

PUC – COGEAE
Curso de Pós-Graduação em Processo Civil

ELIANA GUITTI

POSSIBILIDADE VIVA EXISTENTE NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL EM VIGOR, EM SEU ART. 462, PRA MODIFICAR, ALTERAR E ADEQUAR A CAUSA DE PEDIR E O PEDIDO NO DECORRER DA DEMANDA ATÉ A PROLAÇÃO DA SENTENÇA.

Monografia apresentada à PUC – Cogear como requisito à obtenção do título de Especialista em Processo Civil.

Orientação: Professor William Santos Ferreira.

SOROCABA, JULHO, 2011

Dedico primeiramente este humilde trabalho a pessoa mais importante do mundo: DEUS!

Sem fé Nele, não há forças e nada faz sentido.

Homenageio aqui uma pessoinha que entre os seus oito e nove anos soube compreender com a grandeza de um anjo as horas tolhidas da companhia da mãe para que ela pudesse trabalhar e estudar a fim de idealizar, realizar e concluir o trabalho: minha linda filha Laura Guitti, tesouro de minha vida e luz para os meus passos.

Não há como não render homenagens àqueles que me puseram no mundo e graças a compreensão e força deles somada à educação que me proporcionaram, este sonho se tornou possível: minha mãe Marilúcia Guitti e meu saudoso pai Waldemar Guitti.

Aos meus queridos e importantes seres de grande alma, Celso Cardia e Sheila Bello que cuidaram de minhas coisas e de minhas obrigações como se fossem deles próprios.

Ao meu parceiro de sempre seja em sociedade seja na vida, Vítor Duarte, pelas discussões que geraram o crescimento de ambos.

A todos os meus amigos, em especial Estela Gonzales e Telma Barros, que sempre depositaram confiança incondicional em minha pessoa, meu solene muito obrigada!

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| 1 – Introdução | 04 |
| 2 – Breve História do Direito..... | 11 |
| 3 – O Direito Material (Substancial), seu sincretismo e sua posterior autonomia..... | 14 |
| 4 – O Direito Processual (Instrumental)..... | 20 |
| 5 – A sistematização entre o direito material e o direito processual e o processo constitucional..... | 22 |
| 6 – Conceito de causa de pedir e pedido..... | 29 |
| 7 – A prova e a ampliação dos poderes jurisdicionais do juiz na instrução da causa e a recorribilidade diferida das decisões interlocutórias..... | 36 |
| 8 – Razoável duração do processo e efetividade processual..... | 41 |
| 9 – O fato superveniente ligado à causa com poder para modificar, alterar e adequar a causa de pedir e conseqüentemente o pedido. A relativização do princípio da estabilidade da demanda e o processo civil português | 43 |
| 10 – O art. 462 do CPC sob o enfoque constitucional (sistematização de todo o ordenamento jurídico)..... | 58 |
| 11 – O respeito indubitável ao princípio do contraditório, da ampla defesa e ao ônus da prova..... | 64 |
| 12 – Qual o último momento para se alegar fato superveniente..... | 69 |
| 13 – Considerações finais..... | 72 |
| Bibliografia..... | 77 |

1 – Introdução

“O processo deixa de ater-se a um momento estático no tempo, para afeiçoar-se, ao contrário, ao dinamismo e à fluência da vida, a fim de, com olhos voltados à economia das partes e à necessidade de eliminar-se o litígio com presteza, aproveitar o já instaurado para fazer justiça ulterior ao momento inicial”.¹

Eu não posso negar, sob pena de incorrer em hipocrisia, que o tema escolhido foi fruto de experiências práticas vivenciadas no exercício da nobre profissão de *ser advogada*.

Já vivenciei essa necessidade de alterar pedido e causa de pedir depois de distribuída a ação em muitos casos cíveis, mas, um em especial, foi o mais candente.

A velocidade nos acontecimentos desse caso era tão intensa, que num mesmo dia era possível ocorrerem até cinco fatos diferentes, mas todos relacionados com a questão de fundo, ou seja, a causa de pedir central², a que, na realidade, identificava a demanda.

Arregacei as mangas e fui à luta.

Debruçada no código de processo Civil, senti um prazer inenarrável, não pude evitar em pensar na expressão “eureka”³, quando li os dizeres insertos no art. 462 do CPC (“Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo

¹ LACERDA, Galeno. O código e o formalismo processual. *In Revista de Processo*, n. 28, julho, 1983.

² TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*, 3ª. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

³ Exclamação atribuída a Arquimedes, cientista grego, 287 a.C. – 212 a.C., significando "encontrei"!

ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença”).

Um novo horizonte se abriu e nesse momento percebi que incluir novas causas de pedir, alterando, inclusive o pedido, sem destruir o núcleo central da demanda, não só era e é possível, como recomendável, isto porque não há como fecharmos nossos olhos ao novo mandamento constitucional da “razoável duração do processo”, sempre, respeitando, por óbvio, o devido processo legal e o seu princípio do contraditório.

Desnecessário dizer que sofri duras derrotas ao tentar incluir a nova causa de pedir em meu processo que, evidentemente, para o caso, incluía um novo pedido, sem alterar os demais pedidos já postos com a inicial, conquanto, para mim, seja possível, como dito, não só alterar pedido como incluir pedido, entretanto, convém repisar que não mexi uma vírgula sequer no núcleo central da causa de pedir.

Minhas derrotas foram retumbantes, tanto na primeira, quanto na segunda instância, as quais assentavam suas convicções no chamado princípio da estabilização da demanda.

Fui obrigada, então, a ajuizar um novo processo e pedir a distribuição por dependência! Senhor meu, tudo de novo! Isso é efetividade? É celeridade? E, sobretudo, é justo?

Na nova ação fui obrigada a descrever novamente a causa de pedir central e agora a causa de pedir derivada e formular pedido específico tão-somente à causa de pedir derivada! Com isso tudo, houve novo recolhimento de custas, nova citação, outra defesa, praticamente idêntica à primeira, mas incluindo somente a defesa específica à nova causa de pedir. Nova instrução e outra sentença!

Não poderia o juiz ter aplicado calmamente o art. 462 do CPC sistematizando-o com a Constituição Federal (“Art. 5º. inc. LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”)?

Eis o objetivo desse singelo trabalho, demonstrar que sim!

Apesar das derrotas que tive que assimilar, não desisti de estudar, até que me deparei com o livro “Causa de Pedir e Pedido – O Direito Superveniente” de Ricardo de Barros Leonel, publicado pela editora Método, com prefácio de José Rogério Cruz e Tucci. Adquiri-o em São Paulo na livraria “Revista dos Tribunais”, ao lado do Fórum João Mendes, no centro de São Paulo, em 2007.

Com a leitura desse livro, percebi que o autor discorre mais sobre o direito superveniente, fundado não nos fatos supervenientes, mas em lei nova que surge no decorrer da demanda, porém, lendo esse livro, pude conhecer, nesses meus estudos, o pensamento do Desembargador José Roberto dos Santos Bedaque, atual mestre das Arcadas e grande jurista de nossa época, que, para meu espanto e prazer, também pensa de modo muito similar ao meu.

Não pude deixar de me sentir muito honrada em saber que tive um pensamento na ciência jurídica similar a alguém que tenho real sapiência de saber que jamais chegarei aos seus pés em matéria de conhecimento e audácia processual segura e com visão de futuro rumo a Justiça sadia e efetiva.

Não deu outra. Fui falar com o Desembargador Bedaque e aproveitei para pedir autógrafos em todos os livros dele que eu havia comprado. Na conversa com o Desembargador Bedaque, sem que ele tivesse me dito nada, senti na pele outro drama do jurisdicionado, que são as decisões diferentes, sobre uma mesma situação, dependendo do entendimento do juiz ou da Câmara do Tribunal ou ainda da Turma dos Tribunais Superiores.

Percebi, assim, que se aquele meu processo tivesse sido distribuído na Câmara do Desembargador Bedaque muito provavelmente eu teria conseguido alterar a causa de pedir sem ter que propor outro processo.

Importante, pois, transcrever, excerto do pensamento do Professor Bedaque: “Desde que observado o contraditório, prejuízo nenhum há se admitirmos a introdução de verdadeiras causas de pedir novas, representadas por fatos supervenientes

diversos daqueles afirmados na inicial, mas constitutivos do mesmo direito pretendido pelo autor.

Esta solução tem como consequência direta a desnecessidade de propositura de nova demanda. 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.

A partir dessa premissa, não parece adequada a interpretação que a doutrina vem dando ao art. 462 do CPC. A ocorrência de fato constitutivo, modificativo ou extintivo novo deve ser levada em conta pelo juiz, ainda que implique modificação na causa de pedir. Trata-se de exceção à estabilização da demanda, justificável pela verificação do fato novo. Para legitimar o julgamento fundado na nova causa, basta seja reaberto o contraditório, inclusive para possibilitar a produção de prova. Aproveita-se o mesmo instrumento para solucionar a crise de direito material à luz de fato inexistente no momento da propositura da demanda. A demora maior para a conclusão do processo é amplamente compensada pela eliminação de nova demanda”.⁴

Percebe-se, pois, que além da demora na prestação jurisdicional, ainda temos que enfrentar o problema de decisões diferentes sobre uma mesma situação, dependendo do posicionamento do julgador sobre uma determinada tese.

Temos, pois, que lutar pelo Direito, como dizia Ihering, ora brandindo a espada, ora sopesando a balança⁵, até que a nova ideia seja aceita pelos operadores de direito ou que nova lei materialize em norma cogente o novo conceito.

⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 1ª. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.136/137.

⁵ Rudolf Von Ihering, em sua obra imortal, *A Luta pelo Direito*, disse que "a justiça sustenta numa das mãos a balança com que pesa o direito, enquanto na outra segura a espada por meio da qual o defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada a impotência do direito. Uma completa a outra, e o verdadeiro estado de direito só pode existir quando a justiça sabe brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança."

Nesse prisma, continuando com os ensinamentos de Rudolf Von Ihering, uma frase dele grita em minha mente: *a luta pelo direito é um dever do interessado para consigo próprio.*

Foi exatamente isso que fiz, apesar de quase todas as vozes ao meu redor serem contra a possibilidade de alterar pedido e causa de pedir depois da inicial: fui à luta!

Indo à luta, pude verificar realmente que a doutrina não deu quase nenhuma atenção ao estudo do dispositivo inserido no art. 462 do CPC. Então, vamos à luta!

Dessa arte, por falar em luta, não é mesmo verdade que o art. 462 do CPC é realmente uma norma revolucionária como pregou Galeno Lacerda em 1.983?

É de se notar que o que o eminente mestre escreveu sobre o festejado artigo, foi redigido mais de 5 (cinco) anos *antes* da promulgação da Constituição Federal!

Vamos, pois, beber e reverberar o seu manancial de saber materializado no seguinte:

*“O art. 462 do Código de Processo Civil Brasileiro: a norma é tão revolucionária, mexe com tantos princípios processuais, elevados dogmas consagradores de verdades tidas como absolutas e imutáveis, rasga horizontes tão vastos e surpreendentes, que a doutrina, temerosa de aventurar-se em um mundo desconhecido, se encolhe acanhada e vacilante.”*⁶

Mas já que estamos falando da possibilidade real de alterar causa de pedir e pedido, o que também conferiria maior celeridade ao processo, não podemos também deixar de pensar em outras hipóteses factíveis para imprimir maior celeridade ao processo, como por exemplo, a mudança no sistema de preclusão o que permitiria deixar para

⁶ LACERDA, Galeno. O Código e o formalismo processual, *in Revista de Processo*, n.28, julho, 1983.

o momento da interposição do recurso de apelação a impugnação de todos os incidentes que acontecessem no decorrer da instrução da causa até a prolação da sentença.

Mas, enfim, voltando ao tema fundamental, impende dizer, por primeiro, que a ninguém escapa a percepção da evolução da sociedade, principalmente da metade do século XX para cá. Tudo caminha com mais velocidade. Mas, será a velocidade tudo? Claro que não, efetividade e segurança também são importantes, sendo, pois, o grande drama moderno harmonizar rapidez (razoável duração do processo)⁷ com justiça, segurança e efetividade jurídicas.

O objetivo deste trabalho é ao menos tentar demonstrar que isso é possível utilizando o atual código de processo civil e a constituição federal (processo constitucional), sem pretensões de vanguarda, mesmo porque outros nomes de renome desde há muito proclamam a necessidade de um processo justo, célere, efetivo e seguro; e tudo isso ao mesmo tempo.

Enxergar novos caminhos, dar novos rumos ao Direito é tarefa das mais ricas, trabalhosa é verdade, mas não impossível, é difícil, porque mudar dogmas, analisar outros pontos de vista, necessariamente representa uma mudança de atitude que nem todos estão dispostos a fazer, mas, enfim, enquanto houver vida, há luta. Já dizia G.K. Chesterton⁸ *“Uma coisa morta pode seguir a correnteza, mas somente uma coisa viva pode contrariá-la”*.

Desejamos contrariar dogmas, mas sem feri-los, sem desrespeitá-los, apenas contribuir para com o aperfeiçoamento do direito e seu desiderato de justiça e pacificação social, fazendo, com isso, que o processo seja realmente um instrumento com potencial efetivo para pacificar conflitos e isto já na sentença de primeiro grau, entregando às partes uma prestação jurisdicional segura, efetiva e em tempo razoável, de modo que elas se sintam satisfeitas, conforme prelecionado pelo insigne mestre Barbosa Moreira: *“Pôr na primeira instância o centro de gravidade do processo é diretriz política*

⁷ “Justiça tardia não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Ruy Barbosa. Oração aos Moços. Turma de Direito de 1920 da Faculdade de Direito de São Paulo.

⁸ Escritor londrino, debatedor crítico das ideias de Mark Twain e Nietzsche.

muito prestigiada em tempos modernos, e numerosas iniciativas reformadoras levam-na em conta. A rigor, o ideal seria que os litígios fossem resolvidos em termos finais mediante um único julgamento. Razões conhecidas induzem as leis processuais a abrirem a porta a reexames. A multiplicação desmedida dos meios tendentes a propiciá-los, entretanto, acarreta o prolongamento indesejável do feito, aumenta-lhe o custo, favorece a chicana e, em muitos casos, gera para os tribunais superiores excessiva carga de trabalho. Convém, pois, envidar esforços para que as partes se dêem por satisfeitas com a sentença e se abstenham de impugná-la”⁹

Preciso dizer também que tive outra surpresa ao estudar para esse trabalho, quando verifiquei que ele não ficará obsoleto se porventura o novo código de processo civil for promulgado, isto porque, no projeto original de autoria da comissão de juristas nomeada pelo Senado, encaminhado ao próprio Senado, havia, no art. 314 daquele projeto, a possibilidade de alterar causa de pedir e o pedido até a sentença¹⁰. Ponto positivo.

No Senado, antes de ser enviado à Câmara, o projeto original da comissão de notáveis juristas sofreu alteração, tendo o referido art. 314 se modificado para o art. 304, com redação praticamente similar ao atual art. 264 e seu parágrafo único do CPC vigente, ou seja, alteração na causa de pedir e pedido somente até a citação, feita a citação somente com o consentimento do réu e até o despacho saneador¹¹. Ponto negativo. Verdadeiro retrocesso.

Mas, a notícia boa é que a redação do art. 462 do CPC vigente manteve-se incólume, tanto no projeto do novo CPC (NCPC), que foi encaminhado ao

⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 28, n. 111, p. 103-112, jul./set. 2003, p. 105.

¹⁰ **Art. 314.** 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.

¹¹ **Art. 304.** O autor poderá:

I - até a citação, modificar o pedido ou a causa de pedir, 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.

Senado, como no que sofreu alterações e destinado à Câmara, respectivamente, nos artigos, 475, no primeiro e 480, no segundo.

Sem mais delongas, caminhemos, então, para a monografia sobre a possibilidade patente e viva de se alterar causa de pedir e pedido, existente no código de processo civil vigente, em razão da redação disposta no art. 462 e sua interpretação sistemática com outros artigos do código de processo civil e princípios constitucionais fundamentais.

2 – Breve História do Direito.

Direito, enquanto parte da História da Humanidade, é um fenômeno, antes de ser jurídico, histórico e cultural.

Fica difícil entender atualmente como as coisas são sem entender de onde elas vieram. Analisando o passado é possível compreender o presente e até, quem sabe, prever o futuro, mas, para isso, também é necessário observar e sentir as mudanças, adaptar-se a elas e dentro do possível, antecipar-se a elas.

Temos que verificar os fatos acontecidos no passado e o que era feito por nossos antepassados para pacificar as controvérsias, contudo, não devemos nos esquecer que o mundo não era globalizado, tal e qual o vemos hoje, de maneira que jeito singular de ver e sentir o direito que cada cultura tinha ficava com ela própria de forma quase isolada, sendo o intercâmbio muito mais difícil do que é hodiernamente. Hoje, com a evolução dos meios de comunicação, podemos analisar o direito estrangeiro em bem menos tempo, o chamado direito comparado, de modo que os exemplos de outros países, sejam eles positivos ou negativos, servem para nos auxiliar à redenção do direito brasileiro.

Mas, afinal, o que é o Direito?

Difícil explicar o Direito sem nem ao menos tentar divagar sobre a Moral. Todos, sem exceção, nascem com o conceito dentro de si do que é justo, bom e certo, como também do que é injusto, mau e errado.

Isso é Direito ou é Moral?

Podemos dizer que os dois. Entretanto, não se tem por mira nesse trabalho, por óbvio, dissecar o assunto, mesmo porque tal já foi brilhantemente realizado pelos filósofos e juristas do passado, como por exemplo, Platão, Aristóteles, Bentham, Du Pasquier, Kelsen, Jellinek, dentre outros tantos, de igual ou até maior notável exponencial pensante.

Direito e Moral já foram uma única conceituação. Hodiernamente já se sabe que não se deve misturar os conceitos, eles se entrelaçam e têm pontos em comum, entretanto, com pontos completamente autônomos, de modo que nem tudo o que é moral é direito e nem tudo o que é direito é moral.

Não se sabe ao certo se na Grécia, Aristóteles e Platão chegaram a conceituar os institutos separadamente, o que se sabe é que foi na Grécia que se iniciaram as primeiras reflexões sobre o Direito, entretanto, foi em Roma que se originou o estudo da Ciência do Direito, tendo sido lá, inclusive, após a separação do Império Romano, que Justiniano, do Oriente (Bizantino), em 529 d.C., ordenou a compilação de todas as leis desde o século II, mais o Digesto, os Institutos, as Novelas e demais leis atuais de Justiniano. Tudo isso se tornou a base do Direito Civil Moderno e representou uma verdadeira revolução jurídica, separando o plano do Direito do plano da Moral, contudo, Roma não nos deixou uma teoria diferenciadora, a não ser por alguns juristas que ora separavam os institutos em suas falas e ora não, como por exemplo, Celso definia Direito como “a arte do bom e do justo”, já Paulo dizia “nem tudo que é lícito é honesto”. Importante dizer que no Instituto de Justiniano encontrávamos como definição de Direito “viver honestamente, não lesar a outrem, dar a cada um o que é seu”.

Pois bem, nesse prisma, o que se vê é que em regra devemos ter um comportamento para com o próximo que não agride os seus direitos e vice-versa. Temos, portanto, que não infringir o que é justo e certo. Tendo conceitos morais íntimos e usando o processo da empatia, saberemos quando invadimos o direito do outro.

O que diferencia, pois, basicamente a Moral do Direito é o conceito íntimo daquela em relação a este. Exemplo: quando provocamos um acidente automobilístico, ou seja, fomos os únicos responsáveis pela ocorrência do desastre, nossa consciência nos acusa e nos diz que temos que reparar os danos. Se nada fizermos, a sociedade irá nos cobrar esse ressarcimento através da lei, pois, a lei, com seu conceito moral, diz que quando cometemos um ato ilícito, temos que repará-lo.

Quando invadimos o certo, o bom ou o justo do nosso próximo e não consertamos por desejo íntimo, a sociedade, através do poder que dela emana e se materializa nos seus governantes, cria normas, leis que regulamentam o comportamento humano na sociedade, cuja característica essencial é a força coercitiva, outorgada pela própria sociedade.

A História da Humanidade é o relato da luta pelo poder, e da resistência ao poder. É o relato das tentativas de justificação do poder, que se confundem com a própria legitimação da ordem jurídica, porque a idéia de poder está ínsita no conceito de ordem jurídica. Para Ihering, o objetivo do Direito é a paz, mas a luta é o meio de consegui-la.

A doutrina de Ihering, da luta pelo direito, corresponde, evidentemente, à luta pelo poder, porque “o Direito terá que rechaçar o ataque causado pela injustiça – e isso durará enquanto o mundo estiver de pé. A vida do Direito é a luta, a luta de povos, de governos, de classes, de indivíduos. Todo o Direito do mundo foi assim conquistado, todo ordenamento jurídico que se lhe contrapôs teve que ser eliminado e todo Direito, assim como o direito de um povo ou o de um indivíduo, teve que ser conquistado com luta”.

Resumindo bem o tema, podemos dizer que a Moral cuida da vida interior das pessoas, da sua consciência, enquanto o Direito cuida das ações humanas investigando o desejo das pessoas, sendo coercível quando necessário.

Importante, nesse ponto, a fim de compreender bem o que é Direito e em que território ele se localiza, trazer à baila o escólio de Paulo Nader:

“O território do Direito localiza-se no chamado *Mundo da Cultura*. O Direito é um processo de cultura espiritual. Possui substrato não físico e valor a ser alcançado. Qual seria o suporte do Direito? Inegavelmente, *a conduta social do homem* [ser humano]. Estabelecendo diretrizes para a convivência, modelando o agir em sociedade, o Direito modifica o comportamento social [vide lei anti-fumo], canalizando as ações para a vivência de valores. Como os processos culturais realizam valores, o Direito visa a concreção da justiça, que é a sua causa final, a grande razão de ser, a motivadora da formação dos institutos jurídicos. A justiça encerra toda a grandeza do Direito. Em termos absolutos, é um ideal não alcançável. A história, contudo, é a testemunha do notável esforço do homem [ser humano] para o aperfeiçoamento do Direito. A justiça privada, a lei de talião, o sistema das ordálias, o regime da escravidão, vigentes em épocas recuadas da história, revelam um Direito profundamente injusto, distanciado dos grandes princípios do Direito Natural. Hoje, o Direito valoriza a vida humana, protege os mais fracos, estabelece o princípio da isonomia legal. Contemplar o passado e observar o presente, é esperar o futuro promissor para o Direito.¹²

Após essa linda digressão, impende dizer que até meados do século XIX, ainda não se cogitava separar o Direito Material, que é a norma posta, do Direito Processual, que é o instrumento colocado à disposição do Direito Material, a fim de dar a este força para agir e coerção para obedecer, coerção esta como dito alhures, ditada pelo Estado.

Violado o direito, nasce ao titular do direito violado outro direito, o direito de ação, que segundo os romanos, cabia ao autor, titular do direito de ação, demonstrar primeiro ser titular do direito material violado para depois ter o direito à ação.

3 – O Direito Material (Substancial), seu sincretismo e sua posterior autonomia.

Evoluindo em nossa leitura, podemos perceber que o Direito Material é a norma de conduta posta pelo Estado, baseada ou não em princípios morais.

Ubi homo ibi Jus. Desde tempos imemoriais o ser humano é obrigado a conviver com outros de sua espécie. Sem relacionamentos humanos não há como

¹² NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

conceber uma sociedade, cuja qual, como o próprio nome já diz, busca coletivamente alcançar propósitos impossíveis a somente um único ser.

Desta feita, por uma miríade de motivos, a começar pela sobrevivência e amor, somos levados a viver e a conviver uns com os outros. A fim de conferir harmonia para essa necessária e imprescindível convivência que conduz ao desenvolvimento, foram criadas regras de conduta para todos os níveis e tipos de relacionamento. Obviamente que se a sociedade fosse despida dessas regras disciplinadoras, a balbúrdia reinaria absoluta, com a instalação definitiva do caos até que se inserissem na sociedade as regras disciplinadoras.

Não devemos, contudo, confundir regras postas pelo Estado com regras sociais, atribuído seu disciplinamento a determinada instituição (condomínio, clubes), tais como: relações de cortesia, urbanidade, etiqueta, convivência marital, amizade etc, que não são regidas pelo Estado, entretanto, essas regras puramente sociais se entrelaçam e se penetram com as regras jurídicas, de modo de algumas delas podem se convolar em regras jurídicas, como por exemplo, o reconhecimento da união estável entre pessoas não casadas (homem + mulher) depois de muito preconceito, discussão e sofrimento, do mesmo modo como recentissimamente vem ocorrendo com o reconhecimento da união estável entre homossexuais (homem + homem e mulher + mulher).

Nesse toar, torna-se claro que o direito material é o conjunto de regras criadas pelo Estado, que disciplinam a vida do ser humano na sociedade regulando as relações jurídicas.

Direito Substancial, nas lições do Professor Frederico Oliveira, “representa-se pelo complexo de comandos de criação de direitos, no que respeita à pessoa (*jus in persona*) e o seu poder sobre as coisas (*jus in re*)”.¹³

Sua violação, sem o cumprimento espontâneo do dever de ressarcir, implicava ao titular do direito violado, outro direito, o direito de ação, sendo que, num primeiro momento, direito material e processual eram vistos como um só elemento.

¹³ OLIVEIRA, Frederico. Premissas Fundamentais do Processo de Conhecimento. Recife: Bagaço, 2005.

No século XIX, mais precisamente em 1.868, Oskar Von Bülow, importante jurista alemão, melhorando anteriores discussões, separou o direito material do direito processual, criando a ciência jurídica processual com princípios e regras próprias.

No Brasil, devemos a Enrico Tullio Liebman a divulgação do afastamento entre o direito material e o direito processual.

Como trataremos do direito processual em tópico próprio, convém, aqui, agora, sintetizar o conceito de direito material para dizer que ele nada mais é do que o conjunto de regras criadas pelo Estado e que disciplinam a vida do ser humano na sociedade, regulando as relações jurídicas.

Na trilha do parágrafo acima expandido, é bom citar os dizeres do festejado professor Luiz Rodrigues Wambier, para o qual as normas de Direito Material são aquelas que:

“(...) criam, regem e extinguem relações jurídicas, definindo aquilo que é ilícito e não deve ser feito, constituem normas jurídicas de direito material estas normas das relações jurídicas que travam no mundo empírico, como, por exemplo, às regras que regulam a compra e venda de bens, ou disciplinam como deve ocorrer o relacionamento entre vizinhos, ou como se opera um negócio jurídico no âmbito financeiro”.

Noutras palavras, a norma substancial deve ter aplicação imediata quando acontece um conflito de interesse entre partes, devendo, dito conflito, ser analisado, primeiramente, sob a ótica do Direito Material, tornando-se este eficaz, de modo imediato, prestando-se à composição do conflito, quando respeitado pelos cidadãos de forma voluntária e imediata, possibilitando, desta forma, que os litígios sejam facilmente resolvidos.

Convém, ainda, citar neste capítulo, a subdivisão do direito material em direito objetivo, direito subjetivo e direito potestativo.

Pois bem, no conceito objetivo, como já frisamos, o direito é o conjunto de regras criadas pelo Estado e que disciplinam a vida do ser humano em e na sociedade.

In casu, essas regras tratam abstratamente de situações passíveis de ocorrerem na estrutura social.

O notável Pontes de Miranda dizia que a existência do direito subjetivo pressupõe a antecedente existência de normas jurídicas: “Direito objetivo é a regra jurídica, antes, pois, de todo direito subjetivo e não-subjetivado. Só após a incidência de regra jurídica é que os suportes fáticos entram no mundo jurídico, tornando-se fatos jurídicos. Os direitos subjetivos em todos os demais efeitos são eficácia do fato jurídico; portanto, *posterius*.”¹⁴

A fim de exemplificar o tanto expandido, insta trazer um exemplo muito singelo do que é direito objetivo e direito subjetivo: a regra jurídica determina que uma repartição pública, fórum, por exemplo, efetive o atendimento aos cidadãos das 9h às 17h; isto é direito objetivo e o cidadão, por sua vez, tem o direito subjetivo de no horário determinado ter acesso a tal repartição. Em suma: o cidadão tem o poder de exigir o atendimento no horário determinado e a repartição tem o dever de cumprir a norma e atender o jurisdicionado.

Por fim, o direito potestativo é um direito de sujeição e pode ser definido como decorrente de uma relação jurídica preexistente, da qual decorre a faculdade de uma das partes em extingui-la, transformá-la ou criar uma nova independentemente de qualquer atitude da outra parte a qual obrigatoriamente se vinculará aos seus efeitos. Como exemplo, podemos citar: o direito do empregador em despedir o empregado, o direito que um cônjuge tem em pedir divórcio ao outro.

¹⁴ Pontes de Miranda. Tratado de Direito Privado, ed. cit., vol. 1, p. 5, v. *apud* Paulo Nader, introdução do Estudo do Direito, 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 373.

Entretanto, já que falamos da separação do direito material do processual, convém digredirmos brevemente os problemas que vêm ocorrendo em nossos tribunais por essa confusão estranha que ainda se fazem entre os dois planos de direito.

Por exemplo, nos recursos, existem momentos distintos no tempo para se analisar o direito processual do direito material.

Primeiro, analisa-se o plano processual (similar às condições da ação), depois o material. Pois bem, faltando um dos requisitos de admissibilidade processual, à vezes, vemos na parte dispositiva do acórdão, ou no resumo do julgamento, proclamado pelo presidente da câmara, a seguinte situação: “por maioria de votos deram provimento ao recurso, vencido o relator ou o primeiro ou o segundo juiz, que não conhecia o recurso”.

O correto não seria ter constado esse voto vencido no plano processual, já que vencido. O correto seria ele (juiz vencido no plano processual) analisar o mérito do recurso e proferir voto? Entendemos que sim, vez que, ao analisar o mérito, o juiz vencido nos requisitos de admissibilidade, poderia proferir voto unânime aos demais, de modo que o resumo do julgamento ficaria assim: “por maioria de votos conheceram o recurso e deram-lhe provimento. v.u”, separando assim, o plano processual do plano material, evitando o manejo dos embargos de divergência.

A situação acima poderia ficar pior em caso de julgamento pelo Pleno de recursos que foram conhecidos e não providos, para recursos conhecidos e providos, bastando o presidente, se constatado por maioria o conhecimento do recurso, requerer que todos os membros, no mérito, dissessem seus votos, de modo que o resumo do julgamento seria, “por maioria conheceram e, no mérito, deram provimento. v.u.”.

O que estamos querendo dizer com isso é que os julgamentos devem ser feitos primeiro no campo processual e depois no campo material.

É comum vermos decisões em sede de embargos de declaração onde o resumo do julgamento dos embargos detalha o seguinte: “por maioria, rejeitaram os embargos”.

Mas rejeitaram por quê? Pelos requisitos de admissibilidade, o que levaria à rejeição por não conhecimento, ou rejeitaram pelo mérito, o que levaria a rejeição pelo não provimento?

Faz diferença não faz?

Pensemos nos Recursos aos Tribunais Superiores (STJ e STF). Cabe a essas Cortes máximas julgarem os méritos dos recursos, entretanto o Tribunal recorrido não somente olha o plano do direito processual (pressupostos de admissibilidade) como o plano de direito material, dizendo, em suas decisões sobre o recebimento ou não do apelo extremo, o seguinte: “nega-se seguimento ao recurso pela ausência de contrariedade ...”.

Contrariedade é questão de mérito e não pressuposto (direito processual)! Quem tem que analisar o mérito é o STJ e o STF!

Tanto o STJ quanto o STF analisam o plano processual, este novamente, mas exclusivamente o plano material, tanto que no STJ é mais difícil de se ver estas confusões nos planos material e processual. Diferentemente dos Tribunais estaduais, a Turma resolve primeiro o plano processual, para, somente depois, analisar o mérito, conforme disciplina o art. 257 do RISTJ, abaixo transcrito:

“Art. 257. No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”.

Perfeito!

Somente por curiosidade convém dizer que o novo Código de Processo Civil teve o cuidado de separar esses planos de análise processual e material para os Tribunais estaduais e para os Tribunais de Superposição. O Tribunal recorrido (estadual) analisará somente os requisitos de admissibilidade (direito processual) e o STJ e o STF analisarão, ambos os planos, o processual novamente e o material isoladamente, em razão de sua competência exclusiva para isso.

4 – O Direito Processual (Instrumental).

Ocorrendo a crise de direito material, que é o descumprimento espontâneo do direito e sendo vedada a autotutela (salvo em pequenas situações dispostas em lei; direito possessório, por exemplo), cabe ao jurisdicionado acessar a Jurisdição¹⁵, através do Juiz, para obrigar o resistente a observar e a cumprir a norma de direito material. Assim, o Estado, através da sua jurisdição representada pelo juiz, obriga o sucumbente a cumprir o mandamento de direito material, através da coerção.

O jurisdicionado exerce o seu direito de ver o seu bem da vida lhe sendo entregue através da ação judicial.

Gerada, pois a crise de direito material, compete ao lesado, autor, acionar o réu através do Estado. E como ele faz isso? Através de um processo judicial vencendo a inércia estatal.

Processo é um instrumento colocado à disposição dos jurisdicionados para solução de seus conflitos (crise de direito material). O direito material sem o processo não tem efetividade e o direito processual sem o direito material não tem razão de existir.

Todavia, a sociedade que tem no processo judicial na maioria das vezes a única forma de resolver seus conflitos, anseia por um processo civil mais dinâmico, mais efetivo, mais seguro, de modo a alcançar um resultado justo e tempestivo.

O processo é um instrumento a serviço do direito material quanto este não se realiza espontaneamente, conforme lúcido pensamento de Bedaque: “O processo constitui instrumento para a tutela do direito substancial. Está a serviço deste, para garantir sua efetividade.”¹⁶

¹⁵ Atividade estatal (poder-dever) que examina as pretensões do autor e impõe coercitivamente ao réu a observância as regras de direito material.

¹⁶ BEDAQUE. José Roberto dos Santos. Direito e Processo – influência do direito material sobre o processo, 3ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

O processo, pois, desenvolve-se por intermédio de regras previamente fixadas, cujo objetivo é aplicar o direito material ao caso concreto, entregando o bem da vida, pacificando a lide e a sociedade e, o mais importante, realizando a justiça.

O conjunto dessas normas que regulam a atuação da jurisdição, o exercício do direito de ação, o direito de defesa e o modo como essa função pacificadora se desenvolve por intermédio do processo é chamado de direito processual.

Imaginemos uma estrada que somente vai, e, uma vez que se foi por essa estrada, não se pode mais voltar, nem por ela, nem por um atalho. Essa estrada serve à efetividade do direito material violado. O direito processual é, pois, um instrumento à disposição do direito material, contudo, *não pode ser maior que o próprio direito material*.

Em nosso estudo, a proposta é mostrar que na estrada por onde o direito material caminha, diferente do que se pensa, é possível, em determinados momentos, o processo voltar por essa estrada a fim de produzir provas, em respeito ao contraditório, quando algum fato superveniente é lançado pelo autor ou pelo réu, fato esse importante o bastante para influenciar o desfecho da lide, mas sem alterar a causa de pedir nuclear.

Pretende-se, ainda, demonstrar que essa volta pela estrada (instrumento processual), pelo contrário, não atrasará a entrega da prestação jurisdicional, eis que evitará futuramente a distribuição de uma outra demanda correlata.

Porém, como o objetivo desse trabalho é também mostrar que celeridade não é garantia de efetividade e que o novo desafio do direito processual é dar aos jurisdicionados um processo justo, célere, efetivo e seguro, tudo isso ao mesmo tempo, é que citaremos o pensamento de Bedaque, do qual o meu se alinha, antes mesmo de eu saber disso:

“Processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material. Pretende-se aprimorar o instrumento estatal destinado a oferecer a tutela jurisdicional. Mas constitui perigosa ilusão pensar que simplesmente conferir-lhe celeridade é suficiente para alcançar a tão almejada efetividade. Não se nega a necessidade de reduzir a

demora, mas não se pode fazê-lo em detrimento do mínimo de segurança, valor também essencial ao processo justo”.¹⁷

Compreendido o direito material e o direito processual, seu sincretismo e sua autonomia e posterior instrumentalidade, faremos no próximo capítulo uma rápida passagem por esses conceitos, tendo-se por mira o processo constitucional.

5 – A sistematização¹⁸ entre o direito material e o direito processual e o processo constitucional.

Começamos citando uma frase simples, mas forte do jurista e professor Cássio Scarpinella Bueno: “O processo, pois, não pode ser obstáculo à realização do direito”.¹⁹

Como dito no início no preâmbulo deste trabalho, desligou-se o direito processual do direito material a partir de meados do séc. XIX, graças as profundas modificações políticas e sociais sofridas pela Europa desde o século XVIII.

Até então o que se tinha era uma visão plana do ordenamento jurídico, onde ação “era definida como o direito subjetivo lesado (ou: o resultado da lesão ao direito subjetivo), a jurisdição como sistema de tutela aos direitos, o processo como mera sucessão de atos (procedimento); incluíam a ação no sistema de exercício dos direitos (*ius quod sihi debeatur, iudicio persequendi*) e o processo era tido como conjunto de formas para esse exercício, sob a condução pouco participativa do juiz. Era o campo mais aberto, com se sabe, à prevalência do princípio dispositivo e o da plena disponibilidade das situações

¹⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do Processo e Técnica Processual. 1ª. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.49.

¹⁸ Sistematizar: Fazer um apanhado de (ideias, conceitos etc.) transformando-os num corpo doutrinário coerente. Fonte: Dicionário Aulete, site www.uol.com.br.

¹⁹ CASSIO SCARPINELLA BUENO, *apud*, MESQUITA, Eduardo Melo de. As Tutelas Cautelar e Antecipada. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, p. 437.

jurídico-processuais – que são direitos descendentes jurídicos do liberalismo político então vigente (*laissez faire, laissez passer et le monde va de lui même*)”.²⁰

Esse período de confusão no plano material e processual foi chamado de sincretismo jurídico.

Os juristas da época questionavam o conceito de direito de ação visto pelo modo do direito civil, de modo que a ação passou a ser vista sob a ótica do direito processual, ou seja, não se dirige a ação ao adversário, mas ao juiz, não tem por objetivo o bem litigioso, mas a prestação jurisdicional.

A partir dessa nova visão, chegou-se ao pensamento de que a ação é autônoma do direito material, além, é claro, da autonomia de outros institutos processuais.

Verificou-se, então, a autonomia da relação jurídica processual, formada a partir de então pelas partes, seus pressupostos e objeto.

O Juiz passou a ter maior participação de modo a preparar a melhor manifestação que emitirá ao final do processo. Preocupou-se com a efetividade do processo e o respeito ao contraditório a ambas as partes, nascia assim a ciência jurídica contemporânea.

Da autonomia passou-se à instrumentalidade, que basicamente se define como sendo um objeto utilizado para realizar determinado trabalho.

A proibição da autotutela faz surgir a necessidade imperiosa de usar o processo (método de trabalho) para tornar efetivo o direito substancial (objeto), haja vista possuir o processo a coercibilidade estatal, o que, de certa forma, garante a ordem social e a ordem jurídica.

²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 13ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p.18.

Ou seja, para o bom funcionamento do ordenamento, com vistas a garantir eficiência às normas substanciais, sua aplicabilidade correta ao caso concreto e a sua efetividade, que em outras palavras significa a coercibilidade ao cumprimento das normas que o sistema impõe em caso de crise de direito material, é necessário que se tenha um bom processo, que preze pela proteção das regras de direito material, que seja um ambiente seguro, que tenha razoável duração e que, também, seja justo, de modo a proporcionar às partes a vontade de cumprir o julgado desde a prolação da sentença de piso.

Entendendo o conceito de que o direito processual é instrumento de viabilidade para o direito material, além de um instrumento de igualdade, e que um plano não tem razão de ser sem o outro, fica mais fácil aceitar, não mudança de regras, mas, sim, mudança de ponto de vista (mudando o ponto, muda-se a vista), tendo-se como objetivo que o instrumento chamado processo seja mais efetivo, porém seguro e justo de modo a atender em tempo mais célere o direito material, pacificando realmente a crise.

Vale lembrar que a passagem do sincretismo para a autonomia e desta para a instrumentalidade, também não foi uma mudança de regras, mas uma mudança de visão, exatamente como acabamos de sugerir. A ideia é ver de modo diferente como se olha para a causa de pedir e como se identifica o objeto da demanda a fim de conferir ao instrumento processual uma visão constitucional.

Como alinhavado capítulos acima, vivemos cada vez mais velozmente. Tudo é mais complexo e dinâmico. As tecnologias não param um só segundo. O celular que se compra hoje, amanhã já existe outro melhor no mercado.

Com o progresso em franco desenvolvimento, não que somos obrigados, mas precisamos, por uma questão de sobrevivência e desenvolvimento, analisarmos todas as coisas sob um novo foco, um novo ponto de vista.

Vetustos postulados merecem novos raciocínios, vistos por uma nova ótica.

Na trilha do progresso e do desenvolvimento buscamos um novo olhar para o processo, e, sob a ótica constitucional!

Direitos e garantias fundamentais dos seres humanos estão expressos na nossa constituição, mas, como norma de direito material, cabe a nós, operadores do direito, imprimir efetividade às normas através de um processo constitucional não estanque, por óbvio, e à disposição da população (acesso à justiça) com respeito ao devido processo legal e seus subprincípios (contraditório e ampla defesa).


Vejam como tudo faz sentido e tem coerência. É como se o mundo todo revestido de uma aura de energia se preparasse para uma nova fase, em tudo, e, também, no mundo jurídico.

Lembrem-se que falamos da evolução tecnológica, mas, temos também a cultural, a científica, dentre muitas outras áreas. Se é assim, por que não podemos falar de uma evolução processual?

Percebam que o mundo, como um todo, se amolda à evolução.

Falando apenas do direito processual, lembremos que até meados do século XIX ele fazia parte do direito material e ninguém percebia que ele existia, mas ele estava lá. Enfim brotou e como tudo no ser humano, que vai primeiro de um extremo ao outro, o processo foi direto para a autonomia, ou seja, separou-se por completo do direito material. Depois, percebeu-se que ele era um instrumento do direito substantivo, sobrevivendo a fase instrumentalista, na qual se notou que um não pode ficar sem o outro.

E agora? Para onde vamos? Para a fase do processo constitucional, pois nos apercebemos que o instrumento, além de servir o direito material, com ele se entrelaça e se interpenetra, mantendo, pois, cada qual sua identidade própria.

Imaginemos graficamente o desenho de um DNA  para identificar o direito material e o direito processual. Cada um é um, mas juntos dão segurança e efetividade no sistema sem se confundirem.

Analisar o processo sob o ângulo constitucional com toda certeza dará mais coerência, integridade, segurança, validade, efetividade e celeridade ao ordenamento jurídico como um todo.

Dentro dessa nova visão, de um processo constitucional, poderíamos imaginar uma supremacia do processo em relação ao direito?

Não. Evidente que não.

Vamos ver nossa constituição, principalmente em seu art. 5º. (direitos fundamentais) como normas de direito material, as quais precisam do processo para imprimir efetividade a elas.

Assim, imaginemos uma lagoa permeada de vitórias-régias. Imagine uma bem grande com uma belíssima flor em uma das extremidades; ela é a constituição com todos os seus princípios e normas de direito material.

Na lagoa há ainda outras tantas vitórias-régias, umas maiores, outras menores, mas, nenhuma tão grande quanto aquela da flor. A fim de formar um tapete de vitórias régias, que se interligam e interpenetram, sem se misturarem ou se confundirem, as vitórias-régias vão se amoldando ao tamanho da lagoa, encaixando-se entre as pedras, ora em um lugar, ora em outro, se modo a dar equilíbrio ao ecossistema, garantindo em meio ambiente seguro, íntegro, efetivo, equilibrado (justo) e célere às intempéries, haja vista que é flexível e auto-amoldável não só às necessidades do outros integrantes do sistema, como as próprias necessidades.

Assim como no singelo exemplo das vitórias-régias, o processo se amolda à constituição federal, equilibrando assim todo o ordenamento jurídico, imprimindo-lhe coerência e segurança, o que traz a celeridade e efetividade.

Pensar num processo constitucional sem falar de três garantias fundamentais, a fim de entender a nova visão, é cometer um crime com o sistema.

Portanto, não cometamos esse crime e vamos às garantias fundamentais.

As três garantias são:

- a) ao acesso ao judiciário ou o também denominado direito de ação e defesa (art.5º, XXXV - "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*");
- b) ao princípio do devido processo legal e do contraditório (art.5º, LIV e LV), bem como a necessidade de que todas as decisões sejam públicas e fundamentadas;
- c) ao princípio da efetividade/celeridade (art. 5º., LXXVIII).

Percebe-se que as três garantias acima citadas conferem proteção à dignidade da pessoa humana. Norma de direito objetivo, que qualquer cidadão tem o direito subjetivo de exigir para a configuração (utilização de instrumentos processuais adequados e eficientes) da sua ação posta ao Poder Judiciário através do juiz.

Desta feita, o processo revisto sob a ótica da Constituição Cidadã, naquele meio ambiente recheado de direitos fundamentais²¹, será também um instrumento de inclusão e integração social, uma igualdade processual que, nem precisa dizer, confunde-se como direito material perseguido.

Outro ponto importante do processo a ser alcançado sob os auspícios da constituição federal é a justiça, pois, sem esta, não há paz! Sem justiça (constitucional) o processo não atinge seu escopo final que é compor os conflitos.

²¹ Direitos fundamentais são aquelas prerrogativas e instituições que o Direito Positivo concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. Esta definição é de José Afonso da Silva, *in Curso de Direito Constitucional Positivo*. Ed. Malheiros, São Paulo, 15ª Ed., 1998.

Esse também é o pensamento de Cândido Rangel Dinamarco: “Generoso aporte ao aprimoramento do processo em face dos seus objetivos tem sido trazido, nestas últimas décadas, pela colocação metodológica a que se denominou *direito processual constitucional* e que consiste na “condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo”. A ideia-síntese que está à base dessa moderna visão metodológica consiste na preocupação pelos valores consagrados constitucionalmente, especialmente a liberdade e a igualdade, que afinal são manifestações de algo dotado de maior espectro e significação transcendente: o valor *justiça*. O conceito significado e dimensões desses e de outros valores fundamentais são, em última análise, aqueles que resultam da ordem constitucional e da maneira como a sociedade contemporânea ao texto supremo interpreta suas palavras – sendo natural, portanto, a intensa infiltração dessa carga axiológica no sistema do processo (o que, com foi dito, é justificado pela instrumentalidade).²²

Com este capítulo pretendemos que o leitor tenha em mente que a proposta aqui falada, ou seja, ver o processo com “olhos constitucionais”, cuja qual já grassa por inúmeras outras localidades fora de nosso país, não tem realmente a pretensão de substituir a técnica processual, mas, tão-somente, como já incansavelmente dito, de imprimir um raciocínio constitucional à técnica processual, ou seja, compatibilizá-la com a constituição de modo a aperfeiçoá-la e flexibilizá-la e torná-la mais eficiente ao direito material com propósito de justiça *constitucional*.

²² DINAMARCO. Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 13ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 25-26. No parágrafo acima transcrito existem duas notas de rodapé inscritas pelo autor, as quais merecem ser aqui escritas. A primeira é a nota 22. *Cfr.* Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, n. 33,p. 73. “Não se trata de um ramo autônomo do direito processual” (está dito ali), como das palavras poderia parecer – “mas, sim de uma colocação científica, de um ponto-de-vista metodológico e sistemático, do qual se pode examinar o processo em suas relações com a Constituição” (*cfr.* Ainda Ada Pellegrini Grinover, *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, n.3,p.7). O direito processual constitucional, antes considerado na obra de Calamandrei e de Liebman, hoje é de grande moda entre os processualistas italianos, destacando-se Mauro Cappelletti, Vincenzo Vigoriti, Luigi Paolo Comoglio, Vittorio Denti, Nicolás Trocker, Giuseppe Tarzia, Giovanni Giacobbe. No Brasil, sem contar a antecipação desse pensamento constitucionalista em passagem de João Mendes Jr., ele foi implantado por José Frederico Marques e extraordinariamente desenvolvido por Ada Pellegrini Grinover, José Carlos Barbosa Moreira, Kazuo Watanabe. No quadro sul-americano, assoma o nome de Eduardo Juan Couture, predecessor de Adolfo Gelsi Bidart e Dante Barrios de Ángelis (Uruguai), dos atuantes processualistas de La Plata (Augusto Mario Morello, Carlos Alberto Nogueira, Juan Carlos Hitters, Roberto Omar Berizonce); no quadro processual constitucional no plano latino-americano preocupou-se, no México, Hector Fix-Zamudio. A segunda nota é a 24. A perspectiva constitucionalista não postula, nem se postula nesse estudo, a *substituição* da técnica processual pela orientação proposta, mas o emprego do raciocínio constitucionalista em benefício da melhor técnica e adequada utilidade social e política do sistema processual (definir propósitos). Quer-se por essa via, *organizar* melhor a realidade processual a partir de grandes premissas colhidas na ordem constitucional e conscientizadas pelo processualista – sabido que “a perspectiva não distorce mas organiza a realidade” (Celso Lafer, *O Brasil e a crise mundial*, p. 20).

6 – Conceito de causa de pedir e pedido

Iniciando singelamente a definição de causa de pedir (*causa petendi*), podemos dizer que é a obrigatoriedade que a parte tem, de na petição inicial, narrar situação fática da qual decorra uma consequência jurídica apta a formular um pedido ao estado-juiz, conforme determinação expressa disposta nos incisos III e IV, do art. 282 do CPC²³.

Causa de pedir engloba os fatos e fundamentos jurídicos do pedido e juntamente com este forma o objeto litigioso do processo.

A fala acima é exposta por Araken de Assis ao afirmar que “na demanda o autor alega o motivo pelo qual almeja o bem da vida perante o adversário, que somente se viabiliza através da tutela estatal. Nesse motivo pulsa o bem da vida”.²⁴

Dessarte, insta ao autor expor na inicial os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido. Na exposição do fato nuclear, essencial à causa, reside a causa de pedir. Na parte destinada à fundamentação jurídica, que jamais deve ser entendida como fundamentação legal, deve o autor narrar os possíveis direitos existentes dentro do ordenamento jurídico que conduzam à procedência de seu pedido ou pedidos.

Como se vê, importante separar nesse momento conceitos de fundamentação jurídica e de fundamentação legal.

A fundamentação jurídica se utiliza de todas as fontes de direito, que são, simplesmente falando, as regras de conduta, de convivência, ou seja, aquele já falado conceito do saber o que é certo e o que é errado. Nas fontes de direito estão contidas as normas, as regras, as leis jurídicas, ainda não materializadas em forma de leis, porém, implicitamente contidas.

²³ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. V. 1º. São Paulo. Saraiva. 1994.

²⁴ ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

A fundamentação legal é a regra posta, ou seja, a norma positivada dentro do ordenamento jurídico (conjunto de normas, sendo normas de conduta – que prescrevem como a conduta deve ser –, e as de estrutura – que estabelecem as condições e os procedimentos para o bom funcionamento das normas de conduta)²⁵, que embasam a pretensão do autor, porém, dispensável, ante o brocardo “o juiz conhece o direito” (*juri novi curia*) e sua consequência “narra-me os fatos que te darei o direito” (*da mihi factum, dobo tibi jus*).

Após a causa de pedir (exposição do fato – núcleo da causa de pedir e da fundamentação jurídica relacionada com o fato), o autor deverá formular um pedido, que, necessariamente, tem que ter nexos de causa com a causa de pedir e, se se tratar de mais de um pedido, entre eles há que haver compatibilidade.

Como se pode inferir pela leitura dos parágrafos acima e em consonância com o sobredito o texto da lei, no seu inciso III, do art. 282 do CPC, ao autor incumbe expor na sua inicial o fato (a palavra está no singular) e os fundamentos jurídicos do pedido, sendo estes denominados de causa de pedir próxima e aquele de causa de pedir remota.

Essa exigência do código vem a demonstrar que ele adotou a teoria da substanciação da causa de pedir (será?), seguindo o modelo alemão e austríaco, ao passo que a Itália adotou a teoria da individuação, a qual dá relevância à causa de pedir próxima ou jurídica (fundamentos jurídicos).

A fim de explicar a teoria da substanciação com exemplos, vamos nos servir do ensinamento pelo Catedrático das Arcadas, Dr. Moacyr Amaral Santos, porém, o objetivo de utilizá-lo tem o intuito de debater, de “contrariar a correnteza”: “Assim, na ação em que o pedido é o pagamento da dívida, deverá o autor expor que é credor por força de um ato ou um contrato (causa remota) e que a dívida se venceu e não foi paga (causa próxima). Na ação de anulação de contrato, deverá o autor expor o contrato (causa remota) e o vício, que o macula, dando lugar à sua anulação (causa próxima). Assim, no

²⁵ BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. São Paulo: Polis, 1989.

*último exemplo, o autor poderá propor anulação do contrato com fundamento em erro e, não tendo tido êxito na ação, propor outra com fundamento em outro vício”.*²⁶

Analisando o exemplo do ilustre Professor, verifica-se que ele não admite a alteração da causa de pedir depois de contestada a ação, isto porque, em nosso modesto modo de ver, ele senta a causa de pedir na fundamentação jurídica (próxima) e não nos fatos essenciais à lide (remota), como deve ser.

Mas, independente dessa discussão, a qual mais a frente será detalhada, quando falaremos do art. 462 do CPC, e, voltando à teoria da substanciação, depreende-se dela que o autor deve, obrigatoriamente, narrar o fato – palavra posta no CPC no modo singular –, o que denota a intenção do legislador em dizer que o autor deve narrar o principal e nuclear *fato constitutivo* de seu direito (causa remota ou fática e núcleo da causa de pedir), além de expor os seus fundamentos jurídicos (causa próxima ou jurídica).

A teoria da substanciação dá valor aos fatos essenciais que ensejam o conhecimento da causa e lhe dão juridicidade conduzindo o pedido à procedência ou não.

O juiz não está, pois, adstrito à juridicidade atribuída aos fatos pelo autor, mas, sim, aos fatos constitutivos do direito do autor, ou seja, os fatos puros, a essência e a alma do fato.

O corpo do fato, o que reveste a sua alma, ou seja, a fundamentação jurídica, embora essencial por disposição legal de norma instrumental (art. 282, inc. III do CPC), pode ter novo enquadramento pelo juiz a fim de pronunciar o direito de quem tem a razão.

Para a teoria da substanciação, adotada, ao que tudo indica, pelo CPC vigente (será?), a identificação da demanda, como dito, se faz pelo fato, e, a fim de identificar o objeto da demanda, servimo-nos da teoria dos *tria eadem*, ou seja, a identificação da ação, (i) pelos sujeitos ativo e passivo, (ii) pela causa de pedir e (iii) pelo pedido, desta

²⁶ SANTOS. Moacyr Amaral, *op.cit.*, p. 160.

forma, no sistema processual civil, pode-se dizer que a causa de pedir engloba os fatos e fundamentos jurídicos do pedido e, juntamente com o pedido, forma o objeto litigioso do processo.

Todavia, no que pertine a um dos *tria, in casu*, a causa de pedir, impende, antes dizer, a fim de dar maior substância à matéria, que algumas demandas classificam-se em autodeterminadas (direitos absolutos) e outras em heterodeterminadas.

As autodeterminadas identificam-se simplesmente pelo conteúdo do direito afirmado, sem que haja necessidade da especificação dos fatos, como por exemplo, os direitos de família e de personalidade e os direitos reais de gozo.

Já as demandas heterodeterminadas identificam-se não pelo conteúdo do direito, mas pelos fatos deduzidos em juízo, como por exemplo, podemos citar: os direitos obrigacionais, os direitos de crédito e os direitos reais de garantia, pois como dizem José Rogéri Cruz e Tucci e José Roberto dos Santos Bedaque, nessas ações, “(...) posto que entre as mesmas partes é possível a existência de múltiplas relações, tendo como objeto o mesmo bem, porém com diferentes fundamentos”.²⁷

Ficando com a definição do que é demanda autodeterminada (identificação da ação pela fundamentação jurídica), temos que dizer que na teoria da individualização, como dito, basta a afirmação do fundamento jurídico para que o pedido seja individualizado. Afirmando o direito, o autor está dizendo o direito que entende violado para o fato, o qual desnecessário de ser descrito, visando assim a obtenção do bem da vida (pedido mediato) por meio do provimento jurisdicional (pedido imediato).

Podemos, então, dizer, que o Brasil adotou somente a teoria da substanciação? Penso que não, concordando, despretensiosamente assim com Tucci e Bedaque. Penso que nos utilizamos das duas, lógico que mais da substanciação, mas o nosso sistema obviamente abarca as duas.²⁸

²⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e e BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil (questões polêmicas)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.131.

²⁸ “Visão crítica dessa natureza observa-se na elaboração científica de Botelho de Mesquita, afirmando que na verdade não teria havido exclusivamente a adoção da teoria da substanciação pelo Código de Processo Civil, mas

Vista a causa pelo ângulo da individualização, a mudança nos fatos, desde que mantida a fundamentação jurídica afirmada pelo autor, não implica em alteração da causa de pedir, ademais, para essa teoria, tem-se dois inconvenientes: como o autor não tem o dever de deduzir os fatos, mas somente a fundamentação jurídica, pelo princípio da eventualidade²⁹, todos os fatos que poderiam ser narrados com a inicial ficam como implicitamente colocados, e o primeiro inconveniente é que o autor jamais poderá propor a demanda novamente, isto porque, a decisão proferida pelo juízo sobre a relação jurídica substancial sofre a chamada preclusão absoluta, eis que, a demanda identifica-se pela fundamentação (relação) jurídica.

Outro inconveniente dessa teoria vai para o réu, que tem que contestar a demanda e ainda suportar o poder que tem o autor, de no decorrer da instrução, lançar fatos novos sem que isso implique em alteração da demanda. Como se vê, tal sistema implica em desigualdade (ofensa ao princípio constitucional da igualdade) e na disparidade de armas.

Analisada a causa sob a égide da teoria da substanciação, não há qualquer vinculação do juiz ao direito afirmado, mas, sim e tão-somente, com os fatos narrados. Por essa mesma teoria, é imprescindível ao autor indicar totalmente os fatos em que

sim de uma solução intermediária, considerando que a exposição dos fatos acaba se fazendo necessária quando e na exata medida em que imprescindível à caracterização a pretensão deduzida em juízo. Nesse sentido, vale coligir a lição, extraindo-se excerto imprescindível, pela clareza do ensinamento e precisão da ideia nele contida. Afirma o doutrinador que: “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 àquela corrente doutrinária. Com efeito, a nossa lei exige igualmente que indiquem na petição inicial os fundamentos jurídicos do pedido. Estes evidentemente pelas razões já expostas, não são nem a norma da lei, nem tampouco as deduções jurídicas, salvo quando excepcionalmente a norma legal sirva, à falta de outros 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 jurídica 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 tantos aos fatos constitutivos como aos elementos de direito, na medida em que sirvam para individuar a pretensão do autor””. TUCCI, José Rogério Cruz e e BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil (questões polêmicas)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.131, onde se citou a obra de José Inácio Botelho de Mesquita, *A “causa petendi” nas ações reivindicatórias*. Revista de Direito Processual Civil, vol. 6, p. 197, 1967.

²⁹ Princípio da eventualidade: A regra da eventualidade, impondo um sistema rígido de preclusões, constitui, em última análise, pressuposto da teoria da substanciação, ao exigir a exposição simultânea, na petição inicial, dos fatos que fazem emergir a pretensão do demandante (causa *petendi* remota) e do enquadramento situação concreta, narrada em *in status assertiones*, ou seja, à previsão abstrata, contida no ordenamento de direito positivo, e do qual decorre a juridicidade daquela (causa *petendi* próxima)” (José Rogério Cruz e Tucci, “A regra da eventualidade como pressuposto da denominada teoria da substanciação”, p. 39/43, esp. P. 42).

se funda a sua demanda, individualizando-a e, por conta do afamado – porém não sistematizado com todo o ordenamento jurídico –, princípio da estabilização da demanda, corporificado nos artigos 264 e 294 do CPC³⁰, o pedido e a causa de pedir não poderão ser alterados após a citação do réu sem o consentimento deste e de forma alguma, mesmo que com o consentimento, após o despacho saneador.

Porém, por essa teoria, face ao princípio da estabilização da demanda, surgindo fato novo, após a distribuição da demanda, poderá o autor mover novo processo! Porém, isso não é efetivo e nem célere e se pensarmos bem, nem justo, isto porque a lide posta não se pacificará, postergando-se do tempo e, o tempo, como já dizia Carnelutti é o pior inimigo do processo.³¹

Já ao réu, em obediência ao mesmo princípio da eventualidade, caberá apresentar em sua contestação toda a matéria de defesa, expondo todas as razões de fato e de direito que impugna o pedido do autor, sob pena de preclusão, o que acarretará em seu desfavor a confissão.³²

Para Cândido Rangel Dinamarco o princípio da eventualidade “abre portas ao réu para cumular defesas em ordem sucessiva, ainda que logicamente incompatíveis entre si, desde que essa incompatibilidade não chegue ao ponto extremo de caracterizar malícia, ou litigância de má-fé.”³³

³⁰ Art. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei. ([Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1973](#))

Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo. ([Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1973](#)).

Art. 294. Antes da citação, o autor poderá aditar o pedido, correndo à sua conta as custas acrescidas em razão dessa iniciativa. ([Redação dada pela Lei nº 8.718, de 1993](#))

³¹ CARNELUTTI, Francesco. *Apud* CARREIRA ALVIM, J.E. Tutela Antecipada na Reforma Processual. Rio de Janeiro: Destaque, 1995, p. 6.: “o tempo é inimigo do processo, contra o qual o juiz deve travar uma guerra sem trégua”.

³² Art. 300. Compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir.

³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. III. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 469

É até palmar imaginar que o princípio da estabilização aliado à preclusão promove, em tese, um caminhar mais rápido ao processo, porém, isso não é efetivo, pois, se o autor mover novo processo, onde haverá tempo razoável de duração do processo, imaginando, para esse raciocínio, que o processo deve servir ao direito material como um todo de maneira a compor/pacificar os conflitos concretos da vida real dos jurisdicionados.

Com o objetivo de fechar o raciocínio, não é incorreto, pois, afirmar, que tanto o fato quanto o direito conjugados, ora um em maior grau, ora o outro, dependendo do tipo da demanda são usados para identificá-la, de modo que, individualizado o direito perseguido pela parte, caberá o juiz dizer quem tem razão proferindo sentença onde na sua parte dispositiva pronunciará a procedência ou não do pedido imeditato (providência jurisdicional solicitada: condenatória, declaratória, constitutiva, executiva, etc), conferindo ou não ao autor o bem da vida (pedido mediato).

Ao se afirmar que usamos ambas as teorias, estamos dizendo que aplicamos as duas ao mesmo tempo, de modo que não podemos afirmar categoricamente que há a filiação a uma teoria em detrimento da outra.

Navegando um pouquinho nesse momento sobre o pedido, impende colocar primeiro que o processo é uma relação jurídica complexa, formada pelas partes, autor e réu e um juiz.

O autor tem o direito à prestação jurisdicional, ou seja, a sentença, para com o titular do poder jurisdicional (juiz).

Noutro falar, o autor utiliza-se do remédio jurídico processual, em face da proibição do uso da tutela privada, provocando a jurisdição através de uma ação, vencendo, assim, o princípio da inércia. Toda ação começa com uma petição inicial, na qual o autor, além de identificar-se a si próprio, também identifica o réu, em face do qual formula um ou mais pedidos, narrando os fatos e a fundamentação jurídica, que entende corretos a fim de embasar o fato ou fatos alegados.

Entende-se, pois, como pedido, o ato pelo qual o autor delimita a ação material que o juiz efetivará, no caso de procedência, em face do réu.³⁴

O pedido possui dois capítulos denominados de mediato e imediato.

O pedido mediato é o bem da vida e o imediato é o tipo de providência que se pede ao juiz.³⁵

7 – A prova e a ampliação dos poderes jurisdicionais do juiz na instrução da causa e a recorribilidade diferida das decisões interlocutórias.

A produção da prova, na minha opinião, é o coração do processo.

Como dito alhures, tanto o autor quanto o réu alegam fatos a fim de justificar a pretensão do autor e a resistência do réu.

O juiz, ao examinar os fatos alegados, adequá-los-á ao direito objetivo e dará a solução ao litígio posto.

Contudo, não basta alegar os fatos, há que se prová-los, pois, o juiz precisa ficar convicto de que o fato alegado é realmente uma verdade.

Mas quem tem que provar os fatos? Seriam somente as partes ou poderia o juiz, de ofício, utilizando-se de uma postura ativa para com o instrumento processual, visto sob o ângulo constitucional, perquirir a produção de outras provas não requeridas pelas partes?

³⁴ ASSIS, Araken de. Cumulação de ações. 4ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 135.

³⁵ ASSIS, Araken de. op. cit. p. 154.

Como dissemos em capítulo anterior, visto o processo como instrumento de satisfação ao direito material, sob os *olhos constitucionais*, efetivo, seguro, justo e célere, com amplo acesso à justiça, igualdade e respeito ao contraditório e ampla defesa, entendemos que sim.

Nessa toada, um grande defensor da posição mais ativa do magistrado na instrução processual, relativizando, por assim dizer, o princípio dispositivo³⁶ e até dando uma ênfase maior ao que diz o art. 130 do CPC³⁷, é o iminente jurista e Desembargador paulista, José Roberto dos Santos Bedaque, que assim professa:

“a atividade probatória deve ser exercida pelo magistrado, não em substituição das partes, mas junto com elas, como um dos sujeitos interessados no resultado do processo. A maior participação do juiz na instrução da causa é uma das manifestações da 'postura instrumentalista que envolve a ciência processual'. Essa postura favorece, sem dúvida, a 'eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos'. Contribui, enfim, para a 'efetividade do processo'. Possibilitando que o instrumento estatal de solução de controvérsias seja meio real de acesso à ordem jurídica justa. A tendência moderna de assegurar a todos a solução jurisdicional, mediante o devido processo constitucional, compreende a garantia da solução adequada, cuja obtenção pressupõe a ampla participação do juiz na construção do conjunto probatório”³⁸

Como se pôde verificar pela leitura do texto do nobre jurista, ele, acertadamente, desloca a visão do princípio dispositivo da seara do direito processual para a seara do direito material, o mesmo fazendo Fredie Didier Júnior:

³⁶ Para José Roberto dos Santos Bedaque, em sua obra, *Poderes Instrutórios do Juiz*, “a denominação "princípio dispositivo" deve expressar apenas as limitações impostas ao juiz, em virtude da disponibilidade do direito; e que são poucas, pois se referem aos atos processuais das partes voltados diretamente para o direito disponível. As demais restrições, quer no tocante ao início do processo, quer referentes à instrução da causa, não têm qualquer nexo com a relação material; não decorrem, portanto, do chamado princípio dispositivo.”

³⁷ Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

³⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais - RT, 2001.

“a) sobre o *princípio dispositivo*: tal princípio está intimamente ligado à relação jurídica material veiculada no processo, no sentido de que, versando ela sobre direitos disponíveis, não pode o magistrado impedir que as partes pratiquem ato de disposição de vontade (renúncia, reconhecimento do pedido, transação etc.) cabendo-lhe tão-somente velar pela regularidade desses atos”.³⁹

Outro grande jurista de notável saber, Humberto Theodoro Júnior, também defende a maior atividade do juiz na descoberta da verdade real, ensinando que tanto o princípio dispositivo quanto o seu oposto, o princípio inquisitivo, não mais subsistem na sua forma pura. Vejamos:

“Modernamente, nenhum dos dois princípios merece mais a consagração dos códigos, em sua pureza clássica. Hoje as legislações processuais são mistas e apresentam preceitos tanto de ordem inquisitiva como dispositiva”.⁴⁰

Ainda nessa seara, importante deduzir o pensamento do não menos nobre, o jurista baiano, Fredie Dedier Júnior:

“Nada obstante ainda se perceba, na doutrina, na jurisprudência e na própria legislação, certa resistência à iniciativa probatória do magistrado, fruto de reminiscência histórica de um tempo em que se tinha uma visão eminentemente privatista do direito processual, pode-se dizer que hoje, com o desenvolvimento de uma visão oposta, que enxerga o processo civil sob um ângulo mais publicista, a tendência é de se conferir ao Estado-juiz os mais amplos poderes instrutórios.

A tendência é de certa forma recente, mas conta com raízes históricas antigas, José Roberto dos Santos Bedque, em obra dedicada ao tema [obra já citada, denominada, *Poderes Instrutórios do Juiz*], cita o pensamento de Manoel Aureliano Gusmão, já em 1922, afirmava, tratando da possibilidade de produção probatório por iniciativa do órgão jurisdicional, que “o juiz, órgão actuante do direito não póde ser uma pura machina,

³⁹ DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil, vol.2. Salvador: Editora Podivm, 2007.

⁴⁰ THEODORO Jr., Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

uma figura inerte e sem iniciativa própria, na marcha e andamento dos processos, só agindo por provocação, requerimento ou insistência das partes”.

Mas, antes mesmo disso, em 1916, comentando o Código de Processo do Estado da Bahia, o baiano, Eduardo Espínola, dono de um pensamento além de seu tempo, já afirmava que:

“o juiz, que não é, na processualística moderna, um simples autômato, dirige todo o processo inteligentemente, como um homem que vive no meio social em que a questão se agita, exige, não somente do queixoso, como também do queixado e até de terceiros, os elementos probatórios que, de acordo com a discussão e com as provas já fornecidas, lhe pareçam necessários à decisão da causa. Os clássicos princípios – o juiz deve julgar pelo allegado e provado – e – compete provar àquelle que allega – já foram banidos da recente doutrina e inteiramente desprezados pelos códigos mais modernos” [Eduardo Espínola, Código do processo do Estado da Bahia anotado. Salvador: Romualdo dos Santos Livreiro Editor, 1916, v. 1, p. 412-413”.⁴¹

Pela leitura dos parágrafos acima transcritos, dos quais concordamos integralmente, mesmo porque já fizemos nos capítulos anteriores a separação entre o direito material e o direito processual, a visualização do princípio dispositivo do âmbito do direito processual para o direito material traz salutareos benefícios à instrução da causa, isto porque a relação jurídica a ser decidida pelo juiz (direito material) não influi nos seus poderes instrutórios.

Ademais, a nova ordem processual não é justamente um processo seguro, célere, efetivo e justo, que tem por objetivo à satisfação das partes litigantes, se possível, já na primeira instância? Como a resposta é positiva e para que o juiz possa aferir quem tem razão, não seria melhor um direito probatório amplo realizado não somente pelo juiz, mas com ele juntamente com as partes e que o conduzisse à chamada verdade real dos fatos alegados na inicial e na defesa? Claro que sim, e tal proceder, seguramente, homenageia a segurança, a efetividade, a celeridade e, principalmente a justiça, escopo maior do Estado Democrático de Direito!

⁴¹ DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil, vol.2. Salvador: Editora Podivm, 2007.

Para aqueles que acham que este agir machuca o princípio da imparcialidade, fica aqui o recado: não, não fere, isto porque o aumento do poder instrutório do juiz não favorece nenhuma das partes. Quem pode dizer isso? Quem vê dessa forma, vê o processo com uma visão fora do processo constitucional, pois, pelo contrário do que se pensa, vendo o processo com as lentes constitucionais, ocorre um favorecimento sim, mas para ambas as partes, haja vista que o que se favorece é a descoberta da verdade dos fatos ou da mentira, ou mesmo, da equivocada interpretação deles, dada por elas mesmas, ou seja, as partes.

Ademais, nosso código prevê dever às partes de serem leais e não deduzirem fatos sabedoras que destituídos de verdades⁴². Nosso Código de Processo Civil possui todos os mecanismos para ser efetivo, bastando apenas alinhá-lo com a visão constitucional do processo. Quem disse que o processo tem que ser um tipo de alevisia para ganhar aquele que o maneja melhor?

⁴² Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: [\(Redação dada pela Lei nº 10.358, de 2001\)](#)

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. [\(Incluído pela Lei nº 10.358, de 2001\)](#)

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado. [\(Incluído pela Lei nº 10.358, de 2001\)](#)

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que: [\(Redação dada pela Lei nº 6.771, de 1980\)](#)

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; [\(Redação dada pela Lei nº 6.771, de 1980\)](#)

II - alterar a verdade dos fatos; [\(Redação dada pela Lei nº 6.771, de 1980\)](#)

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; [\(Redação dada pela Lei nº 6.771, de 1980\)](#)

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; [\(Redação dada pela Lei nº 6.771, de 1980\)](#)

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; [\(Redação dada pela Lei nº 6.771, de 1980\)](#)

VI - provocar incidentes manifestamente infundados. [\(Redação dada pela Lei nº 6.771, de 1980\)](#)

VII - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório. [\(Incluído pela Lei nº 9.668, de 1998\)](#)

Para colocar ainda uma pá de cal na questão, convém destacar mais uma vez que a postura mais ativa do juiz para descobrir a verdade real dos fatos alegados nos autos não fere a imparcialidade, simplesmente porque todas as decisões do juiz tem que ser fundamentadas (art. 93, CF).⁴³

Pensemos nisso, pois, como vimos linhas acima, juristas de pensamento imortal, muito antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, ou seja, em 1916 e 1922, já defendiam a ampliação do direito probatório nas mãos do juiz, a fim de se conferir celeridade e efetividade ao processo e, principalmente, descobrir-se a verdade real, a fim de realmente entregar a justiça das decisões!

O próprio artigo 125⁴⁴, inc. II e III, se analisado de um outro ângulo (sistematizado com o direito constitucional), permite-nos dizer que o juiz deve velar pela rápida solução do litígio e reprimir qualquer ato que atente à dignidade da Justiça.

Considerando que o desiderato do processo é a justiça constitucional, aplicar princípios incompatíveis com o direito fundamental à celeridade/efetividade e ao devido processo legal e contraditório, não é atentar contra a Justiça? E o juiz tem poder para inibir isso?! Viu como ele tem (art. 125 do CPC)!

8 – Razoável duração do processo e efetividade processual como um todo (*lato sensu*).

⁴³ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

⁴⁴ Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

- I - assegurar às partes igualdade de tratamento;
- II - velar pela rápida solução do litígio;
- III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça;
- IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes. [\(Incluído pela Lei nº 8.952, de 1994\).](#)

Ninguém mais duvida que processo é um método de trabalho para se alcançar o direito material.⁴⁵

Nesse sentido há que se buscar novas técnicas que garantam aos jurisdicionados a segurança no instrumento, celeridade na atuação, efetividade de resultados, e, principalmente, justiça. Não se pode, como muitas vezes já dito aqui nesse trabalho, cultivar apenas uma dessas garantias em detrimento das outras, sob pena de imprimir ao sistema um aleijão, uma deformidade.

Mais uma vez ele, José Roberto dos Santos Bedaque, brinda-nos com seu fulgurante e emocionante saber:

“De nada adianta um processo seguro e justo, mas demorado: também não pode ser cultuada apenas a celeridade, gerando risco de decisões injustas⁴⁶. É preciso buscar o *tempo razoável* a que se refere o art. 5º. LXXVIII, da CF, suficiente para conferir segurança e eficácia prática ao resultado. Afinal de contas, a efetividade da tutela jurisdicional constitui direito fundamental, assegurado também em sede constitucional”.⁴⁷

BEDAQUE, cita em sua citada *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, em *apud*, Fernando da Fonseca Gajardoni, para quem a demora “é prejudicial não só aos interesse da parte que tem razão, como também do país, pelo aspecto econômico, pois implica aumento dos índices de risco periodicamente divulgados pelo Banco Mundial (cf. “Os reflexos do tempo ...”, *Revista da Escola Paulista da Magistratura* 1/67; v. também seu *Técnicas de Aceleração do Processo*, pp. 47-48).

Quase impossível eu diria falar em razoável duração do processo e efetividade processual, sem se falar da técnica.

⁴⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos Bedaque. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

⁴⁶ Observação da autora: é o que vem acontecendo sistematicamente na Justiça Federal: à guisa de celeridade, tem aplicado indiscriminadamente o art. 557 do CPC em praticamente a maioria de seus julgamentos, e o pior: como não se publica a pauta, quando se vê o processo foi julgado sem possibilidade, inclusive, de se fazer sustentação oral.

⁴⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos Bedaque. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 78.

É inevitável que os operadores de direito em geral comecem a ver o processo constitucional como igualitário às partes e justo à garantia de entrega da tutela jurisdicional.

Com essa nova visão, que se espera alcance mais entusiastas, estudiosos e operadores do Direito (um sonho que se sonha só é apenas um sonho. Um sonho que se sonha juntos é o começo da realidade), possamos levar um maior desapego às formas e assim, com *segurança*, dar celeridade ao processo e efetividade ao direito material.

Não se pode simplesmente entender o direito material e o direito de ação, que aquele se utiliza, como entrega da prestação jurisdicional (sentença) tão-somente. Necessário se faz realizar, por conta da visão do processo constitucional, que o jurisdicionado tem muito mais que um direito a sentença, ele tem direito a meios efetivos de alegação de fatos e produção de provas que conduzam o magistrado sobre a verdade de quem tem direito ao bem da vida (direito substancial invocado).

Ainda na seara do processo constitucional, a fim de se imprimir celeridade e efetividade ao instrumento, interessante seria se mitigar o sistema de preclusão, não retirando das partes o direito de, caso desejem recorrer da decisão de piso, invocarem todas as matérias que poderiam ter sido arguidas em agravo de instrumento, bastando, para tanto, no decorrer da instrução, ocorrendo algum despacho do juiz, de cunho decisório, que a parte se sinta prejudicada, que ela apenas lance aos autos, em ata de audiência ou por petição, mas desde que seja a primeira oportunidade a falar nos autos após a decisão, o seu protesto no sentido de que, se depois de concluída toda a fase probatória, não sobreviesse nenhuma reconsideração do magistrado, acerca de uma decisão deferida ou indeferida, caberia ao autor ou ao réu, argui-la novamente em sede recursal sem o perecimento de qualquer direito.

9 – O fato superveniente ligado à causa com poder para modificar, alterar e adequar a causa de pedir e conseqüentemente o pedido. A relativização do princípio da estabilidade da causa. O processo civil português.

Como já dissemos alhures, conceituados processualistas defendem a eventualidade e a preclusão, esta intimamente ligada à estabilização da demanda. Não é o nosso caso!

Não por outro motivo que tais processualistas defendem que tanto os fatos constitutivos do pedido do autor quanto a defesa do réu, devem ser apresentadas com a inicial e com a contestação.

Em razão da preclusão e do princípio da eventualidade entende a maioria que há vedação à modificação da demanda pelo autor após a citação e a dedução de novas alegações pelo réu (artigos 282, III, 300, 264 e 294 do CPC).⁴⁸

Por essas razões que o juiz impede que as partes aditem a inicial ou a defesa após a ocorrência de pré-determinadas marchas processuais.

Tal ocorre sob a pífia alegação de que o sistema de preclusão evita a má-fé e assegura a celeridade.

Como, igualmente já vimos, esse pensamento não tem mais razão de subsistir, isso porque, o próprio instrumento apresenta penas ao litigante de má-fé e, relativizar a preclusão a ponto de que as partes possam deduzir fatos que venham a alterar a causa de pedir e pedido ou mesmo algum dos elementos de defesa, pelo contrário, também aceleram a demanda e evitam a distribuição de novas ações, sem se falar, ainda, que garantem a segurança, a efetividade e, mais do que nunca, a justiça, salvaguardando e homenageando o

⁴⁸ Art. 282. A petição inicial indicará:
III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;

Art. 300. Compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir.

Art. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei. [\(Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1973\).](#)

Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo. [\(Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1973\).](#)

Art. 294. Antes da citação, o autor poderá aditar o pedido, correndo à sua conta as custas acrescidas em razão dessa iniciativa. [\(Redação dada pela Lei nº 8.718, de 1993\)](#)

maior objetivo dela, que é a pacificação social em um estado democrático de direito como o nosso.

Para darmos continuidade ao estudo, necessário se faz ingressar mais uma vez no mundo dos fatos, mas o fato superveniente, que ligado com a demanda tem poder de modificar, alterar, adequar e até extinguir a causa de pedir e o pedido.

Ricardo de Barros Leonel⁴⁹ não discorre em sua obra sobre o fato superveniente, mas, sim, sobre o direito superveniente (lei nova) que surge no caminhar da ação.

Daí, temos novamente que nos inspirar em José Roberto dos Santos Bedaque, em sua obra já citada denominada *Efetividade do Processo e Técnica Processual*.

Para Bedaque, os artigos 303, 462 e 517 do CPC⁵⁰ tratam de fatos supervenientes.

Para o ilustre jurista: “Fatos constitutivos do direito do autor, embora não descritos na inicial, devem ser considerados pelo juiz, desde que verificados posteriormente à propositura da ação – art. 462 do CPC. Tem prevalecido a interpretação deste dispositivo entendimento restritivo quanto à possibilidade de o juiz considerar o fato constitutivo superveniente. Eventual alteração da causa de pedir só é admitida de forma bastante limitada, devendo o fato novo guardar nexos com aquele afirmado na inicial,

⁴⁹ LEONEL, Ricardo de Barros Leonel. Causa de Pedir e Pedido. O Direito Superveniente. São Paulo: Editora Método, 2006.

⁵⁰ Art. 303. Depois da contestação, só é lícito deduzir novas alegações quando:

I - relativas a direito superveniente;

II - competir ao juiz conhecer delas de ofício;

III - por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e juízo

Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença. ([Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1973](#)).

Art. 517. As questões de fato, não propostas no juízo inferior, poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior.

constituindo simples elemento dele. Embora omissa, integra o fundamento jurídico do pedido”.⁵¹

Os fatos constitutivos do direito do autor, mesmo que não narrados na inicial, devem ser considerados pelo juiz, desde que verificados posteriormente à propositura da ação e tenham – lógico – nexos de causa com o fato afirmado na inicial, com inclusão da prova desse novo fato na fase de instrução ou reabertura desta, caso ela já tenha ocorrido, desde que respeitado o contraditório.

Outro grande jurista de nosso tempo, do qual muito me valho para meus estudos, ainda que um pouco mais tímido, assim ensinou:

“Daí a necessidade de se alterar o tema em debate, para se amoldar o objeto da disputa às regras legais supervenientes, nos moldes do previsto no art. 462 do Código de Processo Civil”.⁵²

Nesse prisma, reacendendo o debate sobre causa de pedir e a assentando corretamente na descrição da causa remota, que é a fática e não da próxima, que é a jurídica, fica clara a possibilidade de se inserir fatos constitutivos, modificativos e impeditivos no decorrer da lide até a prolação da sentença, isto porque a causa de pedir nuclear mantém-se íntegra, sem se desintegrar.

Bedaque, em nota de rodapé⁵³, informa que a possibilidade de se alterar pedido e causa de pedir é aceita no Código de Processo Civil português (art. 663), colombiano (art. 305,4), Federal argentino (art. 123, 6º, segunda parte) e Modelo Ibero-Americano (art. 184,4), como informa Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (*Do Formalismo ...*, 2ª. ed., p.177, nota 124).

⁵¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 135-136.

⁵² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Embargos de Declaração – Remédio hábil para introduzir no julgamento o *jus superveniens* (art. 462 do CPC) in Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes, *Estudos em homenagem à Ada Pellegrini Guinover*, São Paulo, DPJ, 2005.

⁵³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. ob. cit. nota de rodapé no. 97. p. 135.

Como se verifica o sonho está começando a deixar de ser sonhado sozinho.

Respeitando-se o contraditório, não há razão lógico-jurídica para que o fato novo não seja incluído na demanda. Foi com essa visão que o Código de Processo Civil Português realizou sua reforma⁵⁴.

No código português, em seu art. 506⁵⁵, lê-se o seguinte: “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

⁵⁴ TUCCI, José Roberto Cruz e e BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coordenadores) + diversos autores. Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 265-277.

⁵⁵ SECÇÃO V – ARTICULADOS SUPERVENIENTES

ARTIGO 506 (TERMOS EM QUE SÃO ADMITIDOS)

1. Os factos constitutivos, modificativos ou extintivos do direito que forem supervenientes podem ser deduzidos em articulado posterior ou novo articulado, pela parte a quem aproveitem, até ao encerramento da discussão.
2. Dizem-se supervenientes tantos os factos ocorridos posteriormente ao termos dos prazos marcados nos artigos precedentes como os factos anteriores de que a parte só tenha conhecimento depois de findarem esses prazos, devendo nesse caso produzir-se prova da superveniência.
3. O novo articulado em que se aleguem factos supervenientes será oferecido:
 - a) Na audiência preliminar, se houver lugar a esta, quando os factos que dele são objecto hajam ocorrido ou sejam conhecidos até o respectivo encerramento;
 - b) Nos 10 dias posteriores à notificação da data designada para a realização da audiência de discussão e julgamento, quando sejam posteriores ao termo da audiência preliminar ou esta se não tenha realizado;
 - c) Na audiência de discussão e julgamento, se os factos ocorrerem ou na parte deles teve conhecimento em data posterior à referida na alínea anterior;
4. O juiz profere despacho liminar sobre a admissão do articulado superveniente, rejeitando-o quando, por culpa da parte, for apresentado fora do tempo, ou quando for manifesto que os factos não interessam à boa decisão da causa; ou ordenando a notificação da parte contrária para responder em dez dias, observando-se, quanto à resposta, o disposto no artigo anterior.
5. As provas são oferecidas com o articulado e com a resposta.
6. Os factos articulados que interessam à decisão da causa são incluídos na base instrutória; se esta já estiver elaborada, ser-lhe-ão aditados, sem possibilidade de reclamação contra o aditamento, cabendo agravo do despacho que o ordenar, que subirá com o recurso da decisão final.

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

1. A apresentação de novo articulado depois de designado dia para a audiência de discussão e julgamento não suspende as diligências para ela nem determina o seu adiamento, ainda que o despacho respectivo tenha de ser proferido ou a notificação da parte contrária haja de ser feita ou a resposta desta tenha de ser formulada no decurso da audiência. Se não houver tempos para notificar as testemunhas oferecidas, ficam as partes obrigadas a apresentá-las.
2. São orais e ficam consignados na acta a dedução de factos supervenientes, o despacho de admissão ou rejeição, a resposta da parte contrária e o despacho que ordene ou recuse o aditamento à base instrutória, quando qualquer dos atos tenha lugar depois de aberta a audiência de discussão e julgamento. A audiência só se interrompe se a parte contrária não prescindir do prazo de 10 dias para a resposta e apresentação das provas e houver inconveniente na imediata produção das provas relativas à outra matéria em discussão.

conhecimento depois de findarem esses prazos, devendo nesse caso, produzir-se prova da superveniência”.

Já que estamos falando do articulado superveniente do direito português, é de bom alvitre expor a possibilidade de se modificar a causa de pedir depois de contestada a lide.

No direito português fala-se em princípio da estabilidade da estância e da estabilidade dos elementos essenciais da causa, o que não deixa de ser a causa de pedir nuclear, ou seja, o cerne da questão.

Por princípio da estabilidade da estância entende-se que, após a citação do réu, a instância processual mantém-se a mesma quanto às partes, ao pedido e à causa de pedir, ressalvadas as possibilidades de modificação expressamente previstas em lei (artigo 268º do CPC).

Todavia, a lei permite modificação nas pretensões litigadas ou de seu fundamento fático em razão do evoluir dos argumentos apresentados pelas partes, ou seja, os fatos ou acontecimentos supervenientes.

Impende transcrever excerto da obra “Acção Declarativa à Luz do Código Revisto”, escrito por J. P. Remédio Marques, 3ª edição, Editora Coimbra, cujo capítulo transcrito versa sobre a “modificação do pedido e da causa de pedir na réplica”.

“134. Modificação do Pedido e da Causa de pedir na réplica

Não obstante a citação do réu *tornar estáveis os elementos essenciais da causa* (artigos 268.º e 481.º, alínea b), do CPC), a *réplica* também pode ser utilizada, como referimos, para o autor modificar *unilateralmente o pedido e a causa de pedir* (artigo 273.º/1 e 2 do CPC). É claro que o autor só pode pensar nesta hipótese *se a réplica for admissível nos termos gerais*.

A) Estamos agora a referir os casos em que esses elementos essenciais da causa podem ser alterados *quando não haja acordo*.

De facto, neste caso de falta de acordo o autor pode livremente *reduzir o pedido*, desde que esta redução seja favorável ao réu, o que equivale a *desistência parcial do pedido* (artigo 295.º1 do CPC).

Em *processo ordinário*, a *ampliação* ou a *alteração do pedido* podem ser indubitavelmente feitas na *réplica*, se houver este articulado nos termos gerais, pois o réu pode responder na *tréplica*; mas isso também parece possível nas *acções sumarias*, pois nestas acções ainda que não haja lugar ao articulado subsequente de resposta do réu (*tréplica*) este pode sempre responder na *audiência preliminar*, se esta for realizada (artigo 787.º1 do CPC), ou no *início da audiência final* (artigo 3.º4 do CPC). No mais, *o pedido só pode ser ampliado unilateralmente* (que não alterado) até ao enceramento da discussão em 1.ª instância, desde que a ampliação do pedido constitua o desenvolvimento ou uma consequência do pedido inicial ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Não há alteração do pedido se a autora pedir inicialmente a condenação solidária das rés a pagar-lhe uma determinada quantia e, na réplica, pedir que elas sejam condenadas a pagar-lhe a si, autora, ou a uma outra sociedade, cuja intervenção principal já havia sido requerida. Neste caso, há apenas uma alternativa aparente – cfr. O AcSTJ, de 12-09-2006, in [HTTP://www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Por exemplo, se o autor deduzir *acção de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges* contra a mulher com base em *separação de facto* por 1 ano consecutivo e por violação do *dever de respeito* e esta, na contestação, alegar que há a propósito de ambos *reatarem a vida em comum* (artigo 1782.º1, parte final, do Código Civil), o autor pode, na réplica (para além de, querendo, responder à matéria da excepção), pedir uma *indenização por danos não patrimoniais* causados ao outro pela dissolução do casamento (artigo 1792.º1 do mesmo Código), bem como *peticionar que os efeitos patrimoniais do divórcio se retrotraiam à data*, que à sentença fixará, em que a coabitação cessou (artigo 1789.º2 do mesmo Código).

Quando à *causa de pedir*, e na *falta de acordo*, ela também pode ser *alterada* ou *ampliada* na réplica ⁽¹⁾, podendo o réu responder na *tréplica* à modificação ocorrida ou, não havendo tréplica por a acção ser deduzida com *processo sumário*, na

audiência preliminar ou no início da *audiência de discussão e julgamento* (artigo 3.º/4 do CPC) (2).

(1) Por exemplo, o autor, que fundara a acção de divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges na separação por mais de *um ano consecutivo* a contar até à apresentação da petição, funda-a, na réplica, na ausência do outro, por tempo inferior a um ano (alínea c) do artigo 1781.º do Código Civil, a contar até à apresentação da réplica (cfr. O AcSTJ, de 30-4-1998, in [HTTP://www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

(2) Por exemplo, haverá alteração da causa de pedir se, na acção destinada a *anular* o contrato de compra e venda fundada em *erro* do autor adquirente (artigo 905.º do Código Civil), este vier invocar, na réplica a existência de *dolo* ou de *coacção moral*. Paralelamente, poderá, ao que parece, alterar o pedido de indemnizatório, de jeito a abranger não apenas os danos emergentes do contrato (artigo 909.º do Código Civil), mas, pelo contrário, os danos que o adquirente não sofreria se a compra e venda não tivesse sido celebrada (artigo 908.º do Código Civil).

Neste último caso, ocorre uma alteração simultânea da causa de pedir e de um dos pedidos (o pedido indemnizatório, pois o pedido de anulação mantém-se), a qual tem sido admitida quando dessa modificação dupla não resulta uma alteração da relação material litigada, uma convolução substancial do objecto da acção, e haja, portanto, um claro nexo com o pedido inicial e com a inicial causa de pedir.

B) *Havendo acordo* das partes, quer o pedido, quer a causa de pedir podem ser *ampliados* ou *alterados* até ao julgamento proferido na 2.ª instância, salvo se a alteração perturbar inconvenientemente a instrução, discussão e julgamento da causa (artigo 272.º CPC).

C) Quando à *ampliação simultânea do pedido e da causa de pedir* – qual *modificação qualitativa* em que o objecto inicial é substituído por um outro objecto - , ela parece possível somente nos casos em que há uma *clara conexão entre o objecto inicial da acção e o objecto modificado* (1). Isto pode suceder, quer quando alguns dos factos que integram a nova causa de pedir coincidem com os factos que integram a causa de pedir inicial, quer quando o novo pedido respeita a uma situação jurídica material dependente ou sucedânea da primeira. Se é possível ao réu deduzir um pedido reconvenicional na situação do artigo 274.º/1, alínea a), do CPC (“*quando o pedido do réu emerge do facto jurídico que*

serve de fundamento à acção ou à defesa”), por maioria de razão (ou pela *mesma* razão), deve ser permitida a alteração simultânea quando ocorra aquele tipo de *conexão* entre o objecto inicial e o objecto modificado.

(1) Já, neste sentido, no direito anterior à reforma de 1995/1996, cfr. ANTUNES VARELA e alii, Manual, 2.^a edição, 1985, cit., pp. 281-282 (embora com restrições no sentido em que a relação material controvertida se deve manter); ANSELMO DE CASTRO, Direito Processual Civil Declaratório, Vol. I, 1981, cit., pp. 168-169; TEIXEIRA DE SOUZA, As partes, o Objeto e a Prova na Acção Declarativa, 1995, cit., p.189; agora LEBRE DE FREITAS/MONTALCÃO MACHADO/RUI PINTO, Código de Processo Civil Anotado, Vol. I, 1999, cit., pp.486-487; MONTALVÃO MACHADO/PAULO PIMENTA, O Novo Processo Civil. 12.^a edição, 2010, cit., p.200, nota 450; LEBRE DE FREITAS, Introdução ao Processo Civil, Conceito e Princípios Gerais, 2.^a edição, 2006, cit., pp.183-184. Se a alteração for unilateral, terá que produzir-se forçosamente uma desistência do pedido inicial, de modo que o autor jamais pode voltar a alegar em juízo contra o réu o objecto inicial da acção. Se o juiz admitir essa modificação, produzem-se, quando ao novo objecto, os efeitos característicos da citação.

O artigo 273.º/6 do CPC autoriza, de facto, esta modificação *simultânea* do pedido e da causa de pedir na réplica, “*desde que tal não implique convolação para relação jurídica diversa da controvertida*” (1), embora, uma leitura gramatical deste normativo impeça a alteração simultânea quando o autor peticiona um *novo direito* e a *situação passiva* correspondente.

Suponha-se que, por exemplo, numa *acção de petição de herança* (artigo 2075.º/1 do Código Civil), o réu demandado invoca a sua qualidade de *donatário* do bem imóvel, cuja restituição é pedida pelo autor; neste caso, parece que o autor pode alterar a causa de pedir, passando a alegar a quantidade de *donatário* do réu, pedindo que a doação seja considerada *inoficiosa* (artigo 2168.º do Código Civil) e que se abra *licitação* entre os *herdeiros legitimários* (no caso de a *redução por inoficiosidade* exceder metade do valor do bem doado: artigo 1365.º/3, alínea b), do CPC e artigo 2174.º/2 do Código Civil) – aqui, o novo pedido reporta-se a uma relação material *sucedânea* da primeira. Hipotize-se, ainda que numa *acção de reivindicação* de um imóvel, o réu alega a sua qualidade

de titular de um *direito de habitação* sobre esse imóvel (e um *direito de uso* do respectivo recheio) – artigo 1484.º/1 e 2 do Código Civil; nesta eventualidade, o autor pode alterar a *causa de pedir*, alegando o título constitutivo do *direito de habitação*, o que importa a alteração *simultânea do pedido*, o qual passa a ser o do reconhecimento da sua propriedade (2), se e quando estiver verificado o *interesse processual* do autor enquanto sujeito carecido de ver declarada a sua *qualidade de proprietário* do imóvel (3).

(1) Contra a alteração simultânea do pedido e da causa de pedir, no direito anterior, cfr. MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares*, cit., p.159; ALBERTO DOS REIS, *Comentário ao Código de Processo Civil*, Vol.III, Coimbra Editora, Coimbra, 1946, pp.94-95.

(2) Nos termos do artigo 1490.º do Código Civil aplicam-se aos direitos de *uso* e de *habitação* as disposições que regulam o *usufruto*. Cfr., agora SANTOS JUSTO, *Diretos Reais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp.383-385.

(3) Contra a alteração *simultânea do pedido* e da *causa* de pedir, após a reforma de 1995/1996, cfr. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *A Causa de Pedir na Acção Declarativa*, Coimbra, Almedina, 2004, p.307. Autora que faz uma leitura *ab-rogante* do disposto no artigo 273.º/6 do CPC.

Em Portugal a possibilidade de se alterar pedido e causa de pedir no decorrer da demanda com supedâneo em fatos supervenientes, ao contrário do que imaginam a maioria, não retarda o processo, mas, pelo contrário, aumenta a celeridade processual.

No país lusitano o respeito ao contraditório e a constituição é medida de Justiça e de rigor. A sentença tem por escopo deixar as partes muito mais próxima dos fatos como eles estão no momento da sentença, situação de cuja qual poderíamos, com tranquilidade, passar a denominar a causa de pedir fática como próxima ao invés de remota.

Como dito no primórdio desse candente trabalho, a legislação extravagante também nos serve de supedâneo para as nossas incrementações, mesmo porque, o mundo, é uma onda contínua de acontecimentos que começam em um lugar e terminam no mesmo lugar que começaram, só que mais aperfeiçoados e evoluídos.

A flexibilização ao princípio da estabilidade da demanda e o sistema de preclusões permitiu a inclusão de fatos novos no direito de nossa pátria-mãe, como acabamos de demonstrar, isto porque, os olhos processuais estavam usando os óculos da Constituição Federal e da onda de modernidade. Assim, também, deve ser o nosso, portanto, devemos envidar todos os esforços possíveis a fim de introduzir de forma cabal e insofismável em nosso novo código de processo civil essa possibilidade.

A regra da preclusão (estabilização da demanda) seria aplicada somente se a parte invocasse como fato novo fato um acontecimento já tinha ciência quando da propositura da demanda, excepcionando-se, apenas, essa regra, em caso de a parte demonstrar cabalmente a ocorrência da justa causa para sua não invocação na inicial ou na defesa.

Como já asseverado, “velhos postulados devem ganhar novas premissas”, e, a partir dessa nova premissa, não se pode conceber a interpretação inadequada que a doutrina e a jurisprudência vêm dando ao art. 462 do CPC. Nesse painel, vale aqui novamente transcrever o postulado do invejável Galeno Lacerda, que pontificou em 1983 o seguinte:

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

Por que não se aproveitar o mesmo instrumento a fim de solucionar a crise de direito material? Homenageia-se a celeridade, efetividade, segurança e justiça e, ainda, consagra o princípio do devido processo legal e seus subprincípios da ampla defesa e contraditório. É, pois, realmente o art. 462 do CPC norma revolucionária que não pode mais ser deixada de lado, à margem de interpretação constitucional.

No nosso entender, do mesmo modo que o autor pode deduzir fatos novos posteriores a propositura da demanda, o réu também pode, desde que ocorridos

após a apresentação da defesa ou provada a justa causa para a sua não alegação, mas, sempre com respeito ao princípio do contraditório.

BEDAQUE, assim remata:

“Não se pretende, com esta sugestão, eliminar a preclusão e a eventualidade, o que implicaria retorno ao processo romano, em que não havia qualquer separação por fases. Propõe-se apenas certa flexibilização na rigidez da estabilização da demanda, desde que presentes determinadas circunstâncias excepcionais, com vistas à economia processual e à visão constitucional do processo.

O intuito da proposta não é, evidentemente, comprometedor a ordem estabelecida pelo modelo processual, o que geraria perda da segurança, consequência prejudicial à confiabilidade e efetividade do processo. Deseja-se simplesmente apresentar solução compatível com a economia processual e a instrumentalidade do processo, em consonância com a tendência verificada em legislações recentes, que se mostram muito mais liberais que a nossa, eis que aprenderam a olhar o passado, analisar as rápidas mudanças da sociedade e perceberam, tendo os olhos voltados à constituição, que os fatos se sucedem o tempo todo, pois o mundo não é estático, é dinâmico e o direito e o processo igualmente tem que ser dinâmicos, com vistas a espargir a Justiça, o que, seguramente dá segurança e efetividade.

Convém aqui transcrever, à guisa de fortalecer a nova visão constitucional do instrumento, a nota de rodapé nº 105 da obra de BEDAQUE [Efetividade do Processo e Técnica Processual], que trata do princípio e das regras do processo civil transnacional submetidos aos membros do *The American Law Institute*, elaborados pelos professores Geoffrey C. Hazard Jr. e Michele Taruffo, com a colaboração de Antonio Gidi. Identifica-se o abrandamento, apontado no corpo do texto, no princípio e nas regras seguintes, vertidos livremente para o Português pelo professor Cássio Scarpinella Bueno (para exame do texto em Inglês, cf. *Uniform Law Review* IX/859 e SS.):

“Princípio: 10.4 A parte, mostrando ter bons motivos, tem o direito de aditar sua petição inicial ou defesa, dentro de um prazo razoável, dando ciência às

outras partes e desde que isso não atrase in justificadamente o procedimento ou, de alguma forma, cause injustiça.

Regras: 14. Aditamentos

14.1 A parte, fundamentando seu pedido e dando ciência à parte contrária, pode aditar a inicial ou a contestação, observados prazos razoáveis, quando sua iniciativa não prejudicar o andamento do procedimento ou gerar injustiça. Em especial, os aditamentos são cabíveis para levar em consideração eventos ocorridos após os já articulados, fatos novos ou prova que, anteriormente, não pode ser obtida mediante a realização de diligências razoáveis ou para fazer referência à prova emprestada.

14.2 O aditamento será deferido quando ele for justificável, determinando-se, quando necessária, a suspensão ou o prosseguimento do procedimento ou a outorga, à outra parte, de alguma compensação pelos custos correspondentes.

14.3 A parte contrária deve ser intimada do aditamento e terá 30 dias consecutivos para respondê-lo ou o prazo que determinar o juízo.

14.4 O julgamento nos termos da Regra 15.2 só será admissível nos casos de aditamento da inicial, se a parte contrária, devidamente intimada, deixar de se manifestar sobre ele.

14.5 Qualquer parte pode requerer ao juízo que determina à outra que adite ou emende suas alegações para plena observância destas Regras. Este pedido suspende, temporariamente, o prazo para resposta.

19.2 Antes de proferir uma decisão com base nesta Regra, o juízo deve dar à parte a quem a providência é tomada oportunidade razoável de aditar sua petição inicial ou contestação quando parecer que a deficiências seja suprimível e desde que esta iniciativa não atrase o procedimento ou, de qualquer forma, resulte em injustiça”.

Depois dessa necessária e imprescindível transcrição do processo civil transnacional somada aos dizeres sobre o tema do direito comparado e ensinamento de BEDAQUE, dentre outros, já podemos prever como será o futuro (Um sonho que se sonha só é apenas um sonho. Um sonho que se sonha junto é o começo de uma realidade).

Importante dizer também que a redação do artigo 462 não deixa dúvidas de que tanto o fato novo aparecido depois da distribuição da demanda, quanto o fato

de conhecimento superveniente (que já existia, mas o autor ou o réu somente tomaram conhecimento dele posteriormente à distribuição da ação e da entrega da contestação) pode ser objeto de alteração de causa de pedir e pedido, isto porque o nosso código quando pretende tratar fato novo como aquele que realmente aparece após a distribuição da demanda, trata-o com a denominação de *fato novo* e não como fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor. Podemos citar como exemplo os dizeres do art. 475-E do CPC (“Art. 475-E. Far-se-á a liquidação por artigos, quando, para determinar o valor da condenação, houver necessidade de alegar e provar fato novo. [\(Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005\)](#)”).

Outro exemplo contundente de que a parte pode até mesmo depois de prolatada a sentença alegar fatos modificativos, extintivos ou impeditivos é o art. 517 do CPC.

Diz o referido artigo:

“Art. 517. As questões de fato, não propostas no juízo inferior, poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior”.

Não seria mesmo um paradoxo o legislador permitir alegações de fatos novos em apelação e não permitir após o despacho saneador? Não é coerente! Sistematizando o código de processo civil com a constituição federal teremos coerência.

É de se notar ainda, que no dispositivo agora estudado (art. 517), em nenhum momento o legislador diz que “os fatos supervenientes” ocorridos depois da sentença podem ser alegados desde que autorizados pela outra parte!

Não soa realmente estranho? Por que na 1ª. instância tem que ter a concordância da outra parte e na 2ª. instância não?

Já o réu também tem o mesmo direito de aditar sua contestação se sistematizarmos os dizeres do art. 303⁵⁶ com os artigos 462 e 517, todos do CPC, apenas acrescentando que o legislador quis dizer que o direito superveniente expressado no inc. I, do art. 303 do CPC, é, na verdade, fato superveniente.

Nesse painel, a alegação de fato novo superveniente, tanto pelo autor, quanto pelo réu, que fique bem claro, constitui exceção aos princípios da estabilidade da demanda e da eventualidade ou concentração da defesa na contestação, sem prejuízo do seu reconhecimento *ex-officio* pelo magistrado.

O professor Galeno Lacerda ainda acrescenta:

“Como quer que seja, a tese, transformada em lei e adotada pelo direito brasileiro, de modo ainda mais abrangente do que o português, abala e subverte velhos princípios, como o do efeito consumptivo da *litis contestatio*, em sua rígida imutabilidade formal. Se não há mudança no pedido, há sem dúvida modificação entre os fatos anteriores e os posteriores à inicial e à contestação, transformação que deve, por lei, ser considerada”.⁵⁷

A roborar, ainda, com esta tese de que é possível em nosso ordenamento pátrio trazer fatos havidos depois dos articulados na inicial, temos a demonstrar os dizeres do art. 397 do CPC.⁵⁸

Por esse artigo até mesmo após a sentença é possível a introdução de fato superveniente, pois, pensemos logicamente, se o instrumento permite a juntada de documentos novos a fim de fazer prova de fatos ocorridos após os articulados, por óbvio que permite a alegação de fato superveniente após a distribuição da inicial!

⁵⁶ Art. 303. Depois da contestação, só é lícito deduzir novas alegações quando:
I - relativas a direito superveniente;
II - competir ao juiz conhecer delas de ofício;
III - por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e juízo.

⁵⁷ LACERDA, Galeno. O código e o formalismo processual. *In Revista de Processo*, n. 28, julho, 1983.

⁵⁸ Art. 397. É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.

Agora, continuemos com o raciocínio: se podemos alegar fatos ocorridos depois dos articulados e prová-los com documentos, que certeza podemos ter que tais fatos não possam alterar a causa de pedir e conseqüentemente o pedido? Nenhuma.

É evidente que a causa de pedir nuclear exposta na inicial é a mesma, mas fatos decorrentes da causa de pedir ocorridos posteriormente à propositura da demanda, às vezes, até mesmo em razão da própria demanda distribuída, devem ser incluídos na causa a fim de se aproveitar o mesmo instrumento e como o pedido decorre logicamente da causa de pedir é natural que nele ocorra alguma alteração a fim de se amoldar a nova crise de direito material acontecida.

É nítido e é possível sentir o sistema jurídico como um organismo vivo e, por essa razão, provido de coerência. Não é à toa que o artigo 462 está presente em nosso ordenamento jurídico, e isto desde 1973 (Lei 5925). Tudo tem uma razão de ser. Buzaid deve ter sentido essa necessidade, mas, enfim, o que nos interessa é agora explorar essa “norma revolucionária” sob a ótica constitucional e dar a ela o seu real sentido.

10 – O art. 462 do CPC sob o enfoque constitucional (sistematização de todo o ordenamento jurídico).

O nosso querido Código de Processo Civil normatizou unicamente em seu art. 462 a possibilidade viva de se incluir fatos supervenientes após a distribuição da ação e após a apresentação da defesa pelo réu.

Além desse artigo, demonstramos no capítulo anterior a existência de outros, que sistematizados levam-nos à conclusão inexorável da possibilidade ora defendida, com muita força e ênfase!

É de se notar e fazer constar que o fato de o juiz poder conhecer *de ofício* os fatos constitutivos, modificativos e extintivos do direito *material*, depois de articulados, é o mesmo que dizer que o princípio dispositivo sofreu uma mitigação, não é?

O vetusto direito romano, do qual descendemos, alhures estudado, dizia que no momento da prolação da sentença há que se refletir o estado das coisas no momento da propositura da lide, mas, com a evolução da sociedade, como também já esclarecido capítulos acima, entendemos que o momento da decisão da demanda posta, tem que refletir o estado de fato, seja em primeira, seja em segunda instância.

Analisar o “notável” artigo 462 do CPC em conjunto com os artigos 303, 396, 397 e 517 do mesmo CPC, no nosso modesto modo de ver o direito, é obrigação de qualquer exegeta, pois, integrando todo o ordenamento jurídico existente no sistema, ou seja, os princípios de direito processual civil, os princípios constitucionais, podemos, sim, inferir, a possibilidade de se alterar causa de pedir e pedido com arrimo nos precípuos dizeres do artigo 462 do CPC, mesmo porque, ninguém olvida, que também é de interesse público se acelerar a demanda (princípio da celeridade), aliás, pilar, agora elevado a categoria de direito fundamental, em face do que dispôs a EC nº 45, princípio que, se aplicado verdadeiramente, terá o poder de flexibilizar o rigorismo formal (que hodiernamente não tem mais razão de ser), emprestando, assim, maior agilidade ao processo, além de eficiência, segurança e justiça.

Em nosso modestíssimo entendimento, até mesmo o STJ, em seu Regimento Interno, mais precisamente nos artigos 141, inc II e 168, permite a introdução de fatos supervenientes que tenham o condão de influir no julgamento da causa. Ei-los, *in verbis*:

“Art. 141. Nos recursos interpostos na instância inferior, não se admitirá juntada de documentos, após recebidos os autos no Tribunal, salvo:

II - para prova de fatos supervenientes, inclusive decisão em processo conexo, os quais possam influenciar nos direitos postulados;

Art. 168. A Corte Especial, a Seção ou a Turma poderão converter o julgamento em diligência quando necessária à decisão da causa. Neste caso, o feito será novamente incluído em pauta”.⁵⁹

⁵⁹ www.stj.jus.br.

Tal possibilidade viva, além de prestigiar o festejado princípio da celeridade e da economia processual, evita o retardamento da lide, como dito no capítulo acima, eis que evita a propositura de outra ou de outras ações, pois, o preceito insculpido no art. 462 do CPC, outorga ao autor a possibilidade de alterar pedido e causa de pedir por incluir fatos novos ligados diretamente à questão de fundo e com ela se derivando (causa de pedir fática ou remota).

Não podemos nos esquecer que além do artigo 462 do Código de Processo Civil e demais já citados, temos a nos auxiliar em nossa exegese sistemática, o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC – Decreto-Lei 4657/1942), artigo esse de direito material que impõe ao magistrado o dever de integrar todo o ordenamento jurídico para a solução do caso.⁶⁰

Os princípios gerais de direito, os princípios do direito material, os princípios de direito processual civil, a analogia, os princípios constitucionais, os princípios do código de defesa do consumidor, não podem ser deixados de lado. Todo o ordenamento jurídico é cadenciado e interligado, devendo ser interpretado de forma sistematizada.

Nesse diapasão, já que falamos do CDC (Código de Defesa do Consumidor), temos que pensar que o Poder Judiciário serve ao jurisdicionado e, por conseguinte, a sentença é um bem de consumo e como tal deve ser prestada com objetivo de pacificar as contendas, de forma célere, intensa, efetiva e justa, trazendo para o momento da prolação da sentença todos os fatos que delinearam o contorno da lide desde a sua formação até a entrega da prestação jurisdicional.

É necessário reinterpretar-se o art. 462 do CPC e os demais que dão carisma a ele, à luz dos princípios constitucionais de celeridade/efetividade.

⁶⁰ Art. 4º da LICC. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

A partir dessa nova premissa é inegável que o artigo 462 cresceu em sua interpretação sendo instituto instrumental que dá efetividade a norma material fundamental contida no art. 5º, inc. LXVIII, da Constituição Cidadã.⁶¹

Tal direito fundamental (razoável duração do processo) ingressou nessa categoria em 2004 (EC 45/2004) e deu ainda maior amplitude a outro princípio de direito fundamental: o devido processo legal, onde se encontra assentado o contraditório e a ampla defesa.

Nessa senda, sigamos em nosso raciocínio: sendo, pois, a razoável duração do processo um princípio constitucional, qualquer outro que com ele aparentemente colida, só pode ser um princípio infraconstitucional, pois entre princípios constitucionais não há choque e nem hierarquia, mas, sim, a prevalência na aplicação de um, não sobre o outro, mas de outro, tudo dependendo do caso concreto *sub judice*.

Diferente será a situação onde um princípio infraconstitucional, por exemplo, o da estabilização da demanda, se sobrepuser a um princípio constitucional, como por exemplo, o princípio constitucional fundamental da celeridade/efetividade. Se isso acontecer (e, infelizmente, vem acontecendo aos borbotões) a interpretação dada será evidentemente contra a constituição e ilegítima.

Interessante trazer à baila o imortal saber de Rui Barbosa sobre o ponto que estamos estudando nesse momento:

“Pouca importância dão, em geral, os nossos publicistas às ‘questões de princípios’. Mas os princípios são tudo. Os interesses materiais da nação movem-se de redor deles, ou, por melhor dizermos, dentro deles.”

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio é o "mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata

⁶¹ Assim chamada por Ulisses Guimarães, que esteve à frente da Assembleia Constituinte: "Será a Constituição Cidadã, porque recuperará como cidadãos milhões de brasileiros. O povo nos mandou aqui para fazê-la, não para ter medo" fonte: www.veja.com.br.

compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico".⁶²

A fim de trazer à colação importante lição de Carlos Ari Sundfeld, que iluminará com uma clareza solar tudo o quanto até aqui expendido:

"a) É incorreta a interpretação da regra, quando dela derivar contradição, explícita ou velada, com os princípios; b) Quando a regra admitir logicamente mais de uma interpretação, prevalece a que melhor se afinar com os princípios; c) Quando a regra tiver sido redigida de modo tal que resulte mais extensa ou mais restrita que o princípio, justifica-se a interpretação extensiva ou restritiva, respectivamente, para calibrar o alcance da regra com o princípio." Agora, quanto à integração jurídica, diz: "Na ausência de regra específica para regular dada situação (isto é, em caso de lacuna), a regra faltante deve ser construída de modo a realizar concretamente a solução indicada pelos princípios."⁶³

Como se pode concluir, o art. 462 do CPC, sistematizado com artigos os 303, 396, 397 e 517 do mesmo CPC é um notável e poderoso autorizador na introdução de fatos supervenientes, tanto pelo autor, como pelo réu, depois das alegações já formuladas na inicial e na defesa, estando, ainda perfeitamente calibrado com os princípios fundamentais constitucionais da celeridade/efetividade e devido processo legal, no qual se insere o princípio do contraditório, cujo qual jamais deve ser relegado pelo operador do direito, sob pena de se enviar à bancarrota toda a construção jurídica aqui esposada, além de ferir o Estado Democrático de Direito.

A possibilidade de alterar causa de pedir e pedido no decorrer do processo, diante de tudo o quanto se defendeu, acelera o instrumento e lhe garante efetividade, segurança e justiça na decisão.

Lembro-me de ter lido em algum lugar uma frase mais ou menos dita assim pelo iminente professor e jurista baiano J.J. Carmon de Passos:

⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. Ed. RT, São Paulo, 1980, p. 230.

⁶³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. Malheiros, São Paulo, 1992, p. 183

“Assim como os mandamentos de Deus de nada valem para aqueles que não têm fé, os princípios constitucionais também de nada valem para os que não têm a consciência de toda a sua potencialidade”.

Para chegarmos à conclusão do que aqui foi exposto faz sentido e tem harmonia com a Constituição devemos responder a pergunta que não quer calar e assola muitos jurisdicionados e operadores do direito país afora: *o processo deve ser um obstáculo ou um caminho para a realização do direito material e, por conseguinte, da Justiça?*

Seguramente todos responderão que deve ser um caminho que consagra a Justiça através dos valores constitucionais!

Como dito no início deste trabalho, sem olhar e estudar o passado não podemos discutir o presente e formular um futuro com vistas à melhora do processo. Acredito que ainda não temos um processo civil pronto e acabado, talvez nunca o teremos, pois, a evolução é contínua e o tempo não pára.

Tudo o quanto aqui foi exposto, e, que se diga, muito pouco do muito que se poderia falar, ficou muito clara a possibilidade de o juiz, o primeiro a tomar contato com o processo como um todo, de ignorar formalismos desnecessários que em nada contribuem à solução do litígio, apegando-se, daí sim, aos princípios fundamentais constitucionais.

Não há razão de ser do porquê de tanto medo em se desapegar de formas incondizentes com a constituição e longínquas que estão do poder-dever de se levar Justiça e efetivamente entregá-la aos jurisdicionados.⁶⁴

⁶⁴ “Por isso, a garantia constitucional de acesso à Justiça, integrante do complexo de direitos fundamentais da pessoa humana, não pode ser comprometida pela técnica processual, que constitui meio destinado a possibilitar que o processo se desenvolva de forma adequada, de modo a proporcionar decisão segura e justa a quem necessita desse meio estatal de solução de controvérsias. Não pode a forma do procedimento ser transformada em fim, a ponto de atingir a substância do direito de acesso a Justiça” (José Roberto dos Santos Bedaque. Efetividade do Processo e Técnica Processual, São Paulo: Malheiros Editores, 2007).

Outro fato nefasto dentro da Justiça que o processo constitucional pode evitar ou até que se mature, pelo menos minimizar, são as decisões diferentes sobre um mesmo fato.

Tendo a possibilidade de incluir fatos supervenientes na lide e uma maior participação do juiz na colheita das provas em busca da verdade real, de modo a distribuir o ônus *probandi* àquele que detém as melhores condições de demonstrar, sempre com respeito ao contraditório, *seguramente*, evitaremos que decisões diferentes continuem a serem prolatadas em nosso país.

11 – O respeito indubitável ao princípio do contraditório, da ampla defesa e ao ônus da prova.

Vimos que podemos aplicar sob a ótica instrumental e processual o art. 462 do CPC quando, depois de proposta a demanda, surgirem fatos supervenientes como aptidão para constituir, modificar ou extinguir o *direito material*.

As garantias constitucionais são realizadas e asseguradas pelo ordenamento jurídico e o ordenamento jurídico sem a constituição fica vazio. Para tentar entender o lado intrincado dessa proposição, usemos como referência um famoso comercial veiculado nacionalmente na década de 80: “Tostines vende mais por que é fresquinho ou é fresquinho porque vende mais?”. A ideia central do comercial foi justamente mostrar que as duas afirmações (fresquinho e vender mais) eram, ao mesmo tempo, indissociáveis e únicas entre si, de modo que não se podia ver uma afirmação sem a outra. As duas juntas davam identidade à bolacha, produto fabricado pela empresa Tostines.

Respeitando-se as garantias constitucionais, o processo caminha por estradas bem pavimentadas, sem buracos ou atalhos perigosos.

Com os operadores do direito manejando o instrumento de acordo com as garantias e regras da Constituição Cidadã será possível falarmos em um processo célere, efetivo, seguro e justo, tudo ao mesmo tempo.

Uma das garantias muito importantes que dão maior poder ao devido processo legal é o respeito ao contraditório.

O contraditório é a garantia que as partes têm de poder influenciar o Estado-juiz, ou seja, de falar e ser ouvidas e apresentar as provas de suas falas e contrafalas.

Insta dizer que a participação do juiz no contraditório é primordial, haja vista ser ele o responsável a conferir às partes essa garantia constitucional.

Noutra palavras é do juiz o *dever* de assegurar às partes o *direito* do exercício do contraditório! Confira BEDAQUE:

“Não há qualquer incompatibilidade entre o contraditório e a participação mais ativa do juiz na relação processual. Muito ao contrário. Conceito moderno desse princípio processual, que se pretende efetivo e equilibrado, não prescinde da intensa atuação daquele a quem foi conferida a função de conduzir o processo, assegurando aos sujeitos parciais real igualdade de tratamento e de oportunidades”.⁶⁵

Como se pôde conceber, dentro de um instrumento constitucional, um juiz inerte não é um juiz preocupado com a verdade real.

Não se pode, hodiernamente, mais se pensar em imparcialidade, como dever de inação.

Pelo contrário, um juiz imparcial é o que confere igualdade – princípio constitucional de importante magnitude – às partes, garante e assegura o contraditório, promovendo a paridade de armas às partes, de modo a edificar um processo preocupado com o conjunto probatório apto a descobrir a verdade real e fazer a Justiça.

⁶⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil (questões polêmicas). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Já que se mencionou a locução “conjunto probatório”, antes de se adentrar no assunto de quem tem o dever do ônus *probandi*, impende fechar o assunto do contraditório, inserindo-o dentro do contexto de devido processo legal.

Como sabido e consabido, a Constituição Federal de 1988 consagrou de forma clara o princípio do devido processo legal, o qual insculpido no art. 5º, inciso LIV⁶⁶.

Este princípio originou-se do direito anglo-americano, da cláusula *due process of Law*.

Em razão desse nascedouro, o devido processo legal não permite à lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, nem que dele (Poder Judiciário) também se exclua ou não se respeite as garantias do contraditório e da ampla defesa, segundo escrito nos incisos XXXV⁶⁷ e LV⁶⁸ do mesmo artigo de direito fundamental da Constituição (art. 5º).

A garantia da prestação jurisdicional em tempo razoável e sem atrasos por conta de excessos de formalismos desnecessários, é resultado evidente do devido processo legal.

Note que o inc. LIV do art. 5º consagra a palavra processo. E processo é o instrumento posto pelo Estado a fim de dar efetividade à crise de direito material, objetivando a pacificação da lide com a entrega da Justiça, a qual deve satisfazer ambas as partes, até mesmo aquela que não tem razão.

⁶⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

⁶⁷ XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

⁶⁸ LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Bem, voltando ao assunto do direito probatório – o coração do processo – vamos falar agora sobre o ônus da prova. Primeiro discorreremos sobre tão importante tema dentro do processo e remataremos a tarefa com a sua inserção dentro da possibilidade de incluir no decorrer da lide causa de pedir e pedido (em relação ao réu também), nos termos do art. 462 do CPC.

Primeiramente, insta apresentar a diferença entre ônus e obrigação. Ambos os conceitos sujeitam-se a vontade das partes, porém, descumprir uma obrigação implica em nascimento de um direito ao credor dessa obrigação; descumprir um ônus faz nascer um prejuízo àquele que deveria cumprir o ônus.

Voltando à prova, ônus da prova é um encargo – não uma obrigação –, atribuído à parte que alega um fato em juízo. Descumprido, pois, esse encargo, surge ao titular do ônus uma desvantagem perante o direito e o processo.

Quem descumpre o encargo de provar um fato alegado responderá pela ausência da prova e o fato alegado será tido como inexistente.

Segundo ditames do art. 333 do CPC, incumbe ao autor provar o fato constitutivo de seu direito material e ao réu o fato extintivo, impeditivo ou modificativo.⁶⁹

Entendemos que essa regra é inflexível demais, engessando o sistema e ferindo também princípios constitucionais (igualdade, devido processo legal e acesso à justiça).

Lembram-se quando dissemos que o nosso ordenamento é harmônico e coerente?

⁶⁹ Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Então, observem que faz sentido imaginar que essa regra de “prova quem alega” precisa se harmonizar com os princípios constitucionais de forma a se amoldar a eles, flexibilizando-a.

Pensando sobre o assunto e pesquisando-o, encontrei em Fredie Didier Júnior um apoio. O jurista baiano ensinou em sua obra Curso de Direito Processual Civil, que a ele parece que a concepção mais acertada para se tratar de distribuição do ônus da prova é a “distribuição dinâmica do ônus da prova”.

Segundo essa concepção a prova incumbe a quem detém mais condições de produzi-la, à luz da casuística discutida no processo.

De acordo com DIDIER, “prova quem pode”⁷⁰.

Ou seja, o encargo (ônus) da prova é repartido de acordo com o caso concreto de forma dinâmica, não importando se alegado pelo autor ou pelo réu, não sendo, igualmente relevante, se o fato a ser provado é constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo de direito material. Tal teoria, como se sente, promove a cooperação e solidariedade para com o processo, estimulando a facilitando a busca da verdade real.

Notar que o CDC (Código de Defesa do Consumidor) inverteu o ônus da prova em favor do consumidor, não só pela hipossuficiência e possível verossimilhança da alegação, mas, também e principalmente, porque quem reúne as melhores condições de produzir a prova é o fabricante, que detém a maior parte da prova da casuística lançada pelo consumidor em seu processo.

Percebe-se, assim, claramente, olhando todo o ordenamento jurídico lá do alto, tendo uma ampla visão do todo, estando incluída no conceito de ordenamento jurídico, a constituição federal – que fique muito claro –, é possível sentir que para o CDC, o legislador aplicou a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, a qual compatível com os princípios constitucionais.

⁷⁰ DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Editora Podivm, 2007, p.62.

O lado bom dessa história é que tanto a doutrina, quanto a jurisprudência, têm admitido a flexibilização da distribuição do ônus da prova da regra estática do art. 333 do CPC para a regra dinâmica, dependendo da casuística, amoldando-a aos princípios constitucionais acima citados.⁷¹

Fredie Didier, em sua obra já citada, discorre que o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Coletivo, acolhe essa teoria da distribuição dinâmica do ônus prova, ao dispor no art. 11, §1º o seguinte: “O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração”.

Por fim, vendo a distribuição do ônus da prova, também sob a ótica constitucional, inferimos que caberá ao juiz o dever de deliberar junto com as partes a distribuição do ônus *probandi*, punindo aquele, com prejuízo processual, que de má-fé não cooperar com o processo.

Como se vê, a participação mais ativa do juiz na colheita das provas em busca da verdade real é o caminho sem volta que o processo tomará dentro de pouco tempo.

12 – Qual o último momento para se alegar fato superveniente.

À guisa de explicar a questão, devemos, para tanto, separar o processo em dois instantes, a fim de se estabelecer qual seria o último momento para se invocar fato superveniente apto a influir no julgamento da lide.

⁷¹ “Não se trata de revogar o sistema do direito positivo, mas de complementá-lo à luz de princípios inspirados no ideal de um processo justo, comprometido sobretudo com a verdade real e com os deveres de boa-fé e lealdade que transformam os litigantes em cooperadores do juiz no aprimoramento da boa prestação jurisdicional. De qualquer modo, esse abrandamento ao rigor da literalidade do art. 333 depende de condições particulares do caso concreto que, na evolução do processo, permitam um juízo de verossimilhança em torno da versão de uma das partes, capaz de sugerir, de antemão, a possibilidade de o fato ter ocorrido, tal como afirma o litigante, a que toca o ônus da prova, mas que, nas circunstâncias, evidencie menos capacidade a esclarecê-lo por completo” (THEODORO JR. Humberto. Curso de Direito Processual Civil, vol.1, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 431).

O primeiro instante do processo, dentro do nosso exemplo, é a prolação da sentença em primeira instância e o segundo instante é ao término da fase recursal, seja nos Tribunais de Justiça, seja nas Cortes Superiores.

Vamos ler novamente o artigo 462 do CPC, tendo em mente tudo o que foi até aqui esposado:

“Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença”.

Segundo nosso entendimento, por tudo o quando já expandido nos capítulos anteriores, o fato superveniente que tenha aptidão para influir no julgamento da lide deve ser tomado pelo juiz *no momento* de proferir a decisão de mérito e dizer quem tem direito ao bem da vida.

A dicção do artigo diz claramente a expressão: *no momento de proferir a sentença*.

Tal expressão dispensa outras digressões das que já professadas acima, de modo que se pode inferir, com absoluta precisão, que mesmo depois de encerrada a instrução processual, mas desde que antes de prolatada a sentença, a parte poderá alegar fato superveniente e prová-lo de acordo com a distribuição dinâmica do ônus da prova, respeitando-se, incontinenti, o contraditório.

Se o fato superveniente ocorrer depois de prolatada a sentença de piso, caberá aos Tribunais estaduais apreciar os fatos supervenientes e, da mesma maneira que muitos desses Tribunais agendam audiências de conciliação em 2ª. instância, que também permitam a produção da prova do fato alegado, desde que realmente o fato superveniente tenha o poder de influir no julgamento da lide, respeitando-se, por óbvio, o contraditório (vide artigo 517 do CPC).

Ada Pellegrini Grinover pensa da mesma maneira. Diz a ilustre jurista, *in casu*, sobre fato e direito superveniente, entendendo este como fato, não como lei posterior, como advoga Ricardo de Barros Leonel, mas, sim, como fato superveniente:

“Não há qualquer dúvida de que, ainda pendente a questão junto ao Tribunal de Justiça, *esse órgão pode e deve* - porque tem competência para tanto - *apreciar a alegação de incidência de direitos supervenientes, manifestando-se sobre as consequências daí resultantes*”.⁷²

Do mesmo modo devem proceder as Cortes Superiores, tendo-se por mira o ideal de Justiça e a efetividade das decisões com celeridade e segurança, entregando o bem da vida àquele que tem razão e no momento atual e não no momento como estava quando da distribuição da ação (como, por exemplo, os arts. 141, inc. II e 168, ambos do RISTJ).

Nas instâncias superiores, mais precisamente no STJ, ao pesquisar sobre o tema “fato superveniente” tive uma grata surpresa com o acórdão em um recurso especial relatado pela insigne Ministra Nancy Andrigh.

Embora ela não tenha entrado a fundo na questão por uma impropriedade do recorrente na colocação do fato superveniente, o fato é que para a importante Ministra, o fato superveniente mitiga o princípio da estabilidade da demanda.

Apreciemos o evoluído pensamento da Ministra:

RECURSO ESPECIAL Nº 977.910 - SP (2007/0204449-0)
RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : E I DU PONT DE NEMOURS AND
COMPANY E OUTRO
ADVOGADO : JAQUES LABRUNIE E OUTRO(S)
RECORRIDO : NORTOX S/A
ADVOGADOS:ANA PAULA ORIOLA MARTINS E
OUTRO(S)
VINICIUS DE FIGUEIREDO TEIXEIRA PEDRO MARCOS
NUNES BARBOSA E OUTRO(S)

⁷² GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito Superveniente. Repercussão sobre o ato judicial. Momento de eficácia da decisão, *in* Estudos & Pareceres, 2ª. ed., São Paulo, DPJ, 2009.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA PROFERIDA EM OUTRO PROCESSO. FATO SUPERVENIENTE PREJUDICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO. NECESSIDADE.

- Sem o trânsito em julgado do provimento jurisdicional externo, não há de se falar no surgimento de fato superveniente prejudicial à relação jurídica analisada em outro processo, sendo, portanto, inaplicável o art. 462 do CPC, que mitiga o princípio da estabilidade da demanda. Precedentes.

Recurso especial provido.

Grifei e sublinhei.

Como se pôde verificar o STJ abre a possibilidade de se introduzir fatos supervenientes ao processo antes da decisão da Turma e igualmente entende que o artigo 462 tem o poder de mitigar o princípio da estabilidade da demanda.

12 – Considerações finais

Como pudemos ler, sentir e imaginar, o processo é o instrumento colocado à disposição do jurisdicionado para dar aptidão ao direito material realizando-o e fazendo justiça.

Nessa toada, qualquer situação que implique em restrições ao desiderato de um processo célere, efetivo, seguro e justo deve ser vista com uma afronta ao processo constitucional, o qual prima pela igualdade, celeridade/efetividade, segurança e respeito ao devido processo legal e contraditório.

Nesse trabalho procuramos demonstrar e esperamos que com certo sucesso, a possibilidade viva existente em nosso ordenamento jurídico de alterar causa de pedir e, conseqüentemente, o pedido depois de proposta a ação ou ofertada a defesa.

O tema aqui em debate é quase nada discutido em nossa doutrina e em nossa jurisprudência, a exceção apenas de algumas poucas vozes, que se espera, dada suas magnitudes, provoquem a discussão e o debate de matéria tão importante em toda a comunidade jurídica.

Dissemos em nosso trabalho que o Direito faz parte da História da Humanidade e que para se viver em sociedade, de modo que ela seja organizada, regras foram criadas, objetivando a harmonia da vida.

Contamos como a moral se separou do direito e como o direito material e o instrumental eram um só (época do sincretismo).

Passamos pela autonomia do direito processual até levá-lo a uma visão constitucional.

Explicamos, sucintamente, é verdade, as subdivisões do direito material, em objetivo, subjetivo e potestativo.

Explanamos as confusões acontecidas em nossos tribunais com a mistura que ainda se faz entre os planos de direito material e processual. Tais confusões também ocorrem em primeira instância, haja vista que os juízes também, em alguns casos, confundem o mérito da causa, que é resolver o pedido, com as condições da ação, que são os pressupostos processuais. Não adentramos profundamente nesse tema, vez não ser a matéria central a ser estudada. Tivemos o cuidado apenas de passar sobre os mais importantes temas do processo a fim de trazer conteúdo ao assunto e uma visão geral do processo.

Dentro do processo constitucional buscamos demonstrar que o instrumento não pode e não deve ser um fim em si mesmo e que não pode ser maior que o direito material, mas, sim, ser uma estrada da realização desse direito e entregar satisfação da Justiça às partes.

Mostramos que o processo constitucional se entrelaça e se interpenetra com o direito material, dando-lhe efetividade, mas, mantendo cada qual sua identidade própria, contudo um não tem vida sem o outro.

Noutras palavras queremos dizer que o bom funcionamento do ordenamento jurídico interpretado como um todo, com vistas a garantir eficiência às normas substanciais, sua aplicabilidade correta ao caso concreto e a sua efetividade, que em outras

palavras significa a coercibilidade ao cumprimento das normas que o sistema impõe em caso de crise de direito material, é necessário que se tenha um bom processo, que preze pela proteção das regras de direito material, que seja um ambiente seguro, que tenha razoável duração e que, também, seja justo, todos esses adjetivos ao mesmo tempo, de modo a proporcionar às partes a vontade de cumprir o julgado desde a prolação da sentença de piso.

Buscamos demonstrar que de direito processual constitucional é o de instrumento de viabilidade para o direito material, além de instrumento de igualdade, e que um plano não tem razão de ser sem o outro, fica mais fácil aceitar, não mudança de regras, mas, sim, mudança de ponto de vista (mudando o ponto, muda-se a vista), tendo-se como objetivo que o instrumento chamado processo seja mais efetivo, porém seguro e justo de modo a atender em tempo mais célere o direito material, pacificando realmente a crise de direito material, tentando colocar aos leitores que antigos postulados merecem novos raciocínios, vistos por uma nova ótica.

Dentro dessa visão de processo constitucional falamos que o tempo não pára e o mundo também, que do mesmo modo que a tecnologia se desenvolve de minuto e minuto, que novos pontos-de-vista sobre a ciência jurídica não devem ser deixados de lado pelo comodismo do “deixa como está”. Temos que sair da zona de conforto, ainda mais quando essa zona não é mais de conforto, mas, sim, de crise, sob pena de se manter estático um organismo vivo que é o direito e sufocá-lo tanto de modo que o fim para o qual foi criado (pacificar as relações em tempo razoável) se perca e a incredulidade e insegurança no sistema avancem cada vez mais.

A fim se dar mais robustez ao conceito de processo constitucional explicamos o conceito de causa de pedir e pedido.

Explicamos que a causa de pedir se divide em causa de pedir remota ou fática e próxima ou jurídica, mas, que a verdadeira causa de pedir, que se liga ao pedido e junto com ele mostra o objeto litigioso, é a causa de pedir remota.

Assentando-se o núcleo da causa de pedir na causa de pedir remota, a qual, o núcleo da causa de pedir e, como cediço, a que expõe os fatos constitutivos

do direito do autor, o artigo 462 do CPC ganha nova visão (norma revolucionária), que é ainda mais acurada e ampliada utilizando-se os princípios constitucionais esposados no decorrer desse trabalho.

Discorremos sobre os conceitos da teoria da substanciação e individualização da causa pedir, defendendo o posicionamento que o Brasil, embora não enxergue assim, utiliza-se das duas teorias ao mesmo tempo, não havendo que se falar de aplicação pura de uma das teorias em detrimento da outra.

Defendemos também posicionamento adotado por José Roberto dos Santos Bedaque, de que o juiz tem que ter um papel mais ativo na condução do processo de modo a se relativizar o princípio dispositivo e descobrir com mais força a verdade real.

Sobre o princípio dispositivo deslocamos seu campo de atuação na esfera instrumental para a esfera material e advogamos a tese de que também tem que haver uma aplicação mista do princípio dispositivo com o inquisitivo, sem que com isso se fira a imparcialidade, pois o juiz ao ser mais participativo na instrução do processo não favorece uma das partes, mas homenageia a justiça e pune aquele que navega no processo em má-fé, já que o próprio ordenamento jurídico disciplina penas ao ímprobo litigante.

Buscamos, com esse trabalho, conseguir um desapego às formas, mitigando o princípio da estabilização da demanda a fim de incluir no decorrer da lide fatos supervenientes que tenham ocorrido após a distribuição da inicial e entrega da defesa, a fim de se evitar a distribuição de novas lides e deixar o processo mais justo e efetivo.

Mostramos que o artigo 462, que consagra a introdução de fatos supervenientes no processo, deve ser interpretado com outros artigos do CPC (interpretação sistemática), mostrando também que outras legislações estrangeiras aceitam a alteração da demanda no curso da lide, como a portuguesa, por exemplo.

Demonstramos que flexibilizar o princípio da estabilização da demanda e o sistema de preclusões, tanto para o autor quanto para o réu, aproveitando o mesmo instrumento a fim de solucionar a crise de direito material, homenageia a celeridade, a

efetividade, a segurança e a justiça e, ainda, consagra o princípio do devido processo legal e seus subprincípios da ampla defesa e contraditório. É, dessarte, realmente, o art. 462 do CPC norma revolucionária que não pode mais ser deixada de lado e à margem de interpretação constitucional.

Falamos também que uma visão constitucional do processo garante a aplicação de princípios constitucionais e que a aplicação de um princípio infraconstitucional em detrimento a um princípio constitucional é ilegal e contra a constituição.

Continuamos o trabalho deixando claro que qualquer alteração na causa de pedir fática depois da lide posta implica em abrir vista a outra parte em respeito ao contraditório e que até mesmo a participação mais ativa do juiz no direito probatório homenageia o princípio do devido processo legal.

Dentro da seara do direito probatório, explicamos a diferença de ônus e obrigação e passamos do conceito de “quem alega prova” para “prova quem pode”, escapando, assim, da regra estática da distribuição do ônus da prova para a distribuição dinâmica desse ônus.

Finalizamos o estudo defendendo a possibilidade de se alterar pedido e causa de pedir até a prolação da sentença e depois dela até o julgamento dos recursos (vide os dizeres do art. 517 do CPC, o qual permite alegação de fatos supervenientes independentemente da concordância da outra parte).

Com isso objetivamos dar efetividade constitucional ao princípio fundamental da razoável duração do processo fazendo com que o processo – instrumento para dar efetividade ao direito material – seja introduzido no âmbito constitucional e todos os princípios infraconstitucionais do processo se amoldem aos princípios constitucionais como fazem as vitórias-régias no exemplo que demos, tudo pela busca de uma justiça constitucional célere, efetiva, segura e justa, tudo ao mesmo tempo!

BIBLIOGRAFIA

ASSIS, Araken de. Cumulação de ações. 4ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 28, n. 111, p. 103-112, jul./set. 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do Processo e Técnica Processual. 1ª. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. Poderes Instrutórios do Juiz, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais -RT, 2001.

_____. Direito e Processo – influência do direito material sobre o processo, 3ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. São Paulo: Polis, 1989.

DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil, vol.2. Salvador: Editora Podivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 13ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. III. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito Superveniente. Repercussão sobre o ato judicial. Momento de eficácia da decisão, *in Estudos & Pareceres*, 2ª. ed., São Paulo, DPJ, 2009.

J.P. REMÉDIO MARQUES. Acção Declarativa à Luz do Código Revisto. 3ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

LACERDA, Galeno. O código e o formalismo processual. *In Revista de Processo*, n. 28, julho, 1983.

LEONEL, Ricardo de Barros Leonel. Causa de Pedir e Pedido. O Direito Superveniente. São Paulo: Editora Método, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. Ed. RT, São Paulo, 1980.

MESQUITA, Eduardo Melo de. As Tutelas Cautelar e Antecipada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2003.

NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

OLIVEIRA, Frederico. *Premissas Fundamentais do Processo de Conhecimento*. Recife: Bagaço, 2005.

ROCHA, José Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 8. ed., São Paulo: Atlas, 2005.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. V. 1º. São Paulo. Saraiva. 1994.

SILVA, José Afonso da, *in Curso de Direito Constitucional Positivo*. Ed. Malheiros, São Paulo, 15ª Ed., 1998.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. Malheiros, São Paulo, 1992.

THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

_____. Embargos de Declaração – Remédio hábil para introduzir no julgamento o *jus superveniens* (art. 462 do CPC) *in* Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes, Estudos em homenagem à Ada Pellegrini Guinover, São Paulo, DPJ, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e e BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil (questões polêmicas)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*, 3ª. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil*. 8. ed., São Paulo: RT, 2006, v.1.