUNOY, Joan. *La modificación de la demanda en el proceso civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 16).

²²⁴ Nesse sentido, Joan Picó i Junoy afirma que “el término ‘modificación’ debe equipararse al de ‘transformación’ o ‘cambio’, que actúan como meros sinónimos, por lo que en el presente trabajo son utilizados de forma indistinta” (Ibidem, p. 37).

absoluta, na qual se mudam todos os seus elementos, porque já aí estar-se-ia diante de sua mudança ou mutação, e não propriamente de sua modificação, na qual ainda remanescem alguns elementos inicialmente configurados pelo autor.²²⁵ Logo, não se deve confundir modificação e mutação da demanda.²²⁶

A par dessa primeira advertência, é possível conceituar a alteração ou a modificação da demanda como a alteração ou a modificação de algum ou alguns de seus elementos configuradores antes estudados (sujeitos, pedido e causa de pedir). A doutrina, entretanto, analisa a temática sob dupla perspectiva. Em sentido amplo, a modificação da demanda se produziria com a alteração de qualquer de seus elementos, inclusive o subjetivo.²²⁷ Em sentido estrito, equipara-se a modificação da demanda à alteração do objeto litigioso, concluindo-se que aquela só ocorre quando modificados a causa de pedir ou o pedido.²²⁸

A tendência majoritária da doutrina é tratar a temática a partir da segunda corrente. Com efeito, os autores estão contestes que a modificação da demanda se opera ao modificar-se o objeto litigioso do processo. Na verdade, o objeto litigioso perde a sua identidade original, passando a ser outro. De fato, não haverá modificação se o objeto litigioso não perder sua identidade. Além disso, está assente também que a introdução de mais uma pretensão junto da antiga implica a sua alteração, na forma de cumulação objetiva ulterior. Também aqui é fundamental a ausência de identidade entre as pretensões anterior e posteriormente deduzidas.²²⁹

Deveras, entende-se por modificação da demanda o exercício de uma pretensão nova e, portanto, distinta da primitiva. Essa modificação pode consistir tanto na transformação da pretensão inicialmente deduzida quanto na adição de uma nova pretensão junto à primeira.²³⁰

²²⁵ Nesse sentido, Fairen Guillén concebe a “transformación de la demanda” como “un acto procesal unitario que sobre la base de conservar inmutables alguno o algunos elementos esenciales de la anterior, transforma otro u otros”; enquanto o “cambio de demanda” supõe “la sustitución de una demanda por otra totalmente diferente en sus elementos esenciales” (FAIREN GUILLÉN, *La transformación...*, p. 19).

²²⁶ Como coloca Carnelutti, “la modificación es, [...], un *ens tertium* entre la *diversidad* y la *identidad*: la cosa modificada es y no es diversa de la cosa anterior a la modificación; es diversa porque ha cambiado alguno de sus elementos; no es diversa porque es la misma cosa anterior que, desapareciendo para modificarse, se ha transformado en ella; diría que entre los dos conceptos de la *identidad* y de la *diversidad*, se insinúa el de la *continuidad* y los une” (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*. Tradução por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uteha, 1944. v. 4. p. 491).

²²⁷ A propósito, TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*. Madrid: La Ley, 2000. p. 68; VESCOVI, La modificación..., p. 209-10.

²²⁸ Nessa linha, BERZOSA FRANCOS, Maria Victoria. *Demanda, causa petendi y objeto del proceso*. Cordoba: Almendro, 1984. p. 87; FAIREN GUILLÉN, op. cit., p. 19; FERRI, *Struttura...*, p. 88; GIANNOZZI, *La modificación...*, p. 53; PICÓ I JUNOY, *La modificación...*, p. 42; ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht*. 17. ed. München: Verlag C. H. Beck, 2010. p. 545. Assim também SCHWAB, *El objeto...*, p. 141, com a adequação de que considerava o objetivo litigioso como o pedido do autor (*ibidem*, p. 244).

²²⁹ *Ibidem*, p. 141.

²³⁰ BERZOSA FRANCOS, op. cit., p. 87.

Com base nesse conceito inicial, ter-se-ão condições de analisar as situações em que a demanda pode ou não ser modificada, considerando as orientações adotadas por um dado sistema processual civil, sobretudo no que se refere ao ordenamento jurídico brasileiro.

2.2 (In)alterabilidade da demanda

A questão que aqui se cuida retrata uma das mais importantes manifestações do formalismo processual: a evidente tensão existente entre o direito processual e o direito material.²³¹ Pretende-se, na verdade, evitar que o direito material sucumba em virtude de considerações puramente formais.²³² Contudo, a alterabilidade do pedido e da causa de pedir tem, tradicionalmente, sido vedada.²³³ Argumenta-se que o interesse público caminha no sentido da rápida solução do litúgio e que o próprio caráter ordenador do processo visa a impedir que este se transforme num “novelo inextricável”.²³⁴

A propósito, o tema se mostra lacunoso no período da *cognitio* romana, assim como na vigência do *ius commune*.²³⁵ Por outro lado, a proibição de alteração da demanda no curso do processo é objeto, pela primeira vez, de uma regra positiva no antigo direito processual lombardo do norte da Itália, no séc. VIII.²³⁶ Na verdade, não estava proibida a sua transformação, mas limitada a faculdade de fazê-la.²³⁷

A base da proibição da modificação da demanda, no direito comum, era a ideia da *litiscontestatio*.²³⁸ Uma vez configurada, não havia mais a possibilidade de alterar o objeto

²³¹ TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*. Tradução por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 2009. p. 39-40.

²³² ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 197.

²³³ A proibição está ligada à função perseguida pelo processo e aos princípios pelos quais o legislador se inspirou na sua construção (GIANNOZZI, *La modificazione...*, p. 141).

²³⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 198.

²³⁵ Contudo, afirma Cruz e Tucci que “o exame das fontes demonstra, outrossim, que se permitia, em princípio, a *mutatio libelli*”. Porém, mais adiante, afirma que a *mutatio libelli* era permitida, “antes que tivesse sido feita a citação do réu”. Assim, continua, “uma vez efetivado tal ato, vetava-se qualquer alteração da demanda: *ante litem contestatam mutare potest... post litem contestatam non*”. Após a citação, a demanda se estabilizava e a alteração só poderia ser admitida com a concordância do réu. Por outro lado, tratamento diverso era conferido à *emendatio libelli*, que consistia na correção de erros e imprecisões, a qual era permitida sem limite temporal (CRUZ E TUCCI, *A causa petendi...*, p. 62-4).

²³⁶ GIORGETTI, *Il principio...*, p. 47-8.

²³⁷ FAIREN GUILLÉN, *La transformación...*, p. 107.

²³⁸ Segundo Vittorio Scialoja, “nel periodo formulare la *litis contestatio* coincide col momento in cui col decreto del pretore, che emana la formula, e coll’*accettazione* di questa da parte dei litiganti, si stabiliscono precisamente i termini fondamentali dentro i quali si svolgerà il giudizio, cioè che nella procedura delle *legis actiones* avveniva colla solenne invocazione dei testimoni. [...] Abbiamo dunque in questo importante momento della *litis contestatio* da una parte un atto della pubblica autorità, cioè il decreto del magistrato che emana la formula; dall’altra un atto consensuale, per quanto più o meno libero, delle parti, cioè il contratto o quasi contratto

litigioso, visto que as partes haviam se comprometido a aceitar a sentença que recairia sobre o direito exercitado, o que não significa que as partes não pudessem, *de comum acordo*, alterar os contornos do litígio.²³⁹ Todavia, com o desaparecimento das fases *in iure* e *apud iudicem*, a *litiscontestatio* já havia perdido a sua função original.²⁴⁰ Atualmente, a ideia de que a *litiscontestatio* seria um contrato formulado entre as partes está totalmente superada²⁴¹, motivo pelo qual não é aqui se deve buscar a razão que impede a transformação da demanda.²⁴²

Talvez o primeiro aspecto a ser considerado nessa orientação já ressaltada seja a proteção do direito de defesa. Com a modificação da demanda, a situação do demandado pode ser agravada, visto que sua defesa pode ser dificultada com a alteração realizada pelo autor. Para os seguidores dessa linha, o demandado tem direito a uma decisão de fundo sobre a controvérsia.²⁴³ Além disso, no intuito de proteger o réu contra um precipitado gerenciamento do processo, vincula-se o autor ao processo incoado, de modo a preservar aquele da afoiteza deste.²⁴⁴

Esse entendimento, entretanto, dá lugar a que se permita a modificação da demanda sempre que esta não causar prejuízos ao demandado. Como o princípio da inalterabilidade aparece como meio para alcançar os fins do processo, sempre que estes não restem prejudicados e, por outro lado, não se diminua a posição defensiva do demandado, não existe qualquer inconveniente em derogá-lo. Pelo contrário, aparece aí a possibilidade de transformação da demanda, sem prejuízo ao réu e ao seu direito de defesa.²⁴⁵

Contudo, a modificação da demanda não viola o direito de defesa do réu. De modo a salvaguardar a igualdade das partes no processo, sem agravar a posição jurídica defensiva do demandado, o juiz deve conceder-lhe a oportunidade de pronunciar-se sobre a alteração

giudiziale che si costituisce tra di loro coll'accettazione della fórmula" (SCIALOJA, Vittorio. *Procedura civile romana*. Exercício e defesa dei diritti. Roma: Anonima Romana, 1936. p. 163-5). Como anota Ovídio A. Baptista da Silva, "a *litis contestatio* era o ato, ou o momento processual, com que se encerrava a fase processual desenvolvida perante o pretor, com a emissão da fórmula e a correspondente *estabilidade da instância*. A partir desse momento processual, não seria mais possível ao autor complementar o pedido, ou adicionar novos fundamentos, e nem ao réu opor novas exceções, além daquelas já inseridas na fórmula pelo pretor" (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 66).

²³⁹ FAIREN GUILLÉN, *La transformación...*, p. 109-10.

²⁴⁰ A *litiscontestatio* adquire no processo clássico um significado de submissão ao *iudex* para que julgue a causa. No período da *cognitio*, isso deixa de ser assim, pois a legitimidade para julgar a causa não advém mais das partes, mas da autoridade do príncipe (KASER, *Direito...*, p. 444-7 e 466).

²⁴¹ Como afirma Milton Paulo de Carvalho, "a oferta da contestação tinha um sentido jurídico-material, derivado da concepção privatística (imantentista) da ação e do processo" (CARVALHO, *Do pedido...*, p. 131).

²⁴² BERZOSA FRANCOS, *Demanda...*, p. 90.

²⁴³ BETTI, *Diritto...*, p. 470.

²⁴⁴ FAIREN GUILLÉN, *La transformación...*, p. 125.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 126.

introduzida pelo demandante, restando, pois, superada a dificuldade apresentada pela corrente que defende a proibição de modificação da demanda. O contraditório traduz-se, portanto, no principal instrumento de equalização das posições jurídicas subjetivas, quando da adoção da técnica aqui tratada.

Todavia, não constitui esse o único fundamento da proibição tão destacada. A propósito, Ferri estabelece uma estreita ligação entre a proibição ou não de modificação da demanda e o princípio inquisitivo. Para ele, o poder de o autor modificá-la encontra como limite a mesma determinação dos poderes inquisitivos do juiz. Em outras palavras, o limite que encontra o juiz na busca da verdade corresponde àquele encontrado pelas partes na modificação da demanda.²⁴⁶ Ferri conclui que no processo soviético e nos antigos países socialistas do leste Europeu, tinham as partes um amplo poder de modificar a demanda no curso do processo.²⁴⁷

Contudo, ao contrário do que defendeu Ferri, embora exista uma conexão entre os poderes que possui o juiz e aqueles que detêm as partes, não se pode estabelecer uma íntima relação entre a vigência do princípio inquisitório e a possibilidade ou faculdade de modificação da demanda. Em que pese a vigência de determinado princípio condicionar todas as suas instituições, inexistente qualquer influência dos princípios dispositivo ou inquisitório no que toca à proibição ou não da modificação da demanda.²⁴⁸

Trata-se, pois, mais de um problema de técnica processual²⁴⁹ do que de princípios que regulem ou determinem os poderes do juiz e das partes.²⁵⁰

2.2.1 Forma oral e forma escrita

A oralidade²⁵¹, no processo, tende a ser um facilitador para a modificação da demanda.

²⁴⁶ FERRI, *Struttura...*, p. 19.

²⁴⁷ BERZOSA FRANCOS, *Demanda...*, p. 91.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 92.

²⁴⁹ A propósito do conceito de técnica processual, cf. ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 170-3. Ainda, cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 264-71.

²⁵⁰ BERZOSA FRANCOS, *op. cit.*, p. 92.

²⁵¹ Segundo Giuseppe Chiovenda, o processo oral resolve-se na atuação dos seguintes princípios: 1) *prevalência da palavra* como meio de expressão combinada com uso de meios escritos de preparação e de documentação; 2) *imedição* da relação entre o juiz e as pessoas cujas declarações deva apreciar; 3) *identidade* das pessoas físicas que constituem o juiz durante a condução da causa; 4) *concentração* do conhecimento da causa num único período (debate) a desenvolver-se numa audiência ou em poucas audiências contíguas; 5) *irrecorribilidade das*

Num processo escrito, “a escrita é a forma das deduções; uma demanda, uma exceção, uma proposta de prova só é válida se feita por escrito”. Num processo oral, os escritos “são apenas o anúncio das declarações a fazer-se na audiência”.²⁵²

A técnica da oralidade significa privilegiar o uso da palavra nos contatos das partes com o juiz, sobretudo na realização de audiência, que serve para o juiz dialogar com os sujeitos do processo.²⁵³

É lógica a consequência de um sistema dominado pela oralidade, imediação e concentração. Considerando que num tal sistema as fases tendem a se aproximar ou se confundir temporalmente, inevitável é o enfraquecimento da preclusão.²⁵⁴

Não há dúvida de que um processo oral permitirá uma maior flexibilidade na modificação da demanda, porém isso não significa que exista uma inexorável conexão entre oralidade e alterabilidade da demanda. Contudo, a oralidade, por tornar o processo mais ágil, é mais consentânea com a possibilidade de o autor introduzir no processo novos fatos ou pedidos e de o demandado opor-se a eles. Isso porque o contato direto entre os sujeitos processuais permitirá o diálogo, que poderá levar ou não à consensual alteração objetiva da demanda.²⁵⁵

2.2.2 Ordem pública ou privada?

A concorrência dos dois interesses, público e privado, à funcionalidade do processo, dá fundamento à proibição de modificação da demanda durante o *iter* procedimental. A doutrina francesa, por exemplo, entende que a proibição tem natureza privada e, por isso, com a concordância das partes, permite a alteração. O direito processual alemão e o austríaco, ao invés, permitem a modificação ainda que sem acordo entre as partes, desde que não viole o direito de defesa do réu.²⁵⁶

Com efeito, a conciliação entre o interesse público e o interesse privado no processo é deveras difícil. Por um lado, o réu tem direito de defender-se (e, se for o caso, de ver rejeitado o pedido do autor) e de não ver violado esse direito por uma transformação da

interlocutórias em separado (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução por J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 3. p. 50-55).

²⁵² Ibidem, p. 52.

²⁵³ Ibidem, p. 174.

²⁵⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 229.

²⁵⁵ BERZOSA FRANCOS, *Demanda...*, p. 92.

²⁵⁶ GIANNOZZI, *La modificazione...*, p. 145-6.

demanda. Por outro lado, é também verdade que o Estado, como administrador da justiça, tem interesse em vê-la bem funcionar.²⁵⁷

Todavia, o interesse público da boa administração da justiça também exigiria a estabilização da demanda, pois aquela deve responder definitivamente à provocação do autor. Argumenta-se no sentido de que a possibilidade de se alterar livremente a demanda geraria instabilidade no sistema e, conseqüentemente, nas relações jurídicas em geral.²⁵⁸

Entretanto, indaga-se: o interesse público não deve, na verdade, velar pelo direito ao processo justo? E o direito ao processo justo não corresponde a um procedimento justo e a uma decisão justa? De fato, por incrível que possa parecer, o que fundamenta a modificação da demanda é o caráter essencialmente público do processo.²⁵⁹ Não pelas razões tradicionais, mas, também, porque o interesse público visa a assegurar um processo equitativo. O processo não atua conforme o interesse das partes, mas mediante o interesse das partes é que ele se desenvolve.²⁶⁰

É preciso, portanto, conciliar ambos os interesses no processo. A modificação da demanda deve ser considerada pelo ordenamento processual. Em respeito ao interesse privado, o ordenamento não deve excluir a possibilidade de as partes acordarem a modificação da demanda até o momento final da prestação da tutela jurisdicional. De outra parte, o interesse público, impõe, de um lado, a possibilidade de alteração da demanda sem a concordância do réu, em atenção ao processo justo, e, de outro, o estabelecimento de um momento para a estabilização da demanda.

2.2.3 Princípios da economia processual e da máxima eficácia do processo

O princípio da economia processual estabelece que, em cada processo, se resolva o maior número de questões possíveis, de modo a esgotar os pontos de fricção existentes entre demandante e demandado, evitando-se, portanto, ulteriores processos que tenham algum

²⁵⁷ GIANNOZZI, *La modificazione...*, p. 163-4.

²⁵⁸ CARVALHO, *Do pedido...*, p. 122.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 131.

²⁶⁰ A lição de Carnelutti demonstra que “l’interesse delle parti è *un mezzo*, per il quale lo scopo pubblico del processo si attua”. Para o autor “non si può, da nessun lato, concepire la soddisfazione o la tutela dell’interesse delle parti come scopo del processo civile. Lo scopo delle parti è di *aver ragione*; lo scopo del processo è di *dar ragione a chi la ha*”. E conclui: “Pertanto non il processo serve alle parti, ma le parti servono al processo” (CARNELUTTI, *Sistema...*, v. 1, p. 215-6).

ponto em comum com o primitivo.²⁶¹ Está relacionado, de certa forma, ao direito fundamental à razoável duração do processo, encartado, na Constituição da República Federativa do Brasil, no art. 5º, LXVIII (“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”).

Ao erigir a duração razoável do processo a direito fundamental, o legislador quis orientar tanto a atividade do próprio legislador infraconstitucional quanto a atividade do intérprete e aplicador do direito.²⁶² Com efeito, após a sua consagração, no plano constitucional, “a regra da economia processual, de natureza precipuamente técnica, transformou-se em postulado político”.²⁶³

O processo deve ser dinâmico para refletir o direito quando da decisão, evitando-se, assim, possíveis outras demandas.

A definição do princípio da economia processual é dada como “l’espressione, variabile in termini positivi, di un rapporto di proporzione fra mezzi e fini processuali”. O processo, para ter duração razoável, deve produzir resultados com a “massima efficacia ed il minor dispendio di energia possibile”, ou seja, deve “conseguire i massimi risultati com il minimo spreco delle risorse”.²⁶⁴

A partir desse enfoque, torna-se razoável permitir ao autor que altere a demanda, ainda que isso implique qualquer retardamento na resolução final do litígio, visto que a modificação poderá importar em novos trâmites processuais e dilação probatória, entre outras providências.²⁶⁵

O processo deve sim desenvolver-se com a maior rapidez possível, porém deve perseguir também o maior grau de eficácia. Essa possibilidade deve ser conjugada com a necessidade de se fixar um determinado momento do processo em que o *thema decidendum* seja estabelecido de forma definitiva.

Desse modo, as partes e o juiz saberão exatamente sobre qual objeto litigioso recairá a prestação jurisdicional. Evita-se, assim, a um só tempo, um rígido sistema preclusivo, que diminui a flexibilidade do processo, e o óbice de que do processo não se possa extrair a máxima eficácia possível.²⁶⁶

²⁶¹ BERZOSA FRANCOS, *Demanda...*, p. 93.

²⁶² Assim, afirma Comoglio, “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 razionale di interpretazione sistematica delle norme positive” (COMOGLIO, Luigi Paolo. *Il principio di economia processuale*. Padova: CEDAM, 1980. v. 1. p. 21).

²⁶³ CRUZ E TUCCI, *A causa petendi...*, p. 188.

²⁶⁴ COMOGLIO, op. cit., p. 7-8.

²⁶⁵ BERZOSA FRANCOS, *Demanda...*, p. 93.

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 94.

2.2.4 Limites temporais à modificação da demanda

A demanda deve conjugar, como já ressaltado, celeridade e eficácia. A sua modificação deve ser permitida até certo ponto do andamento processual. Isso porque o processo deve ter um fim. O discurso jurídico deve terminar. É necessário, portanto, que exista um limitador temporal à modificação da demanda. Contudo, o marco temporal que limite a modificação da demanda deve ser bem definido pelo ordenamento processual, de modo a atender tanto a economia quanto a máxima eficácia do processo.

No ordenamento jurídico processual atual, a regra responsável pela limitação temporal da modificação da demanda pelo autor é o art. 264 do CPC. Conforme a regra legal o autor, após a citação, não está autorizado a modificar, sem o consentimento do réu, o pedido ou a causa de pedir. Além disso, após o saneamento do processo²⁶⁷, em nenhuma hipótese, será permitida a alteração da demanda. Com isso, adotando um modelo rígido, o sistema impõe a estabilização da demanda.

Assim, para se alcançar a máxima eficácia do processo é palmar a necessidade de atenuação da rigidez do sistema, com a adoção de parâmetros temporais aptos a flexibilizar a estabilização da demanda, permitindo a sua alteração sem o rigor ora imposto pelo ordenamento processual. Sobre o tema, especificamente, melhor análise será realizada no capítulo seguinte.

²⁶⁷ O saneamento do processo, que substituiu o antigo despacho saneador do Código de 1939, está positivado no art. 331, §§ 2º e 3º, do CPC. Trata-se de momento procedimental destinado à organização do processo. Apesar de, tradicionalmente, ser nominado como saneamento da causa, a denominação recebeu a crítica de LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1990. p. 94. Isso porque “a atividade de saneamento propriamente dita envolve tão somente a sanção de vícios processuais eventualmente existentes nos atos do processo. Não diz respeito a providências no interesse da prova (delimitação do *thema probandum*, especificação de provas e eventual deliberação sobre o ônus da prova), nada obstante essas tradicionalmente ali encontrassem lugar” (ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, *Curso...*, v. 2, p. 39-40). Por tal razão, mais próprio é falar em *organização do processo*, a acolher tanto a função de saneamento quanto a função de condensação do litígio. A organização do processo opera, pois, em duplo sentido: retrospectivo, de modo a sanear os atos processuais de eventuais vícios do processo, e prospectivo, a fim de adequar o litígio à sua adequada instrução (MITIDIERO, *Colaboração...*, p. 131-3). Em síntese, “sanear o feito significa organizá-lo retrospectivamente, isto é, conferir se os atos processuais foram realizados na forma legal e se não existem óbices, sob essa perspectiva, para que o juízo possa analisar o mérito da causa” ou, ainda, “significa aferir a sua higidez”. Já “condensar a causa significa: (a) fixar o *thema probandum* (nossa legislação fala em fixação dos ‘pontos controvertidos’, art. 331, § 2º); (b) deliberar sobre o ônus da prova; (c) fixar quais os meios de prova serão empregados para persuasão do juízo. Condensar a causa significa, enfim, prepará-la para fins de instrução” (ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, op. cit., p. 40-1).

2.2.5 Preclusão e eventualidade

A preclusão²⁶⁸ põe em prática o desiderato de restringir a liberdade das partes no processo e, nessa linha, se coaduna com o dogma processual da inalterabilidade da demanda. Está ela intimamente relacionada com o formalismo processual, visto que “a adoção mais ou menos rígida da preclusão conduz a maior ou menor elasticidade processual”²⁶⁹.

Um processo regido por um forte sistema de preclusão dificultará, por óbvio, qualquer possibilidade de alteração daquilo que foi previamente solicitado. Ao contrário, se o processo não é concebido sob um rígido sistema preclusivo, são maiores as possibilidades de o autor introduzir modificações essenciais no processo.²⁷⁰

Influenciado pela tradição romano-canônica, a estrutura do processo germânico em vigor até o século passado era delimitada por fases preclusivas (*Präklusivstadien*), o que exigia da parte autora fixar, na introdução da demanda, todos os pontos sobre os quais deveria ser produzida a prova.²⁷¹ Essa tradicional opção processual desemboca na denominada regra

²⁶⁸ A preclusão foi sistematizada e conceituada por Chiovenda, a partir dos estudos realizados com base na obra de Oskar Bülow de 1879, *Civil prozessualische Fiktionen und Wahrheiten*, como “a perda, ou extinção, ou consumação, ou como quer que se diga, de uma faculdade processual pelo só fato de se haverem atingido os limites prescritos ao seu exercício” (CHIOVENDA, *Instituições...*, v. 3, p. 156). Conforme Giovanni Tesoriere, “il concetto chiovendiano di preclusione ripete dal modello germanico soprattutto il carattere pubblicistico, che lo rende idoneo a soddisfare esigenze di certezza piuttosto che esigenze di giustizia”. Ainda, “nell’impostazione chiovendiana, il concetto di preclusione è strettamente connesso con quello di rapporto giuridico processuale, nel senso che l’ordinamento non si limita a disciplinare le singole attività, la loro forma e il loro complesso, ma anche il loro svolgimento nel rapporto, mediante la prefissione di taluni limiti” (TESORIERE, Giovanni. *Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile*. Padova: CEDAM, 1983. p. 29 e 31). A propósito, conferir o estudo pormenorizado acerca do instituto na obra de RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Ainda, cf. a proeminente pesquisa de SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Altas, 2008.

²⁶⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 227-8.

²⁷⁰ BERZOSA FRANCOS, *Demanda...*, p. 92. A respeito, contraposto ao princípio da preclusão está o princípio da unidade da causa (*Einheit der Verhandlung, Einheitlichkeit*) ou princípio da liberdade processual (*Prozessfreiheit*). Com base nele, podem as partes apresentar suas alegações e suas provas até o momento da sentença (ALVARO DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 228).

²⁷¹ CRUZ E TUCCI, *A causa petendi...*, p. 93. Acerca do nascedouro da eventualidade, Cruz e Tucci afirma que, “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. Essa técnica passou mais tarde a ter como alicerce o denominado *princípio da concentração do ataque e da defesa* ou da *eventualidade (Eventualmaxime)*, que plasmara o antigo processo civil alemão, cujo procedimento se caracterizava pela bipartição em duas fases distintas: a primeira destinada à postulação das partes, que encerrava com a sentença sobre as provas (*Beweisurtheil*), e a segunda, na qual estas eram produzidas” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no novo CPC português*. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coords.). *Causa de pedir e pedido: questões polêmicas*. São Paulo: RT, 2002. p. 265). Contudo, observa Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que, “aspecto importante a considerar, no estudo do formalismo do processo romano, em todas as suas fases, é a ausência dos princípios da preclusão e da eventualidade, não exibindo a causa (o *judicium*) qualquer subdivisão específica”. Entende que “não invalida essa conclusão a circunstância de, no procedimento formular, estar restrito o *iudex privatus*, na consideração do caso, aos fundamentos da pretensão e defesa como mencionados na fórmula, portanto, como trazidas pelas partes anteriormente *in jure*. Tal

da eventualidade, que surgiu para impedir a transformação da demanda depois de iniciada.²⁷²

Como iterativamente se diz, o processo é uma sequência de atos concatenados que visam à consecução de um fim mediante contraditório.²⁷³ Assim, o processo pode estabelecer ou não uma divisão vertical da causa em fases, atrelando-lhes a adoção de determinadas medidas processuais. Quando o procedimento está articulado de tal forma, diz-se que impera o princípio da ordem consecutiva legal (*Prinzip der gesetzlichen Reihenfolge*). Em existindo tais fases, pode vigor ou não a regra segundo a qual os atos devem ser exercidos dentro de certos termos ou prazos, ao que se atribui a existência de fases de preclusão (*Praeklusivstadien*). Obra então o princípio da preclusão (*Preklusivprinzip*).²⁷⁴

A divisão do processo em fases traz consigo o inconveniente de que as partes possam utilizar táticas elatedoras do procedimento.²⁷⁵ Para afastar tal perigo, lança-se mão da

consequência não se devia ao princípio da preclusão ou da eventualidade, mas à natureza jurídica da fórmula, autêntico comando do Pretor para condenar ou absolver, de conformidade com as condições nela estabelecidas” (ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 46). De fato, não parece ter conhecido o direito romano pós-clássico a regra da eventualidade, pois, como acentua Guilherme Freire de Barros Teixeira, “embora a supressão da bipartição de instâncias tenha determinado o desenvolvimento do processo em apenas uma fase, impondo aos litigantes, a princípio, independentemente da natureza da ação, a exposição, em um único momento, de todas as alegações disponíveis, ainda não se pode cogitar do surgimento da regra da eventualidade, uma vez que a *appellatio* possibilitava às partes a dedução de novos fatos, novas provas, novas questões, acarretando a desnecessidade de utilização simultânea de todos os meios de ataque e defesa, dada a considerável atenuação da preclusão” (TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: RT, 2005. p. 74). A origem parece mesmo estar no direito comum alemão (SEGNI, Antonio. Il principio di eventualità. In: _____. *Scritti giuridici*. Torino: UTET, 1965. v. 1. p. 348), embora tangencialmente tenha atingido a eventualidade a Decretal de Inocêncio III, de 1204, que adotou um procedimento sumário, estabelecendo a fixação de um prazo determinado pelo juiz, para a alegação de todas as exceções dilatórias, sob pena de não mais podê-lo fazer (TEIXEIRA, op. cit., p. 79, nota n. 27). Apesar disso, aponta, ainda, Alvaro de Oliveira outras correntes que atribuem a origem da eventualidade aos estatutos das cidades-Estado italianas e ao procedimento do *Reichskammergericht*. Aliás, no escólio de Alvaro de Oliveira, Troller também “considera incorreto atribuir ao processo romano-canônico a descoberta da máxima, em virtude de neste vigorar a doutrina da *insufflatio*, a facultar ao magistrado, à vista de fatos novos, o renascimento do processo terminado por força de prazos extintivos. Segundo ele, a prática passou por cima do princípio também nas cidades-Estado italianas. Por isso considera-a criação do procedimento do *Reichskammergericht* (Tribunal Cameral do Império), cujo primeiro fruto estatal encontra-se na Dieta Imperial de Regensburg de 1507” (ALVARO DE OLIVEIRA, op. cit., p. 229-30).

²⁷² FAIREN GUILLÉN, *La transformación...*, p. 111. É imprescindível, contudo, deixar assente, com base nas lições de Heitor Vitor Mendonça Sica, que “a preclusão [...] não atua apenas no momento de fixação do objeto do litígio. É também fundamental no desenrolar das demais fases processuais, especialmente nos direitos das partes quanto à produção de provas. Por isso mesmo [...] a associação da preclusão com o princípio da eventualidade, tão recorrente, não nos parece adequada, pois o segundo fenômeno é consequência de apenas uma das manifestações do primeiro” (SICA, *Preclusão...*, p. 291-2). A observação parece deveras pertinente, pois demonstra que a preclusão processual não está totalmente vinculada ao princípio da eventualidade. Essa associação apenas se verifica quando o sistema adota um momento de fixação do objeto litigioso. Nesse particular, ressalta evidente a necessidade de análise de ambos os institutos, pois aqui interessa, bem entendido, o estudo da estabilização dos elementos objetivos da demanda.

²⁷³ FAZZALARI, Elio. Procedimento (teoria generale). In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1986. v. 35. p. 827-8.

²⁷⁴ MILLAR, Robert Wyness. *Los principios formativos del procedimiento civil*. Buenos Aires: Ediar, 1945. p. 95-6.

²⁷⁵ Conforme Alvaro de Oliveira, “esse aspecto determinou que, na Idade Média, os Papas, a jurisprudência, a legislação local e os usos judiciais passassem a se preocupar com a adoção de medidas apropriadas para evitar

máxima da eventualidade, segundo a qual as alegações e defesas das partes devem ser concentradas num único ato.²⁷⁶ As partes devem, desde logo, colocar as cartas na mesa.²⁷⁷

A propósito, James Goldschmidt acusa o contrassenso da aplicação extremada do princípio com a seguinte fórmula: “En primer término, no me has dado dinero alguno, eso no es verdad. 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, y está pendiente el juramento”.²⁷⁸

No direito brasileiro, é da tradição do processo a adoção da regra da eventualidade²⁷⁹⁻²⁸⁰, que é contemplada pelos artigos 264, 276, 294, 300, 303, 321, 474 e 517 do Código de Processo Civil. O procedimento sumário, segundo o art. 276 do CPC, chega a exigir que o autor apresente, juntamente com a petição inicial, o rol de testemunhas e também os quesitos, se requerer perícia.²⁸¹

Como já referido alhures, a eventualidade não é o pressuposto da substanciação. Trata-

resultado tão indesejável. Situa-se entre essas, em primeiro lugar, a Decretal de Inocêncio III (X 2.25.4), de 1204, pela qual o juiz deveria fixar prazo determinado para a alegação de todas as exceções dilatórias, findo o qual em princípio não mais poderiam ser exercitadas. Erudito ensaio atribui a essa regulação papal a condição de precursora da assim chamada *Eventualmaxime* do processo comum alemão. Já outras vezes, não menos autorizadas, imputam sua origem ora ao próprio processo comum alemão, ora aos estatutos das cidades-Estado italianas, ora ao procedimento do *Reichskammersgericht*” (ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 229).

²⁷⁶ Segundo Wyness Millar, o princípio da eventualidade, também podendo ser denominado de princípio de ataque e defesa global, supõe que as partes, nas respectivas fases do processo, devam apresentar simultaneamente, e não consecutivamente, todas as alegações e elementos de prova que digam respeito às respectivas fases, sejam compatíveis ou não entre si, e ainda que o pronunciamento sobre uma questão possa tornar desnecessário o pronunciamento sobre as demais (MILLAR, *Los principios...*, p. 96-7).

²⁷⁷ Afirma Picardi que “vige comunque – in armonia con l’esigenza di lealtà e probità che deve permeare il comportamento processuale – il principio che entrambe le parti, come si è detto, mettano le ‘carte in tavola’ già dal primo atto” (PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2010. p. 281).

²⁷⁸ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Tradução por Leonardo Pietro Castro. Madrid: Labor, 1936. p. 85. Adverte, entretanto, Alvaro de Oliveira, que Leonardo Pietro Castro traduziu a frase “und der Eid, er hängt” como “está pendiente el juramento”, quando, segundo Max Kummer, “hängen = im ungewissen bleiben”, ou seja, significa permanecer incerto, duvidoso. Em sua tradução livre, a passagem diz o seguinte: “Primeiro não me deste nenhum dinheiro; isso não é verdade. Segundo, foi devolvido faz já um ano. Terceiro, tu me asseguraste que tinha sido dado de presente. Quarto, a dívida prescreveu e o juramento permanece incerto” (ALVARO DE OLIVEIRA, op. cit., p. 230-1).

²⁷⁹ CRUZ E TUCCI, *A causa petendi...*, p. 158.

²⁸⁰ Aponta Liebman que o processo brasileiro herdou do processo comum medieval dois princípios: “o de uma ordem legal necessária das atividades processuais, como uma sucessão de estádios ou fases diversas, nitidamente separadas entre si [...]; e o princípio da *eventualidade*, que obriga as partes a propor ao mesmo tempo todos os meios de ataque ou de defesa, ainda que contraditórios entre si” (LIEBMAN, Enrico Tullio. Notas. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução por J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 3. p. 158, nota n. 1).

²⁸¹ Segundo Alvaro de Oliveira, tal exigência serviria “para o juiz melhor ajuizar da conveniência da conversão do procedimento em ordinário, permitida nas causas que reclamarem prova técnica de maior complexidade (art. 277, § 5º)”. O autor critica a orientação, afirmando que, “além de ser duvidoso preste-se a regra para tal finalidade, podendo o juiz melhor avaliar a conveniência da conversão pelo exame dos fatos da causa, não haveria a necessidade de se onerar a parte com exercício imaginativo dessa ordem, porque o novo sistema concebe duas audiências, a de conciliação e a de instrução e julgamento (art. 278, § 2º), havendo entre ambas intervalo de tempo suficiente para a formulação dos quesitos, em ocasião mais madura porque ciente o autor dos termos da resposta” (ALVARO DE OLIVEIRA, op. cit., p. 231).

se de aspeto importante, pois as consequências de se mitigar ou não a eventualidade no sistema se mostram no âmbito da alterabilidade e da estabilização da demanda. A máxima está, isto sim, relacionada à adoção de um modelo rígido ou flexível de processo.

Embora defenda que a experiência tem demonstrado que a máxima da eventualidade, quando moderadamente adotada, não impede a rápida solução do litígio, afirma Alois Troller que não existem, na verdade, razoáveis motivos para se proibir às partes deduzir novos fatos, quando assim requerer o curso do processo.²⁸²

Aliás, Antonio Segni posiciona-se contrariamente à sua adoção. Segundo ele, a preclusão se opera de forma mecânica e é inútil quando aplicada a certas conclusões e exceções. Para ele, ainda, a causa deve ser decidida com base na investigação da verdade, caso contrário se dá lugar, muitas vezes, à injustiça, que não corresponde à realidade jurídica.²⁸³

2.3 Alteração da demanda e o princípio dispositivo em sentido material

Como já asseverado neste trabalho, a atuação da jurisdição pressupõe um interessado em obtê-la.²⁸⁴ Isso significa que o Estado não atua sem a iniciativa da parte. Além disso, quando o Estado exerce jurisdição, exerce-a sobre aquilo pelo qual foi instado a se manifestar.²⁸⁵ A ideia vai analisada sob dupla perspectiva: a do autor, que age em juízo, requerendo a tutela; e a do juiz, que deve exercitar a função jurisdicional, pronunciando uma decisão sobre a tutela requerida.²⁸⁶

E dois são os fundamentos pelos quais o Estado outorga ao interessado o poder de iniciar a prestação jurisdicional e fixar o seu objeto. De um lado, por estar o processo inserido no contexto do Estado Constitucional, natural que se atribua à parte a liberdade em delimitar o direito que pretende ver satisfeito. De outro lado, o princípio tem por finalidade resguardar a imparcialidade do juiz, na medida em que lhe é defeso tomar partido por determinada tese

²⁸² TROLLER, *Dos fundamentos...*, p. 101.

²⁸³ SEGNI, *Il principio...*, p. 355.

²⁸⁴ Assim já era no direito romano, como mostra Giuseppe Chiovenda (CHIOVENDA, Giuseppe. *L'idea romana nel processo civile moderno*. In: _____. *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993. v. 3. p. 79).

²⁸⁵ BAPTISTA DA SILVA, *Curso...*, v. 1, t. I, p. 167.

²⁸⁶ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Il processo ordinario di cognizione. 5. ed. Bologna: Il Mulino, 2011. v. 1. p. 269.

posta em questão.²⁸⁷

São, na verdade, dois pontos de vista que se congregam para fundamentar o conceito do princípio da demanda ou princípio dispositivo em sentido material. Do ponto de vista das partes, o princípio diz respeito à conveniência e oportunidade que estas detêm em propor uma demanda em juízo e delimitar seu conteúdo (liberdade). Sob o ângulo estatal, o princípio concerne também ao conteúdo da demanda, mas mais especificamente sobre aquilo que o juiz deverá se manifestar (imparcialidade).

Com efeito, o princípio está intimamente ligado ao tema da alterabilidade da demanda e sua estabilização, pois, em suma, determina que o juiz não pode alterá-la por sua própria iniciativa.²⁸⁸ O juiz está, pois, vinculado ao material trazido a juízo pela parte e sobre ele deve pronunciar-se e tão somente.²⁸⁹ É, em última análise, corolário do direito fundamental ao juiz natural.²⁹⁰

Segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “nessa matéria ressalta com força uma das mais importantes manifestações do formalismo processual, a clara tensão entre o direito processual e o direito material, porquanto corre este o risco de sucumbir em virtude de considerações puramente formais”.²⁹¹

Com o registro da advertência de que o princípio não tinha a mesma roupagem atual, é inegável que se possa visualizar o seu nascimento no direito romano. De forma muito evidente, estava o *iudex* vinculado à fórmula emitida pelo pretor, que fixava os limites da atuação judicial daquele.²⁹² O que importa é registrar que “a história demonstra, há muito

²⁸⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição*. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006. p. 588.

²⁸⁸ Conforme Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “o princípio dispositivo revela-se fundamental para a exata apreciação da dimensão dos poderes de iniciativa do juiz e das partes” (ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 197).

²⁸⁹ A propósito, os antigos já diziam: *Sententia debet esse conformis libello* (CHIOVENDA, *Identificazione...*, p. 157-77). Aliás, é o que se pode denominar de princípio da congruência entre o pedido e a sentença, derivado, portanto, do princípio da demanda (GRASSO, Eduardo. *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e le nullità da ultra e da extrapetizione*. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, 1965. p. 387-429). Com efeito, outra não é a conclusão de Chiovenda: “il principio “*sententia debet esse conformis libello*” non è che la conseguenza logica del principio più generale “*ne procedet iudex ex officio*” (CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 157-8).

²⁹⁰ A propósito, “o direito fundamental ao juiz natural envolve, no mínimo, dois aspectos relevantes: (a) a independência e a imparcialidade jurisdicional e (b) a predeterminação de critérios específicos para fixação da competência jurisdicional. Juiz natural é juiz imparcial, independente e competente”. E a imparcialidade determina “a necessidade de ser acometida às partes a tarefa de formular o pedido e fixar o objeto litigioso do processo (*nemo iudex in re sua*), vedando-se ao juiz a possibilidade de iniciar o processo de ofício (*nemo iudex sine actore*). Daí decorre o chamado princípio dispositivo em sentido material ou da demanda” (ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, *Curso...*, v. 1, p. 31-2).

²⁹¹ ALVARO DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 196-7.

²⁹² SCIALOJA, *Procedura...*, p. 163-4. A propósito, as lições de Gaio demonstram que “O juiz deve ter ainda em conta, quando na condenação se especifica uma dada quantia, a não condenar ao pagamento de uma soma nem

tempo, a predominância absoluta deste princípio”, de modo que também o direito brasileiro, desde as Ordenações do Reino, encampou o princípio ora tratado.²⁹³

Todavia, a pesquisa doutrinária demonstra que o princípio da demanda amiúde é confundido com o princípio dispositivo em sentido formal.²⁹⁴ Na verdade, não se verifica, propriamente, uma distinção a respeito do tema por parte da doutrina, quando a maioria dos autores aborda o assunto.²⁹⁵

O tema merece, portanto, uma análise mais detalhada, que vai procedida à luz da releitura de Mauro Cappelletti, que, a fim de demonstrar que a iniciativa probatória do juiz não afeta o princípio dispositivo²⁹⁶, reelabora os conceitos.

O autor parte da pesquisa realizada por Tito Carnacini²⁹⁷, reputando-a “l’unico contributo dommatico” a respeito da temática.²⁹⁸ Aliás, desde a leitura de Tito Carnacini, o princípio dispositivo (entendido como dever de iniciativa instrutória de ofício) é atacado pela crítica.²⁹⁹

Após aplaudir a obra de Carnacini, Mauro Cappelletti reúne as relevantes conclusões daquele autor:

a) o processo serve à parte, por ser instrumento para a tutela jurisdicional; porém, o processo tem suas próprias exigências, ou seja, os sujeitos que dele se valem devem se adaptar ao seu mecanismo interno e a ele conformar a própria atividade;

b) as normas, os deveres, os poderes e, sobretudo, os atos que se referem ao momento

superior nem inferior, pois de outro modo será responsabilizado pelo resultado do processo” (Gaio, IV, § 52) (GAIO, *Instituições*, p. 434).

²⁹³ ARENHART, Reflexões..., p. 588.

²⁹⁴ A ponto de Francesco Carnelutti ter afirmado: “secondo me non vi è alcuna differenza essenziale nei motivi che giustificano il potere attribuito alla parte di iniziare o non iniziare il processo o di proporre o non proporre la prova per testimoni” (CARNELUTTI, Francesco. *La prova civile*. 2. ed. Roma: Ateneo, 1947. p. 16-7, nota n. 2). De forma crítica, adverte Ovídio A. Baptista da Silva que, “de um modo geral, não se faz distinção entre o princípio dispositivo e o chamado princípio de demanda” (BAPTISTA DA SILVA, *Curso...*, v. 1, t. I, p. 46). No mesmo sentido, Sérgio Cruz Arenhart assevera que “é comum ter como idênticos os princípios da demanda e dispositivo, normalmente associados à mesma idéia” (ARENHART, op. cit., p. 590).

²⁹⁵ Assim denuncia BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. In: _____. *Temas de direito processual (quarta série)*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 43.

²⁹⁶ “L’assunto della presente sezione è invece quello di dimostrare l’assoluta compatibilità di questo metodo [aludindo ao interrogatório de iniciativa do juiz], col cosiddetto principio dispositivo. Sembra assai importante, infatti, per l’esatta comprensione del nostro istituto, dissipare un diffusissimo equivoco: quello di ritenere che la utilizzazione del sapere delle parti mediante lo strumento dell’interrogatorio libero, semplice e giurato, sia inconciliabile col carattere ‘dispositivo’ del processo civile” (CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità*. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile. Milano: Giuffrè, 1962. v. 1. p. 303-4).

²⁹⁷ CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e tecnica del processo. In: *Studi In Onore Di Enrico Redenti Nel XL Anno Del Suo Insegnamento*. Milano: Giuffrè, 1951. v. 2. p. 693-772.

²⁹⁸ CAPPELLETTI, op. cit., p. 305.

²⁹⁹ RICCI, Edoardo F. Il principio dispositivo come problema di diritto vigente, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1974. p. 380.

da postulação da tutela do interesse material são distintos das normas, dos poderes, dos deveres e, em particular, dos atos referentes à técnica e estrutura interna do processo. No primeiro momento, a parte dispõe de seu interesse material. No segundo, a parte escolhe a técnica e os meios processuais que lhe pareçam os mais adequados para perseguir o objeto desejado;

c) respectivamente, a doutrina alemã denomina o primeiro momento de *Dispositionsmaxime* (ou *Verfügungsgrundsatz*: princípio dispositivo); e o segundo, *Verhandlungsmaxime* (o que chamam os italianos de “*principio della trattazione*”).³⁰⁰

Carnacini conseguiu explicar como os dois conceitos, “fusi e confusi per lungo tempo”, também na doutrina alemã, foram cada vez mais precisados, até chegar ao ponto de representarem, hoje, de um lado, a expressão do poder monopolístico da parte de dispor do interesse material e da tutela jurisdicional (*nemo iudex sine actore; ne eat iudex ultra petita partium*) e, de outro lado, o (eventual) poder monopolístico da parte de determinar, a cada passo, também o curso meramente interno e formal do processo, ou seja, a técnica instrumental do procedimento (*iudex ex officio non procedit*, entendido em sentido estrito).³⁰¹

Cappelletti consente a distinção de Carnacini, mas dissente do tratamento da disciplina sob o mesmo plano. A intenção de Cappelletti é demonstrar, por meio do tratamento do problema sob planos distintos – material e processual –, que há grave contradição no pensamento daqueles que pretendem deduzir do caráter privado e disponível do objeto litigioso do processo também a disponibilidade da técnica processual na estrutura interna do processo.³⁰²

Segundo Cappelletti, embora seja consequência lógica e necessária do caráter privado do objeto litigioso do processo que é o titular (ou quem se afirme titular) desse objeto quem provoca a atuação da jurisdição (*nemo iudex sine actore*), dispondo livremente do direito de ação (*nemo invitus agere cogitur*), escolhendo exercitá-la ou não, delimitando o *petitum* e a *causa petendi*, bem como que o juiz deve se limitar a julgar conforme esses limites (*ne iudex*

³⁰⁰ CAPPELLETTI, *La testimonianza...*, v. 1, p. 305-7. Sobre a última conclusão, referente aos conceitos de *Dispositionsmaxime* e a *Verhandlungsmaxime*, na obra de Robert Wyness Millar, em que o autor cita diversos doutrinadores alemães, expondo seus conceitos acerca das máximas referidas, pode-se verificar a confusão sobre elas existente, por vezes compreendendo em ambos os conceitos os dois momentos por Carnacini identificados. Aliás, Millar observa que não existe concordância de opiniões acerca da relação entre os princípios dispositivo e do debate, referindo a existência de um ponto de vista que considera o último como integrante do primeiro, enquanto outro insiste na independência dos conceitos (MILLAR, *Los principios...*, p. 65). A propósito da última observação, consultando-se a obra de Schönke, pode-se verificar que o autor incorre na mesma confusão denunciada. Para ele, chama-se de princípio dispositivo “aquele que en proceso civil atribuye a las partes la tarea de estimular la actividad judicial y aportar los materiales del proceso” (SCHÖNKE, Adolf. *Derecho procesal civil*. Tradução por Pietro Castro. Barcelona: Bosch, 1950. p. 31).

³⁰¹ CAPPELLETTI, op. cit., p. 307-9.

³⁰² Ibidem, p. 318-9.

judicet ultra petita partium; sententia debet esse conformis libelo), disso não resulta, necessariamente, que o juiz não possa exercitar seus poderes de iniciativa e de direção formal e material do processo (este dentro dos limites da vontade monopolística da parte quanto à fixação do objeto litigioso do processo).³⁰³

Cappelletti, portanto, demonstra que o princípio dispositivo não pode ser visto apenas sob o aspecto do direito material. O princípio opera em planos diferentes (material e processual). Isso significa que não necessariamente o princípio, como pretende a máxima do debate (*Verhandlungsmaxime*), deva deixar tudo depender da iniciativa das partes e nada se deva conhecer de ofício.³⁰⁴

O grande jurista ainda critica o significado compreensivo de ambos os aspectos do aforismo *judex secundum allegata et probata a partibus judicare debet*³⁰⁵, dado à máxima do debate (*Verhandlungsmaxime*) pela doutrina que chama ele de distintiva (*sceveratrice*). Ressalta que os poderes monopolísticos das partes não se afiguram consequência logicamente necessária da natureza privada do objeto litigioso do processo, tanto em relação aos poderes das partes em tema de iniciativa probatória, quanto em tema de alegação dos fatos.³⁰⁶

Conclui, enfim, que já é hora de falar sobre a alegação dos fatos como ato imperativo ou normativo, com o qual a parte fixa, vinculando o juiz, o momento causal da demanda (*causa petendi*). Assim, a alegação dos fatos não pode ser inserida na categoria dos atos processuais das partes, na qual vige a máxima do debate (*Verhandlungsmaxime*); mas deve ser inserida na categoria da demanda judicial, sujeitando-se ao poder dispositivo das partes (*Dispositionsmaxime*), como consequência do caráter privado do objeto litigioso.³⁰⁷

Entretanto, ao juiz compete o poder e até o dever de suprir, mediante “*la interrogatio ad clarificandum*”, expressão essencial do poder judicial de direção material do processo, a

³⁰³ CAPPELLETTI, *La testimonianza...*, v. 1, p. 325-7.

³⁰⁴ Ibidem, p. 327.

³⁰⁵ A respeito da máxima, demonstra Joan Picó i Junoy que ela é fruto de uma história mal contada. O verdadeiro brocardo, conforme pesquisa realizada pelo autor sobre as fontes históricas da doutrina do *ius commune*, é a expressão *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*. Ao longo de sua obra, Picó i Junoy demonstra que a máxima modernamente concebida como *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium* não é correta. Atribui à doutrina alemã, em especial a Adolf Wach, e à doutrina italiana, em especial a Giuseppe Chiovenda, a errônea formulação da máxima. A modificação do verdadeiro brocardo se dá com a introdução da expressão *partium* e com a supressão da expressão *non secundum conscientiam*. Com isso, pretendeu-se legitimar, por meio da história, que o juiz não poderia ter nenhuma iniciativa probatória, em razão da ideologia liberal que permeava a época, pois queria se evitar a intromissão do público no privado. Enfim, conclui que a verdadeira história é que a tradição jurídica acolhe tão somente o dever de congruência entre o pedido e a sentença, impedindo-se, assim, apenas o conhecimento privado do juiz, mas não sua iniciativa probatória (PICÓ I JUNOY, Joan. *El juez y la prueba*. Estudio de la errônea recepción del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* y su repercusión actual. Barcelona: Bosch, 2007, *passim*).

³⁰⁶ CAPPELLETTI, op. cit., p. 328-9.

³⁰⁷ Ibidem, p. 329-30.

falta de atividade processual da parte e também, em particular, em tema de alegações.³⁰⁸ Em outras palavras, como bem resume Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior, “não perde o caráter *dispositivo* o processo que, resguardando o monopólio das partes quanto à iniciativa da demanda e os limites dessa, viabilize a iniciativa oficial em matéria de prova”. Isso porque, embora o objeto litigioso seja privado, o processo é público. Aliás, como bem ressalta o citado autor, não há confundir publicização do objeto litigioso do processo com publicização do próprio processo.³⁰⁹

Assim, contraposto ao princípio dispositivo está o princípio inquisitório.³¹⁰ Para Cappelletti, um processo é inquisitório quando o juiz, não vinculado a julgar *secundum allegata et probata a partibus*, possa livremente buscar os fatos ou investigar a verdade dos fatos a embasar sua decisão.³¹¹ Ressalta, entretanto, que prescindir da iniciativa para a demanda não é o mesmo que prescindir da iniciativa probatória. No primeiro caso, ataca-se o princípio dispositivo. Nesse caso, opera-se, mais do que a publicização do processo, a publicização do objeto litigioso do processo. No segundo, o golpe se dá sobre a máxima do

³⁰⁸ “Ma questo potere giudiciale dovrà, in un processo a tipo dispositivo, essere inteso nel senso che il giudice possa *mettere in guardia* la parte circa eventuali lacune, imperfezioni, contraddizioni delle sue allegazioni, e offrire così alla parte l’occasione, ma non più che l’occasione, di precisare, di chiarire, d’integrare dette allegazioni e in tal modo di perfezionare, o addirittura (nei limiti di legge) di mutare, *sempre che essa lo voglia*, la propria domanda; non però anche nel senso che il giudice possa senz’altro e di ufficio esorbitare dalle allegazioni, volute proporre dalle parti, e giudicare dunque, in ultima analisi, fuori dei limiti dell’azione: se non propriamente *ultra petita*, certo *extra allegata* ossia *extra causam petendi*, con palese conseguente violazione dei principii stessi espressi dagli aforismi sopra ricordati” (CAPPELLETTI, *La testimonianza...*, v. 1, p. 331-2).

³⁰⁹ DALL’AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. O princípio dispositivo no pensamento de Mauro Cappelletti. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: AJURIS, n. 46, jul. 1989. p. 103.

³¹⁰ Observa Michele Taruffo que o termo “inquisitório” é carregado de implicações retóricas, a ponto de torná-lo enganoso e, na maioria das vezes inútil, pois é evocado, mais ou menos explicitamente, sob o espectro da Santa Inquisição, na qual o acusado não tinha qualquer poder de defesa diante do tribunal onipotente, a fim de atribuir um caráter negativo a todos os aspectos aos quais vem referido. Segundo Taruffo, “il termine ‘inquisitorio’ è poi fuorviante perchè non è mai esistito, e non esiste ora in alcun ordinamento, un processo civile che possa considerarsi davvero inquisitorio: nel quale, cioè, le parti non abbiano diritti o garanzie e tutto il processo venga posto in essere d’ufficio dal giudice” (TARUFFO, Michele. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, 2006. p. 452). Além disso, Taruffo aponta para a contraposição entre processo adversarial, típico dos ordenamentos de *common law*, e processo inquisitivo, típico dos ordenamentos de *civil law*, denunciando que tal contraposição, se algum dia teve sentido, já está certamente desgastada, superada e substancialmente inútil como instrumento de análise. Isso porque se pode observar que os processos de *common law* foram frequentemente inquisitivos ou *nonadversary*. Assevera que, hoje, são numerosos os processos que se desenvolvem por uma presença ativa do juiz. De outro lado, afirma que todos os processos civis de *civil law* foram ou são menos do que inquisitivos. Para isso, basta considerar que agora o contraditório entre as partes é geralmente assegurado em medida mais que suficiente. E arremata: se “inquisitivo”, como concebido pela história, significa que as partes não podem defender-se, então não existem no *civil law* processos suscetíveis de serem definidos como inquisitivos. Se, entretanto, concebe-se inquisitivo o processo em que o juiz detém poderes de iniciativa probatória, a discussão muda de sentido, mas, também aí, a distinção é infundada, pois basta lembrar na experiência do processo liberal clássico, em que o juiz era privado de tais poderes, para demonstrar que nada mais estranho à história do processo civil de *civil law* do que um modelo processual verdadeiramente inquisitivo (TARUFFO, Michele. Il processo civile di *civil law* e di *common law*: aspetti fondamentali. In: _____. *Sui confini*. Scritti sulla giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002. p. 73-5). Nesse sentido, ainda, CHASE, Oscar; HERSHKOFF, Helen (orgs.). *Civil litigation in comparative context*. St. Paul: Thomson-West, 2007. p. 3-4.

³¹¹ CAPPELLETTI, op. cit., p. 354.

debate, pois sequer se limita o caráter privado-disponível do objeto litigioso, constituindo um fenômeno de mera técnica processual. São, portanto, dois fenômenos distintos.³¹²

Assim, a partir da distinção realizada por Carnacini entre *dispositivo* e *debate*, Cappelletti desenvolve mais profundamente as ideias acerca dos princípios dispositivo e inquisitório. Ao analisar o princípio inquisitório, acaba por propor a denominação do princípio inquisitório em sentido material ou em sentido próprio, indicando o fenômeno da desvinculação judicial à alegação dos fatos constitutivos sob iniciativa das partes; e do princípio inquisitório em sentido processual ou em sentido impróprio, indicando, ao invés, o fenômeno da eliminação do poder monopolístico das partes em relação à iniciativa probatória, que se reflete, não mais no plano material, mas no processual.³¹³

Após essa análise, Cappelletti vai além e estende essa classificação ao princípio dispositivo, propondo, também, a utilização correspondente de princípio dispositivo em sentido material ou em sentido próprio e princípio dispositivo em sentido processual ou em sentido impróprio. O primeiro diz, assim, respeito ao poder da parte em pedir a tutela jurisdicional e fixar o objeto litigioso do processo; e o segundo, ao vínculo do juiz à iniciativa probatória das partes.³¹⁴

Em síntese, o que Cappelletti propõe é a classificação dos princípios sob a ótica dos planos do direito material e processual. Então, a partir da distinção entre o princípio dispositivo e a máxima do debate (o que a doutrina italiana tratava de forma indiscriminada), Cappelletti desenvolve os conceitos de princípio dispositivo em sentido material e processual e princípio inquisitório em sentido material e processual, visando a demonstrar que a iniciativa probatória do juiz não afeta o dispositivo, entendido em seu sentido material.

A formulação de Cappelletti recebeu forte crítica de Liebman, que sustentou, basicamente, que atribuir poderes ao juiz seria o mesmo que retirar a sua imparcialidade, pois o julgador acabaria favorecendo uma das partes em detrimento da outra, perdendo, inclusive, a própria independência, pois acabaria valorando de modo desequilibrado as provas, as quais ele próprio obteve.³¹⁵ Essa orientação que critica a atribuição ao juiz de autônomos poderes

³¹² DALL'AGNOL JÚNIOR, O princípio..., p. 105.

³¹³ CAPPELLETTI, *La testimonianza...*, v. 1, p. 357.

³¹⁴ *Ibidem*, p. 358.

³¹⁵ Crítica Enrico Tullio Liebman a posição tomada por Mauro Cappelletti, resgatando a visão clássica do tema. Segundo Liebman, o juiz deve ser imparcial para bem desempenhar os atos processuais, isto é, não existe decisão justa se o juiz quando decide não é imparcial. Coloca, assim, o fundamento do princípio dispositivo na imparcialidade do juiz, sem a qual é impossível a prática da jurisdição. Desse modo, para Liebman, a imparcialidade e a neutralidade do juiz estariam psicologicamente comprometidas, se lhe atribui-se também a tarefa e a responsabilidade de verificar os fatos relevantes e de buscar os meios idôneos a prová-los. Entende, por isso, que outros devem ser os sujeitos dotados de poderes necessários a exercer tais tarefas, de modo que o juiz remanesça apenas com a incumbência de julgar com plena liberdade de espírito sobre as alegações e sobre as

instrutórios é, a propósito, bastante difundida.³¹⁶

Nota-se, a propósito, que subjaz a essa discussão o debate acerca da relação entre direito processual e direito material. Enquanto Cappelletti detém uma visão extraprocessual, Liebman vê o processo sob um ângulo intraprocessual. Em outras palavras, Cappelletti admite os influxos que o processo recebe do direito material. Liebman, por outro lado, comprometido com o conceitualismo processual, está preocupado com a autonomia pura e radical do processo em relação ao direito material.³¹⁷

Na verdade, é infundado o temor de que o juiz, quando é ativo, torna-se parcial ou incapaz de valorar as provas com independência, inclusive em relação àquelas de sua iniciativa. Aliás, Taruffo mostra que inexiste incompatibilidade psicológica entre pesquisa e decisão, como quer fazer crer Liebman. Se existisse, colocar-se-iam em crise todos os setores de pesquisa científica, na qual é normal que quem desenvolve a pesquisa, apresenta também os resultados. Não se pode pensar que o êxito da pesquisa esteja prejudicado ou viciado pelo fato de que foi obtido por quem a desenvolveu.³¹⁸

Na realidade, o juiz toma posição a favor de uma parte ou de outra em cada momento

provas das partes. Assim, continua, quando se controverte em torno das relações jurídicas compreendidas na plena disponibilidade da autonomia privada, torna-se natural, para não dizer inevitável, que – permanecendo o juiz em sua posição de rigorosa imparcialidade – seja conferido às partes o ônus e a inteira responsabilidade de fornecer no processo os elementos para a decisão. Sob esse ângulo, a imparcialidade, pois, estaria prejudicada, e por consequência violado o princípio dispositivo, se o juiz assumisse uma postura investigativa ou certa iniciativa provatória (LIEBMAN, Enrico Tullio, *Fondamento del principio dispositivo*. In: _____. *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962. p. 13-5). Em tempo, rebateu Cappelletti as críticas de Liebman. Segundo Cappelletti, a imparcialidade do juiz refere-se ao objeto do processo, e não ao processo. Eis a importância de separar em dois planos o princípio dispositivo. Conforme Cappelletti, a razão de ser da distinção, negada por aqueles que em ambos os casos falam de meros critérios de oportunidade, está, ao invés, em que apenas o primeiro, e não também o segundo, dos dois fenômenos (princípio dispositivo em sentido material e formal, respectivamente), é consequência necessária e inderrogável do caráter privado-disponível do objeto litigioso do processo. Aquilo que Liebman chama de princípio da demanda e que, para Cappelletti, é o princípio dispositivo em sentido próprio, não é, portanto, mera consequência de uma derogável consideração técnico-política, igual àquilo que chama Liebman, impropriamente, de princípio dispositivo; mas, ao invés, é necessária e essencial manifestação do processo civil dirigido sobre um objeto que pertence à esfera da autonomia privada, ou seja, da disponibilidade. E isso sem contar com a tese que vê no princípio da demanda a nota essencial da jurisdição. E continua: quem coloca, como tendencialmente parece fazer Liebman, sob o mesmo plano os dois princípios que claramente distinguiu Cappelletti, exclui a possibilidade de entender, na sua profunda diferença, de um lado, o fenômeno consistente na total ou quase total abolição do princípio da disponibilidade das provas e, mais em geral, da *Verhandlungsmaxime*; e, de outro lado, o fenômeno em que, encontrado em diversos ordenamentos da Europa oriental, a publicização não se limitou ao processo e à sua condução e direção, mas se estendeu ao direito material, ou seja, aboliu-se o mesmo poder monopolístico das partes, na propositura da demanda judicial, de determinar a *res in iudicium deducta* (CAPPELLETTI, *La testimonianza...*, v.1, p. 374-5).

³¹⁶ Nesse sentido, embora com certo temperamento e, inclusive, admitindo, em certas vezes, a iniciativa probatória do juiz, FAZZALARI, Elio. *La imparzialità del giudice*, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1972. p. 193-203; MONTESANO, Luigi. *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, 1978. p. 189-206.

³¹⁷ A respeito, Vittorio Denti afirma que o ensaio de Liebman sobre a ação na teoria do processo de 1949 foi a última obra daquela visão puramente processualística do processo civil, que representou “la più raffinata teorizzazione dell'autonomia del processo, sintetizzata nell'astrattezza dell'azione” (DENTI, Vittorio. *Diritto comparato e scienza del processo*, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1979. p. 354-6).

³¹⁸ TARUFFO, *Poteri...*, p. 480-1.

do processo, ou seja, todas as vezes que provê ou decide em relação ao procedimento, ou ainda resolve questões preliminares ou prejudiciais, porém ninguém pensa ou afirma que nesses momentos o juiz perca sua imparcialidade. Enfim, não existe um juiz absolutamente passivo, mas nem por isso se pode dizer que ele nunca é imparcial.³¹⁹

Além disso, ao determinar a realização de alguma prova, o juiz não possui condições de saber, de antemão, o resultado, ou seja, não sabe ele a quem a prova beneficiará. Ao juiz não importa, ainda, quem seja o “vencedor”, se autor ou réu. O que importa, para o juiz, é a “vitória” daquele que efetivamente tenha razão, isto é, daquele que merece a tutela jurisdicional do Estado.³²⁰

O juiz está comprometido com a justiça e com a verdade, razão pela qual não se pode falar em parcialidade ao exercitar seus poderes instrutórios. O remédio contra a parcialidade do juiz não é privá-lo de poderes instrutórios, mas, como conclui Taruffo, consiste na plena atuação do contraditório das partes, inclusive por obra do próprio juiz que tomou a iniciativa de obter a prova, e na necessidade de que ele decida sobre os fatos com motivação analítica e completa, racionalmente estruturada sob justificações controláveis.³²¹

Apesar de tudo que foi dito, longe de querer invalidar a teoria de Mauro Cappelletti, o seu estudo, quando concebido à luz do direito brasileiro, merece um refinamento. Isso porque o processo civil, no Brasil e à diferença da Itália, não trata eminentemente de direitos de natureza privada.³²² O processo civil brasileiro, na verdade, trabalha tanto com direitos disponíveis quanto com direitos indisponíveis.³²³ Estes dizem respeito àqueles direitos personalíssimos, os quais não são passíveis de alienação pelo titular.³²⁴ E, como se sabe,

³¹⁹ TARUFFO, Poteri..., p. 481.

³²⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 5. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 117.

³²¹ TARUFFO, op. cit., p. 482.

³²² Conforme acentua Barbosa Moreira, “pareceria razoável a expectativa de que, entre o domínio das relações jurídicas disponíveis e o das relações jurídicas indisponíveis, se pudesse estabelecer nítida contraposição, em tudo que se relacionasse com as diretrizes inspiradas no ‘princípio dispositivo’. Tais diretrizes presumivelmente se aplicariam, com exclusividade, aos processos em que se litigasse sobre relações jurídicas da primeira espécie. É o que faz crer, de modo intuitivo, a idéia de um nexo de antecedente a consequente entre a índole da relação jurídica e o regime processual adequado. Uma vez que neste o predomínio da vontade particular constitui reflexo da disponibilidade do direito, aquela deveria predominar onde quer que se cuidasse de direito disponível, e somente aí. A observação da realidade, entretanto, não confirma a expectativa. Fácil evidenciá-lo, desde logo, no que tange à iniciativa da instauração do processo. Será verdade que, ao excluir para o órgão judicial a possibilidade de proceder *ex officio*, está a lei obedecendo a uma sorte de imposição lógica resultante do caráter disponível da relação jurídica material? Não parece: na lei brasileira, como em muitas leis estrangeiras, dificilmente se descobrirá semelhante vinculação entre uma coisa e outra” (BARBOSA MOREIRA, O problema..., p. 37).

³²³ Pondera Arenhart que “mesmo nos casos em que a lide versa exclusivamente sobre direitos disponíveis, não se deve esquecer o manifesto interesse do Estado (de cunho nitidamente indisponível) de aplicar o direito objetivo e manter a paz social” (ARENHART, Reflexões..., p. 599).

³²⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1983. t. VII. p. 5-10.

Cappelletti fundamenta a liberdade do indivíduo na disponibilidade do direito material. Contudo, como nem todos os direitos materiais são disponíveis no direito brasileiro, a tese não se sustenta em todos os casos.

Com efeito, a liberdade não deve ser extraída da disponibilidade do direito material, mas da liberdade de agir em juízo e de determinar as dimensões subjetivas e objetivas da controvérsia.³²⁵ A liberdade em iniciar a demanda independe da disponibilidade ou indisponibilidade do direito material.³²⁶ Isso porque, mesmo sendo indisponível o direito, o indivíduo tem a liberdade de ajuizar ou não a demanda e fixar o seu conteúdo.³²⁷ Da mesma forma, a liberdade não se assenta no caráter privado do direito material, pois, no Brasil, o processo civil serve de instrumento, inclusive, para direitos de natureza pública, tal qual o direito administrativo, e, mesmo assim, persiste a liberdade em iniciar a demanda e fixar seu objeto litigioso.

A liberdade do indivíduo em propor a demanda e fixar o seu conteúdo funda-se, isto sim, na própria ordem constitucional. É, na verdade, extração da verdadeira noção de Estado Constitucional. E o Estado Constitucional encerra em si a conhecida ideia de Estado Democrático de Direito, que assume como objetivo, em nossa Constituição, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I). Como afirma J. J. Gomes Canotilho, “o Estado só se concebe hoje como Estado Constitucional”. E “o Estado Constitucional, para ser um estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um Estado de direito democrático”. Eis as duas qualidades do Estado Constitucional: Estado de direito e Estado democrático. Refere Canotilho que, por vezes, essas duas qualidades aparecem de forma separada. Isso porque “existem formas de domínio político onde este domínio não está domesticado em termos de Estado de direito e existem Estados de direito sem qualquer legitimação em termos democráticos”. Enfim, conclui o autor, “o *Estado constitucional democrático de direito* procura estabelecer uma conexão interna entre

³²⁵ CRUZ E TUCCI, *A causa petendi...*, p. 177.

³²⁶ Assim, MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 15.

³²⁷ Tratando do princípio da demanda, afirma Barbosa Moreira que “a incidência da regra de modo algum se restringe ao território dos direitos disponíveis. No ordenamento pátrio – e não apenas nele – vale indiferentemente para o juiz a proibição de instaurar por si mesmo o processo, quer se cogite de uma classe de direitos, quer de outra. Os direitos da personalidade, por exemplo (direito à vida, à integridade pessoal, à liberdade, ao nome, à própria imagem, à honra etc.), são normalmente indisponíveis: seguir-se-á que, estando em jogo a proteção de um deles, fica o órgão judicial autorizado a iniciar o processo? Indisponíveis são, em princípio, os direitos do fisco; mas, se este se omite na cobrança de tributo devido, cabe porventura ao juiz suprir-lhe a omissão? Ninguém, é óbvio, dará resposta afirmativa a qualquer dessas indagações” (BARBOSA MOREIRA, *O problema...*, p. 37). Nesse sentido, ainda, cf. ALVARO DE OLIVEIRA, *Teoria...*, p. 112. Assim, também, Andrea Proto Pisani entende que o princípio da demanda não encontra a sua *ratio*, o seu fundamento, na autonomia privada (PROTO PISANI, *Lezioni...*, p. 191).

democracia e Estado de direito”.³²⁸

Do Estado de direito extrai-se a noção de juridicidade, igualdade e segurança jurídica; do Estado democrático, a ideia de participação e liberdade³²⁹, esta traduzida na liberdade positiva.³³⁰ A liberdade, um dos fundamentos do princípio da demanda, funda-se, portanto, na própria noção de Estado Constitucional, “prestigiando a *autonomia da vontade* na conformação do formalismo processual”³³¹.

Nesse contexto, a liberdade das partes e a autoridade do juiz se equalizam num Estado Democrático de Direito constitucionalmente concebido. As partes detêm a liberdade de dispor de todos os meios de prova disponíveis; e o juiz detém poderes instrutórios supletivos e integrativos em relação à atividade probatória das partes, que o permite assegurar, de forma indireta, os direitos e garantias que competem às próprias partes.

Com efeito, concebendo o processo dentro da ótica do Estado Constitucional e considerando sua finalidade primordial, que é promover a justiça mediante procedimentos justos, faz-se necessária a equalização dos princípios dispositivo e inquisitório, a ponto de harmonizá-los entre si.

O formalismo ideal requer, portanto, a equação entre o princípio dispositivo em sentido material e o princípio inquisitório em sentido formal. A jurisdição continua sendo exercida apenas com a provocação do interessado, que dispõe de seu direito material, resguardando-se, no Estado Constitucional, a autonomia do indivíduo de dispor de seus interesses. O princípio dispositivo, entendido em seu sentido material, resta, pois, preservado na ótica do Estado Constitucional.

Por outro lado, o aspecto processual do princípio dispositivo é mitigado, ou seja, diminuído³³², para dar lugar também ao princípio inquisitório, entendido em seu sentido processual. O juiz deixa de assistir inerte ao andamento do processo, para participar do desenvolvimento processual, de modo a, em conjunto com as partes (ou ao menos com uma delas), perseguir o fim almejado pelo processo: a justiça do caso concreto.

³²⁸ CANOTILHO, *Direito...*, p. 92-3.

³²⁹ MITIDIERO, *Antecipação...*, p. 60-1.

³³⁰ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 99.

³³¹ ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, *Curso...*, v. 1, p. 68.

³³² Em sentido contrário, José Roberto dos Santos Bedaque entende que “o princípio dispositivo em sentido impróprio ou processual não tem razão de ser, pois entre os deveres do juiz está o de tomar iniciativa quanto à determinação dos meios probatórios, atendido o âmbito de investigação estabelecido pelas partes na determinação dos elementos objetivos da demanda (pedido e causa de pedir) (BEDAQUE, *Poderes...*, p. 102). É interessante notar que, no processo, vige, ainda, o princípio dispositivo em sentido processual, visto que as partes podem dispor sobre a suspensão do processo (art. 265, II, do CPC), desistência do processo (art. 267, VIII, e § 4º), desistência de recurso (art. 501 do CPC), etc. Contudo, o mesmo não se pode dizer no que toca ao aspecto da prova. No terreno da prova, as partes não dispõem exclusivamente dos meios de prova, motivo pelo qual, aqui, não há mesmo razão para se falar em princípio dispositivo em sentido processual.

O limite imposto, portanto, pelo princípio dispositivo em sentido material está relacionado ao objeto litigioso do processo.³³³ O objeto litigioso do processo, como visto, corresponde à pretensão ou ao mérito da demanda. Considerando que, entre as teorias da causa de pedir, o Brasil adotou a teoria da substanciação, tem relevância para o princípio dispositivo em sentido próprio os fatos constitutivos do direito do autor, devendo, pois, o juiz observá-los.³³⁴

2.4 Alteração da demanda e a regra *iura novit curia*

O direito brasileiro preteriu a teoria da individuação em favor da teoria da substanciação. Isso já denota a escolha feita pelo legislador em não configurar alteração objetiva da demanda a sua simples modificação jurídica, ou seja, o reenquadramento jurídico do fato ou fatos trazidos pelo autor não tem o condão de modificar a demanda. Resta, pois, investigar qual o limite que o juiz encontra em relação ao material jurídico da demanda, visto que este, no direito brasileiro, integra também a causa de pedir. Uma vez que a questão se liga diretamente à máxima *iura novit curia*, impõe-se seu estudo.

A dicção *iura novit curia*³³⁵ tem origem, pode-se dizer, duvidosa.³³⁶ É provável, entretanto, que sua formação derive da tensão havida entre *ius commune* e *ius municipale*, própria do direito medieval e presente sobremaneira na península itálica. O *ius commune* era considerado o direito comum do país; o *ius municipale*, por sua vez, englobava os estatutos e costumes locais. A diferença entre os dois direitos é que para o *ius commune* valia a máxima *iura novit curia*. Assim, aquele que invocasse uma norma do *ius commune* estava desonerado de provar sua existência, ao contrário daquele que alegasse uma norma do *ius municipale*.³³⁷

De fato, não se tem notícia de que a máxima deite raízes no direito romano clássico.³³⁸

³³³ ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, *Curso...*, v. 1, p. 67-8.

³³⁴ Nesse sentido Guillermo Ormazabal Sánchez, que afirma que “el principio dispositivo ha de ponerse en conexión con el *petitum* y con el ingrediente fáctico de la *causa petendi*, y no debe extrapolarse [...] al elemento jurídico de la pretensión” (ORMAZABAL SÁNCHEZ, *Iura...*, p. 88).

³³⁵ Conforme Pontes de Miranda, “aforismo de mau latim (*Iura*, em vez de *Ius*), mas de excelente enunciado” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. t. I. p. 61).

³³⁶ BAUR, Fritz. Da importância da dicção “*iura novit curia*”. Tradução por José Manoel Arruda Alvim. *Revista de processo*, São Paulo: RT, n. 3, jul./set. 1976. p. 169.

³³⁷ ORMAZABAL SÁNCHEZ, op. cit., p. 22. Por outro lado, aponta Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que, “do ponto de vista histórico, importante frisar que no processo ateniense a lei era equiparada a um instrumento de prova, devendo ser ignorada, se não provada” (ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 222).

³³⁸ Aliás, consoante Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, a máxima “custou a se fixar nos sistemas jurídicos ocidentais, tornando-se operante apenas no século XIV, porquanto na especulação medieval a questão de direito

Refere, inclusive, Fritz Baur, que ela só assumiu importância com o nascimento de uma magistratura de especialistas. Em sua origem, provavelmente, era entendida no sentido de que, por conhecer o juiz o direito, desnecessária seria a prova das normas jurídicas. Contudo, desde logo, adquiriu o significado de que a aplicação do direito compete exclusivamente ao magistrado.³³⁹

O conceito da máxima *iura novit curia* deve ser buscado no duplo papel por ela exercido: além de constituir uma técnica processual, de distribuição das tarefas dos sujeitos processuais, objetiva também sintetizar os poderes do juiz.³⁴⁰

A máxima é concebida como uma presunção: a de que o magistrado conhece o direito. Visa, pois, a sintetizar os poderes do juiz e expressar uma regra processual de divisão da atividade probatória, segundo a qual a alegação dos fatos corresponde às partes e a aplicação do direito, ao juiz. Trata-se de suas duas funções principais. A primeira função refere-se à apuração de ofício do direito aplicável; e a segunda, à investigação de ofício do direito aplicável.³⁴¹

Quando o aforismo indica a apuração de ofício do direito aplicável, situa a relação “juiz-partes” em direção ao primeiro, sinalizando os deveres correspondentes ao julgador e os correlativos direitos das partes.

São variados os deveres do juiz oriundos do *iura novit curia*. Alguns são gerais, como a submissão do juiz à lei, a proibição do *non liquet*, a obrigação de conhecer o direito; outros são mais específicos, relacionados à sua função no próprio processo, como a seleção da norma aplicável ao caso concreto e a interpretação dos fatos em relação ao direito.

Porém, o que interessa ao analisar esta função do *iura novit curia* é centrá-la nos poderes do juiz frente às partes. E desse ângulo, a manifestação mais importante do aforismo está na não vinculação do juiz às alegações das partes.³⁴²

Quando, por sua vez, a máxima indica a investigação de ofício do direito aplicável, situa a relação “juiz-partes” em direção aos segundos, sinalizando os poderes das partes frente ao juiz. Significa que as partes não precisam provar o direito. Além disso, significa que o juiz deve *pesquisar* o direito aplicável ao caso concreto (uma vez que se trata de presunção).

Distribuem-se, assim, as tarefas entre o juiz e as partes. A estas corresponde a prova

não pertencia ao domínio do certo, mas do provável. Toda ciência do direito reduzia-se, então, a uma ciência da prova, e o próprio direito não existia independentemente dela” (ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 222).

³³⁹ BAUR, Da importância..., p. 169.

³⁴⁰ EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. *Iura novit curia y aplicación judicial del derecho*. Valladolid: Lex Nova, 2000. p. 23.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 25.

³⁴² *Ibidem*, p. 26-7.

dos fatos e àquele a investigação do direito. Esta segunda função, portanto, denota que o juiz conhece melhor o direito, e as partes, os fatos, o que explica a divisão da máxima *iura novit curia* em duas funções principais: uma que define os poderes do juiz e outra que define os poderes das partes.³⁴³

A par disso, é de se indagar: até que ponto o julgador está autorizado a apreciar as pretensões do autor com base em fundamento não aduzido durante o desenvolvimento da demanda? E mais: em que medida está o juiz livre para fundamentar sua decisão de modo diverso daquele fixado pelos litigantes como as coordenadas ou o marco jurídico do debate?³⁴⁴

Já se fez a distinção entre fundamento jurídico e fundamento legal. Verificou-se que, enquanto o fundamento jurídico é a consequência jurídica atribuível a determinado(s) fato(s), o fundamento legal nada mais é do que a norma ou o dispositivo legal constante no ordenamento jurídico. A par disso, apenas é pacífica, na doutrina, a possibilidade de o julgador alterar o fundamento legal invocando pelo autor.

Remanesce, assim, a questão de saber se está o julgador vinculado à qualificação jurídica ou pode ele requalificar a demanda alterando o fundamento jurídico trazido pela parte. A questão, logicamente, está atrelada à causa de pedir e à congruência entre esta e a sentença. Contudo, refere-se, agora, ao aspecto jurídico da *causa petendi* (causa de pedir próxima), e não mais ao fático (causa de pedir remota), objeto da análise precedente, quando se tratou, especificamente, do princípio dispositivo em sentido material.

Impõe a legislação brasileira ao demandante a narração dos fatos e a postulação das consequências jurídicas advindas desse fato. Em razão disso, há quem afirme que o julgador estaria vinculado à qualificação jurídica introduzida pelo autor, não a podendo modificar.³⁴⁵ Na verdade, o debate é amplíssimo. Existem partidários de uma grande vinculação à qualificação jurídica, como Isabel Tapia Fernández³⁴⁶, e partidários de uma menor vinculação, como Juan Montero Aroca³⁴⁷. Há também quem defenda posição radical de nenhuma vinculação à causa de pedir, como Jaime Guasp.³⁴⁸⁻³⁴⁹

³⁴³ EZQUIAGA GANUZAS, *Iura...*, p. 29-31.

³⁴⁴ ORMAZABAL SÁNCHEZ, *Iura...*, p. 16.

³⁴⁵ Nesse sentido, PINTO, *A causa petendi...*, p. 86; GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 204; PICÓ I JUNOY, *La modificación...*, p. 26-31.

³⁴⁶ TAPIA FERNÁNDEZ, *El objeto...*, p. 121.

³⁴⁷ MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto; BARONA VILAR, Silvia. *Derecho jurisdiccional II*. Proceso civil. 10. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001. p. 359.

³⁴⁸ GUASP, Jaime. *Juez e hechos en el proceso civil*. Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso. Barcelona: Bosch, 1943. p. 48 e 63.

³⁴⁹ A propósito do tema, para a defesa da não vinculação do juiz ao material jurídico, conferir a obra de ORMAZABAL SÁNCHEZ, op. cit., p. 48-58. Ainda, para a crítica da não vinculação do juiz à qualificação

Contudo, impedir o julgador de requalificar a demanda, à luz dos fatos trazidos pelo demandante, não se coaduna com o formalismo ideal que busca a justiça do caso concreto, pois engessa o juiz na justa aplicação e interpretação do direito.³⁵⁰ Ao lidar com o tema ora tratado e mais especificamente com a ligação entre qualificação jurídica e responsabilidade civil (contratual ou extracontratual), Cruz e Tucci afirma que “não há se falar em modificação objetiva da demanda quando, do conjunto fático narrado pelo autor, for possível ao julgador conferir qualificação jurídica diversa daquela inicialmente declinada na exordial”. E o autor vai além em sua análise. Examina Cruz e Tucci julgado que anulou sentença de juiz de primeiro grau que reconheceu a responsabilidade objetiva do Estado, embora não invocada pelo autor. Segundo o acórdão, o magistrado decidiu *extra petita*, pois seu julgado destoou da causa de pedir. Contudo, afirma Cruz e Tucci: “a sentença do juiz monocrático estava perfeitamente correta, quando desprezou toda a discussão convergente sobre a prova do ato culposo e, com base na responsabilidade objetiva, *sem alterar quaisquer fatos*, emprestou nova moldura jurídica aos mesmos, a partir da culpa presumida do Estado”.³⁵¹

É que o juiz tem o dever de imprimir o enquadramento jurídico que o fato essencial requer, sem, é claro, alterar os fatos expostos.³⁵² Seria razoável que o Estado, representado pela Justiça, se negasse a reconhecer um direito subjetivo apenas porque a parte que o solicita não designou a norma mediante a qual o próprio Estado estabeleceu o direito?³⁵³ Evidentemente que não. Aliás, violaria o próprio princípio da igualdade, na medida em que possibilitaria que casos semelhantes recebessem tratamentos diversos.³⁵⁴

jurídica, conferir o ensaio de DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia, causa de pedir e formalismo processual*. In: MITIDIERO, Daniel (coord.). *O processo civil no estado constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 171-262.

³⁵⁰ Segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “assaz relevante, outrossim, mostra-se a importância da liberdade atribuída ao juiz na aplicação do direito, pois atua como instrumento de grande valia para o equilíbrio das partes e garantia da ‘paridade de armas’, na medida em que a ignorância do direito, seu desconhecimento ou errônea interpretação podem frustrar a tutela jurisdicional” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. *Revista Processo e Constituição*, Porto Alegre: Faculdade de Direito, UFRGS, 2004. p. 101-2).

³⁵¹ CRUZ E TUCCI, *A causa petendi...*, p. 216-9.

³⁵² *Ibidem*, p. 219. Aliás, o fato essencial, fundamental para a substanciação da demanda, é o nexo causal entre o dano e a conduta. A culpa, na hipótese, traduz-se em fato secundário, que, embora trazido pelo autor, a ele não compete a respectiva prova (*ibidem*, p. 221).

³⁵³ ORMAZABAL SÁNCHEZ, *Iura...*, p. 84.

³⁵⁴ Consoante Salvatore Satta, “il principio *iura novit curia*, che è tradizionalmente affermato, non è coesistente alla logica del giudizio. Se pertanto nella conoscenza dei fatti costitutivi del giudizio il fatto si è isolato dal fatto particolare, e per esso si è determinata la regola accennata, la ragione è estrinseca al giudizio concreto, e attiene ad esigenze di ordine generale che emergono in occasione del giudizio stesso. Queste esigenze si riassumono nella uniformità del giudizio (per quel che attiene all’elemento fatto normativo): vale a dire è necessario, come suprema garanzia di uguaglianza di trattamento fra i soggetti, che non solo il caso particolare, ma tutti i possibili casi particolari identici siano decisi nello stesso modo, quindi con identica applicazione di diritto” (SATTA, Salvatore. *Iura novit curia. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, 1955. p. 381-2). Concordando com a consideração de Satta, afirma Ormazabal Sánchez: “Tampoco carece de buen sentido la

Por que, então, a lei exige que o demandante deduza o fundamento jurídico? Ora, é um tanto óbvio que a definição inicial dos parâmetros jurídicos do debate deva-se dar a cargo do autor, na medida em que é ele quem ostenta interesse no triunfo de suas pretensões e, portanto, tem interesse também em ressaltar todos os fundamentos jurídicos favoráveis ao acolhimento da demanda. Essa definição inicial é indispensável ao funcionamento da administração da justiça, mormente diante dos altos índices de sobrecarga de trabalho da máquina pública, implicando sua ausência, inclusive, a inépcia da inicial. Aliás, sem a expressão de um fundamento jurídico concreto não há falar em justo debate processual, haja vista o direito ao contraditório. Entretanto, não se conclui daí que não possa haver, posteriormente, a modificação da qualificação jurídica pelo juiz.³⁵⁵ Pelo contrário, ela bem é possível, conforme visto neste tópico.

Contudo, “nada obstante a liberdade desfrutada pelo órgão judicial na valorização jurídica da realidade externa ao processo, podem e devem as partes para tanto contribuir”.³⁵⁶ Vale dizer: compete ao juiz a qualificação jurídica dos fatos, porém não é apanágio exclusivo dele. O juiz pode, sim, alterar a qualificação jurídica da demanda, desde que, considerado o modelo cooperativo, ative o contraditório³⁵⁷, oportunizando às partes a respectiva manifestação.³⁵⁸

Isso porque, em vários casos, a mudança da qualificação jurídica pelo juiz macula o direito de defesa.³⁵⁹ Assim, afirma Grasso, “a tutela del diritto di difesa può (e, a nostro avviso, deve) concepirsi il dovere del giudice di proporre alle parti, prima della decisione, la norma o le norme alle quali ritenga di poter riferire il caso concreto, suscitando una

consideración de Satta, [...], cuando afirma que el fundamento de la máxima *iura novit curia* radica en principio de igualdad entre los ciudadanos, que se vería vulnerado si los casos particulares fuesen resueltos conforme a criterios jurídicos distintos, rompiéndose así la ‘uniformidad del juicio’. Tolerar un diferente tratamiento de los ciudadanos en función del acierto en invocar el Derecho que les favorece no puede justificarse si no es con el fin de proteger los ya referidos intereses, garantías y derechos” (ORMAZABAL SÁNCHEZ, *Iura...*, p. 84-5).

³⁵⁵ Ibidem, p. 94-5.

³⁵⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 224.

³⁵⁷ Como bem sustenta Eduardo Grasso, a máxima *iura novit curia* não entra em choque com o princípio dispositivo, mas com o princípio do contraditório (GRASSO, Eduardo. *Dei poteri del giudice*. In: ALLORIO, Enrico (coord.). *Commentario del codice di procedura civile*. Torino: Utet, 1973. v. 1. p. 1263).

³⁵⁸ Ao contrário do que sustenta Junior Alexandre Moreira Pinto, a liberdade do juiz em alterar a qualificação jurídica decorre da máxima *iura novit curia*, mas encontra limites no contraditório, que impõe ao juiz o dever de propiciar às partes a discussão a respeito da nova perspectiva jurídica. De acordo com a linha de pensamento desenvolvida pelo autor, “a razão pela qual, em determinadas circunstâncias está o juiz autorizado a modificar o enquadramento jurídico da demanda, repousa na observância do direito ao contraditório, e não na regra *iura novit curia* (PINTO, *A causa petendi...*, p. 88).

³⁵⁹ Nas palavras de Junior Alexandre Moreira Pinto, “ao se utilizar o julgador de enquadramento ao ordenamento jurídico de forma diversa ao exposto na inicial, e não discutido na causa, esta nova disposição pode trazer consequências diversas até mesmo na esfera processual, causando surpresa e prejuízo ao réu. A subsunção dos fatos ao plano jurídico representa passagem lógica do raciocínio do julgador para a conclusão e tomada de posição a respeito do assunto. Não pode o réu ser submetido a surpresa com novos argumentos jurídicos que não tenha combatido” (ibidem, p. 86).

discussione sull'applicabilità delle medesime".³⁶⁰

Além disso, dada a tomada de consciência em relação ao caráter dialético do processo, o alcance do antigo brocardo *da mihi factum, dabo tibi ius* deve ser revisto. É, sem dúvida, arbitrário “valorizar abstratamente a disquisição ou o juízo sobre o fato, como se totalmente divorciado do juízo de direito”. Aliás, além de a primeira parte do aforismo ter deixado de ser tarefa exclusiva das partes, pois ao juiz cabe apreciar os fatos secundários, mesmo que não invocados pelas partes, não é correta a assertiva de que ao juiz cabe exclusivamente a investigação do material jurídico da demanda.³⁶¹

Eis, então, o limite que encontra a máxima *iura novit curia*: o contraditório. Não pode, pois, o julgador requalificar os fatos da demanda sem permitir às partes que discutam sobre o novo ponto de vista jurídico invocado. É o que requer o ideal formalismo processual, que visa tanto à obtenção da justiça do caso concreto quanto à obtenção de um processo justo. É dizer: o juiz deve ser o diretor material do processo.

Não se pode conceber, na verdade, que as partes sejam surpreendidas no processo.³⁶² Com efeito, o tribunal deve “dar conhecimento prévio de qual direção o direito subjetivo corre perigo”. Isso significa que a liberdade que o julgador detém na eleição da norma a aplicar, consubstanciada na máxima *iura novit curia*, não dispensa a prévia oitiva das partes acerca do novo ponto de vista imprimido ao processo. O que se pretende preservar é o princípio do contraditório.³⁶³

Em linha de conclusão, a problemática está muito mais ligada ao interesse público do que ao interesse das partes. Isso porque qualquer surpresa ou inesperado acontecimento só diminui a confiança do cidadão na administração da justiça, o que acaba deslegitimando o Poder Judiciário perante a sociedade civil. A cooperação, portanto, sobreleva-se à “autêntica garantia de democratização do processo”, impedindo que o poder do órgão judicial e a aplicação da máxima *iura novit curia* se transformem em “instrumento de opressão e autoritarismo”, que podem servir, às vezes, “a um mal explicado tecnicismo, com obstrução à efetiva e correta aplicação do direito e à justiça do caso”.³⁶⁴

³⁶⁰ GRASSO, Eduardo. *La pronuncia d'ufficio*. La pronuncia di merito. Milano: Giuffrè, 1967. p. 121.

³⁶¹ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 210-1.

³⁶² A propósito do tema, cf. COMOGLIO, Luigi Paolo. *Terza via e processo giusto*. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, 2006. p. 755-62; DENTI, Vittorio. *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, 1968. p. 217-31; FERRI, Corrado. *Sull'effettività del contraddittorio*. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano: Giuffrè, 1988. p. 780-95; GRADI, Marco. *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”*. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, 2010. p. 826-48; RICCI, Edoardo F. *La sentenza della terza via e il contraddittorio*. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, 2006. p. 750-4.

³⁶³ ALVARO DE OLIVEIRA, op. cit., p. 225-6.

³⁶⁴ *Ibidem*, p. 226.

Assim, diante da vinculação do juiz ao material fático introduzido pelo demandante e da não vinculação do juiz ao material jurídico, têm-se condições de fixar em que reside um dos problemas desta pesquisa e as implicações dessas constatações na problemática ora tratada. Além disso, o estudo do princípio da demanda e da máxima *iura novit curia* permite concluir que, enquanto a alteração dos fatos, pelo juiz, constitui mudança de demanda, os fundamentos jurídicos, quando por ele alterados, não detêm o condão de modificá-la.

2.5 Alteração dos elementos objetivos da demanda

Os elementos objetivos da demanda, como já visto, dizem respeito ao pedido e à causa de pedir. Logo, sempre que tais elementos se alterarem, estar-se-á diante da modificação objetiva da demanda. É o que se passa a analisar.

2.5.1 Alteração do pedido

O pedido constitui o objeto da demanda. A demanda, por sua vez, tem seus contornos estabelecidos pelo pedido e pela causa de pedir formulados pelo autor. A atividade judicial deve, pois, observar esses limites. O princípio da demanda está fortemente enraizado no direito processual civil brasileiro. Por outro lado, a estabilização da demanda constitui dogma que impede o autor de readequá-la uma vez proposta.

A alteração do pedido corresponde à redução, modificação ou ampliação do objeto imediato ou mediato da demanda, no tempo procedimental adequado, com a audiência do réu e com a aprovação do juiz.³⁶⁵

A redução do pedido ocorre quando o autor substitui o objeto imediato, solicitando um provimento menos gravoso ao réu, ou diminui quantitativamente o objeto mediato ou, ainda, substituindo este por um objeto igualmente menos oneroso. A primeira hipótese pode ser exemplificada pela substituição de um pedido de condenação para um pedido de declaração. A segunda prescinde de exemplificação. A terceira ocorre, por exemplo, quando o autor substitui o pedido de pagamento de indenização *in pecunia* por um pedido de reparação *in natura*.

³⁶⁵ CARVALHO, *Do pedido...*, p. 134.

A modificação do pedido consiste na substituição do objeto imediato ou mediato, porém sem abrandar ou onerar a posição jurídica do réu. A primeira pode ocorrer quando o autor substitui o pedido constitutivo por um pedido condenatório. A segunda, quando o autor, por exemplo, inicialmente postula a rescisão do contrato, para, posteriormente, pretender o cumprimento da obrigação.

A ampliação do pedido resulta da substituição do objeto imediato ou mediato por um mais oneroso à posição jurídica do réu. A primeira pode ocorrer quando o réu substitui o pedido declaratório, inicialmente formulado, por um pedido condenatório ou constitutivo. A segunda, quando o autor aumenta quantitativamente o bem jurídico pretendido.³⁶⁶

A alteração do pedido deve obedecer ao tempo procedimental, à forma do ato da alteração, à audiência do réu e à autorização do juiz. A respeito do tempo procedimental, tratar-se-á adiante acerca do momento da estabilização da demanda de forma mais pormenorizada. Entretanto, antecipa-se que o atual sistema processual estabelece como marco permissivo a citação do réu (artigos 264 e 294 do CPC).

A forma pela qual se altera o pedido deve ser a mesma pela qual se introduz o pedido primitivo, ou seja, por petição escrita (art. 282, IV, do CPC), com a indicação precisa e clara do que está sendo alterado. No procedimento sumário, procede-se igualmente, salvo se a alteração for requerida em audiência, realizando-se, portanto, oralmente, com a respectiva consignação na ata de audiência.³⁶⁷

A audiência do réu se faz também necessária por ocasião da alteração do pedido. Assim, se a alteração ocorre antes da citação, deverá o mandado ser aditado. Sendo postal a citação, nova carta será expedida. Se por edital, deste constará o teor da alteração procedida. Caso a alteração ocorra após a citação, será despicienda a sua renovação, bastando a intimação do advogado. No caso do procedimento sumário, dever-se-ão observar as mesmas regras do procedimento ordinário. Contudo, se a alteração se der após a citação do réu, a audiência inaugural deverá ser redesignada, observando-se o interregno de dez dias entre a citação e a audiência. Se a alteração se der em audiência, esta poderá se adiada, a pedido do réu.³⁶⁸

A alteração do pedido não deve prescindir da autorização do juiz, ou seja, depende do deferimento do órgão jurisdicional. Milton Paulo de Carvalho estabelece alguns critérios pelos quais o juiz deve perpassar quando analisa o requerimento de alteração da demanda.

³⁶⁶ CARVALHO, *Do pedido...*, p. 134-7.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 136.

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 146-7.

Contudo, nem todos são ainda aplicáveis ao processo civil brasileiro, em face de algumas modificações legislativas havidas. Entre os que ainda persistem, pode-se citar: 1) a verificação de concorrência dos pressupostos processuais relativamente ao pedido ampliado; 2) a verificação de concorrência das condições da ação; 3) a análise da compatibilidade entre o pedido primitivo e o acrescido; 4) a consideração do estado da causa no momento em que a sentença será proferida; 5) a constatação de que a ampliação não desnaturará a relação jurídica material anteriormente descrita; 6) e, por fim, a verificação de que o deferimento da alteração da demanda não acarretará dificuldades na instrução ou no julgamento da causa.³⁶⁹

A regra é que o juiz deve julgar conforme o pedido. Trata-se de decorrência lógica do princípio da demanda. Contudo, tradicional exceção à impossibilidade de alteração do pedido concerne àquela prevista no art. 920 do Código de Processo Civil: “A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela, cujos requisitos estejam provados”. A norma prevê a fungibilidade das ações possessórias – interdito proibitório, manutenção e reintegração de posse. O mesmo se discute em relação às medidas cautelares nominadas e inominadas e entre estas e as antecipatórias.³⁷⁰ Hoje é tranquilamente admitida a tese segundo a qual a fungibilidade prevista no art. 273, § 7º, do CPC diz respeito a ambos os sentidos, ou seja, provimentos cautelares e antecipatórios. Assim, mesmo postulando um provimento cautelar, em se tratando de pedido de tutela antecipada, o juiz, uma vez preenchidos os requisitos, poderá deferir como tal.³⁷¹

Também os pedidos implícitos não configuram julgamento *extra petita*, na medida em que a própria legislação impõe a sua consideração pelo juiz. Eles dizem respeito à eficácia anexa da tutela jurisdicional. A exemplo dessa exceção, têm-se a condenação em prestações periódicas (art. 290 do CPC); condenação aos juros legais (art. 293, segunda parte, do CPC); correção monetária (art. 1º, Lei 6.899/81); despesas processuais (art. 20 do CPC); condenação à reparação de danos decorrentes da fruição indevida de tutela antecipatória (art. 273, § 3º, do CPC), de tutela cautelar (art. 811 do CPC) e pela execução provisória (art. 475-O, inc. I, do CPC).³⁷²

É de se observar, também, que o sistema vem, com as reformas legislativas ao Código de Processo Civil, abrandando a rigidez decorrente dos princípios da demanda e da

³⁶⁹ CARVALHO, *Do pedido...*, p. 150-1.

³⁷⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 299.

³⁷¹ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 12. ed. São Paulo: RT, 2008. v. 2. p. 428-31. Nesse sentido, ver MITIDIERO, *Antecipação...*, p. 163-4.

³⁷² ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, *Curso...*, v. 2, p. 8.

estabilidade da lide, tendo em vista a efetividade que se busca imprimir ao processo. Assim, exceção à inalterabilidade do pedido e à correlação entre o pedido e a sentença constitui a possibilidade conferida ao juiz de impor multa cominatória de ofício, de modo a induzir o réu a cumprir a obrigação de fazer ou não fazer a ele imposta (art. 461, §§ 4º e 5º) e converter, a requerimento do autor, a tutela da obrigação de fazer e não fazer em tutela condenatória das perdas e danos (art. 461, § 1º).³⁷³

Outra exceção relativa à inalterabilidade do pedido encontra-se no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade. O pedido, nas ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade é ou de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade de determinada norma. Logo, via de regra, o Supremo Tribunal Federal deve se limitar a analisar a (in)constitucionalidade daquela norma invocada pelo legitimado ativo. Em outras palavras, a sentença deve ser congruente com o pedido.

Contudo, como já dito, há uma exceção. Trata-se da chamada teoria da inconstitucionalidade por arrastamento. Caso o legitimado postulasse a declaração de inconstitucionalidade de determinado dispositivo, não poderia o Tribunal analisar a inconstitucionalidade dos demais. Em razão disso, o STF passou a adotar a técnica da “inconstitucionalidade por arrastamento”, que, de forma simplificada, possibilita “arrastar” a inconstitucionalidade da norma invocada para os demais dispositivos inconstitucionais.³⁷⁴

Não é que o princípio da congruência entre a sentença e o pedido não tenha aplicação em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Conforme o Min. Carlos Velloso, “também o Supremo Tribunal Federal, no controle concentrado, fica condicionado ao ‘princípio do pedido’”. Contudo, “quando a declaração de inconstitucionalidade de uma norma afeta um sistema normativo dela dependente, ou, em virtude da declaração de inconstitucionalidade, normas subsequentes são afetadas pela declaração”.³⁷⁵

Com efeito, o que justifica a extensão da declaração de inconstitucionalidade a dispositivos inconstitucionais não incluídos no pedido inicial da ação é a dependência ou interdependência normativa entre os dispositivos de uma lei. Nesse caso, o Supremo Tribunal tem flexibilizado o princípio do pedido, para assentar a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade por arrastamento de outros dispositivos em razão da dependência

³⁷³ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 238.

³⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2012. p. 1049.

³⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI n. 2.8952/AL. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgado em: 02 fev. 2005. DJ 20 mai. 2005.

normativa aos dispositivos expressamente impugnados.³⁷⁶

2.5.2 Alteração da causa de pedir

A causa de pedir é o mais complexo dos elementos da demanda. Isso se confirma pelo fato de que existem duas teorias que tratam acerca do seu conteúdo. Ambas já foram estudadas no capítulo anterior. São as teorias da substanciação e da individuação.

Há, entretanto, três formas possíveis de estabelecer o conteúdo da causa de pedir. A primeira relaciona-se integralmente aos fatos que as partes alegam como fundamentação. A segunda, à qualificação jurídica. E a terceira, finalmente, aos fatos essenciais ou constitutivos.³⁷⁷

É necessário, de antemão, deixar assente que os fatos alegados pelo autor constituem o elemento básico e definidor da causa de pedir. De modo a precisar essa afirmação, é preciso distinguir, inicialmente, a individualização ou particularização com a motivação ou o fundamento da causa de pedir.

Isso porque se sabe que são os fatos essenciais que delimitam o objeto da controvérsia e particularizam a causa de pedir, distinguindo-a das demais, enfim, singularizando determinado objeto em relação a todos os outros, embora possam existir semelhanças entre si.

Com efeito, individualização e motivação da causa de pedir não são algo semelhante.³⁷⁸ Servem, na verdade, a distintas finalidades. Isso não significa, entretanto, que um fato não possa, ao mesmo tempo, individualizar e fundamentar a causa de pedir. Todavia, para fins de individualização da causa de pedir, somente tem relevância aqueles acontecimentos que a singularizem em relação a todas as causas teoricamente possíveis.³⁷⁹

O titular da pretensão, antes de fundamentá-la, tem de particularizá-la. A particularização jurídica não se obtém com a mera descrição de uma situação abstrata, mas com a descrição daqueles acontecimentos concretos da vida que especifiquem a pretensão processual. A pretensão, portanto, deve estar apoiada nesses acontecimentos, os quais se pode denominar como os seus fundamentos, no sentido de que fundam a pretensão processual, “no

³⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1298-9.

³⁷⁷ BERZOSA FRANCOS, *Demanda...*, p. 29.

³⁷⁸ A propósito, adverte Friedrich Lenz: “Si tenga sempre ben presente che individuazione e fondamento di un diritto, e quindi della sua deduzione, sono due cose diverse e servono a scopi diversi” (LENZ, *Contributo...*, p. 435).

³⁷⁹ BERZOSA FRANCOS, *op. cit.*, p. 32.

como cimientos en que se basa, sino como muros que la delimitam”.³⁸⁰

Para que a pretensão processual exista, como pretensão concreta, deve ser individualizada de outras possíveis figuras análogas e imagináveis teoricamente. Cada pretensão processual exige que seja destacada de qualquer outra. Esse destacamento se realiza pela individualização ou particularização da pretensão, que, por sua vez, se opera por meio dos fatos. Há, pois, uma clara distinção entre os acontecimentos fáticos que individualizam a pretensão e os fundamentos *lato sensu* que determinam os motivos de sua possível atuação pelo juiz.³⁸¹

Enfim, os fundamentos que *delimitam* a causa de pedir são sempre naturalmente apenas os fatos, enquanto os fundamentos que *motivam* a causa de pedir são aqueles que se agrupam nas conhecidas categorias dos motivos de fato e dos motivos de direito.³⁸² Individualizar uma pretensão é, na verdade, dar-lhe vida como uma determinada e específica pretensão; motivá-la significa apoiá-la em uma série de dados, razões ou argumentos, pressupondo a sua existência, visam a fazê-la considerável. Em outras palavras, individualizar implica aportar elementos fáticos; enquanto fundamentar, elementos fáticos e elementos jurídicos.³⁸³

Os fatos são, portanto, o elemento individualizador da causa de pedir. E não existe diferenciação para as espécies de tutela jurisdicional pretendida. Assim, todas as formas de tutela jurisdicional exigem os fatos como elemento particularizador da causa de pedir. Ainda, sejam direitos reais ou prestacionais, a causa de pedir exige a narração dos acontecimentos da vida que a singularizam. Como já restou demonstrado em tópico anterior, inclusive nas chamadas demandas autodeterminadas, devem ser indicadas todas as circunstâncias fáticas inerentes à controvérsia.³⁸⁴

A propósito deste debate, qual seja, entre as demandas autodeterminadas e heterodeterminadas, olvida-se de outro elemento também suscetível de ser qualificado como fático: o elemento temporal. O fator tempo é essencial para a delimitação da causa de pedir³⁸⁵ e constitui uma das principais razões pelas quais inclusive as demandas versadas sobre direitos reais devem trazer, em sua causa de pedir, a narração dos fatos concretos que justifiquem a qualificação jurídica. A propriedade não é ontológica. Uma pessoa pode não ser

³⁸⁰ GUASP, *La pretensión...*, p. 82-3.

³⁸¹ *Ibidem*, p. 83-4.

³⁸² *Ibidem*, p. 84.

³⁸³ BERZOSA FRANCOS, *Demanda...*, p. 33.

³⁸⁴ GIORGETTI, *Il principio...*, p. 30.

³⁸⁵ BERZOSA FRANCOS, *op. cit.*, p. 43.

proprietária hoje de um bem, mas vir a ser posteriormente.³⁸⁶

A despeito de sua importância para o processo, a qualificação jurídica é irrelevante para a individualização do objeto litigioso do processo. A propósito da distinção antes realizada acerca da individualização e da motivação da causa de pedir, a qualificação jurídica insere-se nesta categoria, ou seja, os fundamentos jurídicos invocados pelas partes não vinculam o juiz e servem para motivar a procedência da pretensão processual. Vale dizer: o julgador detém ampla liberdade na interpretação e aplicação do direito à luz dos fatos individualizadores da demanda.³⁸⁷

Assim como o juiz deve motivar sua decisão, o autor deve motivar a sua pretensão. A causa de pedir assume essa função. Contudo, além disso, a causa de pedir serve para individualizar a demanda. Desse modo, a *causa petendi* possui dupla função: individualizar e motivar a demanda. Os fatos, antes de tudo, desempenham o papel de particularizar a demanda, mas também podem servir para motivá-la. Por outro lado, a qualificação jurídica enquadra-se unicamente na categoria da motivação da demanda. Por tal razão, não vinculam o juiz.

A propósito, quando o juiz motiva sua decisão, obedece a critérios lógicos de racionalidade, os quais corroboram a assertiva de que os fundamentos jurídicos invocados pelas partes não vinculam o julgador. Com efeito, “la razionalità del giudizio è una funzione della razionalità dell’*iter* decisorio”, o que implica a necessária ausência de contradição fática e jurídica.³⁸⁸

A motivação da sentença obedece, ainda, a uma estrutura determinada que pressupõe uma relação coerente entre fato e norma. De modo a bem motivar a decisão, o juiz deve seguir algumas etapas na elaboração de sua sentença, entre as quais está a determinação lógica das normas aplicáveis a partir dos enunciados inerentes aos fatos da causa.³⁸⁹

Desse modo, embora se saiba que a causa de pedir seja constituída tanto pelos fatos

³⁸⁶ BERZOSA FRANCOS, *Demanda...*, p. 46.

³⁸⁷ *Ibidem*, p. 48.

³⁸⁸ Conforme Michele Taruffo, a racionalidade da motivação subsiste enquanto se verificam três condições: 1) ausência de contradição entre os diversos enunciados e entre os seus pressupostos; 2) presença de alguns nexos de implicação (v.g., norma e qualificação dos fatos e entre qualificação e declaração do efeito jurídico), necessários em relação à sequência norma/fato/consequência jurídica; 3) relação de ordem de prejudicialidade entre as diversas questões compreendidas no *thema decidendum* (TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975. p. 259).

³⁸⁹ Segundo, ainda, Taruffo, as etapas da elaboração da motivação são as seguintes: 1) os enunciados inerentes aos fatos da causa implicam a aplicação de determinadas normas; 2) em contrapartida, as normas individualizadas como aplicáveis implicam a existência de determinados fatos. Subsistindo ambos os nexos de implicação, realiza-se a coincidência semântica entre a *fattispecie* abstrata e a *fattispecie* concreta; 3) esta, por sua vez, implica a qualificação dos fatos verificados segundo as normas declaradas aplicáveis; 4) a qualificação jurídica da *fattispecie* concreta implica os efeitos definidos pela norma qualificadora e, por isso, implica a conclusão traduzida pela declaração de tais efeitos referentes à relação deduzida em juízo (*ibidem*, p. 270).

quanto pelo direito, chega-se à constatação final de que o que realmente importa para a sua individualização são os fatos essenciais, na medida em que os fundamentos jurídicos desempenham o papel de motivação ou justificação, sendo, portanto, irrelevantes para a primeira finalidade.

A par disso, passa-se à análise da modificação dos elementos objetivos da demanda de forma individualizada: a alteração dos fatos e a alteração da qualificação jurídica.

2.5.2.1 Alteração dos fatos

O tempo do processo civil³⁹⁰ já é suficiente para justificar a necessidade da alteração objetiva da demanda.³⁹¹ A dinamicidade da vida em sociedade aliada àquele fator primeiro pode implicar a alteração dos fatos no curso do processo e, com isso, a exigência de se alterar, também, a causa de pedir. É inerente a um processo concebido no Estado Constitucional que se demande determinado tempo para a consecução do resultado final, tendo em vista os direitos que o cercam, decorrentes do devido processo legal.³⁹²

Já se estudou acerca das teorias que giram em torno da causa pedir. O estudo dessas teorias, na verdade, resume, de forma simplificada, a tentativa de se buscar soluções teóricas para a resolução de problemas práticos relacionados ao tempo do processo. Deveras, a adoção das teorias da substanciação ou da individuação implica consequências concretas no âmbito do processo civil. Uma delas relaciona-se à modificação dos fatos no curso do processo, na

³⁹⁰ A propósito, José Carlos Barbosa Moreira chama a atenção para o tempo fisiológico do processo, sobretudo em virtude da necessidade de concreção das garantias inerentes ao devido processo legal (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. In: _____. *Temas de direito processual (oitava série)*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 5). Também Cândido Rangel Dinamarco atenta para o tempo-inimigo como fator de corrosão de direitos (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 65-7). Aliás, já havia advertido Francesco Carnelutti: “il valore, che il tempo ha nel processo, è immenso e, in gran parte, sconosciuto. Non sarebbe azzardato paragonare il tempo a un nemico, contro il quale il giudice lotta senza posa” (CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958. p. 354, n. 232). Ainda, Galeno Lacerda, observando que da contingência do tempo o processo não se livra, afirma que “jamais logrará realizar justiça perfeita, isentando o resultado de um passivo, material, e também moral – pelas energias gastas, esperanças desfeitas, paixões incontidas” (LACERDA, *Despacho...*, p. 6).

³⁹¹ Como anota Cruz e Tucci, “o processo – direção no movimento – consubstancia-se então em um instituto essencialmente dinâmico, e, por isso, durante o seu curso, a realidade fática levada pelos litigantes à cognição judicial pode sofrer profunda alteração, chegando até mesmo a influenciar o resultado da controvérsia” (CRUZ E TUCCI, *A causa petendi...*, p. 202).

³⁹² Na hipótese do direito brasileiro, além da demora ínsita ao próprio formalismo processual, agrega-se à morosidade do Poder Judiciário, decorrente do excesso de causas, o que torna o processo civil brasileiro excessivamente lento. Segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, o excessivo número de demandas tem como origem a irresponsabilidade dos agentes públicos e a ausência de legislação de direito material adequada (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *VI Jornadas de Processo Civil*. Porto Alegre, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 30/11 a 02/12 de 2010).

medida em que a adoção de uma ou outra teoria implica uma maior ou menor elasticidade da causa de pedir.

O direito processual civil brasileiro adotou a teoria da substanciação.³⁹³ A principal consequência disso é que os fatos são relevantes para a individualização da causa. Em sendo assim, o ordenamento vincula a controvérsia deduzida em juízo àqueles fatos essenciais, estando vedado ao julgador julgar senão em conformidade a eles. Isso implica a necessidade de o sistema estabelecer a possibilidade ou não de alteração dos fatos inicialmente deduzidos. Note-se que tal preocupação inexistente quando se adota a teoria da individualização, pois, aqui, o julgador vincula-se ao fundamento jurídico.³⁹⁴

À guisa de conceituação, a alteração dos fatos se dá quando se *reduz*, *modifica* ou *amplia* os fatos que constituem o fundamento jurídico do pedido. A *redução* pode implicar desistência (art. 267, VIII, do CPC) ou renúncia da ação (art. 269, V, do CPC), no que toca à causa de pedir suprimida, visto que, havendo multiplicidade de causas, haverá cumulação de ações.³⁹⁵ Logo, suprimida uma causa, suprime-se, também, uma ação. A *modificação* consiste na substituição do fato essencial por outro.³⁹⁶ A *ampliação*, por fim, constitui o acréscimo de algum fato essencial àquele já deduzido.³⁹⁷

O procedimento da modificação da causa de pedir é o mesmo daquele aludido no subitem anterior, quando se abordou a alteração do pedido.

³⁹³ Aliás, conforme Antonio Nasi, a teoria da substanciação é aquela que oferece os elementos não só logicamente mais conscientes e coerentes, mas também oferece uma visão coordenada e orgânica da estrutura da demanda e da sentença e, portanto, uma tomada de posição acerca do problema da articulação lógica entre esses dois momentos fundamentais do processo (NASI, Antonio. *Disposizione del diritto e azione dispositiva*. Contributo allo studio del principio dispositivo del processo civile di cognizione. Milano: Giuffrè, 1965. p. 93).

³⁹⁴ Enfim, a análise até aqui conduzida permite concluir que apenas a mudança dos fatos constitutivos do direito conduz à novidade de *causa petendi* e, portanto, a uma nova demanda (GIANNOZZI, *La modificazione...*, p. 85).

³⁹⁵ CARVALHO, *Do pedido...*, p. 138.

³⁹⁶ Milton Paulo de Carvalho faz a distinção entre fato constitutivo e fato particular, entendendo que a alteração permitida pelo ordenamento processual diz respeito ao segundo. Segundo o autor, “numa ação de separação, o fato constitutivo é o casamento; o fato particular descrito pelo autor pode ser primeiro o adultério, substituído pelo abandono material” (ibidem, p. 138). Contudo, o fato constitutivo do direito é aquele que gera a consequência jurídica pretendida. Assim, numa ação de separação judicial, não é o casamento que leva à procedência do pedido de separação, mas o adultério ou o abandono. Estes devem ser entendidos como fatos essenciais ou como fatos que constituem o direito do autor de desconstituir a relação conjugal. Logo, conforme Gianozzi, “a passagem de um fato constitutivo do direito para outro totalmente diverso dá lugar, em cada caso, à modificação da causa de pedir e, portanto, da demanda” (GIANNOZZI, op. cit., p. 67).

³⁹⁷ É o que se denomina de concurso de ações. Anota Araken de Assis: “Existe cumulação simples de causas quando, reunidos dois ou mais complexos de fatos para fundamentar um pedido, qualquer deles se ostenta hábil à procedência da ação” (ASSIS, *Cumulação...*, p. 211). Afirma, também, José Frederico Marques: “Casos existem em que malgrado haja um só pedido, com mais de um fundamento (ou *causa petendi*), é este apresentado na inicial. Há, aí, mais de um litígio, porquanto a lide e a ação se diversificam, objetivamente, conjugando-se, em cada uma, a respectiva causa de pedir com o pedido. [...] Chama-se a essa cumulação de ações, de concurso próprio de ações. E ele ocorrendo, atendido o pedido por um só dos fundamentos, satisfeita está a pretensão do autor, extinguindo-se, em consequência, as demais ações. Por outro lado, cumulados os fundamentos numa só petição inicial ou num só processo, o juiz decidirá a todas ações, numa única sentença” (MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. v. 2. p. 60-1).

Aspecto relacionado à alteração dos fatos da demanda diz respeito ao fato superveniente.³⁹⁸ Segundo Buzaid, “a questão é um dos pontos sensíveis na relação entre o tempo e o processo, matéria do mais vivo interesse”.³⁹⁹ Trata-se da possibilidade de ocorrência, durante a litispendência (lide pendente), de algum fato superveniente de relevância para o julgamento da demanda.⁴⁰⁰ Isso porque o juiz deve considerar, não a situação existente no início da demanda, mas o que se apura no encerramento da discussão (princípio da atualidade da sentença).⁴⁰¹

Com efeito, o direito moderno temperou a aplicação do princípio de que a atuação da lei deve se dar em relação ao fato do momento da propositura da demanda. A questão se relaciona à economia processual, como já acentuou Chiovenda.⁴⁰² Na verdade, a economia processual é determinante na justificação da relevância decisória dos fatos que sobrevenham no curso do processo.⁴⁰³

É interessante que o problema é tão antigo que já no direito romano clássico havia tal preocupação.⁴⁰⁴ Discutia-se, conforme as Instituições de Gaio (Gaio, IV, § 114)⁴⁰⁵, se o juiz deveria condenar ou absolver o réu mesmo quando este se mostrasse disposto a satisfazer a reivindicação do autor *post acceptum iudicium*.⁴⁰⁶

Mesmo antes da edição do Código de Processo Civil de 1973 já se acolhia o fato superveniente no curso do processo. Embora a origem doutrinária seja germânica, inspirou-se

³⁹⁸ Acentua Chiovenda que “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” (CHIOVENDA, *Instituições...*, v. 1, p. 359).

³⁹⁹ BUZOID, Alfredo. Fato novo e sociedade. In: _____. *Estudos e pareceres de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2002. p. 194.

⁴⁰⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 235-6.

⁴⁰¹ Assim, afirma Chiovenda que “a aplicação rigorosa do princípio de que ‘deve atuar-se a lei como se isso ocorresse no momento da demanda’ conduziria a duas consequências práticas: a) que o juiz não deveria levar em conta fatos *extintivos* do direito posteriores à demanda; b) que não deveria ter em apreço fatos *constitutivos* do direito e da ação posteriores à demanda. Desse rigor em ambas as aplicações conservam-se traços no direito romano clássico. Já no direito moderno, é temperado pelo princípio da economia dos processos”. E arremata o autor: “o juiz decide baseado no que se apura no encerramento da discussão” (CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 176-7).

⁴⁰² *Ibidem*, p. 176.

⁴⁰³ COMOGLIO, *Il principio...*, v. 1, p. 238.

⁴⁰⁴ Nesse sentido, anota Giuseppe de Stefano que a sensibilidade do processo ao fato superveniente pode, inclusive, ser demonstrada historicamente (DE STEFANO, Giuseppe. *La cessazione della materia del contendere*. Milano: Giuffrè, 1972. p. 4).

⁴⁰⁵ GAIO, *Instituições*, p. 460-1.

⁴⁰⁶ Como informa Alvaro de Oliveira, “a controvérsia entre sabinianos e proculianos, conexa estreitamente ao problema dos efeitos da *litiscontestatio*, redundava na generalização de tal critério decisório, representado na máxima *omnia iudicia esse absolutoria* (...), princípio acolhido em seguida por Justiniano. Eventualmente, também se admitia a relevância ‘condenatória’ de alguns fatos favoráveis ao autor, ocorridos *ante rem iudicatam*. Em ambas as hipóteses ficava à discricção do juiz a possibilidade de superar o rigor preclusivo da *litiscontestatio*, reputando-se iníquo subtrair à consideração decisória a realidade modificada durante o juízo” (ALVARO DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 236). O princípio da retroatividade poderia ser temperado, tanto em razão dos valores da *aequitas* quanto em razão da discricionariedade do juiz, com, aliás, idêntica eficácia (COMOGLIO, *op. cit.*, p. 240).

o legislador brasileiro no direito português.⁴⁰⁷ Entende-se decisivo para a decisão da causa o estado da relação material imediatamente anterior à prolação da sentença⁴⁰⁸, e não aquele existente quando da propositura da ação.⁴⁰⁹

Atualmente, tal possibilidade encontra-se prevista no art. 462 do CPC.⁴¹⁰ Assim, sobrevindo, depois da propositura da demanda, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, capaz de influir no julgamento do processo, caberá ao juiz conhecê-lo, de ofício ou a requerimento da parte.⁴¹¹

Na verdade, as hipóteses relativas ao fato superveniente capazes de alterar os fatos da demanda dizem respeito aos fatos constitutivos e modificativos do direito do autor. Isso porque, quanto aos fatos impeditivos e extintivos, o problema diz respeito à mesma situação fática alegada na exordial.

Neste caso, cabe ao juiz julgar procedente ou improcedente a demanda, considerando, inclusive, os fatos impeditivos e extintivos não trazidos ao processo pelas partes, pois a decisão deve ser justa e consentânea com a realidade dos fatos, não se traduzindo esse conhecimento ulterior pelo juiz como modificação da demanda.

A exceção concerne à *exceptio juris* em sentido material, pois esta dá lugar a um verdadeiro contradireito e, em razão do princípio dispositivo, não pode ser conhecida de ofício pelo juiz. A título de exemplo, têm-se o erro, o dolo, a incapacidade, a violência, a exceção do contrato não cumprido, etc.⁴¹²

⁴⁰⁷ Conforme Moacyr Amaral Santos, o legislador brasileiro se inspirou no art. 663 do Código de Processo Civil português: “1. Sem prejuízo das restrições estabelecidas noutras disposições legais, nomeadamente quanto às condições em que pode ser alterada a causa de pedir, deve a sentença tomar em consideração os factos constitutivos, modificativos ou extintivos do direito que se produzam posteriormente à proposição da acção, de modo que a decisão corresponda à situação existente no momento do encerramento da discussão. 2. Só são, porém, atendíveis os factos que, segundo o direito substantivo aplicável, tenham influência sobre a existência ou conteúdo da relação controvertida. 3. A circunstância de o facto jurídico relevante ter nascido ou se haver extinguido no decurso do processo é levada em conta para o efeito da condenação em custas” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao código de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. 4. p. 416).

⁴⁰⁸ Conforme julgado do Superior Tribunal de Justiça, “o provimento judicial deve refletir o estado de fato da lide no momento da prestação jurisdicional” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. EDcl no REsp n. 1.162.896/MG. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em: 21 ago. 2012. DJ 24 ago. 2012).

⁴⁰⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 236.

⁴¹⁰ Conforme o elogio e a advertência de Galeno Lacerda, “A norma é tão revolucionária, mexe com tantos princípios processuais, elevados a dogmas consagradores de verdades tidas como absolutas e imutáveis, rasga horizontes tão vastos e surpreendentes, que a doutrina, temerosa de aventurar-se em mundo novo e desconhecido, se encolhe acanhada e vacilante” (LACERDA, Galeno. O código e o formalismo processual, *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: AJURIS, n. 28, jul. 1983. p. 12).

⁴¹¹ Inclui-se, aí, em que pese a omissão do legislador, também o fato impeditivo. A propósito, cf. ALVARO DE OLIVEIRA, op. cit., p. 238; MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Sentença e coisa julgada*. Exegese do código de processo civil (arts. 444 a 475). Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 134.

⁴¹² CAPPELLETTI, *La testimonianza...*, v. 1, p. 345. Como observa Calmon de Passos, os fatos extintivos ou impeditivos de natureza substancial ora se apresentam como exceções ora como objeções. A propósito, “uma primeira característica distintiva é a de que a exceção não pode ser considerada, de ofício, pelo juiz; enquanto que tratando-se de objeção, deve o magistrado, de ofício, apreciá-la. Destarte, exige-se para a exceção a

Com efeito, tratando-se de meros fatos impeditivos e extintivos, o fato superveniente diz respeito à mesma situação fática já trazida ao processo. Em relação aos demais, não. De qualquer forma, mesmo naqueles, a alteração dos fatos só será lícita se existir uma mínima vinculação entre os fatos inicial e o superveniente.⁴¹³ É o que se verifica na jurisprudência dominante.⁴¹⁴

Assim, de forma exemplificativa, pode-se ter, como fato superveniente constitutivo, “na reivindicação, a posse do réu; na ação hereditária, a morte do *de cuius*; a necessidade na ação alimentar, e semelhantes”.⁴¹⁵ Ainda, “os frutos, foros, aluguéis, cuja exigibilidade se efetiva depois da contestação”.⁴¹⁶ Como fato superveniente modificativo, aquele de o réu refazer o muro que fora destruído ou danificado.⁴¹⁷ Como fato superveniente extintivo, “o pagamento, a compensação ou a novação, na ação de cobrança”.⁴¹⁸

O conhecimento do fato superveniente se dá, certamente, em primeiro grau, mas, pode também se dar em segundo grau de jurisdição.⁴¹⁹ Não há razão para tal limitação e tampouco há um momento específico para o seu conhecimento.⁴²⁰ A dificuldade que se coloca está

oponibilidade do réu; dispensa a objeção a provocação das partes. Por força disso, a exceção é um verdadeiro contradireito do réu, que ele exerce com vistas a elidir as conseqüências jurídicas pretendidas pelo autor; a objeção é um fato que obsta, de modo absoluto, a concessão da tutela pretendida pelo autor e prescinde, para que isso ocorra, de qualquer manifestação de vontade do obrigado”. E continua: “há fatos extintivos que, embora provados nos autos, não impedem que o juiz prolate uma sentença favorável ao autor, podendo ele, portanto, deixar de levá-los em consideração, por motivo de não terem sido alegados pelo réu. E assim agindo, o julgador não profere uma sentença injusta, no sentido de sentença que inova contra o direito. Outros fatos extintivos ou impeditivos existem, contudo, que, uma vez provados nos autos, reclamam a consideração do magistrado, sob pena de, desconhecendo-os, proferir uma sentença injusta, por inovar contra o direito. No primeiro caso, diz-se que o fato extintivo é uma exceção; e porque não determinando sua existência, necessariamente, obstáculo à prolação de uma sentença justa, reclama-se a iniciativa do interessado para que ele seja devidamente considerado pelo juiz, sob pena de estar violando o princípio dispositivo, que lhe impede tomar a iniciativa de tutela do interesse das partes. No segundo caso, cuida-se de uma objeção, porquanto sua existência impede a prolação de uma sentença favorável, que será sempre injusta (contrária ao direito), se não forem aqueles fatos levados em consideração pelo juiz, tenha ou não havido provocação do interessado” (CALMON DE PASSOS, *Comentários...*, v. 3, p. 254-5).

⁴¹³ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 238-9.

⁴¹⁴ Colhe-se tal entendimento de julgado do Superior Tribunal de Justiça: “verificada a ocorrência de fato novo que influencie no julgamento da lide, impõe-se ao juiz levá-lo em consideração quando da prolação da sentença, à luz do art. 462 do CPC, desde que tal fato não seja estranho à causa petendi” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. AgRg no REsp n. 910.336/SP. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em: 17 mar. 2009. DJ 30 mar. 2009).

⁴¹⁵ CHIOVENDA, *Instituições...*, v. 1, p. 177.

⁴¹⁶ CALMON DE PASSOS, op. cit., p. 289.

⁴¹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. t. V. p. 80.

⁴¹⁸ CARVALHO, *Do pedido...*, p. 161.

⁴¹⁹ Conforme julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, “À conta do art. 462 do CPC, a sentença deve refletir o estado de fato da lide no momento da entrega da prestação jurisdicional, devendo o juiz levar em consideração o fato superveniente, regra esta que incide não apenas no primeiro grau de jurisdição, como também nos Tribunais” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 21ª Câmara Cível. AC n. 70007119027. Relator: Genaro José Baroni Borges. Julgado em: 23 dez. 2003. DJ 23 abr. 2004).

⁴²⁰ Humberto Theodoro Júnior chega a pregar “a utilidade dos embargos de declaração para provocar a apreciação do fato ou norma supervenientes, que não tenham sido levados em conta pela decisão judicial, e que

ligada à prova, que deve ser documental, nada impedindo, entretanto, o esclarecimento da matéria pelo juiz *a quo* mediante delegação do juízo *ad quem*.⁴²¹

Em relação ao conhecimento de fato superveniente nos tribunais superiores, existe certa divergência jurisprudencial.⁴²² A resistência em aceitá-lo toca à função “nomofilática”⁴²³, que possuem tais cortes superiores, ou seja, de conferir a correta interpretação do direito.⁴²⁴ Contudo, a objeção não é unânime. Há, no Superior Tribunal de Justiça, entendimento em sentido contrário.⁴²⁵ No Tribunal Superior do Trabalho, a jurisprudência consolidou-se no sentido da admissão do fato superveniente em qualquer instância trabalhista.⁴²⁶

De qualquer sorte, o contraditório sempre deverá ser ativado, a fim de promover o diálogo entre as partes e o órgão jurisdicional, tendo em vista o dever de colaboração imposto ao juiz. A aplicação do fato novo, de ofício ou a requerimento, deve ser submetida à apreciação das partes, de modo a evitar que estas sejam surpreendidas por decisão apoiada em questões delas desconhecidas.⁴²⁷

Ainda quanto a esse tema, é importante frisar que quando o fato superveniente acarretar a improcedência do pedido do autor, como, por exemplo, no pagamento posterior ao ajuizamento da ação de cobrança, por óbvio que a responsabilidade pela sucumbência não

deveria ter influído no julgamento da causa” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Embargos de declaração. Remédio hábil para introduzir no julgamento o *ius superveniens* (art. 462 do CPC). In: YARSHELL, Flávio Luiz; ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Dpj, 2005. p. 614).

⁴²¹ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 240-1.

⁴²² Na doutrina, tende-se a admiti-lo. Nesse sentido, cf. ALVARO DE OLIVEIRA, op. cit., p. 240-1; PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao código de processo civil*. 6. ed. São Paulo: RT, 2000. v. 6. p. 128; THEODORO JÚNIOR, Embargos..., p. 613.

⁴²³ Essa função pressupõe a exclusão da atividade da corte do exame de todas as questões de fato, o que serve de justificativa para a dificuldade apontada (KNIKNIK, *O recurso...*, p. 92-3). A propósito da função de “nomofilaquia”, cf. CALAMANDREI, Piero. *La cassazione civile*. Torino: Fratelli Bocca, 1920. v. 2. p. 22-47. Ainda, cf. KNIKNIK, op. cit., p. 90-105.

⁴²⁴ Além de entender que a instância superior não se destina à reanálise dos fatos, o Superior Tribunal de Justiça tem afirmado que, em razão da ausência de prequestionamento, a alegação de existência de fato superveniente é obstada na via especial (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. EDcl nos EDcl no AgRg no REsp n. 1.129.183/DF. Relator: Min. Humberto Martins. Julgado em: 16 ago. 2012. DJ 28 ago. 2012).

⁴²⁵ Nesse sentido, “fato ou direito superveniente que possa influir no julgamento da lide pode ser apreciado pelo STJ, pois a regra estabelecida no art. 462 do CPC não se limita às instâncias ordinárias (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp n. 688.151/MG. Relator: Min. Nancy Andriahi. Julgado em: 07 abr. 2005. DJ 08 ago. 2005). Ainda, fala-se que “o fato superveniente, relevante para a solução da lide, deve ser levado em consideração pelo magistrado até o trânsito em julgado da demanda, ainda que de ofício, nos exatos termos dos arts. 462 e 463 do Código de Processo Civil, na medida em que o provimento judicial deve refletir o estado de fato no momento da entrega jurisdicional” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Seção. MS 14.647/DF. Relator: Min. Laurita Vaz. Julgado em: 25 abr. 2012. DJ 03 set. 2012).

⁴²⁶ Veja-se a Súmula 394 do TST, *in verbis*: “O art. 462 do CPC, que admite a invocação de fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito, superveniente à propositura da ação, é aplicável de ofício aos processos em curso em qualquer instância trabalhista”.

⁴²⁷ ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, *Curso...*, v. 2, p. 151.

deve ser ao demandante atribuída, mas ao réu, pois tal responsabilidade deve ser aferida tendo em conta o estado de coisas anterior ao fato superveniente e posterior ao ajuizamento da demanda.⁴²⁸

Por fim, há que distinguir o fato superveniente daquele fato velho conhecido supervenientemente.⁴²⁹ Fala-se, ainda, em *ciência nova de fato velho*.⁴³⁰ A discussão é necessária, pois o art. 462 do CPC “supõe a posterioridade da ocorrência e não o ter sido omitida pela parte, por ignorância ou por desatenção a alusão ao fato”.⁴³¹

A princípio, a atual sistemática processual não autoriza a introdução de fatos velhos de conhecimento superveniente, à exceção daquela hipótese prevista no art. 517 do CPC: “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”.

A boa lógica autoriza concluir que, se é permitida a introdução de novas questões fáticas, em sede recursal, quando a parte deixou de fazê-lo por motivo de força maior, óbice algum há em admiti-las em primeiro grau, quando a instrução ainda não foi realizada e sequer proferida a decisão.

O Código de Processo Civil, portanto, exclui, via de regra, o *ius novorum*, autorizando, de forma excepcional, em segundo grau de jurisdição, que a parte suscite questões novas, desde que prove que não o fez inicialmente por motivo de força maior. Contudo, o Código não admite a invocação de nova *causa petendi*.⁴³²

Pontes de Miranda, entretanto, refere que o autor, “a qualquer momento pode comunicar ao juízo o que veio a conhecer, quer lhe seja favorável ou desfavorável a comunicação de ter omitido por ignorar, ou por desatenção, seja sem relevância, como pode ser algo de eficácia confessional”.⁴³³

Aliás, adverte Milton Paulo de Carvalho, que “o que se deve reprimir e punir é a ocultação, pela parte, do fato que lhe é desfavorável, bem assim a revelação do fato favorável

⁴²⁸ Trata-se do princípio da causalidade, segundo o qual os honorários advocatícios deverão ser suportados pela parte que deu causa ao ajuizamento da demanda (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. AgRg no AREsp 156.090/DF. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha. Julgado em: 02 ago. 2012. DJ 15 ago. 2012). Nesse sentido, ainda, cf. CRUZ E TUCCI, *A causa petendi...*, p. 207.

⁴²⁹ Distingue Cruz e Tucci fato novo de fato superveniente, para quem o primeiro “constitui um acontecimento da vida, apto a fundamentar uma demanda, que surge no processo depois da fase de estabilização, normalmente ao ensejo da produção da prova oral em audiência. O fato, pois, preexistia, e deixou de ser alegado pela parte por desconhecê-lo ou, ainda, por ter entendido, num primeiro momento, irrelevante para a solução da controvérsia”; o segundo “tem a sua ocorrência verificada apenas após o ajuizamento da ação. A nova situação, que importa no contexto do presente estudo, é a que repercute, de qualquer modo, no resultado do processo” (Ibidem, p. 165).

⁴³⁰ CARVALHO, *Do pedido...*, p. 160.

⁴³¹ PONTES DE MIRANDA, *Comentários...*, t. V, p. 81.

⁴³² CRUZ E TUCCI, op. cit., p. 160.

⁴³³ PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 81.

ou a criação deste, no curso do processo, de modo a surpreender o adversário”.⁴³⁴ Realmente, “lo scopo del processo è la vittoria del diritto e non della furberia e degli stratagemmi”.⁴³⁵

Como mostra Cruz e Tucci, a visão tradicional do tema não comporta a modificação da demanda, sobretudo no que toca a jurisprudência brasileira. Todavia, com a consagração, no plano constitucional, do direito fundamental à duração razoável do processo, “a regra da economia processual, de natureza precipuamente técnica, transformou-se em postulado político”.⁴³⁶

Nessa linha, o fato novo que conduza a mesma consequência jurídica postulada adquire relevância para a nova ordem processual. A propósito, a delonga do processo, imposta pela manifestação das partes em relação ao fato novo, é compensada pela eliminação prévia de outra e desnecessária demanda. Sob esse argumento, tem-se defendido que o fato novo, descoberto na fase probatória, apresenta-se como exceção ao dogma da estabilização da demanda.

Cruz e Tucci confere maior elasticidade à causa de pedir. Observa que “esta ocorrência excepcional geralmente se verifica diante da *causa petendi dinâmica*, relativa a uma pluralidade de fatos essenciais (*plurifactual*), aptos, cada um, a alicerçar uma demanda autônoma, que conduza a idêntica pretensão”. Em síntese, o fato essencial originalmente deduzido possui a mesma natureza da nova situação fática irrompida por meio da exibição de um documento ou no próprio momento da produção da prova oral. A conclusão a que chega é que, enfim, não há preclusão para a *mutatio libelli*, decorrente da alteração dos fatos inicialmente narrados, desde que venha justificada por razões de economia processual. Contudo, se comprometida a defesa do réu, uma limitação temporal se impõe a tal possibilidade.⁴³⁷

Uma ação de divórcio, por exemplo, fundada em adultério, ocorrido em determinado local e em certa data, é contestada sob o argumento de que o réu jamais foi infiel. Na instrução, resta comprovado que o adultério se deu em outro local e em outra data. Ora, a contestação do demandado abrangeu toda a alegação de infidelidade, razão pela qual o juiz deve considerar aquele fato verificado por meio da instrução. Diversamente seria se o réu limitasse a sua impugnação ao fato narrado na exordial. Nesta situação, ou o pedido seria julgado improcedente ou, se houvesse oportunidade, seria designada nova audiência para que

⁴³⁴ CARVALHO, *Do pedido...*, p. 160.

⁴³⁵ LENT, Friedrich. *Obblighi e oneri nel processo civile*. Tradução por Marco de Stefano. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1954. p. 154.

⁴³⁶ CRUZ E TUCCI, *A causa petendi...*, p. 186-8.

⁴³⁷ *Ibidem*, p. 190-1.

ele pudesse produzir prova quanto ao indigitado fato novo. Segundo Cruz e Tucci, “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”.⁴³⁸

Não há dúvida, entretanto, que, ao reconhecer uma situação fática não invocada originariamente pelas partes, o magistrado está, mesmo oportunizando o contraditório, violando, a princípio, regras formais relativas à estabilidade da demanda e da congruência. Contudo, em prol da economia processual, tem-se difundido que uma vez amplamente debatida pelas partes a introdução do fato novo, não considerá-lo na resolução do litígio é obrigar as partes a submeterem-se a um novo processo, com todas as consequências daí decorrentes, tais como os custos, a demora, a incerteza, etc.⁴³⁹

Assevera-se, ainda, que resultado prático equivalente poderia ser obtido por via transversa. Isso porque, superados os limites para eventual aditamento, poderia a parte autora ajuizar nova demanda, contra o mesmo réu, agora com outro pedido ou outra causa de pedir. A hipótese seria de conexão e as causas seriam reunidas, de ofício ou a requerimento, para julgamento simultâneo. Poder-se-ia pensar, inclusive, na hipótese de continência, uma vez formulado pedido mais abrangente do que o inicialmente postulado. Nessas hipóteses, impõe-se a reunião das causas e, por via transversa, alcança-se o mesmo resultado que se obteria uma vez permitida a modificação da demanda.⁴⁴⁰

Todavia, a solução propugnada por essa parcela da doutrina apenas se torna possível se os envolvidos nela convenham, de modo a preservar, assim, tanto a autonomia privada quanto a autoridade do Estado no processo. Na verdade, o “diálogo judiciário [...] oferece-se como pressuposto inarredável para essa conformação do processo”⁴⁴¹, tendo em vista, principalmente, a dificuldade de se transpor regras processuais, que, como se sabe, possuem *eficácia de trincheira* e, portanto, somente podem ser afastadas por razões extraordinárias e mediante plausível justificação.⁴⁴² O tema, aliás, ainda será abordado adiante.⁴⁴³

⁴³⁸ CRUZ E TUCCI, *A causa petendi...*, p. 191-2.

⁴³⁹ LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido*. O direito superveniente. São Paulo: Método, 2006. p. 241.

⁴⁴⁰ *Ibidem*, p. 247.

⁴⁴¹ MITIDIERO, *Colaboração...*, p. 130.

⁴⁴² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 103-8.

⁴⁴³ Cf. *infra*, item 3.1.

2.5.2.2 Alteração da qualificação jurídica

Toda modificação que se refira à qualificação jurídica não implica modificação da demanda e, por conseguinte, do objeto litigioso do processo. Isso porque, mantendo-se idênticos os fatos individualizadores de uma pretensão, o autor não poderá valer-se novamente de um segundo processo, alterando unicamente o fundamento jurídico correspondente.⁴⁴⁴ Esse segundo processo encontraria óbice de prosseguimento na litispendência ou, acaso já transitado em julgado o primeiro, na coisa julgada, visto que ambas as demandas seriam idênticas.⁴⁴⁵

Embora integrem a causa de pedir, por expressa exigência legal e por constituir esta um elemento compósito⁴⁴⁶, os fundamentos jurídicos não detêm o condão de individualizar ou particularizar a demanda. Há divergência a respeito, porém, na jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros, inclusive no Supremo Tribunal Federal⁴⁴⁷, tem prevalecido aquele entendimento.⁴⁴⁸ Iterativamente tem-se sustentado que o juiz não está adstrito aos fundamentos jurídicos invocados pelas partes.

A variação da interpretação jurídica dos fatos alegados é perfeitamente aceita.⁴⁴⁹ É, na

⁴⁴⁴ Trata-se do princípio do deduzido e do dedutível, decorrente da eficácia preclusiva da coisa julgada, que encontra sua normatividade no art. 474 do CPC: “Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”. Assim, os “temas não deduzidos ficam acobertados por essa preclusão, presumindo-se tenham sido alegados e rechaçados, como pretende o art. 474” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 644). Como afirma Proto Pisani, “il giudicato copre il dedotto e il deducibile. Questo principio, se inteso in modo corretto (il che non sempre avviene), non influisce in modo alcuno nel senso di restringere o ampliare i limiti oggettivi del giudicato: individuato (alla stregua di criteri cui è del tutto estraneo il principio ora in esame) l’ambito oggettivo del giudicato, il principio secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile ci sta a dire solo che il risultato del primo processo non potrà essere rimesso in discussione e peggio diminuito o disconosciuto attraverso la deduzione in un secondo giudizio di questioni (di fatto o di diritto, rilevabili d’ufficio o solo su eccezioni di parte, di merito o di rito) rilevanti ai fini dell’oggetto del primo giudicato e che sono state proposte (dedotto) o si sareberro potute proporre (deducibile) nel corso del primo giudizio” (PROTO PISANI, Andrea. *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1990. p. 391).

⁴⁴⁵ BERZOSA FRANCO, *Demanda...*, p. 49.

⁴⁴⁶ GRASSO, *La pronuncia...*, p. 31.

⁴⁴⁷ Conforme julgado do Supremo Tribunal Federal, “o juiz não está obrigado a julgar a questão posta a seu exame conforme o pleiteado pelas partes, podendo fazê-lo conforme o seu livre convencimento, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso (*iura novit curia*)” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. Ag. Reg. no Agravo de Instrumento n. 794.759/SC. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em: 13 abr. 2011. DJ 12 mai. 2011).

⁴⁴⁸ Segundo julgado do Superior Tribunal de Justiça, “a atividade jurisdicional está adstrita aos limites do pedido e da causa de pedir. Porém, o magistrado aplica o direito à espécie sem qualquer vinculação aos fundamentos jurídicos deduzidos na petição inicial, por força do princípio *iura novit curia*” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. REsp n. 711.644/SP. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 15 dez. 2009. DJ 03 ago. 2010).

⁴⁴⁹ GIANNOZZI, *La modificazione...*, p. 68.

verdade, dever do juiz imprimir a qualificação jurídica que os fatos requerem.⁴⁵⁰ O juiz não se encontra, portanto, vinculado à interpretação jurídica fornecida pelas partes (*iura novit curia*).⁴⁵¹ Logo, não constitui modificação da causa de pedir a alteração dos fundamentos jurídicos inicialmente invocados pela parte.

Situação diversa é quando a alteração da fundamentação jurídica implica a modificação do efeito jurídico pretendido. Quando isso ocorre, o órgão julgador ultrapassa os limites do litígio, pois confere algo que não foi postulado pelo autor. A determinação dos efeitos jurídicos constitui tarefa da parte.⁴⁵² É claro que o efeito deve resultar do fato. Os fatos, uma vez qualificados e reconduzidos ao tipo legal, devem produzir determinados efeitos (v.g. a anulação ou a ineficácia de um negócio jurídico, o pagamento de perdas e danos, a resolução de um contrato, a restituição de uma coisa, etc.). Logo, “se o facto é o facto jurídico, o efeito será aquele que esse facto jurídico desencadeia e não outro”. Contudo, o juiz “não poderá decretar o efeito legalmente previsto, que não tenha expressão no pedido formulado pela parte”.⁴⁵³

Assim, por exemplo, o juiz, em sede de execução ou de cumprimento da sentença, não pode anular um negócio jurídico, mesmo que os fatos narrados pelo exequente conduzam a tal consequência jurídica. Na execução, cabe ao juiz tornar ineficazes aqueles negócios jurídicos realizados ao tempo em que corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência (artigos 592, V, e 593, II, do CPC). Da mesma forma, em ação pauliana, se o autor postula a ineficácia do negócio jurídico realizado em fraude contra credores, não cabe ao juiz, mesmo que os fatos narrados conduzam à hipótese de fraude contra credores, emprestar a consequência jurídica que desse fato decorre, qual seja, a anulação do aludido negócio (art. 158 do CC).

Aspecto interessante a respeito da alteração da qualificação jurídica concerne ao direito superveniente. Embora muitos o tratem como fato superveniente⁴⁵⁴, prefere-se, aqui,

⁴⁵⁰ Segundo Chiovenda, o “objetivo dos órgãos jurisdicionais é afirmar e atuar aquela vontade de lei que eles estimam existente como vontade concreta, à vista dos fatos que consideram como existentes” (CHIOVENDA, *Instituições...*, v. 1, p. 40).

⁴⁵¹ WAMBIER, *Nulidades...*, p. 300.

⁴⁵² GRASSO, *La pronuncia...*, p. 138.

⁴⁵³ COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo*. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. p. 571 e 567.

⁴⁵⁴ Assim refere Milton Paulo de Carvalho, para quem “a locução da lei ‘relativas a direito superveniente’ (*ius superveniens*) está a referir-se não a regras novas do direito positivo que se promulguem no correr do processo e tenham incidência sobre a matéria nele controvertida, mas aos fatos ocorridos nesse tempo e que possam influir criando, modificando ou extinguindo o fundamento jurídico da pretensão” (CARVALHO, *Do pedido...*, p. 156). Por outro lado, entende acertadamente Alvaro de Oliveira que “no conceito de *ius superveniens* estão compreendidos o fato e o direito” (ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 237). Nesse sentido, ainda,

distingui-los, tendo em vista, principalmente, o aforismo *iura novit curia*.⁴⁵⁵ Considerando que ao juiz cabe a interpretação e a aplicação do direito, independe se este precede ou não o ajuizamento da demanda.⁴⁵⁶

A matéria relativa ao direito superveniente encontra sua normatividade no art. 303, I, do CPC, que define: “Depois da contestação, só é lícito deduzir novas alegações quando: I - relativas a direito superveniente”.

Desse modo, quando a nova lei outorga ao fato originalmente deduzido pelo autor efeito constitutivo ou modificativo, ou extingue a sua eficácia jurídica, torna-se inevitável ao juiz considerar a nova situação, diante da dinâmica do fenômeno processual e do princípio da economia processual. O direito adquirido e o ato jurídico perfeito, entretanto, podem impedir a aplicação do novo estatuto legal ao caso concreto, porém, como adverte Alvaro de Oliveira, não se trata de problema propriamente processual.⁴⁵⁷

Ademais, o direito superveniente deve ser aplicado em todos os graus de jurisdição. A lei nova, sobrevinda durante o processo, deve ser aplicada pelo juiz. Todavia, a lei que regula a competência não se deve aplicar ao processo pendente, tendo em vista o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*⁴⁵⁸, salvo quando suprimir o órgão judiciário ou alterar a competência em razão da matéria e da hierarquia (art. 87 do CPC).⁴⁵⁹

Ainda, aspecto nuclear do assunto ora tratado concerne ao tema da denominada causa de pedir aberta na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade.

CRUZ E TUCCI, *A causa petendi...*, p. 202-3; COSTA, Sergio. “Ius Superveniens”. In: *Novissimo Digesto Italiana*. Torino: UTET, 1982. v. 9. p. 391-392.

⁴⁵⁵ Como preceitua o art. 126 do CPC, “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”. Logo, compete ao juiz aplicar as normas legais no momento de decidir, razão pela qual deve considerar o direito superveniente. Nessa linha, parece assistir razão a Alvaro de Oliveira, quando critica a corrente que defende que o art. 303, I, do CPC, ao aludir a direito superveniente, quer tratar, na verdade, do fato superveniente, em face da regra *iura novit curia*. Refere que não parece inútil a regra legal. Afirma que a regra se justifica diante da “possibilidade de alegação pela parte que, a não ser expressa autorização legal, poderia ficar inibida de suscitar o novo direito pelo princípio da eventualidade adotado pelo Código”. Ademais, continua, “se é verdade que, como regra, o juiz não pode ignorar a lei, nada impede efetivamente a desconheça, ainda mais com o ritmo vertiginoso de mudança da sociedade atual” (ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 237).

⁴⁵⁶ Aliás, “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” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito superveniente. Repercussão sobre o mérito da causa. In: _____. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 290). Nesse sentido, afirma Proto Pisani que “il giudicato sostanziale opera come *lex specialis* staccando la disciplina del diritto fatto valere in giudizio dalla norma generale ed astratta”. Disso resulta “l’inoperatività dello *ius superveniens* retroattivo sulla fattispecie concreta da cui deriva il diritto oggetto del giudicato” (PROTO PISANI, *Appunti...*, p. 390).

⁴⁵⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, op. cit., p. 237.

⁴⁵⁸ COSTA, “Ius Superveniens”..., p. 392.

⁴⁵⁹ Sobre o tema, a propósito, cf. LACERDA, Galeno. *O novo direito processual civil e os feitos pendentes*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

Os artigos 3º, I, e 14, I, da Lei 9.868/99, exigem que a petição indique “o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações”. É imprescindível, portanto, que o legitimado exponha os fundamentos jurídicos do pedido, sob pena de inépcia da inicial.⁴⁶⁰ Contudo, embora se exija a delimitação, na causa de pedir, dos fundamentos jurídicos do pedido, o Supremo Tribunal Federal não está a eles adstrito.⁴⁶¹

Isso porque essas ações constitucionais possuem causa de pedir aberta.⁴⁶² Tanto é assim que, ao julgar improcedente uma ação direta de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal está afirmando a integral constitucionalidade dos dispositivos questionados⁴⁶³ (natureza dúplice ou ambivalente⁴⁶⁴). Em outras palavras, o controle de constitucionalidade abstrato é operado em face de toda a Constituição, e não apenas dos dispositivos invocados pelo legitimado como violados.⁴⁶⁵

A despeito da abertura da causa da pedir, o Pretório Excelso continua vinculado ao pedido formulado na exordial. Ademais, não obstante a desvinculação do julgador à causa de pedir, no controle de constitucionalidade abstrato, o legitimado não se exime de deduzir os fundamentos jurídicos do pedido. Além de a legislação expressamente exigi-los, constitui *munus* dos legitimados colaborar com o STF⁴⁶⁶, frente à sobrecarga de atribuições que o assola⁴⁶⁷.

⁴⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Medida Cautelar na ADI n. 2.111/DF. Relator: Min. Sydney Sanches. Julgado em: 16 mar. 2000. DJ 05 dez. 2003.

⁴⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Medida Cautelar na ADI n. 1.358/DF. Relator: Min. Sydney Sanches. Julgado em: 07 dez. 1995. DJ 26 abr. 1996.

⁴⁶² A propósito, segundo Gilmar Mendes, “é dominante no âmbito do Tribunal que na ADI (e na ADC) prevalece o princípio da *causa petendi* aberta” (MENDES; COELHO; BRANCO, *Curso...*, p. 1172).

⁴⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. Emb. Decl. No Ag. Reg. no RE n. 372. 5351/SP. Relator: Min. Carlos Britto. Julgado em: 09 out. 2007. DJ 11 abr. 2008.

⁴⁶⁴ É o que se extrai do art. 24 da Lei 9.868/99: “Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória”.

⁴⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Medida Cautelar na ADI n. 1.896/DF. Relator: Min. Sydney Sanches. Julgado em: 18 fev. 1999. DJ 28 mai. 1999.

⁴⁶⁶ Consoante voto do Min. Paulo Brossard, “quando a Constituição dá a determinadas entidades legitimação para ajuizá-las, não dá gratuitamente, não é apenas para homenagear esta ou aquela autoridade, esta ou aquela entidade, é para que estas entidades possam prestar verdadeiro serviço público; é um *munus* que essas entidades estão qualificadas a exercer, no sentido da defesa da integridade constitucional, da sanidade jurídica da Nação através desse processo excepcional de extraordinária grandeza e importância, que é a ação direta de inconstitucionalidade” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI n. 259-7/DF. Relator: Min. Moreira Alves. Julgado em: 11 mar. 1991. DJ 19 fev. 1993).

⁴⁶⁷ Segundo voto do Min. Maurício Corrêa, “não parece recomendável nem tampouco admissível que esta Corte, a despeito de sua sobrecarga de atribuições, este Plenário, com pauta congestionada, tenha que se debruçar sobre cada uma das disposições, enfrentando-as uma a uma, pelo simples fato de haver a parte manifestado intenção impugnatória do tipo abstrato e genérico. Ademais, é regra comezinha de processo que a petição inicial indicará o fato e os fundamentos jurídicos do pedido com suas especificações (CPC, art. 282, III e IV), o que não ocorreu na espécie (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI n. 1.775-6/RJ. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgado em: 06 mai. 1998. DJ 18 mai. 2001).

Essa ideia de causa de pedir aberta está vinculada à necessidade de permitir ao Supremo Tribunal Federal julgar as ações constitucionais com base em qualquer fundamento, visto que o controle abstrato de constitucionalidade não pode ser prejudicado pela fundamentação deficiente do legitimado ativo, sobretudo diante da importante participação do *amicus curiae*. A abertura à participação e ao diálogo decorre da importância da consideração da sociedade na construção da decisão.⁴⁶⁸ Até porque o aspecto democrático do Estado Constitucional exige uma “sociedade aberta de intérpretes da constituição”; “na democracia liberal, o cidadão é intérprete da Constituição”.⁴⁶⁹

Não bastasse isso, o interesse público nas ações constitucionais é muito maior, tendo em vista que não interessa ao Estado Constitucional a manutenção de atos e normas inconstitucionais. A supremacia da Constituição impõe ao órgão jurisdicional máximo, uma vez instado, a análise da inconstitucionalidade invocada sob todos os ângulos constitucionais possíveis, de modo a preservar a própria ordem constitucional e, portanto, a sua força normativa.⁴⁷⁰

É de se ressaltar, contudo, que a circunstância de a causa de pedir ser considerada aberta não autoriza o Supremo Tribunal Federal a decidir sem oportunizar aos legitimados a discussão do fundamento constitucional que se tem em vista para a decisão. É importante, ainda, observar, que o STF coloca limite nessa alteração do fundamento jurídico.⁴⁷¹ Nega a possibilidade de analisar a constitucionalidade sob o aspecto material, quando o fundamento deduzido diz respeito a vício formal.⁴⁷²

A despeito da plena vigência da máxima *iura novit curia*, esta não substitui a teoria da causa de pedir aberta. Isso porque poder-se-ia dizer que aquela seria suficiente para justificar

⁴⁶⁸ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, *Curso...*, p. 945.

⁴⁶⁹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição*. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. Fabris: Porto Alegre, 2002. p. 36-7.

⁴⁷⁰ Acerca, cf. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

⁴⁷¹ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 945-6.

⁴⁷² A questão foi objeto de grande controvérsia por ocasião da ADI 2.182/DF e os debates que se travaram pela Corte demonstram elucidativamente a confusão, operada pela maioria dos seus integrantes, entre o pedido e a causa de pedir nas ações de controle abstrato de constitucionalidade, subvertendo a pacífica jurisprudência que até então havia se consolidado no Supremo Tribunal Federal. Enquanto o Min. Gilmar Mendes defende que o objeto da ação direta de inconstitucionalidade é a inconstitucionalidade da lei, o Min. Marco Aurélio entende que o pedido diz respeito à declaração de inconstitucionalidade sob o aspecto formal. Afirma este, inclusive, que o órgão jurisdicional é inerte e não pode atuar de ofício quando não haja pedido. Acertadamente ressalta o Min. Cezar Peluso que o pedido é de inconstitucionalidade, e o fundamento é o ângulo formal. Observa este que é dever do Tribunal examinar se a norma é, ou não, constitucional. Ao entendimento do relator, Min. Marco Aurélio, prevalecte, seguiram os Ministros Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Ayres Britto. Ao posicionamento do Min. Gilmar Mendes, seguiram os Ministros Eros Grau, Cezar Peluso e Celso de Mello (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI n. 2.182/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 12 mai. 2010. DJ 10 set. 2010).

a possibilidade de alteração do fundamento jurídico do pedido. Contudo, não é, visto que o aforismo *iura novit curia* pressupõe que os fatos integrem a causa de pedir, o que, nas ações constitucionais, não ocorre. Enfim, tal postulado não se confunde com a teoria da causa de pedir aberta.⁴⁷³

2.6 Hipóteses e impossibilidades de alteração da demanda

A estabilização da demanda ocorre, conforme o atual sistema de direito processual, com a citação do réu e com o saneamento do processo. A respeito se abordará de forma mais pormenorizada no capítulo seguinte. Por ora satisfaz tal informação, a fim de se analisar as modificações permitidas após tal momento processual e aquelas alterações que não acarretam propriamente a modificação da demanda.

A primeira hipótese possível diz respeito à redução do pedido e da causa de pedir. A redução do pedido pode resultar de desistência parcial (art. 267, VIII, do CPC) ou de renúncia parcial ao direito postulado (art. 269, V, do CPC).⁴⁷⁴ Quanto à desistência, existem também limites no ordenamento processual. O primeiro deles relaciona-se à necessidade do consentimento do réu, depois de decorrido o prazo para a resposta (art. 267, § 4º, do CPC). O segundo concerne à possibilidade de desistir da ação até o momento da prolação da sentença.⁴⁷⁵

Além disso, como já tratado, a demanda pode ser modificada com a introdução do fato

⁴⁷³ Contudo, adverte Gilmar Mendes, que “até mesmo no chamado controle abstrato de normas não se procede a um simples contraste entre a disposição do direito ordinário e os preceitos constitucionais. Ao revés, também aqui fica evidente que se aprecia a relação entre a lei e o problema que se lhe apresenta em face do parâmetro constitucional. Em outros termos, a aferição dos chamados fatos legislativos constitui parte essencial do controle de constitucionalidade, de modo que a verificação desses fatos relaciona-se íntima e indissociavelmente com o exercício do controle pelo Tribunal”. Nesse linha, “importante inovação consta do art. 9º, § 1º, da Lei n. 9.868/99, que autoriza o relator, após as manifestações do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para emitir parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos e pessoas com experiência e autoridade na matéria” (MENDES; COELHO; BRANCO, *Curso...*, p. 1176-1177).

⁴⁷⁴ Acrescenta Barbosa Moreira, ainda, que tal redução pode resultar, também, de transação parcial, na pendência do processo; de convenção de arbitragem relativa à parte do objeto do litígio, na pendência do processo; e da interposição, pelo autor, de recurso parcial contra a sentença de mérito desfavorável (BARBOSA MOREIRA, *O novo processo...*, p. 14). Não parece, entretanto, hipótese de redução do pedido, ao menos em relação à transação parcial e a interposição de recurso parcial. Nestas hipóteses, está-se resolvendo, de forma definitiva, parte da controvérsia. Forma-se, inclusive, a coisa julgada material.

⁴⁷⁵ A propósito, “A desistência da ação é faculdade processual conferida à parte que abdica, momentaneamente, do monopólio da jurisdição, exonerando o Judiciário de pronunciar-se sobre o mérito da causa, por isso que não pode se dar, após a sentença de mérito” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. REsp n. 1.115.161/RS. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em: 04 mar. 2010. DJ 22 mar. 2010).

superveniente, conforme autoriza o art. 462 do CPC. Advindo, portanto, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, que possa influir no julgamento da causa, deverá o juiz levá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença. Ressalva-se, todavia, que a doutrina e a jurisprudência majoritárias entendem que o fato superveniente admissível é aquele que se relaciona com o fato originalmente narrado e, portanto, não consideram hipótese de modificação da demanda.

Ao autor, ainda, é lícito a alteração da demanda, consoante o art. 517 do CPC, quanto às questões de fato não propostas no juízo inferior, em sede de apelação, se provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior. Sobre o tema já se tratou em tópico anterior e se assentou que a disposição refere-se, igualmente, ao primeiro grau, pois seria ilógico pensar o contrário. Também, aqui, a doutrina e a jurisprudência majoritárias referem que o fato posteriormente conhecido deve estar relacionado com o originalmente deduzido, logo, também não consideram hipótese de alteração da demanda.

A propósito das modificações que não alteram propriamente os elementos objetivos da demanda, insta abordar as correções da petição inicial e da contestação. Podem elas ser divididas em três classes: 1) aquelas que pretendem sanar erros materiais; 2) as que introduzem fatos simples; 3) as relacionadas ao art. 284 do CPC.

A correção de erro material na petição inicial ou na contestação pode se dar a qualquer tempo, pois não importa modificação do libelo.⁴⁷⁶ Em senso análogo, o diploma processual autoriza, inclusive, ao juiz a alteração da sentença, após a sua publicação, para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento, inexatidões materiais (art. 463, I, do CPC).

Também o simples complemento dos fatos, no âmbito da ação já instaurada, é sempre admissível, ou seja, não há alteração da demanda.⁴⁷⁷ Isso porque a complementação dos fatos diz respeito aos fatos secundários, os quais, consoante o art. 131 do CPC, podem, inclusive, ser conhecidos de ofício pelo juiz. Como já amiúde foi ressaltado, o que importa para a individualização da demanda são os fatos essenciais.⁴⁷⁸

⁴⁷⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 30ª Câmara de Direito Privado. AC n. 0004951-79.2010.8.26.0586. Relator: Orlando Pistoresi. Julgado em: 11 jul. 2012. DJ 11 jul. 2012).

⁴⁷⁷ JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. Tradução por F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002. p. 207.

⁴⁷⁸ De acordo com Jaime Guasp, os fatos que completam ou clarificam a declaração de vontade do autor podem ser trazidos ao processo pela atividade do órgão jurisdicional (GUASP, *Juez...*, p. 119). Conforme julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, “a causa de pedir constitui narrativa de certa situação fática (*lebensschaverhalts*), na qual nenhum relevo particular assumem os fatos simples, que a ilustram, mas o fato ou conjunto de fatos que incidem no suporte fático da regra” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 4ª Câmara Cível. AC n. 597140821. Relator: Araken de Assis. Julgado em: 24 jun. 1998). Segundo outro julgado do mesmo tribunal, “a causa de pedir, representada por um núcleo inalterável, desdobra-se em inúmeros fatos simples, cuja modificação não implica em causa nova, porque destituída de influência no conjunto” (RIO

Refere-se, também, Cruz e Tucci aos fatos particulares. Diz ele que “a mutação da *causa petendi* admitida ao autor [...] refere-se, apenas, ao *fato particular* (fato do réu contrário ao direito afirmado pelo autor), mantido necessariamente inalterado o *fato constitutivo*”.⁴⁷⁹

As modificações relacionadas ao art. 284 do CPC dizem respeito àquelas determinadas pelo juiz, a fim de que o autor preencha os requisitos dos 282 e 283 do CPC ou sane irregularidades e defeitos capazes de dificultar o julgamento do mérito. Deve, então, o autor emendar ou complementar a petição inicial, suprindo a carência verificada pelo magistrado, sob pena de ter a inicial indeferida (art. 284, parágrafo único, do CPC).

A regra divide-se em duas situações. A primeira concerne aos requisitos dos artigos 282 e 283, os quais, em sua maioria, podem ser emendados na forma do art. 284. A segunda está relacionada aos defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento do mérito. Sendo o mérito da causa a pretensão deduzida pelo autor (pedido identificado pela causa de pedir), o núcleo da segunda parte do art. 284 é justamente “a incorreta ou incompleta descrição da causa de pedir e a imprecisa indicação do pedido”.⁴⁸⁰

Aliás, por oportuno, deve-se ressaltar que o diploma processual brasileiro faz distinção entre a petição inicial inepta e a petição inicial com defeitos sanáveis, quando determina, em seu art. 295, o indeferimento de plano da primeira e o da segunda somente se não atendidas as diligências determinadas pelo juiz (art. 295, I e VI, respectivamente).⁴⁸¹ Contudo, “em nenhum dos casos previstos em nossa legislação como suficientes ao indeferimento da petição inicial mostra-se possível, em uma estrutura de processo civil cooperativo, indeferimento da petição inicial sem prévio debate com o demandante”.⁴⁸²

Por fim, também a mudança da qualificação jurídica atribuída aos fatos narrados ou a invocação de norma jurídica diversa da primitivamente invocada, desde que não haja modificação do efeito jurídico oriundo do fato ou conjunto de fatos, não implica modificação da demanda.⁴⁸³ Não se trata de novas alegações, o que resta defeso pelo art. 303 do CPC, mas de enquadrar, de forma correta, a consequência jurídica que decorre logicamente da narração dos fatos alegados originalmente, colaborando, inclusive, na formação da decisão do processo.

GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 22ª Câmara Cível. Relator: Mara Larsen Chechi. Julgado em: 22 mar. 2012. DJ 28 mar. 2012).

⁴⁷⁹ CRUZ E TUCCI, *A causa petendi...*, p. 160.

⁴⁸⁰ CARVALHO, *Do pedido...*, p. 152.

⁴⁸¹ *Ibidem*, p. 153.

⁴⁸² MITIDIERO, *Colaboração...*, p. 123.

⁴⁸³ BARBOSA MOREIRA, *O novo processo...*, p. 18. Nesse sentido, também, COSTA E SILVA, *Acto...*, p. 567-77.

2.7 Pressuposto da alteração da demanda

A modificação do *thema* substancial do processo vem a depender, invariavelmente, da concreta aplicação da regra do contraditório.⁴⁸⁴ É imprescindível, portanto, uma breve análise desse instituto, para a compreensão da importância que o contraditório representa quando se trata da alteração da demanda.

O direito, como se tem assinalado, não se confunde com a técnica e não se mostra infenso aos valores reinantes na sociedade. Da mesma forma os princípios, “que haurem seu significado, alcance, extensão e aplicação nos valores imperantes no meio social, em consonância com o *specificum* de cada tempo e espaço social”, estão “sujeitos a variações histórico-culturais e políticas no tempo e no espaço, no tocante à sua extensão e à interpretação que merecem dentro de cada sistema constitucional”.⁴⁸⁵

O princípio⁴⁸⁶ do contraditório não foge à regra, tendo sua própria história, “não se mostrando indiferente às circunstâncias e valores da época em que exercido”.⁴⁸⁷

Ao tratar do tema numa perspectiva histórica, Nicola Picardi mostra a interdependência do contraditório com a noção de ordem processual (*iudicium [...] habet ordinem, qui dicitur ordo iudiciarius*). A partir disso, analisa dois modelos tradicionais: a ordem isonômica, que é a textura interna do processo medieval (*ordo iudiciarius*); e a ordem assimétrica, que é o eixo do processo em sentido moderno.⁴⁸⁸ Por meio desses dois vetores, o formalismo processual recebe suas caracterizações.⁴⁸⁹

Até a Idade Moderna, o *ordo iudiciarius* era considerado manifestação de uma razão

⁴⁸⁴ FERRI, *Struttura...*, p. 16-7.

⁴⁸⁵ DINAMARCO, *A instrumentalidade...*, p. 34.

⁴⁸⁶ O termo “princípio” é aqui usado na acepção de Humberto Ávila, que afirma que “os princípios estabelecem um estado ideal de coisas a ser atingido (*state os affairs, Idealzustand*), em virtude do qual deve o aplicador verificar a adequação do comportamento a ser escolhido ou já escolhido para resguardar tal estado de coisas. *Estado de coisas* pode ser definido como uma situação qualificada por determinadas qualidades. O estado de coisas transforma-se em *fim* quando alguém aspira conseguir, gozar ou possuir as qualidades presentes naquela situação. [...] Enfim, os princípios, ao estabelecerem fins a serem atingidos, exigem a promoção de um estado de coisas – bens jurídicos – que impõe condutas necessárias à sua preservação ou realização” (ÁVILA, *Teoria...*, p. 71-2).

⁴⁸⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. In: _____. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2003. p. 228.

⁴⁸⁸ PICARDI, Nicola. “Audiatur et altera pars”. Le matrici storico-culturali del contraddittorio. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano: Giuffrè, 2003. p. 8.

⁴⁸⁹ A propósito, Daniel Mitidiero os trata como como modelos de organização social. Propõe três modelos de organização social para análise: o modelo paritário, o modelo hierárquico e o modelo cooperativo. Constituem três maneiras diferentes de “conceber o formalismo processual, no que tange ao papel reservado aos juizes e às partes” (MITIDIERO, *Colaboração...*, p. 71-86). Fredie Didier Jr. também aborda a problemática, referindo-se aos modelos dispositivo, inquisitivo e cooperativo (DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de processo*, São Paulo: RT, v. 198, ago. 2011. p. 213-25).

prática e social, que se realizava no tempo através da colaboração da praxe criada pelos tribunais e pela doutrina. Em outros termos, reconhecia-se ao tribunal o poder de estabelecer os próprios modos do seu operar, porém respeitando os princípios comuns (*ordo substantialis*). O *ordo iudiciarius* era dotado de caráter público, argumentativo e justificativo. Representava um capítulo da retórica e da ética. A natureza do processo era originária e extra-estatal. Assim, ninguém, nem mesmo o papa, poderia prescindir do *ordo iudiciarius*. A base do processo medieval consistia no que hoje se chama de princípio do contraditório e que constitui uma metodologia de busca da verdade. Tal metodologia se resolvia no *ars opponendi et respondendi*, que regulava o diálogo e garantia reciprocidade e igualdade entre as partes. O contraditório traduzia-se, pois, no instrumento para a busca dialética da “verdade provável”.⁴⁹⁰ Na realidade, no direito comum, o contraditório foi elevado a símbolo dos direitos naturais.⁴⁹¹ O princípio, enfim, tinha sentido totalmente distinto daquele hoje dominante.⁴⁹²

O processo medieval, destarte, foi construído com base numa versão forte do contraditório. Constitui o modelo puro de ordem isonômica, no qual a igualdade é assegurada não apenas entre as partes, mas também entre o juiz e as partes. Os juristas da Idade Média, visando resumir esse complexo de garantias que hoje se indica com a expressão contraditório, formularam o brocardo “*audiatur et altera pars*”, que significa “ser ouvido e ouvir a outra parte”. Todavia, um diferente clima cultural se desenvolveu no continente europeu entre os

⁴⁹⁰ PICARDI, “*Audiatur et altera pars*”..., p. 8-9.

⁴⁹¹ Conforme aduz Nicola Picardi, “nel XV secolo, Roberto Maranta – maestro e concittadino del Cardinale De Luca – fu tra coloro che contribuirono, con la loro autorità, a consolidare la matrice giusnaturalistica della massima *audiatur et altera pars*. Maranta elevò, infatti, il contraddittorio a simbolo dei diritti naturali: ‘quia citatio est inventa de iure naturali et est species defensionis [...] nullo modo potest omitti etiam per principem’. A riprova della tesi egli adduce un passo della Genesi (3.9) nel quale ‘deus citavit adam’, prima di condannarlo all’espulsione dal paradiso” (ibidem, p. 11). Ainda, afirma Picardi que “ancora nell’800, nella letteratura europea, si soleva ripetere che il contraddittorio trova il suo fondamento in un ‘principio di ragionale naturale’; lo si ricollegava alla natura delle cose e lo si considerava, quindi, ‘immanente’ al processo stesso” (PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio, *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, 1998. p. 673-4).

⁴⁹² Bem observa Alvaro de Oliveira o que se passou no direito comum: “O processo, fartamente influenciado pelas ideias expressas na retórica e na tópica aristotélica, era concebido e pensado como *ars dissedendi* e *ars oponendi et respondendi*, exigindo de maneira intrínseca uma paritária e recíproca regulamentação do diálogo judiciário. Dado que nas matérias objeto de disputa somente se poderia recorrer à probabilidade, a dialética se apresentava, nesse contexto, como ciência *ex probabilibus procedit*, a impor o recurso do silogismo dialético. Na lógica do provável, implicada em tal concepção, a investigação da verdade não é o resultado de uma razão individual, mas do esforço combinado das partes, revelando-se implícita uma atitude de tolerância em relação aos ‘pontos de vista’ do outro e o caráter de sociabilidade do saber”. A dialética, lógica da opinião e do provável, intermedeia o certamente verdadeiro (raciocínio apodítico) e o certamente falso (raciocínio sofístico). No seu âmbito, incluem-se os procedimentos não demonstrativos, mas argumentativos, enquanto pressupõe o diálogo, a colaboração das partes numa situação controvertida, como no processo. Em semelhante ambiente cultural, o contraditório representa o único método e instrumento para a investigação dialética da verdade provável, aceito e imposto pela prática judiciária à margem da autoridade estatal, decorrente apenas da elaboração doutrinária, sem qualquer assento em regra escrita” (ALVARO DE OLIVEIRA, A garantia..., p. 229).

séculos XVII e XVIII.⁴⁹³ A mudança de perspectiva se deu pela introdução da lógica formal de Pierre de la Ramée (século XVI), que buscou dar um novo rumo ao direito, incorporando a ele os métodos próprios da ciência da natureza. O pensamento desse método era “orientado pelo sistema, em busca de uma verdade menos provável, com aspirações de certeza, a implicar a passagem do *iudicium* ao *processus*”.⁴⁹⁴

Isso tudo se potencializa, “a partir do século XVII, com a estatização do processo”, quando o soberano se apropria do *ordo iudiciarius*, reivindicando para si o monopólio da legislação em matéria processual, “tendência incrementada depois pelas ideias do iluminismo e pelo verdadeiro terremoto produzido pela Revolução Francesa”.⁴⁹⁵ Paralelamente a essa passagem, do *ordo iudiciarius* para o processo em sentido moderno, houve também uma radical alteração na concepção do fenômeno processual ou, em outras palavras, deu-se a passagem da ordem isonômica para a ordem assimétrica. Nesse contexto, desaparecem a orientação problemática e a lógica argumentativa, para dar lugar à racionalidade objetiva, formal e calculável. O papel do juiz muda radicalmente. A função judicial passa a ser despersonalizada e atribuída a um juiz concebido como *Homo burocraticus*, que agia, por isso, segundo “a lógica burocrática e cuja atividade era previsível, fungível e controlável”. A *iurisdictio* era agora concebida como *pars summi imperii*. O juiz perde a função de simples controlador e tutor do *ordo iudiciarius* e assume a direção de um processo amparado no *ius iurisdictionis*, com caráter decididamente publicístico.⁴⁹⁶

O contraditório perde seu sentido originário e deixa de ser visto como mecanismo de investigação da verdade. É rebaixado a princípio externo e puramente lógico-formal. Daí, “a menção a uma simples audiência bilateral (*Grundsatz des beiderseitigen Gehörs*), garantia considerada atendida quando assegurada à outra parte a devida oportunidade de ser ouvida”.⁴⁹⁷

Com efeito, com o jusnaturalismo moderno, evidencia-se uma linha de decadência do contraditório. Abandonada a lógica dialética da busca pela verdade provável, o contraditório se resolve numa nítida contraposição de teses ou, ainda, numa “prova de força”. O polo metodológico, ao invés de uma verdade provável, é uma verdade objetiva, absoluta, pré-constituída. Pensava-se que a verdade poderia ser atingida mesmo fora do contraditório. E, ao

⁴⁹³ PICARDI, Nicola. “Audiatur et altera pars”..., p. 9-10 e 14.

⁴⁹⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, A garantia..., p. 229.

⁴⁹⁵ Ibidem, p. 229.

⁴⁹⁶ PICARDI, op. cit., p. 14-15.

⁴⁹⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, op. cit., p. 230. A “bilateralidade da audiência” é tratada na clássica obra de Robert Wyness Millar como um princípio formativo do processo. A respeito, especificamente, da bilateralidade da audiência, cf., ainda, MILLAR, *Los principios...*, p. 47-55.

final do séc. XIX, em relação mais ou menos direta com o espírito positivista, que estava se difundindo na ciência jurídica, devia-se, absolutamente, constatar o exaurimento da função axiológica do contraditório. O contraditório, pouco a pouco, foi reduzido a papel secundário, perdendo sua ligação com a essência do fenômeno processual. Contudo, na fase mais recente da ciência processual, tem-se advertido para uma postura diversa no trato desse princípio em confronto com o processo, que pretende, em linhas gerais, resgatar aquela ideia clássica, utilizando-o como núcleo fundamental e central do processo.⁴⁹⁸

Esse novo enfoque, que surge, não por acaso, a partir dos anos cinquenta do século XX, renova amplamente os estudos da lógica jurídica⁴⁹⁹ e revitaliza o sentido problemático do direito⁵⁰⁰, “precisamente quando – já renunciando o pós-modernismo – mais agudos e prementes se tornavam os conflitos de valores e mais imprecisos e elásticos os conceitos”. Na verdade, esse movimento procura recuperar “o valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, fruto da colaboração e cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as

⁴⁹⁸ PICARDI, Nicola. “Audiatur et altera pars”..., p. 16-17 e 19-20.

⁴⁹⁹ A respeito, Alessandro Giuliani, em relevante ensaio sobre o tema, fixa como premissa a lógica dialética (GIULIANI, Alessandro. *Logica del diritto: b) teoria dell'argomentazione*. In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1975. v. 25. p. 13-5). Bem define a lógica dialética Nicola Picardi, também em autorizado artigo sobre a passagem do *iudicium* ao *processus*: “Como è noto, Aristotele distingue l'‘apodittica’, o scienza dimostrativa e vera, dalla ‘dialettica’, o argomentazione discorsiva e probabile. Nei Secondi analitici egli si pone il problema del silogismo ‘apodittico’ o scientifico, cioè del sillogismo che, non solo colleghi correttamente delle premesse com una conclusione, ma che parta anche da premesse vere per giungere a conclusioni vere. Il criterio è costituito dalla verità oggettiva, le conclusioni che vengono raggiunte sono non solo logiche, ma anche vere e, quindi, questo è l'unico sillogismo che ha valore dal punto di vista della scienza. Nei Topici Aristotele studia, invece, i sillogismi ‘dialettici’, cioè quei procedimenti logici che hanno, come punti di partenza, opinioni, ed opinioni come punti di arrivo. La dialettica è essenzialmente arte del dialogo, della discussione e della persuasione; la verità che è in grado di attingere è soltanto una verità ‘probabile’ (che può essere, cioè, vera o falsa). Il criterio fondamentale è costituito, quindi, dall'opinione e dal consenso” (PICARDI, Nicola. *Processo civile: c) diritto moderno*. In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1987. v. 36. p. 107-8).

⁵⁰⁰ A respeito da temática, vale lembrar que foi Theodor Viehweg quem recuperou o pensamento tópico ou problemático do direito. Segundo o autor, constitui a tópica uma técnica do pensamento orientada para o problema. E continua: “todo problema objetivo e concreto provoca claramente um jogo de suscitações, que se denomina tópica ou arte de invenção. [...] É necessário reconhecer que o problema é algo previamente dado, que atua sempre como guia. [...] o problema, através de uma reformulação adequada, é trazido para dentro de um conjunto de deduções, previamente dado, mais ou menos explícito e mais ou menos abrangente, a partir do qual se infere uma resposta. Se a este conjunto de deduções chamamos sistema, então podemos dizer, de um modo mais breve, que, para encontrar uma solução, problema se ordena dentro de um sistema. [...] a ênfase no sistema opera uma seleção de problemas. Acontece o contrário se colocamos o acento no problema: este busca, por assim dizer, um sistema que sirva de ajuda para encontrar a solução. Se existe um único sistema A, que declarasse nosso problema insolúvel (como mero problema aparente), seriam necessários outros sistemas para a sua solução. O mesmo poderia dizer-se no caso de que existissem vários sistemas A, B, C etc. Se nenhum deles permitisse encontrar a solução, seriam necessários outros sistemas, caso em que o caráter do problema permaneceria sempre confirmado. Em outras palavras, ênfase no problema opera uma seleção de sistemas, sem que se demonstre a sua compatibilidade a partir de um sistema. [...] O problema procede, então, de um nexo compreensivo já existente que, de início, não se sabe se é um sistema lógico, quer dizer, um conjunto de deduções, ou algo distinto, e se se trata de algo que pode ser visto de forma abrangente” (VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução por Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979. p. 33-5).

partes, segundo as regras formais do processo”.⁵⁰¹

A partir do discurso de Satta, em conferência realizada na Universidade da Catania, em 4 de abril de 1949⁵⁰², Carnelutti começa a repensar a relação entre “processo e giudizio”⁵⁰³, ao que chama Picardi “l’esame di coscienza del vecchio maestro”.⁵⁰⁴ Indagou-se o velho mestre: “*quid est iudicium?*”, advertindo que a fórmula “processo e giudizio” deveria ser um pouco mais atentamente meditada.⁵⁰⁵ Para Picardi, a exortação de Carnelutti acena para o interesse do jurista nos mecanismos de formação do juízo e, sobretudo, no contraditório e na colaboração das partes na busca pela verdade.⁵⁰⁶ Corrobora tal conclusão a afirmação de Carnelutti de que

credere che giudizio sia soltanto quello, che il giudice fa nella cosiddetta camera di consiglio, sarebbe come immaginare che tutto il processo nutritivo consista nella chimificazione, mentre questa non è che la ultima fase di un iter cominciato quando l’uomo porta alla bocca il cibo anzi, a rigore, anche prima.⁵⁰⁷

Vale dizer: o juízo não se resume ao ato de julgar, mas compreende também a sua formação. E a formação do juízo pressupõe a participação dos sujeitos processuais e, obrigatoriamente, a sua colaboração, guiada pelo contraditório, verdadeiro “strumento di formazione del giudizio”.⁵⁰⁸

Existe, no processo, uma efetiva correspondência entre os seus participantes, que se realiza mediante a distribuição isonômica de suas posições. Em outras palavras, só existe processo, se no *iter* de formação dos atos, existe contraditório. A função do contraditório não se exaure na bilateralidade da audiência. Não se trata, em última análise, de um instrumento

⁵⁰¹ ALVARO DE OLIVEIRA, A garantia..., p. 231.

⁵⁰² Afirmou Salvatore Satta que “il giudizio non è uno scopo esterno al processo, perchè il processo non è altro che giudizio e formazione di giudizio: esso dunque se ha uno scopo, lo ha in sè stesso, il che è come dire che non ne ha alcuno” (SATTA, Salvatore. Il mistero del processo. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, 1949. p. 281).

⁵⁰³ Disse Francesco Carnelutti que “dovrebbe, a prima vista, sembrare che il centro dell’indagine intorno al processo, civile o penale, abbia proprio da essere il giudizio; con sorpresa, invece, ci si accorge che è il giudicato. Questo vuol dire, tradotto in parole semplici, che noi abbiamo studiato finora assai più gli effetti che la causa. La nostra attenzione è stata assorbita da quel fenomeno, che ancora si rappresenta efficacemente dicendo che *res iudicata pro veritate habetur*; ma la nostra curiosità è realmente minore che quella di Pilato, al quale, almeno, è sfuggita la domanda pensosa: *quid est veritas?* La quale, se intorno ad essa sapessimo meditare, si convertirebbe in quest’altra: *quid est iudicium?*” (CARNELUTTI, Francesco. Torniamo al “giudizio”. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, 1949. p. 168).

⁵⁰⁴ PICARDI, Nicola. L’esame di coscienza del vecchio maestro. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, 1986. p. 536.

⁵⁰⁵ CARNELUTTI, op. cit., p. 171.

⁵⁰⁶ PICARDI, “Audiatur et altera pars”..., p. 20.

⁵⁰⁷ CARNELUTTI, op. cit., p. 171.

⁵⁰⁸ PICARDI, L’esame..., p. 542.

de luta. Trata-se, na verdade, segundo a orientação dada por Giuliani, de dar um novo enfoque aos problemas do processo, ligando-o às técnicas de uma razão social, dialética e justificativa. Nesse quadro, o contraditório não constitui, como dito, um instrumento de luta, tampouco um instrumento operativo do juiz. O processo não é expressão de uma razão calculável, pois obedece a uma lógica diversa. O mesmo se diz em relação ao seu momento fundamental que é o juízo. O processo, ao contrário de procedimentos formalizáveis, obedece a técnicas justificativas e argumentativas. E aí assume papel deveras importante o contraditório, pois constitui a base da busca dialética, conduzida com a colaboração das partes. E essa busca se dirige ao provável e ao razoável, e não ao necessário e inevitável.⁵⁰⁹

A investigação da verdade não se apresenta “como o resultado de uma razão individual, mas do esforço combinado das partes, revelando-se implícita uma atitude de tolerância em relação aos ‘pontos de vista’ do outro e o caráter de sociabilidade do saber”.⁵¹⁰ Surge, então, a regra⁵¹¹ do contraditório, estabelecendo um dever comportamental, dirigido ao juiz, de respeitar, no processo, a posição jurídica dos sujeitos que o integram. Tal regra, impõe, também, que o juízo conduza o processo mediante constante diálogo. Em razão do contraditório, o órgão judicial se vê obrigado a debater e a dialogar. Deve, ainda, dirigir o processo de forma isonômica, ou seja, colaborando com as partes, obrigando-se a observar deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio em relação aos contendores.⁵¹² O juiz, dessa forma, ultrapassa “a posição de mero árbitro fiscalizador da observância das ‘regras do jogo’, para alcançar *status* de ativo participante”.⁵¹³

⁵⁰⁹ PICARDI, “Audiatur et altera pars”..., p. 21-2.

⁵¹⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Poderes..., p. 95.

⁵¹¹ Novamente, utiliza-se a teorização de Humberto Ávila acerca da classificação das normas, para quem “as regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada”, enquanto “os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos”. Dessa forma, vê-se o caráter dúplice do contraditório, ora como regra ora como princípio. Essa conclusão pode ser extraída das disposições preliminares da obra “Teoria dos princípios”, em que Ávila demonstra que “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”. Ressalta, ainda, que “não existe correspondência entre norma e dispositivo”, o que significa dizer que uma disposição textual poderá implicar uma norma, duas normas..., ou nenhuma norma, tudo dependendo do sentido que se atribua a ela (ÁVILA, *Teoria...*, p. 30-1 e 71). O contraditório, portanto, de um lado, *descreve um comportamento a ser adotado pelo juiz*, de dialogar, debater, esclarecer, prevenir, consultar e auxiliar; de outro, *um estado ideal de coisas*, de buscar um ideal de acessibilidade e oportunidade de exercício efetivo do direito de ataque e defesa.

⁵¹² MITIDIERO, *Colaboração...*, p. 84. Esclarece Mitidiero do que se trata cada dever. O primeiro dever diz respeito ao esclarecimento acerca de dúvidas que tenha o juiz a respeito das alegações das partes. A prevenção concerne ao dever de o juiz prevenir as partes sobre os perigos do processo, como, por exemplo, a frustração do êxito dos pedidos pelo uso inadequado do processo. A consulta refere-se ao dever de o juiz consultar as partes antes de decidir sobre alguma questão do processo que não tenha sido debatida entre os litigantes. Por fim, o auxílio toca ao dever de auxiliar as partes quando diante de eventuais dificuldades que possam frustrar direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais (*ibidem*, p. 85).

⁵¹³ ALVARO DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 93.

O contraditório, no que toca à modificação da demanda, apresenta-se como fator elementar a viabilizá-la no curso do processo. O jogo dialético, que caracteriza qualquer processo judicial, é centrado em torno dos elementos objetivos da demanda. E para que reste preservado o direito fundamental ao contraditório, resulta evidente que devam as partes conhecer integralmente a matéria sujeita ao crivo do julgador.⁵¹⁴

Se é verdadeiro o brocardo jurídico “*judicium est actus trium personarum*”, atribuído a Bulgarus, segundo o qual o juízo só se desenvolve mediante o diálogo das partes e do julgador, então coloca-se inexorável a ideia de que se deva vedar qualquer forma de solipsismo processual por parte do magistrado, de modo a surpreender as partes, sem conceder-lhes a oportunidade de manifestação, em desrespeito ao contraditório.⁵¹⁵

A formação do juízo, tanto fático quanto jurídico, pressupõe, portanto, a participação das partes. Assim, a colaboração das partes com o juiz e do juiz com as partes encontra sua razão de existência num plano muito mais amplo, não importando apenas a investigação da norma aplicável ao caso *sub judice*, mas, muito mais, o seu conteúdo e alcance, de modo que, com isso, se evitam surpresas e consequências negativas daí decorrentes, no que tange ao exercício do direito de defesa e da tutela de valores vários, tais como a concentração e a celeridade do processo e, sobretudo, a qualidade do pronunciamento judicial.⁵¹⁶

Essa nova postura confere às partes o direito de atuarem crítica e construtivamente no desenvolvimento do processo e na formação da decisão. Nas palavras de Alvaro de Oliveira, a “matéria vincula-se ao próprio respeito à dignidade da pessoa humana e aos valores intrínsecos da democracia, adquirindo sua melhor expressão e referencial, no âmbito processual, no princípio do contraditório”. Porém, agora, este é compreendido de outra maneira. Não significa apenas o debate entre as partes, mas “o concreto exercício do direito de defesa para fins de formação do convencimento do juiz, atuando, assim, como anteparo à lacunosidade ou insuficiência da sua cognição”.⁵¹⁷

Dessa forma, o contraditório volta da margem ao centro do fenômeno processual. Não constitui mais uma prova de força, mas se torna um instrumento de busca da verdade provável. Volta-se, assim, a falar no verdadeiro princípio do contraditório, porém não entendido como um axioma lógico da tradição iluminista, nem como um princípio geral do ordenamento positivo, mas como um princípio que representa, sobretudo, uma daquelas *regulae iuris* coletadas no último livro do *Digesto*, isto é, um daqueles princípios de uma

⁵¹⁴ CRUZ E TUCCI, *A causa petendi...*, p. 186.

⁵¹⁵ GRADI, *Il principio...*, p. 826.

⁵¹⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, *A garantia...*, p. 236-7.

⁵¹⁷ *Ibidem*, p. 234.

lógica de sentido comum, destinados a facilitar a *interpretatio* baseada sobre a equidade, situado na matriz da noção de “justo processo”.⁵¹⁸

Essa perspectiva reflete-se, indubitavelmente, no alcance do contraditório, pois este vai além da simples “contraposição à demanda” e passa a constituir um atributo inerente a todos os atos e momentos do processo, sobretudo no que diz respeito à modificação da demanda. O princípio volta-se ao atendimento de padrões necessários para o estabelecimento de um processo justo, dentre os quais se encarta aqueles referentes à possibilidade de consideração do fato novo, do fato superveniente, do direito superveniente e todas as consequências que deles advêm, como, inclusive, a necessidade de formulação de novo pedido no curso do processo.⁵¹⁹

Vale dizer: o contraditório vai além da mera garantia de ouvir e ser ouvido (aspecto formal), passando a ser entendido também como direito de interferir na cognição do juiz e participar da formação da decisão (aspecto material). E o juízo não pode desconsiderar situações fáticas ou jurídicas relacionadas à demanda que, por iniciativa das partes ou não, são trazidas ao processo e colocadas à discricção do juiz. A visão dinâmica do contraditório impõe a sua consideração. Ressalva-se, contudo, a impossibilidade, hoje existente, de modificação da demanda após o saneamento do processo.

⁵¹⁸ PICARDI, “Audiatur et altera pars” ..., p. 22.

⁵¹⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, A garantia..., p. 231.

3 A FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ESTABILIDADE DA DEMANDA

Todo procedimento é marcado por um momento em que a demanda se estabiliza. Isso porque o discurso jurídico não pode ser infundável. A estabilização da demanda é imprescindível para que os sujeitos do processo saibam exatamente sobre qual objeto litigioso recairá a prestação da tutela jurisdicional.

Cada sistema possui um modelo que privilegia, mais ou menos, a modificação dos contornos jurídicos objetivos da demanda. Isso significa que o objeto litigioso pode ser, desde logo, estabilizado ou pode permitir o sistema a sua variação até o momento da decisão final.

3.1 Estabilização da demanda. Considerações iniciais. Conceito

A estabilização da demanda diz respeito à técnica processual. A técnica constitui a predisposição ordenada de determinados meios que visam à obtenção de certos resultados.⁵²⁰ Não se deve confundir, a propósito, a técnica com o valor. Embora sirva a ele, nada tem a ver com o valor das finalidades a que se destina. Aliás, não se cogita se é boa ou má. Contudo, a técnica se coloca a serviço do direito material e dos fins últimos do processo.⁵²¹ É nessa medida que se ligam aos valores. Trata-se, portanto, de opções legislativas destinadas a concretizar valores.

A flexibilização ou o enrijecimento do sistema é uma opção do legislador, inserida no campo da técnica processual.⁵²² O tratamento jurídico conferido à modificação da demanda e sua estabilização constitui problema de direito positivo, na medida em que cada ordenamento jurídico estima a sua pertinência ou não.⁵²³ Assim, a inclinação de cada sistema processual variará de acordo com as escolhas realizadas pelo legislador, considerando, inclusive, a

⁵²⁰ DINAMARCO, *A instrumentalidade...*, p. 264.

⁵²¹ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 172.

⁵²² Como ressalta Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “tratando-se de questão de política judiciária, novamente a prevalência de um ou outro aspecto depende dos valores imperantes em determinada sociedade e das condições concretas nela vigentes para a administração da justiça. A tensão inarredável entre a plena realização do direito material, com a maior justiça possível, e o rápido e eficiente alcance desse desiderato, sempre presente na história do direito processual, impõe a necessidade de serem estabelecidos limites à liberdade de agir dos litigantes, circunscrevendo-se de conseguinte seus poderes processuais” (ibidem, p. 227).

⁵²³ BERZOSA FRANCOS, *Demanda...*, p. 95.

inexistência de imposição de determinado modelo pela ordem constitucional.⁵²⁴

Ao realizar a opção entre um ou outro modelo, o legislador deve ter em vista os valores que pretende preservar. O processo é essencialmente um instrumento, complexo e tecnicamente sofisticado, mas ainda assim um instrumento. Como instrumento, tem algumas finalidades, as quais cabem ao legislador traçar. Um modelo processual nasce da combinação de escolhas ideológicas e de instrumentações técnicas. Em outras palavras, são combinações variáveis, sobretudo em função da variação das escolhas ideológicas, visto que a técnica, por si só, é neutra e vazia.⁵²⁵

A par disso, instituído um modelo, ao se tornar anacrônico, frente às alterações culturais de uma dada sociedade, emergindo novas ideologias, que se sobrepõem às que antes imperavam, cabe ao legislador a instituição de um novo paradigma.

A regra, como é o caso daquela que estabelece o momento da estabilidade da demanda, é a confirmação dos valores ponderados pelo legislador e a definição daquele que ele visa a alcançar.⁵²⁶ Por isso se diz que as regras cristalizam valores, na medida em que representam uma ponderação feita pelo legislador entre valores.⁵²⁷

Assim, não havendo inconstitucionalidade na adoção de dado modelo, tendo em vista os valores que norteiam a escolha empreendida pelo legislador, não cabe ao intérprete, abstratamente, oferecer solução para flexibilizar um modelo rígido de estabilização da demanda, com base em certos valores encartados na carta constitucional, em especial a efetividade e a duração razoável do processo.⁵²⁸ Veja-se que não se trata de coibir

⁵²⁴ GUEDES, Cíntia Regina. A estabilização da demanda no direito processual civil. In: FUX, Luiz (coord.). *O novo processo civil brasileiro*. Direito em expectativa. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 242.

⁵²⁵ TARUFFO, Michele. Cultura e processo, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, 2009. p. 70-1.

⁵²⁶ Trata-se da *eficácia interna direta* das regras. Como anota Humberto Ávila, “as regras possuem uma *eficácia preliminarmente decisiva*, na medida em que pretendem oferecer uma solução provisória para determinado conflito de interesses já detectado pelo Poder Legislativo” (ÁVILA, *Teoria...*, p. 102-3).

⁵²⁷ Como afirma Humberto Ávila, “convém registrar a importância de rever a concepção largamente difundida na doutrina juspublicista no sentido de que a violação de um princípio seria muito mais grave do que a transgressão a uma regra, pois implicaria violar vários comandos e subverter valores fundamentais do sistema jurídico. Essa concepção parte de dois pressupostos: primeiro, de que um princípio vale mais do que uma regra, quando, na verdade, eles possuem diferentes funções e finalidades; segundo, de que a regra não incorpora valores, quando, em verdade, ela os cristaliza” (ibidem, p. 103-4).

⁵²⁸ Acerca disso, defende Daniel Raichelis Degenszajn a interpretação do art. 462 do CPC à luz dos direitos fundamentais da efetividade e da duração razoável do processo. Afirma que “ao erigir a duração razoável do processo a princípio constitucional, o legislador impôs um novo parâmetro para a interpretação das regras processuais, em que será possível e até recomendável que as regras estabelecidas na legislação sofram abalos, atenuando-se o rigor em sua aplicação”. Acaba propondo que o julgador admita não somente os fatos supervenientes albergados pela norma do art. 462 do CPC, mas também aqueles fatos de conhecimento superveniente, que sequer encontram guarida na legislação para serem admitidos no processo após o seu saneamento. Não descuida, contudo, da necessidade de observar-se o contraditório. Conclui que “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”

interpretação das regras processuais à luz da Constituição. Na verdade, o que se cuida é de criticar a proposta de, na prática, revogação de um modelo processual, para instituição, pelo julgador, de um mais flexível, sobretudo diante da *eficácia de trincheira* que as regras ostentam.⁵²⁹

(DEGENSZAJN, Daniel Raichelis. *Alteração dos fatos no curso do processo e os limites de modificação da causa petendi*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010. p. 99 e 143-7). Nesse sentido, ainda, afirma Ricardo de Barros Leonel que “se houve introdução de novo fundamento de fato ou provimento judicial não postulado, porém amplamente debatido pelas partes, inclusive com a possibilidade de instrução probatória, admitir decisão a seu respeito, para acolhimento ou rejeição, é trabalhar em prol da economia processual e da resolução definitiva do conflito. Negar tal solução é obrigar as partes, nada obstante tenha sido esgotada a discussão e a instrução probatória a respeito, a submeter-se a um novo processo, com todas as consequências decorrentes, como v.g. os custos, a espera, a incerteza etc.” (LEONEL, *Causa de pedir...*, p. 241). De forma mais coerente, José Roberto dos Santos Bedaque observa que “a regra da estabilidade somente se justifica diante de fatos já existentes à época da propositura da demanda, pois o autor poderia tê-los invocado. Quanto aos posteriores, nada obsta a que sejam aproveitados no mesmo instrumento. A exceção é compatível com a visão instrumentalista do direito processual, além de conferir efetividade ao princípio da economia” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p.137-8). Não se critica a interpretação do art. 462 do CPC à luz da duração razoável do processo, ou seja, a possibilidade de introdução do fato superveniente mesmo desconexo com a causa de pedir originária. Na verdade a interpretação mais sensível ao direito dá conta de que tal exceção encontra respaldo na norma do art. 462 do CPC. A interpretação da corrente majoritária é que destoa dos valores constitucionais. Enfim, o que se critica é a revogação do sistema processual em vigor, por meio do equivocado argumento de que a interpretação das regras processuais à luz dos valores constitucionais ensejaria a admissibilidade de fatos de conhecimento superveniente mesmo após o saneamento do processo. Defende-se, contudo, *de lege ferenda*, a instituição de novo modelo processual nesse sentido.

⁵²⁹ Anota-se, ainda, que “as regras só podem ser superadas (*defeasibility of rules*) se houver razões extraordinárias para isso, cuja avaliação perpassa o postulado da razoabilidade [...]. A expressão ‘trincheira’ bem revela o obstáculo que as regras criam para sua superação, bem maior do que aquele criado por um princípio” (ÁVILA, *Teoria...*, p. 103). Segundo Humberto Ávila, “as regras, em geral, não são absolutas, mas não são superáveis com facilidade”. Para a superação das regras, algumas condições se fazem necessárias: requisitos materiais e procedimentais. Assim, “sendo as regras instrumentos de solução previsível, eficiente e geralmente equânime de conflitos, sua superação será tanto mais flexível quanto menos imprevisibilidade, ineficiência e desigualdade geral ela provocar”. Nessa linha, “o grau de resistência de uma regra à superação está vinculado tanto à promoção do valor subjacente à regra (valor substancial específico) quanto à realização do valor formal subjacente às regras (valor formal da segurança jurídica). E o grau de promoção do valor *segurança* está relacionado à possibilidade de reaparecimento frequente de situação similar. Conjugando esses fatores, pode-se afirmar que a resistência à superação de uma regra será tanto maior quanto mais importante for a segurança jurídica para a sua interpretação. A segurança jurídica será tanto mais importante, em primeiro lugar, quanto maior for o valor sobrejacente do princípio da segurança para a interpretação da matéria veiculada pela regra”. Por consequência, “a resistência à superação será muito pequena naqueles casos em que o alargamento ou a restrição da hipótese da regra em razão da sua finalidade forem indiferentes ao valor da *segurança jurídica*. E será tanto maior quanto mais a superação comprometer a realização do valor *segurança jurídica*. Isso porque as regras configuram meios utilizados pelo Poder Legislativo para, de um lado, eliminar ou reduzir a controvérsia, a incerteza e a arbitrariedade e, de outro, evitar problemas de coordenação, de deliberação e de conhecimento existentes num modelo particularístico de decisão. As regras são, portanto, instrumentos de justiça geral”. O impacto causado pela superação de uma regra é muito grande, pois repercute na maioria dos casos. Não se trata apenas de ponderação entre o princípio da segurança jurídica e outro princípio constitucional específico. Isso porque a superação de uma regra não se circunscreve à solução de um caso, mas “exige a construção de uma solução de um caso mediante a análise da sua repercussão para a maioria dos casos”. Além desses requisitos de conteúdo, a superação de regras exige a observância de requisitos formais. Assim, em primeiro lugar, “a superação de uma regra deverá ter, em primeiro lugar, uma justificativa condizente”, mediante a “demonstração de incompatibilidade entre a hipótese da regra e sua finalidade subjacente” e a “demonstração de que o afastamento da regra não provocará expressiva insegurança jurídica; enfim, “a superação de uma regra condiciona-se à demonstração de que a justiça individual não afeta substancialmente a justiça geral”. Em segundo lugar, “a superação de uma regra deverá ter uma fundamentação condizente: é preciso exteriorizar, de modo racional e transparente, as razões que permitem a superação”; enfim, “a fundamentação deve ser escrita,

A questão, a propósito, relaciona-se à segurança jurídica⁵³⁰, na medida em que, para que o jurisdicionado confie no Estado, sabedor da estrutura do procedimento, deve prever como se desenvolverá o processo. Não é à toa que se diz que os princípios da segurança e da proteção da confiança andam de mãos dadas.⁵³¹ A segurança jurídica, em razão do seu aspecto subjetivo⁵³², impõe ao órgão jurisdicional a observância da estrutura do procedimento. Logo, cientes de que a estabilização da demanda influi na conformação da estrutura do processo e de que o seu respeito (ou, ainda, em última análise, o respeito às regras) confere segurança jurídica aos litigantes, defende-se aqui que apenas uma reforma processual tem o condão de flexibilizar a rigidez do sistema.

juridicamente fundamentada e logicamente estruturada”. Em terceiro lugar, “a superação de uma regra deverá ter uma comprovação condizente: não sendo necessárias, notórias nem presumidas, a ausência do aumento excessivo das controvérsias, da incerteza e da arbitrariedade e a inexistência de problemas de coordenação, altos custos de deliberação e graves problemas de conhecimento devem ser comprovadas por meios de prova adequados, como documentos, perícias ou estatísticas” (ÁVILA, *Teoria...*, p. 115-20).

⁵³⁰ Convém registrar o conceito de segurança jurídica trazido por Humberto Ávila, em obra de peso, que certamente está impactando o mundo jurídico brasileiro: “pode-se conceituar a segurança jurídica como sendo uma *norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídica, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de – sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade – plasmar digna e responsabilmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro*” (ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 268). Como base na obra do citado autor, Daniel Mitidiero bem sintetiza os elementos da segurança jurídica – “*certeza, previsibilidade, confiabilidade e efetividade do Direito*” (MITIDIERO, *Antecipação...*, p. 61).

⁵³¹ Conforme aponta Canotilho, “em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexcionada com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a protecção da confiança se prende mais a com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos”. Em síntese, “o princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a ideia de protecção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo têm do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico” (CANOTILHO, *Direito...*, p. 257).

⁵³² De acordo com Almiro do Couto e Silva, a segurança jurídica se ramifica em duas partes: “a primeira, de natureza *objetiva*, é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado e até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à protecção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada”. Já “a outra, de natureza *subjetiva*, concerne à *protecção à confiança* das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação” (COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (protecção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da união (lei nº 9.784/99). *Revista de direito administrativo*, Porto Alegre, v. 237, n. jul./set. 2004. p. 273-4).

3.2 Sistemas rígidos e flexíveis

A estabilização da demanda, geralmente, é estudada a partir de dois modelos de procedimento: o rígido e o flexível. Não há, na doutrina, consenso acerca do melhor modelo. A sua análise, entretanto, pode oferecer soluções interessantes, inclusive encaminhando o pesquisador para a construção de respostas intermediárias, que se afastem da radical contraposição dos modelos. Como já diziam os antigos, “*in media stat virtus*”, ou seja, a virtude está no meio, e não nos extremos.⁵³³

Os defensores de um modelo rígido, normalmente, o justificam a partir da ideia da *litiscontestatio*, que, como já visto, está superada, e com base no amplo direito de defesa do demandado. Quer-se com isso proteger a posição jurídica do réu, de modo a evitar surpresas no processo e resguardar, no campo judiciário, a igualdade processual e a paridade de armas. Não bastasse isso, o modelo rígido busca concretizar a celeridade processual.

A bandeira defendida por quem prefere um modelo flexível é a economia processual. Busca-se, assim, atingir o máximo de resultados com a utilização de um único processo. O prolongamento deste é, portanto, compensado pela desnecessidade de outro processo. Além disso, funda-se o modelo flexível no anseio pela justiça da decisão, concebendo-se o processo como instrumento do direito material, e não como um fim em si mesmo.

A partir disso, analisar-se-á, de forma comparada, como os principais sistemas processuais tratam a técnica da estabilização da demanda. Essa análise conduzirá ao enfrentamento de problemas variados. Habilitará, em primeiro lugar, a comparação entre alguns sistemas jurídicos e o brasileiro. Em segundo, possibilitará a verificação de como o sistema brasileiro pode avançar no aspecto. Por fim, proporcionará a crítica do sistema pátrio, no que aqui importa, frente aos sistemas postos em cotejo neste trabalho.

3.2.1 O sistema alemão

A *Zivilprozessordnung* alemã de 1877 entrou em vigor num momento histórico em que já havia iniciado o declínio do liberalismo. Foi uma codificação de típica ideologia pós-

⁵³³ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução por Pietro Nassetti. 4. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008. Livro II, 1106b-1107a, p. 47-50.

napoleônica.⁵³⁴ Não se pode dizer, entretanto, que a codificação alemã não possua as marcas daquele período clássico. Pelo contrário, retrata “a fiel expressão da concepção liberal do Estado e do processo”.⁵³⁵

O legislador alemão de 1877 se inspirou, assim como o legislador italiano de 1865, no *Code de procédure civile* francês de 1806. Soube aquele trazer o que de melhor havia neste diploma processual, determinando, na Alemanha, uma decisiva reação contra o processo do direito comum e as legislações dele derivadas. Encontra-se, assim, em território germânico, um processo oral e público, que procura realizar, de maneira mais ou menos coerente, os princípios da imediação e da concentração.⁵³⁶

Apesar de a introdução da oralidade e do livre convencimento do juiz terem representado um avanço na superação do formalismo do processo comum, o sistema processual alemão continuou vinculado à concepção privatística do direito e ao domínio do princípio dispositivo em sentido formal. Frente à iniciativa das partes, a posição do juiz era passiva e neutral; além disso, eram irrelevantes os componentes sociais da controvérsia e a desigualdade econômica dos sujeitos do processo.⁵³⁷

Com o advento da ZPO alemã de 1877, aflorou a discussão acerca do conteúdo da demanda e passou-se a cogitar se o novo código havia adotado a teoria da individuação, a partir da expressão “fundamento da pretensão deduzida”, que constava na Exposição de Motivos e na redação do § 230 do texto legal. Na verdade, grande foi a aceitação dessa teoria na Alemanha⁵³⁸, embora o já elogiado Habscheid tenha a ela se contraposto.⁵³⁹

Disso se extrai que o sistema alemão era bastante flexível, permitindo, tradicionalmente, a apresentação de novos fatos e novas alegações durante o *iter* procedimental. Estabelecia a redação do § 132 da ZPO: “Os escritos preparatórios que

⁵³⁴ COMOGLIO, *Il principio...*, v. 1, p. 29.

⁵³⁵ TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Problemi di diritto Tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974. p. 4.

⁵³⁶ *Ibidem*, p. 12-3.

⁵³⁷ COMOGLIO, *op. cit.*, p. 29.

⁵³⁸ Segundo Adolf Wach, “una ‘narración de la historia’ no puede considerarse necesaria como característica esencial del concepto de demanda en sí, sino sólo puede serlo en vista de la defensa del demandado y el conocimiento judicial. Pero también esta última necesidad sólo existe, en cuanto la defensa, como en el proceso común, debe consistir, *sub poena confessi e praeclusi*, en una contestación detallada de los hechos de la demanda, junto con las excepciones, y en cuanto, además, el juez, en caso de mantenerse el demandado passivo, debe proceder inmediatamente por auto interlocutorio de prueba. Ambas consideraciones no tienen lugar en el proceso actual del Reich” (WACH, Adolf. *Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana*. Tradução por Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ejea, 1958. P. 32). Como anota Cruz e Tucci, na visão de Wach, a demanda representava apenas um escrito preparatório. A defesa deveria ser preparada, e não efetuada, mediante a troca de petições, pois o réu havia, no debate oral, plena liberdade de movimento quanto à matéria defensiva. Afirma, ainda, que o pensamento de Wach estava fadado a influenciar a opinião de outros tantos processualistas alemães e estrangeiros (CRUZ E TUCCI, *A causa petendi...*, p. 95).

⁵³⁹ HABSCHIED, *L’oggetto...*, p. 460.

tenham fatos ou quaisquer novas alegações deverão ser transmitidos à outra parte pelo menos com uma semana de antecedência do debate ou com três dias quando se referirem a uma questão incidental”.⁵⁴⁰

Na verdade, até a edição da ZPO de 1877, o sistema processual alemão era bastante rígido. Com o advento da nova codificação, deixou-se de lado a regra da eventualidade, na medida em que não se exigia das partes, nem na inicial nem na defesa, a narração dos fatos que ensejavam o direito posto em discussão. Em outras palavras, entendia-se que os fatos não integravam a causa de pedir. Logo, poderiam ser modificados pelas partes ao longo do processo.

Sob a influência da ZPO austríaca de 1895⁵⁴¹, editada sob os influxos de Franz Klein, e inspirando-se na regra da aceleração processual (*Beschleunigungsprinzip*), o legislador alemão inicia reformas ao código, aproximando-o àquele, de modo a alinhá-lo às ideias de concentração, imediação e participação efetiva do juiz, culminando no incremento de poderes do órgão judicial e na afirmação de um modelo de cooperação entre os sujeitos processuais (*Arbeitsgemeinschaft*).⁵⁴²

Ao lado disso, em decorrência de um movimento que se generalizou na Europa, a partir dos anos sessenta, em virtude, especialmente, de um ensaio de Fritz Baur, publicado em 1966, sob o título *Caminhos para a concentração da oralidade no processo civil (Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozess)*, instituiu-se, informalmente, a partir do ano seguinte, um procedimento mais concentrado e célere, denominado de “modelo de Stuttgart” (*Stuttgarter Modell*).⁵⁴³

Esse modelo foi utilizado, inicialmente, pela 20ª Seção do Tribunal (*Landgericht*) de Stuttgart, presidida então por Rolf Bender, e traduzia-se por uma fase preliminar escrita, a preparar a audiência, que era conduzida pelo juiz e que incluía, se fosse necessário, a realização de prova pericial. A essa fase seguia-se uma audiência, na qual se concentravam os demais atos de instrução do processo, seguidos dos debates orais e do julgamento.⁵⁴⁴

Para Grunsky, esse modelo apresenta-se como anteparo contra eventuais estratégias

⁵⁴⁰ CRUZ E TUCCI, *A causa petendi...*, p. 109.

⁵⁴¹ Sobre os fundamentos do direito processual civil austríaco, cf. SPRUNG, Rainer. Os fundamentos do direito processual civil austríaco, *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 17, jan./mar. 1980. p. 138-49.

⁵⁴² Sucessivas foram as reformas à ZPO de 1877, vigente até os dias de hoje, em especial as de 1909, 1924 e 1933. As reformas introduzidas pelo legislador alemão começaram a afastar a ideologia tipicamente liberal que imbuiu o legislador de 1877, como percutientemente mostra Nicolò Trocker em seu capítulo introdutório de *Processo Civile e Costituzione* (TROCKER, *Processo...*, p. 3-90).

⁵⁴³ CRUZ E TUCCI, op. cit., p. 110.

⁵⁴⁴ BENDER, Rolf. The Stuttgart model. In: CAPPELLETTI, Mauro. *Access to justice.*, Milan : Giuffrè, 1979. v. 2. t. 2. p. 437-8.

processuais, como a dedução tardia de fatos inicialmente não apresentados. Evita-se, assim, que parte possa ganhar tempo com a dedução de fatos segundo a técnica do estilicídio. A concentração dos atos procedimentais, em especial a dedução dos fatos em um único momento, implica a adoção da regra da eventualidade, a impedir, assim, o retardamento da solução do litígio.⁵⁴⁵

Os resultados conquistados pela implementação do modelo de Stuttgart repercutiram em todo o território nacional, a ponto de, em 1976/77, o legislador alemão introduzi-lo na ZPO como procedimento padrão, a partir da modificação da redação dos §§ 271 e seguintes. Conforme pesquisa da época, em 1969, a 20ª Câmara Cível do *Landgericht* de Hamburgo julgou, em 13 semanas, 461 das 509 causas decididas naquele ano, o que representa mais de 90% das causas. No trimestre sucessivo, foram julgados mais 36 casos, que, somados aos do primeiro trimestre, totalizaram 497 casos julgados, o que corresponde a 98% das causas decididas naquele ano. Aponta, ainda, que o processo mais longo foi julgado em 42 semanas.⁵⁴⁶

Atualmente, realçando a importância da participação das partes, estabelecem o § 253, 2, da ZPO que da petição inicial deve constar “a indicação certa do objeto e do fundamento da pretensão” (“*die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs*”) e o § 282 que cada parte tem o ônus de apresentar, em uma única oportunidade, todas as suas alegações fáticas e jurídicas, de ataque e de defesa, de modo a facilitar a tramitação do procedimento (“*jede Partei hat in der mündlichen Verhandlung ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel, insbesondere Behauptungen, Bestreiten, Einwendungen, Einreden, Beweismittel und Beweiseinreden, so zeitig vorzubringen, wie es nach der Prozesslage einer sorgfältigen und auf Förderung des Verfahrens bedachten Prozessführung entspricht*”).⁵⁴⁷

Essa aparente rigidez do sistema é infirmada pela regra estatuída no § 263 da ZPO, que, desde a novela de 1933 e mesmo após a reforma geral de 2002, admite a modificação da demanda, independentemente da anuência da parte contrária, sempre que o tribunal considerar atendido o requisito da “oportunidade” (*Sachdienlichkeit*).⁵⁴⁸ Conforme o dispositivo legal, depois da litispêndência (lide pendente), é admissível a modificação da demanda (*Klageänderung*) ou quando o adversário consentir ou quando o juiz considerá-la conveniente (“*Nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit ist eine Änderung der Klage zulässig, wenn der*

⁵⁴⁵ GRUNSKY, Wolfgang. Il cosiddetto “Modello di Stoccarda” e l’accelerazione del processo civile tedesco. Tradução por Lieselotte Geick Losano. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1971. p. 366.

⁵⁴⁶ Ibidem, p. 367.

⁵⁴⁷ CRUZ E TUCCI, *A causa petendi...*, p. 110-1.

⁵⁴⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 199.

Beklagte einwilligt oder das Gericht sie für sachdienlich erachtet”).

A princípio, a legislação processual civil alemã estatui a proibição de modificação da demanda (*Verbot der Klageänderung*). Porém, a regra é excepcionada pelo próprio § 263 da ZPO.

No que toca à primeira hipótese excepcional, o consentimento do adversário pode ser tanto expresso quanto tácito, uma vez que o § 267 da ZPO presume sua admissão se a parte adversa comparece na audiência e não apresenta qualquer impugnação ou se apresenta defesa de mérito em relação àquela parte que foi modificada (*“Die Einwilligung des Beklagten in die Änderung der Klage ist anzunehmen, wenn er, ohne der Änderung zu widersprechen, sich in einer mündlichen Verhandlung auf die abgeänderte Klage eingelassen hat”*).

Quanto à segunda hipótese, a conveniência ou oportunidade do juízo acerca da modificação da demanda vem sendo objeto de algumas considerações pela doutrina. Tratando-se de um conceito jurídico indeterminado, a lei confere certa discricionariedade ao julgador no estabelecimento do significado (conteúdo) do termo jurídico indeterminado. Em razão disso, de modo a evitar o arbítrio judicial, a doutrina estabeleceu alguns critérios objetivos para a verificação, no caso concreto, da conveniência da modificação da demanda.

O primeiro critério diz respeito à efetividade do processo. A modificação da demanda deve proporcionar uma prestação jurisdicional que se aproxime da realidade dos fatos, ou seja, deve guardar relação com a situação concreta existente quando da prolação da sentença. O segundo critério concerne à necessidade de correção de algum erro na fundamentação jurídica, que configurará, neste caso, uma *emendatio libeli*, sem que se acresçam fatos novos ao processo. O terceiro critério relaciona-se à conveniência propriamente dita, no sentido de se evitar novo processo com a admissão da modificação da demanda, diante da verificação de elementos novos, a prestigiar, assim, a economia processual.⁵⁴⁹

Na hipótese de modificação da demanda, respeitados esses critérios, a decisão que a admite ou a rejeita é irrecorrível, conforme preceitua o § 268 da ZPO (*“Eine Anfechtung der Entscheidung, dass eine Änderung der Klage nicht vorliege oder dass die Änderung zuzulassen sei, findet nicht statt”*).

O § 264 da ZPO estabelece, ainda, algumas hipóteses em que não se considera modificação da demanda (*Keine Klageänderung*) e que, portanto, constituem alterações admitidas no curso do processo independentemente da anuência da parte contrária ou autorização do juiz.

⁵⁴⁹ GUEDES, A estabilização..., p. 263. Nesse sentido, ainda, cf. JAUERNIG, *Direito...*, p. 232; PICÓ I JUNOY, *La modificación...*, p. 79.

A primeira delas diz respeito à complementação ou retificação das alegações de fato e de direito, uma vez que apenas os fatos essenciais é que importam (“*die tatsächlichen oder rechtlichen Anführungen ergänzt oder berichtigt werden*”). A segunda tange à possibilidade de ampliação ou limitação qualitativa ou quantitativa do pedido principal (“*der Klageantrag in der Hauptsache oder in Bezug auf Nebenforderungen erweitert oder beschränkt wird*”). E a terceira hipótese concerne à modificação do pedido em decorrência de fato superveniente (“*statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes wegen einer später eingetretenen Veränderung ein anderer Gegenstand oder das Interesse gefordert wird*”).⁵⁵⁰

Ainda, em sede recursal, excepcionalmente, é permitida a introdução de novas alegações pelas partes, desde que a parte contrária a consinta ou que o tribunal a considere útil para a causa, conforme estabelece o § 533.1 da ZPO (“*Klageänderung, Aufrechnungserklärung und Widerklage sind nur zulässig, wenn: 1. der Gegner einwilligt oder das Gericht dies für sachdienlich hält und*”).

Como visto, no direito alemão, se a parte contrária não concorda com a modificação da demanda, pode-se abrir um incidente que resolva a controvérsia mediante uma sentença interlocutória (§ 303 da ZPO).⁵⁵¹ Contudo, anotam Murray e Stürner que, em geral, o réu não se opõe à emenda dos elementos objetivos da demanda, pois quer evitar que, no futuro, seja novamente acionado.⁵⁵²

A análise do modelo alemão denota que mesmo num ordenamento que aparentemente mostra-se rígido, apresenta-se como boa medida a possibilidade de posterior modificação da demanda. Embora o sistema germânico privilegie a concentração e a oralidade, o legislador alemão não fecha as portas à eventual flexibilização dos elementos objetivos da demanda. Apesar de o modelo de Stuttgart ser a prova de que a eventualidade não pode ser eliminada, a legislação alemã não a colocou como dogma insuperável, permitindo a sua mitigação. Em síntese, a regra da eventualidade, no direito alemão, não constitui obstáculo à modificação da demanda. Em outras palavras, não se descuida este sistema da realidade fática existente no momento em que é prestada a tutela jurisdicional.

⁵⁵⁰ ROSENBERG; SCHWAB; GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, p. 547-8.

⁵⁵¹ PICÓ I JUNOY, *La modificación...*, p. 83.

⁵⁵² MURRAY, Peter; STÜRNER, Rolf. *German civil justice*. Durham: Carolina Academic, 2004. p. 239 apud CRUZ E TUCCI, *A causa petendi...*, p. 112.

3.2.2 O sistema italiano

O ordenamento processual civil italiano é mais complexo do que o germânico, no que toca à modificação da demanda, tendo em vista que, durante a sua história moderna, a matéria sofreu várias alterações, que exigem uma análise particularizada.

3.2.2.1 O Código de 1865

O código de processo civil italiano de 1865, derivado do código francês e fundado sobre o princípio da escritura, não conferia uma particular disciplina à modificação da demanda.⁵⁵³ Na verdade, a consolidação do Estado Liberal, censitário e burguês, não foi um pressuposto favorável ao desenvolvimento de aspectos técnicos referentes ao princípio da economia processual.⁵⁵⁴

Embora tenha representado e simbolizado a unidade atingida pela independência nacional⁵⁵⁵, o código preservou o clima existente no direito comum e, nessa medida, o legislador italiano, ao apoiar-se no *Code de procédure civile* francês de 1806, apreendeu os seus piores aspectos, cumulando-os, ainda, com alguns defeitos do velho regulamento judiciário de Giuseppe II.⁵⁵⁶ Enfim, o processo era escrito, realizado predominantemente pelas partes e sem a intervenção do juiz.⁵⁵⁷ Disso resultava, ainda, a sua extrema complexidade e dominância de um formalismo exagerado⁵⁵⁸, além de sua extrema lentidão e dos seus altos custos.⁵⁵⁹

A tendência doutrinária da época era sobretudo exegética, visando exclusivamente a ilustrar a normatização vigente com finalidade essencialmente prática, sem qualquer ambição

⁵⁵³ GIANNOZZI, *La modificazione...*, p. 150.

⁵⁵⁴ COMOGLIO, *Il principio...*, v. 1, p. 15.

⁵⁵⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. Comentario del codice di procedura civile del 1865, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1965. p. 489.

⁵⁵⁶ TROCKER, *Processo...*, p. 12-3.

⁵⁵⁷ TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*. Bologna: Il Mulino, 1980. p. 115-6.

⁵⁵⁸ TROCKER, op. cit., p. 15.

⁵⁵⁹ Como observa Comoglio, “il processo di tipo liberale napoleonico, derivato dal codice francese del 1806, pur rivalutando l’oralità, la pubblicità del giudizio e la sovranità del giudice, non era riuscito ad eliminare la lentezza ed i costi elevati della giustizia, ma aveva accentuato gli aspetti formali della disciplina processuale (attraverso il principio di egualianza astratta, l’esigenza di certezza giuridica, la rigida prevedibilità degli atti), per meglio garantire le posizioni individuali e la disponibilità privata della tutela giurisdizionale” (COMOGLIO, op. cit., p. 10).

sistemática.⁵⁶⁰ Eram os advogados os protagonistas do cenário jurídico, pois o juiz era passivo na condução do processo e limitado a controlar a observância das regras processuais, cumprindo o ideal liberal a ele incumbido de mera “*bouche de la loi*”.⁵⁶¹

Nesse cenário, é intuitivo que o ordenamento processual então vigente permitia a modificação da demanda no curso do processo, pois essa alteração se operava à consideração da vontade das partes. Sendo as partes os “senhores do processo”, na medida em que vigente o princípio da liberdade, era possível que, em qualquer momento, elas procedessem à introdução de alterações no objeto litigioso. Não existia, em primeiro grau, preclusão explícita ao poder de corrigir a demanda já proposta no respectivo ato introdutivo. As partes eram livres para modificá-la no limite da observância do contraditório.⁵⁶²

Os artigos 176 e 387 do c.p.c. deixavam margem à interpretação de que a demanda poderia ser modificada em primeiro grau. A primeira norma estabelecia a proibição de alteração da demanda na *comparsa conclusionale*. A segunda proibia a modificação da demanda nos juízos contumaciais. Logo, *a contrario sensu*, fixou-se o entendimento de que a demanda poderia ser modificada até o momento de suas manifestações finais e nos juízos de contraditório pleno. As partes poderiam introduzir demandas dependentes do mesmo título ou acessórias à já proposta, substituir um título jurídico por outro ou até modificar o pedido, para alterar-lhe o *quantum* postulado ou corrigir o provimento requerido.⁵⁶³

Após a instrução, por “motivos graves”, ainda assim a demanda poderia sofrer modificações. Mesmo em segundo grau, com a tese de Mortara, por todos conhecida como a *teoria dell’assorbimento*⁵⁶⁴, embora criticada por Marco Tullio Zanzucchi⁵⁶⁵, passou-se a

⁵⁶⁰ COMOGLIO, *Il principio...*, v. 1, p. 16.

⁵⁶¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução por Cristina Murachco. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 175.

⁵⁶² GASBARRINI, Elisabetta. Osservazioni in tema di modifica della domanda, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, 1995. p. 1262-3.

⁵⁶³ Ibidem, p. 1263-4.

⁵⁶⁴ Conforme Mortara, “non è possibile a tutto rigore ammettere che il divieto di nuove domande in appello derivi da un principio sostanzialmente identico a quello in cui ha radice l’autorità della regiudicata. La regiudicata funziona nel rapporto fra un processo irrevocabilmente chiuso ed uno nuovamente aperto. Se nel precedente la decisione fu pronunciata in contemplazione di un specifica e determinata *causa di domandare*, non è logico, e quindi non è giuridico, che serva a precludere l’esame di un’altra causa in virtù della quale la domanda ben potrebbe risultare giustificata. Ma con l’appellazione si riapre e si prosegue il processo che era stato chiuso dalla sentenza di primo grado; e, sebbene l’autorità di questa non sia annullata, il suo vigore definitivo è però sospeso alla condizione della conferma o della riforma in seconda istanza; e, appunto perchè il processo viene riaperto, non sembra lecito negare l’introduzione in esso di nuovi elementi, i quali, senza offesa dei principii regolatori del diritto giudiziario, avrebbero potuto esservi introdotti durante la trattazione in primo grado”. Entende o autor que “il magistrato d’appello, che accoglie la nuova causa [...], può esaminare o non esaminare l’altra causa di domandare respinta dal primo giudice, senza che ne derivino, nell’un caso o nell’altro, le conseguenze dianzi notate, poichè essa rimane sempre, per così dire, assorbita dalla decisione emessa in ordine alla nuova causa” (MORTARA, Lodovico. *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*. Milano: Vallardi, 19---. p. 445-6, n. 282).

permitir a modificação da demanda no apelo. Mortara considerava não existir diferença entre a novidade que podia ser introduzida em primeiro grau daquela consentida em grau recursal. Como a apelação era a continuação do que já havia sido discutido anteriormente, a lógica não poderia ser diversa segundo seu raciocínio. Aliás, como novas exceções eram livremente admitidas em segundo grau, a modificação da demanda, para ele, deveria ser admitida, em consideração a uma necessária paridade de armas processuais entre os litigantes.⁵⁶⁶

O sistema agradava, em grande parte, os advogados, que protagonizavam a disputa judicial, recebendo deles elogios por permitir às partes corrigir equívocos iniciais e agregar novos fatos, surgidos ou não no curso do processo, tornando, assim, a decisão final a mais justa possível.⁵⁶⁷ A relevância desse sistema está em possibilitar a alteração da demanda no curso do processo, permitindo que a decisão final seja mais justa, visto que baseada na verdade dos fatos, buscada e debatida no curso da demanda, ainda que não introduzida no início do processo.

3.2.2.2 O Código de 1940

O maior mérito do código de processo civil de 1940⁵⁶⁸ foi o estabelecimento de uma arquitetura sistematizada. Isso se deveu, sobretudo, à doutrina de Chiovenda⁵⁶⁹, que, por meio

⁵⁶⁵ Basicamente defendeu o autor que autor e réu não se encontravam na mesma posição no processo, pois a posição do autor é de ataque e a do réu é de defesa, razão pela qual não há violação à igualdade das partes em não permitir a modificação da demanda pelo autor em apelo, mas apenas a modificação da exceção pelo réu (ZANZUCCHI, *Nuove...*, p. 92-106). Também criticou a teoria Corrado Ferri, sobretudo de um ponto de vista mais técnico do que axiológico, sustentando que a orientação de Mortara parecia excluir uma rigorosa aplicação dos critérios de identificação da demanda (FERRI, *Struttura...*, p. 156-9).

⁵⁶⁶ GASBARRINI, *Osservazioni...*, p. 1267.

⁵⁶⁷ GUEDES, *A estabilização...*, p. 254.

⁵⁶⁸ O código de processo civil de 1940 foi aprovado em 28 de outubro de 1940, porém, em razão de sua peculiar *vacatio legis*, entrou em vigor apenas em 21 de abril de 1942.

⁵⁶⁹ Desde o primeiro ano de sua atividade como professor, isto é, desde 1901, Chiovenda atacou o código de 1865, para quem aqueles seus princípios tipicamente liberais assumiam valor negativo. Porém, Chiovenda nutria grande simpatia pela codificação germânica e, em especial, por Adolf Wach, tido como um típico liberal. De outro lado, Chiovenda também buscou muita inspiração na codificação processual austríaca, obra das mãos de Franz Klein. A Áustria não experimentou a ideologia napoleônica e, por isso, o código não seguiu os ditames do liberalismo clássico. Teve influência, entretanto, do Regulamento judiciário de Giuseppe II, que vigorou até a reforma kleiniana. O código austríaco, ao contrário do código italiano de 1865, adotou, em linhas gerais, o princípio do impulso do juiz (*Offizialmaxime* e, em relação aos meios de prova, *Forschungsmaxime*). Introduziu, também, a oralidade e a publicidade, em contraposição ao velho procedimento escrito e secreto. Eliminou radicalmente a prova legal, estatuidando o livre convencimento seja da relevância dos meios de prova seja das provas produzidas no processo. Essas características deram lugar a uma estrutura processual nova, qual seja, a de um processo preponderantemente conduzido pelo juiz. Como anota Tarello, a reforma austríaca, nos anos subsequentes à sua entrada em vigor, suscitou amplas discussões entre os processualistas europeus. Contudo, na Itália, “la fortuna della riforma austriaca si identifica con l’opera di Giuseppe Chiovenda e con la fortuna di

de sua proposta de 1919, influenciou os três projetos considerados na redação definitiva do código – o projeto Carnelutti (1926), o projeto Redenti (1934) e o projeto Solmi (1937).⁵⁷⁰

O código de 1940 mudou os rumos do direito processual civil italiano. Representou uma mudança paradigmática. O escopo essencial que o legislador se propunha era fazer que o processo fosse simples e rápido. A tal escopo pretendia-se subtrair o desenvolvimento do processo do arbítrio pelas partes, para confiá-lo exclusivamente à autoridade do juiz.

Não se pode dizer que o Código de 1940 constitui a consequência coerente e orgânica da elaboração doutrinária, e em particular do pensamento chiovendiano.⁵⁷¹ É certo que o código usa a sua doutrina. Pode-se dizer, por exemplo, que a figura do juiz instrutor remonta a Carnelutti, aquela do procedimento inquisitório a Calamandrei, e assim por diante. Nenhum espanto, então, se a oralidade é reduzida, se a “imedição” é mediata, se a concentração é apenas afirmada, e se atrás dos poderes do juiz emergem, menos evidentes, mas bem mais incisivos, os poderes monopolísticos das partes.⁵⁷²

Contudo, a intenção do legislador foi potencializar o papel desenvolvido pelo juiz no

quest’ultima”. Chiovenda buscou ver uma linha de conexão entre a codificação germânica de 1879 e a austríaca de 1898. Esses dois elementos da formação do autor, aquele derivado de Wach e aquele derivado de Klein, é que estão presentes na sua obra. Todavia, com a advertência de Tarello: “ammirazione discreta per il processo germanico sì: ma smodata per il processo più recente, recentissimo, quello austriaco. Su questo processo occorre soffermarsi, per l’influenza determinante che esso esercitò non solo sulla formazione, ma sulla attività, di giurista e di tecnico e ideologo della legislazione, del Chiovenda”. Sobressai, portanto, no que toca ao projeto de código proposto por Chiovenda, sobretudo, a influência de Klein e do processo austríaco, o que se denota a partir da proposição de um modelo de processo oral (TARELLO, Giovanni. L’opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello Stato liberale. In: _____. *Dottrine del processo civile*. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile. Bologna: Il Mulino, 1989. p. 118-36).

⁵⁷⁰ GIANNOZZI, *La modificazione...*, p. 157-8.

⁵⁷¹ A respeito da doutrina de Chiovenda, Tarello chega a considerá-la autoritária, em razão de aquele defender a limitação do princípio dispositivo, a atribuição ao juiz de poderes de direção e controle sobre o desenvolvimento e o tempo do processo, a atribuição ao juiz de poderes substitutivos da atividade das partes em relação à atuação do direito, a concepção antiformalística da prova, o incremento dos poderes do juiz em relação à prova, a imedição entendida como direto contato do juiz com as partes e por isso como poder inquisitivo do juiz sobre as partes (TARELLO, Giovanni. Francesco Carnelutti ed il progetto del 1926. In: _____. *Dottrine del processo civile*. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile. Bologna: Il Mulino, 1989. p. 233). Contudo, para Taruffo, não parece possível estabelecer um nexo causal entre o pensamento de Chiovenda e a ideologia fascista do processo civil, pois era ele um liberal, e não por acaso foi colocado de lado pelo fascismo. Diz que Chiovenda forneceu a base cultural e conceitual da concepção fascista de processo tem um sabor de um *post hoc ergo propter hoc*, isto é, uma falácia lógica, que na historiografia é muito questionável (TARUFFO, *La giustizia...*, p. 189-90). Também Liebman rebate essa equivocada ideia de que Chiovenda teria propugnado uma doutrina autoritária, chamando a atenção de que o grande mestre foi um dos primeiros firmatários do manifesto Croce, redigido por Benedetto Croce, que foi o manifesto dos intelectuais antifascistas, publicado no diário *Il Mondo*, em 1º de maio de 1925, em resposta ao manifesto fascista de Giovanni Gentile (LIEBMAN, Enrico Tullio. Storiografia giuridica “manipolata”, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1974. p. 101, nota n. 2). Como observa Denti, o liberalismo político de Chiovenda era “temperato dalla sua formazione di studioso del processo, che aveva tratto i propri fondamenti concettuali dalla scuola giuridica tedesca della seconda metà dell’Ottocento, e quindi era portato a dare la preminenza alle strutture organizzative dello Stato”. Em síntese, conclui Denti, que não era essa a concepção liberal que se pode definir como “clássica” (DENTI, Vittorio. *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Edizioni di Comunità, 1971. p. 13-4), porém, como afirma Taruffo, isso não permite concluir, como faz Tarello, que a doutrina de Chiovenda seja autoritária e antiliberal (TARUFFO, op. cit., p. 189, nota n. 145).

⁵⁷² *Ibidem*, p. 183-92 e 281-8.

processo, aumentando seus poderes de direção e condução do processo. O juiz era chamado a desenvolver um poder determinante no sancionar a intempestividade e a deslealdade das deduções das partes. Em outra ponta, foi limitada a participação das partes na ordenação do processo, de modo a tentar evitar o prolongamento do procedimento e buscar maior celeridade na solução da controvérsia.⁵⁷³

Ao que aqui interessa, o novo código, ao limitar a participação antes demasiada das partes, abandonando aquela orientação tipicamente liberal, acabou adotando, pela primeira vez, a regra da eventualidade. A legislação determinava que as partes deveriam realizar todas as suas deduções até dado momento do processo, vedando-se qualquer alteração posterior, mediante um sistema de preclusões bastante rígido. De um ordenamento bastante flexível, como era aquele de 1865, passou-se a um extremamente rígido.

Os artigos 183 e 184 do Código de Processo Civil de 1940, em sua originária formulação, estabeleciam que as partes poderiam precisar e modificar a demanda, a exceção e a conclusão formuladas no ato de introdução e na resposta, na primeira audiência, chamada de *udienza di trattazione*.⁵⁷⁴ Estava, pois, rigorosamente traçado o princípio da preclusão no código de 1940, que, por sua vez, facilitava o trabalho do juiz, limitando o seu campo de cognição e de direção do processo, bem como oferecendo-lhe o conhecimento imediato dos limites da demanda.⁵⁷⁵

As partes poderiam também propor novas exceções, requerer novos meios de provas e produzir novos documentos nos casos em que o juiz instrutor houvesse reconhecido a correspondência de tal proceder com os “fins de justiça”. A modificação da demanda, após a primeira audiência, estava subordinada à autorização do juiz, que, excepcionalmente, a autorizaria “por graves motivos”.⁵⁷⁶ O mecanismo não se operava automaticamente, mas à discricionariedade do juiz.⁵⁷⁷

De forma sistemática, com base na jurisprudência da época, o pedido só poderia ser modificado na primeira audiência. Nessa linha, o aumento do *quantum* do pedido, no curso do processo, estaria precluso, embora se admitisse sua redução quantitativa, considerada mera “precisão” da demanda. A causa de pedir, por sua vez, poderia sofrer correções no tocante ao *nomen iuris*, desde que não acompanhadas de novas alegações. Os fatos secundários poderiam ser admitidos, caso o juiz considerasse a existência de graves motivos para a

⁵⁷³ GASBARRINI, Osservazioni..., p. 1269-70.

⁵⁷⁴ FERRI, *Struttura*..., p. 79.

⁵⁷⁵ GIANNOZZI, *La modificazione*..., p. 164.

⁵⁷⁶ FERRI, op. cit., p. 79.

⁵⁷⁷ GASBARRINI, op. cit., p. 1273.

alegação tardia. Contudo, os fatos essenciais, capazes de fundamentar uma demanda diversa, só poderiam ser introduzidos até a primeira audiência.⁵⁷⁸

O código de 1940, portanto, ao introduzir o juiz instrutor, o desenvolvimento oral perante este e um sistema rígido de preclusão, facilitou a tarefa deste, limitando o campo de cognição e, portanto, de direção do processo, colocando-o em condições de conhecer imediatamente os termos da controvérsia.⁵⁷⁹

Todavia, o novo sistema foi bastante criticado. O radicalismo e as incertezas de sua aplicação pela jurisprudência, especialmente em relação à discricionariedade do juiz quanto ao reconhecimento ou não de “graves motivos” a autorizar a introdução serôdia do *ius novorum*, levaram a comunidade jurídica italiana a repensar a estrutura procedimental do processo civil italiano, operando, logo em seguida, nova mudança.⁵⁸⁰

3.2.2.3 A reforma de 1950

Os riscos que as partes corriam com essa inflexibilidade do sistema processual provocaram certas objeções.⁵⁸¹ Obrigar as partes a deduzirem todas as alegações de uma só vez poderia prejudicar aquela que se esquecesse de alegar algo, não por má fé, mas por um erro frequentemente possível. A propósito, a visão completa de uma causa, muitas vezes, pode mudar no curso do debate, da própria instrução ou até mesmo da reconsideração de possíveis soluções. Impedir tudo isso equivaleria a obstar a correta solução do processo.⁵⁸²

O legislador de 1950, acolhendo essas críticas, procedeu à modificação aspirada pelos práticos. A lei de 14 de julho de 1950 transformou radicalmente o regime de preclusão, alterando os artigos 183, 184 e 189 do código de processo civil italiano.⁵⁸³ O art. 183 passou a admitir a formulação de novas alegações, pedidos e exceções pelas partes na primeira audiência; enquanto o art. 184, a modificação da demanda, exceções e conclusões, produção

⁵⁷⁸ GASBARRINI, Osservazioni..., p. 1271-3.

⁵⁷⁹ GIANNOZZI, *La modificazione...*, p. 164.

⁵⁸⁰ LEONEL, *Causa de pedir...*, p. 168.

⁵⁸¹ A propósito, o Comitê da Associação italiana dos estudiosos de processo civil manifestou-se no sentido de que “solo chi manchi di concreta esperienza può pensare che l’impostazione della domanda e delle eccezioni sia o possa essere perfetta e definitiva sin dal principio del giudizio e che la sua modificazione strada facendo non possa essere l’effetto del normale svolgimento dei mezzi di attacco e di difesa e non necessariamente il risultato di maliziose reticenze” (GASBARRINI, op. cit., p. 1275).

⁵⁸² GIANNOZZI, op. cit., p. 168.

⁵⁸³ Ibidem, p. 168.

de novos documentos, pedidos de novos meios de prova e a introdução de novas exceções.⁵⁸⁴

Assim, após a reforma de 1950, voltou a ser possível a modificação da demanda, feita por ambas as partes, não apenas na primeira audiência, mas também no curso do processo até à remessa da causa ao colegiado para julgamento. Correlativamente, a mesma liberdade foi instituída no juízo de apelo, que deixou de ser uma *revisio prioris instantiae* para reassumir a antiga natureza de *novum iudicium*.⁵⁸⁵

Acolheu-se, desse modo, a reivindicação amplamente difundida dos advogados.⁵⁸⁶ Tendo a reforma eliminado a regra da preclusão, permitia-se às partes, tirante a hipótese de demanda integralmente nova, precisar e modificar, no modo mais amplo, as demandas e as exceções formuladas no ato introdutivo e na resposta, não apenas na primeira audiência perante o juiz instrutor, mas também no posterior curso do processo. A flexibilidade instituída estava, entretanto, limitada pelo contraditório. Era necessário, de um lado, preservar a posição jurídica do réu, de modo que inexistisse prejuízo ao seu direito de defesa. De outro lado, era preciso que a outra parte “aceitasse o contraditório”, para se operar a modificação da demanda, o que ocorria quando ela não restasse inerte diante da alteração operada pelo opositor.⁵⁸⁷ Ademais, era mister, que, além de restar atingido o escopo das normas envolvidas no caso e às quais o ato se destinava, o magistrado ponderasse quanto à oportunidade e conveniência da modificação (utilidade), cotejando, de um lado, a celeridade que se atingiria com a não admissão da modificação da demanda, e, de outro, a economia processual que se alcançaria com a sua admissão, o que, a propósito, somente a análise do caso concreto poderia ofertar.⁵⁸⁸

3.2.2.4 A reforma de 1990

A liberalização introduzida pela reforma de 1950 causou tamanha balbúrdia, que não

⁵⁸⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 233.

⁵⁸⁵ SATTA, *Diritto...*, p. 232.

⁵⁸⁶ Para Salvatore Satta, uma coisa, porém, é clara: “che l’abolizione delle preclusioni e in un modo così radicale, significa il tramonto del giudice istruttore quale il codice l’aveva configurato. Essa implica infatti che il processo è ormai nel pieno dominio delle parti, e il giudice istruttore è ridotto a fare la parte del terzo incomodo o, se si vuole, scomodato. Politicamente poi, sarebbe stato meglio se il legislatore avesse puramente e semplicemente soppresso l’art. 184, perchè l’aver adottato il principio contrario a quello espresso dal vecchio testo ha l’apparenza di una legalizzazione delle deduzioni tardive, e più che l’apparenza agisce effettivamente da stimolo alla malafede processuale” (SATTA, Salvatore. *Le nuove disposizioni sul processo civile*. Padova: CEDAM, 1951. p. 36).

⁵⁸⁷ FERRI, *Struttura...*, p. 85 e 95.

⁵⁸⁸ LEONEL, *Causa de pedir...*, p. 172-3.

se pôde deixar de considerá-la, na reforma do processo italiano que se seguiria.⁵⁸⁹ Efetivamente, a Lei nº 353, de 26 de novembro de 1990, alterou novamente a redação dos artigos 183 e 184 do *codice di procedura civile* italiano, restaurando um sistema de preclusão bastante similar àquele que precedeu à reforma de 1950.⁵⁹⁰

A intenção do legislador era racionalizar alguns aspectos procedimentais, de modo a reduzir a duração do processo.⁵⁹¹ A insatisfação externada pela reforma derivou da constatação de que a flexibilização imposta pela *novella* de 1950 não surtiu os efeitos esperados, pois não permitiu uma rápida solução das controvérsias.⁵⁹² Inicialmente influenciado pela “Comissão Liebman” de 1977, o legislador, novamente, impôs um sistema de preclusão.⁵⁹³

Assim, adotando a ideia de *trattazione concentrata*, passou-se a concentrar, na primeira audiência, as alegações já formuladas e as novas, a possibilitar que, ao seu final, os pontos controvertidos fossem fixados. Alterados os artigos 183 e 184 do c.p.c., na primeira audiência de *trattazione*, o autor tinha o direito de propor nova demanda e nova exceção, desde que isso decorresse da manifestação defensiva do réu. Era permitido, também, que as partes precisassem e modificassem as suas demandas, exceções e conclusões nessa audiência. Aqui se introduziu a delicada distinção entre “*precisazione libera*” e “*modificazione*” sujeita à autorização.⁵⁹⁴

Não havia unanimidade, contudo, acerca da interpretação das expressões “modificar” e “precisar” as demandas. Existia, entretanto, relativo consenso no que tocava à proibição de propositura de uma nova demanda, ou seja, de *mutatio libelli*.⁵⁹⁵ Uma corrente mais restritiva defende que a norma exclui qualquer possibilidade de introdução de nova demanda, mesmo com a aceitação do contraditório por parte do réu.⁵⁹⁶ Outra corrente, entende que a *precisazione* concerne ao mero esclarecimento, enquanto a *modificazione* está relacionada à alegação de novos fatos surgidos até a primeira audiência de *trattazione*.⁵⁹⁷ Na *precisazione*, entraria a possibilidade de dedução de fatos secundários, enquanto na segunda, de fatos

⁵⁸⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 233.

⁵⁹⁰ RICCI, Gian Franco. L'allegazione dei fatti nel nuovo processo civile, *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile*, Milano: Giuffrè, 1992. p. 835.

⁵⁹¹ COMOGLIO; FERRI; TARUFFO, *Lezioni...*, v. 1, p. 51.

⁵⁹² PINTO, *A causa petendi...*, p. 117.

⁵⁹³ RICCI, Edoardo. Il progetto Rognoni di riforma urgente del processo civile, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, CEDAM, 1987. p. 628-9.

⁵⁹⁴ TARZIA, Giuseppe. *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*. Milano: Giuffrè, 1991. p. 89-90.

⁵⁹⁵ GUEDES, A estabilização..., p. 257.

⁵⁹⁶ TARZIA, op. cit., p. 168.

⁵⁹⁷ PROTO PISANI, *Lezioni...*, p. 101.

essenciais, desde que relacionados ao originalmente deduzido.⁵⁹⁸

A reforma de 1990 adota a rigidez procedimental, já que não mais se pode modificar a demanda como antes.⁵⁹⁹ Porém, para os atuais padrões brasileiros, o sistema italiano ainda é flexível, pois ainda admite a alteração da demanda até a realização da primeira audiência de *trattazione*.⁶⁰⁰ Mesmo posteriormente, é possível a alteração dos contornos do objeto litigioso na hipótese do *ius superveniens*, inclusive em grau de recurso.⁶⁰¹

Visando a fortalecer o procedimento em primeiro grau, a reforma também alterou a estrutura do recurso de apelação, que provocava um novo *iudicium*, vetando a possibilidade de alteração dos elementos objetivos da demanda em segundo grau. Concebido, agora, como *revisio prioris instantiae*, o recurso de apelação harmoniza-se com o intuito reformador de estabilizar o objeto litigioso do processo.⁶⁰² Antes da reforma, como visto, permitia-se que fossem propostas novas exceções. Na redação do art. 345 conferida pela *novella* de 1990, vedou-se a introdução de demandas novas e determinou-se que, se propostas, devem ser declaradas inadmissíveis de ofício. As modificações possíveis, instituiu a alteração legislativa, dizem respeito àquelas que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz.

Em 1995, nova reforma se operou na legislação processual civil italiana (Decs.-lei 238 e 347), e o legislador excluiu expressamente a possibilidade de o juiz autorizar a modificação da demanda⁶⁰³, pois, com a reforma de 1990, a demanda poderia ser modificada com o consentimento do juiz.⁶⁰⁴ Com essa reforma, o sistema italiano tornou-se mais rígido do que até então o era, de modo que a matéria controvertida fosse fixada na primeira audiência de *trattazione*, permitindo, assim, ao juiz e às partes conhecer, de forma plena, os termos fundamentais da controvérsia.⁶⁰⁵

⁵⁹⁸ LEONEL, *Causa de pedir...*, p. 183.

⁵⁹⁹ Conforme Taruffo, “la modificazione delle domande, eccezioni e conclusioni non è più libera com’era nella disciplina precedente, ma soggetta all’autorizzazione del giudice. Le parti dovrebbero dunque chiedere al giudice, nella prima udienza di trattazione, di essere autorizzate e modificare domande, eccezioni e conclusioni, il che significa anche che dovrebbero indicare quali modifiche intendono apportare alle loro allegazioni iniziali, e forse anche spiegarne le ragioni; il giudice dovrebbe valutare queste richieste, e poi concedere o negare la relativa autorizzazione” (TARUFFO, Michele. Le preclusioni nella riforma del processo civile, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1992. p. 302).

⁶⁰⁰ GUEDES, A estabilização..., p. 257.

⁶⁰¹ LEONEL, op. cit., p. 183.

⁶⁰² CRUZ E TUCCI, *A causa petendi...*, p. 137-8.

⁶⁰³ *Ibidem*, p. 139.

⁶⁰⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 233.

⁶⁰⁵ PICÓ I JUNOY, *La modificación...*, p. 84.

3.2.2.5 A reforma de 2005

No ano de 2005, o art. 183 sofreu nova alteração. Na verdade, foi integralmente substituído. No sistema atual, é permitido que, na audiência preliminar, as partes precisem e modifiquem as demandas, exceções e conclusões já formuladas. A modificação da demanda em sede recursal continua sendo vedada.⁶⁰⁶

O art. 183 do c.p.c. italiano autoriza ao autor que, na primeira audiência da causa, proponha “le domande e le eccezioni che sono conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni proposte dal convenuto”. Além disso, permite que as partes possam “precisare e modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni già formulate”.

Após a primeira audiência, não há mais oportunidade para a modificação da demanda. A propósito, o art. 189 do c.p.c. italiano, ao referir-se à possibilidade de as partes precisarem suas conclusões, antes da remessa ao colégio para julgamento, estabelece que tal precisação deve se dar nos limites daquilo que foi deduzido nos atos introdutivos ou na audiência preliminar.

As partes podem, portanto, *livremente*, precisar ou modificar a demanda ou a exceção na primeira audiência de *trattazione*. A *precisazione* se distingue da *modificazione*. Aquela não importa modificação da demanda, pois consiste em mero esclarecimento. Esta, em compensação, refere-se a uma *emendatio*, com a qual se pode, inclusive, alegar fatos novos.⁶⁰⁷

Como observa Mariacarla Giorgetti, mesmo após as reformas de 1995 e 2005, o processo civil italiano admite a modificação do objeto litigioso do processo, desde que não haja alteração do fato jurídico principal narrado inicialmente. A modificação permitida pelo sistema processual italiano diz respeito, pois, aos fatos secundários. Em outras palavras, o que não se admite é a introdução de novo fato essencial.⁶⁰⁸

Há que lembrar, ainda, que, na Itália, existe posição mais liberal que entende que a norma prevista no art. 183 do c.p.c. italiano deve ser temperada por aquela discussão relativa às demandas autodeterminadas e heterodeterminadas.⁶⁰⁹ Além disso, também escapam da preclusão do referido dispositivo legal os fatos supervenientes que importem para a solução do litígio.⁶¹⁰

⁶⁰⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 233.

⁶⁰⁷ PROTO PISANI, *Lezioni...*, p. 101.

⁶⁰⁸ GIORGETTI, *Il principio...*, p. 117 e 123.

⁶⁰⁹ TARZIA, *Lineamenti...*, p. 66-68.

⁶¹⁰ FAZZALARI, Elio. *Il processo ordinario di cognizione e la novella del 1990*. Appendice de aggiornamento. Torino: Utet, 1991. p. 20 apud CRUZ E TUCCI, *A causa petendi...*, p. 136.

As críticas são várias entre os processualistas italianos acerca das reformas operadas no âmbito do procedimento do formalismo processual italiano. Para Edoardo Ricci, por exemplo, as reformas ao código italiano devolveram ao processo a sua vocação de realizar justiça tempestiva.⁶¹¹ Por outro lado, Cinzia Gamba critica o modelo clássico que obsta a alteração da demanda, pois ele conduz a uma deformação da configuração factual (e consequentemente jurídica) do processo. Além disso, isola a demanda e impede a evolução no curso do procedimento da realidade externa à controvérsia, afastando assim os propósitos de racionalidade, economia processual e justiça da decisão.⁶¹²

3.2.3 O sistema espanhol

A *Ley de Enjuiciamiento Civil* (LEC) de 07 de janeiro de 2000 é a legislação processual civil então em vigor, que substituiu aquela vigente desde 1881. A ideologia básica da LEC de 1881 era essencialmente medieval. Essa ideologia vinha reforçada pela preocupação liberal dominante na época. A decorrência lógica era a máxima abstenção do juiz e o máximo senhorio do processo pelas partes.⁶¹³

Apesar disso, o processo civil espanhol, tradicionalmente, se filia a um rígido sistema de preclusão.⁶¹⁴

A nova LEC também acolhe um modelo rígido de modificação da demanda, mas não exclui a sua possibilidade. Estabelece o art. 412 da LEC: “Prohibición del cambio de demanda y modificaciones admisibles. 1. Establecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvención, las partes no podrán alterarlo posteriormente. 2. Lo dispuesto en el apartado anterior ha de entenderse sin perjuicio de la facultad de formular alegaciones complementarias, en los términos previstos en la presente Ley”.

Contudo, a rigidez formal do sistema é temperada por outros preceitos da legislação, em especial aqueles previstos nos artigos 286, 400.1.II, 412.2, 426 e 752.1.I.

⁶¹¹ RICCI, Il progetto..., p. 630

⁶¹² GAMBA, Cinzia. *Domande senza risposta*. Studi sulla modificazione della domanda nel processo civile. Padova: CEDAM, 2008. p. 224-5.

⁶¹³ GUASP, *Derecho...*, p. 67.

⁶¹⁴ A respeito disso, Víctor Fairen Guillén demonstra que a Ley de Enjuiciamiento Civil de 1865 admitia a modificação da demanda na réplica, porém, depois disso, nenhuma alteração era permitida, o que denota a forte influência do direito comum, relativa à ideia da *litiscontestatio*. Também a Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 adotou, como sua antecessora, a proibição de transformar a demanda, em razão do predomínio do antigo princípio da eventualidade e da ordem legal dos atos (FAIREN GUILLÉN, *La transformación...*, p. 115-6).

O art. 286 da LEC estabelece que, antes de iniciar o transcurso do prazo para prolação da sentença, as partes poderão alegar fatos supervenientes ou fatos posteriormente conhecidos (*hecho nuevo o de nueva noticia*), desde que relevantes para a decisão da causa, oralmente ou por escrito, do qual será intimada a parte contrária, que se manifestará no sentido de reconhecer ou negar o fato. Após, o tribunal se pronunciará sobre a admissibilidade da alegação tardia. Caso verificar certo ânimo protelatório ou má-fé processual na alegação, poderá impor ao responsável multa de 120 a 600 euros.

A interpretação do dispositivo tem suscitado bastante divergência em solo espanhol. Uma interpretação mais ampliativa defende que a norma autoriza a introdução de fatos essenciais, ou seja, aqueles suscetíveis de causar uma nova causa de pedir.⁶¹⁵ Por outro lado, outros defendem interpretação restritiva da norma, a exemplo do que sucede no direito brasileiro com o art. 462 do CPC.⁶¹⁶

A outra hipótese prevista na legislação acerca da modificação da demanda é aquela do art. 426 da LEC. Reza o dispositivo que, na audiência preliminar, as partes podem, sem alterar substancialmente suas pretensões e seus fundamentos, efetuar alegações complementares. A norma ainda permite que as partes clarifiquem as alegações já formuladas e retifiquem termos secundários de suas pretensões, sempre sem alterar a causa de pedir. Ainda, caso uma parte queira formular pedido acessório ou complementar aos já formulados, o aditamento será admitido se a parte contrária concordar. Se ela se opuser, o tribunal decidirá sobre a sua admissibilidade, que apenas o aceitará quando não houver prejuízo ao direito de defesa da parte contrária. Por fim, também permite a lei que a parte introduza fatos supervenientes ou de conhecimento superveniente, relevantes para a fundamentação das pretensões, desde que digam respeito ao fato principal e sejam, portanto, secundários.

O legislador não permitiu, portanto, uma grande flexibilidade do objeto litigioso do processo no que toca à sua modificação. Tanto é assim que o art. 400.1 não permite a cumulação de ações depois de contestada a demanda. Antes da contestação, entretanto, o art. 400.2 admite a ampliação da demanda para cumular novas ações além das já deduzidas ou para dirigi-la contra novos demandados. Há, ainda, outra norma que proíbe a alteração da demanda. O art. 412.1 da LEC estabelece expressamente que, definido o objeto litigioso do processo, com a contestação ou reconvenção, as partes não poderão alterá-lo posteriormente.

⁶¹⁵ Justifica Picó i Junoy com base em dois motivos: “en primer lugar, porque dicha norma se refiere a ‘hechos relevantes’; y, en segundo lugar, porque el riesgo de una eventual indefensión del demandado se evita mediante su preceptiva y previa audiencia antes de admitirse la modificación de los hechos” (PICÓ I JUNOY, *La modificación...*, p. 90).

⁶¹⁶ GUEDES, A estabilização..., p. 267.

Apesar disso, o art. 412.2 dá margem à introdução de alegações complementares, conforme já referido anteriormente, pois a legislação não a considera uma verdadeira modificação.

Finalmente, a respeito dos chamados processos especiais indisponíveis, o art. 752.1.I dispõe que tais processos serão decididos com base nos fatos que hajam sido objeto de debate e resultem provados, independentemente do momento em que houverem sido alegados ou introduzidos no procedimento. Aqui a legislação espanhola excepciona a rigidez do sistema.

Em relação ao procedimento comum, encarregou-se a jurisprudência daquele país em mitigar a rigidez das regras estabelecidas pela legislação. Não admite, contudo, a introdução de fatos novos essenciais. Fora isso, é possível a introdução de fatos secundários. Ressalva-se, entretanto, qualquer modificação da demanda em sede recursal, dado o princípio *pendente appellatione, nihil innovetur*.

O que se pode concluir com esta breve análise do modelo espanhol é que, apesar de ter a legislação adotado um sistema aparentemente rígido, diante da regra geral instituída pelo art. 412 da LEC, como antes analisado, não se descuidava da possibilidade de, em certa medida, modificar a demanda, em especial no que toca ao *ius superveniens*.

3.2.4 A inovadora reforma portuguesa

O processo civil português, no século XIX, assim como a maioria dos ordenamentos europeus, recebeu os influxos do liberalismo político burguês, de modo que o Código de 1876 também se caracteriza pelo predomínio do papel das partes e pela passividade da atuação do juiz.

Apesar disso, assim como a legislação espanhola e ao contrário dos ordenamentos alemão e italiano, não adotou um modelo mais flexível de procedimento, a respeito da modificação da demanda, seguindo os padrões existentes do direito comum⁶¹⁷, impondo às partes a concentração na dedução das alegações e da defesa.⁶¹⁸

Em 1939, com o advento do novo código de processo civil, já se visualiza uma mudança de orientação, especialmente em relação ao papel do juiz, que passa a ser mais ativo, dada, principalmente, a influência de Chiovenda, que defendia a oralidade do processo civil.

⁶¹⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo: RT, 2009. p. 27-8.

⁶¹⁸ LIEBMAN, Notas. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução por J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 3. p. 158, nota n. 1

Como se sabe, a escola histórico-dogmática, preocupada com a autonomia do processo, acabou por “erguer as bases de um direito processual civil completamente despreocupado com o direito material”.⁶¹⁹ Disso resultou que, também em Portugal, a doutrina voltou os olhos para a efetividade do direito e para a necessidade de o processo realizá-lo.⁶²⁰

Até pouco tempo atrás, a legislação portuguesa impunha às partes a concentração dos atos processuais em momentos específicos, a ponto de afirmar José Alberto dos Reis que “a boa ordem e a disciplina do processo postulam esse princípio”. O problema era colocado da seguinte forma: “deve dar-se preferência ao sistema do jogo *encoberto e malicioso*, ou ao sistema do jogo *franco e legal*?”⁶²¹

Porém, essa orientação não mais é albergada pelo ordenamento português. Isso se deveu, basicamente, à crescente lentidão na administração da justiça verificada em Portugal.⁶²² Nesse sentido, as reformas introduzidas pelos Decretos-leis 329-A, de 12 de dezembro de 1995, e 180, de 25 de setembro de 1996⁶²³, visam a reverter esse quadro, de

⁶¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 41-2.

⁶²⁰ Assim, já em 1961, o legislador abrandou a rigidez do sistema, permitindo que, de forma bilateral, as partes alterassem os elementos objetivos da demanda, desde que tal modificação não acarretasse perturbação ou inconveniência para a instrução, discussão e julgamento do processo. Estabelecia o sistema, ainda, que “a decisão corresponda à situação existente no momento do encerramento da discussão”, o que demonstra que os fatos supervenientes não deveriam ficar alheios ao conhecimento do julgador, embora só se admitisse os fatos supervenientes constitutivos quando não importassem alteração da causa de pedir, ou seja, não constituíssem fatos essenciais. Apesar disso, eram evidentes os avanços do modelo adotado em 1961 (LEONEL, *Causa de pedir...*, p. 187-8).

⁶²¹ Para afastar o princípio da liberdade, a doutrina se apoiava no pressuposto de que a parte que modificava a demanda no curso do processo, via de regra, estava agindo de má-fé. Como salienta José Alberto dos Reis, o Relatório Grandi, que precedeu o código italiano em vigor, fez uma análise, em seu entender, “eloquente e conscienciosa” a respeito dos princípios da liberdade e da preclusão das deduções, apontando para os malefícios daquele primeiro: “É sabido que entre os expedientes de má-fé, de que mais se abusava, e que o novo Código se propõe extirpar do processo, conta-se a tática deplorável e cavilosa de certos litigantes que reservam para o último momento os melhores trunfos da defesa, a fim de se servirem deles quando acham que o adversário já não pode reagir eficazmente contra eles. Semelhantes artifícios são contrários aos fins da justiça sob um duplo ponto de vista: em primeiro lugar, porque por meio deles o litigante mais ladino procura prejudicar, em seu benefício, o princípio da igualdade das partes, que tem a sua melhor garantia no ditame do contraditório; em segundo lugar, porque o curso normal do processo sofre considerável atraso com essas tricas dilatórias, que deslocam o centro da gravidade do processo da fase inicial para a fase final e que frequentemente transformam o juízo de primeiro grau num preanúncio apenas esboçado da verdadeira defesa, ficando esta reservada para a fase da apelação” (ALBERTO DOS REIS, José. *Código de processo civil anotado*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1985. v. III. p. 44-5).

⁶²² CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no novo CPC...*, p. 273.

⁶²³ Segundo Miguel Teixeira de Sousa, “trata-se da primeira tentativa de ruptura com algumas das tradições napoleónicas e liberais do processo civil nacional, em especial quanto ao âmbito da disponibilidade das partes sobre o processo e ao predomínio da discussão escrita sobre a oral, e de uma primeira actualização segundo as modernas ‘correntes do tempo e do espírito do processo’” (TEXEIRA DE SOUSA, Miguel. *Apreciação de alguns aspectos da “revisão do processo civil – projecto”*, *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, v. 2, ano 55, 1995. p. 355).

modo a impor a economia de processos mediante o aproveitamento da ação proposta.⁶²⁴

A reforma se assentou em três linhas básicas: a) na sujeição do processo a um princípio de cooperação entre as partes e o tribunal; b) na acentuação da inquisitorialidade do tribunal e na atenuação da preclusão na alegação de fatos e c) na prevalência da decisão relativa ao mérito sobre a decisão de forma.⁶²⁵

A ruptura com a clássica dogmática, no que aqui interessa, centra-se, justamente, no tema da estabilização da demanda.⁶²⁶ A regra geral, prevista no art. 268, sob o epíteto “Princípio da estabilidade da instância”, dispõe que “Citado o réu, a instância deve manter-se a mesma quanto às pessoas, ao pedido e à causa de pedir, salvas as possibilidades de modificação consignadas na lei”. A regra, portanto, considera como marco estabilizador a citação do réu, porém deixa margem àquelas alterações permitidas pela própria legislação.

As exceções constam dos artigos 272 e 273 do código português. O primeiro trata da alteração do pedido e da causa de pedir mediante acordo das partes e estabelece que “Havendo acordo das partes, o pedido e a causa de pedir podem ser alterados ou ampliados em qualquer altura, em 1.^a ou 2.^a instância, salvo se a alteração ou ampliação perturbar inconvenientemente a instrução, discussão e julgamento do pleito”. O segundo diz respeito à alteração unilateral da causa de pedir e do pedido, isto é, quando inexistente acordo. Estabelece a norma: “1 – Na falta de acordo, a causa de pedir só pode ser alterada ou ampliada na réplica, se o processo a admitir, a não ser que a alteração ou ampliação seja consequência de confissão feita pelo réu e aceita pelo autor; 2 – O pedido pode também ser alterado ou ampliado na réplica; pode, além disso, o autor, em qualquer altura, reduzir o pedido e pode ampliá-lo até ao encerramento da discussão em 1.^a instância se a ampliação for o desenvolvimento ou a consequência do pedido primitivo; 3 – Se a modificação do pedido for feita na audiência de discussão e julgamento, ficará a constar da acta respectiva; 4 – O pedido de aplicação de sanção pecuniária compulsória, ao abrigo do n.º 1 do artigo 829.º-A do Código Civil, pode ser deduzido nos termos da segunda parte do n.º 2; 5 – Nas acções de indemnização fundadas em responsabilidade civil, pode o autor requerer, até ao encerramento da audiência de discussão e julgamento em 1.^a instância, a condenação do réu nos termos previstos no artigo 567.º do Código Civil, mesmo que inicialmente tenha pedido a condenação daquele em quantia certa; 6

⁶²⁴ LEBRE DE FREITAS, José. *Introdução ao processo civil*. Conceito e princípios gerais. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 178.

⁶²⁵ TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel. Aspectos do novo processo civil português, *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 86, abr./jun. 1997. p. 175.

⁶²⁶ Como anota Lebre de Freitas, “o princípio da preclusão deve ser reduzido ao mínimo indispensável para que o processo possa atingir, em prazo razoável, a sua finalidade de consequimento da decisão de mérito” (LEBRE DE FREITAS, José. Revisão do processo civil, *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, v. 2, ano 55, 1995. p. 432).

– É permitida a modificação simultânea do pedido e da causa de pedir, desde que tal não implique convalidação para relação jurídica diversa da controvertida”.

Até a revisão de 1995 e 1996, o código não previa a possibilidade de alteração simultânea da causa de pedir e do pedido, em razão da introdução de fato constitutivo diverso daquele inicialmente deduzido. O código agora adota solução baseada no princípio da economia processual. Agora se podem alterar os elementos objetivos da demanda, desde que tal modificação não implique convalidação para relação jurídica diversa.⁶²⁷ Chama-se a atenção para a possibilidade de, em comum acordo, as partes poderem alterar os elementos objetivos da demanda inclusive em segundo grau de jurisdição. Contudo, não havendo consenso, a demanda pode apenas ser modificada na réplica, e não mais ao longo do processo, e desde que não implique modificação da relação jurídica previamente existente.⁶²⁸

É interessante, ainda, observar que o código não descuidou da hipótese dos fatos supervenientes, considerando como tal tanto aqueles ocorridos posteriormente ao ajuizamento da demanda quanto aqueles de conhecimento superveniente, mas ocorridos anteriormente à sua proposição. Em seu art. 506 dispõe que “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. 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”.

Os articulados supervenientes podem ser objetivos ou subjetivos. A superveniência é objetiva “quando os factos ocorrerem posteriormente ao momento da apresentação do articulado da parte” e é subjetiva “quando a parte só tiver conhecimento de factos ocorridos depois de findar o prazo de apresentação do articulado”. A primeira é de fácil determinação, pois é preciso apenas analisar o aspecto temporal. A segunda, porém, é mais complexa, pois depende da verificação da relevância do desconhecimento do fato pela parte. A negligência leve, por exemplo, poderia ser escusável, pois a grave se aproximaria da litigância de má-fé. A despeito disso, por meio de um articulado superveniente, é possível invocar uma nova causa de pedir ou uma nova exceção referente a um fato superveniente.⁶²⁹

A análise do perfil da reforma portuguesa conduz à conclusão de que o legislador quis

⁶²⁷ LEBRE DE FREITAS, *Introdução...*, p. 185.

⁶²⁸ CRUZ E TUCCI, *A causa petendi no novo CPC...*, p. 276.

⁶²⁹ TEXEIRA DE SOUSA, Miguel. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: LEX, 1997. p. 298-9.

romper com o tradicional sistema de preclusão, que implicava, necessariamente, uma alegação desmedida de fatos nos escritos das partes, pois precisavam invocar não só os fatos que inicialmente eram indispensáveis, mas também aqueles que pensavam que viriam a eventualmente necessitar para conseguir uma decisão favorável. Em suma,

a preclusão não pode afectar todo e qualquer facto não invocado, mas tão-só os factos necessários para a constituição da causa de pedir (ou da exceção), ou seja, os factos sem cuja alegação não se pode afirmar que está preenchido o ónus de apresentação da causa de pedir (ou de contestação por exceção).⁶³⁰

3.3 Estabilização da demanda no direito processual civil brasileiro

Como oportunamente afirmou Pontes de Miranda,

o Direito, no Brasil, não pode ser estudado desde as sementes; nasceu do galho de planta, que o colonizador português – gente de rija têmpera, no ativo século XVI e naquele cansado século XVII em que se completa o descobrimento da América - trouxe e enxertou no novo continente.⁶³¹

Na origem do direito português estão o direito romano, o direito germânico e o direito canônico. Adiciona-se a eles o elemento nacional, ou seja, os costumes e aspirações presentes na vida peninsular.⁶³² O direito português foi, portanto, fortemente influenciado pelo direito comum⁶³³ e, com isso, também o direito brasileiro, tanto é que, ainda, no Código de 1939, verificava-se a existência de diversos institutos de direito intermédio.⁶³⁴

3.3.1 O Código de 1939

Até a entrada em vigor do Código vigente, o direito brasileiro não havia recebido os

⁶³⁰ TEXEIRA DE SOUSA, *Apreciação...*, p. 360.

⁶³¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 27.

⁶³² *Ibidem*, p. 27.

⁶³³ Sobre a recepção do direito comum em Portugal, consultar MITIDIERO, *Elementos...*, p. 21-38.

⁶³⁴ Acerca, LIEBMAN, *Istituti...*, p. 490-516.

influxos da orientação liberal própria do código napoleônico, pois até então a legislação era decorrência do direito lusitano quinhentista. O Código de Processo Civil de 1939, por exemplo, mesclava alguns elementos modernos com institutos tipicamente pertencentes ao direito intermédio.⁶³⁵

O Código de 1939 era mais tolerante com o autor do que o atual, pois lhe possibilitava alterar a demanda até a apresentação da contestação.⁶³⁶ Rezava o art. 181: “Apresentada a contestação, o autor não poderá, sem consentimento do réu, alterar o pedido ou sua causa, nem desistir da ação”. Complementando-o, estabelecia o art. 157: “Quando o autor houver omitido, na petição inicial, pedido que lhe era lícito fazer, só em ação distinta poderá, formulá-lo”.

O sistema adotado pelo CPC de 1939 em muito se aproxima ao que ainda vige no ordenamento jurídico brasileiro. Sua rigidez é atenuada pela possibilidade de alteração unilateral da demanda pelo autor até a resposta do réu, o que, na prática, não constitui uma grande diferença, tendo em vista que o autor ganharia aí dez dias a mais para efetuar a alteração, pois era este o prazo para o réu contestar (art. 292).

3.3.2 O Código de 1973

O Código de Processo Civil de 1973, influenciado diretamente por Liebman⁶³⁷, que veio ao Brasil e trouxe na bagagem os ensinamentos de Chiovenda⁶³⁸, retira o direito processual civil brasileiro da fase praxista da história do direito processual, para dotá-lo de padrões modernos à concepção da época e inseri-lo no que se chama de processualismo ou conceitualismo.⁶³⁹

Pela primeira vez se transpõe ao direito processual civil brasileiro resquícios do ideal

⁶³⁵ MITIDIÉRO, *Elementos...*, p. 37.

⁶³⁶ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao código de processo civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 2. p. 381.

⁶³⁷ Assim, MITIDIÉRO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid, *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 183, maio 2010. p. 165-94.

⁶³⁸ Os estudos de Chiovenda fundaram-se fortemente na processualística alemã e encontraram fundamentos no direito romano clássico. A respeito, cf. CHIOVENDA, Giuseppe. Romanesimo e germanesimo nel processo civile. In: _____. *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993. 1v. p. 181-224; L’idea romana nel processo civile moderno. In: _____. *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993. 3v. p. 77-94 e Sulla influenza delle idee romane nella formazione dei processi civili moderni. In: _____. *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993. 3v. p. 95-121.

⁶³⁹ A propósito das fases principais da história do direito processual, cf. ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 17-23.

liberal.⁶⁴⁰ O individualismo e o racionalismo estão presentes no Código Buzaid.⁶⁴¹ Apesar disso, o legislador brasileiro de 1973 não entregou o desenvolvimento do processo à liberalidade das partes. Nesse particular, o código se afastou daquela ideologia tipicamente liberal que orientou os códigos italiano de 1865 e alemão de 1877. Não instituiu, portanto, o princípio da liberdade nem possibilitou a livre articulação do *thema decidendum* ao longo do processo. Com efeito, o formalismo processual brasileiro é marcado por uma rígida inalterabilidade do pedido e da causa de pedir.⁶⁴²

O Código de Processo Civil brasileiro define a citação do réu como o momento pelo qual se estabelece a preclusão e se impede, assim, novo requerimento de *vocatio in iudicio*.⁶⁴³

Logo, qualquer das formas de alteração da demanda é permitida até a citação do réu, nos termos do art. 264, caput, do CPC: “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”.

Após a citação do réu, o autor pode requerer a alteração da demanda até o saneamento do processo, desde que haja a concordância daquele. É o que estabelece o parágrafo único do art. 264 do CPC: “A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo”.⁶⁴⁴

A citação do réu e o saneamento significam momentos em que o sistema quer ver

⁶⁴⁰ Conforme Daniel Mitidiero, “o padrão para a tutela dos direitos no Código Buzaid é individualista, patrimonialista, dominado pela ideologia liberal e da segurança, pensado a partir da ideia de dano e apto tão somente a prestar uma tutela jurisdicional repressiva” (MITIDIERO, *O processualismo...*, p. 185).

⁶⁴¹ A propósito, obtempera Ovídio A. Baptista da Silva que é patente, em nossas instituições, “o compromisso com o Racionalismo que as aprisiona”, que “empresta um caráter ideológico a todo sistema, precisamente por representar, hoje, um ‘modo de pensamento’ anacrônico, superado pelo desenvolvimento histórico que nos separa do Iluminismo do século XVIII, representado, em nossa experiência judiciária, pelos padrões mentais da célebre Escola da Exegese que teve seu esplendor no século XIX, particularmente na França, de quem somos descendentes, no direito processual civil contemporâneo, pela via da doutrina italiana” (BAPTISTA DA SILVA, *Processo...*, p. 22). É de se observar que o exegetismo, ao menos no início, não negou a concepção jusnaturalista. Foi, na verdade, uma decorrência dele, pois o Código Napoleônico de 1804 recebeu forte inspiração jusnaturalista e foi elaborado conforme o *more* geométrico. Por isso Ovídio afirma que o racionalismo está presente na Escola da Exegese e que esta recebeu os influxos do Iluminismo do século XVIII. A princípio, pode parecer paradoxal a afirmação, tendo em vista que usualmente se costuma dizer que a Escola da Exegese inaugurou o positivismo jurídico. De fato, não está de todo equivocada tal afirmação, pois, depois de posto o direito (elaborado com base na razão), a concepção exegeta defendia que bastava aplicá-lo. Daí que surge a concepção positivista.

⁶⁴² ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 198.

⁶⁴³ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 3. p. 197.

⁶⁴⁴ Como anota Moniz de Aragão, “o texto contém quatro preceitos diferentes: o primeiro, que é implícito, permite a alteração objetiva antes de fazer-se a citação inicial; o segundo, também implícito, permite-a, mesmo depois de feita a citação, mas dependendo do assentimento da outra parte; o terceiro, que é explícito, proíbe a alteração objetiva depois de feita a citação do réu, se este a impugnar; o quarto e último, também explícito, proíbe-a uma vez saneado o processo mesmo que as partes, em qualquer caso, pudessem estar de acordo em fazê-lo” (MONIZ DE ARAGÃO, *Comentários...*, v. 2, p. 378).

estabilizada a relação processual.⁶⁴⁵

Assim, antes da citação, sem a concordância do réu, e entre a sua citação e o saneamento do processo, com a concordância dele, o autor pode alterar a demanda.

Na segunda hipótese, frise-se, é necessária a manifestação do demandado, para que a modificação da demanda se perfectibilize.⁶⁴⁶ Se o réu contestar a alteração, enfrentando o pedido ou a causa de pedir, significa que anuiu com a alteração (preclusão lógica). Pode, entretanto, opor-se à alteração, tenha contestado ou não.⁶⁴⁷

Ressalva-se, a propósito, que se ocorrer revelia, o autor não poderá alterar o pedido ou a causa de pedir. É o que estabelece o art. 321 do CPC: “Ainda que ocorra revelia, o autor não poderá alterar o pedido, ou a causa de pedir, nem demandar declaração incidente, salvo promovendo nova citação do réu, a quem será assegurado o direito de responder no prazo de 15 (quinze) dias”.

A estabilização da demanda deve, ainda, ser compreendida à luz do disposto no art. 294 do CPC, que estabelece: “Antes da citação, o autor poderá aditar o pedido, correndo à sua conta as custas acrescidas em razão dessa iniciativa”. A redação atual substituiu aquela original que proibia a introdução de novo pedido pelo autor, quando lhe era lícito fazer: “Quando o autor houver omitido, na petição inicial, pedido que lhe era lícito fazer, só por ação distinta poderá formulá-lo”.

Por fim, o sistema se completa com as normas previstas nos artigos 303 e 462 do CPC e que tratam sobre o *ius superveniens*. Sobre ele já se abordou pormenorizadamente no capítulo precedente. Cabe aqui, apenas, estabelecer linhas gerais e definidoras da estabilidade da demanda no código vigente. A primeira permite, após a contestação, a introdução de novas alegações relativas a direito superveniente. A segunda, a introdução de fatos constitutivos, modificativos ou extintivos que possam influir no julgamento.

3.3.3 O projeto do novo Código de Processo Civil

Com o intuito de tornar o processo civil mais célere, efetivo e simples, foi instituída, pelo Ato do Presidente do Senado Federal n. 379 de 2009, a Comissão de Juristas,

⁶⁴⁵ CARVALHO, *Do pedido...*, p. 144.

⁶⁴⁶ Já sedimentou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a necessidade de consentimento expresso do réu (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2º Turma. REsp n. 1.307.407/SC. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Julgado em: 22 mai. 2012. DJ 29 mai. 2012).

⁶⁴⁷ CARVALHO, op. cit., p. 148.

encarregada de elaborar o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.

O Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil traz norma revolucionária, que transforma o rigor do sistema de processo civil brasileiro, instituindo um modelo bastante flexível. Nos termos do art. 314 do anteprojeto, “o autor poderá, enquanto não proferida a sentença, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, desde que o faça de boa-fé e que não importe em prejuízo ao réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de quinze dias, facultada a produção de prova suplementar”. Complementa o parágrafo único: “Aplica-se o disposto neste artigo ao pedido contraposto e à respectiva causa de pedir”.

A proposta patrocina maior racionalização da tutela jurisdicional, pois permite “a composição dos litígios com maior economia processual e em conformidade com o objetivo daquele que buscou a tutela jurisdicional, evitando-se dispêndio inútil da atividade do Estado e eventual ajuizamento de outras demandas”. Louvável é a proposição. Contudo, a redação pode ser melhorada, especialmente no que toca à expressão “prejuízo ao réu”. Do modo como foi redigida, a interpretação pode conduzir à equivocada conclusão de que a modificação será vedada se causar prejuízo de ordem material ao demandado. É importante, pois, que se esclareça que a preocupação diz respeito a prejuízos aos direitos processuais do réu.⁶⁴⁸

A respeito dos fatos supervenientes, a redação do atual art. 462 do CPC é repetida pelo anteprojeto. Contudo, o seu art. 475 traz consigo parágrafo único que impõe ao juiz a observância do contraditório ao conhecer de fato superveniente de ofício, *in verbis*: “Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir”. Deve-se, igualmente, aplaudir a proposta, pois adota a concepção de contraditório forte e substancial, que já se tratou no capítulo anterior. Evitam-se, assim, novamente, decisões que surpreendam as partes e prestigia-se o diálogo no ambiente processual. A participação se efetiva e a colaboração ganha destaque como modelo institucional.

O sistema proposto é, indubitavelmente, inovador, pois transforma, radicalmente, o modelo rígido ora vigente num bem mais flexível.

Contudo, já sob a forma de projeto de lei (n. 166 de 2010), o resultado da revisão procedida pelo Senado Federal, alterou substancialmente a redação do art. 314 do anteprojeto e do projeto original, retrocedendo, substancialmente, àquilo que hoje vige no direito processual civil brasileiro. Conforme a redação final do projeto de lei n. 166 de 2010, no agora art. 304, “o autor poderá: I – até a citação, modificar o pedido ou a causa de pedir,

⁶⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC*. Crítica e propostas. São Paulo: RT, 2010. p. 115.

independentemente do consentimento do réu; II – até o saneamento do processo, com o consentimento do réu, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de quinze dias, facultado o requerimento de prova suplementar. Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo ao pedido contraposto e à respectiva causa de pedir”.

Não bastasse isso, a redação final suprime a norma relativa ao fato superveniente. Apenas mantém a possibilidade de o réu deduzir, após a contestação, direito ou fato superveniente, consoante o art. 330 da redação final do projeto do Senado Federal, o que denota a nítida violação da igualdade no processo. Veja-se que tanto o projeto original quanto a redação final mantiveram a redação dessa norma. Contudo, o projeto original trazia norma relativa ao fato constitutivo superveniente, o que beneficiava, portanto, o autor. Na verdade, não há sentido em estabelecer um *discriminem* na norma versada pelos artigos 303 do atual CPC, 341 do projeto original e 330 da redação final. Seria interessante restabelecer a previsão da redação atual, que não faz qualquer diferenciação, possibilitando às partes deduzirem o *ius superveniens*.

Ainda em tramitação na Câmara dos Deputados, é torcer que esse quadro seja novamente revisto e revertido, de modo a não deixar passar a possibilidade de alterar o sistema de estabilização da demanda hoje vigente.

3.4 A flexibilização do princípio da estabilidade da demanda

A literatura especializada tem demonstrado que “a proibição de modificação da demanda pendente vem perdendo o seu mito de dogma absoluto”.⁶⁴⁹ Isso se deve, principalmente, a uma mudança de paradigma.⁶⁵⁰ Hoje, não só importa para o processo que ele chegue ao fim, mas também importa em que medida isso se dá. Sabe-se que “tra giustizia e diritto corre la stessa relazione che tra sostanza e forma”.⁶⁵¹ É por isso que se diz que “o processo, sem o direito material, não é nada. O instrumento, desarticulado do fim, não tem

⁶⁴⁹ CRUZ E TUCCI, *A causa petendi...*, p. 192.

⁶⁵⁰ Como afirma Thomas Kuhn, “as revoluções científicas iniciam-se com um sentimento crescente”, frequentemente restrito a uma pequena parcela da comunidade científica, “de que o paradigma existente deixou de funcionar adequadamente na exploração de um aspecto da natureza, cuja exploração fora anteriormente dirigida pelo paradigma” (KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução por Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5.ed. São Paulo: Perspectiva, 1998. p. 126).

⁶⁵¹ CARNELUTTI, *Sistema...*, v. 1, p. 15.

sentido”.⁶⁵² A partir dessa ótica, busca-se, o máximo possível, realizar o direito material. E para tanto tem se mostrado necessário, para que o processo receba os influxos do direito material, afrouxar as suas amarras e permitir que ele possa, de fato, favorecer aquele que tem razão.⁶⁵³ Impõe-se, enfim, a flexibilização do princípio da estabilidade da demanda.

3.4.1 Processo justo e acesso à ordem jurídica justa

Assim como diversas outras constituições ocidentais⁶⁵⁴, a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5º, LIV, assegura a todos que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Trata-se do direito fundamental ao processo justo.⁶⁵⁵

A crítica de Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni quanto à expressão utilizada pela Constituição “devido processo legal” (*due process of law*) é propícia, pois, além de remeter ao contexto cultural do Estado de Direito⁶⁵⁶, oportuniza que se busque uma dimensão material da previsão, quando é necessário apenas dimensioná-la em seu aspecto processual.⁶⁵⁷

⁶⁵² LACERDA, O código..., p. 8.

⁶⁵³ Aliás, como ressalta Chiovenda, “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” (CHIOVENDA, *Instituições...*, v. 1, p. 159).

⁶⁵⁴ Para um estudo comparatístico sobre o tema, cf. COMOGLIO, Luigi Paolo. Il “giusto processo” civile nella dimensione comparatistica. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 2002. p. 702-58; COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie minime del “giusto processo” civile negli ordinamenti ispano-latinoamericani. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 112, out./dez. 2003. p. 159-76.

⁶⁵⁵ Conforme Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “conceito que supera o do devido processo legal” (ALVARO DE OLIVEIRA, *Teoria...*, p. 129). Aliás, revela a “expressão dinâmica do direito ao devido processo legal” (ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, *Curso...*, v. 1, p. 28). Sobre a perspectiva dinâmica dos direitos fundamentais, cf. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 155, jan. 2008. p. 12-6. A visão dinâmica liga-se a outros princípios e direitos fundamentais. Essa visão, também chamada de principiológica, ao contrário daquela puramente estática e garantística, “não se limita aos direitos fundamentais expressos e pode elaborar normas a partir de outros direitos fundamentais principiológicos, contidos na Constituição, com vistas à concretização de um processo justo e uma tutela jurisdicional efetiva” (ibidem, p. 22). Trata-se da ideia de Robert Alexy, de normas de direitos fundamentais associadas (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução por Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 69-76).

⁶⁵⁶ Tal contexto cultural pode ser identificado com o *Rechtsstaat* alemão e com o *État Légal* francês. Para uma análise dos modelos básicos de supremacia do direito, cf. MITIDIERO, *Colaboração...*, p. 55-68.

⁶⁵⁷ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, *Curso...*, p. 616. Segundo os autores, “importa ter presente que não é necessário recorrer ao conceito de *substantive due process of law* [...], na medida em que nossa Constituição conta expressamente com um *catálogo aberto* de direitos fundamentais (art. 5º, § 2º), o que desde logo permite a consecução desse mesmo fim: reconhecimento e proteção de direitos fundamentais implicitamente previstos e mesmo não previstos na Constituição (conceito material de direitos fundamentais). Eis as razões pelas quais prefere a doutrina se referir a direito ao *processo justo* (*giusto processo, procès équitable, faire Verfahren, fair trial*) – além de culturalmente consentânea ao Estado Constitucional, essa desde logo revela o cariz puramente processual de seu conteúdo” (ibidem, p. 616-7). Nesse sentido, afirma Humberto Ávila que “o dispositivo ao ‘devido processo legal’ deve [...] ser entendido no sentido de um princípio unicamente procedimental”. Aliás,

É, pois, direito de natureza processual, que “impõe *deveres organizacionais* ao Estado na sua função *legislativa, judiciária e executiva*”, enquadrando-se na “categoria dos direitos à organização e ao procedimento”.⁶⁵⁸

O legislador, em primeiro lugar, tem o dever de consolidar o direito ao processo justo na legislação infraconstitucional. Vale dizer: o legislador deve editar normas com vistas a um modelo mínimo de conformação do processo.⁶⁵⁹

Além disso, “a atuação da administração judiciária tem de ser compreendida como uma forma de concretização do direito ao processo justo”. E também “o juiz tem o dever de

segundo o autor, “o uso da expressão ‘devido processo legal substancial’, como variante de significado supostamente decorrente da previsão expressa do ‘devido processo legal’ é triplamente inconsistente: em primeiro lugar, porque leva ao entendimento de que o fundamento normativo dos deveres de proporcionalidade e razoabilidade é o dispositivo relativo ao ‘devido processo legal’, quando o seu fundamento reside na positivação dos princípios de liberdade e igualdade conjuntamente com finalidades estatais; em segundo lugar, porque os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade são aplicados mesmo fora do âmbito processual, razão pela qual perde sentido o uso da expressão ‘devido processo legal substancial’ para representá-los; em terceiro lugar, porque o ‘devido processo legal substancial’, se compreendido como os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade, dá a entender que esses deveres *não* estão presentes no ‘devido processo legal procedimental’, quando [...] servem para a sua própria configuração como processo adequado e justo”, ou seja, “só se sabe se um processo é adequado ou justo se os atos praticados no processo foram proporcionais e razoáveis ao ideal de protetividade do direito alegado” (ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 163, set. 2008. p. 54-7). Sobre a equivocada utilização dos postulados da proporcionalidade e razoabilidade no Supremo Tribunal Federal, cf. MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 91-102. A propósito da adoção do devido processo legal substancial, Sérgio Mattos afirma que, no direito estadunidense, o princípio é aplicável com dois objetivos específicos: a incorporação de direitos fundamentais conferidos pela Declaração de Direitos Humanos, para a aplicação aos governos estaduais (função incorporativa) e o reconhecimento e proteção de direitos fundamentais que não constam da Constituição norte-americana (função protetiva). A primeira, diz o autor, não se faz necessário no direito brasileiro, visto que a Constituição Federal e os direitos nela assegurados são vinculativos para a União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios. A segunda, entretanto, se faz necessária, porquanto visa a proteger os direitos fundamentais não enumerados na Constituição. E como concebe a Constituição brasileira como materialmente aberta, afirma que “o princípio do devido processo substantivo, em tese, pode ser aplicado no direito brasileiro com o objetivo de reconhecer e proteger direitos fundamentais implícitos como parte da liberdade assegurada pela disposição do devido processo legal, prevista no art. 5º, LIV, da Constituição Federal, concretizando, assim, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana” (ibidem, p. 104-8).

⁶⁵⁸ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, *Curso...*, p. 617. A propósito da dimensão organizacional e procedimental dos direitos fundamentais, como direitos à participação na organização e procedimento, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 194-98, que evidencia que, de certa forma, os direitos fundamentais são *dependentes* da organização e do procedimento, exercendo *também* sobre eles “uma influência que, dentre outros aspectos, se manifesta na medida em que os direitos fundamentais podem ser considerados como parâmetro para a formatação das estruturas organizatórias e dos procedimentos, servindo, para além disso, como diretrizes para a aplicação e interpretação das normas procedimentais” (ibidem, p. 194).

⁶⁵⁹ Isso não significa dizer que o processo é *per se* justo apenas porque regulado pela lei (COMOGLIO, Luigi Paolo. *Ética e técnica del “giusto processo”*. Torino: G. Giappichelli, 2004. p. 57-62). Tampouco que o direito fundamental ao devido processo legal é estabelecido unicamente pela legislação infraconstitucional. Aliás, tal pensamento obstaculizaria ou ao menos dificultaria a releitura das normas infraconstitucionais a partir dos direitos fundamentais (ALVARO DE OLIVEIRA, Os direitos fundamentais..., p. 14-5). A propósito, aponta Carlos Alberto Alvaro de Oliveira julgado do Supremo Tribunal Federal, dando conta de que a violação à cláusula do *due process of law* deve ser analisada caso a caso. A decisão da 2ª Turma do STF adotou postura menos formalista, afastando a tese de que para se conhecer o recurso extraordinário era necessária a ofensa direta à Constituição (RE 194.295-9/RJ, Relator Min. Marco Aurélio, j. 07/11/2000, DJU 17/08/2001).

interpretar e aplicar a legislação processual em conformidade com o direito fundamental ao processo justo”.⁶⁶⁰

Na verdade, o direito ao processo justo e, conseqüentemente, o direito à organização do processo justo é “tarefa do legislador infraconstitucional, do administrador da justiça e do órgão jurisdicional”⁶⁶¹, os quais são seus destinatários, enquanto seus titulares são as pessoas físicas e jurídicas, ou, ainda, “todo aquele que tem *personalidade processual* – isto é, *capacidade de ser parte* – é titular do direito ao processo justo”.⁶⁶²

A par disso, qual o conceito de processo justo?

A questão se reflete nos problemas de tomada de decisões. É interessante o exemplo dado por Roberto Benghi Del Claro. Uma mãe, diante de um conflito entre seus dois filhos, tem de ouvi-los antes de decidir, sob pena de que sua decisão seja injusta. Se a mãe ouve apenas um único filho, certamente sua decisão será injusta, na medida em que açodadamente julga sem considerar o relato do outro filho e sem considerar a situação em seu conjunto. Mesmo que o relato de apenas um dos filhos seja honesto, fornecendo a ela amplo material para sua decisão, ainda assim a decisão será injusta, pois a mãe deixou de ouvir o outro filho, sem oportunizar a ele expor o seu ponto de vista sobre os fatos. Caso ambos os filhos sejam ouvidos antes da tomada da decisão, ambos se sentirão reconfortados, inclusive aquele que discordar da decisão, visto que ela foi tomada com a sua participação.⁶⁶³

Assim, mesmo que aparentemente a decisão seja justa, porquanto próxima à realidade, quando obtida sem a participação dos envolvidos, revela-se, na verdade, injusta. Aparentemente, portanto, pode-se ter uma decisão justa, porém a injustiça do processo a macula e a torna injusta. Processo justo e decisão justa não se confundem. *Porém, não há decisão justa sem processo justo, assim como não há processo justo com decisão injusta.*⁶⁶⁴ Logo, *o processo justo visa à justiça da decisão.* Isso vale também para o direito processual, embora não seja suficiente para chegar-se ao conceito de processo justo.⁶⁶⁵

⁶⁶⁰ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, *Curso...*, p. 617.

⁶⁶¹ ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, *Curso...*, v. 1, p. 28.

⁶⁶² SARLET; MARINONI; MITIDIERO, *op. cit.*, p. 621.

⁶⁶³ DEL CLARO, Roberto Benghi. *Direção material do processo*. Tese (Doutorado em direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. p. 27-8.

⁶⁶⁴ Ora, a decisão faz parte do processo, está nele compreendido. É intuitiva, portanto, essa relação existente entre processo justo e decisão justa.

⁶⁶⁵ De fato, o processo justo tende ao resultado justo do processo. Aliás, ressalta Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que o valor justiça espelha a finalidade jurídica do processo (ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 99). Também Cândido Rangel Dinamarco coloca como um dos escopos da jurisdição (sociais) a pacificação com justiça (DINAMARCO, *A instrumentalidade...*, p. 188-91). Assim também Michele Taruffo, para quem “sarebbe così giusta la decisione che deriva da un giusto processo” (TARUFFO, Michele. *Idee per una teoria della decisione giusta*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, 1997. p. 317).

Na verdade, “não é possível definir em abstrato a cabal conformação do direito ao processo justo”, dada sua indeterminação. Trata-se de uma cláusula geral, ou seja, de uma norma que prevê em seu suporte fático um termo indeterminado e não comina consequências jurídicas à sua violação.⁶⁶⁶

Contudo, um conteúdo mínimo do direito fundamental ao processo justo pode ser identificado ou, como prefere Andrea Proto Pisani, “il nucleo forte – ineliminabile – della garanzia del giusto processo (di cognizione) o se si vuole del diritto d’azione e di difesa”.⁶⁶⁷ Isso porque, conforme assevera Michele Taruffo, o grau de justiça do processo deve ser verificado de acordo com o modelo processual adotado pela cultura jurídica de determinada época. Assim, o processo pode ser mais ou menos justo, conforme os direitos e técnicas de um determinado ordenamento jurídico.⁶⁶⁸

No Estado Constitucional, modelo básico de supremacia do direito no qual o Brasil está inserido, o primeiro requisito para um processo justo é extraído do modelo cooperativo de processo que entre nós vigora.⁶⁶⁹ Vale dizer: “o processo justo é pautado pela *colaboração* do juiz para com as partes”.⁶⁷⁰ O segundo requisito diz respeito à necessidade de o processo ser capaz de prestar tutela jurisdicional adequada e efetiva, observando-se os direitos fundamentais à igualdade das partes e à paridade de armas, ao contraditório e à ampla defesa, ao juiz natural, à representação técnica, à prova, à publicidade, à motivação da sentença, à assistência judiciária integral e à duração razoável do processo.⁶⁷¹

Eis como o formalismo processual deve estruturar-se, de modo a configurar um

⁶⁶⁶ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, *Curso...*, p. 618. Assim, também, DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 14. ed. Salvador: JusPodvum, 2012. p. 46.

⁶⁶⁷ PROTO PISANI, Andrea. Giusto processo e valore della cognizione piena, *Rivista di Diritto Civile*, Padova: CEDAM, 2002. p. 267.

⁶⁶⁸ TARUFFO, Idee..., p. 323. Nesse sentido, destacam Humberto Theodoro Júnior que “o processo democrático deve ser aplicado mediante os ditames do modelo constitucional de processo”, o qual deve ser entendido como o “conjunto de princípios e regras constitucionais que garantem a legitimidade e a eficiência da aplicação da tutela” (THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual, *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 168, fev. 2009, p. 108).

⁶⁶⁹ Para uma análise dos modelos de organização do processo, cf. MITIDIERO, *Colaboração...*, p. 69-115. Sob diferente enfoque, cf. DIDIER JR., Os três modelos..., p. 213-25.

⁶⁷⁰ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 618. Sobre o tema, cf. ALVARO DE OLIVEIRA, Poderes..., p. 89-113; MITIDIERO, *Colaboração...*; GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, 1966. p. 580-609; DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010; DIDIER JR., Os três modelos..., p. 213-25; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Juiz e partes dentro de um processo fundado no princípio da cooperação, *Revista dialética de direito processual*, São Paulo: Ed. Dialética, n. 102, set. 2011. p. 62-74; SANTOS, Igor Ratz dos. Processo, igualdade e colaboração: os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil, *Revista de Processo*, n. 192, fev. 2011, p. 47-80; BERALDO, Maria Carolina Silveira. O dever de cooperação no processo civil, *Revista de Processo*, n. 198, ago. 2011, p. 455-62.

⁶⁷¹ ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, *Curso...*, v. 1, p. 28.

modelo mínimo de processo justo, visto que, “no fundo, o princípio do devido processo legal representa a expressão constitucional do formalismo processual”.⁶⁷²

Assim, segundo, ainda, Nicolò Trocker, “giusto è il processo che si svolge nel rispetto dei parametri fissati dalle norme costituzionali e dei valori condivisi dalla collettività”.⁶⁷³ Na conclusão de Luigi Paolo Comoglio é a ética que anima todo o processo, entendida como “quei *valori* fondamentali di civiltà e di democrazia, dai quali tragono origine, secondo le premesse giusnaturalistiche del moderno Stato di diritto, il riconoscimento e la inderogabile protezione dei *diritti inviolabili dell’uomo*”. É, em última análise, no respeito à pessoa e aos seus direitos que se traduz a ética do processo justo.⁶⁷⁴

Desse modo, o direito fundamental ao processo justo constitui um princípio – porquanto aponta um estado ideal de coisas sem determinar os comportamentos necessários para a sua promoção⁶⁷⁵ – que tem por função *criar* os elementos necessários à promoção do ideal de protetividade (função integrativa), *interpretar* as regras que já preveem elementos necessários à promoção do ideal de protetividade (função interpretativa), *bloquear* a eficácia das regras que preveem elementos que são incompatíveis com a promoção do ideal de protetividade (função bloqueadora) e *rearticular* esses elementos já previstos, os quais podem convergir ou divergir em relação ao fim maior (função rearticuladora).⁶⁷⁶

E como asseverado, o direito fundamental ao processo justo tem como escopo o resultado justo do processo ou a justiça da decisão.⁶⁷⁷

Porém, qual o conceito de decisão justa?

Também aqui não se verifica um único critério conceitual. Não há como definir se uma decisão é justa com base em um critério de sim ou não. A definição, na verdade, é alcançável com base na combinação de alguns critérios propostos por Michele Taruffo.

Tais critérios têm em comum a característica de não serem analiticamente definidos. São, pois, bastante vagos. Trata-se, também, de *standards* gerais, ou seja, cláusulas gerais. Os

⁶⁷² ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 128.

⁶⁷³ TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, 2001, p. 386.

⁶⁷⁴ COMOGLIO, *Etica...*, p. 7. Vem a calhar a consideração de Alvaro de Oliveira, segundo a qual o processo é fenômeno cultural, imbuído de valores, e não pura técnica, infensa aos princípios inerentes à sociedade (ALVARO DE OLIVEIRA, op. cit., p. 172).

⁶⁷⁵ ÁVILA, *Teoria...*, p. 71.

⁶⁷⁶ ÁVILA, O que é “devido...”, p. 57-8.

⁶⁷⁷ Ora, se as garantias componentes do modelo básico de processo justo, concebidas na ótica dos direitos individuais, concorrem a realizar não já um genérico direito ao processo, mas um direito ao justo processo, este, portanto, não pode mais resolver-se em direitos estáticos, mas, em razão de seus adjetivos – *equitativo* e *justo* – vêm entendidos como garantias mínimas de meios e resultados, porquanto asseguram não apenas a suficiência quantitativa mínima dos meios processuais, mas também um resultado modal ou qualitativo constante (COMOGLIO; FERRI; TARUFFO, *Lezioni...*, v. 1, p. 61).

critérios são, portanto, relativos e, por tal razão, não podem ser definidos em termos precisos e absolutos.⁶⁷⁸

Os três critérios aos quais alude Michele Taruffo, que aqui vão definidos como os *três pilares da decisão justa*, são os seguintes: a) a correção da escolha e da interpretação da regra jurídica aplicável ao caso; b) verificação fidedigna dos fatos relevantes do caso; c) emprego de um procedimento válido e justo para chegar à decisão.⁶⁷⁹

Já se assentou que o emprego de um processo justo tende a levar à justiça do caso concreto, visto que “è attraverso il procedimento che si forma la decisione finale, ed un ‘buon’ procedimento è quanto occorre per preparare nel modo migliore tal decisione”.⁶⁸⁰

Porém, ao lado de tal critério, concorrem outros dois. A escolha e a interpretação correta da regra jurídica aplicável ao caso concreto são obviamente necessárias para atingir uma decisão justa.⁶⁸¹ Além disso, é necessário que os fatos verificados pelo juiz sejam verdadeiros, pois uma decisão não pode ser considerada justa se está assentada em fatos errados, ou seja, em uma reconstrução errônea ou falsa das circunstâncias que consubstanciam a controvérsia.⁶⁸²

Os três requisitos se fazem necessários para que se alcance o resultado justo do processo. Além disso, para que uma decisão seja justa, nenhum dos três critérios deve estar em nível inferior ao mínimo que se considera aceitável. Os três critérios devem ser equivalentes aos níveis mínimos de aceitabilidade. Mas, qual seria o critério mínimo de aceitabilidade? Também a esse propósito não existe definição estanque. A resposta a tal questão deve ser encontrada no caso concreto.⁶⁸³

Em síntese, afirma Taruffo que se pode dizer que a justiça da decisão é resultado da combinação dos valores relativos aos três critérios por ele indicados, porém não da média de tais valores. Um valor insuficiente não pode ser compensado por outro valor. Todos devem conviver conjuntamente. Em substância, a justiça da decisão não é um valor total ou global resultante de uma soma matemática, mas um algoritmo em que cada critério mantém a sua

⁶⁷⁸ TARUFFO, *Idee...*, p. 321.

⁶⁷⁹ *Ibidem*, p. 319.

⁶⁸⁰ *Ibidem*, p. 320.

⁶⁸¹ Nesse sentido, destaca Humberto Theodoro Júnior que “se exige do juiz que não seja apenas a ‘boca da lei’ a repetir na sentença a literalidade dos enunciados das normas ditadas pelo legislador. Na interpretação e aplicação do direito positivo, ao julgar a causa, cabe-lhe, sem dúvida, uma tarefa integrativa, consistente em atualizar e adequar o enunciado da norma aos fatos e valores em jogo no caso concreto. O juiz tem de complementar a obra do legislador, servindo-se de critérios éticos e consuetudinários, para que o resultado final do processo seja realmente justo, no plano substancial” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo justo e contraditório dinâmico. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo: Unisinos, jan./jun. 2010, p. 67).

⁶⁸² TARUFFO, *op. cit.*, p. 320.

⁶⁸³ *Ibidem*, p. 325.

autonomia e opera individuando valores autônomos que devem estar todos presentes para se falar em decisão justa.⁶⁸⁴

Logo, de tudo que foi dito pode-se concluir que o processo do Estado Constitucional “não se resume a regular o acesso à justiça, em sentido formal. Sua missão, na ordem dos direitos fundamentais, é proporcionar a todos uma tutela *procedimental e substancial justa*, adequada e efetiva, de preferência à garantia de um *devido processo legal*”.⁶⁸⁵ Como se costuma dizer, “não basta apenas abrir a porta de entrada do Poder Judiciário, mas prestar jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa, mediante um processo sem dilações ou formalismos excessivos”.⁶⁸⁶

Aliás, a finalidade do processo é “viabilizar o *acesso à ordem jurídica justa*”, e não apenas possibilitar o acesso à justiça na condição de instituição estatal.⁶⁸⁷ Ou, ainda, “o fim último do processo já não é mais apenas a realização do direito material, mas a concretização da justiça material, segundo as peculiaridades do caso”.⁶⁸⁸

O Estado deixou de ser individualista e, com isso, passou a ser concebido com outros valores, como a participação democrática, o que implicou, no processo, que as partes deixassem de lado a posição passiva para assumir posição mais participativa. O juiz é ativo e requer a colaboração das partes no desenvolver do processo e na construção da decisão.

Com isso, técnicas processuais como a estabilização da demanda devem ser revistas, pois como ora concebidas impedem a concretização do verdadeiro sentido então conferido ao direito processual. A adoção de um sistema radicalmente rígido, sem sombra de dúvida, não é hábil a atingir os fins colimados pelo processo. Por outro lado, a experiência história da Itália demonstrou a inviabilidade de se adotar um sistema extremamente liberal.⁶⁸⁹

De qualquer sorte, um processo que pretende ser justo, deve possibilitar a alterabilidade da demanda, visto que ele busca a melhor decisão e, portanto, a mais justa, para o caso concreto. Um processo que se concebe como justo e, portanto, valoriza o diálogo, deve privilegiar a busca da verdade.⁶⁹⁰ Urge, pois, que o legislador brasileiro se conscientize e

⁶⁸⁴ TARUFFO, Idee..., p. 328.

⁶⁸⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Direito fundamental à duração razoável do processo, *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre: Magister, n. 29, mar./abr. 2009, p. 88.

⁶⁸⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, O processo civil..., p. 40.

⁶⁸⁷ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988. p. 128.

⁶⁸⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 23.

⁶⁸⁹ *Ibidem*, p. 232.

⁶⁹⁰ Anotam Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero que “o sistema jurídico brasileiro pauta-se pela procura de um máximo possível de aproximação da verdade” (ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, *Curso...*, v. 2, p. 57). Trata-se de pressuposto ético inafastável e “oferece-se como uma condição insuprimível para que o processo cumpra a contento o seu desiderato maior de lograr a justiça do caso decidendo”

estabeleça, por meio de reforma legislativa, modelo mais consentâneo com o direito fundamental ao processo justo.

3.4.2 Momento ideal para a estabilização da demanda

Assentada a premissa de que o direito fundamental ao processo justo exige maior maleabilidade no que tange aos elementos objetivos da demanda, isto é, possibilitando a sua modificação no curso do processo, é chegado o momento de cotejar, dentre os variados critérios analisados, qual o modelo ideal para o processo civil brasileiro.

Embora se saiba que a pesquisa histórica comparativa não deva desconsiderar o contexto social no qual está inserido o modelo comparado⁶⁹¹, a análise dos modelos processuais realizada mostra que a adoção de opções extremadas sempre foi combatida e repelida pela prática judiciária. A opção, portanto, que se pretende apresentar, coloca-se no meio-termo entre a liberdade extremada de modificação da demanda e a radical proibição de sua alteração. Acredita-se que a solução adequada não está tanto na proibição da modificação da demanda quanto na sua livre modificação pela parte.⁶⁹²

O processo deve ter um fim, não pode durar para sempre. Além disso, a celeridade do processo é indispensável à atividade jurisdicional.⁶⁹³ Na lição de Rui Barbosa, em sua famosa *Oração aos moços*, “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

(MITIDIERO, *Colaboração...*, p. 108). Na lição de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, “a verdade, pois, sempre foi fator de legitimação para o direito processual” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 27). Sobre o tema, ainda, cf. TARUFFO, Michele. *La semplice verità*. Il giudice e la costruzione dei fatti. Bari: Laterza, 2009, para quem “nel contesto del processo è appropriato parlare di verità relativa e oggettiva. La verità dell’ accertamento dei fatti è relativa – nel senso che è relativa la conoscenza di essa – perchè si fonda sulle prova che giustificano il convincimento del giudice e rappresentano la base conoscitiva sulla quale trova giustificazione il convincimento che un certo enunciato corrisponda alla realtà dei fatti della causa. La stessa verità è oggettiva in quanto non è il frutto delle preferenze soggettive e individuali del giudice, o di altri soggetti, ma si fonda su ragioni oggettive che giustificano il convincimento del giudice e derivano dai dati conoscitivi che risultano dalle prova” (ibidem, p. 83). A respeito da relatividade da verdade, complementa Danilo Knijnik que inexistente um vínculo conceitual entre prova e verdade (ou entre processo e verdade), mas um vínculo teleológico: “é altamente desejável que o sistema chegue a um juízo de fato o mais próximo da verdade, mas é preciso ter a clara consciência de que aquilo que está provado pode ser falso; e o que não foi provado pode ser verdadeiro” (KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 14).

⁶⁹¹ TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. Tradução por José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 110, abr./jun. 2003. p. 141-3.

⁶⁹² Assim parece ser a conclusão de Heitor Vitor Mendonça Sica, ao criticar a adoção extremamente rígida do princípio da eventualidade e a sua total extirpação do sistema processual. Segundo o autor, “parece claro que a solução do problema emerge de um meio-termo entre o rigor estrito e a absoluta elasticidade” (SICA, *Preclusão...*, p. 173-7).

⁶⁹³ GIANNOZZI, *La modificazione...*, p. 161.

Não se deve, portanto, desprestigiar esse princípio processual. Nessa linha, a livre modificação da demanda poderia obstaculizar o desiderato de um processo rápido. Por outro lado, já se assentou, “lo scopo del processo è la vittoria del diritto”.⁶⁹⁴ Não basta, em outras palavras, um processo célere que não alcance a justiça material, ou seja, que não promova a proteção daquele que tem razão. Nesse contexto, a proibição de modificação da demanda impediria a concreta efetivação do direito material, trazendo, invariavelmente, injustiça à solução do litígio.

O modelo ideal requer que se considere tanto a celeridade processual quanto a justiça da decisão. Não se está a referir que estes são valores contrapostos, embora, em determinadas situações concretas, poderão assim apresentar-se. Para essas situações é que importa a adoção desse novo modelo processual, pois será ele apto a conciliar e a fazer concordar ambos os valores promovíveis.

O provimento jurisdicional deve ser útil às partes, o que significa que a sentença deve incidir sobre a posição jurídica daquele que tem razão, o que implica aceitar a modificação da demanda para que tal estado ideal seja atingido. Além disso, a utilidade está em evitar a proliferação de demandas. Se as posições jurídicas são efetivamente tuteladas, a parte lesada não reiterará a provocação jurisdicional.

É claro que, também, não se quer que o processo dure *ad eternum*. Ao Estado, aliás, não interessa que o litígio se perpetue, mas que seja rapidamente solucionado. Em contrapartida, interessa ao Estado que o processo seja eficazmente aproveitado. São dois interesses que se pretende conciliar. Ambos são públicos e, se otimizados, convergem para a adoção de um sistema intermediário, o que vem a abranger, inclusive, o interesse privado.

Assim se alcança o tão propugnado direito fundamental à razoável duração do processo. A propósito, “não se pode entender por devido processo legal (ou *justo processo*) aquele que não se empenha numa rápida e econômica solução do litígio deduzido em juízo”.⁶⁹⁵ Com efeito, trata-se de um fundamental componente do justo processo, e a irrazoável duração do litígio traduz-se “in un vero e proprio diniego di giustizia”.⁶⁹⁶ Como concluiu a personagem Helena, de Machado de Assis: “o tempo corre do mesmo modo, quer o desperdicemos, quer o economizemos. O essencial não é fazer muita coisa no menor prazo; é fazer muita coisa aprazível ou útil”.

Não se deve, portanto, afastar de todo o princípio da imodificabilidade unilateral da

⁶⁹⁴ LENT, *Obblighi...*, p. 154.

⁶⁹⁵ THEODORO JÚNIOR, *Direito fundamental...*, p. 90.

⁶⁹⁶ DENTI, Vittorio. *La giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2004. p. 85.

demanda. O referido princípio significa que “o objeto do pedido (o pedido em si e a causa do pedido) não pode ser modificado, sem que o réu consinta”.⁶⁹⁷ O interesse público de que o processo chegue ao final em tempo razoável pressupõe a definição de um momento em que o autor não mais poderá modificá-la de forma automática, ou seja, sem o consentimento da parte contrária ou mesmo a autorização do juiz. Por outro lado, o princípio da imodificabilidade unilateral da demanda não pode vigorar de forma plena, pois a possibilidade de o autor alterar os elementos objetivos de forma unilateral converge para busca da justiça material e, portanto, para a obtenção de um processo justo.

A defesa de que exista um momento em que o autor não mais poderá modificar a demanda unilateralmente não é decorrência da *listiscontestatio* ou de um quase-contrato, velharia romanística que criticou Pontes de Miranda⁶⁹⁸, mas da necessidade de estabelecer limites temporais à sua modificação, para que o objeto litigioso do processo seja por todos conhecido como estável em um dado momento do processo. A solução do problema deve, antes de tudo, levar em consideração “a situação cultural do povo, sua eventual litigiosidade, a capacidade dos juízes e dos advogados e os meios postos à disposição da administração da justiça”.⁶⁹⁹

E, como se sabe, o elevado grau de litigiosidade existente no Brasil não recomenda a adoção de um modelo totalmente elástico e flexível. Basta conferir as estatísticas anuais do Judiciário brasileiro, que demonstra um número crescente de demandas ajuizadas em todo o país. Além disso, a estrutura do Judiciário não favorece o atendimento desse vertiginoso aumento de processos, o que acaba tornando o processo moroso para aqueles que necessitam da tutela jurisdicional. Sem a intenção de investigar as causas da morosidade da justiça brasileira, o fato é que a excessiva quantidade de litígios não autoriza a adoção de um modelo que permita a livre modificação da demanda.

Todavia, a correlação lógica entre o direito material e o direito processual impõe que os meios de tutela jurisdicional sejam sempre voltados a “dare per quanto è possibile praticamente a chi ha diritto tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire”.⁷⁰⁰ Trata-se de instrumento para a atuação do direito.⁷⁰¹ Se o processo é instrumento (ou meio),

⁶⁹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. t. III. p. 428.

⁶⁹⁸ *Ibidem*, p. 430.

⁶⁹⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 233-4.

⁷⁰⁰ CHIOVENDA, *Principii...*, p. 81.

⁷⁰¹ Segundo Vittorio Denti, “il processo, infatti, non è un bene in se stesso, ma è uno strumento per l’attuazione del diritto, e quindi per il raggiungimento degli scopi che un dato ordinamento giuridico si ripropone; onde il potenziamento dei poteri processuali a favore di una parte costituisce il mezzo per l’attuazione dei diritti sostanziali che a quella parte l’ordinamento attribuisce” (DENTI, *Processo civile...*, p. 53-4).

deve atender aos fins a que se destina⁷⁰²: “não apenas a realização do direito material, mas a concretização da justiça material, segundo as peculiaridades do caso”. A justiça constitui, pois, o fim último do processo.⁷⁰³

Como se salientou, para que seja aproveitado de maneira satisfativa, é preciso que o processo reflita o direito do momento da decisão. Embora o processo deva ser célere, antes disso deve perseguir o maior grau de eficácia. Os valores devem ser conjugados, a fim de que ambos sejam otimizados. A conjugação da celeridade e da eficácia do processo impõe ao sistema o estabelecimento, mais uma vez, de um modelo intermediário. A par disso, deve-se buscar um modelo que atenda às necessidades do direito material e também à realidade do direito processual civil brasileiro. É preciso alcançar uma concordância prática entre os valores envolvidos.⁷⁰⁴

A análise do direito alemão mostrou, por meio do modelo de Stuttgart, que a eventualidade não pode ser eliminada do sistema, mas apenas mitigada, ou seja, não pode ela constituir obstáculo à modificação da demanda. O direito italiano, da mesma forma, ao longo da história, tem demonstrado os aspectos negativos em se adotar um sistema extremamente liberal. Não obstante, a extremada rigidez do sistema vem sendo combatida e, mesmo aqueles modelos mais rígidos, abrem margem para a alteração da demanda. O direito espanhol é exemplo disso. A tendência parece ser a abertura do sistema, à semelhança do ocorrido com a inovadora reforma portuguesa, que ganhou destaque, principalmente, pela possibilidade de as partes, em comum acordo, alterarem o objeto litigioso do processo, inclusive em grau recursal.

Nessa linha também parece se encaminhar o direito processual civil pátrio, haja vista o intuito de substituição do Código de Processo Civil então vigente, consequência daquele cenário antes desenhado acerca do serviço jurisdicional brasileiro. De modo a colaborar com o aperfeiçoamento do sistema, a pesquisa agora se encaminha para uma reflexão acerca de um possível modelo a ser levado a efeito pelo legislador infraconstitucional. Não se tem a pretensão de resolver, com isso, os problemas que assolam a ciência processual, mas contribuir para o seu aprimoramento.

Como já foi ressaltado, é imperativa a necessidade de haver um limite temporal à modificação da demanda de forma unilateral, assim como é imprescindível que a possibilidade de ela ser modificada segundo a exclusiva vontade do autor não seja extirpada

⁷⁰² DINAMARCO, *A instrumentalidade...*, p. 177.

⁷⁰³ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 23.

⁷⁰⁴ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 66.

do sistema. Já se ressaltou também que essa visão atende o caráter essencialmente instrumental do processo, pois, além de favorecer a atuação do direito material, contribui para a realização da justiça material. A propósito da modificação unilateral, a melhor doutrina tende a indicar como marco da estabilidade da demanda o saneamento do processo (*rectius*, organização do processo). No direito brasileiro, o saneamento do processo (e a condensação do litígio) ocorre, via de regra, na audiência preliminar (art. 331 do CPC).⁷⁰⁵

A proposta desta pesquisa é que o autor possa modificar a demanda, de forma unilateral, até a audiência preliminar.⁷⁰⁶ A audiência preliminar visa a acentuar o direito ao contraditório, colocando juiz e partes frente a frente. Privilegia-se o diálogo e abre-se margem a possíveis verificações de que o que foi postulado não corresponde ao que, de fato, deveria ter sido.⁷⁰⁷ Ressalta-se, entretanto, a necessária ativação do contraditório, como meio a garantir o direito de defesa do demandado.

Corolário de um processo cooperativo, a audiência preliminar, como marco da estabilidade da demanda, possibilitaria ao autor que, uma vez familiarizado com o objeto litigioso do processo em formação, modificasse os limites da controvérsia, conformando-a de acordo com a realidade do direito material que vem em juízo postular o reconhecimento. Nessa fase do processo, não haveria qualquer prejuízo à boa marcha processual possibilitar ao demandante a readequação da demanda ao litígio realmente existente entre as partes contendentes. Tampouco o réu restaria prejudicado quanto à duração do processo, caso o autor lançasse mão da modificação dos elementos objetivos da demanda.

Apesar da fixação de um marco à mutabilidade do objeto litigioso de forma unilateral pelo demandante, a colaboração processual, expressão decorrente do direito fundamental ao processo justo, também exige que o sistema possibilite a variação dos contornos objetivos da demanda de forma bilateral.

Nessa hipótese, é preciso que a alteração do objeto litigioso do processo seja, em primeiro lugar, autorizada pelo réu, pois não pode este ficar a mercê da vontade do autor, quando já saneado o processo e condensado o litígio, para a instrução processual. A organização do processo tem como uma de suas finalidades a fixação do *thema probandum* (fixação dos pontos controvertidos), a partir do *thema decidendum* já formado. Em sendo assim, vencida essa etapa, as partes detêm conhecimento suficiente acerca do objeto litigioso

⁷⁰⁵ PINTO, *A causa petendi...*, p. 135-6.

⁷⁰⁶ A propósito, defende-se aqui a obrigatoriedade da audiência preliminar mesmo nas hipóteses em que a demanda verse sobre direitos indisponíveis e em que ausente pretensão conciliatória. Nessa linha, cf. LANES, Júlio Cesar Goulart. *Audiências: conciliação, saneamento, prova e julgamento*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.151-3.

⁷⁰⁷ PINTO, *op. cit.*, p. 155.

submetido ao crivo jurisdicional. Qualquer modificação, portanto, implicaria um retrocesso na marcha processual. O processo, via de regra, deve andar para frente, pois, sendo o procedimento a “espinha dorsal do formalismo processual”⁷⁰⁸, traduz-se numa sequência de normas, atos e posições jurídicas subjetivas, concatenados entre si, visando a alcançar o ato final, que é o resultado do procedimento.⁷⁰⁹ O procedimento, entretanto, distingue-se do processo, pois este se desenvolve mediante contraditório.⁷¹⁰ Constitui este “procedimento em contraditório”. Logo, esse retrocesso não pode ser praticado sem a concordância do réu, sob pena de se desconsiderar a sua necessária participação efetiva no processo ou, em outras palavras, o direito fundamental ao contraditório.

Além da necessária concordância do réu, é necessário que estejam presentes critérios de conveniência e oportunidade, favoráveis à modificação da demanda, a exemplo do que ocorre no direito alemão, em que o juiz deve autorizar a sua modificação segundo os referidos critérios (*Sachdienlichkeit*), lembrando que cabe a ele, de forma racional e justificada, por meio da motivação, concretizar o conceito jurídico indeterminado.⁷¹¹

Na linha daquilo que se encontra na legislação processual civil portuguesa, é mister que se reformule a legislação brasileira, de modo a instituir uma dupla possibilidade de modificação da demanda: a unilateral, até a audiência preliminar, e a bilateral, no estado em que se encontrar o processo e desde que “as circunstâncias da causa evidenciarem a oportunidade dessa alteração como algo que promova uma solução mais rápida do litígio e que patrocine sensível economia dos atos processuais”. É oportuno ressaltar que, procedimentalmente, essa solução só será possível se todos os sujeitos processuais convierem, de modo a preservar tanto a autonomia privada quanto a autoridade estatal. Vale dizer: “o diálogo judiciário, pois, oferece-se como pressuposto inarredável para essa conformação do processo”.⁷¹²

Em suma, sendo conveniente a alteração do mérito da causa após o saneamento do processo, mediante o consenso das partes e a autorização do julgador, que cumpre o papel de condutor do processo, não se verifica empecilho para que o direito brasileiro venha a permití-la, por meio de reforma processual. Ressalta-se que apenas uma reforma legislativa seria

⁷⁰⁸ ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, *Curso...*, v. 1, p. 109.

⁷⁰⁹ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: CEDAM, 1996. p. 77-8.

⁷¹⁰ *Ibidem*, p. 82.

⁷¹¹ Vale lembrar que a técnica legislativa aberta se dá mediante o emprego de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. No primeiro o legislador utiliza um termo indeterminado e tampouco determina as consequências jurídicas dele decorrentes. No segundo, utiliza-se um termo indeterminado e prevê as consequências que dele advém. Sobre o tema, cf. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999. p. 273-348.

⁷¹² MITIDIERO, *Colaboração...*, p. 130.

capaz de alterar um modelo de estabilidade da demanda instituído por uma regra processual, tendo em vista que a sua superação, no caso concreto, com a consequente revogação do modelo vigente, implicaria flagrante insegurança jurídica. Em outras palavras, a justiça individual afetaria substancialmente a justiça geral.⁷¹³ A reforma do sistema adotado pelo código em vigor, portanto, é medida que se impõe, com base na ideia de um processo civil cooperativo e, principalmente, do direito fundamental ao justo processo.⁷¹⁴

⁷¹³ ÁVILA, *Teoria...*, p. 119.

⁷¹⁴ MITIDIERO, *Colaboração...*, p. 130.

CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, puderam-se analisar várias questões atinentes ao estudo da modificação da demanda. Assim, a título de conclusão, cumpre destacar os principais resultados desta pesquisa a serem considerados no exame do instituto.

A partir de uma visão global do tema, considerou-se, inicialmente, importante a abordagem do instituto da demanda e de seus elementos, como condição de possibilidade para tratar da temática principal desta pesquisa.

Destinou-se o primeiro capítulo a investigar o conceito da demanda e chegou-se à conclusão de que a demanda deve ser conceituada a partir do conceito de ação, na medida em que estão coligados. A distinção por parte da doutrina acerca dos conceitos não passou de uma tentativa de legitimar uma opção ideológica pela teoria eclética da ação. A demanda não deve ser analisada sob uma perspectiva estática, mas dinâmica. Diante disso, conceituou-se a demanda como o “conjunto de posições jurídicas subjetivas complexas de evolução progressiva *exercidas no processo* que, por provocação do interessado em obter a tutela jurisdicional, é deduzida e dirigida contra o Estado, que tem o dever de prestá-la de forma adequada, tempestiva e efetiva, independentemente da existência do direito material”.

Ligado ao conceito de demanda está o problema da identificação dos elementos da demanda, que também mereceu destaque no primeiro capítulo deste trabalho. A relação entre os temas está na repercussão prática que a dinamicidade do conceito de demanda representa em tema de identificação dos seus elementos objetivos, que não necessariamente serão aferidos no momento introdutivo do processo. Ora, os elementos da demanda dizem respeito ao seu conteúdo e, a despeito da teoria da identidade da relação jurídica, concluiu-se que é a teoria da tríplice identidade a que melhor resolve os problemas relacionados ao direito processual. A propósito, são indispensáveis os três critérios definidos pela doutrina – partes, pedido e causa de pedir – na identificação de demandas.

A análise dos elementos da demanda demonstrou que a causa de pedir constitui o seu mais complexo elemento e alimenta todas as dificuldades da teoria da identificação. A dificuldade que gravita em torno da *causa petendi* implicou o seu estudo a partir de duas teorias bastante conhecidas – *as teorias da individualização e da substanciação*. No estudo das teorias da causa de pedir, verificou-se que o que realmente importa são os fatos essenciais dos quais decorre o direito. Os fatos simples ou secundários, embora possam servir de reforço para a comprovação dos fatos principais, não produzem consequências jurídicas por si só.

Ganha destaque, portanto, a teoria da substanciação, na medida em que os fatos prevalecem sobre a relação jurídica afirmada. Isso se dá pela simples razão de que o direito nasce dos fatos. O direito é decorrência lógica dos fatos.

A teoria da individuação desconsidera essa constatação, pois parte do pressuposto que é o direito que determina e individualiza a demanda, quando, na verdade, são os fatos que são capazes de singularizar uma ação da outra. Isso não implica afirmar que os fundamentos jurídicos não integrem a causa de pedir, quando a lei exige sua presença.

Em torno da causa de pedir, ainda, é de se destacar a importante conclusão de que a distinção entre demandas autodeterminadas e heterodeterminadas é inócua, na medida em que, mesmo versando a demanda sobre direitos absolutos ou reais, é preciso deduzir o fato essencial. Não o fato em abstrato, mas em concreto. Se a ação pode ser exercida independentemente do direito material, duas ações, a princípio, podem ser intentadas pelas mesmas partes, sendo uma fundada e outra não. O fator temporal, a propósito, é decisivo para tal constatação. Logo, a distinção carrega em si a nítida confusão entre os planos do direito material e processual. O autor pode hoje não ser proprietário de um bem imóvel, mas poderá vir a sê-lo posteriormente. Negar-lhe a proteção jurisdicional, pelo obstáculo da coisa julgada, é retroceder a quando se vinculava a ação ao direito material afirmado. Sequer aí tem aplicação a teoria da individuação, pois, inclusive em relação às demandas que versam sobre direitos absolutos, faz-se necessária a narração em concreto dos fatos.

Apesar de a tendência da moderna doutrina seja de considerar ambas as teorias da causa de pedir – *substanciação* e *individuação* – como faces da mesma moeda, desempenhando papéis complementares, a análise do problema demonstrou que tal doutrina parece muito mais dar relevância aos fundamentos jurídicos da demanda do que aos fatos constitutivos do direito, coligando-se, aparentemente, à teoria da individuação.

A importância prática do estudo da causa de pedir reflete-se, visivelmente, no tema central desta pesquisa e, portanto, a necessária análise de suas teorias coloca-se imprescindível, porquanto determina a direção da resolução do problema. Ao afirmar-se, pois, que a teoria da substanciação tem plena vigência no direito processual civil brasileiro e, conseqüentemente, que os fatos determinam o direito, está-se afirmando que a alteração da demanda se dá quando modificados os fatos originalmente deduzidos, e não, portanto, quando alterados os fundamentos jurídicos. Eis a importância prática desse estudo. Além disso, ao adotar-se a teoria da substanciação externa-se a inclinação do Estado Constitucional pela maximização da liberdade das partes e a minimização dos poderes do juiz na conformação do objeto litigioso do processo.

Aliás, imprescindível para o estudo da temática principal foi a análise do conceito de objeto litigioso. A alteração do objeto litigioso implica, necessariamente, a modificação da demanda. Foi preciso identificar quais os elementos que o integram, ou seja, quais as implicações do conteúdo da demanda sobre ele, para então delimitar o *principal* objeto de cognição do juiz. E nesse empreendimento, constatou-se que ele representa o mérito da causa, que, por sua vez, constitui a pretensão do autor ou, ainda, o pedido qualificado pela causa de pedir. A partir daí, tornou-se possível ingressar propriamente no tema da modificação da demanda, pois se teve condições de conceituar a sua alteração como a modificação dos seus elementos objetivos ou do objeto litigioso do processo.

A alterabilidade do pedido e da causa de pedir, tradicionalmente, tem sido vedada. Verificou-se, contudo, que as razões para tal opção não subsistem. Em primeiro lugar, a ideia de que a *litiscontestatio* seria um contrato formulado pelas partes está totalmente superada. Em segundo lugar, a alteração dos elementos objetivos da demanda não causa prejuízo ao direito de defesa do réu, porquanto se mostra necessária a ativação do contraditório. Em terceiro lugar, apesar da conexão existente entre os poderes do juiz e das partes, não se pode estabelecer uma íntima relação entre a vigência do princípio inquisitório e a possibilidade de modificação da demanda, visto que se trata muito mais de um problema de técnica processual do que de principiologia.

Apesar de a pesquisa ter evidenciado a ausência de conexão dentre a oralidade e a alterabilidade da demanda, não se nega que um processo oral atende melhor aos desígnios de um processo que pretenda ver realizado o direito material existente. Além disso, revelou-se inexistente o aparente conflito entre os interesses público e privado na opção de um processo que absorva a possibilidade de ver a demanda alterada. Com efeito, o processo deve conformar ambos os valores, a fim de atender os ideais da economia processual e da máxima eficácia do processo ou, em última análise, do direito fundamental ao processo justo. A demanda deve, pois, conjugar celeridade e eficácia, o que pressupõe, ao lado da possibilidade de sua alteração, a fixação de um momento em que tal faculdade não mais poderá ser exercida. Logo, a preclusão e a eventualidade devem ser mitigadas, mas não de todo afastadas.

Adentrando propriamente os limites da alterabilidade da demanda, primeiro sob o ângulo do juiz, impôs-se o estudo do princípio dispositivo e da máxima *iura novit curia*. Quanto ao princípio dispositivo, importa registrar que, em razão da confusão em torno do instituto, pertinente é a distinção formulada por Cappelletti entre princípio dispositivo em sentido formal e material. Assim, bem definidos os conceitos, o princípio dispositivo em

sentido material ou princípio da demanda implica, no processo, a observância pelo juiz do objeto litigioso. O juiz está, pois, a ele adstrito. Advém daí duas consequências: cabe ao interessado iniciar a prestação jurisdicional, que não pode ser prestada de ofício; e o juiz deve respeitar o conteúdo da demanda e tão somente sobre ele deve pronunciar-se. Por sua vez, o princípio dispositivo em sentido formal não vige plenamente no direito processual civil brasileiro, pois este se relaciona às questões processuais e, diante do caráter público do processo, detém o juiz poderes relativos à sua direção.

Contraposto ao princípio dispositivo está o princípio inquisitório, também em suas duas facetas, processual e material. O aspecto material é afastado pelo Estado Constitucional, pois não interessa o agir de ofício do órgão jurisdicional frente ao direito material, salvo em raras exceções. Por outro lado, a vertente processual vige a pleno vapor. Isso porque, embora as partes detenham o monopólio do direito material, seus poderes monopolísticos não se estendem ao direito processual, diante do seu preponderante caráter público. Apesar de algumas situações em que as partes podem dispor do direito processual, como na desistência e na suspensão, prepondera os poderes de iniciativa e de direção formal e material do processo do juiz. Com efeito, o Estado Constitucional requer a equação entre o princípio dispositivo em sentido material e o princípio inquisitório em sentido processual.

O princípio da demanda resume em si dois valores muito caros ao Estado Constitucional: a liberdade e a imparcialidade. As partes detêm a liberdade de dispor do direito material. E o juiz é imparcial ao observar os limites impostos pelas partes. Não são valores contrapostos. Estão numa relação de complementariedade, na medida em que um implica o outro. A liberdade das partes implica a imparcialidade do juiz e vice-versa. Se o juiz é parcial, viola a liberdade das partes. Se lhes é retirada a liberdade, não há falar em imparcialidade. O fundamento da liberdade das partes não se extrai da disponibilidade do direito material. Mesmo sendo indisponível o direito, o indivíduo tem a liberdade de ajuizar ou não a demanda e fixar o seu conteúdo. Na verdade, ela funda-se na própria ordem constitucional. É extração da noção de Estado Constitucional.

Ao contrário do que se verificou com o princípio dispositivo em sentido material, que conduz à vinculação do juiz ao objeto litigioso do processo, a máxima *iura novit curia* implica a possibilidade de o julgador requalificar os fundamentos jurídicos invocados pelas partes em seus articulados iniciais. O formalismo ideal requer que o juiz interprete e aplique de forma correta o direito do caso concreto. O juiz deve imprimir o enquadramento jurídico que o fato principal requer. A lei exige, entretanto, a indicação da qualificação jurídica pelo autor, seja por lhe convir, seja por favorecer o funcionamento da administração da justiça, seja

por possibilitar o direito de defesa do réu. Apesar disso, a colaboração processual impõe ao órgão jurisdicional que evite surpresas às partes, o que pressupõe a ativação do contraditório sempre que o juiz aplicar enfoque jurídico diverso daquele discutido nos autos. Trata-se de corolário do direito fundamental ao contraditório a proibição de sentença surpresa ou de terceira via. A principal conclusão, portanto, quanto ao ponto, é que, enquanto o reenquadramento da qualificação jurídica não implica modificação da demanda, a alteração do objeto litigioso pelo juiz acarreta a sua alteração.

Especificamente em relação à alteração dos elementos objetivos da demanda, algumas conclusões fazem-se necessárias. Analisou-se, primeiro, a alteração do pedido e constatou-se que esta corresponde à redução, modificação ou ampliação do objeto imediato ou mediato da demanda. Desnecessária, em sede de conclusão, a repetição dos exemplos. A regra é que o juiz deve julgar conforme o pedido. Contudo, algumas exceções foram identificadas. A primeira delas concerne às ações possessórias, que, segundo o art. 920 do Código de Processo Civil, possibilita a fungibilidade dos provimentos possessórios protegidos legalmente. A segunda diz respeito às medidas cautelares nominadas e inominadas e entre estas e as antecipatórias. Também aqui é admitida a fungibilidade entre provimentos, afastando-se o formalismo pernicioso e protegendo efetivamente o bem colocado à tutela do juiz. A terceira refere-se aos pedidos implícitos, uma vez que a própria lei impõe a sua consideração pelo julgador. Também a possibilidade de o juiz converter os provimentos de tutela jurisdicional e impor multa de ofício, prevista no artigo 461, §§ 1º e 4º do Código de Processo Civil, reflete a intenção do legislador em imprimir maior efetividade ao processo, a despeito da mitigação dos princípios da demanda e da congruência entre o pedido e a sentença. Por fim, no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal não está adstrito ao pedido quando a declaração de inconstitucionalidade de uma norma afetar outras normas dela dependentes (teoria da inconstitucionalidade por arrastamento).

Segundo, abordou-se a alteração da causa de pedir no curso do processo. Nada obstante o estudo preliminar acerca do instituto, assentou-se que os fatos alegados pelo autor constituem o elemento básico e definidor da causa de pedir. Enquanto os fatos a individualizam, os fundamentos jurídicos a motivam. Há, pois, diferença entre individualização e motivação da causa de pedir. A primeira refere-se à sua particularização frente a outras causas. A segunda relaciona-se aos motivos, sejam de fato sejam de direito, que a tornam justificável ou relevante perante o ordenamento jurídico.

Tendo em vista que a causa de pedir é integrada pelos fatos e fundamentos jurídicos, importou analisar a sua alteração sob esse duplo aspecto. Concluiu-se, então, que a demanda é

modificada quando se alteram os fatos que constituem o fundamento jurídico do pedido, o que se dá com a sua redução, modificação ou ampliação. Ligada a esta questão, evidenciou-se a importância de considerar o fato superveniente no momento da decisão, na medida em que esta deve refletir o estado da relação material imediatamente anterior à sua prolação. Tal possibilidade está hoje contemplada no art. 462 do Código de Processo Civil. Ressalva-se, contudo, a necessidade de o juiz sempre ativar o contraditório, a fim de não surpreender as partes. Por outro lado, o ordenamento não conforta a possibilidade de introdução do fato posteriormente conhecido ou de conhecimento superveniente, a não ser na hipótese do art. 517 do Código de Processo Civil, ou seja, quando a parte provar que deixou de alegar o fato por motivo de força maior. Tal hipótese, logicamente, estende-se ao juízo de primeiro grau, nada obstante a previsão legal referir-se ao juízo de apelação.

Apesar de integrar a causa de pedir, a alteração dos fundamentos jurídicos não constitui modificação da demanda. Os fundamentos jurídicos não são aptos a individualizar ou particularizar a demanda. Cabe ao juiz imprimir a qualificação jurídica que os fatos requerem. O juiz, em razão da máxima *iura novit curia*, não se encontra vinculado à fundamentação jurídica trazida pelas partes. Logo, sua alteração não constitui mudança de demanda. É importante ressaltar, novamente, que isso não implica que as partes não devam participar da construção da decisão, influenciando, inclusive, a respeito do direito aplicável. Por consequência, se o juiz conferir novo enfoque jurídico aos fatos da causa, deverá invariavelmente ativar o contraditório. Paralelamente à questão, abordou-se o assunto referente ao direito superveniente, distinto, nesta visão, do fato superveniente. A propósito do tema, concluiu-se que o direito superveniente sempre deve ser considerado, salvo quando afronte o direito adquirido e o ato jurídico perfeito. Ainda neste ponto, observou-se que a causa de pedir aberta, nas ações constitucionais de controle abstrato de constitucionalidade, detém certa peculiaridade. Nessas ações, o Supremo Tribunal Federal não se vincula ao fundamento jurídico invocado pelo legitimado. Contudo, isso decorre não da máxima *iura novit curia*, mas de outros valores que permeiam o instituto, como, por exemplo, o interesse público de que o Estado Constitucional não mantenha, em seu ordenamento, atos e normas inconstitucionais. A máxima não tem aplicação aí porque não há fato concreto deduzido na causa de pedir. A teoria da causa de pedir aberta vem, portanto, para salvaguardar a supremacia da Constituição.

A propósito das modificações que não alteram os elementos objetivos da demanda, concluiu-se serem elas as correções da petição inicial e da contestação, o simples complemento dos fatos, as modificações relacionadas ao art. 284 do Código de Processo Civil

e, por fim, como já visto, a mudança da qualificação jurídica atribuída aos fatos narrados ou a invocação de norma jurídica diversa da originalmente invocada pela parte.

Ainda no capítulo concernente à alteração da demanda, assentou-se que o pressuposto indispensável e inarredável para a possível modificação do objeto litigioso do processo é a ativação do contraditório. Após breve análise do instituto, constatou-se que o processo, inserido no contexto cultural do Estado Constitucional, deve se desenvolver mediante a efetiva participação dos seus integrantes. E o contraditório representa esse esforço de estabelecer um processo gerenciado pelo diálogo e pela preservação das posições jurídicas dos sujeitos que o integram. As partes, no modelo de processo cooperativo, devem contribuir para a formação da decisão. É o contraditório que desempenha esse papel. Ele vai além de mera garantia de ouvir e ser ouvido, mas constitui direito de interferir na cognição do julgador e participar da formação do seu juízo. É a visão dinâmica do direito fundamental ao contraditório, que se apresenta como fator elementar a viabilizar a modificação da demanda no curso do processo.

Assentadas essas importantes considerações, chegou-se ao capítulo final desta pesquisa, que tratou da flexibilização do princípio da estabilidade da demanda. Ora, todo o procedimento é marcado por um momento em que a demanda se estabiliza. Cumpriu, então, investigar qual o momento mais adequado para o objeto litigioso ser estabilizado no direito processual civil brasileiro.

A estabilização da demanda diz respeito à técnica processual. Trata-se, pois, de uma opção do legislador, que deve considerar os valores que pretende preservar, ao instituir a técnica. O direito brasileiro adotou modelo rígido no trato da questão. Apesar disso, não há falar em inconstitucionalidade da regra instituída no art. 264 do Código de Processo Civil. Embora a norma não contemple determinados valores constitucionais, há outros que foram por ela cristalizados, o que a torna hígida em relação ao ordenamento constitucional. Não cabe, pois, ao intérprete, abstratamente, oferecer solução que flexibilize tal modelo de estabilização da demanda, afrontando, diretamente, a segurança jurídica e a proteção da confiança. Impõe-se reformar a legislação, uma vez que o modelo vigente tornou-se anacrônico frente ao caldo cultural que decorre do Estado Constitucional. A legislação infraconstitucional deve procurar conformar os valores constitucionais. O processo, modernamente, dirige-se em busca da efetividade e da razoável duração do processo. Em razão desses valores, impõe-se uma reforma legislativa a respeito da questão.

A par disso, buscou-se investigar, a partir dos modelos rígido e flexível existentes em determinados ordenamentos jurídicos de *civil law*, o modelo ideal de estabilização da

demanda para o direito processual civil brasileiro. Descabe aqui repetir as considerações traçadas sobre cada sistema – alemão, italiano, espanhol e português. Além disso, analisou-se o modelo vigente no Brasil e aquele que se pretende instaurar via instituição de um novo Código de Processo Civil. Do cotejo desse conjunto de informações acerca das opções de cada ordenamento jurídico analisado, chegou-se à conclusão de que o modelo brasileiro não atende adequadamente aos desígnios do Estado Constitucional.

A doutrina, em geral, vem apontando para a necessidade de flexibilizar o dogma absoluto da inalterabilidade da demanda. Não só importa ao processo que ele chegue ao fim, mas também que o direito material não sucumba em face do direito processual. O resultado final do processo deve refletir a realidade do direito material. Em outras palavras, importa para o processo que se realize justiça. O processo busca, o máximo possível, realizar a justiça material. Para tanto, tem-se mostrado necessário afrouxar as suas amarras e permitir que ele forneça resposta adequada à crise do direito material. A premissa central para a modificação da demanda está, portanto, no direito fundamental ao processo justo e ao acesso à ordem jurídica justa. O direito fundamental ao processo justo requer que a prestação jurisdicional se aproxime o máximo possível do direito material. Exige também que o processo seja o máximo possível aproveitado, a possibilitar sua razoável duração.

A partir disso e considerando os resultados obtidos com a pesquisa histórica comparativa, concluiu-se que as opções extremadas sempre foram combatidas pela prática judiciária. Apresentou-se, portanto, como modelo ideal para o direito processual civil brasileiro, uma opção que não se situa nos extremos, mas converge para uma orientação mais centralizada, albergando tanto a liberdade de modificação da demanda quanto à fixação de um momento para a sua estabilização. A propósito, revelou-se não recomendável a adoção de um modelo extremamente elástico e flexível, diante do elevado grau de litigiosidade existente no Brasil. Por outro lado, a adoção de um modelo rígido como o atual impede, muitas vezes, a concretização da justiça do caso concreto, pois a decisão pode não refletir, em razão da impossibilidade de variação dos elementos da demanda, a concreta situação existente. A justiça resta aí prejudicada.

O aperfeiçoamento do sistema processual civil brasileiro exige, portanto, a adoção de um modelo que atenda tanto a liberdade das partes em modificar a demanda quanto a necessidade de impor um limite para essa possibilidade. A solução oferecida pela pesquisa é que o autor possa modificar a demanda, de forma unilateral, até a audiência preliminar, que representa o momento mais adequado para estabilizar o objeto sobre o qual se prestará a tutela jurisdicional e em relação ao qual se determinará a matéria a ser provada, pois, na audiência

preliminar, o diálogo entre as partes e o juiz é mais acentuado.

Além disso, o modelo proposto se insere na ideia de processo cooperativo, expressão forte no devido processo legal ou direito ao processo justo, impondo a possibilidade de modificação da demanda, de forma conjunta pelas partes, mesmo após a organização do processo (saneamento e condensação da causa). Essa opção exige, ainda, que o juiz autorize a modificação segundo critérios de conveniência e oportunidade, favoráveis à modificação da demanda.

Assim, de forma similar ao que se encontra na legislação processual civil portuguesa, é preciso reformular a legislação brasileira, para bem instituir a dupla possibilidade de alteração dos elementos objetivos da demanda: a unilateral, até a audiência preliminar; e a bilateral, no estado em que se encontrar o processo e desde que seja conveniente e oportuno, a critério do juiz.

Impõe-se, enfim, a reforma da legislação processual a respeito da estabilização dos elementos objetivos da demanda, diante do direito fundamental ao processo justo e da cooperação como modelo processual, corolários do Estado Constitucional.

Não se pretende, com este trabalho, impor uma solução única e verdadeira para a resolução do problema, mas uma solução adequada, de modo a oferecer uma contribuição acerca da polêmica temática tratada. É consabido que as ideias desenvolvidas neste trabalho não estão livres das críticas, porém o simples fato de possibilitá-las já demonstra que a pesquisa atingiu seu objetivo, pois provocou a reflexão e o debate em torno da questão. É desse modo que se devem visualizar as considerações desenvolvidas, não como única resposta, mas como uma proposta tendente a resolver de uma forma adequada o problema da estabilização da demanda.

REFERÊNCIAS

- ALBERTO DOS REIS, José. *Código de processo civil anotado*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1985. v. III.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução por Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. In: _____. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2003.
- _____. *Do formalismo no processo civil*. Proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre: UFRGS, v. 22, set. 2002. p. 31-42.
- _____. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 155, jan. 2008. p. 11-26.
- _____. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista Processo e Constituição*, Porto Alegre: Faculdade de Direito, UFRGS, 2004. p. 89-113.
- _____. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. São Paulo: Forense, 2008.
- _____; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1.
- _____; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. Processo de Conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. v. 2.
- ALVIM, Arruda. *Curso de direito processual civil*. Teoria geral do processo de conhecimento. São Paulo: RT, 1971.
- _____. *Direito processual civil*. Teoria geral do processo de conhecimento. São Paulo: RT, 1972. v. 2.
- _____. *Manual de direito processual civil*. 12. ed. São Paulo: RT, 2008. v. 2.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição*. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução por Pietro Nasseti. 4. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 163, set. 2008. p. 50-9.

_____. *Segurança jurídica*. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Teoria dos princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Conteúdo da sentença e mérito da causa. In: _____. *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Curso de processo civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1. t. I.

_____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro. In: _____. *Sentença e coisa julgada*. Ensaios e pareceres. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. In: _____. *Temas de direito processual (oitava série)*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. In: _____. *Temas de direito processual (quarta série)*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BAUR, Fritz. Da importância da dicção “iuria novit curia”. Tradução por José Manoel Arruda Alvim. *Revista de processo*, São Paulo: RT, n. 3, jul./set. 1976. p. 169-77.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. *Poderes instrutórios do juiz*. 5. ed. São Paulo: RT, 2011.

BELLAVITIS, Mario. *L'identificazione delle azioni*. 2. ed. Padova: Litotipo, 1924.

BENDER, Rolf. The Stuttgart model. In: CAPPELLETTI, Mauro. *Access to justice.*, Milan : Giuffrè, 1979. v. 2. t. 2. p. 431-75.

BERALDO, Maria Carolina Silveira. O dever de cooperação no processo civil, *Revista de Processo*, n. 198, ago. 2011, p. 455-62.

BERZOSA FRANCOS, Maria Victoria. *Demanda, causa petendi y objeto del proceso*. Cordoba: Almendro, 1984.

BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile italiano*. 2. ed. Roma: Foro Italiano, 1936.

_____. Ragione e azione, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1932. p. 205-37.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. A *causa petendi* nas ações reivindicatórias. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: AJURIS, n. 20, nov. 1980. p. 166-80.

BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2. t. I.

BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Tradução por Miguel Angel Rosa Lichtschein. Buenos Aires: Ejea, 1964.

BUZUID, Alfredo. Da lide: estudo sobre o objeto litigioso. In: _____. *Estudos e pareceres de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2002. p. 72-132.

_____. Fato novo e sociedade. In: _____. *Estudos e pareceres de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956.

CALAMANDREI, Piero. Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti. I – Lite e giurisdizione, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1928. p. 3-22.

_____. Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti. II – Lite e processo, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1928. p. 89-98.

_____. *Istituzioni di diritto processuale civile*. 2. ed. Padova: CEDAM, 1943. v. 1.

_____. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1943. v. 2.

_____. *La cassazione civile*. Torino: Fratelli Bocca, 1920. v. 2.

_____. Linee fondamentali del processo civile inquisitorio. In: _____. *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1965. v. 1.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 3.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOVA, Augusto Cerino. *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*. In: ALLORIO, Enrico (coord.). *Commentario del codice di procedura civile*. Torino: UTET, 1980. Libro 2°, t. I.

CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile. Milano: Giuffrè, 1962. v. 1.

CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e tecnica del processo. In: *Studi In Onore Di Enrico Redenti Nel XL Anno Del Suo Insegnamento*. Milano: Giuffrè, 1951. v. 2. p. 693-772.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958.

_____. *La prova civile*. 2. ed. Roma: Ateneo, 1947.

_____. Lite e funzione processuale (Postilla), *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1928. p. 23-37.

_____. Lite e processo (Postilla), *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1928. p. 99-105.

_____. *Sistema de derecho procesal civil*. Tradução por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uteha, 1944. v. 4.

_____. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1936. v. 1.

_____. Torniamo al "giudizio". *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, 1949. p. 165-74.

CARVALHO, Milton Paulo de. *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Fabris, 1992.

CHASE, Oscar; HERSHKOFF, Helen (orgs.). *Civil litigation in comparative context*. St. Paul: Thomson-West, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. L'idea romana nel processo civile moderno. In: _____. *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993. 3v. p. 77-94

_____. Identificazione delle azioni. Sulla regola "ne eat iudex ultra petita partium". In: _____. *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993. v. 1. p. 157-77.

_____. *Instituições de direito processual civil*. Tradução por J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 1.

_____. *Instituições de direito processual civil*. Tradução por J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 2.

_____. *Instituições de direito processual civil*. Tradução por J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 3.

_____. *L'azione nel sistema dei diritti*. Bologna: Zanichelli, 1903.

_____. L'idea romana nel processo civile moderno. In: _____. *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993. v. 3. p. 77-94.

_____. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1965.

_____. Romanesimo e germanesimo nel processo civile. In: _____. *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993. 1v. p. 181-224;

_____. Sulla influenza delle idee romane nella formazione dei processi civili moderni. In: _____. *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993. 3v. p. 95-121.

COGLIOLO, Pietro. *Trattato teorico e pratico della eccezione di cosa giudicata*. Torino: Fratelli Bocca, 1883.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del "giusto processo"*. Torino: G. Giappichelli, 2004.

_____. Garanzie minime del "giusto processo" civile negli ordinamenti ispano-latinoamericani. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 112, out./dez. 2003. p. 159-76

_____. Il "giusto processo" civile nella dimensione comparatistica. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 2002. p. 702-58;

_____. *Il principio di economia processuale*. Padova: CEDAM, 1980. v. 1.

_____. *Terza via e processo giusto. Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, 2006. p. 755-62

_____; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile. Il processo ordinario di cognizione*. 5. ed. Bologna: Il Mulino, 2011. v. 1.

COSTA, Sergio. “Ius Superveniens”. In: *Novissimo Digesto Italiana*. Torino: UTET, 1982. v. 9. p. 391-2.

_____. Domanda giudiziale. In: *Novissimo Digesto Italiana*. Torino: UTET, 1968. v. 6. p. 161-9.

COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da união (lei nº 9.784/99). *Revista de direito administrativo*, Porto Alegre, v. 237, n. jul./set. 2004. p. 271-315.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1958.

CRESCI SOBRINHO, Elicio de. *Objeto litigioso no processo civil*. Porto Alegre: Fabris, 2008.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no novo CPC português*. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coords.). *Causa de pedir e pedido: questões polêmicas*. São Paulo: RT, 2002.

_____. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2009.

_____; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo: RT, 2009.

DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. O princípio dispositivo no pensamento de Mauro Cappelletti. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: AJURIS, n. 46, jul. 1989. p. 97-115.

DE STEFANO, Giuseppe. *La cessazione della materia del contendere*. Milano: Giuffrè, 1972.

DEGENSZAJN, Daniel Raichelis. *Alteração dos fatos no curso do processo e os limites de modificação da causa petendi*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

DEL CLARO, Roberto Benghi. *Direção material do processo*. Tese (Doutorado em direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

DENTI, Vittorio. Diritto comparato e scienza del processo, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1979. p. 334-64.

_____. *La giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2004.

_____. *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Edizioni di Comunità, 1971.

_____. Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, 1968. p. 217-31.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 14. ed. Salvador: JusPodvum, 2012.

_____. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010;

_____. O direito de ação como complexo de situações jurídicas, *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 210, ago. 2012. p. 41-56.

_____. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de processo*, São Paulo: RT, v. 198, ago. 2011. p. 213-25.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Capítulos de sentença*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 2.

_____. *Nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. O conceito de mérito em processo civil. In: _____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. v. 1. p. 299-348.

DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. Iura novit curia, causa de pedir e formalismo processual. In: MITIDIERO, Daniel (coord.). *O processo civil no estado constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 171-262.

EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. *Iura novit curia y aplicación judicial del derecho*. Valladolid: Lex Nova, 2000.

FAIREN GUILLÉN, Victor. *La transformación de la demanda en el proceso civil*. Santiago de Compostela: Porto, 1949.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: CEDAM, 1996.

_____. La imparzialità del giudice, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1972. p. 193-203.

_____. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957.

_____. Procedimento (teoria generale). In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1986. v. 35. p. 819-36.

FERRI, Corrado. *Struttura del processo e modificazione della domanda*. Padova: CEDAM, 1975.

_____. Sull'effettività del contraddittorio. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano: Giuffrè, 1988. p. 780-95

GAIO. *Instituições*. Direito Privado Romano. Tradução por J. A. Segurado e Campos. Lisboa: Gulbenkian, 2010.

GAMBA, Cinzia. *Domande senza risposta*. Studi sulla modificazione della domanda nel processo civile. Padova: CEDAM, 2008.

GASBARRINI, Elisabetta. Osservazioni in tema di modifica della domanda, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, 1995. p. 1253-1311.

GIANNOZZI, Giancarlo. *La modificazione della domanda nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1958.

GIORGETTI, Mariacarla. *Il principio di variabilità nell'oggetto del giudizio*. Torino: Giappichelli, 2008.

GIULIANI, Alessandro. Logica del diritto: b) teoria dell'argomentazione. In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1975. v. 25. p. 13-34.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Tradução por Leonardo Pietro Castro. Madrid: Labor, 1936.

GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, 2010. p. 826-48

GRASSO, Eduardo. Dei poteri del giudice. In: ALLORIO, Enrico (coord.). *Commentario del codice di procedura civile*. Torino: Utet, 1973. v. 1.

_____. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, 1966. p. 580-609.

_____. *La pronuncia d'ufficio*. La pronuncia di merito. Milano: Giuffrè, 1967.

_____. La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e le nullità da ultra e da extrapetizione. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, 1965. p. 387-429.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito superveniente. Repercussão sobre o mérito da causa. In: _____. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GRUNSKY, Wolfgang. Il cosiddetto “Modello di Stoccarda” e l’accelerazione del processo civile tedesco. Tradução por Lieselotte Geick Losano. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1971. p. 354-69.

GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*. 7. ed. Madrid: Civitas, 2005.

_____. *Juez e hechos en el proceso civil*. Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso. Barcelona: Bosch, 1943.

_____. *La pretensión procesal*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1985.

GUEDES, Cíntia Regina. A estabilização da demanda no direito processual civil. In: FUX, Luiz (coord.). *O novo processo civil brasileiro*. Direito em expectativa. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição*. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. Fabris: Porto Alegre, 2002.

HABSCHEID, Walter J. L'oggetto del processo nel diritto processuale tedesco. Tradução por Angela Loaldi. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1980. p. 454-64.

HEINITZ, Ernesto. *I limiti oggettivi della cosa giudicata*. Padova: CEDAM, 1937.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

_____. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

HUGO, Victor. *Os miseráveis*. Tradução por Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Cosac e Naify, 2002. v. 2.

JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. Tradução por F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002.

KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução por Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução por Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5.ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1990.

_____. O código e o formalismo processual, *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: AJURIS, n. 28, jul. 1983. p. 7-14.

_____. *O novo direito processual civil e os feitos pendentes*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Processo e cultura. *Revista de direito processual civil*, São Paulo: Saraiva, v. 3, jan./jun. 1961, p. 74-86.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução por José Lamago. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009.

LEBRE DE FREITAS, José. *Introdução ao processo civil*. Conceito e princípios gerais. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

_____. Revisão do processo civil, *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, v. 2, ano 55, 1995. p. 417-518.

LENT, Friedrich. Contributo alla dottrina dell'oggetto del processo. Tradução por Crisanto Mandrioli. *JUS – Rivista di scienze giuridiche*. Milano: Vita e Pensiero, dic. 1953. p. 431-73.

_____. *Diritto processuale civile tedesco*. Tradução por Eduardo F. Ricci. Napoli: Morano, 1966.

_____. Obblighi e oneri nel processo civile. Tradução por Marco de Stefano. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1954. p. 150-8.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido*. O direito superveniente. São Paulo: Método, 2006.

_____. Objeto litigioso do processo e o princípio do duplo grau de jurisdição. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coords.). *Causa de pedir e pedido: questões polêmicas*. São Paulo: RT, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio, Fondamento del principio dispositivo. In: _____. *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962.

_____. Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano. In: _____. *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962.

_____. L'azione nella teoria del processo civile. In: _____. *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962.

_____. *Manual de direito processual civil*. Tradução por Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1.

_____. Notas. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução por J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 3.

_____. O despacho saneador e o julgamento do mérito. In: _____. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

_____. Storiografia giuridica “manipolata”, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1974. p. 100-23.

LANES, Júlio Cesar Goulart. *Audiências: conciliação, saneamento, prova e julgamento*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LIOTTA, Filippo. Domanda giudiziale (dir. interm.). In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1964. v. 13. p. 813-6.

MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. *Polêmica sobre a ação*. A tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MANDRIOLI, Crisanto. Riflessioni in tema di “petitum” e di “causa petendi”, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1984. p. 465-80.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. Teoria geral do processo. 6. ed. São Paulo: RT, 2012. v. 1.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____; _____. *Prova*. São Paulo: RT, 2009.

_____; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC*. Crítica e propostas. São Paulo: RT, 2010.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 3.

_____. *Manual de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. v. 2.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999.

MATTIROLO, Luigi. *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*. 5. ed. Torino: Fratelli Bocca, 1902.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MILLAR, Robert Wyness. *Los principios formativos del procedimiento civil*. Tradução por Catalina Grossmann. Buenos Aires: Ediar, 1945.

MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*. Da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: RT, 2012.

_____. *Colaboração no processo civil*. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. O processualismo e a formação do Código Buzaid, *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 183, maio 2010. p. 165-94.

_____. Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à tutela antecipatória. *Revista de processo*, São Paulo: RT, v. 197, jul. 2011, p. 27-66.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao código de processo civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 2.

_____. *Sentença e coisa julgada*. Exegese do código de processo civil (arts. 444 a 475). Rio de Janeiro: Aide, 1992.

MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto; BARONA VILAR, Silvia. *Derecho jurisdiccional II*. Proceso civil. 10. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001.

MONTESANO, Luigi. Diritto sostanziale e processo civile di cognizione nell'individuazione della domanda, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, 1993. p. 63-81.

_____. Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, 1978. p. 189-206.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução por Cristina Murachco. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORTARA, Lodovico. *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*. Milano: Vallardi, 19--.

NASI, Antonio. *Disposizione del diritto e azione dispositiva*. Contributo allo studio del principio dispositivo del processo civile di cognizione. Milano: Giuffrè, 1965.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NORMAND, Jacques. I poteri del giudice e delle parti quanto al fondamento delle pretese controverse. Tradução por Maria Francesca Ghirga. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1988. p. 722-50.

NORONHA, Carlos Silveira. A causa de pedir na execução, *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 75, jul./set. 1994. p. 28-39.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. *Iura novit curia*. La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda. Madrid: Marcial Pons, 2007.

PAULA BAPTISTA, Francisco de. *Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o comercial e hermeneutica juridica para uso das faculdades de direito do Brasil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1910.

PESCATORE, Matteo. *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale nelle somme sue ragioni e nel suo ordine naturale com appendici di complemento sui temi principali di tutto il diritto giudiziario*. Torino: UTET, 1864. v. 1.

PICARDI, Nicola. “Audiatur et altera pars”. Le matrici storico-culturali del contraddittorio. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano: Giuffrè, 2003. p. 7-22.

_____. Il principio del contraddittorio, *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, 1998. p. 673-81.

_____. L'esame di coscienza del vecchio maestro. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, 1986. p. 536-43.

_____. *Manuale del processo civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2010.

_____. Processo civile: c) diritto moderno. In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1987. v. 36. p. 101-17.

PICÓ I JUNOY, Joan. *El juez y la prueba*. Estudio de la errónea recepción del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* y su repercusión actual. Barcelona: Bosch, 2007.

_____. *La modificación de la demanda en el proceso civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

PINTO, Junior Alexandre Moreira. *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: RT, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. t. I.

_____. *Comentários ao código de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. t. III.

_____. *Comentários ao código de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. t. IV.

_____. *Comentários ao código de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. t. V.

_____. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1983. t. VII.

_____. *Tratado das ações*. São Paulo: RT, 1970. t. I.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao código de processo civil*. 6. ed. São Paulo: RT, 2000. v. 6.

PROTO PISANI, Andrea. Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1990. p. 386-419.

_____. Giusto processo e valore della cognizione piena, *Rivista di Diritto Civile*, Padova: CEDAM, 2002. p. 265-80.

_____. *Lezioni di diritto processuale civile*. 5. ed. Napoli: Jovene, 2012.

PUGLIESE, Giovanni. Domanda giudiziale. In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1964. v. 13. p. 807-12.

_____. Giudicato civile (storia). In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1969. v. 18. p. 727-85.

_____. *Istituzioni di diritto romano*. 3. ed. Torino: Giappichelli, 1991.

RICCI, Edoardo F. La sentenza *della terza via* e il contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 2006. p. 750-4.

_____. Il progetto Rognoni di riforma urgente del processo civile, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, CEDAM, 1987. p. 626-35.

RICCI, Gian Franco. “Individuazione” o “sostanziazione” nella riforma del processo civile, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, 1995. p. 1227-51.

_____. L'allegazione dei fatti nel nuovo processo civile, *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile*, Milano: Giuffrè, 1992. p. 835-73.

ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht*. 17. ed. München: Verlag C. H. Beck, 2010.

RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SANCHES, Sydney. Objeto do processo e objeto litigioso do processo. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: AJURIS, n. 16, jul. 1979. p. 133-56.

SANTOS, Igor Ratz dos. Processo, igualdade e colaboração: os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil, *Revista de Processo*, n. 192, fev. 2011, p. 47-80.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao código de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. 4.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2012.

SATTA, Salvatore. *Diritto processuale civile*. 6. ed. Padova: CEDAM, 1959.

_____. Domanda giudiziale (dir. proc. civ.). In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1964. v. 13. p. 816-26.

_____. Il mistero del processo. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, 1949. p. 273-88.

_____. *Iura novit curia*. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, 1955. p. 380-5.

_____. *Le nuove disposizioni sul processo civile*. Padova: CEDAM, 1951.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema del derecho romano actual*. Tradução por Jacinto Mesía e Manuel Poley. Madrid: F. Góngora y Compañía, 1879. v. 5.

SCHÖNKE, Adolf. *Derecho procesal civil*. Tradução por Pietro Castro. Barcelona: Bosch, 1950.

SCHULZ, Fritz. *Derecho romano clásico*. Tradução por José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: Bosch, 1960.

SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Tradução por Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: Ejea, 1968.

SCIALOJA, Vittorio. *Procedura civile romana*. Esercizio e difesa dei diritti. Roma: Anonima Romana, 1936.

SEGNI, Antonio. Il principio di eventualità. In: _____. *Scritti giuridici*. Torino: UTET, 1965. v. 1.

SENTIS MELENDO, Santiago. *La prueba*. Buenos Aires: Ejea, 1979.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Altas, 2008.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A supremacia do direito no estado democrático e seus modelos básicos*. Porto Alegre, 2002

SPRUNG, Rainer. Os fundamentos do direito processual civil austríaco, *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 17, jan./mar. 1980. p. 138-49.

TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*. Madrid: La Ley, 2000.

TARELLO, Giovanni. Francesco Carnelutti ed il progetto del 1926. In: _____. *Dottrine del processo civile*. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile. Bologna: Il Mulino, 1989.

_____. L'opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello Stato liberale. In: _____. *Dottrine del processo civile*. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile. Bologna: Il Mulino, 1989.

TARUFFO, Michele. Cultura e processo, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, 2009. p. 63-92.

_____. Idee per una teoria della decisione giusta, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, 1997. p. 315-28.

_____. Il processo civile di *civil law* e di *common law*: aspetti fondamentali. In: _____. *Sui*

confini. Scritti sulla giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002. p. 67-97.

_____. Il processo civile di *civil law* e di *common law*: aspetti fondamentali. In: _____. *Sui confini*. Scritti sulla giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002.

_____. *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*. Bologna: Il Mulino, 1980.

_____. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975.

_____. *La semplice verità*. Il giudice e la costruzione dei fatti. Bari: Laterza, 2009.

_____. Le preclusioni nella riforma del processo civile, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1992. p. 296-310.

_____. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. Tradução por José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 110, abr./jun. 2003. p. 141-58.

_____. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, 2006. p. 451-82.

_____. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: CEDAM, 1970.

TARZIA, Giuseppe. *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*. Milano: Giuffrè, 1991.

_____. *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2009.

_____. Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno all'oggetto del processo, *JUS – Rivista di scienze giuridiche*. Milano: Vita e Pensiero, 1956. p. 266-76.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: RT, 2005.

TESORIERE, Giovanni. *Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile*. Padova: CEDAM, 1983.

TEXEIRA DE SOUSA, Miguel. Apreciação de alguns aspectos da “revisão do processo civil – projecto”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, v. 2, ano 55, 1995. p. 353-416.

_____. Aspectos do novo processo civil português, *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 86, abr./jun. 1997. p. 174-84.

_____. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: LEX, 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Direito fundamental à duração razoável do processo,

Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre: Magister, n. 29, mar./abr. 2009, p. 83-98.

_____. Embargos de declaração. Remédio hábil para introduzir no julgamento o *ius superveniens* (art. 462 do CPC). In: YARSHELL, Flávio Luiz; ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Dpj, 2005.

_____. Juiz e partes dentro de um processo fundado no princípio da cooperação, *Revista dialética de direito processual*, São Paulo: Ed. Dialética, n. 102, set. 2011. p. 62-74.

_____. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo: Unisinos, jan./jun. 2010. p. 64-71.

_____; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual, *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 168, fev. 2009, p. 107-41.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: RT, 1974. v. 1.

TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, 2001, p. 381-410.

_____. *Processo civile e costituzione*. Problemi di diritto Tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974.

TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*. Tradução por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 2009.

VESCOVI, Enrique. La modificación de la demanda, *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 30, abr./jun. 1983. 206-12.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução por Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979.

WACH, Adolf. *Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana*. Tradução por Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ejea, 1958.

_____. *La pretensión de declaración*. Tradução por Juan M. Sermon. Buenos Aires: Ejea, 1962.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988. p. 128-35.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução por A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2004.

ZAGREBELSKI, Gustavo. *Il diritto mite*. 14. ed. Torino: Einaudi, 2011.

ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*. Milano: Società Editrice Libreria, 1916.