

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC - SP

José Sebastião Fagundes Cunha Filho

Acesso à Justiça no Direito Processual Civil Brasileiro

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO
2008

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC - SP

José Sebastião Fagundes Cunha Filho

Acesso à Justiça no Direito Processual Civil Brasileiro

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Profa. Doutora Teresa Celina de Arruda Alvim Wambier

SÃO PAULO

2008

BANCA EXAMINADORA

*Ao meu pai,
José Sebastião Fagundes Cunha.
À minha esposa,
Kelli Cristiane Michalski Fagundes Cunha.
À minha filha,
Mariana Michalski Fagundes Cunha.
A mim mesmo,
José Sebastião Fagundes Cunha Filho.*

AGRADECIMENTO

Agradeço ao meu pai, Professor Doutor José Sebastião Fagundes Cunha, pelo seu exemplo de vida e por ter acreditado em mim.

Agradeço à Professora Doutora Thereza Celina Diniz de Arruda Alvim pelo carinho e oportunidade que me foi concedida.

Agradeço à Professora Doutora Teresa Celina de Arruda Alvim Wambier por aceitar ser minha orientadora.

“Podemos imaginar um teatro de marionetes. Vemos as marionetes dançando no palco minúsculo, movendo-se de um lado para outro levados pelos cordões, seguindo as marcações de seus pequeninos papéis. Aprendemos a lógica desse teatro e nos encontramos nele. Localizamo-nos na sociedade e assim reconhecemos nossa própria posição, determinada por fios sutis. Por um momento vemo-nos realmente como fantoches. De repente, porém, percebemos uma diferença decisiva entre o teatro dos bonecos e nosso próprio drama. Ao contrário dos bonecos, temos a possibilidade de interromper nossos movimentos, olhando para o alto e divisando o mecanismo que nos moveu. Este ato constitui o primeiro passo para a liberdade.” (Peter Berger)

RESUMO

AUTOR: José Sebastião Fagundes Cunha Filho.

TÍTULO: Acesso à Justiça no Direito Processual Civil Brasileiro

A presente dissertação tem por objetivo examinar o acesso à justiça no direito processual civil brasileiro e, para tanto, estende-se por dois capítulos. O primeiro aborda os institutos fundamentais para compreensão do acesso à justiça. O estudo se inicia com a concepção de Estado e sua relação com a política e depois com o Direito. Em seguida são expostas teorias filosóficas sobre o conceito de justiça no decorrer da história. Formula-se, então, proposta de acesso à justiça como acesso à ordem jurídica justa com o recebimento de justiça. O segundo capítulo começa pelo exame dos conceitos jurídicos de processo e de direito processual. São então analisados os pontos que envolvem a relação jurídica processual, sob o enfoque do devido processo legal, vislumbrando alguns outros princípios constitucionais que com ele se relacionam, como o princípio do contraditório, do livre convencimento motivado e da congruência ou da adstrição da sentença. E, por derradeiro, o estudo dos elementos da ação: partes, causa de pedir e pedido, e como os mesmos vinculam a atividade jurisdicional, sempre com ênfase na efetividade da tutela jurisdicional, sob o seu caráter de instrumentalidade, de entidade responsável pela pacificação dos conflitos sociais.

Palavras-chave: acesso à justiça, direito processual civil brasileiro e devido processo legal.

ABSTRACT

Author: José Sebastião Fagundes Cunha Filho.

Title: Access to Justice in the Brazilian Civil Case Law.

The present dissertation has the objective of examining the access to justice in the Brazilian civil case law and therefore, extends for two chapters. The first deals with the fundamental institutes for the comprehension of access to justice. The study begins with the conception of the state and its relation with politics and after with law. Afterwards philosophical theories are exposed about the concept of justice throughout history. So, a proposal of access to justice is created as access to fair juridical order with the receiving of justice. The second chapter begins with the examination of juridical case concepts and of case law. The matters that involve juridical case relationship are analysed, under the focus the correct legal process, presenting some other constitutional principles that relate with it, such as, the contrary principle, the free motivating convincement, the agreement or the reduction and, finally, the study of the elements of action: parts, cause of ordering and order, and as they link the justice activity always with its phases on the effectiveness of justice guard under its characteristic of making of the entity responsible for pacifying of social conflicts.

Key words: access to justice, Brazilian Civil Case Law and correct legal process.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I – ACESSO À JUSTIÇA	12
1.1 CONCEPÇÃO DE ESTADO	12
1.2 POLÍTICA E SOBERANIA	14
1.3 ESTADO DE DIREITO E ESTADO DE GUERRA	22
1.4 JUSTIÇA.....	27
1.4.1 Platão	29
1.4.2 Aristóteles.....	30
1.4.3 Cícero	32
1.4.4 Agostinho	34
1.4.5 São Tomás de Aquino.....	35
1.4.6 Thomas More.....	38
1.4.7 Rousseau	39
1.4.8 Hume	40
1.4.9 Kant	42
1.4.10 Hegel	45
1.4.11 Kelsen	46
1.5 ACESSO À JUSTIÇA.....	47
1.6 ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA	61
CAPÍTULO II – DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO.....	77
2.1 PROCESSO E DIREITO PROCESSUAL	77
2.2 RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL.....	91
2.3 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DO CONTRADITÓRIO	107
2.4 PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO	127
2.5 PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA OU DA ADSTRIÇÃO DA SENTENÇA	135
NOTAS CONCLUSIVAS.....	188
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	202

INTRODUÇÃO

A presente dissertação versa sobre o acesso à justiça no direito processual civil brasileiro. A escolha do tema teve influência direta dos assuntos discutidos, em sala de aula, durante o transcorrer das disciplinas de Direito Processual Civil I e II, Teoria Geral do Direito e Filosofia, cursadas no Programa de Pós-graduação, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

O trabalho desenvolve-se, basicamente, em duas vertentes. Em primeiro lugar, uma reflexão sobre o acesso à justiça, que parte desde a formação do Estado, sua relação com a política e depois com o Direito, passa pelos conceitos filosóficos de justiça, da garantia constitucional de acesso à justiça, até chegar a idéia de acesso à ordem jurídica justa. Como veremos no decorrer do trabalho, constatou-se que só tem acesso à ordem jurídica justa quem recebe justiça.

A segunda vertente envolve a abordagem de aspectos gerais do devido processo legal no direito processual civil brasileiro. Partindo da constatação inicial de que a doutrina processualista ressalta como institutos fundamentais do processo civil a jurisdição, a ação, a exceção (ou defesa) e o processo, este último sendo o instrumento utilizado pelo Estado-juiz, com fulcro na lei, para a resolução dos conflitos de interesses apresentados ao Poder Judiciário.

Verificando que a observância dos princípios constitucionais processuais não é suficiente para a legitimação desse poder, ou a presença dos valores processuais, pois se o processo é instrumento que serve ao direito material, além de ser garantido o contraditório, deverá o procedimento também estar de acordo com o devido processo legal, em cumprimento a um Estado Democrático de Direito.

Por opção metodológica, o trabalho limita-se ao sistema jurídico brasileiro atual, sem passar pela abordagem comparatística com o direito estrangeiro e pelo estudo histórico do Direito. Apenas de forma episódica e incidental é que serão encontradas citações de direito alienígena e menções a aspectos históricos relacionados ao tema.

O que se almeja é um processo civil de resultados, valendo o processo, o sistema processual, pelos resultados que produz na vida das pessoas ou grupos, em relação a outras ou aos bens da vida, que devem eliminar a insatisfação que os levou a litigar e propiciar-lhes sensações felizes pela obtenção da coisa ou da situação postulada.

CAPÍTULO I – ACESSO À JUSTIÇA

1.1 CONCEPÇÃO DE ESTADO

Perfazendo-nos da teoria Aristotélica¹, veríamos em todos os Estados um complexo de *causas*: uma causa *eficiente*, uma causa *final*, uma causa *material* e uma causa *formal*.

A *causa eficiente* se reside na natureza sociável do homem, que é produto de sua liberdade, fator determinante da origem da criação do Estado.

A *causa final* se funda no bem comum, razão de ser do Estado.

A *causa material* é composta pelo povo, território e governo, elementos formadores do Estado.

A *causa formal* é o poder político, elemento ordem do Estado.

A *polis* para os gregos era a unidade constitutiva indecomponível e a dimensão suprema da existência. No viver “político” e na “politicidade” os gregos viam não uma parte, ou aspecto, da vida, mas o seu todo, a sua essência.

¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 02.

Opostamente, o homem “não político” era um ser deficiente, um *ídion*², um ser carente, cuja insuficiência consistia justamente em ter perdido (ou em não haver adquirido) a dimensão e a plenitude da simbiose com sua *polis*.

Um homem “não-político” não era apenas um ser inferior, era menos-que-homem. Essa definição era própria do homem, não da política, em que se consubstanciava o “*animal político*” de Aristóteles³.

São Tomás de Aquino (1225-1274) traduziu o *zoon politikón* por “*animal político e social*”, observando que “*é próprio da natureza do homem que ele viva numa sociedade*”.

Os Romanos absorveram a cultura grega quando suas cidades ultrapassaram as dimensões que permitia a “*vida política*”. Por isso *civitas* se relaciona com a *polis* já com seu caráter “*político*” diluído, sob dois pontos de vista:

- I) a *civitas* se configura como uma *civiles societas*, adquirindo qualificação mais elástica, que amplia seus confins;
- II) a *civitas* se organiza juridicamente. A *civilis societas* foi transformada, por sua vez, na *iuris societas*, o que permitiu substituir a “*politicidade*” por “*juridicidade*”.

² Significado original do nosso termo “idiota”.

³ SARTORI, Giovanni. *A Política*. 2^a. ed. Brasília: UnB, 1997. p. 158.

Cícero (106-43 a.C.) já defendia que a *civitas* não é qualquer conjunto humano, mas somente o que se funda na outorga da lei.

Como nos demonstra Miguel Reale⁴, é na instrumentalização destas regras ou normas que se expressa o Direito:

Se os gregos filosofaram sobre a Justiça, desde os pré-socráticos até os estóicos, os romanos preferiram indagar da experiência concreta do justo. A experiência concreta do justo apresenta-se-lhes como *lex* ou como norma. A Justiça é um valor, mas que deve ser medido na experiência social e que, para ser medido, exige um tato especial, um senso particular. A ciência que se destina a estudar a experiência humana do justo chamou-se Jurisprudência – por ser o senso prudente da medida. Para o jurista romano, o que mais interessa é a *regula júris*, ou seja, a medida de ligação ou a medida do enlace que a Justiça permite e exige, de tal modo que Justiça e Direito se tornam inseparáveis, considerado que seja como um todo o conjunto da experiência jurídica.

A legitimação do poder é proveniente de um povo que contempla na obediência a lei uma forma de viver livre.

1.2 POLÍTICA E SOBERANIA

Com Maquiavel⁵ (1469-1527) a política aparece como fator distinto da moral e da religião. Ao qual *“para manter o Estado, o príncipe é muitas vezes*

⁴ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. p. 384.

⁵ “Quando se conquistam Estados habituados a reger-se por leis próprias e em liberdade, há três modos de manter-se a sua posse: primeiro – arruiná-los; segundo – ir habitá-los; terceiro – deixá-los viver com suas leis, arrecadando um tributo e criando um governo de poucos, que se conservem amigos. Tendo sido esse governo criado por aquele príncipe, sabe que não poderá viver sem a sua amizade e o seu poder e, naturalmente, tudo fará para mantê-lo. Por intermédio dos seus próprios cidadãos, muito mais facilmente se conservará o governo duma cidade acostumada à liberdade, do que de qualquer outra forma. Sirva-nos de exemplo a história dos espartanos e dos romanos. Os primeiros criaram em Atenas e Tebas um governo oligárquico: perderam-nas novamente. Os romanos, para manter-se na posse de Cápuia,

forçado a não ser bom”, a operar “contra a fé, a caridade, a humanidade e a religião”, dando autonomia a política – a política tem suas leis próprias, que o político “deve” aplicar.

Para Locke⁶, o poder político é inerente ao ser humano, no estado de natureza. O ser humano transfere esse poder à sociedade política, que o exerce através de dirigentes escolhidos.

Esse exercício deve permanecer vinculado ao ser humano, origem e sede do poder delegado. Em consequência dessa delegação, o poder deve ser exercido para o bem do corpo político.

A *Soberania*, como atributo do poder estatal, nasceu como justificação doutrinária do absolutismo, que lutava na Europa Ocidental para impor a

Cartago e Numância, destruíram-nas. E não as perderam. Mas quiseram governar a Grécia como os espartanos, tornando-a livre e mantendo-lhe as suas leis. Não o conseguiram e foram obrigados a destruir muitas cidades para conservar-se no poder. É que, em verdade, não há garantia de posse mais segura do que a ruína. Quem se torna senhor de uma cidade tradicionalmente livre e não a destrói será destruído por ela. Tais cidades, têm sempre por bandeira, nas rebeliões, a liberdade e suas antigas leis, que não esquecem nunca, nem com o correr do tempo, nem por influência dos benefícios recebidos. Por muito que se faça, quaisquer que sejam as precauções tomadas, se não se promovem o dissídio e a desagregação dos habitantes, não deixam eles de se lembrar daqueles princípios e, em toda oportunidade, em qualquer situação, a eles recorrem, como fez Pisa, cem anos depois de estar sob o jugo dos florentinos. Mas, quando as cidades ou as províncias estão habituadas a viver sob o domínio de um príncipe, extinta a sua geração – como estejam acostumados a obedecer e, ao faltarlhes o príncipe antigo, não atinem em eleger, entre eles mesmos, um novo príncipe – não sabem viver livres. São, assim, pouco afeitos a tomar das armas e, nessas condições, com mais facilidade poder-se-á ganhar a estima do povo e assegurar-se sua fidelidade. Nas repúblicas, há mais vida, o ódio é poderoso, maior é o desejo de vingança. Não deixam nem podem deixar repousar a memória da antiga liberdade. Assim, para conservar uma república conquistada, o caminho mais seguro é destruí-la ou habitá-la pessoalmente”. (MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. São Paulo: Edipro, 1995. p. 29).

⁶ HERKENHOFF, João Baptista. *Curso de Direitos Humanos*. V. 1. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 57.

primazia da monarquia sobre o papado e o império, no *front* externo; e por sobre o poderio disperso e autônomo da organização feudal⁷.

Bodino, Hobbes, e as diversas teorias do direito divino dos reis militaram nessa batalha que resultou, finalmente, na aparição do Estado Absolutista, como primeira manifestação do Estado Moderno, no século XVI.

Nesse sentido o magistério de Miguel de la Madrid⁸:

“Las revoluciones liberales y democraticas de finales del siglo XVIII, inspiradas en buena parte en el constitucionalismo inglés, transfirieron la fuente de legitimidad política al pueblo o a nación, al afirmar que sólo el consenso o la voluntad popular pueden fundar el poder político a través de la ley, producto necesario de la voluntad general. La nueva doctrina de la soberanía popular coincidió con la de los derechos de hombre, que reclamaba, al lado de la teoría de la división de poderes, la limitación política e jurídica del poder con el fin de moderar su ejercicio y proteger la libertad de los gobernados. Estas ideas claves fueron el cimiento del constitucionalismo moderno, las mismas irrumpieron a través de las cartas fundamentales producidas por las revoluciones estadounidense y francesa, con un efecto expansivo en Europa occidental y en América Latina. A partir de entonces, esta idea de soberanía ha sido uno de los principios fundamentales de la organización de los Estados nacionales y un concepto incluíble que los Estados están obligados a tomar en consideración al conducir sus relaciones con otros. ...El reconocimiento formal de los principios de soberanía popular, igualdad jurídica de los Estados y no intervención, no ha sido óbice para que, en la práctica, los Estados poderosos militar o económicamente practiquen en ocasiones una política diferente y de franca violación de estos principios del derecho internacional, con lo cual proyectan aquella frase orwelliana de, aunque todos los animales son iguales hay unos más iguales que otros”.

⁷ CUNHA, José Sebastião Fagundes. *A Impossibilidade de Prisão por Dívida e o Mercosul, Direitos Humanos*. Tese de Doutorado. Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. Dezembro/2001. p. 148.

⁸ Ibid.

Em um trabalho contemporâneo, Habermas⁹ sustenta que com o surgimento do Estado-Nação, dois conceitos se reforçaram mutuamente: por um lado “nação” foi usado como “povo”, mais além do sentido legal e político, conotando uma comunidade modelada por uma origem, uma cultura e uma história comuns e neste sentido os membros de um Estado conformavam uma “nação” pela constituição de um modo de vida específico.

Enquanto, que pelo outro lado, a Nação se identificava com o mesmo Estado político criado e seus elementos caracterizantes: a aparição de uma burocracia diferenciada, o monopólio da violência, o disciplinamento de um território que facilitava o espaço vital de um mercado, a recíproca dependência de burocracia e burguesia capitalista; *a la postre* própria construção dos conceitos de soberania e legitimidade.

Segundo Habermas, a tarefa de fazer compreender, aos habitantes de um espaço, estas idéias “políticas”, não houvesse sido possível, sem aquela idéia “pré-política”, assim se explicam para ele, os distintos níveis de estabilidade entre os distintos estados-nação surgidos na modernidade européia: naqueles onde a identidade nacional se associou às lutas revolucionárias a estabilidade era mais forte que naqueles onde as guerras de libertação contra um inimigo “externo” precisou primeiro da própria definição de fronteiras.

⁹ Ibid.

Em definitivo, um sentimento, uma tradição, em algum sentido uma atitude não reflexiva, apoiava a idéia de pertencer ao novo estado, à república. Dele deriva então a tensão entre o republicanismo e o nacionalismo. Foi necessário muito tempo para que os direitos políticos se abrissem à população, ao “*pueblo*” como um todo.

No curso dessa expansão surgiu um novo nível de solidariedade legalmente mediada entre os cidadãos, enquanto o Estado, pela implementação dos procedimentos democráticos passava a contar com uma fonte não metafísica de legitimação. Tal inovação passava ao mesmo tempo a ser explicada em termos de cidadania.

De tal modo existe inscrito no auto-entendimento do Estado nacional uma tensão entre o *universalismo de uma comunidade legal igualitária* e o *particularismo de uma comunidade cultural* a que pertence por origem e destino.

Essa tensão pode ser verificada desde os princípios constitucionais, enquanto os direitos humanos e a democracia priorizam um entendimento cosmopolita de nação como uma nação de cidadãos, em detrimento de uma interpretação etnocêntrica de nação como entidade pré-política.

Sobre estas bases, disse Habermas, o nacionalismo poderá ser substituído pelo patriotismo constitucional. Contudo, ao mesmo tempo, adverte:

...sobre qué condiciones una cultura política basada en los principios republicanos podría fundarse sobre un contexto diferente de aquél de una nación relativamente homogénea sobre la cual, en el período inicial, el Estado-nación fue fundado? El mismo contraejemplo de los Estados Unidos, citado por Habermas, y al que puede agregarse el de Suiza, aparecen como contraejemplos. El recordado caso de la invención de Italia por Cavour y el movimiento de l'Unità parecen como contestaciones a la idea de que fuera necesario una cierta "homogeneidade" cultural para constituir un estado (claro que siempre podrá discutirse la misma idea de homogeneidad).

Consoante nos orienta Paulo Bonavides¹⁰, a normatividade dos princípios passou por três fases distintas, quais sejam, a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista.

Com início a partir do século XVI, na tentativa de suplantar o Dogmatismo medieval, os princípios jurídicos são colocados numa esfera abstrata e metafísica, acreditando-se na força do direito natural, na existência de valores que não emanavam do sistema normativo do Estado.

Passando os princípios a ser considerados como fontes normativas subsidiárias, deduzidas das leis e aplicadas para suprimirem seus vazios normativos, entrou-se na segunda fase, denominada juspositiva, servindo como modo de reafirmar a ordem estabelecida, já que pautados nas leis, afastando-se as idéias de justiça e valores transcendentais.

E, a última fase, é conhecida como pós-positivista, que vem se desenvolvendo até os dias atuais, onde foi proclamada a normatividade dos

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14^a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p.259-266.

princípios jurídicos, como espécie do gênero norma, ao lado das regras jurídicas, todavia, com hegemonia e preeminência sobre estas.

O movimento de expansão dos direitos que permitiram a constituição dos estados e que com ele algumas pessoas, antes distantes, puderam ver-se significativamente como responsáveis umas pelas outras, se põe hoje em questão a partir das tendências que são chamadas globalização.

Globalização, para Habermas, significa *“transgresión, remoción de las fronteras”* e portanto representa uma ameaça para aquele Estado-nação que vigiava quase neuroticamente suas fronteiras.

“Globalización” é “la intensificación de relaciones mundiales que ligan localidades distantes de tal manera que los acontecimientos locales son moldeados por eventos que están a muchos kilómetros de distancia.

Nesse contexto os Estado-nação são cada vez menos capazes de regular suas economias e influenciar as políticas, a economia se mundializa. Também é certo que pode dizer-se que o capitalismo nasceu internacional e sua própria lógica de acumulação promove a transgressão de fronteiras.

Porém, na medida que o capital opera livre de controles, nos estados nacionais se operam degradações da cidadania que, num futuro previsível, podem chega a minar as bases de legitimidade do mesmo estado-nação.

Contudo, para Habermas, não existem regras históricas “*inconmovibles, esa posibilidad es una entre otras*”.

Desde sua perspectiva, uma das maneiras de escapar a ela é o surgimento de regimes supra-nacionais como a União Européia. Se precisa salvar, disse:

...la herencia republicana trascendiendo los limites del Estado-Nación. Aunque advierte que decisiones como la de la Corte Alemana que fundamentó fuertes restricciones contra la ampliación de la Unión Europea sobre el fundamento de que un Estado Constitucional de tal tipo precisa de una relativa homogeneidad cultural del pueblo, son decisiones que solo pueden ser vistas como una erosión de la ciudadanía que pretende defender.

Sua conclusão é ambivalente ou bifronte, por um lado não pode falar-se de uma...

...proyección positiva de la globalización, pues los gobiernos de las grandes potencias (y de los países que no son potencias) no parecen absorber el riesgo que ella implica; pero, en la medida que la conciencia del riesgo es crecientemente absorbida por la comunidad internacional, se abre una oportunidad que las sociedades puedan percibirse a sí mismas como formando parte de un todo que necesita de políticas compartidas para asumir aquél riesgo.

Com a queda das fronteiras entre os estados soberanos, acarretada pelo fenómeno denominado globalização, através do emprego de tecnologias cada vez mais sofisticadas, mas ao mesmo tempo, relativamente de fácil acesso a população que as permeiam, deverão também cair as barreiras que os impedem de conviver em harmonia, vislumbrando o seu bem comum.

1.3 ESTADO DE DIREITO E ESTADO DE GUERRA

Montesquieu define o Despotismo: *“É o poder pelo poder”*, enquanto Maquiavel já determinava quais os três modos cabíveis de manter-se a posse de Estados conquistados, e cremos que, também de conquistá-los, quais sejam: *“primeiro – arruína-los; segundo – ir habitá-los; terceiro – deixá-los viver com suas leis, arrecadando um tributo e criando um governo de poucos, que se conservem amigos”* e refletindo sobre cada forma, concluindo: *“para conservar uma república conquistada, o caminho mais seguro é destruí-la ou habitá-la pessoalmente”*.

A ideologia de Habermas de estabilidade do Estado-Nação vinculada a defesa de uma identidade nacional contra um inimigo *“externo”* e *“interno”* (guerra civil), por intermédio de um *Poder Republicano*, legitimado por um conceito de soberania atrelado a tradição de um povo, não nos parece descontextualizado neste contemporâneo globalizado.

Bobbio¹¹ declina que todo ato de violência é ao mesmo tempo justificado por quem o pratica e condenando por quem o sofre, e que o Estado, qualquer que ele seja, é um instrumento de repressão que ninguém contesta.

Mesmo aqueles que crêem no fim do Estado acham que sempre haverá Estado até o dia em que se justificar qualquer forma de repressão. Por uma ética da não-violência, qualquer Estado é moralmente condenável;

¹¹ BOBBIO, Norberto. *As Ideologias e o Poder em Crise*. 4^a. ed. Brasília: Unb, 1995. p. 110.

precisamente nessa necessidade do uso da violência está a impossível, e por vezes inutilmente tentada, transformação de política em moral.

Isso, não obstante todas as grandes correntes de pensamento político, incluindo as várias formas de anarquismo, serem concordes em afirmar que o único modo até agora cogitado pelos homens para limitar a violência é o de concentrá-la, distinguindo uma violência lícita de uma violência ilícita, considerando-se ilícita toda espécie de violência privada; assim, seria impossível a guerra de todos contra todos.

Bobbio ainda dispõe que a diferença fundamental entre as duas formas antitéticas de regime político, a democracia e a ditadura, está no fato de que somente num regime democrático as relações de mera força que subsistem, e não podem deixar de subsistir onde não existe Estado ou existe um Estado despótico fundado sobre o direito do mais forte, são transformadas em relações de direito, ou seja, em relações por normas gerais, certas e constantes, e, o que mais conta, preestabelecidas, de tal forma que não podem valer nunca retroativamente.

E que a consequência principal dessa transformação é que nas relações entre cidadãos e Estado, ou entre cidadãos entre si, o direito de guerra fundado sobre a autotutela¹² e sobre a máxima *“Tem razão quem vence”* é substituído

¹² A autotutela é apontada como a primeira forma de solução de litígio, ocorrendo na hipótese em que as partes solucionam suas controvérsias sem a intervenção de um terceiro estranho à própria lide. Resolvem seus problemas de maneira direta, seja se utilizando da força bruta, representada pelo poder bélico ou econômico, seja por qualquer outro meio escolhido. Por exemplo, no caso do devedor não pagar uma dívida, o credor se apropriava de um bem dele de valor equivalente ao crédito, podendo se utilizar de qualquer meio para alcançar o seu objetivo.

pelo direito de paz fundado sobre a heterotutela¹³ e sobre a máxima “*Vence quem tem razão*”; e o direito público externo, que se rege pela supremacia da força, é substituído pelo direito público interno, inspirado no princípio da “*Supremacia da Lei*” (*rule of law*).

Enfim, Bobbio discorre que a prova de fogo do Estado democrático não está em deixar-se envolver num estado de guerra por nenhum de seus cidadãos, mas, sim, na capacidade de responder às declarações de guerra reafirmando, mais uma vez, solenemente as tábuas da lei (que são a nossa Constituição). E que a fidelidade obstinada e coerente às tábuas da lei é o único e último baluarte contra os dois males extremos do despotismo e da guerra civil.

Hoje, a autotutela é rechaçada pelo Direito Penal por meio do caput do artigo 345 do Código Penal Brasileiro (Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.), configurando o exercício arbitrário das próprias razões, sendo, excepcionalmente, autorizada no Direito Moderno, como por meio da legítima defesa da posse, prevista no parágrafo primeiro do artigo 1210 do Código Civil Brasileiro (O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse).

¹³ A heterotutela, também conhecida como autocomposição, foi aos poucos substituindo a autotutela como outra forma de solução dos conflitos entre as partes, seguindo o avanço da civilização, mediante o concurso de terceiro desinteressado e imparcial, eleito pelos contendores, como no caso atual da Medição ou Arbitragem (Lei 9.307/96 – artigo 1º: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”), embora estas estejam submetidas ao controle judicial, tratando-se, portanto, de mecanismo alternativo à atividade do Poder Judiciário. A autocomposição pode ser verificada pela submissão, hipótese em que uma das partes deixa de oferecer resistência à pretensão da outra, realmente se submetendo à outra parte; desistência, hipótese em que uma das partes não se submete, mas abre mão da pretensão em si à outra; e transação, hipótese em que são realizadas concessões materiais recíprocas entre as partes; sendo que tais soluções parciais e precárias geraram a arbitragem, forma integral e completa de autocomposição.

André Ramos Tavares¹⁴ nos recorda que:

O Direito não é um fim em si mesmo, servindo apenas na medida em que proporciona as condições desejadas e adequadas para o relacionamento social seguro. Evidentemente que, nessa perspectiva, o Direito há de refletir as aspirações e valores que a sociedade deseja. É nesse momento, pois, que a carga axiológica da sociedade faz-se presente no Direito, especialmente no momento constituinte, ocasião em que os representantes diretos do povo irão marcar as normas fundamentais.

Em relação aos princípios constitucionais fundamentais, Luís Roberto Barroso¹⁵ denota que:

...os princípios fundamentais expressam as principais decisões políticas no âmbito do Estado, aquelas que vão determinar sua estrutura essencial. Veiculam, assim, a forma, o regime e o sistema de governo, bem como a forma de Estado. De tais opções resultará a configuração básica da organização do poder político. Também se incluem nessa categoria os objetivos indicados pela Constituição como fundamentais à República e os princípios que a regem em suas relações internacionais. Por fim, merece destaque em todas as relações públicas e privadas o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), que se tornou o centro axiológico da concepção de Estado democrático de direito e de uma ordem mundial idealmente pautada pelos direitos fundamentais.

A palavra dignidade, etimologicamente, vem do latim *dignitatem*, do italiano *degnità*, do francês *dignité*, do espanhol *dignidad*, significando decoro, nobreza, compostura, respeitabilidade.

¹⁴ TAVARES, André Ramos. *Elementos para uma teoria geral dos princípios na perspectiva constitucional*. In: LEITE, George Salomão (org.). *Dos Princípios Constitucionais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 23.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. p. 317.

Maria Helena Diniz¹⁶ nos traz as definições na linguagem jurídica: a) qualidade moral que infunde respeito; b) honraria; c) título ou cargo de elevada graduação; d) respeitabilidade; e) nobreza ou qualidade do que é nobre; e na linguagem filosófica *“dignidade humana..., é o princípio moral de que o ser humano deve ser tratado com um fim e nunca como um meio”*.

E, para José Afonso da Silva¹⁷:

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. ‘Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais (observam Gomes Canotilho e Vital Moreira), o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir teoria do núcleo da personalidade individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana’. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (...), a ordem social visará a realização da Justiça social (...), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania, etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, em seu artigo 1º., elege como princípio fundamental, a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituindo-se em Estado Democrático de Direito e tendo como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. v.2. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 133-134.

¹⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994. p. 106.

dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político; parágrafo único – todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

1.4 JUSTIÇA

Willis Santiago Guerra Filho¹⁸ escreve sobre a multiplicidade de conceitos acerca da justiça:

No que se refere à palavra justiça propriamente dita, esta deriva do latim (de *justitia*, *justus*), assumindo inúmeros significados ao longo dos séculos. Entendida enquanto valor, realização do bem ou da harmonia social, distribuição eqüitativa (o “dar a cada um o que é seu, ou a cada um o que lhe é devido” dos antigos juristas romanos), efetivação daquilo que é conforme o prescrito em lei, organização judiciária, técnica a serviço de uma ordem, reflete em suas definições o ponto de vista filosófico de cada autor, reunindo em seu arcabouço cores jusnaturalistas, positivistas, axiológicas, racionalistas e outras. É lícito fazer uma analogia entre o conceito de justiça e um espelho, pois este reflete a história das idéias humanas, adquirindo um sentido para cada pensador.

Insurgimo-nos no contexto de “*Justiça*”, no pensamento de Hans Kelsen, transcrito em sua obra, a saber: “*O que é Justiça?*”.¹⁹ Kelsen provoca a questão “*O que é Justiça?*” à luz de quando Jesus de Nazaré, no julgamento perante o pretor romano, admitiu ser rei, disse ele: “*Nasci e vim a este mundo para dar testemunho da verdade*”. Ao que Pilatos perguntou: “*O que é a verdade?*”.

¹⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago; CRUZ, Valéria Álvares. *Ética, Direito e Ciência no paradigma da complexidade*. EccoS Revista Científica, UNINOVE, São Paulo. V.2, n.1, 2000. p. 77.

¹⁹ KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 06-30.

Cético, o romano obviamente não esperava resposta a essa pergunta, e o Santo também não a deu. Dar testemunho da verdade não era o essencial em sua missão como rei messiânico. Ele nascera para dar testemunho da justiça, aquela justiça que Ele desejava concretizar no reino de Deus. E, por essa justiça, morreu na cruz.

Dessa forma, emerge da pergunta de Pilatos – o que é a verdade? –, através do sangue do crucificado, uma outra questão, bem mais veemente, a eterna questão da humanidade: *o que é justiça?*

Kelsen crê que nenhuma questão foi tão passionalmente discutida; por nenhuma outra foram derramadas tantas lágrimas amargas, tanto sangue precioso; sobre nenhuma outra, ainda, as mentes mais ilustres – de Platão a Kant – meditaram tão profundamente.

E que, no entanto, ela continua até hoje sem resposta. Talvez por se tratar de uma dessas questões para as quais vale o resignado saber de que o homem nunca encontrará uma resposta definitiva; deverá apenas tentar perguntar melhor.

Entretanto, registraremos, de modo sintético, as concepções de justiça de determinados filósofos, assim como, ao final, a do próprio Hans Kelsen, e a nossa opinião a respeito das mesmas.

1.4.1 Platão

Para Platão²⁰, a admissão de uma Realidade (divina) para além da realidade (humana), importa, também, a admissão de que existe uma Justiça (divina) para além daquela conhecida e praticada pelos homens.

O que é inteligível, perfeito, absoluto e imutável pode ser contemplado, e é do resultado dessa atividade contemplativa que se devem extrair os princípios ideais para o governo da politeia, tarefa delegada ao filósofo.

Mesmo estando a idéia da Justiça distante dos olhos do comum dos homens, sua presença se faz sentir desde o momento presente na vida de cada indivíduo.

Existe, para além da ineficaz e relativa justiça humana (a mesma que condenou Sócrates à morte), uma Justiça, infalível e absoluta, que governa o *kósmo*, e da qual não se pode furtar qualquer infrator.

A justiça não pode ser tratada unicamente do ponto de vista humano, terreno e transitório; a justiça é questão metafísica, e possui raízes no Hades (além-vida), onde a doutrina da paga (pena pelo mal; recompensa pelo bem) vige como forma de Justiça Universal.

²⁰ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de Filosofia do Direito*. 2^a. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 88.

O que a proposta platônica contém é uma redução dos efeitos racionais da investigação, e uma maximização dos aspectos metafísicos do tema.

Nesse sentido, toda alma que perpassa a sombra e a incógnita da morte encontrará seu julgamento, que será feito de acordo com os impecáveis mandamentos da Justiça.

A doutrina de pagar no Além os males causados a outrem, os deuses e os homens, possui caráter essencialmente órfico-pitagórico, e é o cerne da justiça cósmica platônica.

1.4.2 Aristóteles

O desenvolvimento do tema da Justiça na teoria de Aristóteles tem sede no campo ético, ou seja, no campo de uma ciência que vem definida em sua teoria como ciência prática.

É da reunião das opiniões dos sábios, da opinião do povo, da experiência prática, avaliados e analisados criticamente, dentro de uma visão de todo o problema (justiça da cidade, justiça doméstica, justiça senhorial...) que surgiu uma concepção propriamente aristotélica.²¹

²¹ Ibid. p. 90.

Discordou de Platão quanto à justiça ser uma idéia ontologicamente transcendente (razão teórica), mas concordou quanto a ela ser uma virtude (razão prática) que deve ser exercitada no plano político.

A justiça é para Aristóteles um dos bens que ele chamou de virtude, sendo esta virtude (*dikaíosýne*) assemelhada a todas as demais tratadas por ele na obra *Ética a Nicômaco*; tais como a coragem, temperança, benevolência...

Para Aristóteles é evidente que o Estado pertence ao número das coisas que existem por natureza e que o homem é naturalmente um animal político, destinado a viver em sociedade.

O homem é, aliás, um animal sociável em um grau mais alto do que as abelhas e todos os animais que vivem reunidos. A natureza não faz nada em vão.

Para quem somente o homem é dotado do dom da palavra, e a linguagem serve para exprimir o útil e o nocivo, e, por conseguinte, também o justo e o injusto.

O que distingue o homem de uma maneira especial é o discernimento do bem e do mal, do justo e do injusto, e todos os sentimentos da mesma ordem cuja comunicação constitui precisamente a família do Estado²².

²² REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1940. p. 02.

Virtude é o hábito que se destina a realizar uma função que é característica do homem. Assim, somente a educação ética, ou seja, a criação do hábito do comportamento ético, o que se faz com a prática à conduta diuturna do que é deliberado pela reta razão (órtos logos) à esfera das razões humanas, pode construir o comportamento virtuoso.

A semântica do termo ética (éthos) indica o caminho para sua compreensão: ética significa hábito em grego. Aqui o importante é a reiteração da prática virtuosa; nesse sentido ser justo é praticar reiteradamente atos voluntários de justiça. Está-se, destarte, a recorrer, novamente, ao capital valor da educação (Paidéia) como bem maior de todo o Estado (polis).

1.4.3 Cícero

Percebe-se na obra filosófica de Cícero uma nítida influência da filosofia estoica, mas como ele próprio adverte ao filho em uma de suas obras: *“Não deixe igualmente de ler minhas obras, nas quais a doutrina pouco difere da dos peripatéticos, pois eles e eu nos ligamos a Sócrates e Platão”*.²³

Assim trata-se de um sincretismo filosófico, *“que remonta ao socratismo, ao platonismo, ao aristotelismo, ao estoicismo... No decurso de várias passagens, Cícero demonstra albergar posturas ético-filosóficas de várias escolas, bem como não desconhecer o argumento ético de outras escolas”*.²⁴

²³ CÍCERO, Marco Túlio. *Dos Deveres*. São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 31.

²⁴ Ibid. p. 143.

Porém, não se pode negar a influência no pensamento de Cícero do principal fundamento da escola Estóica, a ligação do homem com a natureza, e, a partir daí, o conceito ou sentido de ética partindo das leis naturais.

O parâmetro da conduta ética é a lei natural, não a convenção humana. Cícero estabelece a seguinte premissa: *“Se a razão distingue o homem dos animais, a reta razão é o distintivo do ser humano justo”*.

Cícero²⁵ se pronuncia sobre o conceito de justiça e sua extensão:

Mas, como muitas vezes, seguindo as ilustres palavras de Platão, não nascemos sozinhos; assim, o que possuímos devemos, em parte, à nossa terra e a nossa gente. Segundo os estóicos, todos os produtos da terra se reservam aos usos dos homens, e os próprios homens são criados por seus semelhantes, a fim de que possam se ajudar uns aos outros; devemos, por isso, adotar por guia a natureza, colocando nossas faculdades a serviço de um comércio mútuo de boa vontade, empenhados tanto em dar como receber, aplicando nossos talentos, nossa indústria, em garantir os laços sociais.

A justiça decorre das leis naturais. A lei natural antecede ao homem e, como tal, serve de parâmetro para as convenções de vida em sociedade. Todo ordenamento social, para ser justo, deve ter como fonte informadora a lei natural e não outros interesses de grupos sociais. Trata-se de um contraponto ao utilitarismo.

²⁵ Ibid. p. 37.

1.4.4 Agostinho

A concepção Agostiniana²⁶ acerca do justo e injusto floresce no resgate que fez da metafísica platônica com os fortes influxos da Palavra Evangélica.

Concebeu uma transcendência que se materializa na dicotomia existente entre o que é da Cidade de Deus (*lex aeterna*) e o que é da Cidade dos Homens (*lex temporalis*), ou seja, à discussão da relação existente entre lei humana e lei divina, compreendido o estudo das diferenças, influência, existentes entre as mesmas.

Uma concepção sobre a justiça que recorre ao neoplatonismo como fonte filosófica de inspiração só pode traçar delineamentos dicotômicos para o tema da justiça e, mais que isto, identificar na justiça transitória a imperfeição e corruptibilidade dos falsos juízos humanos e, na justiça eterna, a perfeição e incorruptibilidade dos juízos divinos.

Tal dualismo corporifica a radical concepção entre o *que é* e o *que deve ser*. Por isso, a justiça pode ser humana e divina. A justiça humana é aquela que se realiza entre os homens. Tem como fonte basilar a lei humana. Não é, portanto, sua tarefa comandar o que preexiste ao comportamento social.

Para que se possa pensar acerca do que preexiste, dever-se recorrer à idéia de Deus, que, como origem de tudo, como princípio unitário de todas as

²⁶ PENSADORES, Os. *Confissões/Santo Agostinho*. 5^a. ed. São Paulo: Nova Cultura, 1999. p. 100.

coisas, só pode ser o legislador maior do universo. A limitação humana torna o campo de abrangência das leis no tempo e no espaço igualmente restrito.

A justiça divina é aquela que a tudo governa, que a tudo preside dos altiplanos celestes. A justiça divina baseia-se na lei divina, que é absoluta, imutável, perfeita, infalível, infinitamente boa e justa.

Quando, porém, se trata de falar sobre a justiça divina, deve-se advertir de que não se está a falar somente da justiça de Deus como justiça do Criador, mas também de uma justiça que se desdobra na própria justiça humana.

A lei divina não é somente a lei de Deus, mas também a que Ele produz nos homens; nesse sentido, e somente nesse sentido, a lei dos homens também é divina, à medida que é dada por Deus.

A lei eterna inspira a lei humana, da mesma forma que a natureza divina inspira a natureza humana. A fonte última de toda lei humana seria a própria lei divina. Todavia, sua imperfeição, seus desvios, sua incorreção derivam direta e francamente das imperfeições humanas.

1.4.5 São Tomás de Aquino

São Tomás de Aquino foi o primeiro filósofo no século XIII a edificar uma síntese moral escolástica sobre uma base aristotélica, apresentando sua obra como dedução científica de modo a dar a razão de ser da vida humana.

Enraíza-se na teoria do apetite que tem razão de ser nas noções metafísicas do bem e de causa final e eficiente. O apetite é o princípio ativo pelo qual cada ser prossegue a sua plena atuação ou perfeição: *Inclinatio rei ad suum bonum*.²⁷

Na maior obra de Tomas de Aquino, a *Suma Teológica*, compêndio sistemático do saber filosófico de seu tempo, está o fundamento de sua doutrina jurídica e política, que é a divisão das leis. Ele distingue três ordens de leis: *lex aeterna*, *lex naturalis* e *lex humana*.

A *lex aeterna* é a mesma razão divina que governa o mundo (*ratio divinae sapientiae*) que ninguém pode conhecer inteiramente em si mesma, embora podendo ter uma noção parcial através de suas manifestações.

A *lex naturalis* é ao contrário diretamente cognoscível pelos homens por meio das razões, sendo precisamente uma participação da lei eterna na criatura racional, segundo a sua própria capacidade.

A *lex humana* é uma invenção do homem, pela qual, movendo-se pelos princípios da lei natural, se procede a aplicações particulares. Essa pode derivar da *lex naturalis*, *per modum conclusionum* o *per modum determinationis*, segundo o que representa o resultado das premissas da *lex*

²⁷ BOEHNER, Philoteus. *História da Filosofia Cristã*. 7^a. ed. São Paulo: Vozes, 2000. p. 56.

naturalis, como conclusão de um silogismo, ou ainda uma maior especificação daquilo que é afirmado em geral na *lex naturalis*.

De acordo com São Tomás à coletividade pertence ditar as leis. A lei tem como o seu fim primeiro e fundamental o dirigir para o bem comum. Ordenar algo com vista ao bem comum é próprio de toda a coletividade, ou da pessoa pública que dela cuida. Essa, pois, a origem popular das leis.

O problema prático é: a *lex humana* deve ser obedecida ainda quando esteja em contraste com a *lex aeterna* e a *lex naturalis*? Ou seja, até que ponto o cidadão deve obedecer às leis do Estado?

Segundo a doutrina tomista, a *lex humana* deve ser obedecida ainda quando não seja totalmente conforme o bem comum, e isto para a manutenção da ordem (*propter vitandum scandalum vel turbationem*); não deve, porém, ser obedecida quando implicar uma violação da *lex divina* (*contra Dei mandatum*). Assim, seria, por exemplo, uma lei que imponha um falso culto.

Uma lei injusta ou desarrazoada, como a que repugne ao direito natural não é lei, mas sim uma deturpação da lei. No pensamento de São Tomás uma determinação arbitrária, opressiva, ou basfema não obriga conscientemente, exceto, talvez para evitar escândalo ou perturbação, causa pela qual deve uma pessoa até mesmo abrir mão de seu direito.

De outro modo, o exercício de um direito de resistência deve ser contrabalançado com a inconveniência da perturbação da paz e da ordem pública, perturbação que pode causar mal à coletividade.

Acredita, porém, que esse direito de resistência se transforma em legítimo direito de desobediência no caso de leis, promulgadas por tiranos que induzem à idolatria ou prescrevem o que é contrário à lei divina, e conclui que *“Lei assim não devem de maneira alguma ser cumpridas, porque antes devemos obedecer a Deus que aos homens”*.

No entanto, defende que a concepção de justiça é distinta da de direito. A justiça é definida como *“um hábito pelo qual o homem por vontade constante e perpétua dá a cada um o que lhe pertence”*. Refere-se então à justiça distributiva e à justiça comutativa ou corretiva, segundo a lição de Aristóteles.

1.4.6 Thomas More

Na *Ilha da Utopia*²⁸, idealizada por Thomas More, *“os utopianos têm como suprema injustiça que se obrigue um homem a obedecer a leis que não consegue conhecer, pois são inúmeras e tão obscuras que ninguém as pode compreender com exatidão”*.

Não há castigo previsto em lei; o Senado o estabelece *de acordo com a grandeza do crime*. *As faltas mais graves são punidas com a escravidão, pois*

²⁸ MORE, Thomas. *A Utopia*. São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 21.

consideram castigo mais temido que a morte, além disso, bem mais útil à sociedade. A escravidão pode cessar com a demonstração do arrependimento. A pena de morte só pode existir para os escravos que se insurgem.

Não aceitam muitas leis, pois tornam o sistema²⁹ obscuro e inacessível a todos. *Excluem, ainda mais, os advogados, procuradores e solicitadores, que manejam habilmente os processos e discutem astuciosamente as leis. Pensam que o mais acertado é que cada um defenda a sua causa e confesse diretamente ao juiz o que diria ao advogado. Assim, afastam a ambigüidade e as calúnias maliciosas dos malabaristas de palavras.*

As leis que são aceitas por todos têm o único intento de que cada homem fique convenientemente informado dos seus direitos e deveres.

1.4.7 Rousseau

Para Rousseau³⁰, em seu *Contrato Social*, a lei é a expressão da vontade geral e por ela nutria um verdadeiro respeito religioso. Na sua generalidade e impessoalidade, via o único remédio ao capricho, à arbitrariedade dos homens particulares, detentores do poder.

²⁹ O caráter orgânico das realidades componentes do mundo que nos cerca e o caráter lógico do pensamento humano conduzem o homem a abordar as realidades que pretende estudar sob critérios unitários, de alta utilidade científica e conveniência pedagógica, em tentativa do reconhecimento coerente da composição de diversos em um todo unitário, integrado em uma realidade maior. A esta composição de elementos, sob perspectiva unitária, se denomina sistema. Os elementos de um sistema não constituem o todo, como sua soma, como suas simples partes, mas desempenham cada um sua função coordenada com a função dos outros (ATALIBA, Geraldo. *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968. p. 04).

³⁰ PENSADORES, Os. Jean-Jacques. São Paulo: Nova Cultura, 1999. p. 78.

Só a lei se devem a justiça e a liberdade. Só à lei permitiu subjugar os indivíduos para torná-los livres, encadear-lhes a vontade com sua própria autorização, fazer valer o seu consentimento contra a sua recusa. Ela é a mais sublime de todas as instituições humanas. A lei não poderia ser uma expressão da vontade arbitrária do soberano.

Considera que o legislador é um ser extraordinário, tanto pelo gênio, como pela função. Mas, o legislador não é soberano. Não impera os homens. Só impera as leis.

O maior legislador, o mais sábio não dá aos povos as instituições que quer. Não é tudo redigir leis boas em si mesmas, é preciso ainda examinar se o povo a que se destinam *“está apto a suportá-las”*.

1.4.8 Hume

Entende Hume³¹ haver duas esferas condicionantes da justiça: uma externa, relativa à distinção da propriedade, outra interna, relativa ao apreço pelo bem público.

Quando alcançadas estas duas condições, haveria, finalmente, o alcance da justiça. A forma institucionalizada da justiça é o direito e sua forma mais natural, encontra-se na benevolência.

³¹ HUME, David. *Uma investigação sobre os princípios da moral*. Campinas: UNICAMP, 1995. p. 45.

Para Hume, a justiça teria a ver com a necessidade e utilidade humana de regular aquilo que é escasso, pois a situação de abundância de bens dispensaria entre os homens a existência da justiça.

Porém, quando há falta de bens, há necessidade de intervenção da justiça para delimitar, dividir, definir, os bens, haja vista que a noção de justiça confunde-se com a de propriedade.

No que tange às leis, Hume entende que estas são formas de conduzir o homem ao que lhe é natural, as quais deverão traduzir os anseios, as expectativas e as peculiaridades de um determinado povo.

Percebe-se com clareza na teoria humeana da justiça:

“...uma preocupação de justificação de existência do valor pelo empirismo (a experiência humana determina o que é bom, o que é mau, o que é justo, o que é injusto), bem como uma preocupação de justificação de finalidade do valor pela utilidade, que pode ser geral, se se tratar de uma virtude individual, ou particular, se se tratar de uma virtude social. Com essa argumentação floresce em Hume uma crítica profunda ao jusnaturalismo imperante, uma vez que de seu pensamento decorrem sérias controvérsias com relação ao absoluto, racional, lógico-dedutivo e universal jusnaturalismo; não há, para Hume, imanência das regras de justiça, há experiências de justiça”.

Não pode a lei ser genérica, ser calcada em princípios universais, mas deve, sim, corresponder com preceitos de ordem religiosa, moral, com o clima, com a situação geográfica específicas de cada sociedade.

1.4.9 Kant

Para Kant³², todo homem, porque tem na sua razão a concepção de causa livre, tem *ipso facto* a idéia de dever, única influência que faz agir, a causa livre e racional.

O dever, a lei moral, é universal. Único motivo que pode influir nas determinações de um ser livre e racional, a lei moral deve ser necessariamente uma coisa conforme a natureza dos seres livres e racionais. A razão tem um caráter universal; e, pois, o dever, a lei moral, deve ser também *universal*.

O dever é universal; é uma influência que se impõe a todos os seres racionais e livres. Também é *obrigatório*, porque a razão de todos os seres livres, compreendendo-o, se lhe submete, sem coação.

A *universalidade* e a *obrigatoriedade* são caracteres necessários do dever, ou lei moral, ou motivo legítimo, que influi na atividade dos seres racionais e livres.

Segundo Kant, há uma correlação necessária entre o bem e o mérito, e entre o mal e o demérito. Essa correlação é uma verdade *a priori*, um *conceito* da razão prática.

³² LESSA, Pedro. *Estudos de filosofia do direito*. Campinas: Bookseller, 2002. p. 253-278.

O *eu* absolutamente não pode conceber que a realização do bem não se siga a felicidade, que a realização do mal não traga como consequência o sofrimento.

Se há mérito em fazer o bem, quem o faz *deve* ser feliz. Se há demérito em perpetrar o mal, quem o perpetra *deve* ser sujeito à infelicidade, ao sofrimento.

A *filosofia moral* é a ciência das leis da razão, e determina o que o homem deve fazer, ou evitar, para atingir seu fim último como ser moral, ou racional.

A máxima fundamental, suprema, de que todas as regras de moral são aplicações particulares, pode exprimir-se pelas seguintes proposições:

- a) Proceder, obedecendo a preceitos que possam converter-se em leis gerais para ti e para todos os outros homens;
- b) Comportar-se de conformidade com preceitos tais, que, se fosses legislador, pudesses convertê-los em leis para os seres racionais e livres; e
- c) Não trates nunca os seres racionais e livres como simples meios para fins arbitrários, mas como fins que são por si mesmos.

A Sociedade, ou *estado social*, é o meio de garantir todos os direitos privados. Para que exista a sociedade, é necessária uma autoridade, um soberano. Entre o soberano e os súditos não há sociedade; a sociedade só se verifica entre pessoas iguais.

A formação da sociedade pressupõe a criação de três poderes, o legislativo, que é o soberano, o executivo, que governa segundo a lei, e o judiciário, que distribui a justiça, também de conformidade com a lei. O poder legislativo só pode decorrer da vontade coletiva do povo; pois, só à vontade universal é dado não fazer injustiças.

Tão necessária é a autoridade, que cumpre obedecer-lhe, seja ela qual for. A autoridade faz parte essencial do plano da Providência na ordem moral das coisas, e sob este aspecto pode dizer-se que procede de Deus.

Daí o princípio de que o soberano só tem direitos, e não deveres jurídicos a cujo cumprimento possa ser coagido; só tem deveres morais. O súdito nunca deve resistir à autoridade; pode somente representar e queixar-se.

O povo deve suportar todos os abusos do poder supremo; se admitíssemos o contrário, tornaríamos impossível qualquer constituição legal da sociedade.

A pena se comina e inflige, porque é merecida, justa. Nunca pode ter como fundamento um interesse de qualquer ordem, nem sequer do réu. A medida legítima da pena é a da culpabilidade. O ideal nesta matéria é a Pena de Talião.

1.4.10 Hegel

O conceito de justiça, para Hegel³³, deve ser buscado juntamente com o conceito de injustiça, pois o que é justo não poderá ser injusto, e o que é injusto não se coaduna com a lógica da liberdade em si e para si.

Implícito também está a regra da universalidade e da simplicidade do conceito, ou seja, o direito deve ser justo e acessível a todos.

Do adágio popular de que o direito sem sanção não passa de mera recomendação, adverte o autor que para cada forma de infração decorre um dano civil ou crime, portanto, a injustiça decorre da inobservância dos preceitos para evitar essas infrações, constitui uma ofensa a vontade livre e universal.

Na justiça, portanto, presume-se a identidade de propósito, o acordo ou contrato, no qual as partes comungam do mesmo objetivo e mesmo interesse, para um fim comum, a paz social.

³³ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1997. p. 34.

A paz social é um dever do Estado, a quem cabe manter o conceito do que seja Direito (justo ou injusto). É a ele que cabe o dever de definir o crime e a dosimetria da pena, levando em conta a ação do criminoso e a pena que o dignificará, como ser racional.

1.4.11 Kelsen

Kelsen³⁴ declina que a justiça é, antes de tudo, uma característica possível, porém não necessária, de uma ordem social.

Como virtude do homem, encontra-se em segundo plano, pois um homem é justo quando seu comportamento corresponde a uma ordem dada como justa, então indaga: *o que significa uma ordem justa?*

Kelsen compreende que significa essa ordem regular o comportamento dos homens de modo a contentar a todos, e todos encontrarem sob ela a felicidade.

O anseio por justiça é o eterno anseio do homem por felicidade. Não podendo encontrá-la como indivíduo isolado, procura essa felicidade dentro da sociedade.

Daí cabendo que Justiça é a felicidade social, é a felicidade garantida por uma ordem social. Cita Platão, que identifica justiça a felicidade, quando

³⁴ KELSEN, Hans. op. cit. p. 06-30.

afirma que só o justo é feliz e o injusto, infeliz. Mas, então, surge outra questão: *o que é felicidade?*

Da resposta que faz, emerge outra pergunta, e assim sucessivamente, num processo ininterrupto. Finalmente conclui: E o que é Justiça?

Iniciei este ensaio com a questão: o que é Justiça? Agora, ao final, estou absolutamente ciente de não tê-la respondido. A meu favor, como desculpa, está o fato de que me encontro nesse sentido em ótima companhia. Seria mais do que presunção fazer meus leitores acreditarem que eu conseguiria aquilo em que fracassaram os maiores pensadores. De fato, não sei e não posso dizer o que significa justiça para mim: uma vez que a ciência é minha profissão e, portanto, a coisa mais importante em minha vida, trata-se daquela justiça sob cuja proteção a ciência pode prosperar e, ao lado dela, a verdade e a sinceridade. É a justiça da liberdade, da paz, da democracia, da tolerância.

Compartilhamos dos pensamentos de todos os filósofos citados, que reunidos ou isoladamente, demonstraram as suas compreensões do que é necessário para a realização da justiça, sempre em busca do bem comum, isto é, da felicidade, do justo, de meios de possibilitar o alcance da dignidade da pessoa humana ao maior número de pessoas.

1.5 ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à Justiça, num primeiro momento, pode ser compreendido como o acesso ao Poder Judiciário, órgão detentor da atividade jurisdicional, visto como uma das funções do poder estatal, ao lado das funções

administrativa e legislativa, resultantes da tripartição clássica dos poderes de Montesquieu.

Com fulcro no pensamento de Niklas Luhmann, Tércio Sampaio Ferraz Júnior³⁵ descreve a positivação do direito como um resultado da teoria clássica da divisão dos poderes e da neutralização do Judiciário, que marcou uma tentativa de separação entre política e direito.

O poder, em si, é uno e indivisível, manifestado mediante as três funções citadas, criando-se um sistema de freios e contrapesos, sendo o objeto da atividade jurisdicional a solução de conflitos de interesse (lide) no âmbito do sistema jurídico.

Conforme previsão no inciso XXXV, do artigo 5º., da Constituição Federal Brasileira, *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*.

Araújo Cintra³⁶ dispõe que o acesso à Justiça é a idéia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias, assim:

- a) oferece-se a mais ampla *admissão de pessoas e causas ao processo* (universalidade da jurisdição);

³⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito – técnica, decisão, dominação*. 3ª. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001. p.73-74.

³⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 17ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 33-34.

- b) depois, garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o *devido processo legal*;
- c) para que possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do *contraditório*);
- d) podendo exigir dele a efetividade de uma *participação em diálogo*.

Considerando tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa, que seja capaz de eliminar todo resíduo de interação teleológica apontada para a *pacificação com Justiça*, enuncia.

A doutrina processualista ressalta como institutos fundamentais do processo civil a jurisdição, a ação, a exceção (ou defesa) e o processo, este último sendo o instrumento utilizado pelo Estado-juiz, com fulcro na lei, para a resolução dos conflitos de interesses apresentados ao Poder Judiciário.

O Estado, através do processo, vislumbra a atuação da vontade do direito objetivo, podendo a jurisdição assumir três papéis, o do poder: a jurisdição gera um poder de império, na qual as decisões, quando não acolhidas espontaneamente, são impostas para gerar eficácia; a da função: expressa os deveres que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de todos os conflitos, quer interindividuais, quer difusos ou coletivos, através da

realização do direito justo e pelo processo; e a atividade: a jurisdição é, também, um conjunto complexo e dinâmico de atos do Juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função por meio do princípio de legalidade; sendo por meio do devido processo legal que verificamos a aplicação do poder, da função e da atividade jurisdicional.

Para Chiovenda³⁷ a jurisdição seria *uma atividade secundária no sentido de que ela substitui a vontade ou a inteligência de alguém, cuja atividade seria primária, enquanto o administrador exerce atividade secundária no sentido de que a desenvolve no seu próprio interesse.*

A jurisdição³⁸ serve para que o Estado substitua aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, reivindicar, por meio da pacificação do conflito que os envolve, o maior bem jurídico do direito que é o justo, sendo um poder-dever de aplicação do direito objetivo conferido ao juiz.

Horácio Wanderlei³⁹ acredita ser fundamental se perceber que o Estado, sem a jurisdição, seria uma instituição política desprovida de um instrumento

³⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. trad. J. Guimarães Menegale. 2ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1965. p. 09.

³⁸ Na criticada visão estritamente jurídica do fenômeno político que é jurisdição, os estudiosos do processo conformaram-se inicialmente com afirmações extremamente individualistas, ligadas ao sincretismo privatista em que o sistema processual aparece como meio de exercício dos direitos e institucionalmente destinado à sua satisfação. Dizia-se, então, que o escopo do processo era a tutela dos direitos, naquela visão pandectista que colocava a ação como centro do sistema e a descrevia como o próprio direito subjetivo em atitude de repulsa à lesão sofrida. Hoje, reconhecida a autonomia da ação e proclamado o método do *processo civil de resultados*, sabe-se que a tutela jurisdicional é dada às pessoas, não aos direitos, e somente àquele sujeito que tiver razão: a tutela dos direitos não é o escopo da jurisdição nem do sistema processual; constitui grave erro de perspectiva a crença de que o sistema gravite em torno da ação ou dos direitos subjetivos materiais (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 10ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 184).

³⁹ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994. p. 29.

legítimo, através do qual possa exercer seu poder, em última instância, na busca da pacificação da sociedade, o que é feito legitimamente através do processo⁴⁰.

O mais antigo conceito de Ação, de que se tem conhecimento, é aquele proveniente de Celsus, adotado pelo Direito, "*Nihil aliud est actio quam persequendi in iudicio quod sibi debeatur*", isto é, "*Ação nada mais é do que o direito de reclamar em juízo aquilo que nos é devido*"⁴¹.

A ação é um direito público abstrato, manifestado contra o Estado-juiz, almejando à prestação da tutela jurisdicional, que deve ser concedida, no plano do direito processual, a quem tenha direito ou não, no plano do direito material⁴².

O exercício da ação cria para o autor o direito à prestação jurisdicional, direito que é um reflexo do poder-dever do juiz de dar a referida prestação jurisdicional⁴³.

⁴⁰ A necessidade do processo judicial representa um custo para todos os titulares de direitos ou outros interesses legalmente protegidos pela ordem jurídica estatal, na medida em que, estabelecido o monopólio da jurisdição, como uma decorrência natural da formação do Estado, se afasta definitivamente a possibilidade das reações imediatas tomadas pelos titulares para a pronta observância e realização do próprio direito. A idéia de 'processo' afasta a idéia de 'instantaneidade' da reação que o titular do direito ofendido poderia ter, se não tivesse de submetê-lo, antes, ao crivo de uma investigação sempre demorada, tendente a determinar sua própria legitimidade (SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. vol. I. Porto Alegre: Editora Sérgio Antonio Fabris, 1987. p. 09).

⁴¹ CALDAS, Gilberto. *A Técnica do Direito*. 3ª. ed. vol. 1. São Paulo: Editora Leia Livros, 1984. p. 190.

⁴² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*. v. 1. 5ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 86.

⁴³ Em razão de o Estado, salvo raras exceções, proibir a autotutela, surge, em contrapartida, a necessidade de armar o cidadão com um instrumento capaz de levar a cabo o conflito intersubjetivo em que está envolvido. Esse direito é exercido com a movimentação do Poder Judiciário, que é o órgão incumbido de prestar a tutela jurisdicional (ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 4ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 185).

Em nível constitucional (sentido amplo) a ação é incondicionada, o que significa dizer que não há necessidade de preenchimento das condições da ação⁴⁴ para se obter qualquer resposta do judiciário, por isso também é denominado pela doutrina como “direito de acesso ao judiciário”, conforme interpretação da ao artigo 5º., incisos XXXIV, alínea “a” e XXXV, da Constituição Federal Brasileira⁴⁵.

As condições da ação só serão constitucionais se, em cada caso concreto, numa análise tópica e empírico-dialética, forem aplicadas pelo juiz com proporcionalidade, sempre com vistas à otimização máxima do preceito constitucional que garante o direito à ação⁴⁶.

Diversas teorias apareceram para esclarecer o significado de ação em sentido estrito, mas verificaremos na seqüência apenas três delas, que, segundo entendimento doutrinário, tratam-se daquelas com mais características do sistema processual pátrio.

⁴⁴ De acordo com a doutrina pátria, apontam-se como condições da ação: legitimidade *ad causam*; o interesse de agir; e, por fim, a possibilidade jurídica do pedido.

⁴⁵ Constituição Federal Brasileira. Artigo 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: XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso do poder; XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁴⁶ GUERRA, Marcelo Lima. *Estudo sobre o Processo Cautelar*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p. 70.

A teoria concretista da ação considera o direito exercido somente quando o pedido formulado pela parte na inicial for julgado procedente pelo juiz, restringindo assim o seu campo de incidência.

Essa teoria não foi acolhida no Brasil, por admitir um número ilimitado de decisões sobre a mesma demanda, desde que julgados os pedidos improcedentes, ocasionando um risco a segurança jurídica e o empilhamento de processos, sem razões lógicas, no Poder Judiciário.

Para a teoria abstratista da ação o direito será exercido sempre que houver resposta do judiciário, independente de qual ela for, desse modo, ainda que o poder judiciário reconheça não possuir o autor o direito de um julgamento de mérito (de pedido), este julgamento produzirá coisa julgada.

Essa teoria também não foi acolhida no Brasil, porque acabaria com as diferenças existentes entre a ação em sentido estrito (em nível processual) e a ação em sentido amplo (em nível constitucional).

Restando pouca proteção ao direito de invocar o judiciário pelo interessado, e há possibilidade da não observância, pelos patronos do autor da ação, dos requisitos de admissibilidade do mérito da demanda.

Segundo a teoria eclética da ação, atribuída a Enrico Túllio Liebman⁴⁷, que assume uma posição intermediária em relação às teorias anteriormente citadas, o direito de ação em sentido estrito será exercido sempre que o pedido for julgado, seja procedente ou improcedente.

Haverá ação sempre que existir uma resposta de mérito proferida pelo juiz, sendo apontado esse posicionamento como vantajoso por não haver restrição excessiva ao exercício do direito de ação, e nem ampliação injustificada a ponto de confundi-lo com o direito de acesso ao judiciário, tendo sido a teoria eclética da ação a adotada pelo ordenamento processual civil brasileiro.

Por exemplo, se o juiz proferir resposta de indeferimento da petição inicial, o direito de ação em sentido estrito não será exercido, por não se tratar a decisão de uma sentença de julgamento de mérito (de pedido).

O exercício do direito de ação em sentido estrito exige o preenchimento das condições da ação (legitimidade *ad causam*, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido), portanto, quando julgada extinta a ação por indeferimento da petição inicial, ou ainda pela falta de qualquer das condições da ação, não haverá o exercício do direito de ação pelo autor, restando-o carecedor de ação.

⁴⁷ Processualista italiano, residiu no Brasil por ocasião da Segunda Guerra Mundial, lecionou na Faculdade de Direito do Largo São Francisco, e incentivou a Escola Paulista de Processo, deixando vários seguidores de renome no âmbito jurídico nacional e internacional.

A ação somente poderá ser proposta por quem for parte legítima, consoante previsão legal expressa no artigo 6º., do Código de Processo Civil Brasileiro, que dispõe que ninguém poderá ir a juízo para defender direito alheio, salvo quando autorizado por lei, hipótese em que se configura a legitimação extraordinária.

A legitimação ordinária é a normal, isto é, quando a pessoa vai a juízo defender direito próprio, mesmo que representada ou assistida, conforme se tratar de um caso de incapacidade absoluta ou incapacidade relativa, respectivamente.

Enquanto a legitimação extraordinária, ou substituição processual, destina-se aquelas pessoas, autorizadas por lei, que vão a juízo defender direito alheio⁴⁸.

Por exemplo, no casamento com regime dotal, a partir da entrada em vigor da Lei 10.406/2002, o regime dotal pode ser celebrado por pacto, muito embora não previsto em lei.

O titular do direito sobre os bens que constituem o dote é a mulher, todavia, o direito de entrar em juízo para salvaguardar os bens é do marido. Portanto, existe um titular do direito material que não pode ser parte em juízo e uma parte que não é titular do direito material.

⁴⁸ Os titulares do direito material são chamados de substituídos, e os titulares que figuram na ação são os substitutos processuais.

No caso de um condomínio, no qual cada um dos condôminos possui uma parte ideal e apenas um deles entra em juízo para propor ação reivindicatória.

O artigo 1314, do Código Civil Brasileiro, estabelece expressamente que, havendo um condomínio, cada qual dos condôminos poderá, sozinho, reivindicar a coisa, apesar de que a sentença proferida irá atingir aos demais.

O inciso III, do artigo 12, da Lei 10257/01, prevê a hipótese legal da usucapião coletiva, cabendo a associação de moradores da comunidade como substituta processual dos moradores de favelas, cortiços e outras moradias coletivas semelhantes, para constar no pólo ativo da referida ação de usucapião.

A coisa litigiosa pode ser vendida no decorrer do processo, passando a parte originária a defender direito alheio, e ficando o adquirente da coisa como substituto processual, podendo ingressar no processo como assistente litisconsorcial, de acordo com previsão legal, caso não seja aceito, pelo autor, o ingresso do adquirente no feito, no lugar do alienante.

Contudo, a sentença proferida entre as partes originárias estende seus efeitos ao adquirente da coisa, segundo redação prevista no parágrafo terceiro, do artigo 42, do Código de Processo Civil Brasileiro.

A possibilidade jurídica do pedido pode ser compreendida como a ausência de vedação expressa em lei ao pedido formulado pelo autor em sua inicial, desse modo, o pedido deverá estar em consonância com o ordenamento jurídico.

A ação de usucapião de bens públicos é um exemplo de impossibilidade jurídica do pedido, pois quem ingressar com essa ação terá sua inicial indeferida.

A súmula 340, do Supremo Tribunal Federal, a Constituição Federal Brasileira, nos artigos 183, parágrafo terceiro, e 191, parágrafo único, quando tratam das modalidades de usucapião constitucional, e recentemente o Novo Código Civil, em seu artigo 102 (que retirou a eficácia da súmula citada), proíbem a aquisição de bens públicos por usucapião⁴⁹.

Além de dever ser verificada a possibilidade jurídica do pedido, também deverá ser verificada a possibilidade jurídica da causa de pedir, como no exemplo da cobrança da dívida de jogo proibido, assim, se qualquer deles for impossível, a inicial será indeferida.

Na petição inicial são dois os pedidos formulados, um imediato, o pedido de provimento jurisdicional, e outro mediato, o bem da vida, o direito material em litígio.

⁴⁹ Normas jurídicas tais que também retiraram as regras que permitiam a usucapião de terras devolutas pertencentes à União, previstas na Lei 6969/81.

Ao passo que, a possibilidade jurídica do pedido deve ficar vinculada a análise do pedido imediato, de caráter instrumental, restando a cargo da análise do mérito a discussão acerca da possibilidade jurídica (licitude) ou não do direito material em litígio, o pedido mediato.

Em regra geral, qualquer ato, que não seja proibido por lei, direta ou indiretamente, pode ser praticado com licitude, contudo, também deve ser observada a moral e os bons costumes.

O caso da prostituição é um exemplo, em que embora não seja proibida a prática por lei, é compreendida, pela grande maioria da sociedade, como ofensiva a moral e aos bons costumes, o que impossibilita a cobrança judicial de qualquer espécie de dívida proveniente da prática da prostituição, por ser tal pedido juridicamente impossível.

O interesse de agir é composto pelo binômio *necessidade e adequação*, isto é, quando houver a necessidade de ingressar com uma ação para conseguir o que se deseja e quando houver adequação da ação, compreendida como uma ação própria para o pedido, haverá o interesse de agir.

Como condição da ação há na doutrina quem adicione neste rol a utilidade do provimento, como um elemento a mais do binômio do interesse de agir, mas na realidade se trata de um requisito subjetivo e adaptável à situação fática em que se encontra o autor quando da propositura da demanda, dentre os diversos procedimentos a disposição do autor.

Ao réu caberá alegar a carência de ação na contestação, mas por ser matéria de ordem pública, não preclui, podendo ser argüida a qualquer momento, neste caso, deverá arcar com as custas e os honorários resultantes da extensão desnecessária do feito, ou seja, desde a contestação.

Se o juiz entender, no saneador, presentes os requisitos de admissibilidade para o exame de mérito, desse modo afastando a carência da ação, poderá ainda, em qualquer fase do processo, retificar a sua decisão, apontando a carência da ação, por ser matéria de ordem pública, reconhecível a qualquer tempo e grau de jurisdição.

No entanto, ao contrário do réu, somente arcará com as despesas das custas e dos honorários advocatícios se restar comprovado o dolo de sua parte.

Poderá ocorrer ainda o efeito translativo, no caso de haver uma apelação por parte do réu, em um processo no qual não foi discutida a carência de ação, o Tribunal poderá conhecê-la de ofício, mesmo que não tenha sido matéria de apelação.

O Tribunal reapreciará não somente o objeto do recurso (efeito devolutivo), mas também aquelas matérias de ordem pública, todavia não tenham sido suscitadas.

A Fazenda Pública, no reexame necessário, que tem como finalidade a defesa do interesse público, entendido como condição de eficácia da decisão⁵⁰, conforme a súmula 45, do Superior Tribunal de Justiça, não poderá ser prejudicada se houver unicamente a remessa *ex officio*, sem recurso voluntário da parte contrária, entretanto, o Tribunal poderá conhecer a carência da ação, estando também a mercê do efeito translativo.

Contudo, não é possível haver ação sem processo, mas é perfeitamente possível haver processo sem ação, no caso do juiz não proferir uma sentença de mérito, segundo entendimento doutrinário corrente.

No processo de conhecimento há o acerto, pelo qual o juiz decide quem das partes possui razão em relação ao direito ou objeto em litígio, ficando a sua satisfação para o processo de execução, que terá mérito, apesar de não ter julgamento de mérito, que em sede de processo civil se entende como pedido, qual seja, a solicitação de satisfação do título, que a partir da

⁵⁰ O princípio do duplo grau de jurisdição regula o instituto do reexame necessário ou remessa oficial constante, do artigo 475 do Código de Processo Civil Brasileiro, que determina o envio dos autos do processo para o tribunal a fim de que se proceda ao reexame da causa, caso a Fazenda Pública tenha sucumbido no processo. Com a entrada em vigor da Lei 10.352/01, o instituto em tela sofreu restrições na sua utilização, na medida em que se criaram duas exceções, previstas nos parágrafos segundo e terceiro do mesmo diploma legal – à consecução do aludido reexame: (i) quando a condenação ou o direito controvertido for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, incluindo o julgamento procedente dos embargos, em caso de execução de dívida ativa do mesmo valor; (ii) quando a decisão estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula do mesmo tribunal ou de outro tribunal superior competente. Desse modo, quando a Fazenda Pública sucumbir, regra geral, independentemente de recurso interposto por seu procurador, será obrigatoriamente a sentença submetida à reapreciação do tribunal, ou seja, do órgão hierarquicamente superior, só passando a produzir efeitos depois de sofrer o reexame necessário, o qual se revela, segundo entendimento doutrinário majoritário, como condição de eficácia da decisão.

vigência da Lei 11.232/2005, passou a ser decorrência natural da sentença de mérito proferida no processo de conhecimento⁵¹.

Kazuo Watanabe⁵² arremata que “a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o *acesso à ordem jurídica justa*”.

O acesso à justiça é um direito fundamental, que deve servir de garantia de efetividade para os demais direitos, o que depende da existência do direito de ação e do processo como instrumentos de acesso e mediação para o exercício da atividade jurisdicional do Estado⁵³.

1.6 ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA

Com o movimento Iluminista, a partir do século XIX, o magistrado começou a ser tratado como um homem comum, sujeito a erros no julgamento, afastado que foi o seu espectro de divindade. Segundo Montesquieu⁵⁴, ele não

⁵¹ ...A sentença, para que o processo seja efetivo e a função do juiz de primeiro grau valorizada, deve poder realizar os direitos e interferir na vida das pessoas. Perceba-se, além disso, que o recurso, na hipótese de sentença de procedência, serve unicamente para o réu tentar demonstrar o desacerto da tarefa do juiz. Assim, por lógica, é o réu, e não o autor, aquele que deve suportar o tempo do recurso interposto contra a sentença de procedência. Se o recurso interessa apenas ao réu, não é possível que o autor – que já teve o seu direito declarado – continue sofrendo os males da lentidão da justiça (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 3^a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 158).

⁵² WATANABE, Kazuo. *Acesso à Justiça e Sociedade Moderna*. In: Participação e Processo. Coord. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1988, p. 128-129.

⁵³ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994. p. 127.

⁵⁴ MARTINS, Humberto Eustáquio Soares. *A Efetividade do Processo e sua necessária Desordinarização*. Desembargador – AL. Disponível em:

detinha qualquer poder criativo ou de imperium, apenas atuando a vontade da lei.

Em busca da verdade processual, tolheu-se o juiz de qualquer manifestação de criatividade em sua interpretação, adotando-se o procedimento ordinário em sua forma quase totalitária, fundamentando tal premissa no *Princípio da Neutralidade*⁵⁵, encontrando-se de um lado o juiz sem vontade inconsciente e, de outro, a lei, que para Montesquieu, consistia uma relação necessária fundada na natureza das coisas.

*Neutralidade e imparcialidade*⁵⁶ eram os meios utilizados em busca da verdade absoluta, sendo vedado ao magistrado o acautelamento ou

www.deshumbertomartins.tj.al.gov.br/artigos/ler_art.php?c=133. Acesso em: 22 de novembro de 2005.

⁵⁵ A neutralidade pressupõe, do ponto de vista científico, o não envolvimento do cientista com o objeto de sua ciência, o que é, em nosso entender, algo de uma impossibilidade palpitante. Isto porque, em qualquer atividade do conhecimento humano, haverá sempre, no mínimo, uma escolha, nem que seja no que diz respeito ao próprio objeto de pesquisa. Desta forma, quem exige e impõe uma neutralidade, ao contrário do que se pensa, não está de forma alguma sendo neutro, pois aquele que propugna pela neutralidade acaba tomando uma posição (ainda que seja por esta busca da neutralidade). Mas o juiz é neutro? *A priori*, já se pode responder que não. Isto porque é impossível para qualquer ser humano conseguir abstrair totalmente os seus traumas, complexos, paixões e crenças (sejam ideológicas, filosóficas ou espirituais) no desempenho de suas atividades cotidianas, eis que a manifestação de sentimentos é uma dos aspectos fundamentais que diferencia a própria condição de ente humano em relação ao frio "raciocínio" das máquinas computadorizadas. (PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O mito da neutralidade do juiz como elemento de seu papel social*. Juiz do Trabalho – Bahia. Disponível em: jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2052. Acesso em: 23 de novembro de 2005).

⁵⁶ O caráter de imparcialidade é inseparável do órgão da jurisdição. O juiz coloca-se entre as partes e acima delas: esta é a primeira condição para que possa exercer sua função dentro do processo. A imparcialidade do juiz é pressuposto para que a relação processual se instaure validamente. É nesse sentido que o órgão jurisdicional deve ser subjetivamente capaz. A incapacidade subjetiva do juiz, que se origina da suspeita de sua imparcialidade, afeta profundamente a relação processual. Justamente para assegurar a imparcialidade do juiz, as constituições lhe estipulam garantias (Const., art. 95), prescrevem-lhe vedações (art. 95, par. ún.) e proibem juízos e tribunais de exceção (art. 5º., inc. XXXVII). (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 9ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993. p. 50).

antecipação de direitos, somente após de um longo procedimento em *busca da verdade real*⁵⁷.

Imparcialidade é condição irrefutável para que um juiz atue, o magistrado não pode tomar partido, não pode favorecer qualquer parte, ou seja, *não pode ser parte* no processo⁵⁸.

Nas palavras de Norberto Bobbio⁵⁹, ficava o juiz adstrito à vontade da lei, tolhido do subjetivismo da interpretação, *“miragem da codificação e a completude: uma regra para cada caso. O código é para o juiz um prontuário que lhe deve servir infalivelmente e do qual não pode afastar-se”*.

Cândido Rangel Dinamarco⁶⁰ se manifesta a respeito dessa imparcialidade e neutralidade:

Imparcialidade não se confunde com *neutralidade* nem importa um suposto dever de ser ética ou axiologicamente neutro. A doutrina processual moderna vem enfatizando que o juiz, embora *escravo da lei* como tradicionalmente se diz, tem legítima liberdade para interpretar os textos desta e as concretas situações em julgamento, *segundo os valores da*

⁵⁷ ...a verdade real, inexistente sob a ótica processual, restando o juiz, diante das provas produzidas, atestar como verdade uma mera probabilidade, sob pena de maculação do império do Estado, mormente pelo fato de as expressões usadas à tal apuração decerto que já vêm distorcidas por cada representatividade, seja no reprise dos fatos, seja na sua investigação. Destarte, é histórico o fenômeno da ordinarização maciça no processo civil brasileiro, inspirado na tradição romano-canônica, bem como na tradição positivista européia, o que gera, sem olvidar, mácula ao princípio do acesso à justiça, direito consagrado constitucionalmente, como um pilar de uma ordem jurídica justa (Desembargador Humberto Eustáquio Soares Martins. *A efetividade do Processo e sua necessária desordinarização*. Disponível em: www.tj.al.gov.br. Acessado em 23 de fevereiro de 2006.

⁵⁸ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1995. p. 79.

⁵⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora UNB, 1997. p. 119.

⁶⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. I. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 201-243.

sociedade. O sistema de pluralidade de graus de jurisdição e a publicidade dos atos processuais operam como freios a possíveis excessos e prática de parcialidades a pretexto dessa liberdade interpretativa. No julgamento dos recursos, feito por outras pessoas, não se reproduzem necessariamente os mesmos possíveis sentimentos e interesses do juiz inferior, reconstituindo-se a indispensável *impressoalidade*.

Na ordem jurídica, afirma Paulo Bonavides⁶¹, os princípios se destacam por três funções relevantes, quais sejam, fundamentadora, interpretativa e supletiva.

Para a função fundamentadora da ordem jurídica os princípios teriam uma eficácia derogatória e diretiva, sendo que as normas que vierem a se contrapor ao previsto no princípio constitucional perderão a validade (eficácia diretiva) e/ou sua vigência (eficácia derogatória).

Os princípios se prestam a orientar as soluções jurídicas a serem encontradas para os casos submetidos à apreciação do intérprete, para a função interpretativa.

E, com a função supletiva, os princípios motivam a integração do Direito, quando houver a insuficiência da lei e do costume, suplantando as lacunas verificadas no ordenamento jurídico.

Em pesquisa realizada pela *Associação dos Magistrados Brasileiros* aos seus associados⁶², no ano de 2005, uma das perguntas se referia ao *Dever de Imparcialidade* dos diferentes ramos do *Judiciário brasileiro*⁶³.

⁶¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14^a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 283.

Os resultados mostram que as avaliações mais positivas foram conferidas para a Justiça Estadual, em seguida para a Eleitoral, depois para a Federal.

A maior proporção de notas “ *muito ruim*” e “ *ruim*” foi dada para o STF (31,7%) que, neste aspecto, encontra-se em posição muito distante de todas as demais instituições. Um pouco mais da metade dos entrevistados preferiu não emitir opinião sobre a Justiça Militar (50,7%).

Entrevistados que atuam na 1ª. instância têm avaliações distintas dos que atuam em tribunais. A Justiça Estadual, a Justiça Eleitoral, o STJ e o STF são proporcionalmente melhor avaliados pelos que exercem a função jurisdicional em tribunais do que pelos de 1º. grau. Em contraste, a Justiça Federal recebe um maior percentual de notas positivas entre os de 1º. grau.

O tempo na magistratura evidencia diferenças nas avaliações dadas pelos entrevistados: a Justiça Estadual tem uma maior proporção de notas positivas entre os que são magistrados há menos tempo e uma avaliação mais crítica entre os que estão na função entre 11 (onze) e 20 (vinte) anos; a Justiça do Trabalho é mais bem avaliada pelos que estão na magistratura entre 6 (seis) e 10 (dez) anos; a Justiça Federal tem o menor percentual de notas

⁶² Foram enviados questionários para todos os sócios da AMB no país, totalizando 11.286 correspondências. Obteve-se um total de 3.258 respostas, o que significa dizer de 28,9 %. Esta proporção variou nacionalmente, indo de um mínimo de 14,3% no Distrito Federal e de 15,7% no Amazonas até um máximo de 47,8% no Amapá, de 42,5% em Santa Catarina e de 41,2% no Acre.

⁶³ Fonte: Pesquisa AMB, 2005. Disponível em: www.amb.com.br. Acesso em: 30 de novembro de 2005.

“ *muito bom*” e “*bom*” entre os mais antigos; a Justiça Eleitoral tem a maior proporção de aprovação entre os mais antigos; a os que estão há menos tempo na magistratura apresentam o maior percentual de respostas “*não sei*” ou “*sem opinião*” sobre a Justiça Militar; o STF é tanto melhor avaliado quanto mais se passa do grupo mais recente para os de maior tempo na magistratura.

O foco nas regiões aponta para importantes diferenças nas avaliações dos entrevistados. Assim, enquanto a Justiça Estadual alcança um máximo de 66% de notas positivas entre os magistrados do sul, tem apenas 46,1% dessas notas entre os do nordeste; a Justiça do Trabalho é vista como “*muito boa*” e “*boa*” por 47,8% dos entrevistados do norte, caindo para 38,8% entre os do sul; a Justiça Federal varia de um máximo de 58,2% no norte para 41,1% no sudeste; o TST, o STJ e o STF têm a maior proporção de notas positivas no norte e a menor no sul.

Na interpretação e aplicação da norma ao caso concreto deverá o magistrado se afastar de emoções negativas e pré-conceitos⁶⁴, submetendo o seu julgamento à realidade dos fatos apresentados e a completude do ordenamento jurídico, devendo sua sentença exibir *coerência na motivação*⁶⁵.

⁶⁴ Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 335 – Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.

⁶⁵ Para cumprir seu objetivo político e atender às exigências da Constituição e da lei, a motivação deve ser tal que traga ao leitor a sensação de que o juiz decidiu de determinado modo porque assim impunham os fundamentos adotados, mas decidiria diferentemente se tivesse adotado outros fundamentos – seja no exame da prova, seja na interpretação do sistema jurídico. Tal é a exigência de *coerência na motivação*, sem a qual ela é irregular e a sentença, nula. Exige-se também que a motivação seja *completa*, sem omitir pontos cuja solução pudesse conduzir o juiz a concluir diferentemente. Sempre que a sentença seja repartida em *capítulos*, cada um deles consistindo no julgamento de uma pretensão, todos eles devem ser precedidos de uma motivação que justifique a conclusão assumida pelo juiz.

Juarez Freitas⁶⁶ ensina que interpretação sistemática “*é bem mais do que descobrir o sentido e o alcance de comandos legais, senão que é desvendar o alcance sistemático de cada princípio, norma ou valor*”.

O juiz deve decidir com atenção a lei posta e também aos princípios gerais do direito, estes conforme o disposto no artigo 4º., da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro⁶⁷, o que pode acabar implicando, no seu contínuo exercício da jurisdição, a interpretação de tais textos legais e mesmo constitucionais⁶⁸, à luz de valores vigentes no presente, e que no momento da sua edição não eram aceitos ou eram dimensionados ou interpretados de modo diferente⁶⁹.

Celso Bastos⁷⁰ conclui que, nas Constituições contemporâneas:

Tem-se assistido a uma crescente assimilação dos princípios gerais do Direito, que passam a ser traduzidos em normas expressas. Aliás, é o corpo onde naturalmente devem encontrar-se insertos. Não obstante isso, esses princípios continuam a pertencer a um patamar mais elevado, merecendo a designação de princípios gerais de Direito. Diz-

(DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. I. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 201-243).

⁶⁶ A interpretação sistemática deve ser definida como uma operação que consiste em atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da conformação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos. (FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 1998. p. 61).

⁶⁷ Código Civil Brasileiro. Lei de Introdução ao Código Civil. Artigo 4º. – Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

⁶⁸ Não se trata, portanto, de princípios que o aplicador do direito ou o intérprete possa resgatar fora do ordenamento, em uma ordem suprapositiva ou no direito natural (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 150).

⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.* p. 189.

⁷⁰ BASTOS, Celso. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3ª. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p. 219.

se 'mais elevado' não no sentido de colocá-los acima da própria Constituição, com o que serviriam de limites materiais ao próprio poder constituinte.

Nas palavras de Carlos Maximiliano⁷¹, *“é tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito”*.

O intérprete deverá verificar as circunstâncias fáticas que envolvem o caso concreto, para optar pelo princípio que mais pode se adequar naquela situação, *exigindo do aplicador verdadeiro exercício de sopesamento entre os princípios correntes no caso específico*⁷².

Para a superação da colisão entre princípios, Robert Alexy⁷³ propôs a lei da ponderação ou máxima da proporcionalidade:

Cuanto mayor es lê grado de la no satisfacci3n o de afetaci3n de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacci3n del outro. Esta regla expresa una ley que vale para la ponderaci3n de principios, de cualquier tipo que ellos sean. Pude ser llamada “ley de la ponderaci3n”.

Existindo uma conflituosidade prática entre princípios, isto é, no caso de ter que haver a opção por um, em detrimento da aplicação de outro possível,

⁷¹ As leis positivas são formuladas em termos gerais; fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém ampla, sem descer a minúcias. É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Para o conseguir, faz-se mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, *determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito*. (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1951. p.13-14).

⁷² LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão. *Dos Princípios Constitucionais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 152.

⁷³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993. p. 161.

ela será solucionada pela aplicação do princípio da proporcionalidade, devendo o escolhido ser considerado em sua integralidade, e desconsiderado ao mínimo o outro.

José Eduardo Faria⁷⁴ é emblemático, *“a Justiça, por mais que seu discurso institucional muitas vezes enfatize o contrário, não pode ser, na prática, um poder exclusivamente técnico, profissional e neutro”*.

“Só tem acesso à ordem jurídica justa quem recebe justiça”, assim Dinamarco⁷⁵ entende que somente a garantia constitucional da ação não é suficiente para atender aos propósitos que o processo se destina.

Acredita que as pretensões apresentadas aos juízes devam chegar efetivamente ao julgamento de fundo, preocupando-se também com os resultados exteriores ao processo.

Para tanto, devendo as partes serem tratadas com igualdade e admitidas a participar efetivamente no processo, não se omitindo também da participação o próprio juiz, figura responsável por sua condução e pelo correto julgamento da causa, e, ao fim, receber um provimento jurisdicional compatível com os valores da sociedade, pressupostos para o recebimento dessa justiça ⁷⁶.

⁷⁴ FARIA, José Eduardo. *As Transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais*. In *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. Obra organizada por José Eduardo Faria. São Paulo: Malheiros Editores, 1994. p. 58.

⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.* p. 115.

⁷⁶ Para Araújo Cintra o Acesso à Justiça não se identifica, pois, com a mera admissão ao processo, ou possibilidade de ingresso ao juízo (...) Para que haja o efetivo acesso à Justiça é

O princípio da igualdade dever ser compreendido e aplicado não na sua visão tradicional formalista:

Um dos princípios estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais é o princípio da igualdade. A igualdade é, desde logo, a igualdade formal, “igualdade jurídica”, “igualdade liberal” estritamente postulada pelo constitucionalismo liberal: os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. Por isso se considera que esta igualdade é um pressuposto para a uniformização do regime das liberdades individuais a favor de todos os sujeitos de um ordenamento jurídico. A igualdade jurídica surge, assim, indissociável da própria liberdade individual (...) A afirmação – todos os cidadãos são iguais perante a lei – significa, tradicionalmente, a exigência de igualdade na aplicação do direito. Numa fórmula sintética, sistematicamente repetida, escrevia Anschütz: ‘as leis devem ser executadas sem olhar às pessoas’. A igualdade na aplicação do direito continua a ser uma das dimensões básicas do princípio da igualdade constitucionalmente garantido e, como se irá verificar, ela assume particular relevância no âmbito da aplicação da lei (do direito) pelos órgãos da administração e pelos tribunais⁷⁷.

Mas sim, para que a participação no processo ocorra em igualdade de condições, o legislador e o juiz devem dispensar tratamento desigual aos desiguais, sendo necessário que exista correção lógica entre o elemento tomado como fator de discriminação e a desigualdade de tratamento, atendidos os valores e as garantias constitucionais⁷⁸.

indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente (inclusive em processo criminal), sendo também condenáveis as restrições quanto a determinadas causas (pequeno valor, interesses difusos); mas, para a integralidade do acesso à Justiça é preciso isso e muito mais. (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 17ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 33).

⁷⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Editora Almedina, 2002. p. 424.

⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 253-254.

Cappelletti⁷⁹ entende que o juiz pode corrigir erro dos advogados, logrando uma real igualdade das partes quando uma delas, por razões econômicas, não está em condições de assegurar uma defesa suficientemente hábil e qualificada.

Discute-se na doutrina se a iniciativa do juiz estaria restrita aos direitos indisponíveis e as matérias de ordem pública, entretanto, o interesse do julgador reside na correta aplicação da lei, na justiça como resultado final do processo, sendo não só legítimo como seu dever buscar a verdade processual, podendo a iniciativa oficial também ser aplicada nos direitos disponíveis.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Organização das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, dispõe, em seu artigo 10, que *“toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com eqüidade, por um tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações, ou para o exame de qualquer acusação contra ela dirigida, em matéria penal”*.

Em 16 de dezembro de 1966, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos determinou que *“todas as pessoas são iguais perante os tribunais. Toda pessoa terá direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, instituído por lei, no tocante a qualquer acusação de caráter penal contra ela formulada ou para determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil”*.

⁷⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1972. p. 125-126.

E, em 22 de novembro de 1969, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, denominada como Pacto de São José da Costa Rica, prevê do mesmo modo, em seu artigo 8º., 1, que *“toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei anterior, na defesa de qualquer acusação penal contra ela formulada, ou para a determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra...”*.

A origem do conceito de prazo razoável se encontra na Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, de 1950, que reconheceu, em seu artigo 6º., parágrafo 1º., que Justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável é, para muitas pessoas, Justiça inacessível.

O ordenamento jurídico português, conforme entendimento sustentado por José Joaquim Gomes Canotilho⁸⁰, é desenvolvido com fundamento no Estado de Direito Democrático Português, tratando-se de um sistema normativo aberto de regras e princípios.

Um sistema jurídico é um sistema dinâmico de normas, sendo que, segundo autor, é aberto por ter uma estrutura dialógica, traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais

⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2002. p. 1085.

para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça.

E, um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas, relacionadas a valores, programas, funções e pessoas, é realizada por meio de normas, as quais, por sua vez, formam um sistema de regras e princípios, conceitos igualmente aplicáveis ao Estado Democrático de Direito Brasileiro.

No conceito de acesso à ordem jurídica justa se compreende toda a atividade jurídica, desde a criação de normas jurídicas, sua interpretação, integração e aplicação, sempre com justiça⁸¹.

Willis Santiago Guerra Filho⁸² distingue as normas jurídicas que são regras daquelas que contêm princípios:

Normas jurídicas que são regras, em cuja estrutura lógico-deôntica há a descrição de uma hipótese fática e a previsão da consequência jurídica de sua ocorrência, daquelas que são princípios, por não trazerem semelhante descrição de situações jurídicas, mas sim a prescrição de um valor, que assim adquire validade jurídica objetiva, ou seja, em uma palavra, positividade.

Apontando-nos Barcellos e Barroso⁸³ que:

⁸¹ CICHOKI NETO, José. *Limitações ao acesso à justiça*. Curitiba: Editora Juruá, 2001. p. 62-63.

⁸² GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 5ª. ed. São Paulo: RCS, 2007. p. 52.

⁸³ BARCELLOS, Ana Paula; BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios*. In: LEITE, George Salomão. (org). *Dos Princípios Constitucionais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 113.

Nos últimos anos ganhou curso generalizado uma distinção qualitativa ou estrutural entre regra e princípio, que veio a se tornar um dos pilares da moderna Dogmática Constitucional, indispensável para a superação do Positivismo legalista, onde as normas se cingiam a regras jurídicas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo às concepções de Ronald Dworkin e aos desenvolvimentos a ela dados por Robert Alexy. A conjugação das idéias desses dois autores dominou a teoria jurídica e passou a constituir o conhecimento convencional na matéria.

Como nos esclarece Marinoni⁸⁴, não existe verdade, pois a verdade está no campo do impossível, a certeza, pois, não passa de mera verossimilhança, contudo, deve o juiz procurar encontrar a “certeza do caso concreto”, a qual não é alcançada se utilizando da lógica tradicional.

Não sendo suficiente apenas a presença de motivos convergentes em realização à afirmação realizada por um e refutada pelo outro para a formação da convicção do juiz, mas sim deverá conviver mesmo com os motivos divergentes, decidindo assim pautado em um determinado grau de probabilidade, verificados os fatos de forma adequada, mediante uma postura ativa do magistrado, para que se esteja diante de um processo verdadeiramente democrático⁸⁵.

⁸⁴ A certeza seria a manifestação subjetiva de alguém a respeito de um dado, de onde pode surgir a verdade para ela, mas não para os outros ou para todos. Esta certeza – mesmo porque a subjetividade do próprio ser cognoscente pode mudar – não existe, ou existirá, como absoluta, nem àquele que em dia a afirmou. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 107-108).

⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 101.

Para Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁸⁶, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação.

A instauração e a conservação do bem comum, da ordem e da harmonia do todo, depende da instauração de uma determinada igualdade entre as partes e o respeito à legalidade, entretanto, a igualdade consiste apenas numa relação entre as partes, pois seu valor é atribuído na medida em que é considerada justa.

Como reflete Norberto Bobbio⁸⁷:

Pode-se repetir, como conclusão, que a liberdade é o valor supremo do indivíduo em face do todo, enquanto a justiça é o bem supremo do todo enquanto composto de partes. Em outras palavras, a liberdade é o bem individual por excelência, ao passo que a justiça é o bem social por excelência (e, nesse sentido, virtude social, como dizia Aristóteles). Se se quer conjugar os dois valores supremos da vida civil, a expressão mais correta é liberdade e justiça e não liberdade e igualdade, já que a igualdade não é em si mesma um valor, mas o é somente na medida em que seja uma condição necessária, ainda que não suficiente, daquela harmonia do todo, daquele ordenamento das partes, daquele equilíbrio interno de um sistema que mereça o nome de justo.

⁸⁶ O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 11-12).

⁸⁷ BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Ediouro. p. 16.

Uma ordem jurídica justa deverá instituir ou restituir, uma vez abalada, um ideal de harmonia das partes com o todo, porque se considera que somente um todo ordenado tem a possibilidade de durar.

CAPÍTULO II – DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

2.1 PROCESSO E DIREITO PROCESSUAL

Ao Estado incumbe o papel de pacificador dos conflitos sociais, suas ações tem parâmetros delineados constitucionalmente, que devem ser refletidos no ordenamento jurídico infra-constitucional vigente.

FRANCESCO CARNELUTTI⁸⁸ nos adverte que:

O gérmen da discórdia é o *conflito de interesses*. Quem tem fome, tem interesse em dispor de pão com que se saciar. Se são dois os que têm fome e o pão basta apenas para um, surge o conflito entre eles. Conflito que, se os tais são incivis, se converte numa luta: em virtude desta, o mais forte se sacia e o outro continua com fome. Em contrapartida, se fossem inteiramente civis ou civilizados, dividiriam o pão entre eles, não segundo suas forças, mas segundo suas necessidades. Mas pode ser também um estado de ânimo do qual não surja a luta, mas que lhe propicie surgir de um momento para outro: um dos dois quer todo o pão para si e o outro se opõe a isso. Uma situação dessas ainda não é a guerra entre ambos, mas a contém em potência, de onde se conclui que alguém ou algo deve intervir para evitá-la. Esse algo é o processo, que se chama civil porque ainda não surgiu o delito que reclama a pena; e a situação, frente a qual intervém, toma o nome de litígio ou *lide*.

O processo⁸⁹ serve de instrumento de realização de um fenômeno natural para uma sociedade civil organizada, que seria esperado se não

⁸⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um PROCESSO*. 4ª. ed. trad. Hebe Caletti Marengo. Sorocaba: Editora Minelli, 2006. p. 34.

⁸⁹ Ovídio Araújo Baptista da Silva nos aponta os significados da palavra “processo”: *Processo (processus, do verbo procedere)* significa avançar, caminhar em direção a um fim. Todo processo, portanto, envolve a idéia de temporalidade, de um desenvolver-se temporalmente, a partir de um ponto inicial até atingir o fim desejado (*Curso de Processo Civil*. 4ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 13).

houvesse um desacordo (lide)⁹⁰ entre as partes interessadas que a compõem, exigindo-se assim a intervenção de um terceiro com poderes soberanos, mas detentor de uma postura imparcial, por tanto, *a utilidade prática que se deseja do processo é a efetiva satisfação de pretensões apoiadas pelo direito*⁹¹.

Delosmar Mendonça Júnior⁹² nos indica que o processualista moderno apanhou a consciência de que:

Como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados; ele é, por assim dizer, o microcosmos democrático do Estado-de-Direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade. A Constituição é vista como raiz processual, e o processo como instrumento político e ético que reflete, em cada momento histórico, o perfil ideológico do Estado, positivado em princípios e regras.

O próprio Estado estabelece as normas que regularão o seu modo de atuar junto aos distúrbios que lhe forem apresentados pela sociedade civil, mas para que o poder político não seja arbitrário e despótico, sem a participação dos interessados, antes de serem afetados pelos atos estatais, as partes

⁹⁰ José Joaquim Calmon de Passos nos esclarece o termo “lide”: Quando, a respeito de determinada relação jurídica, se estabelece um conflito entre os sujeitos nela interessados, dizemos que se está diante de uma lide, conflito de interesses qualificado pelo direito e suscetível de solução segundo o direito. E porque normalmente os sujeitos não podem compor as lides que entre eles se estabelecem, salvo renúncia, reconhecimento ou transação, qualquer deles está autorizado a fazer esse conflito de interesses objeto de um processo, formalizando-o perante o juiz que for competente para o seu conhecimento. A lide, assim, se faz causa. E na inicial devem ser explicitados os elementos dessa causa: sujeitos, causa de pedir e pedido (*Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. III. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994. p. 206).

⁹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. t. II. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 798.

⁹² MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. *Princípios da Ampla Defesa e da Efetividade no Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 46-47.

dispõem dos processos legislativo e judicial, e do procedimento administrativo, para participarem das decisões das autoridades públicas⁹³.

Ovídio Baptista⁹⁴ nos ensina que no direito⁹⁵, o emprego da palavra processo está ligado à idéia de processo judicial, correspondente à atividade que se desenvolve perante os tribunais para obtenção da tutela jurídica estatal, tendente ao reconhecimento e realização da ordem jurídica e dos direitos individuais que ela estabelece e protege, compreendendo-se o processo como o quarto instituto fundamental do Direito Processual⁹⁶.

Para Marinoni⁹⁷ apenas raciocinando a partir do que o processo deve dar aos direitos que é possível extrair das técnicas processuais a sua máxima efetividade⁹⁸.

⁹³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 93-94.

⁹⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 4ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 13.

⁹⁵ A palavra mais, usualmente, associada a uma concepção do que venha a ser o Direito, é a lei. A qual sempre emana do Estado e permanece em última análise ligada à classe dominante. O autêntico Direito não pode ser limitado pela legislação, não pode ser estudado e reduzido à pura legalidade, o Direito não é algo acabado e nem mesmo perfeito, mas algo que, vindo da própria Sociedade, mantêm-se em constante renovação e mudanças e desta forma dificilmente pode-se achar a "essência" do Direito. O Direito autêntico é global, não pode ser isolado em campos de concentração legislativa, pois indica os princípios e normas libertadoras, considerando a lei um simples acidente no processo jurídico, e que pode, ou não, transportar as melhores conquistas. (LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. 18ª. ed. Brasília: Brasiliense, 1999. p. 88).

⁹⁶ A doutrina processualista acena como institutos fundamentais do processo civil a *jurisdição*, a *ação*, a *exceção* (ou *defesa*) e o *processo*, este último voltado para a resolução dos conflitos de interesses apresentados ao Póde Judiciário, que o utiliza como instrumento pelo Estado-juiz, consubstanciado na lei.

⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*. 2ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 61.

⁹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Execução: Rumos atuais do processo civil em face da busca de efetividade na prestação jurisdicional*. Revista de Processo. no. 93. São Paulo. jan-mar. 1999. p. 29.

A finalidade do Estado é a sobrevivência da própria sociedade⁹⁹, ao definir normas que possibilitem a existência e o desenvolvimento da mesma, e ao aplicá-las, quando necessário, através do exercício de uma atividade jurisdicional, nos casos em que não forem as normas impostas cumpridas espontaneamente, *esse é o seu escopo jurídico*¹⁰⁰.

Alfredo di Iorio¹⁰¹ nos fornece uma primeira noção de direito processual, ao escrever que:

...se puede ensayar una primera conceptualización descriptiva y aproximativa del derecho procesal, en el sentido de que es el conjunto de normas que regula la actividad estatal destinada a dirimir o solventar los conflictos que se presentan en la sociedad, pudiendo hacer uso de la fuerza para aplicar la sanción prevista en la norma, si fuera necesario.

O *direito processual* pode ser compreendido como um conjunto de normas e princípios que se destinam a regular o exercício da atividade jurisdicional, a ser desempenhada pelo Estado, disciplinando as relações jurídicas dos sujeitos (processuais) dentro de um processo, enquanto que o *direito material* define os contornos das relações jurídicas, pertencentes aos bens e utilidades da vida em sociedade, entre seus membros.

⁹⁹ Com o desenvolvimento da ciência processual, não mais se admite a idéia de que o escopo do processo é a tutela de direitos subjetivos (visão privatística). Hoje, para o processo, como instituto fundamental do direito processual, em primeiro lugar está o interesse da coletividade, já que sua finalidade é a realização do direito e da paz social (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 2^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 52-53).

¹⁰⁰ Horácio Wanderlei Rodrigues escreve que: Quando o Estado legisla, ele o faz no sentido de fixar normas que permitam a existência e o desenvolvimento da sociedade. Ao aplicá-las, no exercício da atividade jurisdicional, nada mais está fazendo do que atuar o direito quando esse foi descumprido. Fâ-lo para a sobrevivência da própria sociedade. Esse é o escopo jurídico. Mas a aplicação desse direito tem de ser feita de tal forma que, através dela, se consiga pacificar a sociedade com justiça (*Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994. p. 23-24).

¹⁰¹ DI IORIO, Alfredo J. *Lineamientos de la Teoría General del Derecho Procesal*. Buenos Aires: Editora Depalma, 1995. p. 2-3.

Para Sálvio de Figueiredo Teixeira¹⁰² o *Direito Processual* tem seus alicerces no *Direito Constitucional*, que lhe fixa as linhas essenciais, principalmente quanto ao direito de ação e defesa, ao exercício da jurisdição, função soberana e indelegável do Estado, enfim, por trás dos princípios que informam as normas processuais, sempre está um comando constitucional.

Hans Kelsen é apontado, por doutrinadores nacionais e estrangeiros, como o pioneiro no estudo do denominado *Direito Processual Constitucional*, que tem por finalidade a proteção constitucional das garantias processuais e jurisdicionais, enquanto, no Brasil, tal posição é ocupada por Ruy Barbosa.

As partes atuam diretamente neste processo através de um poder (direito) que lhes é assegurado pelo Estado¹⁰³, e que se denomina *contraditório*, armando-os de meios que efetivamente influenciarão a formação da convicção do julgador ao tomar a sua decisão final.

O processo não pode ser confundido com o procedimento, sendo este um modo como o processo se desenvolve perante o Judiciário. Além do ângulo

¹⁰² TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O processo civil na nova Constituição*. Vitória: Publicação da Escola da Magistratura do Estado do Espírito Santo, 1998. p. 04.

¹⁰³ ...para que o Estado possa fazer valer o seu direito, quando não é ele cumprido espontaneamente, é necessária a existência de um segundo nível de normas gerais estatais: o direito processual. É através dele que o Estado atua o seu direito material perante casos concretos. Quando esse direito processual é criado para ser utilizado no exercício da sua função jurisdicional, denomina-se ele de direito processual jurisdicional. O conjunto de todas essas normas (legislação) fixadas pelo Estado, em seus diversos níveis, denomina-se de ordenamento ou sistema jurídico estatal. (RODRIGUES, Horácio Wanderlei. op. cit. p. 25).

externo que caracteriza o procedimento, o processo pode ser visto por um ângulo interno, referente às relações entre os sujeitos processuais¹⁰⁴.

A doutrina enumera dentre os pressupostos processuais de existência: a petição inicial; juiz regularmente investido na jurisdição; citação; e, finalmente, a capacidade postulatória¹⁰⁵.

Em certos casos excepcionais, delimitados em lei, é autorizado ao juiz, de ofício, a possibilidade de iniciar relações jurídicas processuais sem que haja ofensa à inércia da jurisdição, a exemplo da abertura de inventário, declaração de falência (artigo 73, da Lei no. 11.105/05), a execução penal e a concessão de habeas corpus.

O processo necessita ser proposto perante um juiz regularmente investido na jurisdição, preenchidas as regras de investidura no cargo.

Como relação angular entre as partes e mediação do juiz, exercendo a jurisdição, a citação torna efetivo o processo existente, mas para ser considerada válida, devem estar presentes os seus requisitos intrínsecos (conteúdo mínimo), assim como seus requisitos extrínsecos (formalidades essenciais), para que efetivamente forme o processo.

¹⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.* p. 250).

¹⁰⁵ A ausência de pressupostos de existência leva a inexistência do processo, ocorrendo apenas um simulacro deste, e tal vício é corrigido pela ação denominada *querella nulitatis insanabile*.

A capacidade de exercício do direito de acionar o Judiciário para a resolução da lide é denominada capacidade processual, também conhecida como capacidade de fato, capacidade de exercício, ou *legitimatío ad processum*.

A capacidade de direito, também conhecida como capacidade de aquisição, capacidade de vir a juízo, ou *legitimatío ad causam*, é requerida como pressuposto dessa capacidade de exercício, que é facultada a todos aqueles que possuem personalidade civil.

Todavia, de modo a atender princípios tais como o da segurança nas relações jurídicas, isonomia e inevitabilidade da jurisdição, o Código, excepcionalmente, concede legitimidade ad causam e processual, ativa e passiva, a entes despersonalizados, tais como as universalidades de bens (massa falida e espólio) e as sociedades de fato (artigo 12 do Código de Processo Civil Brasileiro).

A justificativa apresentada para o fato de a lei exigir, em regra, a capacidade postulatória como pressuposto de existência do processo, consiste na previsão legal da interposição de peças processuais por quem possua conhecimentos técnico-jurídicos, recaindo sobre a função do advogado, declarada em texto constitucional como essencial à justiça, e que por meio daqueles serve para otimizar o instrumento estatal de composição de litígios.

Em determinados casos, especificados em lei, é autorizado o início de processos por atuação exclusivamente das partes, a exemplo do que é verificado nos Juizados Especiais Cíveis, nas causas de até 20 salários mínimos.

Apontamos como consequência da ausência de um ou mais pressupostos de existência a inexistência do processo, que deve ser reconhecida de ofício pelo juiz, por se tratar de matéria de ordem pública.

E quando nos depararmos com uma sentença proferida pelo juiz, em um processo em que houve a ausência de um pressuposto de existência, não reconhecido de ofício, ou indicado pelas partes, estaria o mesmo sanado pela coisa julgada material?

Segundo entendimento jurisprudencial, sumulado pelo Pretório Excelso, os atos constitucionais inexistentes não se convalidam com o tempo. Conferindo-se as partes um instrumento, uma ação, para a correção de tal vício, denominada *querella nulitatis insanable*.

Não se submetendo a prazo prescricional, essa ação tem natureza declaratória da inexistência do feito, processando-se perante o juiz de primeiro grau, pelo rito ordinário, sendo possível, desse modo, ampla dilação probatória.

Não basta que o processo exista, faz-se necessário que, durante toda a marcha processual, disposições legais e assecuratórias de prerrogativas que o Estado de Direito confere ao cidadão sejam observadas.

Com esse intuito os pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo são exigidos, dividindo-se em objetivos e subjetivos, e entre os objetivos em positivos (intrínsecos) e negativos (extrínsecos).

Os pressupostos processuais de validade objetivos positivos intrínsecos, aqueles que devem necessariamente ser observados, sob pena de nulidade do processo, são a competência absoluta e a petição inicial apta.

Ao contrário da incompetência relativa, que se considera sanada quando não argüida por uma das partes, a incompetência absoluta do juízo marca o processo de nulidade irremediável, em razão da necessidade de observância do princípio da eficiência, que contempla todo o Estado.

Por exemplo, no caso de um juiz da vara da fazenda pública que julga determinada ação de investigação de paternidade que, em regra, é de competência das varas de família.

A petição inicial, além de existir, para que atenda a um dos pressupostos de existência, deve ser apta, o que significa dizer que, deve ser capaz de instaurar o processo e de percorrer a marcha processual, com a determinação da citação do réu, atendendo ao seu requisito de pressuposto de validade.

No entanto, em decorrência da instrumentalidade¹⁰⁶, corolário do princípio da efetividade e do acesso à justiça, o magistrado, ao se deparar com uma petição que, a rigor, seria “inepta”, deve verificar se aquela petição é capaz de fornecer, mesmo com dificuldades, os elementos mínimos necessários a instrumentalizar o direito de ação¹⁰⁷, pois “os requisitos processuais devem ser interpretados no sentido favorável ao direito de ação, sob pena de inconstitucionalidade”¹⁰⁸.

O juiz, também, somente deverá determinar que a parte emende a petição inicial se realmente houver algum aspecto que poderá prejudicar, no futuro, o julgamento do mérito¹⁰⁹.

Para Carlos Alberto Carmona¹¹⁰, o artigo 282, do Código de Processo Civil Brasileiro, que enumera os requisitos da petição inicial, deveria ser alvo de uma releitura pelo legislador, com a finalidade de procurar a máxima utilidade para cada item relacionado, *identificando os elementos que estariam fora do núcleo indispensável para o deferimento da peça inicial do processo*.

¹⁰⁶ Definir suficientemente o procedimento como um todo e os atos que o compõem em particular não significa enrijecer o sistema com disposições formais inflexíveis ou exageradamente precisas. A necessidade de oferecer segurança deve conviver com o princípio da liberdade das partes e racionalidade no exercício do poder, donde resulta que os sistemas processuais modernos buscam o desejável equilíbrio entre a *legalidade* e a *liberdade formal*. O resultado é a regra da *instrumentalidade das formas*, presente nos sistemas processuais da atualidade (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições... op. cit.* p. 30).

¹⁰⁷ “Se, apesar de todas as deficiências, a petição inicial contém o mínimo para a clara compreensão da demanda, sem nenhum prejuízo para a defesa, não há razão para que seja declarada inepta: princípio da instrumentalidade” (TRF 4ª. Região, AR 1323/RS, Primeira Seção, rel. Amir Sarti, DJ 6/2/2002, p. 225).

¹⁰⁸ ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 4ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 190.

¹⁰⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. Revista da Ajuris. no. 64. Porto Alegre. jul. 1995. p. 155.

¹¹⁰ CARMONA, Carlos Alberto. *Em torno da petição inicial*. Revista de Processo no. 119. ano 30. janeiro de 2005. p. 34.

Aproveitando, também, para sugerir a implementação de mais um requisito, especialmente destinado aos advogados, a *concisão*, esclarecendo que a arte de escrever bem consiste em dizer muito com poucas palavras, descendendo a concisão da brevidade¹¹¹.

José Joaquim Calmon de Passos¹¹² defende ponto de vista semelhante, para quem a petição inicial não é o momento para sustentações doutrinárias, nem discussão do fato que serve de fundamento à demanda, mas nela devem os fatos apenas ser expostos e precisadas as teses jurídicas conseqüentes.

Um *esquema mínimo da demanda* exige: a) que ao menos *um provimento jurisdicional* seja pedido; b) que ao menos a *um bem da vida* ele se reporte; c) que ao menos *uma razão jurídica* seja invocada; d) que se narre ao menos *um contexto de fatos* enquadrados na previsão da norma portadora desse preceito geral e abstrato; e) que ao menos *um sujeito* se apresente como *titular do direito* afirmado e da pretensão a sua satisfação; e f) que indique ao menos *um sujeito* à custa de quem pretende que essa *pretensão* seja *satisfeita*¹¹³.

¹¹¹ *Esto brevis et placebis (sê breve e agradarás).*

¹¹² A discussão dos fatos e a sustentação das teses serão transferidas para o debate oral ou alegações por escrito, no momento adequado para tanto, ou para a sustentação dos recursos que venham a ser interpostos...a inicial é o projeto da sentença que o autor pretende do juiz. Deve ela, conseqüentemente, ter a coerência lógica e a correção jurídica que se impõem para a decisão acertada do conflito de interesses trazido a juízo pelo autor (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. III. 7^a. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994. p. 201).

¹¹³ ...De todos os elementos da demanda, o que menos relevância tem no sistema é a *fundamentação jurídica do pedido*, que, por ser um elemento *abstrato* e assim não passar de mera proposta de enquadramento, no sistema processual brasileiro pode ser alterada pelo juiz ao sentenciar (*substanciação*) (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições... op. cit.* p. 129-131).

Os dois sujeitos são as *partes*, os fundamentos de fato e de direito são a *causa de pedir*, e a requisição de um provimento jurisdicional sobre um bem da vida é o *pedido*, isto é, devem estar presentes todos os *elementos da ação*.

Exige-se a anuência do réu, em relação ao processo de conhecimento, para a chamada *desistência da ação*, sempre que ele já haja oferecido resposta.

Os pressupostos processuais de validade objetivos negativos extrínsecos, aqueles que devem inexistir no processo, sob pena de sua nulidade, verificados fora da relação jurídica processual que se objetiva validade, são a ausência de coisa julgada, a ausência de litispendência e a ausência de perempção.

Compreende-se como coisa julgada o fato da qualidade dos efeitos de uma sentença se tornarem imutáveis, sem possibilidade de mais recurso, não devendo a lide proposta ter sido definitivamente julgada em seu mérito anteriormente, para que o processo se desenvolva validamente, em respeito ao pressuposto negativo da ausência de coisa julgada.

Já a litispendência se verifica quando duas demandas idênticas tramitam simultaneamente, mas sem julgamento definitivo, devendo a demanda proposta em último lugar ser extinta, para que se considere válido o processo.

E, por perempção, se entende a perda do direito de ação do autor do processo que deixá-lo, por erro seu, ser extinto por três vezes sem julgamento do mérito, sendo que na quarta tentativa de ver a sua lide julgada não será admitida pelo Estado-juiz, entretanto, poderá continuar alegando tais argumentos em defesa, eventualmente a ser apresentada em outro processo.

Os pressupostos processuais de validade subjetivos são o juiz imparcial; a intimação obrigatória do Ministério Público, quando deva atuar no feito; e a ausência de colusão entre as partes.

A Jurisdição Estatal deverá respeitar o princípio constitucional da igualdade, portanto para que o processo seja válido deverá o juiz ser imparcial, havendo duas formas ou dois graus de imparcialidade, a suspeição e o impedimento.

As partes poderão indicar para o juiz a existência desses vícios através do controle incidental deles, por meio de exceções, quando não sejam reconhecidos de ofício pelo magistrado responsável pelo processo em andamento.

Conforme previsão legal, no artigo 84, do Código de Processo Civil Brasileiro, quando a lei determinar a participação obrigatória do Ministério Público, a ausência de sua intimação contamina o processo de nulidade insanável.

A participação do Ministério Público ocorrerá, segundo disposição legal expressa, em razão do interesse em litígio ou em razão da qualidade especial de determinadas partes, a exemplo dos incapazes.

Se não atuar como parte no processo, intervirá como “fiscal da lei (custos legis)”, devendo ser intimado de todos os atos do processo, sob pena de sua nulidade.

As partes deverão agir com a boa-fé e a probidade, em razão dos princípios informadores do processo, e para que ele tenha validade, sendo vedado o conluio fraudulento para fraudar a lei ou terceiros, sob pena de rescisão do julgado assim considerado.

Ao contrário do que ocorrem com os pressupostos processuais de existência, os pressupostos processuais de validade deverão ser declarados nulos por intermédio de ação rescisória, se não reconhecidos de ofício, ou por indicação das partes, pelo juiz da causa, antes do trânsito em julgado da sentença viciada.

Poderão as partes ou o Ministério Público requerer ao tribunal que declare nulo o processo em que foi verificado o vício, tendo para tanto o prazo de dois anos contados do trânsito em julgado da sentença do processo irregular, sendo que após o decurso desse prazo, tal decisão não poderá ser mais modificada, pelo menos é o que entende a doutrina majoritária, ou seja,

haverá a “coisa julgada soberana”, uma vez que não será mais passível de desconstituição por qualquer meio processual.

2.2 RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL

A relação jurídica processual, da forma como é vista atualmente, teve origem na Alemanha do século XIX, quando Oskar Bom Bülow, em 1868, escreveu uma reconhecida obra sobre os pressupostos processuais, concedendo caráter autônomo à ciência processual.

A relação jurídica processual, a princípio, desenvolve-se entre autor, juiz e réu, tratando-se, para a maioria da doutrina, de uma relação angular, por compreenderem que as partes não se relacionam diretamente, havendo necessidade de pronunciamento do juiz do feito, este, considerado sujeito imparcial da relação jurídica de direito processual.

Para Marinoni¹¹⁴ *...a noção de relação jurídica processual, portanto, é inseparável do conceito de processo. O processo, na realidade, pode ser visto como o procedimento realizado em virtude do desenvolvimento da relação jurídica processual, mediante a participação efetiva e adequada em contraditório...*, que respeitado o devido processo legal, acaba por legitimando o exercício da jurisdição e, assim, o exercício do poder do Estado.

¹¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.* p. 250.

A petição inicial pode ser examinada pelo ponto de vista formal e substancial, há a parte de seus elementos que se relacionam com aspectos formais ou processuais, e há a outra parte que diz respeito à definição daquilo que deverá ser apreciado pelo juiz, seu sentido substancial ou libelo, *elementos que identificam a lide ou o objeto litigioso*¹¹⁵.

Teresa Arruda Alvim Wambier¹¹⁶ alerta para os problemas que podem surgir na relação processual:

Dúvidas mais sérias existem quanto a se saber se se está diante de questão de fato ou de direito quando o foco sobre o qual deve recair a atenção do julgador está justamente no *momento da incidência* do direito, na qualificação dos fatos a partir de um critério legal extraído do texto normativo. O problema do aplicador da lei pode estar justamente na subsunção.

As *questões de fato* dizem respeito à conversão em linguagem de um determinado evento, constituem lingüisticamente o fato, e as *questões de direito* se relacionam com o fenômeno da incidência da norma jurídica ao fato já constituído.

Podem existir *questões preliminares* e *questões prejudiciais*, como demonstra José Carlos Barbosa Moreira¹¹⁷:

Cabendo a qualificação de 'prejudiciais' às questões de cuja solução dependa o *teor* ou *conteúdo* de solução de outras, reservar-se-á a expressão 'questões preliminares' para

¹¹⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 127-128.

¹¹⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial*. In Revista de Processo no. 92. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 52.

¹¹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1967. p. 14.

aquelas de cuja solução vá depender a de outras não no seu *modo de ser*, mas no seu próprio *ser*; isto é, para aquelas que, conforme o sentido em que sejam resolvidas, oponham ou, ao contrário, removam um impedimento à solução de outras, sem influírem, no segundo caso, sobre o *sentido* em que estas outras hão de ser resolvidas.

A *questão de mérito* é a descrita no *pedido*, conforme Enrico Tullio Liebman¹¹⁸, “o elemento que delimita em concreto o mérito da causa não é, portanto, o conflito existente entre as partes fora do processo, e sim o pedido feito ao juiz em relação àquele conflito”.

Mas, não é tão simples assim, deve-se ater ao caso concreto, a exemplo de Thereza Alvim¹¹⁹:

Poder-se-ia dizer que uma questão relativa à prescrição, opondo resistência insuperável à procedência da ação, se acatada, seria preliminar, e não prejudicial. Entretanto, a prescrição não é uma coisa nem outra; é mérito e simplesmente é examinada antes do restante deste, por uma razão lógica, que, se não seguida, poderia causar atividade prejudicial inútil, o que atentaria, portanto, contra o princípio de economia processual.

Cândido Rangel Dinamarco¹²⁰ afirma que a relação de prejudicialidade entre demandas existe sempre que uma delas verse sobre a existência, inexistência ou modo-de-ser de uma *relação jurídica fundamental*, da qual dependa o reconhecimento da existência, inexistência ou modo-de-ser do direito controvertido na outra.

¹¹⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *O despacho saneador e o julgamento do mérito*. Rio de Janeiro: Editora Revista Forense, 1945. p. 104.

¹¹⁹ ALVIM, Thereza. *Questões prévias e limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977. p. 15.

¹²⁰ Há relação de prejudicialidade entre duas causas quando o julgamento de uma delas é apto a influir no de outra. A primeira diz-se *prejudicial* à segunda a esta, *prejudicada*. A prejudicialidade é, em um primeiro momento, uma *relação lógica* entre duas ou mais demandas: em si mesma, constitui expressão da necessária coerência entre dois julgamentos (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições... op. cit.* p. 155).

É o pedido que demonstra o objeto litigioso¹²¹ ou lide, sendo o mérito da ação, somente sobre ele incidindo a autoridade da coisa julgada, devendo ser objeto de decisão¹²², portanto, deverá ser bem identificado, a fim de que a atividade jurisdicional¹²³ só seja prestada uma vez em relação à mesma pretensão¹²⁴.

Deve ser certo e determinado¹²⁵, tanto o pedido mediato quanto o imediato, a certeza supõe estar fora de dúvida o que se pede, quer no tocante à qualidade, quer no tocante à quantidade ou extensão. A determinação é o que resulta de fixarem-se os limites, *determinare*, mas pode ser apenas determinável o objeto do pedido (genérico)¹²⁶, o qual não se confunde com o pedido vago e nem com o pedido condicional, estes não admitidos no Direito Processual Civil Brasileiro¹²⁷.

¹²¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. 3ª. ed. vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 305.

¹²² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão... op. cit.* p. 131.

¹²³ Objeto do processo é a *pretensão a um bem da vida, quando apresentada ao Estado-juiz em busca de reconhecimento ou satisfação*. É o material sobre o qual atuam as atividades jurisdicionais exercidas pelo juiz e todos os atos de defesa judicial dos direitos, realizados pelas partes (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições... op. cit.* p. 180).

¹²⁴ ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. vol. 1. 6ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 409.

¹²⁵ O Código de Processo Civil exige que em princípio os pedidos sejam portadores do duplo predicado de *certeza* e de *liquidez* (quantificação). Quanto às *coisas certas*, a certeza é suficiente e sequer se cogita de quantificação, simplesmente porque elas são individuais em si mesmas (tal imóvel, tal contrato); as coisas incertas serão indicadas, ao menos, pelo gênero e quantidade (CC, art. 243) (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições... op. cit.* p. 120).

¹²⁶ MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. tomo IV (arts. 282 a 443). 2ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979. p. 47.

¹²⁷ Pedido genérico, ou ilíquido, não se confunde com pedido vago nem com o condicional. Genérico é aquele que, sem chegar à perfeita especificação do direito afirmado e da natureza e quantidade dos bens pretendidos (certeza e liquidez), aproxima-se razoavelmente a esse *optimum*, deixando em aberto somente a definição quantitativa. Contém a afirmação da efetiva existência do direito e deixa postos desde logo os elementos ou critérios dos quais por algum modo se extrairá o montante da obrigação (em dinheiro, em coisas fungíveis em geral). O pedido é *vago* e portanto não satisfaz à exigência de especificação ditada em lei (CPC, art. 282, inc. V), quando sequer esses elementos ele indica. Se fosse acolhido e proferida sentença condenando o réu a satisfazê-lo, não haveria depois como fazer cálculos, como arbitrar valores

Entretanto, Luiz Rodrigues Wambier¹²⁸ alerta para o fato do termo genericidade não significar indeterminação absoluta, para quem não é admissível a formulação de pedido totalmente desatrelado de parâmetros de determinação, mas sim, o que se admite, é que a determinação ocorra em momento posterior, pois a sentença obtida de pedido genérico, ilíquida, será posteriormente líquida.

Nada impede que a sentença, diante de um pedido genérico, seja proferida de modo certo e determinado¹²⁹, pois se durante a instrução processual for colhido material probatório que desde logo permita a concentração da obrigação ou a especificação de valores, deverá o magistrado proferir sentença líquida e certa¹³⁰.

ou como recolher fatos novos que conduzam ao encontro do *quantum debeatur*. Sem haver na petição inicial elementos suficientes para a quantificação, não poderá o juiz acrescentá-los e, sem eles, nenhuma liquidação é possível. Uma petição inicial assim é inepta e deve ser indeferida (arts. 282 e 295, inc. I, c/c par. ún., inc. I). *Condicional* é o pedido que tenha por objeto a pretensão a uma sentença condicional, que a ordem jurídica repele (art. 460, par.). A razão de ser dessa repulsa consiste na inaptidão de sentenças dessa ordem a propiciar o resultado *certeza*, ou segurança jurídica, que integra o conjunto dos objetivos com que a jurisdição se exerce – e a incerteza perduraria se a sentença pudesse condicionar sua própria eficácia à futura ocorrência de fatos ou à comprovação de eventos pretéritos (p. ex., condenar a prestar uma indenização se depois o autor vier a comprovar que o bem lesado é de sua propriedade; ou declarar rescindido o contrato no caso de no futuro o réu inadimplir). As razões conduzem à nulidade da sentença condicional, determinam também a inépcia da demanda condicional, por ausência da possibilidade jurídica do pedido (art. 295, inc I c/c par. único, inc. III e 267, inc. VI) (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...op. cit.* p. 124-125).

¹²⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia; TALAMINI, Eduardo. *op. cit.* p. 319-320.

¹²⁹ ...não é exato afirmar-se que o pedido genérico implica a necessidade de duas ações ou dois processos sucessivos: no primeiro, decide-se se o réu deve; no segundo, apura-se *quanto deve*, se caso a decisão no primeiro for favorável ao autor (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 906).

¹³⁰ ...poderá o autor formular pedido genérico, o que *possivelmente* conduzirá a uma sentença igualmente genérica, que dependerá de oportuna liquidação (art. 603 a 611 do CPC). E digo *possivelmente* porque nada impede que o juiz, no curso do processo, consiga elementos que dispensem a posterior liquidação...O art. 460 do CPC de modo algum impede o juiz, diante de pedido genérico, de proferir sentença certa e determinada (CARMONA, Carlos Alberto. *Em torno da petição inicial*. Revista de Processo. São Paulo. ano 30. no.119. janeiro de 2005. p. 21-22).

As hipóteses que autorizam a formulação de pedido genérico estão previstas no artigo 286, do Código de Processo Civil Brasileiro: I - nas ações universais, se não puder o autor individuar na petição os bens demandados; II - quando não for possível determinar, de modo definitivo, as consequências do ato ou do fato ilícito¹³¹; III – quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu.

A respeito dessa última possibilidade de pedido genérico, Luiz Rodrigues Wambier¹³² dita que, dependendo da conduta do réu, a extensão do pedido sofre variação, e cita, por exemplo, como ocorre na ação de prestação de contas proposta por quem tem o direito de exigí-las (art. 914, I, CPC)¹³³, em que a verificação do saldo credor depende das contas a serem apresentadas, e ao autor é impossível precisar, já na petição inicial, o montante desse saldo.

Apregoa, do mesmo modo, que apenas o pedido mediato pode ser determinável, o que se refere a extensão do bem da vida pretendido, mas o pedido imediato não, esclarecendo que a genericidade que o Código admite

¹³¹ A segunda espécie de pedido genérico ocorre quando não for possível determinar, de modo definitivo, as consequências do ato ou do fato ilícito. Redação praticamente idêntica à do no. 2 do art. 471 do Código português. É a hipótese mais comum de pedido genérico. Alguém que sofreu dano em sua pessoa, ou em bem de sua propriedade ou pelo qual seja responsável, reclama, em juízo, o ressarcimento desses danos, mas, ao formular sua inicial, ainda não pode determinar o montante exato da indenização, ou porque ainda não conhece, com precisão, todas as consequências do ato ou fato ilícito, ou porque ainda não dispõe de todos os elementos para determinar a extensão das perdas e danos. Ignora-se se o dano tornou a coisa imprestável, ou qual o custo de sua recuperação; não se tem certeza de que a lesão causará a morte ou invalidez permanente ou temporária da vítima etc. (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários... op. cit.* p. 223-225).

¹³² WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. vol. I. 3ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 319-320.

¹³³ Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 914 – A ação de prestação de contas competirá a quem tiver: I – o direito de exigí-las.

não se refere ao tipo de provimento solicitado, o qual necessita estar expressamente esclarecido já ao início do processo, e que a certeza é condição tanto do pedido imediato quanto do mediato, sendo impossível admitir-se pedido incerto.

Posicionamento similar é o adotado por Teresa Arruda Alvim Wambier¹³⁴, para quem, a rigor, certo é o pedido elaborado com exatidão acerca da tutela jurisdicional pleiteada, sendo que a sua ausência acarretará a inépcia da petição inicial¹³⁵, determinado é o pedido quando individuado o bem da vida que será objeto da tutela jurisdicional, e genérico é o pedido realizado de modo abrangente, impreciso quanto aos seus limites objetivos ou subjetivos.

Nas ações de conhecimento¹³⁶ declaratórias¹³⁷ o pedido¹³⁸ meramente declaratório deve ser feito com clareza (objeto imediato), e o bem da vida

¹³⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão Judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 152-154.

¹³⁵ Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 295 – A petição inicial será indeferida: I – quando for inepta. Parágrafo único – Considera-se inepta a petição inicial quando: I – lhe faltar pedido ou causa de pedir.

¹³⁶ A ação de conhecimento é denominada também declaratória em sentido amplo. Aqui, o órgão jurisdicional declara qual das partes tem direito à pretensão deduzida. A essa decisão, que promove o ajuste do direito ao caso dá-se o nome de acerto. As partes, portanto, formulam pedidos aos órgãos da jurisdição, obtendo ou não procedência. Em caso de procedência, será acolhida a pretensão do autor, em caso contrário (improcedência dos pedidos formulados), desacolhida.

¹³⁷ Nas ações de conteúdo negativo (ações declaratórias negativas) a causa de pedir é representada pela afirmação da inexistência tanto da relação jurídica como do fato que poderia se constituir fundamento da ação de conteúdo positivo do adversário (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. III. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994. p. 209).

¹³⁸ A doutrina nacional costuma classificar o pedido imediato à luz das espécies de ação (de conhecimento – declaratória, constitutiva e condenatória -, de execução e cautelar), e estas, por sua vez, são classificadas tendo em vista a espécie de tutela jurisdicional pleiteada. Assim, em relação às ações de conhecimento se classifica o pedido em declaratório, constitutivo e condenatório (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 134).

pretendido (objeto mediato), sobre o qual requer seja feita tal declaração, deve ser determinado e certo¹³⁹.

Nas ações de conhecimento constitutivas deve estar expresso, de modo indubitável, o que se pretende modificar, criar ou extinguir em uma relação ou situação jurídica ou de um estado, determinando-se, também, o bem da vida almejado (a separação judicial, a anulação do contrato, etc).

E, nas ações de conhecimento condenatórias, deve ficar claro que é pretendida uma prestação por parte do réu, consistente numa obrigação de dar, fazer ou não-fazer alguma coisa, indicando com certeza e determinação o conteúdo dessa prestação, que se refere ao bem da vida (uma quantia em dinheiro, um bem imóvel devidamente caracterizado, a construção de uma casa devidamente especificada, etc).

As ações mandamentais não se confundem com ações em que os provimentos são condenatórios, porque nas ações mandamentais o provimento emana um comando imperativo ao réu, possível de obter resultados concretos, sob pena de sanção, não dependendo de uma outra relação jurídico-processual de caráter executivo¹⁴⁰.

¹³⁹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. III (arts. 270 a 331). 7ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994. p. 221.

¹⁴⁰ As ações executivas lato sensu são aquelas cuja sentença emana uma eficácia direta e própria, não propriamente um comando imperativo, mas a possibilidade de sua efetivação de forma direta, através de mandado, também sem dependência, para sua realização, de um processo de execução autônomo.

E há os doutrinadores¹⁴¹ que incluem entre as ações de conhecimento, que se subdividem de acordo com a natureza do provimento, as ações monitórias.

Originadas pela Lei 9.079/95, as ações monitórias são aquelas em que o credor que possui documento escrito, sem eficácia executiva (a exemplo de títulos prescritos), pode citar o devedor para contestar o pedido formulado na inicial, ou para pagar determinada soma ou entregar o bem móvel ou coisa fungível configurados no documento, oportunidade em que se houver revelia, a monitória se transforma em um processo de execução comum¹⁴².

Carlos Alberto Carmona¹⁴³ entende que, nos casos de ações de reparação de dano moral¹⁴⁴, não terá cabimento o pedido genérico, para quem não tem sentido imaginar que caiba ao juiz arbitrar, a seu talante, qual o valor do dano moral, configurando um ônus do autor montar a equação “possibilidade do ofensor, condição social do ofendido” para apontar o valor finalmente devido.

¹⁴¹ Por exemplo, José Rogério Cruz e Tucci, para quem a ação monitória é modalidade de ação de conhecimento de procedimento especial, em razão de sua disposição tópica (Artigos 1.102 A, B e C, do Código de Processo Civil Brasileiro).

¹⁴² Hoje em dia, após a entrada em vigor da Lei 11.232/05, a fase de execução faz parte do processo de conhecimento, como uma continuação deste, não mais se caracterizando como uma fase autônoma ou uma ação autônoma da fase cognitiva, passando a integrar a fase de cumprimento da sentença. Caberá, portanto, ao credor, caso não haja pagamento pelo devedor, no prazo de quinze dias, apresentar memória de cálculo de crédito para que seja expedido mandado de penhora e avaliação, sendo suficiente a intimação do representante legal do devedor, pela Imprensa Oficial. Não haverá mais indicação de bens à penhora, com o objetivo de tornar mais célere a satisfação do credor, estimulando a lei a figura do pagamento voluntário da obrigação pelo devedor com a aplicação imediata da multa de 10% (dez por cento) do débito atualizado. O executado não ficou sem defesa, pois poderá oferecer impugnação, nos termos do artigo 475-L do Código de Processo Civil Brasileiro, sendo que não terá efeito suspensivo, via de regra, conforme dispõe o artigo 475-M do mesmo Código de Processo Civil Brasileiro, substituindo a figura da impugnação os antigos embargos que, via de regra, suspendiam a execução, e eram processados como se fossem uma nova fase dentro do processo de conhecimento.

¹⁴³ CARMONA, Carlos Alberto. *Em torno da petição inicial*. Revista de Processo. São Paulo. ano 30. no.119. janeiro de 2005. p. 22-23.

¹⁴⁴ Acreditamos que também poderia ser incluído no seu conceito o dano estético.

Hoje, funcionalmente, os pedidos cominatórios, previstos no artigo 287, do Código de Processo Civil Brasileiro¹⁴⁵, aqueles nos quais um autor faz o pedido de fazer, não-fazer, dar ou receber, no qual traz junto ao mesmo que se faça uma cominação ao réu, sob pena de sofrer uma sanção, geralmente uma multa, foram substituídos pelo previsto nos artigos 461 e 461-A¹⁴⁶, do mesmo diploma legal, que prevêm tutelas mais específicas para obrigar ao réu a cumprir efetivamente os direitos do autor não respeitados espontaneamente.

Kazuo Watanabe¹⁴⁷ comenta que a prestação jurisdicional:

¹⁴⁵ Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 287 – Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela (arts. 461, par. 4º., e 461-A).

¹⁴⁶ Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 461 – Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. Parágrafo 1º. – A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. Parágrafo 2º. – A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287). 3º. – Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. 4º. – O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. 5º. – Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. 6º. – O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva. Artigo 461-A – Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. Parágrafo 1º. – Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz. Parágrafo 2º. – Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel. 3º. – Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos parágrafos 1º. ao 6º. do art. 461.

¹⁴⁷ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2ª. ed. Central de Publicações Jurídicas: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999. p. 50-51.

...deve, tanto quanto possível, satisfazer o direito como se ele estivesse sendo cumprido voluntariamente pelo devedor...os poderes conferidos ao magistrado, pelo art. 461, além de afastarem definitivamente a demanda do conceito de pretensão e ação condenatórias, correspondem aos poderes que o art. 799 do CPC confere ao juiz, para concessão dos provimentos cautelares.

A multa é acessória, serve para auxiliar a efetivação do comando da sentença, não fazendo parte da pretensão do autor, por não ter origem no direito material, portanto, não precisa ser objeto de pedido na inicial.

Tem natureza processual, contribuindo para garantir a efetividade da ordem emitida, e a manutenção da autoridade do órgão jurisdicional, não configurando exceção ao princípio da congruência.

Posicionamento semelhante ao adotado por Eduardo Talamini¹⁴⁸:

...a ausência de vinculação da multa ao pedido do autor não é exceção ao princípio da congruência entre a demanda e a sentença. O autor pede a obtenção do resultado específico, que será acolhido ou não. Sendo deferido, a definição dos meios de atuação da tutela pretendida não se confunde com a pretensão formulada – ainda quando o autor houver expressamente sugerido um valor de multa.

O objeto do processo (pedido) pode ser simples, quando integrado por uma pretensão só, pertinente a um só bem e com a postulação de um único provimento jurisdicional a seu respeito.

¹⁴⁸ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: CPC art. 461; CDC art. 84*. Revista dos Tribunais, 2001. p. 222.

Composto, quando o pedido inclui mais de um bem da vida ou visa a mais de um provimento jurisdicional, nos casos de cumulação de pedidos¹⁴⁹, originária¹⁵⁰ ou ulterior¹⁵¹, própria ou imprópria¹⁵², ou quando sobrevém uma

¹⁴⁹ Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 292 – É permitida a cumulação, num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão. Parágrafo 1º. – São requisitos de admissibilidade da cumulação: I – que os pedidos sejam compatíveis entre si; II – que seja competente para conhecer deles o mesmo juízo; III – que seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento. Parágrafo 2º. – Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, admitir-se-á a cumulação, se o autor empregar o procedimento ordinário.

¹⁵⁰ Pedidos alternativos não se confundem em absoluto, com pedidos concorrentes, que, rigorosamente, do ponto de vista jurídico, são *pedidos idênticos* que geram, um para o outro, litispendência e coisa julgada. O autor deve optar por um deles e intentar uma só ação (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão Judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 154).

¹⁵¹ ...Pedidos sucessivos há quando a parte formula mais de um pedido, demonstrando, porém, preferência pelo primeiro, indo até o último, em ordem decrescente...esta espécie de cumulação é também chamada pela doutrina de cumulação eventual...Cumulação eventual ocorre quando o juiz passa ao exame do segundo pedido, no caso de não acolher o primeiro. À cumulação eventual tem-se atribuído a denominação de cumulação subordinada, condicionada ou subsidiária...o fato de ter havido pedidos sucessivos deve ser noticiado no acórdão, no relatório, para que os Tribunais Superiores, no caso de entenderem que o primeiro não poderia ter sido acolhido, possam examinar os demais...O que é relevante frisar é que pedidos formulados em cumulação eventual são mesmo incompatíveis, não podem ambos ser deferidos...Na verdade, pode-se dizer que o primeiro pedido (o principal) é juridicamente mais “significativo” que os outros. Portanto, o STJ ou o STF, ao apreciarem o pedido que não foi decidido pelo Tribunal de origem, (mas está noticiado no relatório) havendo pedidos sucessivos, não estará apreciando propriamente pedido que não foi objeto de decisão, já que o órgão *a quo* terá decidido o *mais*, e o Tribunal Superior examinará o menos. Ou seja, se o órgão *a quo* julgou procedente o primeiro, é porque teria acolhido o segundo. Assim, em nosso entender, tendo sido formulados pelo autor pedidos sucessivos (um principal e o outro subsidiário) e tendo o tribunal acolhido o primeiro, deve apenas fazer constar no relatório que o outro pedido foi feito, embora não tenha sido apreciado (porque, realmente, não precisa ser apreciado). No entanto, se a sentença acolheu o pedido principal e só o réu recorre (até porque, não havendo sucumbência “recíproca” ou parcial, só o réu mesmo poderia recorrer) e, entendendo o tribunal que o pedido principal deve ser tido como improcedente, pode, e, na verdade, *deve* o tribunal examinar o segundo pedido, dito subsidiário, havendo condições para que tal ocorra...não há, ao que parece, ofensa ao princípio do contraditório, ao se permitir que o Tribunal examine o segundo pedido (subsidiário), quando entender não ser procedente o principal...Temos orientado nosso pensamento no sentido de que a circunstância de haver cumulação de demandas, que poderiam ter sido propostas separadamente, não é senão *circunstancial*, não devendo, pois, decorrer para as partes, contra as quais se formulam pedidos cumulados, e nem para as partes que os formulam, *vantagens ou prejuízos substanciais*...Portanto nem as partes, *nem o juiz*, podem ter alguma espécie de vantagem ou prejuízo em virtude desta situação. Nada mais há, em casos assim, do que a efetivação do princípio da economia processual, de natureza eminentemente pública. Assim, se o juiz, tendo sido ajuizadas duas ações, *teria, evidentemente, que analisar ambas as causas de pedir, não pode ser dispensado deste dever, só porque houve cumulação*. Fossem formulados em procedimentos distintos, seriam também ações distintas, embora conexas, e teriam como regra geral de ser julgadas em conjunto, pois que distribuídas por prevenção. Acaso estaria o juiz dispensado de analisar uma das causas de pedir porque as ações foram reunidas? A resposta é obviamente negativa. Portanto, o poder-dever de examinar todas as causas de pedir existe, em princípio, e *só fica afastado em decorrência do disposto no art. 515 do CPC, quando se tratar de sentença, e não de acórdão*. (Ibidem. p. 154-165). Entretanto, como demonstra Carlos Alberto Carmona, se o juiz julgar procedente o pedido subsidiário, haverá sucumbência do

reconvenção, ação declaratória incidental ou intervenção de terceiro portadora de nova tutela jurisdicional.

E, ainda, pode ser decomponível, quando o bem da vida o é, de modo a permitir que em parte o juiz o conceda e em parte o negue, sendo todas as coisas divisíveis, como tais conceituadas pelo direito material, ocorrendo nesses casos uma cisão jurídica e a procedência da demanda é parcial¹⁵³.

Conforme o artigo 14, do Código de Processo Civil Brasileiro, deverão as partes e todos aqueles que de qualquer forma participaram do processo: I – expor os fatos em juízo conforme a verdade; II – proceder com lealdade e boa-

autor em relação ao pedido principal, cabendo um recurso de apelação de sua parte...não há como confundir o pedido subsidiário com a hipótese de cumulação sucessiva. Neste último caso, o autor formula pedidos vinculados, de tal sorte que o segundo pedido somente poderá ser atendido se o primeiro for acolhido. Exemplo sempre citado pela doutrina é o da demanda de investigação de paternidade cumulada com petição de herança (CARMONA, Carlos Alberto. *Em torno da petição inicial*. Revista de Processo. São Paulo. ano 30. no.119. janeiro de 2005. p. 27-28).

¹⁵² O art. 288 do CPC trata de um caso de cumulação imprópria de pedidos, ou seja, de pedidos alternativos. A cumulação é imprópria na medida em que somente um dos pedidos alternativos será atendido (e o atendimento de um descarta a aceitação dos demais)...A alternatividade, então, só poderá girar em torno de *duas* prestações? Parece-me que não, já que nada impede os contratantes de convencionem diversas prestações possíveis para a satisfação de uma mesma obrigação. Melhor dizer, portanto, que a obrigação é alternativa quando houver possibilidade de satisfazer a obrigação por meio de *mais de uma* prestação. De outra parte, fica fácil compreender que o pedido alternativo de que trata o art. 288 do CPC reporta-se sempre à situação (ordinária, usual) em que *ao devedor* cumpre escolher a prestação. Nesta situação (e só nesta) o pedido será efetivamente alternativo; se a escolha couber, porém, ao credor (por convenção das partes), cumpre ao autor formular pedido singular (e não alternativo), pois é na petição inicial que o credor exerce seu direito de formular a escolha da prestação. Este aspecto não é pacífico na doutrina: há quem entende que a escolha do autor não precisa de fazer sua opção no momento da execução; outros entendem que se o autor formular, na situação esboçada, pedido alternativo, estaria implicitamente renunciando ao direito de escolha da prestação (que passaria ao réu). Creio que nenhuma das duas hipóteses encontra guarida na lei: se o autor – sendo seu o direito de escolha da prestação – formular pedido alternativo, deve o juiz determinar a emenda da petição inicial, sob pena de seu indeferimento (por inépcia da inicial), pois da narração dos fatos não decorrerá logicamente a conclusão (o autor afirma que lhe cabe escolher, mas não escolhe). Cabendo ao demandado a escolha, tratou o Código de Processo Civil de garantir que o autor respeite o direito do réu de escolher...ainda que o autor não tenha formulado pedido alternativo, a lei autoriza o juiz a garantir ao réu a escolha da forma de cumprir a obrigação (CPC 288, parágrafo único) (CARMONA, Carlos Alberto. *Em torno da petição inicial*. Revista de Processo. São Paulo. ano 30. no.119. janeiro de 2005. p. 25-26).

¹⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. II. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 191-192.

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 dos provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. Parágrafo único – Ressalvado 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 20 % (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.

Cumpri-nos destacar o seu inciso V, que foi inserido pela Lei 10.444/02, que incluiu como deveres das partes e de todos aqueles que, de alguma forma, participem do processo, o dever de cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final, sob pena de aplicação de multa correspondente ao valor da causa, desse modo buscando dar mais poder, força e efetividade às decisões judiciais, de natureza provisória ou finais e às ordens expedidas pelo juízo, estabelecendo para tanto um critério muito assemelhado ao *contempt of court do common law*, do Direito Anglo-Americano.

Júlio César Bueno¹⁵⁴ define o *contempt of court* como sendo:

...o conjunto de princípios e regras destinados a assegurar a adequada administração da justiça e preservar a sua dignidade, por meio dos quais a lei, em nome do interesse público, toma a si o encargo de defender-se e assegurar que seus comandos sejam efetivamente respeitados e cumpridos, prevenindo e reprimindo os atos de desobediência, desprezo, interrupção, obstrução e impedimento, atuais ou iminentes, das partes ou de terceiros, no curso do processo judicial, denominados atos de *contempt of court*. Trata-se do fundamento jurídico que permite ao poder judiciário vindicar a sua autoridade e infligir punição sumária a todos os que ousarem interferir na administração da justiça, prejudicando-a, por meio de prática dos atos definidos como atos de *contempt of court*.

Para Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁵⁵ o artigo 14 não deve ser confundido com faculdade (que permite a opção da realização da conduta), e também não deve ser confundido com o ônus processual. *“O dever é permanente e não se esgota com o seu ‘cumprimento’.* *Diferentemente da obrigação, que também libera o adimplente, o dever se liga a uma conduta, e não a um ato isolado”.*

É com o intuito de exacerbar exigências éticas no processo e sua plena efetividade, que a nova reforma acresce ao poder-dever do magistrado, a possibilidade de aplicação de multa pelo não cumprimento e criação de embaraços às medidas destinadas a tornar efetiva e pronta a tutela jurisdicional, por todos aqueles que, de algum modo, de participem.

¹⁵⁴ BUENO, Júlio César. Contribuição ao estudo do *contempt of court* e seus reflexos no processo civil brasileiro. 2001. 316 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

¹⁵⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários à 2ª. Fase da Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 18.

Tal conduta das partes ou daqueles que de, alguma forma, participem do processo, configura-se modalidade de ato atentatório ao exercício da jurisdição, o que vem a ser amplamente repudiado.

O processo deve ser informado por princípios éticos, sendo que a relação jurídica processual, estabelecida entre as partes e o juiz, rege-se por normas jurídicas e por normas de conduta, estes direitos que são consagrados no sistema jurídico, devem ser adequadamente tutelados pelo processo.

O processo deixou de ser visto como instrumento meramente técnico, para assumir a dimensão de instrumento ético voltado a pacificar com justiça, devendo, também, ser um instrumento efetivo de atuação do direito material violado ou ameaçado.

Interessante frisar que a multa também pode ser aplicada ao magistrado, como podemos verificar nos exemplos de Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁵⁶:

No mesmo sentido estão incluídos nos rigores da nova regra os magistrados que, por motivo, dificultem, por exemplo, o cumprimento de cartas de ordem ou precatórias, desde que sua conduta seja determinante para o “esvaziamento” do resultado concreto do provimento judicial. A exigência de autenticação de documentos onde a lei não o faz, por exemplo, poderá caracterizar a criação do embaraço à efetivação dos provimentos a que faz menção o novo inciso V do art. 14 do CPC. A protelação da determinação de cumprimento de ordem depreciada que cause, por exemplo, a frustração no cumprimento de decisão antecipatória de tutela que tenha determinado o bloqueio de valores em conta corrente ou a anotação de ônus à margem de registro imobiliário é situação em que certamente poder-se-á atribuir

¹⁵⁶ Ibidem. p. 35-36.

ao magistrado deprecado a responsabilidade pela criação do embaraço. Da mesma forma, estará sujeito às sanções do parágrafo único do art. 14 o magistrado que resistir ao cumprimento de ordem exarada em mandado de segurança contra ato judicial.

Embora obtenha resultados positivos em outros países democráticos, é preciso verificar em que limites o contempt of court pode ser absorvido dentro de nossa realidade, contudo, a inserção da aplicação da multa nos moldes propostos já é um passo largo em prol da propalada efetividade e respeito à dignidade do Judiciário.

2.3 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DO CONTRADITÓRIO

Na segunda metade do século XX, teve início, no campo do direito processual, um movimento novo, intitulado *constitucionalização do processo*, resultante do entendimento de que o direito era algo não dado aos homens pela natureza, mas por eles produzidos, devendo, para legitimar-se, adequar-se a quanto estabelecido constitucionalmente para sua produção, elevando-se assim a noção de *devido processo legal* a garantia do *devido processo constitucional*, e do *direito de ação* a categoria de *direito fundamental*¹⁵⁷.

Ada Pellegrini¹⁵⁸ leciona que todo o direito processual tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, que fixa a estrutura dos

¹⁵⁷ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal*. Revista Diálogo Jurídico. Ano I. vol. I. no. 1. Abril de 2001. Salvador. Bahia. Brasil. p. 05.

¹⁵⁸ Todo o direito processual, que disciplina o exercício de uma das funções fundamentais do Estado, além de ter pressupostos constitucionais – como os demais ramos do direito – é fundamentalmente determinado pela Constituição, em muitos de seus aspectos e institutos característicos. Alguns dos princípios gerais que o informam são, ao menos inicialmente,

órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a declaração do direito objetivo, que estabelece alguns princípios constitucionais.

Posição semelhante a assumida por Arturo Hoyos¹⁵⁹:

...modernamente, el debido proceso aparece vinculado al denominado constitucionalismo, el cual, dentro de sus muchas acepciones, aparece siempre ligado a la idea de un gobierno limitado, sobre todo, a través del derecho, ya que dicho principio, a través de una evolución histórico-política a la que nos referimos más adelante, há encontrado su sitio ne las constituciones modernas y democráticas como un derecho fundamental que no sólo garantiza la actuación del derecho material sino que impone límites importantes a la acción del Estado al punto de constituir un freno a la potencial acción arbitraria de éste frente a todas las personas sujetas a dicha acción. El debido proceso es, pues, un principio de fundamental importancia tanto en el plano jurídico, como en el político y el moral.

De Plácido e Silva¹⁶⁰ nos ensina que os princípios¹⁶¹ *são os conjuntos de regras ou preceitos que se fixam para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, determinando a conduta a ser tida em uma operação jurídica.*

Carmem Lúcia Antunes Rocha¹⁶² sustenta que:

Os princípios constitucionais são conteúdos primários diretores do sistema jurídico-normativo fundamental de um

princípios constitucionais ou seus corolários (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Garantia constitucional do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 12).

¹⁵⁹ HOYOS, Arturo. *La garantía constitucional del debido proceso legal*. Revista de Proceso, no. 47. São Paulo: RT, 1987. p. 45.

¹⁶⁰ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 447.

¹⁶¹ Pra Miguel Reale os princípios são certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber (REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 19ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1991. p. 299-300).

¹⁶² ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1994. p. 30-31.

Estado. Dotados de originalidade e superioridade material sobre todos os conteúdos que formam o ordenamento constitucional, os valores firmados pela sociedade são transformados pelo direito em princípios. Adotados pelo constituinte, sedimentam-se nas normas, tornando-se, então, pilares que informam e conformam o direito que rege as relações jurídicas do Estado. São eles, assim, as colunas mestras da grande construção do direito, cujos fundamentos se afirmam no sistema constitucional...

A observância dos princípios constitucionais processuais¹⁶³ não é suficiente para a legitimação desse poder, ou a presença dos valores processuais, pois se o processo é instrumento que serve ao direito material, além de ser garantido o contraditório, deverá o procedimento também estar de acordo com o devido processo legal¹⁶⁴, em cumprimento a um Estado Democrático de Direito.

¹⁶³ A Constituição impõe expressamente alguns princípios que devem prevalecer em relação a processos de toda espécie (civil, penal, trabalhista; jurisdicional ou não), a saber: o do *devido processo legal*, o da *inafastabilidade do controle jurisdicional*, o da *igualdade*, da *liberdade*, do *contraditório* e *ampla defesa*, *juiz natural* e *publicidade*. Contém ainda as linhas das quais se infere o princípio do *duplo grau de jurisdição* (ao estruturar basicamente o Poder Judiciário e indicar a competência recursal dos tribunais), embora não lhe dê contornos de autêntica *garantia*. Além disso, formula a exigência de *motivação* das decisões judiciais, que não se qualifica como *princípio* porque lhe falta o caráter de idéia-mestra, ou ponto de partida: trata-se de exigência técnica das mais importantes e grande responsabilidade pelo perfil político-democrático do processo, sendo uma projeção especificada do princípio do *due process of law* – esse, sim, autêntico *princípio* (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. I. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 197).

¹⁶⁴ ...não é suficiente para a legitimação do poder a observância dos princípios constitucionais processuais, ou somente a presença dos valores processuais. Se o processo é instrumento que serve ao direito material, não é legítimo o processo que realiza um direito discriminador ou desatento aos valores do “Estado Democrático de Direito”. Ora, o “democrático”, inserido na expressão, qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os elementos que o constituem e, assim, sobre a ordem jurídica. O Direito, portanto, é permeado por tais valores, e o seu conteúdo deve ser buscado no sentimento popular e interesse coletivo. Também não é legítimo o procedimento construído para beneficiar grupos econômicos e os seus direitos. Não basta, como é óbvio, afirmar que é garantido o contraditório em um procedimento desenhado para favorecer posições que não podem ser privilegiadas em face dos valores da Constituição. É necessário, assim, que o procedimento também esteja de acordo com o devido processo legal no sentido substantivo. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999).

Posicionamento, do mesmo modo, pode ser observado nos enunciados de Maria Rosynete Oliveira Lima¹⁶⁵, que verifica que:

...concebido o Estado brasileiro como Estado Democrático de Direito, o princípio do devido processo legal insere-se na idéia de democracia, como veículo da justiça e dos direitos fundamentais, estando à disposição, por exemplo, de cidadãos prejudicados, e outras minorias, apto a produzir uma mudança de política, e até uma mudança de poder. Opera-se uma modificação funcional do princípio que, de instrumento de defesa frente ao Estado, passa a elemento impulsionador da democracia frente ao respectivo governo.

Previsto no inciso LIV, do art. 5º., da Constituição Federal Brasileira, *“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”*, o *princípio do devido processo legal* consubstancia o postulado fundamental de todo o sistema processual¹⁶⁶, assim como, no seu artigo 60, parágrafo quarto, inciso IV, que o elevou a condição de cláusula pétrea.

Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci¹⁶⁷ ditam que o devido processo legal determina a imperiosidade, num denominado Estado de Direito, de: a) elaboração regular e correta da lei, bem como de sua razoabilidade, senso de justiça e enquadramento nas preceituações constitucionais (substantive due process of law, segundo o desdobramento da concepção norte americana); b) aplicação judicial da lei através de instrumento hábil a sua interpretação e realização, que é o processo (judicial process); e c)

¹⁶⁵ LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 187.

¹⁶⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato de; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de...* 2001. p. 67.

¹⁶⁷ TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 15-16.

assecuração, neste, da paridade de armas entre as partes, visando à igualdade substancial.

O que significa dizer que, toda e qualquer consequência processual que as partes possam sofrer, tanto na esfera da liberdade pessoal quanto no âmbito de seu patrimônio, deve necessariamente decorrer de decisão prolatada num processo que tenha tramitado de conformidade com antecedente previsão legal¹⁶⁸. Em suma, processo, para ser considerado um *devido processo legal*, deve ter seus procedimentos e consequências previstas em lei¹⁶⁹.

Para Teori Albino Zavascki¹⁷⁰ o processo:

...instrumento que é para a realização dos direitos, somente obtém êxito integral em sua finalidade quando for capaz de gerar, pragmaticamente, resultados idênticos aos que decorreriam do cumprimento natural e espontâneo das normas jurídicas. Daí dizer-se que o processo legal é o que dispõe de mecanismos aptos a produzir ou induzir a concretização do Direito mediante a entrega da prestação efetivamente devida, *in natura*. E quando isso é obtido, ou seja, quando se propicia, judicialmente, ao titular de direito, a obtenção de tudo aquilo e exatamente aquilo que pretendia, há prestação da tutela jurisdicional específica.

¹⁶⁸ De esta forma, nosotros entendemos que la garantía constitucional del debido proceso es una institución instrumental en virtud de la cual debe asegurarse a las partes en todo proceso – legalmente establecido por la ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por la ley contra resoluciones judiciales motivadas y conformes a derecho, de tal manera que las personas puedan defender efectivamente sus derechos (HOYOS, Arturo. *La garantía constitucional del debido proceso legal*. Revista de Processo. no. 47. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 64).

¹⁶⁹ Enrique E. Tarigo comenta a aplicação do *princípio do devido processo legal* previsto na Constituição Uruguaia “Este principio de legalidad esta estrechamente vinculado a outro, también de origen constitucional, el principio de *debido proceso legal*, establecido en el art. 12 Const. – ‘Nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal’ – pensado sin duda para el proceso penal pero cuya aplicabilidad a todo tipo de proceso ya demuestra COUTURE en forma incuestionable”. (TARIGO, Enrique E. *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. 2ª. ed. Montevideo: Fundacion de Cultura Universitaria, 1994).

¹⁷⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *A antecipação da tutela nas obrigações de fazer e não fazer*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 462.

Ao qual já faziam referência Aristóteles¹⁷¹ e Sêneca¹⁷², consagrado por todos os direitos ocidentais, o *princípio do contraditório* é considerado um princípio geral do direito.

Nos ordenamentos jurídicos dos povos primitivos já podíamos constatar a presença do direito de defesa, desde que o litígio fosse entre dois particulares, se contra o Estado, somente se houvesse alguma concessão por parte do mesmo.

Somente em 1215, com a revolta dos ingleses contra os abusos do Rei “João Sem-Terra”, foi feita a Magna Carta, na qual foram positivados diversos direitos fundamentais dos cidadãos, prevendo, em seu artigo 39, o princípio do contraditório, que, como inovação para a época, trouxe a possibilidade de ser invocado contra o soberano.

Esse princípio quer que nenhuma parte possa ser julgada sem ter sido ouvida ou citada, e implica que cada uma das partes em causa tenha

¹⁷¹ Este grande filósofo grego, filho de Nicômaco, médico de Amintas, rei da Macedônia, nasceu em Estagira, colônia grega da Trácia, no litoral setentrional do mar Egeu, em 384 a.C. Aos dezoito anos, em 367, foi para Atenas e ingressou na academia platônica, onde ficou por vinte anos, até à morte do Mestre. Nesse período estudou também os filósofos pré-platônicos, que lhe foram úteis na construção do seu grande sistema. Retirado do site <http://www.mundodosfilosofos.com.br/aristoteles.htm>, em 21 de novembro de 2005.

¹⁷² Lucius Annaeus Sêneca, ou Lúcio Aneu Sêneca (Córdoba, 4 a. C. – Roma, 65). Filósofo estóico romano. Preceptor do imperador Nero, de quem divergiu mais tarde, sendo obrigado a suicidar-se. Além de tratados filosóficos, escreveu algumas peças de teatro. Autor de *Da Tranqüilidade de Alma*, *Epistolae (Cartas Morais)* e *Medéia*. Retirado do site <http://geocities.yahoo.com.br/discursus/filotext/senecfil.html>, em 21 de novembro de 2005.

condições de discutir e de contradizer as pretensões¹⁷³, os meios, os argumentos e os elementos de prova que lhe são opostos¹⁷⁴.

Na clássica passagem de Calamandrei:

“(...) no processo, o Juiz nunca esta só. O processo não é um monólogo: é um diálogo, uma conversação, uma troca de propostas, de respostas, de réplicas; um intercâmbio de ações e reações, de estímulos e de impulsos contrários, de ataques e contra-ataques. Por isso, foi comparado a uma luta ou disputa esportiva; mas cuida-se de uma luta de persuasões e uma de disputa argumentativa”.

Para tanto, é garantido constitucionalmente, como direito fundamental, o contraditório, sobre o qual Leonardo Greco¹⁷⁵ nos ensina que:

A audiência bilateral tem origem na Antiguidade grega, mencionada por Eurípedes, Aristóteles e Sêneca (Picardi), chegando ao Direito comum como um princípio de Direito natural inerente a qualquer processo judicial, consistente no princípio segundo o qual o juiz somente está apto a decidir o pedido do autor depois de notificá-lo ao réu e de dar a este oportunidade de se manifestar...John de Salisbury, no século XII, no seu *Polícrático*, ressaltava a importância da teoria do processo como elemento fundamental de união entre a Filosofia política, impregnada de ética, e a concepção da dialética como *ars opponendi et respondendi* (Giuliani). E, assim, o contraditório deixou de impor apenas a ciência inicial do réu ao pedido do autor e a sua resposta a esse pedido, para tornar-se um método contínuo preparatório de todas as decisões adotadas no processo.

Previsto, no inciso LV, do art. 5º. Da Constituição Federal Brasileira, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são

¹⁷³ Do latim *praetensu*, suposto direito a alguma coisa. Retirado do site http://www.priberam.pt/dlpo/definir_resultados.aspx, em 21 de novembro de 2005.

¹⁷⁴ BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 445.

¹⁷⁵ GRECO, Leonardo; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *Direito Processual e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lumen Juris, 2005. v. 1. p. 154.

*assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, o princípio do contraditório também pode ser identificado como princípio da paridade de tratamento ou princípio da bilateralidade de audiência*¹⁷⁶.

No dizer de Angélica Arruda Alvim¹⁷⁷, o contraditório significa que toda pessoa física ou jurídica que tiver de manifestar-se no processo tem o direito de invocá-lo a seu favor.

Deve ser dado conhecimento da ação e de todos os atos do processo às partes, bem como a possibilidade de responderem, de produzirem provas próprias e adequadas à demonstração do direito que alegam ter.

No processo de conhecimento, essa igualdade¹⁷⁸ deve consistir em dar a ambas as partes “análogas possibilidades de alegações e provas”¹⁷⁹; e no processo de execução, em admitir, através de termos mais reduzidos, os necessários meios de controle para evitar uma liquidação dos bens do devedor¹⁸⁰.

¹⁷⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de...* 2001. p. 67.

¹⁷⁷ ALVIM, Angélica Arruda. *Princípios Constitucionais do Processo*. São Paulo. Revista de Processo no. 74. abril/junho/1994. p.p. 20-37.

¹⁷⁸ Código de Procedimiento Civil Venezolano – Artículo 15 – Los Jueces garantizarán el derecho de defensa, y mantendrán a las partes en los derechos y facultades comunes a ellas, sin preferencia ni desigualdades y en los privativos de cada una, las mantendrán respectivamente, según lo acuerde la ley a la diversa condición que tengan en el juicio, sin que puedan permitir ni permitirse ellos exlramitaciones de ningún género.

¹⁷⁹ Ovídio A. Baptista da Silva ensina “O princípio do contraditório... implica um outro princípio fundamental, sem o qual ele nem sequer pode existir, que é o princípio da igualdade das partes na relação processual. Para a completa realização do princípio do contraditório, é mister que a lei assegure a efetiva igualdade das partes no processo, não bastando a formal e retórica igualdade de oportunidades” (*Curso de Processo...* 1998. p. 69).

¹⁸⁰ COUTURE, Eduardo. *Las garantías constitucionales del proceso civil*. in *Estudios de Derecho Procesal Civil*. vol. 1. Buenos Aires: Ediar Editores, 1948. p. 47-51.

É preciso dar ao réu possibilidade de saber da existência de pedido, em juízo, contra si, dar ciência dos atos processuais subseqüentes, às partes (autor e réu), aos terceiros e aos assistentes, e garantir a possível reação contra decisões, sempre que desfavoráveis.

O princípio do contraditório está ligado ao da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição, portanto, deve-se evitar a hipótese de falta de controle das decisões judiciais, pela parte (por meio dos recursos) e pelo próprio Poder Judiciário (pelo provimento ou improvimento dos recursos)¹⁸¹.

Conforme os ensinamentos de Celso Ribeiro Bastos¹⁸², entende-se por ampla defesa¹⁸³ *o asseguração que é feito ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos atinentes a esclarecer a verdade*, e para Vicente Greco Filho¹⁸⁴, *o contraditório pode ser definido como o meio ou instrumento técnico para a efetivação da ampla defesa*.

Neste momento, cumpri-nos reproduzir, uma vez mais, os entendimentos de Marinoni¹⁸⁵, para quem não existe verdade, pois a verdade

¹⁸¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de...* 2001. p. 67.

¹⁸² BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001. p. 285.

¹⁸³ Princípio de aplicação direta, tem eficácia independente de regra legislativa de conformação, aplicando-se imediatamente ao caso concreto, na inexistência de lei (regra) especificando a hipótese. Havendo a regra, servirá como baliza interpretativa (função ordenadora). Se a regra contrariar a configuração mínima do princípio da ampla defesa, será inconstitucional (MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. *Princípios da Ampla Defesa e da Efetividade no Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 25).

¹⁸⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 12ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1996. p. 58.

¹⁸⁵ A certeza seria a manifestação subjetiva de alguém a respeito de um dado, de onde pode surgir a verdade para ela, mas não para os outros ou para todos. Esta certeza – mesmo porque

está no campo do impossível, a certeza, pois, não passa de mera verossimilhança, contudo, deve o juiz procurar encontrar a “certeza do caso concreto”, a qual não é alcançada se utilizando da lógica tradicional.

Não sendo suficiente apenas a presença de motivos convergentes em realização à afirmação realizada por um e refutada pelo outro para a formação da convicção do juiz, mas sim deverá conviver mesmo com os motivos divergentes, decidindo assim pautado em um determinado grau de probabilidade, verificados os fatos de forma adequada, mediante uma postura ativa do magistrado, para que se esteja diante de um processo verdadeiramente democrático¹⁸⁶.

Delosmar Mendonça Junior¹⁸⁷ defende que a ampla defesa é princípio constitucional especial, resultante dos princípios da igualdade e do devido processo legal, que decorrem do princípio estruturante do Estado Democrático de Direito.

E que, como direito fundamental, seu núcleo essencial compõe-se: 1) do chamamento para participar do processo; 2) da oportunidade de produzir alegações fáticas e jurídicas, em contraposição e reação à pretensão da parte adversa; 3) da possibilidade de usar os meios de prova necessários à comprovação das alegações pertinentes ao direito invocado e relevantes para

a subjetividade do próprio ser cognoscente pode mudar – não existe, ou existirá, como absoluta, nem àquele que em dia a afirmou. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 107-108).

¹⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 101.

¹⁸⁷ MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 109-111.

a formação da convicção do julgador; 4) do acompanhamento da produção da prova requerida pela outra parte e interferir na formação; 5) da plena informação sobre o desenvolvimento do processo; 6) de constituir advogado; 7) da motivação das decisões; 8) do tratamento paritário.

Para Dinamarco¹⁸⁸ o princípio do duplo grau de jurisdição atende ao desejável equilíbrio entre a *segurança jurídica* (que aconselha a outorga de tutela jurisdicional com a maior brevidade possível) e a *ponderação nos julgamentos*, responsável pela melhor qualidade e maior confiabilidade destes.

Assim como, para José Carlos Barbosa Moreira¹⁸⁹, o princípio do duplo grau de jurisdição decorre da necessidade de permitir-se nova apreciação da causa, por órgão situado em nível superior na hierarquia judiciária, mediante a interposição de recurso¹⁹⁰ ou expediente análogo.

No entanto, Marinoni nos adverte que:

...o duplo grau, que não é garantido constitucionalmente, não pode mais ser visto como um princípio fundamental de justiça, já que não é racional – quando se está consciente da necessidade de garantir ao autor uma maior tempestividade

¹⁸⁸ Muito mais fortes e legítimas que as objeções lançadas no passado são as razões que fundamentam o princípio. Delas, as mais importantes são de ordem político-institucional e consistem (a) na conveniência de evitar a dispersão de julgados e assim promover a relativa *uniformização da jurisprudência* quanto à interpretação da Constituição e da lei federal, o que não seria factível se cada um dos milhares dos juízos de primeiro grau decidisse em caráter definitivo; b) a necessidade de pôr os juízes inferiores *sob o controle dos superiores*, como modo de evitar desmandos e legitimar a própria atuação do Poder Judiciário como um todo (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. I. 3^a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 237-238).

¹⁸⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. V. 7^a. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. p. 236.

¹⁹⁰ Alcides de Mendonça Lima aclama que a idéia de recurso deve ter nascido com o próprio homem, quando, pela primeira vez, alguém se sentiu vítima de alguma injustiça (LIMA, Alcides de Mendonça Lima. *Introdução aos recursos cíveis*. 2^a. ed. São Paulo: RT, 1976. p. 01).

da tutela jurisdicional – admitir a sua presença em todas as causas, principalmente naquelas de ‘maior simplicidade’ e que são beneficiadas pela oralidade.

A exigência de que o reexame seja feito por órgão em nível superior de hierarquia judiciária não é unânime na doutrina, tanto que para Nelson Nery Junior¹⁹¹:

...o duplo grau de jurisdição consiste em estabelecer a possibilidade de a sentença definitiva ser reapreciada por órgão de jurisdição, normalmente de hierarquia superior à daquele que a proferiu, o que se faz de ordinário pela interposição de recurso, não sendo necessário que o segundo julgamento seja conferido a órgão diverso ou de categoria hierarquia superior à daquele que realizou o primeiro exame.

Tereza Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier e José Miguel Garcia Medina¹⁹² compreendem que apesar do princípio do duplo grau não se encontrar disposto expressamente na Constituição Federal:

...para se conceber um Estado de Direito é preciso que haja o controle das atividades estatais pela sociedade, a qual pode ser realizado pela efetivação do duplo grau, a ser compreendido em seu duplo sentido. Assim, num primeiro plano, haveria um controle interno, isto porque a sociedade, representada pelas partes, procede ao controle dos atos estatais por meio dos recursos; num segundo plano, através dos recursos, os órgãos ‘hierarquicamente’ superiores ‘controlam’ as decisões dos órgãos inferiores, sem que haja, contudo, entre eles qualquer poder de mando ou hierarquia propriamente dita.

¹⁹¹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos*. 3^a. ed. São Paulo: RT, 1996. p. 39-40.

¹⁹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3^a. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 267-268.

Cumpre-nos, por derradeiro, mencionar o artigo 285-A, do Código de Processo Civil Brasileiro¹⁹³, que possibilita ao juiz julgar improcedente o pedido do autor, quando se tratar unicamente de matéria de direito, simplesmente reproduzindo sentenças suas anteriores, que julgaram casos idênticos, norma geradora de outras discussões.

Contraditório é *participação*¹⁹⁴, do autor e do réu, direito de deduzir suas pretensões e defesas, de realizar as provas que requereram para demonstrar a existência de seu direito, em suma, direito de serem ouvidos paritariamente no processo em todos os seus termos¹⁹⁵.

Para cumprir a exigência constitucional do contraditório, todo modelo procedimental descrito em lei contém, e todos os procedimentos que concretamente se instauram devem conter, momentos para que cada uma das partes *peça, alegue e prove*¹⁹⁶, neste sentido o *princípio do contraditório* pode ser visto em seu *aspecto técnico*¹⁹⁷.

¹⁹³ Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 285-A – Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. Parágrafo 1º. – Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação. Parágrafo 2º. – Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

¹⁹⁴ Cândido Rangel Dinamarco escreveu “Contraditório é *participação* e sua garantia resolve-se na dupla exigência de franquear aos litigantes as oportunidades adequadas para participar e de participar ativamente o juiz também. Essas duas ordens de exigências da ordem constitucional são instrumentalizadas pelas leis do processo mediante (a) oferta de *situações jurídicas ativas* aos litigantes, para que possam participar, (b) imposição de situações *passivas* que os induzam a realizar determinados atos sob pena de suportarem conseqüências não desejadas, (c) imposição de *deveres* para o próprio Estado-juiz (situações passivas), inclusive o de observar e fazer observar as faculdades e poderes daqueles, e (d) outorga de *situações ativas ao juiz*, consistentes em poderes a serem exercidos para a boa condução do processo e oferta de efetiva tutela jurisdicional àquele que tiver direito a ela (*Instituições de Direito...*2003. p. 28-29).

¹⁹⁵ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 137.

¹⁹⁶ Cândido Rangel Dinamarco explica “O autor alega e pede na demanda inicial; instituído o processo mediante o ajuizamento desta, o réu é admitido a *pedir* logo de início, podendo alegar

Mauro Cappelletti¹⁹⁸ nos alerta para o risco de que procedimentos modernos e eficientes abandonem as garantias fundamentais do processo civil, principalmente as de um julgador imparcial e do contraditório, devendo-se observar que procedimentos altamente técnicos foram moldados através de muitos séculos de esforços para prevenir arbitrariedades e injustiças.

O *formalismo processual*¹⁹⁹ deve servir como uma garantia de boa justiça e dos direitos da defesa contra a arbitrariedade do juiz, ao permitir ao adversário ajustar sua defesa, prevendo a forma que os seus atos devem ser realizados, através das notificações que evitam as medidas por surpresa, e dos

fundamentos de defesa e postular a improcedência da demanda ou a extinção do processo; o autor pode *pedir* a antecipação da tutela, o que obterá se concorrerem os requisitos postos em lei (CPC, art. 273); ambas as partes são admitidas a *produzir provas* dos fatos alegados; a parte contrariada por uma decisão tem o caminho aberto para *pedir* ao Tribunal uma decisão favorável (recurso). Ao pedir, cada um dos litigantes *alega*, isto é, traz fundamentos destinados a convencer o juiz; e *alega* também, ao fim do procedimento e antes da sentença, analisando os fatos, as provas e as consequências jurídicas daqueles etc. (*Instituições de Direito...*2003. p. 28-29).

¹⁹⁷ Em que pese a natural parcialidade das partes, que faz com que cada uma reconstrua em juízo, a seu favor, os fatos que deram origem ao litígio, já que representam interesses opostos, é justamente essa parcialidade que é essencial à função jurisdicional no momento da análise do fato apresentado, sendo pois imprescindível à justa composição da lide essas oportunidades dadas às partes para dizerem e contradizerem as alegações e argumentos umas das outras, pois será nesse confronto saudável que irão repousar os valiosos elementos de convicção do juiz, e assim inclusive facilitar o seu trabalho de julgar. Neste sentido é que o princípio do contraditório pode ser visto em seu aspecto técnico. PIRES, Adriana. *Prova e Contraditório*. In OLIVEIRA, C. A. Álvaro de (Organizador). *Prova Cível*. 1999. p. 62.

¹⁹⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 163.

¹⁹⁹ Para Carlos Alberto Álvaro de Oliveira o formalismo exerce algumas funções: a) indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo; b) circunscrever o material processual que poderá ser formado; c) estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento; d) emprestar previsibilidade ao procedimento; e) disciplinar o poder do juiz, atuando como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado, pois a realização do procedimento deixada ao simples querer do juiz, de acordo com as necessidades do caso concreto, acarretaria a possibilidade de desequilíbrio entre o poder judicial e o direito das partes; f) controle de eventuais excessos de uma parte em face da outra, atuando por conseguinte como poderoso fator de igualação (pelo menos formal) dos contendores entre si, seja no plano normativo, impondo uma distribuição equilibrada dos poderes das partes, seja no plano de fato, impondo a paridade de armas, garantindo o exercício bilateral dos direitos; g) formação e valorização do material fático de importância para a decisão da causa (*Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 06-08).

prazos, que preservam os interesses dos litigantes e estimulam a instância, além de outras medidas²⁰⁰.

Nas palavras de Barbosa Moreira²⁰¹, *renegar a técnica*²⁰² *decididamente não é o melhor caminho para fazer avançar a nossa ciência, nem para converter o avanço científico em fermento da Justiça.*

Entretanto, a forma somente deve preponderar, frente a um determinado ato processual, nos casos em for totalmente exigida para a realização dos fins pretendidos pelo mesmo²⁰³, pois se puderem ser alcançados de outro modo, não deverão ser motivo para a declaração de sua nulidade²⁰⁴.

Por exemplo, não ser declarada a nulidade por falta de intervenção do Ministério Público quando a sentença é favorável ao menor; *deve a teoria das nulidades estar inserida na idéia da instrumentalidade*²⁰⁵.

²⁰⁰ BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 446.

²⁰¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. Revista da Ajuris. no. 64. Porto Alegre. jul. 1995. p. 154.

²⁰² Tem-se por *técnica* a predisposição ordenada de meios destinados a obter certos resultados. Toda técnica, por isso, é eminentemente instrumental, no sentido de que só se justifica em razão da existência de alguma finalidade a cumprir e de que deve ser instituída e praticada com vistas à plena consecução da finalidade. Daí a idéia de que todo objetivo traçado sem o aporte de uma técnica destinada a proporcionar sua consecução é estéril; e é cega toda técnica construída sem a visão clara dos objetivos a serem atuados (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 22).

²⁰³ “O uso impreciso da linguagem técnica não deve prejudicar o direito da parte quando a sua intenção é facilmente apurável” (Ac unân. da 1^a. Câm. do TJ-MT de 18-8-75, na apel. 8.490, rel. dês. Pompeu de Barros; Ver. Forense, vol. 254. p. 330).

²⁰⁴ Quando o ato processual atinge os fins objetivados, embora sem a observação da forma, não há motivo para nulidade. Mesmo a nulidade absoluta não deve ser declarada quando o resultado perseguido foi alcançado (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 3^a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 100).

²⁰⁵ Ibidem.

José Rogério Cruz e Tucci²⁰⁶ assevera que as legislações modernas devem construir procedimentos que tutelem de forma efetiva, adequada e tempestiva os direitos.

Entende que o ideal é que existam tutelas que, atuando internamente no procedimento, permitam uma racional distribuição do tempo do processo, assim, ao lado da efetividade do resultado que deve conotá-la, imperioso é também que a decisão seja tempestiva; *sendo igualmente admissíveis dois entendimentos diversos, há de preferi-se o mais favorável à rápida solução do litígio*²⁰⁷.

Contudo, segundo adverte o próprio José Carlos Barbosa Moreira²⁰⁸:

...se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não contudo, a qualquer preço.

O que se almeja é um *processo civil de resultados*, valendo o processo, o sistema processual, pelos resultados que produz na vida das pessoas ou

²⁰⁶ ...o pronunciamento judicial que cumpre com sua nobre missão de compor uma controvérsia intersubjetiva ou um conflito de alta relevância social no momento oportuno proporciona às partes, aos interessados e aos operadores do direito grande satisfação. Mesmo aquele que sai derrotado não deve lamentar-se da pronta resposta do Judiciário, uma vez que, sob o prisma psicológico, o possível e natural inconformismo é, sem dúvida, mais tênue, quando a luta processual não se prolonga durante muito tempo (GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO CIVIL – Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988. Coordenação José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 235-239).

²⁰⁷ Barbosa Moreira já compreendia que um dos pilares da efetividade processual é a racionalidade e a celeridade. Para quem o processo deve dar a quem tem razão tudo aquilo e exatamente aquilo a que ele tem direito de conseguir *com o mínimo dispêndio de tempo e de energias* (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Notas sobre o problema da efetividade do processo*. Revista da Ajuris. no. 29. Porto Alegre. nov. 1983. p. 80).

²⁰⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O futuro da justiça: alguns mitos*. Revista de Processo. vol. 102. São Paulo: RT, abril-junho, 2001. p. 232.

grupos, em relação a outras ou aos bens da vida, que devem eliminar a insatisfação que os levou a litigar e lhes propiciar *sensações felizes* pela obtenção da coisa ou da situação postulada²⁰⁹.

Os novos postulados do modelo processual do Estado Social de Direito são a celeridade, a economia e a justiça material, segundo aponta J. J. Calmon de Passos²¹⁰.

Resultando na reforma do Poder Judiciário, pela Emenda Constitucional n. 45, de 08.12.2004, inserido-se o inciso LXXVIII, no artigo 5º., da Constituição Federal Brasileira, que trata dos direitos e garantias fundamentais, dispondo que: “*A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação*”.

Para tanto, a doutrina apresenta técnicas de sumarização no processo civil, como possíveis de solucionar os problemas decorrentes da demora na prestação jurisdicional, com o objetivo, segundo Andrea Proto Pisani²¹¹, de:

²⁰⁹ ...Daí a moderna preferência pelas considerações em torno da *tutela jurisdicional*, que é representativa das projeções metaprocessuais das atividades que no processo se realizam e, portanto, indica em que medida o processo será útil a quem tiver razão (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. II. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 108).

²¹⁰ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *A crise do processo de execução*. In: ANTUNES, Ápio Cláudio de Lima. *O processo de execução: estudos em homenagem ao professor Alcides de Mendonça Lima*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 187.

²¹¹ PISANI, Andrea proto. *Appunti sulla tutela sommaria*. In: PISANI, Andréa Proto (Coord.). *I processi speciali: studi offerti a Virgilio Andrioli daí suoi allievi*. Napoli: Jovene, 1979. p. 309-360.

- a) evitar às partes e à administração da justiça o custo do processo e a cognição plena e exauriente, quando eles não sejam justificados por uma contestação efetiva;
- b) evitar o abuso do direito de defesa e dos instrumentos de garantia previstos pelo processo de cognição plena e exauriente, por parte de quem ocupa o pólo passivo da demanda e que esteja errado;
- c) assegurar a efetividade da tutela jurisdicional com referência a todas as situações de vantagem que, tendo conteúdo e/ou funções exclusivamente ou prevalentemente não patrimoniais, suportariam, por definição, um prejuízo irreparável, isto é, não suscetível de reparação adequada em equivalente monetário, caso permanecessem em estado de insatisfação por todo o tempo necessário ao desenvolvimento de um processo de cognição exauriente.

A sumarização no processo civil pode ocorrer: a) tendo por objeto o procedimento (sumarização formal); b) tendo por objeto a cognição, ou área cognitiva, isolando em um primeiro plano de divisão, o formal e o material (sumarização material).

Na sumarização formal é feito o corte de atos, a supressão de formalidades, a concentração de atos, a diminuição de prazos, com o intuito de

se reduzir na forma, almejando o processo ideal num rito menor e menos complexo, mas asseguradas amplamente as garantias processuais, como o contraditório e a ampla defesa.

Podemos citar como exemplos de ritos formalmente sumarizados o procedimento sumário (artigo 275 do Código de Processo Civil Brasileiro) e o rito sumaríssimo, da Lei no. 9.099/95 (Juizados Especiais Cíveis).

Ovídio Baptista da Silva²¹² nos esclarece como se faz a sumarização material da lide:

...proibindo-se o emprego de certas espécies de prova ou impedindo que o réu se valha de determinadas objeções que somente sejam capazes de serem recebidas e examinadas em processo subsequente, no qual aquele que fora compelido a prestar antes de ser ouvido, procure recuperar o que lhe era devido, senão pela modificação do que antes fora julgado contra si, ao menos pela restituição prática ou econômica do que nesse outro processo venha a ser reconhecido como lhe sendo devido.

As técnicas de sumarização material de demandas são dirigidas a satisfação imediata do interesse tutelado, transferindo para um outro processo, ou para um momento subsequente daquele mesmo feito, a função de reparar eventuais injustiças realizadas em nome da efetividade do direito, por exemplo, como ocorre, nas ações cautelares, na antecipação de tutela de mérito e nas ações possessórias.

²¹² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 109.

Entende José Eduardo Carreira Alvim²¹³ que:

Um Estado que não dispõe de condições de ministrar uma justiça rápida pelo método mais seguro, que é o processo de cognição plena, tem de contentar-se em ministrá-la com base na probabilidade proporcionada pela cognição sumária. A segurança (garantismo) cede lugar à urgência (*urgenza*), em função das exigências sociais.

No processo civil moderno vigora o reconhecimento da eficácia do ato processual irregular, quando atingir o objetivo pelo qual a lei o exige e, de qualquer modo, sempre que da irregularidade não haja resultado prejuízo às partes²¹⁴, conforme previsto nos artigos 244 e 249, parágrafo 1º., do Código de Processo Civil Brasileiro²¹⁵.

E o *juiz*, deve *participar* da preparação do julgamento²¹⁶ a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório²¹⁷, garantindo de que as partes poderão

²¹³ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela antecipada*. 5ª. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 20.

²¹⁴ ...Tal é a idéia da *instrumentalidade das formas processuais*, que se associa à *liberdade das formas* e à *não-taxatividade das nulidades*, na composição de um sistema fundado na razão e na consciência dos escopos a realizar. Em primeiro lugar, na própria configuração do ato a lei deixa certa margem de liberdade aos sujeitos processuais (*princípio da liberdade*), ao definir as consequências da inobservância da forma, renuncia ao enunciado de um rol taxativo, limitando-se a cominar umas poucas nulidades e preferindo deixar que a identificação de todas as outras se faça mediante o inteligente confronto entre o fato e o modelo a ser reproduzido nele (*não-taxatividade*), finalmente, manda que nesse confronto se tenha em conta o escopo e jamais se afirme a nulidade quando este houver sido atingido (*instrumentalidade das formas*) (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. II. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 450, 599).

²¹⁵ Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 244 – Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade. Artigo 249 – O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos, ou retificados. parágrafo 1º. – O ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte.

²¹⁶ Escreveram Cappelletti e Garth a respeito do sistema processual no mundo: “*Por admirável que seja ele é, a um só tempo, lento e caro. É um produto final de grande beleza, mas acarreta um imenso sacrifício de tempo, dinheiro e talento*” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 164).

²¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito*...2003. p. 28-29.

influir na convicção judicial²¹⁸, para tanto, sendo exigido que a sentença se refira às alegações das partes, *é a única forma de se ter certeza de que o princípio do contraditório foi respeitado*²¹⁹.

2.4 PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

O réu tem o ônus de impugnar os fatos narrados pelo autor²²⁰, os quais devem ter sido expostos e devem ser repelidos conforme a verdade²²¹, não havendo impugnação de determinado fato²²², o mesmo será “*presumido*” como verdadeiro²²³, ficando o autor dispensado de produzir *prova* sobre ele²²⁴, o que

²¹⁸ ...o grau de participação do juiz na realização do processo é também “ponto sensível” relativo ao modo de ser deste. Nos sistemas político-constitucionais marcados pela busca do bem-comum e nos de conotação socialista, o processo recebe influxos publicistas que impõem a presença do juiz atuante. E assim é o nosso sistema processual da atualidade, onde a todo momento é preciso enfatizar que os juízes são os condutores do processo e o sistema não lhes tolera atitudes de espectador (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 5ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 287).

²¹⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e...*2005. p. 114.

²²⁰ Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 302 – Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo: I – se não for admissível, a seu respeito, a confissão; II – se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato; III – se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto. Parágrafo único – Esta regra, quanto ao ônus da impugnação especificada dos fatos, não se aplica ao advogado dativo, ao curador especial e ao órgão do Ministério Público.

²²¹ Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 14 – São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: I – expor os fatos em juízo conforme a verdade.

²²² Il giudice può richiedere alle parti i chiarimenti necessari, mas solo “sulla base dei fatti allegati”; la disposizione, che non rinviene precedenti nel processo ordinario ed in quello del lavoro, intende precisare l’ambito degli “schiarimenti”, di cui era menzione già nell’abrogato art. 183, 2º. comma, c.p.c.: il potere dell’ufficio non può estendersi allà ricerca ed allà introduzione nel processo di *fatti* nuovi, non dedotti dalle parti negli atti introduttivi, ma deve svolgersi nei limiti dei fatti già dedotti dalle stesse parti come costitutivi, impeditivi, estintivi o modificativi dei diritti fatti valere in giudizio (VACCARELLA, Romano; CAPPONI, Bruno; CECHELLA, Cláudio. *Il Processo Civile dopo le Riforme*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1992. p. 89-90).

²²³ José Joaquim Calmon de Passos justifica tal forma de atuar pelo Estado-juiz “Quando o legislador dá prioridade aos fins pacificadores do processo contenta-se com o contraditório formal, representando pela demanda nos termos em que foi ajuizada pelo autor, estabelecendo a admissibilidade, como verdadeiros, dos fatos que articulou, em face da contumácia do réu, ainda quando esta sanção ou consequência desfavorável ao demandado funcione também como meio indireto de coerção para forçá-lo a comparecer e cooperar na tarefa de obtenção da verdade pelo juiz. Ao reversos, se predomina o princípio da justa aplicação do direito pelo Estado-juiz, repele o ordenamento o contraditório formal, impondo ao autor, mesmo quando contumaz o réu, as provas do fato constitutivo de seu direito e da obrigação de seu adversário. A exigência de que o autor prove os fatos constitutivos de seu direito e da obrigação do réu é

não significa dizer, que o juiz, pautando-se em seu *livre convencimento motivado*²²⁵, não possa decidir opostamente a tal fato²²⁶.

Mas, deve ser ressaltado, que o juiz fica limitado às questões argüidas pelas partes, não podendo considerar em seu julgamento questões que não lhe foram dirigidas, nem deixar de apreciar as que lhe foram apresentadas para decidir.

José Joaquim Calmon de Passos²²⁷ dita que “*também se exige do magistrado que ele forme sua convicção unicamente com os elementos de*

em respeito ao contraditório substancial, amenizando-se a insuficiência do contraditório formal em face da ausência do réu.

Esta, ao nosso ver, a melhor justificativa do sistema adotado pelo Código, no qual se prevê como dever das partes expor os fatos em juízo, conforme a verdade (art. 14, I), e se impõe impugnação específica dos fatos alegados pelo adversário, sob a sanção de serem tidos como admitidos (art. 302), equiparando-se à ausência de impugnação o fato de o réu deixar de comparecer ou comparecer e não contestar (arts. 285 e 319). (Comentários ao...1994. p. 409-411).

²²⁴ Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 334 – Não dependem de prova os fatos: III – admitidos, no processo, como incontroversos.

²²⁵ Na verdade, rigorosamente, a especificação das provas que pretende o autor produzir não será feita de modo definitivo na petição inicial. É que, tendo o réu de impugnar separadamente, discriminadamente, todos e cada um dos fatos narrados pelo autor, só depois de realizada esta atividade e como consequência da sua abrangência é que se saberá quais fatos terão restado incontroversos e, portanto, não serão objeto de prova.

...Pode-se dizer que o réu tem ônus de impugnar os fatos narrados pelo autor, tem o ônus especificadamente (art. 302) sob pena de, não havendo impugnação destinada a neutralizar certo fato específico, seja este “presumido” como verdadeiro.

Não se trata, como tivemos a oportunidade de sustentar de presunção no sentido técnico específico, quando se usa a expressão no contexto das provas. Está-se, aqui, isto sim, diante de permissão ao juiz, prevalecendo o princípio do livre convencimento motivado, para que considere o fato não especificamente impugnado como verdadeiro, aplicando-se aos casos todas as restrições de incidência pertinentes no art. 319 do CPC. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial*... op. cit. p. 122-124).

²²⁶ Nelson Nery Junior acompanha tais doutrinadores, “*Contra o réu revel há a presunção de veracidade dos fatos não contestados. Trata-se de presunção relativa. Os fatos atingidos pelos efeitos da revelia não necessitam de prova (CPC 334 III). Mesmo não podendo o réu fazer prova de fato sobre o qual pesa a presunção de veracidade, como está é relativa, pelo conjunto probatório pode resultar a comprovação da prova em contrário àquele fato, derrubando a presunção que favorecia o autor*”. (Código de...op. cit. p. 818).

²²⁷ O dever do juiz de decidir a lide nos limites em que proposta (Parecer). Revista Diálogo Jurídico. Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica. no. 13, abril-maio, 2002. Disponível em: www.direitopublico.com.br. Acesso em: 25 de novembro de 2005.

prova existentes nos autos”, devendo haver de sua parte um *convencimento racional*²²⁸.

Resumindo Luiz Guilherme Marinoni²²⁹:

A legitimidade da decisão jurisdicional depende não apenas de estar o juiz convencido, mas também de o juiz justificar a racionalidade da sua decisão com base no caso concreto, nas provas produzidas e na convicção que formou sobre as situações de fato e de direito. Ou seja, não basta o juiz estar convencido; deve ele demonstrar as razões de seu convencimento. Isso permite o controle da atividade do juiz pelas partes ou por qualquer cidadão, já que a sentença deve ser o resultado de um raciocínio lógico capaz de ser demonstrado mediante a relação entre o relatório, a fundamentação e a parte dispositiva.

É na sentença que o juiz avalia as provas produzidas, para acolher ou rejeitar o pedido do autor. Há três sistemas de avaliação das provas: o das *provas legais*, o do *livre convencimento* e o da *persuasão racional*.

No sistema das *provas legais*, o valor das provas é prefixado na lei.

Exemplo: testemunha única nada prova; duas testemunhas, se nobres, provam o fato alegado.

²²⁸ Código de Procedimiento Civil de Venezuela. Artículo 12.— Los jueces tendrán por parte de sus actos la verdad, que procurarán conocer en los límites de su oficio. En sus decisiones el Juez debe atenerse a las normas del derecho a menos que la Ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad. Debe atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados. El Juez puede fundar su decisión en los conocimientos de hecho que se encuentren comprendidos en la experiencia común o máximas de experiencia.

En la interpretación de contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los jueces se atenderán al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes, teniendo en mira las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe.

²²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado contemporâneo*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 55-56.

No sistema do *livre convencimento*, o juiz não precisa motivar seu convencimento. É o caso do júri: os jurados respondem *sim* ou *não*, sem dever, nem poder, dizer porquê.

E, no sistema da *persuasão racional*, o juiz forma livremente seu convencimento, mas com as restrições decorrentes da exigência de formá-lo com base nas provas produzidas nos autos e de apontar seus fundamentos²³⁰. É o sistema adotado no Brasil, não sem algumas concessões ao sistema das provas legais²³¹.

A análise do juiz passa por dois momentos distintos, em um primeiro faz um *juízo de admissibilidade*, atenta para o objeto da prova, os meios probatórios, os meios empregados na produção e colheita das provas e, em um segundo, faz um *juízo de valoração*, quando as partes, através das *provas lícitas*, que trouxeram ao processo²³², poderão influenciar a sua decisão final²³³,

²³⁰ O problema é que permanecem às vezes no espírito dos juízes, nomeadamente em decorrência de fatores de ordem cultural, resquícios da prova tarifada, como se a confissão, a perícia ou documentos houvessem de prevalecer sempre sobre os demais tipos de prova. Todavia, bem entendido o sistema da persuasão racional, não se pode conceber regra de natureza probatória *a priori* nem de caráter geral: tudo há de depender do exame *in concreto* do caso e no contexto dos elementos constantes dos autos, material sobre o qual haverá o órgão judicial de exercer com o maior cuidado o seu exame crítico e extrair a verdade provável e possível. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Problemas Atuais da Livre Avaliação da Prova*. In OLIVEIRA, C. A. Álvaro de (Organizador). *Prova...* p. 47.

²³¹ Código Civil Brasileiro. Artigo 227 – Salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados. Parágrafo único – Qualquer que seja o valor do negócio jurídico, a prova testemunhal é admissível como subsidiária ou complementar da prova por escrito.

²³² Diferentemente do anterior, o CPC de 1973 ao ampliar os meios de prova, incluindo os “moralmente legítimos”, atendeu a um duplo aspecto: a) a admissão de meios de prova não previstos na lei, mas que socialmente não afetem a moralidade média e b) conferiu ao juiz indiretamente um papel fundamental na admissão dos meios de prova, já que a expressão “moralmente legítimos” implica um conceito aberto, cabendo ao juiz caso a caso definir a sua admissão, tendo em vista o caráter teleológico do dispositivo. SILVEIRA, Patrícia Azevedo da. *Prova Ilícita no Cível*. In OLIVEIRA, C. A. Álvaro de (Org). *Prova...op. cit.* p. 190-192.

conforme o inciso LVI, do artigo 5º., da Constituição Federal Brasileira²³⁴ e artigo 332, do Código de Processo Civil Brasileiro²³⁵.

Nas palavras de Max Weber²³⁶:

Fazendo o aparelho jurídico funcionar como uma máquina tecnicamente racional, o formalismo jurídico garante aos interessados no seu funcionamento, singularmente, o máximo relativo de liberdade de movimentos, e sobretudo de calculabilidade das conseqüências jurídicas e das possibilidades da sua ação em busca de objetivos.

Retomando o artigo 130²³⁷, do Código de Processo Civil Brasileiro, em uma primeira leitura e uma singela interpretação, pôde nos aparentar que ao *juiz é facultada a determinação de produção de provas ou o seu deferimento, quando a requerimento da parte*²³⁸, assemelhando-se a um *poder discricionário*.

As *jurisprudências*, que seguem arroladas nas notas de rodapé, demonstraram-nos outro entendimento, há critérios, em alguns casos, bem

²³³ CAMEJO FILHO, Walter. *Juízo de Admissibilidade e Juízo de Valoração das Provas*. In OLIVEIRA, C. A. Álvaro de (Organizador). *Prova...op. cit.* p. 20.

²³⁴ Constituição Federal Brasileira. Artigo 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: LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

²³⁵ Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 332 – Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

²³⁶ WEBER, Max. *Economia y Sociedad*. apud BOBBIO, Norberto. *Ensaio Escolhidos*. Editora Cardim, 1988. p. 181.

²³⁷ Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 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.

²³⁸ “Se o autor requereu, na inicial, a produção de provas, não é lícito ao juiz desprezar tal pedido. Impõe-se-lhe decidir expressamente, deferindo ou denegando o pedido. Não se admite indeferimento implícito” (RSTJ 127/107). In NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; *Código de...2005. op. cit.* p. 267.

fixados, para a *determinação de produção de provas* e o seu *indeferimento*²³⁹, que deve ser motivado²⁴⁰, senão importará em cerceamento de defesa²⁴¹, acarretando a nulidade da decisão²⁴².

Embora, parece-nos mais acertado, que o tribunal converta o julgamento em diligência, para que o juiz a fundamente²⁴³, bem como, *tem o julgador iniciativa probatória, quando presentes razões de ordem pública e igualitária*²⁴⁴, no tocante ao *princípio do contraditório*²⁴⁵.

²³⁹ “Ressalvado o disposto no art. 459 par. ún., pode o juiz, também, diferir a realização da prova para a execução, se convencido de que ela só se tornará necessária na hipótese de procedência da ação” (RTJ 107/310 e RT 582/221, JTJ 207/231). In NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; *Código de...*2005. op. cit. p. 245.

Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 459 – O juiz proferirá a sentença, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor. Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o juiz decidirá em forma concisa. Parágrafo único - Quando o autor tiver formulado pedido certo, é vedado ao juiz proferir sentença ilíquida.

²⁴⁰ “Ao Judiciário não basta afastar as preliminares argüidas, sendo imprescindível dar as razões da rejeição” (STJ-4ª. Turma, REsp 7.004-AL, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 21.8.91, deram provimento, v.u., DJU 30.9.91, p. 13.489). In NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; *Código de...*2005. op. cit. p. 267.

²⁴¹ “O indeferimento de realização de provas, possibilidade oferecida pelo art. 130 do CPC, não está ao livre arbítrio do juiz, devendo ocorrer apenas, e de forma motivada, quando forem dispensáveis e de caráter meramente protelatório” (STJ-1ª. Turma, REsp 637.547, rel. Min. José Delgado, j. 10.8.04, negaram provimento, v.u., DJU 13.9.04, p. 173). In NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; *Código de...*2005. op. cit. p. 245.

²⁴² Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 165 – As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso.

²⁴³ Devem ser “fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade” (CF 93-IX). É nula a decisão interlocutória sem nenhuma fundamentação (RSTJ 168/339, STJ-RF 368/324, 372/277, RJTJESP 128/295, bem argumentado, JTJ 158/190, RF 306/200, JTA 34/317, 123/192). Parece, porém, melhor solução que o tribunal, ao invés de anular desde logo a decisão, converta o julgamento em diligência, para que o juiz a fundamente (neste sentido: JTA 117/149). In NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; *Código de...*2005. op. cit. p. 267.

²⁴⁴ (RSTJ 84/250). No mesmo sentido: RSTJ 157/422, STJ-RT 729/155, STJ-RF 336/256, 346/265. In NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; *Código de...*2005. op. cit. p. 244-245.

²⁴⁵ No tocante às iniciativas do juiz em tema de prova, delas os interessados deverão ser informados e delas poderão participar efetivamente. Os poderes instrutórios do juiz incorporam-se e coordenam o princípio do contraditório no sentido da mitigação da desigualdade entre as partes. Portanto, somente pela via do princípio do contraditório, pode a iniciativa do juiz em matéria de prova contribuir para a obtenção da igualdade entre as partes, no processo civil. MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Iniciativa Probatória do Juiz e Princípio do Contraditório no Processo Civil*. In OLIVEIRA, C. A. Álvaro de (Org..Prova...op. cit. p. 135.

Por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade²⁴⁶ ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sociocultural entre as partes²⁴⁷, neste último caso, tal preocupação fica evidenciada no parágrafo único, do artigo 302²⁴⁸, do Código de Processo Civil Brasileiro.

Não pode o juiz determinar de ofício a audiência de testemunhas cujo rol uma das partes apresentou fora de prazo, todavia, seja-lha lícito, depois de encerrada a instrução, se estiver em dúvida que impossibilite a formação de seu convencimento, ante as provas já produzidas, e mediante despacho motivado, converter o julgamento em diligência²⁴⁹.

O que também pode ocorrer²⁵⁰ no caso de inércia da parte no pagamento dos honorários do perito, sendo defeso ao juiz determinar de ofício

²⁴⁶ “Não é cabível a dilação probatória quando haja outros meios de prova, testemunhal e documental, suficientes para o julgamento da demanda, devendo a iniciativa do juiz se restringir a situações de perplexidade diante de provas contraditórias, confusas ou incompletas” (RSTJ 157/363, STJ-RF 367/221, STJ-RP 115/275, STJ-Bol. AASP 2.398/3.314) *In* NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F.; *Código de...*2005. op. cit. p. 245.

²⁴⁷ *Ibid.*

²⁴⁸ Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 302 – Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo: I – se não for admissível, a seu respeito, a confissão; II – se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato; III – se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto. Parágrafo único – Esta regra, quanto ao ônus da impugnação especificada dos fatos, não se aplica ao advogado dativo, ao curador especial e ao órgão do Ministério Público.

²⁴⁹ (RT 714/158; RT 605/96). No mesmo sentido: RT 746/290. *In* NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F.; *Código de...*2005. op. Cit. p. 245.

²⁵⁰ “O juiz pode, ao seu nuto, converter o julgamento em diligência” (RT 593/169, RJTJESP 45/236, JTA 89/130, 96/260, à p. 261, RP 3/349, em 184), inclusive no procedimento sumário. *Apud. Ibid.*

a realização da perícia²⁵¹, ambos em respeito ao enunciado no inciso I, do artigo 125²⁵², do Código de Processo Civil Brasileiro.

A conversão do julgamento em diligência também pode ser feita pelo julgador de segunda instância²⁵³, porém, *nos procedimentos de jurisdição voluntária, o juiz pode determinar de ofício a produção de qualquer prova*²⁵⁴.

A já referida *pesquisa*²⁵⁵ da Associação dos Magistrados Brasileiros aos seus associados, também analisou este ponto, foi indagado aos *entrevistados* se as *decisões judiciais* deveriam orientar-se preponderantemente por *parâmetros legais*, atentar para suas *consequências econômicas*, ter compromisso com as *consequências sociais*.

A extensa maioria (86,5%) considera que as decisões judiciais devem orientar-se preponderantemente por parâmetros legais. Por outro lado, mais de 3/4 (78,5%) julgam que se deve ter compromisso com as consequências sociais. O compromisso com as consequências econômicas obteve resposta positiva de 36,5% dos magistrados.

²⁵¹ (STJ-1ª. Turma, REsp 471.857-ES, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 21.10.03, negaram provimento, v.u., DJU 17.11.03, p. 207). *Ibid.*

²⁵² Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 125 – O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I – assegurar às partes igualdade de tratamento.

²⁵³ “O julgador de segunda instância, assim como o de primeira, em todas as questões que lhe são postas, tem o direito de formar sua livre convicção, tendo não só o direito como o dever de converter o julgamento em diligência sempre que assim entender necessário para uma apreciação perfeita, justa e equânime da questão que lhe é posta” (Lex-JTA 141/257), “desde que o faça, é certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório” (RSTJ-RF 336/256). NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; *Ibid.* p. 245.

²⁵⁴ NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; *Ibid.* p. 245.

²⁵⁵ Fonte: Pesquisa AMB, 2005. Disponível em: www.amb.com.br. Acesso em: 30 de novembro de 2005.

São praticamente semelhantes as opiniões dos magistrados quando distribuídos por instância em que atuam no que se refere à preponderância dos parâmetros legais e ao compromisso com as consequências econômicas. Já no que se refere ao compromisso com as consequências sociais, os dois grupos são distintos: é significativamente maior o apoio entre os que atuam em 1º. grau (80,3% *versus* 73,1%).

A distribuição dos entrevistados por região geográfica mostra algumas peculiaridades, ainda que este critério não aponte para diferenciações expressivas: o mais baixo percentual de concordância com a orientação preponderante por parâmetros legais encontra-se no nordeste (80,4%), sendo os entrevistados desta região, deste ponto de vista, diferentes de todos os demais; a maior proporção de magistrados que responderam afirmativamente à questão segundo a qual as decisões judiciais devem atentar para suas consequências econômicas está no norte (43%) e a menor no nordeste (32,9%); também está na região norte o maior percentual de concordância com o compromisso com as consequências sociais (85,7%); neste último quesito, o menor percentual está no sudeste (74,1%).

2.5 PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA OU DA ADSTRIÇÃO DA SENTENÇA

O artigo 282, inciso III, do Código de Processo Civil Brasileiro²⁵⁶, exige como requisito da petição inicial a indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos do pedido, quase que com idêntico texto, mas mantendo as diretrizes,

²⁵⁶ Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 282 – A petição inicial indicará: III – o fato e os fundamentos jurídicos do pedido.

do Código de Processo Civil Brasileiro de 1939, em seu artigo 158, inciso III²⁵⁷, adotando o nosso sistema a *teoria da substanciação* da causa de pedir²⁵⁸.

O Código de Processo Civil de 1939, quando tratou da *causa de pedir*, visou resguardar explicitamente a *isonomia das partes no processo*, obrigando ao autor a expor com *clareza e precisão* o fato e os fundamentos jurídicos que embasavam seu direito de maneira que o *réu possa preparar a defesa*²⁵⁹.

Não consta no dispositivo legal contemporâneo às complementações previstas na Codificação que o antecedeu, “*expostos com clareza e precisão*”,

²⁵⁷ Código de Processo Civil Brasileiro de 1939. Artigo 158 – A ação terá início por petição escrita, na qual, delimitados os termos do seu objeto, serão indicados: III – o fato e os fundamentos jurídicos do pedido, expostos com clareza e precisão, de maneira que o réu possa preparar a defesa.

²⁵⁸ Código de Processo Civil Argentino: Art. 330. Forma de la demanda – La demanda será deducida por escrito y contendrá: 1) el nombre y domicilio del demandante; 2) el nombre y domicilio del demandado; 3) la cosa demandada, designándola con toda exactitud; 4) los hechos en que se funde, explicados claramente; 5) el derecho expuesto sucintamente, evitando repeticiones innecesarias; 6) la petición en términos claros y positivos. La demanda deberá precisar el monto reclamado, salvo cuando al actor no le fuere posible determinarlo al promoverla, por las circunstancias del caso, o porque la estimación dependiera de elementos aún no definitivamente fijados y la promoción de la demanda fuese imprescindible para evitar la prescripción de la acción. En estos supuestos, no procederá la excepción de defecto legal. La sentencia fijará el monto *que resulte de las pruebas producidas*.

²⁵⁹ A absolvição de instância foi requerida, com fundamento nos arts. 160 e 201, VI, do Cód. de Proc. Civil, *id est*, inépcia manifesta da petição inicial, a qual, segundo os agravantes, teria infringido a alínea III do art. 158, porque a autora-agravada não mencionou o dispositivo legal em que se fundava a ação. Não têm razão os agravantes. O dispositivo legal exige apenas se indiquem “o fato e os fundamentos jurídicos do pedido, expostos com clareza e precisão, de maneira que o réu possa preparar a defesa”. Para afirmar as razões jurídicas do libelo e especificar o pedido conclusivo não urge citar os dispositivos básicos da ação. Como diz PONTES DE MIRANDA, “não se trata da regra de lei, que se cite”, porque, “quando o Código exigiu os *fundamentos jurídicos* do pedido, só lhes viu o interesse de preparar o réu a defesa” (*Comentário*, vol. II, págs. 27-28). E é nesse sentido que se tem orientado a jurisprudência, reafirmando que “o que vem a juízo litigar o seu direito não precisa dizer na inicial qual o artigo de lei em que se baseia a sua pretensão. O que deve deduzir com clareza são os fatos e a *relação jurídica* deles decorrente. A regra objetiva, a regra de direito a aplicar-se à espécie toca, exclusivamente, ao juiz, segundo o princípio *jura novit curia* (Ac. do Trib. Just. do Rio Grande do Sul, *in* ALEXANDRE DE PAULA, vol. 9, no. 11.864. No mesmo sentido: vol. 9, no. 11.867; vol. 1, no. 514; vol. 5, ns. 5.676 e 5.677; vol. 7, ns. 8.606 e 8.608)” (Parec. do subprocurador geral do Distrito Federal, COELHO BRANCO, de 2-V-51, na apel. no. 11.612, *in* D. J. de 8-VI-51, pág. 5.073). *In* PAULA, Alexandre de. *O Processo Civil à Luz da Jurisprudência*. vol. III (arts. 144 a 214). 2ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Revista Forense, 1958. p. 1151.

como exigem expressamente algumas leis sul-americanas de processo²⁶⁰, a qual foi proposta de emenda, ao tempo da aprovação do Código no Congresso Nacional, emenda tal, que não foi aprovada, não impedindo que a melhor doutrina aponte tais requisitos (clareza e precisão) como acolhidos pelo nosso sistema²⁶¹, e “*de maneira que o réu possa preparar a defesa*”²⁶².

A narração além de clara e precisa deve ser exaustiva, mas concisa, contendo a verdade dos fatos, expostos com probidade e encadeamento, tal como se passaram: “*foi assim*”, “*disse-se isso*”, “*então, ocorreu aquilo*”, “*depois se presenciou a isso*”²⁶³.

O legislador se referiu *ao fato* e não *aos fatos*, de forma singular, pois se pretende que o autor na petição inicial narre o fato nuclear, aquele fato principal de que decorra sua pretensão.

Eis que surge uma questão, o autor estaria obrigado a narrar todos os fatos, principais e periféricos, sob pena de não poder produzir prova sobre

²⁶⁰ O Código de Procedimiento Civil de La República de Venezuela é metódico. Artículo 340 – El libelo de la demanda deberá expresar: 4º. El objeto de la pretensión, el cual deberá determinarse con precisión, indicando su situación y linderos, si fuere inmueble; las marcas, colores o distintivos, si fuere semoviente; los signos, señales y particularidades que puedan determinar su identidad, si fuere mueble; y los datos, títulos y explicaciones necesarios si se tratare de derechos u objetos incorporales. Artículo 365 – Podrá el demandado intentar la reconvencción o mutua petición, expresando con toda claridad y precisión el objeto y sus fundamentos. Si versare sobre objeto distinto al del juicio principal, lo determinará como se indica en el artículo 340.

²⁶¹ CARMONA, Carlos Alberto. *Em torno...op. cit.* p. 19.

²⁶² Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery ditam: “No processo civil é proibida a contestação genérica, isto é, por negação geral. Pelo princípio do ônus da impugnação especificada, cabe ao réu impugnar um a um os fatos articulados pelo autor na petição inicial. Deixando de impugnar um fato, por exemplo, será revel quanto a ele, incidindo os efeitos da revelia (presunção de veracidade – CPC 319) (*Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 796-797).

²⁶³ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código...op. cit.* p. 17-18.

detalhes que não revelou na inicial²⁶⁴? Para Carlos Alberto Carmona²⁶⁵, a resposta tem que ser negativa, sob pena de transformar-se a exordial num intragável romanceiro²⁶⁶.

José Joaquim Calmon de Passos²⁶⁷ cita a distinção feita na doutrina entre o fato jurídico²⁶⁸, o fato típico, aquele acontecimento do qual derivam as consequências jurídicas, e os fatos que comprovam a existência desse mesmo fato jurídico²⁶⁹, os chamados fatos simples, dos quais não derivam diretamente consequências jurídicas, mas que tornam certa a existência ou inexistência do fato jurídico.

²⁶⁴ Código General del Proceso del Uruguay – Artículo 117 – Forma y contenido de la demanda – Salvo disposición expresa en contrario, la demanda deberá presentarse por escrito y contendrá: 4) La narración precisa de los hechos en capítulos numerados, la invocación del derecho en que se funda y los medios de prueba pertinentes, conforme con lo dispuesto en el artículo siguiente.

²⁶⁵ CARMONA, Carlos Alberto. *Em torno da...op. cit.* p. 19.

²⁶⁶ Luiz Rodrigues Wambier aponta neste sentido “...a relação jurídica é emergente de fatos, sendo necessária a análise destes para a compreensão daquela. Bem por isso, os fatos que devem constar da petição inicial são os relevantes e pertinentes, vale dizer, aqueles que embasam a pretensão expressada. Se todo direito se origina de fatos, são apenas os que dão sustentáculo ao direito pretendido que devem constar da petição inicial, segundo esse requisito (*Curso Avançado de...*2001. p. 304).

²⁶⁷ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. III. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994. p. 206-207.

²⁶⁸ Pode-se conceituar fato jurídico como sendo o acontecimento em decorrência do qual os direitos nascem ou se extinguem. O fato jurídico muitas vezes decorre do acontecimento de ordem natural que independe da vontade humana, e mesmo assim seus efeitos estão previstos no ordenamento jurídico. São exemplos: a morte natural, o nascimento, o desabamento de um prédio, etc. Por outro lado, o fato jurídico pode decorrer da prática deliberada do agente, nele envolvendo a vontade e a intenção de adquirir, transferir, resguardar, modificar ou extinguir direitos. Assim, o fato jurídico em sentido amplo abrange tanto os atos lícitos, quanto os ilícitos. Observemos que nem todos os fatos da natureza têm importância para o direito, só passando a serem fatos jurídicos quando produzam efeitos jurídicos. (*O Novo Código Civil – Reflexos nas atividades empresarial e contábil*. Retirado do site <http://www.fortesadvogados.com.br/artigos.view.php?id=87>, em 21 de novembro de 2005).

²⁶⁹ A Teoria do Fato Jurídico, aplicada ao Direito Privado brasileiro, foi desenvolvida, no Brasil, por Pontes de Miranda, embasada no direito alemão, especificamente na produção científica dos pandectas. O seu objeto cerne, o suporte fático (Tatbestand) ou conjunto de fatos, é o material sem o qual não existiria o Direito, pois este, como a vida, não existiria sem fatos, nem mesmo na esfera do pensamento, onde os fatos são substituídos por hipóteses de fatos. Portanto, como não existem normas que, na sua aplicação, não tenham a intenção de regular a vida, real, dos seres humanos, pode-se afirmar que absolutamente tudo que se refere ao mundo jurídico, mesmo que em hipótese (abstrato), tem um suporte fático. (SZYNWELSKI, Cristiane. *Teoria Geral do Direito e o fato jurídico processual. Uma proposta preliminar*. Professora – DF. Disponível em: www.jusnavegandi.com.br. Acesso em: 16 de novembro de 2005).

Levitando novamente a questão, deve a inicial também relatar os fatos simples, ou suficiente será a indicação do fato título da demanda? *Urge eliminar de nosso foro as testemunhas oniscientes e as perguntas de algibeira, que ferem a ética imposta ao profissional da advocacia, representam insulto para o magistrado e significam grave perigo para o direito das partes*²⁷⁰.

Mas hoje, em face do ônus de impugnação específica atribuído ao réu pelo art. 302²⁷¹, existe um interesse tático na formulação dos fatos simples²⁷² na inicial²⁷³.

Na petição inicial, a causa de pedir é elemento identificador da ação, delimitador da atividade jurisdicional, é o pedido que delimita a parte decisória da sentença²⁷⁴, no entanto, deve decorrer da exposição fática e da argumentação jurídica²⁷⁵, em outras palavras, *o autor narra o fato que constitui o direito por ele afirmado*²⁷⁶.

²⁷⁰ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao...op. cit.* p. 206-207.

²⁷¹ Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 302 – Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo: I – se não for admissível, a seu respeito, a confissão; II – se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato; III – se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto. Parágrafo único – Esta regra, quanto ao ônus da impugnação especificada dos fatos, não se aplica ao advogado dativo, ao curador especial e ao órgão do Ministério Público.

²⁷² “Sentença. Vinculação à causa de pedir. A conformidade da sentença com o libelo significa que não podem ser considerados fundamentos ali não apresentados. Não importa proibição de que se tenham em conta os chamados fatos simples, que por si não servem de base ao pedido, mas apenas reforçam os fundamentos jurídicos deduzidos”.

²⁷³ Araken de Assis alerta “...a indicação completa dos fatos se afigura fundamental para particularizar a ação. De conseguinte, a narração de mais de um fato, suficientemente de per si para originar o efeito consubstanciado no pedido implica a pluralidade de ações” (*Cumulação de Ações*. 2ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 126).

²⁷⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia; TALAMINI, Eduardo. *op. cit.* p. 304.

²⁷⁵ Teresa Arruda Alvim Wambier nos ensina “a causa de pedir é um dos elementos individualizadores da ação ou da demanda. Grosso modo, pode-se dizer que a causa de pedir é a razão em virtude da qual se formula um pedido (se propõe uma ação) perante o Poder

A exposição da causa de pedir deve ser revestida²⁷⁷: da relação jurídica; da pretensão de direito material, que corresponde a essa relação; de fato que justifique a ação; do interesse de agir; e do direito público subjetivo a usar do juízo.

Cada fato ou conjunto de fatos capaz de produzir o efeito jurídico almejado pelo autor na petição inicial compreende uma *causa petendi*²⁷⁸, caso se invoquem dois ou mais fatos, haverá pluralidade de “*causa petendi*”²⁷⁹.

Para ilustrar, um exemplo²⁸⁰, cada fato que viole gravemente os deveres conjugais franqueia o manejo de ação autônoma de separação judicial; isto

Judiciário. A expressão causa, na hipótese, deve ser entendida como causa eficiente, i. é, a que nos leva a fazer ou a realizar algo...Fixado o libelo, o juiz não pode senão acolher (ou não) o pedido, considerando a(s) causa(s) de pedir alistadas pelo autor na petição inicial. Parece que o pedido, porque tem de ser lido em função de uma ou mais de uma causa petendi, leva a que estas, também, delimitem a atividade jurisdicional, justamente porque identificam o pedido” (*Omissão Judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 106 e 132).

²⁷⁶ É correto dizer que o autor deve afirmar um fato e apresentar o seu nexa com um efeito jurídico. O autor, em outras palavras, narra o fato que constitui o direito por ele afirmado. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento. A tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 80).

²⁷⁷ MIRANDA, F. C. Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. IV. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999. p. 15.

²⁷⁸ Cândido Rangel Dinamarco dispõe “Ao cumular dois ou vários fundamentos destinados a apoiar o mesmo *petitum*, o objetivo do demandante é um só – obter o bem da vida identificado neste – mas a dualidade ou pluralidade de fundamentos alarga as possibilidades de julgamento. Em casos assim, o juiz pode conceder o provimento pedido, mediante o acolhimento de todos os fundamentos postos pelo autor, ou de um só deles, ou de alguns, sempre sem transgredir a regra de limitação aos elementos da demanda proposta (art. 128). Rejeitando todos os fundamentos, julgará a demanda improcedente. Pode ocorrer cumulação de fundamentos mediante a narrativa de dois ou mais contextos de fatos integrantes da mesma categoria jurídica, ou mediante a invocação de duas ou mais categorias jurídicas, naturalmente com a narrativa de fatos compatíveis com cada uma delas. Sempre que cada um desses fundamentos de direito ou de fato seja autonomamente suficiente para conduzir à conclusão do demandante, ter-se-á um *cúmulo de fundamentos* (*Instituições de Direito Processual Civil*. vol. II. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 173).

²⁷⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 19ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. p. 16.

porque, havendo mais de uma, trazendo unidade factual diversa, elas terão as mesmas partes, o mesmo pedido, porém dissímil será a *causa petendi*²⁸¹.

José Rogério Cruz e Tucci²⁸² adverte de que é tarefa praticamente impossível emitir um conceito unívoco e abrangente de causa de pedir, entretanto, pode ser compreendida como os fatos e fundamentos dos quais lança mão o autor para reclamar a tutela estatal para a obtenção do bem de vida, ou tão somente, *é o porquê do pedido*.

A causa de pedir será formalizada naquela parte da inicial em que são narrados os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido. José Joaquim Calmon de Passos²⁸³ detalha o tema:

...vale dizer, aquela parte da inicial em que o autor descreve o fato gerador da incidência originária²⁸⁴, de que derivou a relação jurídica que vinculou os litigantes, e o fato gerador da incidência derivada²⁸⁵, de que resultou o dever, a obrigação ou a sujeição do demandado que, inadimplente (lato sensu), determinou a configuração do conflito de interesses.

²⁸⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. vol. I. 10^a. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999. p. 65.

²⁸¹ Opostamente, Ovídio Baptista da Silva repetindo lição de Schwab, pontifica que "*o efeito de exclusão causado pela coisa julgada, atingirá toda a cadeia de fatos similares, mas não abrangerá os fatos que não guardem relação com o material do primeiro processo*". Clarifica-se, portanto, que no exemplo da separação, se houve repetidas violações ao dever de fidelidade, além de injúrias graves, mas tendo o autor esteado a pretensão separatória em apenas um isolado adultério (*artigo 240, Código Penal Brasileiro, revogado pela Lei no. 11.106/2005*), julgado improcedente o pedido, não poderia intentar nova ação arrimada nas injúrias graves ou nos demais adultérios não mencionados na primeira demanda. (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e Coisa Julgada*. 3^a ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1995, p. 166).

²⁸² CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 2^a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 24).

²⁸³ DE PASSOS, José Joaquim Calmon. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. III. 7^a. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994. p. 206.

²⁸⁴ Fundamentos de Fato (Causa de Pedir Remota).

²⁸⁵ Fundamentos de Direito (Causa de Pedir Próxima).

Para Calamandrei²⁸⁶ não interessa ao juiz tomar conhecimento de controvérsias (fatos) externas ao processo:

“Para o processualista, ou se se quiser, para o juiz, a controvérsia que haja ficado fora do processo não passa de um boato, de que ele, eventualmente, poderá ter notícia por meio de uma leitura de jornal, ou através de uma conversa de esquina. Ela será tão relevante sob o ponto de vista processual, como qualquer boato. Não pode haver lide fora do processo pela simples razão de que o conceito de lide foi criado para a solução de um ou de vários problemas peculiares ao processo. Pode ser que o historiador, ou o administrador, ou o sociólogo, ou até mesmo o médico, ou o jornalista, nos seus respectivos campos de atividade, conheçam, descrevam e interpretam esses conflitos sociais, porém, para o juiz eles serão absolutamente irrelevantes”.

E dentro do processo, *no narrar*²⁸⁷, é inútil mencionarem-se fatos que não determinam, ou não entram nos fatos jurídicos da causa. As afirmações são julgamentos, comunicações de conhecimento, e não declarações de vontade.

A causa de pedir pode ser entendida como a razão em virtude da qual se formula um pedido (se propõe uma ação) perante o Poder Judiciário²⁸⁸, o fato ou o conjunto de fatos suscetível de produzir, por si, o efeito jurídico pretendido pelo autor²⁸⁹.

²⁸⁶ CALAMANDREI, Piero. Riv. Dir. Processuale Civile. 1929. I. *apud* SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e Coisa Julgada*. 3ª. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1995. p. 145.

²⁸⁷ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. tomo IV (arts. 282 a 443). 2ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979. p. 17-18.

²⁸⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *op. cit.* p. 106.

²⁸⁹ “Segundo esmera doutrina, ‘causa petendi’ é o fato ou o conjunto de fatos suscetível de produzir, por si, o efeito jurídico pretendido pelo autor” (STJ-4ª. Turma, REsp 2.403-RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 28.8.90, não conheceram, v.u., DJU 24.9.90, p. 9.983). In NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 37ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005. p. 391.

A causa de pedir não se resume ao fato originário da relação jurídica que gerou a controvérsia entre os sujeitos da lide, mas também o fato de que derivou o dever de ressarcir do sujeito obrigado ou daquele a quem a ordem jurídica qualifica o dever de certo comportamento²⁹⁰.

A *causa de pedir remota*, ou *mediata* (*fundamentum actionis remotum*) é identificada como “fato gerador do direito pretendido”. A *causa de pedir próxima*, ou *imediata* (*fundamentum actionis proximun*), é associada ao fundamento jurídico²⁹¹, ou com “a natureza do direito controvertido, o fundamento jurídico geral”²⁹², situação ou condição jurídica invocada.

Teresa Arruda Alvim Wambier²⁹³ enaltece a discussão, com seu exemplo prático:

Alguma reflexão nos levou a entender que as causas de pedir se subdividem em próxima e remota, como tradicionalmente se entende. E que ambas são fenômenos híbridos, compostos de *fato e direito*. A *causa de pedir remota* seria a que estivesse *mais longe* no tempo e que tivesse, indiretamente, dado causa à propositura da ação. Numa ação de despejo, por falta de pagamento, a causa de pedir remota seria o contrato de locação. Seria, como dissemos, o contrato de locação, e não *um* contrato de locação qualquer: daí dizermos que as causas de pedir são fenômenos híbridos, compostos de *direito* – é um contrato de locação – e de *fato* – é *um determinado* contrato de locação.

O mesmo se dá, em nosso sentir, no que diz respeito à causa de pedir próxima. O inadimplemento. Mas *aquele* inadimplemento, o *não pagamento* do aluguel do mês de *janeiro*. E não *um inadimplemento qualquer*. Qualificamos o inadimplemento como causa de pedir próxima, por ser o

²⁹⁰ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *op. cit.* p. 205.

²⁹¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. vol. II. 23^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 142.

²⁹² GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Volume II. 16^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 100.

²⁹³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *op. cit.* p. 107.

elemento mais próximo, no tempo, ao momento da propositura da ação.

A causa de pedir remota ou fática exige os fatos constitutivos (fato em si mesmo), o título jurídico que fundamenta o pedido (razão mediata do pedido); a causa de pedir próxima ou jurídica, a lesão ao direito, e a repercussão jurídica que justifica o pedido (razão imediata do pedido)²⁹⁴. Exemplo:

A ação de locupletamento tem por finalidade impedir o enriquecimento de uma das partes em função do empobrecimento da outra, sem que haja causa a justificá-lo, não bastando, portanto, ao autor acostar à petição inicial um título de crédito que perdeu a executividade e pretender, daí, extrair a sua causa de pedir, pois, se trata de um processo de conhecimento, regido pelo rito ordinário, em que é de rigor que se explicita detalhadamente o substrato fático sobre o qual repousa a demanda²⁹⁵.

José Joaquim Calmon de Passos²⁹⁶ identifica o referido fenômeno com outra nomenclatura, a causa de pedir próxima, a que se relaciona com o dever (lato senso) do titular da situação de desvantagem, ou daquele de quem se deve ou pode exigir determinado ato ou comportamento, é o fato gerador da incidência originária, e a causa de pedir remota, a que se vincula ao fato matriz da relação jurídica, é o fato gerador da incidência derivada.

A petição inicial deverá indicar os fundamentos de fato (causa de pedir remota) e os fundamentos de direito (causa de pedir próxima) do pedido. O autor deverá indicar o *porquê* de seu pedido.

²⁹⁴ VECHIATO JÚNIOR, Walter. *op. cit.* p. 15.

²⁹⁵ *Ibid.*

²⁹⁶ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *op. cit.* p. 205.

Teresa Arruda Alvim Wambier²⁹⁷ sublinha *...a causa de pedir é a razão em virtude da qual se formula um pedido...*, crendo surgir problemas quando se pensa nas dimensões desta expressão: “razão em virtude da qual” (alguém se dirige ao Poder Judiciário, para formular pedido em face de outrem), e ter sido desta divergência de opiniões a geração da teoria da substanciação e a da individuação.

É corrente na doutrina nacional²⁹⁸ a afirmação de que, o CPC adotou a teoria da substanciação; vige no sistema processual brasileiro o sistema da *substanciação*²⁹⁹; nosso sistema processual adotou a *teoria da substanciação*³⁰⁰; no aspecto relativo aos fatos, tem-se que o requisito demonstra que o sistema pátrio adotou a teoria da substanciação³⁰¹; quanto aos fundamentos jurídicos, sabem todos que o legislador ancorou nosso ordenamento no princípio da substanciação³⁰²; o art. 282, III, exigindo como requisito da inicial a indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos do pedido, põe o nosso sistema entre os que reclamam a substanciação da causa de pedir³⁰³, aliás como já o fazia o Código de 1939, dispondo em igual sentido no seu art. 158³⁰⁴.

²⁹⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *op. cit.* p. 106.

²⁹⁸ ASSIS, Araken de. *op. cit.* p. 123.

²⁹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.* p. 127.

³⁰⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *op. cit.* p. 774.

³⁰¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de...* 2001. p. 304.

³⁰² CARMONA, Carlos Alberto. *Em torno da...* *op. cit.* p. 20.

³⁰³ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código...op. cit.* p. 208.

³⁰⁴ Enunciava o artigo 158, *caput* e inciso III, do Código de Processo Civil de 1939, “A ação terá início por petição escrita, na qual, delimitados os termos do seu objeto, serão indicados: III – o fato e os fundamentos jurídicos do pedido, expostos com clareza e precisão, de maneira que o réu possa preparar a defesa”.

Ambas as teorias nasceram e foram desenvolvidas na Alemanha. Hoje, a doutrina alemã, pela ZPO, adota a teoria da substanciação, encontrando-se superada a teoria da individuação³⁰⁵.

No sistema italiano reputa-se causa de pedir, para o fim de delimitar o âmbito da demanda e da sentença, a referência feita pelo autor à *categoria jurídica* com fundamento na qual pretende a tutela jurisdicional pedida.

O histórico dos fatos, que ele traz ao demandar, não passa de meras *circunstâncias de fato* e pode ser alterado porque assim permite o procedimento flexível lá existente, que adota o sistema da *individuação*³⁰⁶. A teoria da individuação exigia apenas a indicação dos fundamentos jurídicos para caracterizar a causa de pedir e tornar admissível a ação³⁰⁷.

Para a *teoria da individuação*, a exposição da *causa petenti* marca-se “pela identificação, na inicial, da relação jurídica da qual o autor extrai certa consequência jurídica”³⁰⁸. Já para a *teoria da substanciação*, “constituem os fundamentos da demanda o conjunto de fato em que o autor baseia a ação”³⁰⁹.

Quanto aos mesmos fundamentos jurídicos, Carlos Alberto Carmona³¹⁰ acredita que por ter o legislador ancorado no nosso ordenamento o princípio da substanciação, *o juiz não está vinculado à qualificação que o autor der aos*

³⁰⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo...op. cit.* p. 774.

³⁰⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito... op. cit.* p. 128.

³⁰⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo...op. cit.* p. 774.

³⁰⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de... op. cit.* p. 142.

³⁰⁹ ASSIS, Araken de. *Cumulação de... op. cit.* p. 123.

³¹⁰ CARMONA, Carlos Alberto. *Em torno da... op. cit.* p. 20.

atos que narrou, compreendendo como imprescindível a verificação pelo juiz se do fato narrado decorre hipoteticamente o pedido formulado³¹¹.

Para os adeptos da *substanciação* a causa de pedir é representada pelo fato ou complexo de fatos que dão sustentação a pretensão do autor, pois constituem o elemento de onde deflui a conclusão.

Já para os adeptos da *individualização* a causa de pedir é a relação ou estado jurídico afirmado pelo autor em sustentação a sua pretensão, colocado o fato em segundo plano e irrelevante, menos quando indispensável à individualização da relação jurídica³¹².

Então, dessa duplicidade dos elementos da causa de pedir (fato e fundamento jurídico) surgiram duas teorias que tratam da *causa petenti*, a individualização e a da substanciação.

A teoria da individualização entende que o fundamento jurídico é essencial para a identificação da ação, em especial nas ações que versam sobre direitos absolutos, como o domínio ou o direito familiar, enquanto para a teoria da substanciação os fatos são essenciais e não podem ser alterados, mesmo no caso de direitos absolutos³¹³.

³¹¹ *Ibidem*. E conclui "...logo, eventuais equívocos do autor (o demandante qualifica como dolo uma ocorrência que caracterizaria erro) ou até mesmo a falta de qualificação jurídica do fato são irrelevantes para o deferimento da petição inicial, sendo necessário apenas conferir se do fato narrado pode resultar, hipoteticamente, a consequência jurídica imaginada pelo autor (ou, em outros termos, se do fato narrado decorre hipoteticamente o pedido formulado).

³¹² PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código...op. cit.* p. 208.

³¹³ Alexandre Alves Lazzarini finaliza a discussão e conceitua "O *direito absoluto* é aquele com eficácia universal e que deve ser respeitado por todos, podendo o seu titular opô-lo contra qualquer pessoa (é *erga omnes*), estando incluídos nesta categoria os direitos reais, de família

Desse modo, por nosso ordenamento jurídico ter adotado a *Teoria da Substanciação*, a causa de pedir delimita o conteúdo da sentença e a extensão da coisa julgada, devendo o juiz se submeter ao *princípio da congruência* ou da *adstrição da sentença*.

Após narrados os fatos se procede à *razão da pretensão*³¹⁴, exposição dos *fundamentos jurídicos do pedido*, do *fato jurídico*, de como aqueles fatos marcados justificam que o autor peça o que se pede³¹⁵.

A *causa petendi* subentende um *fato* ou *fatos* que compõe o direito subjetivo ou compõem os direitos subjetivos do autor e o seu direito público subjetivo a demandar³¹⁶.

e da personalidade. Já o *direito relativo* tem sua eficácia limitada a determinadas pessoas, com uma pessoa ficando obrigada a outra, como o direito de crédito e o contrato de compra e venda” (A *Causa Petendi nas Ações de Separação Judicial e de Dissolução da União Estável*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 20-23).

³¹⁴ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código...op. cit.* p. 17-18.

³¹⁵ “A invocação desta ou daquela regra jurídica é argumento, e não razão da pretensão. A decisão deve responder às razões das pretensões porque transformadas em questões, mas não necessariamente à argumentação das partes. ‘Jura novit curia’”. (STJ-4ª. Turma, Ag 5.540-MG-AgRg, rel. Min. Athos Carneiro, j. 18.12.90, negaram provimento, v.u., DJU 11.3.91, p. 2.397). In NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de...op. cit.* p. 391.

³¹⁶ A causa de pedir, face ao preceituado no art. 498º, no. 4, do C. Proc. Civil, que afirma no nosso direito adjetivo a teoria da substanciação, é o fato concerto de que deriva o direito invocado, isto é, o efeito jurídico pretendido. Se a reconvinde articulou meras conclusões, utilizando mesmo conceitos jurídicos, além do mais, extremamente vagas, e das quais não emergem fatos que poderiam fundamentar o pedido de indenização que formula, o requerimento da reconvenção é inepto. O poder-dever que ao juiz é atribuído pelo artigo 508, no. 2, do C. Proc. Civil, de convidar as partes a suprir exceções dilatórias suscetíveis de sanção não é utilizável nos casos de ausência ou grave insuficiência de alegação da matéria de fato que se traduza na falta de indicação da causa de pedir. Apenas podem ser superadas por via da iniciativa do juiz, nos termos do artigo 508, no. 3, do C. Proc. Civil, as insuficiências ou imprecisões na exposição ou concretização da matéria de fato alegada, através do conseqüente esclarecimento, aditamento ou correção quando não sejam tão graves que o vício da petição inicial corresponda a uma verdadeira ineptidão. (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. Agravo. Unânime. Causa de Pedir/Ineptidão da Petição Inicial/Correção Oficiosa. Data do Acórdão: 06/07/2004. Negado Provimento. Relator Ministro Araújo Barros). Código de Processo Civil Português. Artigo 498º. – Requisitos da Litispendência e do Caso Julgado: 4. Há identidade de causa de pedir quando a pretensão deduzida nas duas acções procede do mesmo facto jurídico. Nas acções reais a causa de pedir é o facto jurídico de que deriva o direito real; nas acções constitutivas e de anulação é o facto concreto ou a nulidade específica que se invoca para obter o efeito pretendido. Artigo 508º. – Suprimento de

O que significa dizer que, fundamento jurídico³¹⁷ não descrito não pode ser considerado, e os descritos não podem ser modificados sem o consentimento do réu, após a citação, e em hipótese alguma após o saneamento do processo³¹⁸, em decorrência do princípio da estabilidade da demanda³¹⁹, não se devendo confundir *fundamento jurídico* com *fundamento legal*³²⁰.

Se o réu for revel, querendo o autor modificar o pedido ou a causa de pedir, será necessária nova citação do réu³²¹, mas, se o revel comparece antes

Exceções Dilatórias e Convite ao Aperfeiçoamento dos Articulados: 2. O juiz convidará as partes a suprir as irregularidades dos articulados, fixando o prazo para o suprimento ou correção do vício, designadamente quando careçam de requisitos legais ou a parte não haja apresentado documento essencial ou de que a lei faça depender o prosseguimento da causa. 3. Pode ainda o juiz convidar qualquer das partes a suprir as insuficiências ou imprecisões na exposição ou concretização da matéria de facto alegada, fixando prazo para a apresentação de articulado em que se complete ou corrija o inicialmente produzido.

³¹⁷ Os fundamentos jurídicos do pedido consistem na demonstração, pelo autor, de que os fatos narrados e afirmados no libelo devem produzir, em face da ordem jurídica, os efeitos que formam o conteúdo do pedido. É a afirmação, portanto, da existência de uma relação jurídica em que o pedido se baseia, para assim ser obtida a condenação do réu, ou sentença declaratória, ou a modificação, extinção ou formação de determinada situação de direito (Ac. unân. da 2ª. Câ. do 1º. TA Civ-SP de 27-10-76, na apel. 226.113, rel. juiz MOHAMED AMARO).

³¹⁸ Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 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.

³¹⁹ Código General Del Processo Del Uruguay. Artigo 121 – Cambio de demanda. 121.1 – Podrá cambiarse la demanda antes de que haya sido contestada. Artigo 121.2 – Si después de contestada la demanda sobreviniere algún hecho nuevo con influencia sobre el derecho invocado por las partes en el proceso, éstas podrán alegarlo y probarlo hasta la conclusión de la causa; si fuera posterior a ese momento, podrán alegarlo y probarlo en segunda instancia. En todos los casos se concederá a la contraparte las facultades de contradicción y prueba correspondientes.

³²⁰ O art. 282, III, exigindo como requisito a indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos do pedido, põe o nosso sistema entre os que reclamam a substanciação da causa de pedir como já o fazia o Código de 1939 dispondo em igual sentido no seu artigo 158. A causa de pedir tem importante repercussão na delimitação do conteúdo da sentença e na fixação do espectro da coisa julgada. Vigendo o princípio da demanda, e estando o juiz adstrito ao princípio da *congruência* ou da *adstrição da sentença*, tem-se que “a petição inicial define a causa, de modo que fundamento jurídico não descrito não pode ser levado em consideração, mesmo porque a causa de pedir é um dos elementos que identificam a causa, não podendo ser modificada sem o consentimento do réu, após a citação, e em nenhuma hipótese após o saneamento do processo (art. 264)”. Tal pontuação, todavia, não vale para o fundamento legal. (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. III (arts. 270 a 331). 8ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. p. 160).

³²¹ Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 321 – Ainda que ocorra revelia, o autor não poderá alterar o pedido, ou a causa de pedir, nem demandar declaração incidente, salvo

do despacho saneador, poderá ainda se manifestar em relação a concordância com a modificação do pedido ou da causa de pedir pretendida pelo autor da demanda³²².

Entretanto, permanecem os efeitos da revelia, reputando-se verdadeiros os fatos afirmados pelo autor, devendo o juiz examinar até onde foi a modificação, quanto ao pedido e às causas de pedir³²³.

Diversamente ocorre com a declaração incidental, por se tratar de uma ação nova, importará em pedido novo e novos fundamentos, sendo indispensável a citação do revel, que, no que se refere à nova demanda, revel não poderá ser considerado, citado, o prazo de resposta lhe será deferido³²⁴, todavia, se não o atende, nova revelia acontece³²⁵.

Para Luiz Rodrigues Wambier³²⁶ a ação declaratória incidental, promovida pelo autor, só poderá ocorrer caso exista contestação, com conteúdo específico sobre a relação subordinante.

promovendo nova citação do réu, a quem será assegurado o direito de responder no prazo de quinze (15) dias.

³²² PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. III (arts. 270 a 331). 7ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994. p. 448-449.

³²³ MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª. ed. Tomo IV (arts. 282 a 443). Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979. p. 268.

³²⁴ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. III (arts. 270 a 331). 7ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994. p. 448-449.

³²⁵ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. tomo IV (arts. 282 a 443). 2ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979. p. 268.

³²⁶ Quando o autor formula pedido, alegando ser ele resultante de uma relação jurídica, para a qual não formulou expresso pedido de declaração, a coisa julgada não alcançará a relação jurídica subordinante ao pedido, mas apenas o pedido em si. Se o réu contestar a relação jurídica que constitui fundamento do pedido, negando ter o autor o direito alegado, pode interessar ao autor que também a relação jurídica subordinante venha a ser acobertada pela coisa julgada. Para tanto, autorizado está a promover ação declaratória incidental, visando estender os limites objetivos da coisa julgada, para que passe a abranger a relação jurídica que, embora seja pressuposto lógico do pedido, não integraria a parte dispositiva da sentença,

Entendo que, se a contestação não nega a relação jurídica, mas traz alegações de fatos novos (impeditivos, modificativos ou extintivos do direito alegado pelo autor), não é caso de ação declaratória incidental, porque um de seus pressupostos é a litigiosidade, ou seja, que o réu tenha, pela contestação, tornado litigiosa a relação jurídica prejudicial ao mérito.

Posição semelhante a adotada por Nelson Nery Junior³²⁷, que compreende serem os pressupostos para o ajuizamento da ação declaratória incidental:

- a) ser deduzida por petição inicial, obedecidos os requisitos do CPC 282;
- b) haver litispendência;
- c) ter havido contestação sobre a questão prejudicial;
- d) tratar-se de questão prejudicial de mérito;
- e) poder essa questão ser objeto de ação declaratória autônoma;
- f) não ser o juiz absolutamente incompetente;

caso não fosse a ação declaratória incidental promovida (WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. vol. I. 3ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 422-423).

³²⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 383.

g) ser compatível com o procedimento da ação principal.

Esclarecendo-nos, também, que pode a ação declaratória incidental ser deduzida tanto pelo autor como pelo réu, e que para este último não possuirá caráter reconvenicional, pois esta tem autonomia em relação à ação principal e pode ser não só declaratória.

O princípio da estabilização da demanda não proíbe a redução do objeto do processo, que ocorre na hipótese de uma de suas parcelas ser excluída, permanecendo as demais, não se extinguindo o processo, que terá seu andamento regular em relação a elas.

Cândido Rangel Dinamarco³²⁸ imputa que isso acontece:

- a) no caso de o juiz julgar inadmissível o julgamento do mérito em relação a uma das parcelas do pedido do autor, continuando o processo quanto aos demais;
- b) especificadamente, quando o locatário entrega ou abandona o imóvel no curso da ação de despejo por falta de pagamento cumulada com pedido de condenação por aluguéis (lei n. 8.245, de 18.10.91, arts. 62, inc. I e 66) – prosseguindo o feito pelo segundo desses pedidos;

³²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. II. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 190-191.

c) quando a demanda inicial ou a reconvenção é julgada inadmissível, continuando o processo por aquela que não tiver sido atingida por essa decisão (CPC, art. 317);

d) quando o autor desiste da ação com referência a um dos pedidos feitos, etc.

Arrematando que toda redução do objeto do processo é feita por decisão interlocutória, que não extingue a relação processual e permite que o processo continue pelas parcelas remanescentes.

Também leciona que a defesa do réu não amplia jamais o objeto do processo, sendo que, na contestação, o réu nega os fatos alegados pelo autor, ou lhes nega a eficácia jurídica afirmada por este, ou alega fatos novos que excluem o direito afirmado na petição inicial, ou ainda suscita razões relacionadas com o processo (carência de ação, incompetência absoluta), gerando com isso questões a serem apreciadas quando o juiz expuser a motivação da sentença, mas permanecendo inalterável o objeto do pronunciamento judicial.

Fundamento jurídico e fundamento legal são coisas distintas³²⁹:
fundamento jurídico³³⁰ relaciona-se com os dispositivos legais, doutrina,

³²⁹ CARMONA, Carlos Alberto. *Em torno da...op. cit.* p. 20.

³³⁰ Cândido Rangel Dinamarco dita "...Tratando-se de elementos puramente jurídicos e nada tendo de concreto relativamente ao conflito e à demanda, a invocação dos fundamentos jurídicos na petição inicial não passa de mera proposta ou sugestão endereçada ao juiz, ao qual compete fazer depois os enquadramentos adequados – para o que levará em conta da narrativa dos fatos contida na petição inicial, a prova realizada e sua própria cultura jurídica,

jurisprudência e princípios jurídicos³³¹; fundamento legal³³² é embasamento positivo, citação de norma que ampara determinado pleito³³³.

Os fundamentos jurídicos não querem significar que ao autor seja obrigatório, na petição inicial, a citação dos artigos de lei sobre os quais repousa o seu pedido, não se confundem com os fundamentos legais, tanto que a capitulação legal errônea não habilita seu julgamento como inepta³³⁴.

podendo inclusive dar aos fatos narrados e provados uma qualificação jurídica diferente daquela que o demandante sustentara (*narra mihi factum dabo tibi jus*). (*Instituições de Direito...*2003. p. 127-128).

³³¹ Teresa Arruda Alvim Wambier declina “De acordo com o que até agora temos sustentado, parece-nos poder-se dizer que a subsunção clássica está para o processo de procura do que chamamos de “solução normativa”, assim como fundamento legal está para o fundamento jurídico. Explicamos: assim como pensamos que o raciocínio jurídico não se confunde ou não se identifica (em muitos casos) com um silogismo (processo de subsunção), do mesmo modo não basta, muitas vezes, à parte, formular pretensão com base num dispositivo legal: o embasamento jurídico de sua pretensão (=pedido) muito freqüentemente é integrado de lei, doutrina, jurisprudência, princípios jurídicos. Da mesma forma que, muitas vezes, a solução normativa encontrada pelo Judiciário é composta desta espécie de mosaico, o pedido formulado pela parte pode basear-se numa fundamentação jurídica de estrutura semelhante. Pensamos que o princípio *iura novit curia* permite ao magistrado alterar este mosaico, desde que esta alteração não arranhe a narrativa fática feita pelo autor. Os fundamentos jurídicos do pedido são, pois, em nosso entender, como dissemos acima, a combinação adequada dos dispositivos legais, princípios jurídicos, jurisprudência e doutrina, que, juntos, e, evidentemente à luz dos fatos descritos, levam (ou podem levar) à solução da procedência da demanda (*Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 107-108).

³³² Cândido Rangel Dinamarco explicita “...O *fundamento legal* – mera indicação dos dispositivos da lei, seus artigos *etc.* – não integra a causa de pedir e não concorre para individualizar a demanda. Não o exige o inc. III do art. 282 do Código de Processo Civil, nem seria razoável que o fizesse”.

³³³ Não é inepta a inicial que indica erroneamente o dispositivo legal em que se funda a pretensão. É de mister, sim a narrativa dos fatos e referência dos fundamentos jurídicos do libelo. Há diferença entre fundamentos jurídicos e fundamentos legais. (Ac. unân. 10.070 da 2ª. Câm. do TA-PR de 28-8-79, no agr. 95/79, rel. juiz NEGI CALIXTO. No mesmo sentido: ac. unân. 10.484 das Câms. Reuns. Do TA-PR de 26-10-79, na AR 3-79, mesmo rel.; Ver. do TA-PR, vol. 1º., p. 23).

³³⁴ Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 267 – Extingue-se o processo, sem julgamento de mérito: I – quando o juiz indeferir a petição inicial.

Pontes de Miranda³³⁵ pontua que *tanto ao juiz* (jura novit curia e da mihi factum, dabo tibi jus) *quanto à parte é permitido referir-se a outro texto de lei, a categoria ou figura jurídica diferente daquela a que a petição inicial se referira.*

E aponta duas conseqüências desse *princípio de fungibilidade da forma do fundamento*³³⁶, (a) pode ser condenado o réu mesmo se não é exato, em boa técnica e adequada terminologia, o nome que se deu à situação jurídica ou a ele; (b) mudando-se o nome da relação de direito material, ou o texto de lei³³⁷, não se evita, somente por isso, a exceção de coisa julgada³³⁸.

³³⁵ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. tomo IV (arts. 282 a 443). 2ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979. p. 268.

³³⁶ As *normas* são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem. Os *princípios* são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] 'núcleos de condensações' nos quais confluem *valores* e *bens* constitucionais. Mas, como disseram os mesmos autores, "os princípios, que começam por ser a base de *normas jurídicas*, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio e constituindo preceitos básicos da organização constitucional. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 95-96.

³³⁷ "Não se verifica alteração da causa de pedir quando se atribui ao fato ou ao conjunto de fatos qualificação jurídica diversa da originariamente atribuída. Incumbindo ao juiz a subsunção do fato à norma, ou seja, a categorização jurídica do fato, incorre modificação da 'causa petendi' se há compatibilidade do fato descrito com a nova qualificação jurídica ou com o novo enunciado legal" (STJ-4ª. Turma, REsp 2.403-RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 28.8.90, não conheceram, v.u., DJU 24.9.90, p. 9.983). NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de...* 2005. p. 391.

³³⁸ Segundo o STJ, a petição inicial não pode ser tachada de inepta por estar faltando apenas uma página que versa sobre matéria exclusivamente de direito. O nosso direito prestigiou os princípios do *iura novit curia* e do *da mihi factum, dobo tibi ius*, o que significa que a qualificação jurídica dada aos fatos narrados pelo autor não é essencial para o sucesso da ação, tanto que o juiz pode conferir aos fatos qualificação jurídica diversa da atribuída pelo autor; portanto, a ausência de página que trate de matéria exclusivamente de direito não acarreta a inépcia da petição inicial. (VECHIATO JÚNIOR, Walter. *Comentários ao Código de Processo Civil. Processo de Conhecimento (Arts. 1º. a 565)*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. parte 15).

A questão não é pacífica, há jurisprudências³³⁹ que apontam alguns casos onde é defeso que o juiz possa dar ao fato definição jurídica diferente da que lhe deu a parte³⁴⁰, seja, em *ação rescisória*, em *mandado de segurança*, em *recurso extraordinário* e em *recurso especial*.

Não podendo a parte alterar a causa de pedir depois, da *citação do réu*, na *ação rescisória*, da *intimação da autoridade coatora*, no *mandado de segurança*, de vencido o prazo para a *interposição do recurso extraordinário ou especial*.

Os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido devem descrever clara e precisamente o acontecimento que foi a razão de ser da demanda e a sua categorização jurídica³⁴¹.

O nome errôneo dado à ação também não é causa de inépcia da petição inicial³⁴², tanto que não se encontra entre os requisitos exigidos pelo artigo 282³⁴³, *a natureza jurídica da tutela jurisdicional não está vinculada à nomeação dada pelo autor à ação, e sim ao pedido*³⁴⁴, o importante é que a

³³⁹ “Nem o juiz ou o tribunal poderão aplicar, em apoio da pretensão do autor na ação rescisória, do impetrante no mandado de segurança ou do recorrente no recurso extraordinário ou no especial, outro texto de lei que não os oportunamente invocados por estes (STF-RT 619/211). NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; *Código de...op. cit.* p. 392.

³⁴⁰ Ibid.

³⁴¹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código...op. cit.* p. 206-207.

³⁴² “Não é necessário dar nome à ação” (RJTJESP 95/171).

³⁴³ Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 282 – A petição inicial indicará: I – o juiz ou tribunal, a que é dirigida; II – os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu; III – o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; IV – o pedido, com as suas especificações; V – o valor da causa; VI – as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados; VII – o requerimento para a citação do réu.

³⁴⁴ (STJ-4ª. Turma, REsp 184.648-RO, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. 16.8.01, não conheceram, v.u., DJU 4.2.02, p. 368) In NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; *Código de...op. cit.* p. 391.

inicial permita o *estabelecimento do contraditório* e da *providência jurisdicional* pleiteada, devendo ser processada³⁴⁵.

Exemplo, a pretensão da posse com base no domínio, sendo o pleito petitório (reivindicatório), ainda que indevidamente qualificado de possessório, devendo ser julgado segundo a causa de pedir e o pedido, independente do rótulo dado pelo autor³⁴⁶.

Resumindo, Teresa Arruda Alvim Wambier³⁴⁷ aponta que a adoção da teoria da substanciação revela, de um modo geral, que:

- a) vigoram no sistema as parêntias *iura novit curia* e *da mihi factum, dabo tibi ius*³⁴⁸, de modo que a indicação imprecisa dos fundamentos legais não impede que o juiz aprecie a pretensão de acordo com a norma jurídica correta, ou ainda, dê ao fato narrado pelo autor o enquadramento legal adequado;

³⁴⁵ (STJ-3ª. Turma, Ag 157.911-MG-AgRg, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 27.4.98, negaram provimento, v.u., DJU 29.6.98, p. 170). Ibid.

³⁴⁶ (RSTJ 97/174, maioria). Ibid.

³⁴⁷ (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão Judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 144-152).

³⁴⁸ ...se a qualificação dos fatos, feita pelo juiz de forma diversa daquela que a parte o fez, leva, necessariamente, a que as *consequências jurídicas* extraíveis da situação descritas sejam outras diferentes daquelas que constam do pedido formulado pelo autor, o princípio não incide. O princípio só incide se, apesar de ter havido a requalificação jurídica dos fatos ou a eleição, pelo juiz, de norma jurídica diferente daquela invocada pelo autor, o pedido a ser concedido (ou negado) continue a ser o mesmo. Justamente porque o juiz pode decidir com base em normas e argumentos jurídicos diferentes dos alegados e usados pelas partes, é que, na apelação, podem recorrente e recorrido levantar novas razões de direito para que seus pedidos sejam acolhidos desde que apoiadas nos fatos já descritos e adequadamente comprovados, porque, neste ponto, não pode haver inovação. Ibid.

- b) não tem relevância o *nomen jûris* da ação, desde que pela causa de pedir e pedido se possa definir com precisão a pretensão do autor e de que espécie de ação se trata;
- c) não se veda que, durante o trâmite processual, acrescentem-se novos fundamentos legais à argumentação contida na petição inicial, pois tal atividade, por si só, não tem o condão de alterar a causa de pedir.

O juiz deve analisar os elementos da ação³⁴⁹, *partes, pedido e causa de pedir*, visando à formação de *litispendência, coisa julgada*³⁵⁰ ou *perempção*³⁵¹, cabendo ser apreciada, de ofício³⁵², a sua formação, em qualquer tempo e grau de jurisdição ordinária³⁵³, enquanto não proferida a sentença de mérito³⁵⁴.

³⁴⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de...op. cit.* p. 304.

³⁵⁰ A litispendência é a situação que ocorre quando um demandante ajuíza, contra um determinado réu, uma ação idêntica à outra anteriormente interposta, com mesma causa de pedir e pedido, anteriormente interposta e não ainda decidida em definitivo pelo Judiciário. Já a coisa julgada diz respeito à situação onde a ação é proposta pelo mesmo autor contra mesmo réu, tendo o caso já sido decidido em definitivo pelo Judiciário em ação idêntica anteriormente ajuizada. *Direito líquido e certo no mandado de segurança. Natureza jurídica e efeitos da sentença que reconhece sua inexistência*. Kepler Gomes Ribeiro, Procurador Federal. Retirado do site <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3318>, em 21 de novembro de 2005.

³⁵¹ A perempção é instituto eminentemente de direito instrumental ou processual ou, ainda, adjetivo, como se queira designar. Caracteriza-se pela extinção do direito de praticar um ato pela perda de prazo definido e definitivo. Assemelha-se a perempção, pelos seus efeitos jurídicos, tanto à prescrição quanto à decadência, posto que implica sempre extração de um direito. Todavia, distingue-se delas, visto que ela só ocorre dentro do processo. Em outras palavras, surge a perempção toda vez que não for praticado um ato, dentro do prazo assinado, ou não foi feito oportuno tempore, o que se deveria fazer no processo. *Tempo e Direito (IV): a perempção*. Carlos Fernando Mathias de Souza, Juiz do TRF da 1ª. Região e professor titular da UnB. Retirado do site http://www.unb.br/fd/colunas_Prof/carlos_mathias/anterior_04.htm, em 21 de novembro de 2005.

³⁵² Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 267 – Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito: V – quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada.

³⁵³ PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO REIVINDICATÓRIA CUMULADA COM ANULAÇÃO DE ESCRITURA PÚBLICA.

I – CONSOLIDOU-SE NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS O ENTENDIMENTO DE QUE, NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL A MATÉRIA RELATIVA A PRESSUPOSTOS

*Fundamentos jurídicos*³⁵⁵, portanto, consistem na demonstração de que os fatos narrados se enquadram em determinada categoria jurídica (p.ex., que eles caracterizam *dolo* da parte contrária) e de que a sanção correspondente é aquela que o demandante pretende (p.ex., *anulabilidade do ato jurídico*, com a consequência de dever o juiz anulá-lo).

A correta subsunção do fato à norma é dever do juiz³⁵⁶, assim como a verificação da veracidade dos fatos narrados pelo autor, mediante atividade probatória processualmente admissível³⁵⁷.

PROCESSUAIS, PEREMPÇÃO, LITISPENDÊNCIA, COISA JULGADA E CONDIÇÕES DE ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO, PODE SER APRECIADA, DE OFÍCIO, EM QUALQUER TEMPO E GRAU DE JURISDIÇÃO ORDINÁRIA, ENQUANTO NÃO PROFERIDA A SENTENÇA DE MÉRITO (ART. 267, PARÁGRAFO 3).

II – SUSCITADA A QUESTÃO SOBRE A ILEGITIMIDADE DE PARTE, NÃO PODE O TRIBUNAL EXIMIR-SE DE APRECIÁ-LA, SOB ALEGAÇÃO DE PRECLUSÃO, SENDO-LHE POSSÍVEL, NO CASO, EXAMINÁ-LA DE OFÍCIO.

III – HÁ DE SE NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, AINDA QUE PRESENTES OS PRESSUPOSTOS DE SUA ADMISSIBILIDADE, EIS QUE, A DECISÃO RECORRIDA ASSENTA-SE EM MAIS DE UM FUNDAMENTO SUFICIENTE E O MESMO NÃO ABRANGE TODOS ELES (SÚMULA N. 283, DO STF).

IV – RECURSO NÃO CONHECIDO.

(REsp 5735/PR. Recurso Especial 1990/0010776-8. Recurso Não Conhecido. Relator Ministro Waldemar Zveiter. Julgado em 04/12/1990. DJ 04.02.1991 p. 576).

Súmula 283 do STF: É INADMISSÍVEL O RECURSO EXTRAORDINÁRIO, QUANDO A DECISÃO RECORRIDA ASSENTA EM MAIS DE UM FUNDAMENTO SUFICIENTE E O RECURSO NÃO ABRANGE TODOS ELES. Sessão Plenária de 13/12/1963.

³⁵⁴ Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 267 – Extingue-se o processo, sem julgamento de mérito: IV – quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; V – quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada; VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual. Parágrafo 3º. – O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida sentença de mérito, da matéria constante dos no.s IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

³⁵⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de...op. cit.* p. 127.

³⁵⁶ “Não se confunde ‘fundamento jurídico’ com ‘fundamento legal’, sendo aquele imprescindível e este dispensável, em respeito ao princípio ‘jura novit curia’ (o juiz conhece o direito)”. (STJ-1ª. Turma. REsp 477.415-PE, rel. Min. José Delgado, j. 8.4.03, negaram provimento, v.u. DJU 9.6.03, p. 184). No mesmo sentido: RT 696/158, JTA 120/277, maioria). *In* NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de...op. cit.* p. 391.

³⁵⁷ José Joaquim Calmon de Passos assim entende “...A subsunção do fato à norma é dever do juiz, vale dizer, a categorização jurídica do fato é tarefa do juiz. Se o fato narrado na inicial e o que foi pedido são compatíveis com a categorização jurídica nova, ou com o novo dispositivo de lei invocado, não há por que se falar em modificação da causa de pedir, ou em inviabilidade do pedido. Essa inviabilidade só ocorre quando as consequências derivadas da nova categoria jurídica não podem ser imputadas ao fato narrado na inicial, nem estão contidas no pedido, ou

Caso tivesse adotado a *Teoria da Individuação*, a mudança do fato constitutivo não importaria a modificação da causa de pedir, mesmo após a citação e sem a anuência do réu, e a sentença que decidisse sobre a dada relação jurídica teria efeito sobre todos os fatos possíveis de terem sido alegados pelo autor, não sendo possível propor nova demanda sobre a mesma relação de direito, ainda que respaldada em fatos não alegados na primeira³⁵⁸.

Exemplo do herdeiro que tenha tentado ceifar a vida da esposa do *de cujus*, e, insatisfeito, tenha sido partícipe do homicídio do autor da herança. Caso a ação ordinária de indignidade se escore apenas no primeiro fato (na tentativa), descaberá nova demanda para suscitar o assassinio.

Para Calamandrei:

"Representa-se escolarmente a sentença como o produto de um puro jogo lógico, friamente realizado com base em conceitos abstratos, ligados por inexorável concatenação de premissas e conseqüências; mas, na realidade, no tabuleiro do juiz, as peças são homens vivos, que irradiam invisíveis forças magnéticas que encontram ressonâncias ou repulsões, ilógicas mas humanas, nos sentimentos do judicante. Como se pode considerar fiel uma fundamentação que não reproduza os meandros subterrâneos dessas correntes sentimentais, a cuja influência mágica nenhum juiz, mesmo o mais severo, consegue escapar?"³⁵⁹.

são incompatíveis com ele. Importante são os fatos que o juiz deve *conhecer* como narrados pelo autor, cumprindo-lhe proceder, mediante a atividade probatória processualmente admissível, à *verificação* dos mesmos, para tê-los ou não como verídicos.

³⁵⁸ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A causa petendi* nas ações reivindicatórias. *Ajuris* 20.

³⁵⁹ CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1995. p. 175-176.

O *princípio da congruência* se relaciona com o direito das partes de limitar a atuação do juiz aos fatos e aos pedidos³⁶⁰, que estas entendam necessários à composição da lide, sendo um meio garantidor da *imparcialidade do juiz*, pois deve ele ficar reservado aos *fatos* apresentados³⁶¹.

E o *princípio da substanciação*, como já subscrito, proíbe ao autor trocar de causa de pedir (fato e fundamentos jurídicos do pedido) e pedido após a citação do réu, sem a autorização deste, e em nenhuma hipótese após o saneamento do processo.

Em relação a esse ponto, exporemos as propostas³⁶² de Guilherme Freire de Barros Teixeira³⁶³, para quem, o *princípio da substanciação*, que proíbe ao autor trocar de causa de pedir (fato e fundamentos jurídicos do pedido) e pedido após a citação do réu, sem a autorização deste, e em nenhuma hipótese após o saneamento do processo, deverá comportar exceções, em nome do *princípio da economia*, para que se evite a formação de

³⁶⁰ Importante é o pedido, que o juiz deve acolher ou rejeitar como foi ele formulado pelo autor, sem que se lhe permita ir além, ficar aquém ou fora do mesmo, ainda quando lhe seja permitido apenas deferi-lo parcialmente (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. III (arts. 270 a 331). 7ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994. p. 207).

³⁶¹ “Inexiste dissenso entre o julgado e o libelo quando considerados exatamente os fatos descritos na inicial, não importando que lhes tenha sido emprestada qualificação jurídica não mencionada expressamente na inicial”. (STJ-3ª. Turma, REsp 1.844-SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 10.4.90, não conheceram, v.u., DJU 7.5.90, p. 3.830).

“Causa de pedir. Irrelevância de o acórdão fundar-se em dispositivo legal diverso do indicado pelo autor, desde que considerou os mesmos fatos” (STJ-3ª. Turma, REsp 1.925-SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 13.3.90, negaram provimento, v.u., DJU 9.4.90, p. 2.742). In NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de...op. cit.* p. 391.

³⁶² Registradas em aulas assistidas no Curso de Especialização em Processo Civil, no Centro de Desenvolvimento Empresarial – CDE, do Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais, em Ponta Grossa, Paraná.

³⁶³ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

um novo processo, resolvendo os problemas das partes naquele mesmo processo.

Como primeira exceção, segundo o autor, aceita pelo STJ (como satisfação do direito material, mesmo que em detrimento da forma) os casos que envolverem o direito de família, por exemplo, em uma ação de separação litigiosa, que tenha como motivo (causa de pedir) um determinado adultério, em que haja o abandono do lar, pelo réu, após o saneamento do processo, tal motivo deverá ser aceito como mais uma causa de pedir pelo juiz.

E os casos que envolverem as ações de descumprimento de cláusula contratual, por exemplo, quando a causa de pedir for pautada no descumprimento da cláusula A e, depois do saneamento do processo, houver o descumprimento da cláusula B, esta deverá ser aceita como mais uma causa de pedir pelo juiz.

Em tais casos, deverá o juiz oportunizar o contraditório as partes, assim como as provas que se fizerem necessárias para tanto, a respeito da nova causa de pedir e/ou pedido que o processo trouxe à tona.

Outra possibilidade vislumbrada pelo jurista seria a implementação da *mutatio libelli*, prevista no artigo 384, do Código de Processo Penal

Brasileiro³⁶⁴, no Direito Processual Civil Brasileiro, mediante alteração legislativa no Código de Processo Civil pátrio.

Dispositivo que prevê que *“se o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou na queixa, baixará o processo, a fim de que a defesa, no prazo de 8 (oito) dias, fale e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvidas até três testemunhas*³⁶⁵.

Sugestão, também, de alteração do artigo 331, do Código de Processo Civil Brasileiro³⁶⁶, permitindo que na audiência preliminar o juiz, através do diálogo com as partes, possa mudar a causa de pedir ou pedido.

³⁶⁴ ...dispõe a Súmula 453 do Supremo Tribunal Federal, que “não se aplicam à segunda instância o art. 384 e parágrafo único do Código de Processo Penal, que possibilitam dar nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude de circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa”...Logo, descabe ao tribunal tomar essa iniciativa, salvo se houver recurso da acusação, reclamando contra a decisão do juiz, que deixou de levar em conta a hipótese da *mutatio libelli*. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 5ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 676).

³⁶⁵ Parágrafo único – Se houver possibilidade de nova definição jurídica que importe aplicação de pena mais grave, o juiz baixará o processo, a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, abrindo-se, em seguida, o prazo de 3 (três) dias à defesa, que poderá oferecer prova, arrolando até três testemunhas.

³⁶⁶ Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 331 – Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. Parágrafo primeiro – Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença. Parágrafo segundo – Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário. Parágrafo terceiro – Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do parágrafo 2º.

E, enfim, a adoção do artigo 272º., do Código de Processo Civil de Portugal, que permite a alteração consensual da causa de pedir e do pedido em qualquer momento processual, até em 2º. grau, mas compreendendo que, entretanto, no Brasil a apelação é revisão (efeito devolutivo), tendo que tal proposta se restringir ao juízo de primeiro grau.

A vinculação do juiz a causa de pedir e ao pedido³⁶⁷, resultante do princípio da congruência, tem relação tanto com a causa de pedir mediata e o pedido mediato (o bem da vida pleiteado), como, também, com a causa de pedir imediata e o pedido imediato (o tipo de tutela pleiteada pelo autor).

Carlos Alberto Carmona³⁶⁸ cita o exemplo em que, por equívoco, o profissional do direito formular pedido declaratório (nulidade) quando deveria requerer anulação (desconstituição), para quem estará sendo redigida uma petição inepta, que desatende a técnica legal, podendo ser indeferida a petição inicial (art. 295, par. ún., II, CPC)³⁶⁹.

³⁶⁷ Os arts. 128 e 460 expressam o que a doutrina denomina de princípio da congruência, ou da correspondência, entre o pedido e a sentença. Ou seja, dado o princípio dispositivo, é vedado à jurisdição atuar sobre aquilo que não foi objeto de expressa manifestação pelo titular do interesse. Por isso, é o pedido (tanto o imediato como o mediato) que limita a extensão da atividade jurisdicional...Claro que a limitação da sentença também diz respeito indiretamente à causa de pedir, pois, ao analisar o pedido, necessariamente deverá o julgador ter em vista os fatos e os fundamentos que lhe dão sustentáculo. Se a causa de pedir não integra o pedido, certamente o identifica. Assim também é vedado ao juiz proferir sentença fundada em outra causa de pedir que não a constante da petição inicial (WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de...op. cit.* p. 317-318).

³⁶⁸ CARMONA, Carlos Alberto. *Em torno da...op. cit.* p. 21.

³⁶⁹ Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 295 – A petição inicial será indeferida: I – quando for inepta; Parágrafo único – Considera-se inepta a petição inicial quando: II – da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão.

Exemplo semelhante é o citado por Nelson Nery Junior³⁷⁰, para quem narrando o autor uma situação e concluindo de forma ilógica relativamente à narração, tem-se a inépcia da petição inicial, pois a conclusão deve decorrer logicamente da premissa menor subsumida à maior.

Entretanto, José Carlos Barbosa Moreira³⁷¹ nos traz uma hipótese de exceção, dentre outras, ao princípio da congruência, que se refere a nunciação de obra nova.

Quando a obra invade muito modestamente, de modo diminuto, a área do autor, e o valor da obra é grande, inclusive socialmente, há uma tendência da doutrina e também da jurisprudência a evitar aquele resultado tão drástico, e por vezes tão inconveniente do ponto de vista da coletividade, de mandar desfazer a obra. Adota-se a seguinte solução: é preferível substituir o embargo ou a ordem de demolição por uma composição pecuniária, pelo ressarcimento de perdas e danos.

Verifica Arruda Alvim³⁷² que *“a sentença ser infra, extra ou ultra petita, é fenômeno que diz respeito à sua parte decisória (ao decisum), pois que consiste em infração ao princípio da congruência do decisum com o pedido”*.

Os artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil Brasileiro³⁷³ explicitam o *princípio dispositivo*, o juiz deve julgar de acordo com o que foi pedido,

³⁷⁰ Outra causa de inépcia é a falta de conclusão lógica, comparada com a narração. A petição inicial é um silogismo composto de premissa maior, premissa menor e da conclusão...Não se pode narrar, por exemplo, um fato que nulificaria o contrato e pedir-se o cumprimento do contrato (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 784-785).

³⁷¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Correlação entre o pedido e a sentença*. Revista de Processo. no. 83. p. 213.

³⁷² ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil. Processo de Conhecimento*. v. 2. 5^a. ed. São Paulo: RT, 1996. p. 604.

sendo-lhe vedado decidir *citra*, *extra*³⁷⁴ ou *ultra petita*³⁷⁵, o que também se aplica aos *tribunais*³⁷⁶, salvo os pedidos implícitos³⁷⁷.

Por exemplo, *viola o art. 128 do CPC o acórdão que tem em conta, para dar pela procedência dos embargos, fatos que não apenas se distanciam da causa de pedir, como são com ela incompatíveis*³⁷⁸, como, *é nulo o acórdão*

³⁷³ Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 128 – O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte. Artigo 460 – É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

³⁷⁴ “Dados os fatos da causa, ao juiz cabe dizer o direito; e não implica julgamento ‘extra petita’ indicar o julgador, ao acolher o pedido, fundamento legal diverso do mencionado na inicial” (STJ-4ª. Turma, Ag 8.016-MG-AgRg, rel. Min. Fontes de Alencar, j. 9.4.91, negaram provimento, v.u., DJU 27.5.91, p. 6.969). In NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de...*2005. p. 391.

³⁷⁵ ...se o juiz se pronunciar sobre bem que não lhe foi pedido, ou apoiar-se em fundamentos não deduzidos pelo demandante, ou dispuser em relação a sujeitos que não sejam partes no processo, na parte excedente estará exercendo jurisdição *ex officio*. A sentença colidirá diretamente com o disposto nos arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil, os quais constituem positivamente a máxima *ne eat iudex ultra vel extra petita partium*; colidirá também, indiretamente, com o *nemo iudex sine actore* positivado nos arts. 2º. e 262; e, se dispuser em relação a sujeitos que não sejam partes no processo, estará o juiz estabelecendo um conflito com a garantia constitucional do contraditório. Se ele ficar aquém da demanda, restringindo indevidamente o pedido ou os fundamentos postos pelo demandante, ou omitindo-se quanto a algum deles ou em relação a alguma das partes, ele infringirá a garantia constitucional *da ação* e de acesso à justiça (Const., art. 5º., inc. XXXV). Tal é a fórmula sistemática e global da regra de *correlação entre o provimento jurisdicional e a demanda*, a qual se apresenta com a dupla face de *veto a excessos* e de *exigência de inteireza* na oferta da tutela jurisdicional (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. II. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 138-139).

³⁷⁶ (STF-2ª. Turma, RE 99.654-1 BA, rel. Min. Moreira Alves, j. 22.3.83, conhecido e provido, v.u., DJU 1.7.83, p. 10.001). (STJ-2ª. Turma, REsp 7.130-SP, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 13.3.91, deram provimento, v.u., DJU 8.4.91, p. 3.872). NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; *Código de...*2005. p. 244 e 500.

³⁷⁷ A regra de interpretação estrita do pedido recebe ressalvas legais e sistemáticas relativas aos chamados *pedidos implícitos*. Logo no parágrafo do próprio art. 293 está a referência aos *juros legais*, que ali são declarados *compreendidos no principal*. Consideram-se ainda dispensados de inclusão no pedido as *prestações periódicas*, que por lei são também declaradas incluídas (art. 290); a *correção monetária*, calculada segundo os índices adequados a cada caso e a partir do momento indicado em legislação específica (esp. lei n. 6.899, de 8.4.81); as *despesas do processo* e *honorários advocatícios*, que imperativamente o art. 20 do Código de Processo Civil manda carregar ao vencido (Súmula 256 STF). Muitos significativos são também os *pedidos implícitos* disciplinados nos dispositivos que regem a tutela jurisdicional relacionada com as *obrigações de fazer ou de não-fazer* (art. 461, *caput* e par.). Salvo esses e outros casos eventualmente indicados em lei ou emergentes do sistema como um todo, não se admitem exceções à regra da interpretação estrita da demanda (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. II. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 241).

³⁷⁸ (RSTJ 34/266, maioria). In NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; *Código de...op. cit.* p. 244.

*que, apreciando controvérsia não suscitada, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte, extravasa os limites da postulação recursal*³⁷⁹.

*O autor delimita a lide na petição inicial (CPC 128), cabendo ao réu apenas defender-se da pretensão deduzida*³⁸⁰, pois, *“fato não alegado é fato irrelevante e portanto não poderá ser fundamento da decisão nem será objeto de prova”*³⁸¹.

Concluindo Mário Helton Jorge³⁸² que:

Ao ser estabelecida a vinculação do juiz aos fatos da causa e ao pedido da parte, através dos arts. 128 e 460 do CPC, o legislador não deixou margem a dúvidas, acerca do rigor formal que deve presidir a atividade do sujeito imparcial da relação processual, sem qualquer espaço para arbítrio, ficando a prestação jurisdicional submetida a modelo pré-constituído, sobejando-lhe, no entanto, a possibilidade da interpretação criativa das normas, o preenchimento das lacunas legais, a liberdade de valorização do material jurídico produzido pelas partes e a livre aplicação do direito (*jura novit curia*), desvinculadas das alegações e dos pedidos das partes, embora controlados pela obrigatoriedade da motivação (art. 458, II, do CPC).

Adolf Schönke³⁸³ entende que o princípio dispositivo é *“aquele que, no processo civil, atribui às partes a tarefa de estimular a atividade judicial e praticar os atos do processo. Os fatos não praticados pelas partes não podem*

³⁷⁹ “Vulneração dos arts. 128 e 515 do CPC” (STJ-4ª. Turma, REsp 12.093-PI, rel. Min. Barros Monteiro, j. 28.9.92, deram provimento, v.u., DJU 16.11.92, p. 21.144). Ibid.

³⁸⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de...op. cit.* p. 374.

³⁸¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. III. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 72.

³⁸² JORGE, Mário Helton. *O regime jurídico da fungibilidade das demandas e dos provimentos no Código de Processo Civil: Relativização dos dogmas da inércia da jurisdição, da correlação entre pedido e decisão, da vinculação aos fatos da causa e da imutabilidade da coisa julgada*. RT 822. abr/2004. p. 61.

³⁸³ SCHÖNKE, Adolf. *Direito Processual Civil*. Editora Romana, 2003. p. 42.

ser levados em consideração pelo Juiz; e, por regra geral, tampouco podem praticar provas de ofício”.

Ovídio Baptista da Silva³⁸⁴ diferencia o princípio dispositivo do princípio da demanda, sendo que, para ele, o primeiro *“diz respeito ao poder que as partes têm de dispor da causa, seja deixando de alegar ou provar fatos a ela pertinentes, seja desinteressando-se do andamento do processo”*; e o segundo *“baseia-se no pressuposto da disponibilidade não da causa posta sob julgamento, mas do próprio direito subjetivo das partes, segundo a regra básica de que ao titular do direito caberá decidir livremente se o exercerá o deixará de exercê-lo”*.

Citando um exemplo, *“se o autor, fundado num contrato de mútuo, promove uma ação de cobrança contra o devedor e este não contesta a existência do contrato, mas simplesmente alega já haver pago a dívida, ou que a mesma está prescrita, ao juiz não é dado ter o contrato de mútuo por inexistente.*

Se os fatos narrados guardarem coerência lógica com o pedido proposto, não será relevante a tipificação que lhes deu o autor, não podendo assim ser considerada inepta a petição inicial, pois é possível a sentença julgar por sua procedência, sem violação do princípio dispositivo³⁸⁵.

³⁸⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. v. 1. 7^a. ed. São Paulo: Editora Forense, 2005. p. 47-50.

³⁸⁵ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. III (arts. 270 a 331). 7^a. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994. p. 265-266.

As sentenças se classificam, nos casos de procedência do pedido, em declaratórias, constitutivas e condenatórias e, para uma corrente atual de doutrinadores, ainda em executivas lato sensu e as mandamentais, e nos casos de improcedência do pedido, a ação será sempre declaratória negativa³⁸⁶.

Para Teresa Arruda Alvim Wambier³⁸⁷ a condenação, a constituição de relação jurídica ou a declaração consistem no próprio mérito da ação, enquanto, a sentença mandamental ou a executiva lato sensu, está enfocando precipuamente o tipo de eficácia que emana desta sentença, ou seja, do pleito exato e preciso do tipo de eficácia que as caracterizam, classificando-as todas em decorrência do pedido que formulam, através de suas respectivas ações.

Cita como exemplos das sentenças executivas lato sensu³⁸⁸ as de despejo, as de reintegração de posse ou de imissão de posse, e como da sentença mandamental³⁸⁹ o mandado de segurança.

³⁸⁶ ...Observe-se que isto se dá até em relação às próprias ações declaratórias negativas (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 144).

³⁸⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 135.

³⁸⁸ ...As sentenças executivas lato sensu contêm algo mais além da condenação. Há uma condenação, sim. Mas, além desta, é necessário observar-se que esta espécie de sentença, para que haja *alteração no mundo empírico, no mundo real, na esfera dos fatos, não reclama a existência de posterior processo de execução*. Ao contrário, ela, por si mesma, é apta a levar à *efetiva satisfação do credor*, prescindindo-se do processo de execução propriamente dito. Não é necessária uma “segunda agressão”, através da execução...Ibid.

³⁸⁹ ...A sentença mandamental, a seu turno, além de condenar, *ordena, manda*. O mandado, corresponde à sentença de procedência no mandado de segurança, gera a necessidade de cumprimento específico da ordem do juiz, sob pena de configuração do crime (ou de desobediência ou de responsabilidade)...Não há que se falar em necessidade de acesso à ação executiva, como ocorre para o comando emergente de uma sentença condenatória poder ser executado. No caso do mandado de segurança, basta a transmissão do ofício nos termos do art. 11 da Lei 1.533/1951...As sentenças mandamentais, assim, têm “*mais*” que a sentença condenatória. Em comum com esta ação, há o elemento consistente no reconhecimento judicial de que houve violação à ordem normativa e da do que decorre a imposição da

A sentença *citra* ou *infra petita* pode ser corrigida pelo próprio juiz, que suprirá a omissão desde que provocado por *embargos de declaração*³⁹⁰. Os vícios da sentença ou acórdão *extra* ou *ultra petita* só podem ser reparados por meio de *recurso ou de ação rescisória*³⁹¹.

A idéia central do *princípio dispositivo*³⁹² é a de que *as partes possuem o poder de dispor livremente de seus direitos e podem exercitá-los através dos seus atos processuais*³⁹³, as partes têm seus *ônus processuais*, como *imperativos do seu próprio interesse*³⁹⁴.

Mas caberá a um *terceiro imparcial*³⁹⁵, o juiz³⁹⁶, a decisão favorável ou não a reintegração do direito subjetivo pleiteado³⁹⁷, pressuposto lógico do

respectiva sanção. Na sentença mandamental, no entanto, acrescenta-se a tal reconhecimento a ordem judicial, elemento inexistente na sentença condenatória. Ibidem.

³⁹⁰ Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 535 – Cabem embargos de declaração quando: II – for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.

³⁹¹ Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 485 – A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: V – violar literal disposição de lei.

³⁹² El principio dispositivo puede definirse como aquél en virtud del cual las partes poseen dominio completo tanto sobre su derecho subjetivo sustancial como sobre sus derechos a la iniciación, desenvolvimiento y culminación del proceso. Es éste un principio esencialmente liberal, respetuoso de la libertad individual de las partes para iniciar o no el proceso, para proseguirlo hasta la obtención de la sentencia definitiva o, por el contrario, para desistir de él, para transarlo, etc. (TARIGO, Enrique E. *Lecciones de...op. cit.* p. 64).

³⁹³ KEMMERICH, Clóvis Juarez. *As faces do princípio dispositivo*. Disponível em: www.saraivajur.com.br. Acesso em: 26 de novembro de 2005.

³⁹⁴ É que cada uma das partes terá interesse em esclarecer o juiz sobre os fatos que lhe favoreçam e nesse sentido se verá induzida automaticamente a exercer sua própria iniciativa. Assim, cabe às partes subministrar ao juiz os elementos necessários e oportunos para que se forme a sua convicção, sob pena de suportar as conseqüências de não o ter feito de modo tempestivo e idôneo. BARBIERI, Maurício Lindenmeyer. *Implicações do Princípio Dispositivo nos Poderes Instrutórios do Juiz*. In OLIVEIRA, C. A. Álvaro de (Organizador). *Prova...op. cit.* p. 111.

³⁹⁵ Código de Procedimiento Civil de Venezuela. Artigo 11 – En materia civil el Juez no puede iniciar el proceso sino previa demanda da parte, pero puede proceder de oficio cuando la ley lo autorice, o cuando en resguardo del orden público o de las buenas costumbres, sea necesario dictar alguna providencia legal aunque no la soliciten las partes. En los asuntos no contenciosos, en los cuales se pida alguna resolución, los jueces obrarán con conocimiento de causa, y, al efecto, podrán exigir que se amplíe la prueba sobre los puntos en que la encontraren deficiente, y, aún requerir otras pruebas que juzgaren indispensables; todo sin

próprio conceito de jurisdição³⁹⁸, entretanto, *o primeiro árbitro da necessidade de fazer observar um direito ou cumprir uma obrigação é o próprio titular da pretensão insatisfeita*³⁹⁹.

Mauro Cappelletti adverte:

“...que um ordenamento jurídico moderno não pode pretender que o ofício judiciário seja imparcial no sentido de ser desinteressado, porque se trata da técnica com qual o ofício exercita o seu próprio poder, a sua própria função jurisdicional concebida como fundamental função do estado. Imparcial o juiz deve ser com relação a ação, e assim relativamente ao

necesidad de las formalidades del juicio. La resolución que dictaren dejará siempre a salvo los derechos de terceros y se mantendrá en vigencia mientras no cambien las circunstancias que que la originaron y no sea solicitada su modificación o revocatoria por el interesado, caso en el cual, el Juez obrará también con conocimiento de causa.

³⁹⁶ Si el derecho sustancial tiene naturaleza privada, entonces figuras como la del ministerio público son, obviamente, anómalas en un proceso que tenga por fin la tutela de aquel derecho. Aquellas figuras son plenamente comprensibles, en cambio, allí donde se trate de tutelar mediante el proceso derechos e intereses del orden público. (CAPPELLETTI, Mauro. *El Proceso...* op. cit. p. 21).

³⁹⁷ A necessidade do sistema processual como instrumento para reintegração do direito substancial está presente em todos os ordenamentos dos povos civilizados. O princípio dispositivo, apresenta-se como um dos pilares do sistema processual, na medida em que é afastada a força e a vingança como meio de solução dos conflitos, conferindo-se a um terceiro imparcial a reintegração do direito subjetivo. (CAPPELLETTI, Mauro. *El Proceso Civil en el Derecho Comparado. Las Grandes Tendências Evolutivas*. Breviários de Derecho no. 60. Tradução Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE. p. 15).

³⁹⁸ A razão fundamental que legitima o princípio dispositivo é a preservação da imparcialidade do juiz, pressuposto lógico do próprio conceito de jurisdição. Dificilmente teria o julgador condições de manter-se completamente isento e imparcial, se a lei lhe conferisse plenos poderes de iniciativa probatória, pois na medida em que o magistrado abandonasse a condição de neutralidade que função jurisdicional pressupõe, para envolver-se na busca e determinação dos fatos da causa, de cuja prova a parte se haja desinteressado, certamente ele poderia correr o risco de comprometer a própria imparcialidade e isenção. REDENTI, Enrico. *Derecho Procesal Civil*. Trad. Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. *Colección Ciencia del Proceso*. no. 31. Tomo I. Buenos Aires: EJE. p. 259.

³⁹⁹ A experiência mostra ao legislador que, em causas de qualquer natureza ou espécie, o juiz que desse início ao processo acabaria por apegar-se aos fundamentos de sua própria iniciativa e teria mais dificuldades que outro juiz, outra pessoa, para comportar-se com *imparcialidade*. Muito provavelmente, a natural tendência subjetiva do juiz que tomasse a iniciativa do processo seria, na direção deste, na condução da prova e no julgamento da causa, a de buscar meios e argumentos para confirmar o que de início houvesse afirmado. Por outro lado, sendo o sistema processual um instrumento social de pacificação de pessoas com a eliminação de *conflitos*, a medida do inconveniente pessoal e social dos direitos e interesses insatisfeitos é dada pela iniciativa em vir a juízo pedir tutela. *O primeiro árbitro da necessidade de fazer observar um direito ou cumprir uma obrigação é o próprio titular da pretensão insatisfeita*. Em vez de pacificar, o exercício espontâneo da jurisdição poderia fomentar conflitos entre pessoas a quem a situação – ainda mesmo que contrária ao direito – não estivesse sendo causa de insatisfações dolorosas. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de...* op. cit. p. 42-43).

direito e ao ato (demanda, exceção) de realizá-la, mas não com relação ao processo e, tanto menos, com respeito ao juízo, ou seja, à justiça da decisão”⁴⁰⁰.

Exemplo do princípio dispositivo, o réu⁴⁰¹, quando aceita os fatos e as consequências argüidas pelo autor⁴⁰², guardando plena coerência com o artigo 2º., do Código de Processo Civil Brasileiro, “*nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais*”⁴⁰³.

Neste caso, ocorrendo quando também o réu faz pedido, devendo sua pretensão ser deduzida por meio de ação, reconvenção (CPC 315)⁴⁰⁴ ou ação

⁴⁰⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *La Testimonianza della parte nel sistema dell'oralità (contributo alla teoria della utilizzazione probatória del sapere delle parti nel processo civile)*. 2ª. ed. Milano: Giuffrè, 1951. p. 358.

⁴⁰¹ Código General del Proceso de Uruguay. Artículo 1º. – Iniciativa en el proceso – La iniciación del proceso incumbe a los interesados. Las partes podrán disponer de sus derechos en el proceso, salvo aquellos indisponibles y podrán terminarlo en forma unilateral o bilateral de acuerdo con lo regulado por este Código.

⁴⁰² Entre os princípios fundamentais que regem o Direito Processual Civil brasileiro encontramos o princípio dispositivo, por força do qual as partes podem dispor do direito material que pretendem fazer valer no processo, quer traçando seus limites, quer dando ao juiz a fisionomia que lhes aprouver. Por outro lado, a este contorno traçado pelas partes fica o juiz adstrito (art. 128 do Código de Processo Civil), não podendo ir além ou ficar aquém dele. Como decorrência desse princípio, podem as partes dispor do processo, auto compondo-o, no sentido de afastar a apreciação do Judiciário quanto ao fundo do litígio. Quando o réu aceita os fatos e as consequências pretendidas pelo autor, está-se valendo do princípio dispositivo. É a rendição da parte, que aceita como não sendo seu o direito que poderia ainda discutir, talvez obtendo, com a decisão pelo juiz, uma sorte melhor. (FORNACIARI JÚNIOR, Clito. *Reconhecimento Jurídico do Pedido*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977. p. 06-07).

⁴⁰³ O princípio dispositivo é aquele segundo o qual cabe à parte, isto é, àquele que se diz titular do direito que deve ser protegido, colocar em movimento a máquina estatal (isto é, a estrutura do Poder Judiciário), para que dela obtenha uma concreta solução quanto à parcela da controvérsia, ou do conflito (a essa parcela se denomina lide) trazida a juízo. Na esfera do direito processual civil, o Poder Judiciário é absolutamente inerte, só se manifestando (em amplo sentido) mediante a solicitação (= provocação) do interessado. O processo previsto no Código de Processo Civil brasileiro está baseado fundamentalmente nesse princípio, como se vê da disposição constante no art. 2º. Segundo essa regra, “*nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais*”. (WAMBIER, Luiz Rodrigues; CORREIA DE ALMEIDA, Flávio Renato; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado...op. cit.* p. 68).

⁴⁰⁴ Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 315 – O réu pode reconvir ao autor no mesmo processo, toda vez que a reconvenção seja conexa com a ação principal ou com o fundamento

declaratória incidental (CPC 5º. e 325)⁴⁰⁵; e nas ações dúplices, na própria contestação, a exemplo das ações possessórias (CPC 922)⁴⁰⁶, de prestação de contas (CPC 916)⁴⁰⁷, renovatórias (LI 74), e pedidos contrapostos (CPC 278⁴⁰⁸ par. 1º.; LJE 31)⁴⁰⁹.

No que se refere ao direito probatório, o princípio dispositivo encontra expressão legal no artigo 333⁴¹⁰, do Código de Processo Civil Brasileiro, segundo o qual o ônus da prova⁴¹¹ incumbe às partes, cabendo ao autor a

da defesa. Parágrafo único. Não pode o réu, em seu próprio nome, reconvir ao autor, quando este demandar em nome de outrem.

⁴⁰⁵ Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 5º. – Se, no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, qualquer das partes poderá requerer que o juiz a declare por sentença. Artigo 325 – Contestando o réu o direito que constitui fundamento do pedido, o autor poderá requerer, no prazo de 10 (dez) dias, que sobre ele o juiz profira sentença incidente, se da declaração da existência ou inexistência do direito depender, no todo ou em parte, o julgamento da lide (art. 5º.).

⁴⁰⁶ Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 922 – É lícito ao réu, na contestação, alegando que foi o ofendido em sua posse, demandar a proteção possessória e a indenização pelos prejuízos resultantes da turbacão ou do esbulho cometido pelo autor.

⁴⁰⁷ Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 916 – Aquele que estiver obrigado a prestar contas requererá a citação do réu para, no prazo de 5 (cinco) dias, aceitá-las ou contestar a ação. § 1º. Se o réu não contestar a ação ou se declarar que aceita as contas oferecidas, serão estas julgadas dentro de 10 (dez) dias. § 2º. Se o réu contestar a ação ou impugnar as contas e houver necessidade de produzir provas, o juiz designará audiência de instrução e julgamento.

⁴⁰⁸ Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 278 – Não obtida a conciliação, oferecerá o réu, na própria audiência, resposta escrita ou oral, acompanhada de documentos e rol de testemunhas e, se requerer perícia, formulará seus quesitos desde logo, podendo indicar assistente técnico. § 1º. É lícito ao réu, na contestação, formular pedido em seu favor, desde que fundado nos mesmos fatos referidos na inicial. § 2º. Havendo necessidade de produção de prova oral e não ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts. 329 e 330, I e II, será designada audiência de instrução e julgamento para data próxima, não excedente de trinta dias, salvo se houver determinação de perícia.

⁴⁰⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de...* 1999. p. 374.

⁴¹⁰ Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 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. Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I – recair sobre direito indisponível da parte; II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

⁴¹¹ ...o ônus da prova pode ser conceituado como a conduta esperada da parte para que a verdade dos fatos alegados possa ser admitida pelo juiz, de modo a que possa o magistrado extrair deles as consequências jurídicas pertinentes ao caso. Significa, portanto, o interesse da parte em produzir a prova que lhe traga consequências favoráveis, pois a parte onerada é quem se deve esforçar para o êxito na persuasão. ALVES, Maristela da Silva. *O Ônus da Prova Como Regra de Julgamento*. In OLIVEIRA, C. A. Álvaro de (Organizador). *Prova Cível*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999. p. 83.

prova do fato constitutivo de seu direito e ao réu a prova da existência de algum fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor⁴¹².

Incidindo também no plano recursal, pois nele *vige a regra segundo a qual apenas o que tiver sido alvo de impugnação pelo recorrente será objeto de julgamento, pelo Tribunal*, informando, também, o efeito devolutivo dos recursos⁴¹³.

Chiovenda⁴¹⁴ escreve que os *atos constitutivos* são aqueles que dão vida a uma vontade concreta da lei e à expectativa de um bem por parte de alguém, e exemplifica fazendo referência ao *empréstimo*, ao *testamento*, ao *ato ilícito* e ao *matrimônio*.

Faltante uma das circunstâncias que devem concorrer para que haja um *fato constitutivo*, haverá um *fato impeditivo*, explicando Chiovenda, que *“todo direito nasce de determinadas circunstâncias que têm por função específica dar-lhe vida: contudo para produzirem o efeito que lhes é próprio, normal, devem concorrer outras circunstâncias”*⁴¹⁵.

Por outro lado, os *atos extintivos*, para ele, são aqueles que *“fazem cessar uma vontade concreta da lei e a conseqüente expectativa de um bem”*.

⁴¹² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de...op. cit.* p. 60-61.

⁴¹³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial...op. cit.* p. 131.

⁴¹⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. In MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento. A tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 80-81.

⁴¹⁵ Existindo uma circunstância que impeça um determinado fato de produzir o efeito que lhe é normal, *há fato impeditivo*.

Dando como exemplo, o *pagamento*, a *remissão de dívida* e a *perda da coisa devida*.

Os *atos modificativos* são aqueles que pressupõem válida a constituição do direito, mas tendem a alterá-lo. Assim, por exemplo, a *moratória concedida ao devedor*⁴¹⁶.

Marinoni⁴¹⁷ exemplifica, se o autor pede o pagamento da dívida, e o réu alega que ela foi parcelada, somente podendo ser exigida em parte, o *fato é modificativo*; se o réu alega o pagamento, o *fato é extintivo*; se o réu alega a exceção de contrato não cumprido, o *fato é impeditivo*.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁴¹⁸ enuncia que:

É preciso distinguir entre fato e evento. A travessia do Rubicão por César é um evento. Todavia, 'César atravessou o Rubicão' é um fato. Quando, pois, dizemos que 'é um fato que César atravessou o Rubicão', conferimos realidade ao evento. 'Fato' não é, pois, algo concreto, sensível, mas um elemento lingüístico capaz de organizar uma situação existencial como realidade.

O fato é a representação de alguns dos acontecimentos do mundo material traduzido através da linguagem, menos complexo do que o evento,

⁴¹⁶ ARAGÃO, Egas Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*. In MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento. A tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 81.

⁴¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do...op. cit.* p. 81.

⁴¹⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*. 3ª. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001. p. 274.

sendo no exemplo dado a linguagem não englobou o evento de estar fazendo sol ou estar chovendo naquele dia em que César atravessou o Rubicão.

Neste sentido é que se pode afirmar que o real é inesgotável, e que questões de fato serão aquelas alegações (pontos) sobre as quais é posta dúvida a respeito da constituição lingüística do “evento” em “fato”⁴¹⁹.

Portanto, desprende-se que a autoridade da coisa julgada recairia sobre tudo⁴²⁰ o que foi deduzido e sobre aquilo que poderia ter sido deduzido, mas não foi.

Assim, todo e qualquer argumento ou exceção que poderia ter sido útil se devidamente manifestada, assegurando a procedência ou improcedência da demanda, mas que, por desconhecimento ou relapso, não foi, achar-se-á protegida pela coisa julgada.

Conforme a redação dada ao artigo 474, do Código de Processo Civil Brasileiro, *“passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”*.

⁴¹⁹ COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. *Questões: tentativa de um estudo sistemático*. Acadêmico – ES. Disponível em: www.geocities.yahoo.com.br. Acesso em: 20 de novembro de 2005.

⁴²⁰ Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 469 – Não fazem coisa julgada: I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III – a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo. Artigo 470 – Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º. e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide.

O que significa dizer que, transitada em julgado a sentença de mérito, as partes ficam impossibilitadas de alegar qualquer outra questão relacionada com a lide sobre a qual pesa a autoridade da coisa julgada, reputando-se repelidas todas as alegações que as partes poderiam ter feito na petição inicial e contestação a respeito da lide e não o fizeram⁴²¹.

Devendo o réu alegar, na contestação, todas as linhas de defesa que puder opor frente ao pedido do autor⁴²², independente de serem compatíveis entre si⁴²³, pois ausentes pressupostos para uma ser acolhida, o juiz passará a análise da outra, *é o momento em que todas alegativas devem ser trazidas à luz, de modo que, passada em julgado a sentença meritória, torna-se descabido sacar argumento que estava à sombra, porque atingido pela preclusão*⁴²⁴.

Não se admite a propositura de nova demanda para rediscutir a lide, com base em novas alegações, se houver documento novo, conforme o disposto no artigo 485 VII do CPC⁴²⁵, a parte poderá rescindir a sentença,

⁴²¹ *Tantum iudicatum quantum disputatum vel disputari debeat* (em vernáculo: tanto foi julgado quanto foi disputado ou deveria ser disputado).

⁴²² Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 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.

⁴²³ Teresa Wambier justifica tal alegação ...por que o fluxo dos atos do procedimento no direito brasileiro está fortemente ancorado na idéia de preclusão e no princípio da eventualidade, é que as partes têm um só momento para propor a ação e para se defender. Com a propositura da demanda, ocorre a *perpetuatio libelli*, fixando-se, definitivamente, pedido e causa de pedir e, correlatamente deve o réu apresentar toda matéria de defesa na contestação, sob pena de, como regra, não mais poder fazê-lo, principalmente no que diz respeito à matéria de fato...Claro está que este princípio leva a que, muitas e muitas vezes, tenha o réu de fazer alegações contraditórias entre si, já que o juízo, em não aceitando a primeira, pode vir a examinar a subsequente, e assim por diante (*Omissão judicial e...op. cit.* p. 120).

⁴²⁴ ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença e Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1998. p. 77.

⁴²⁵ Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 485 – A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: VII – depois da sentença, o autor obtiver documento

ajuizando ação rescisória, mas não rediscutir a lide em prol das novas alegações⁴²⁶.

Se for movida ação posterior com base em *outra causa de pedir* será *outra ação*⁴²⁷, pois em nosso sistema a causa de pedir *qualifica* o pedido⁴²⁸, ficando protegida da possibilidade de posterior rediscussão a causa de pedir (*ratio decidendi*)⁴²⁹ que serve de base à conclusão, *enquanto e na medida em que serve de base*⁴³⁰ à conclusão da sentença, não podendo ser usados outros argumentos em ação posterior para ressubmeter aquela mesma causa de pedir à apreciação judicial com o objetivo de alterar *aquela* decisão (*aquela decisum*)⁴³¹.

No exemplo em que cada fato que viole gravemente os deveres conjugais franqueia o manejo de ação autônoma de separação judicial, interpretado o artigo 474, do Código de Processo Civil Brasileiro, em sua literalidade, no caso de rejeição do pedido, impedido ficaria para propor nova

novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável.

⁴²⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo...*1999. p. 928.

⁴²⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e...*op. cit. p. 115-117.

⁴²⁸ Araken de Assis parte de uma análise semântica, literal, do art. 474, para concluir que o referido dispositivo “abrange as causas do autor e as defesas do réu não deduzidas”. Pontua que, mercê da redação do art. 474 (Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como a rejeição do pedido), a palavra “alegações” em simetria a palavra “defesas” devem ser conjugadas com o substantivo “acolhimento”. E o elemento da demanda hábil para ensejar o acolhimento (procedência) do pedido é exatamente a *causa petendi*. Concluindo, “se alguma coisa parece razoável, esta reside na intenção de ampliar o contexto e os limites da coisa julgada”. Exemplifica sua colocação com um contrato redigido com duas cláusulas resolutórias, A e B, se o contratante propôs a ação de resolução invocando a infração de apenas uma das cláusulas – A, se inacolhida a pretensão, estará coartado a intentar nova demanda assentada na vulneração da cláusula – B (*Cumulação de...*op. cit. p. 98).

⁴²⁹ Razão de decidir. Retirado do site http://www.direitonet.com.br/dicionario_latim/x/67/22/672/, em 21 de novembro de 2005.

⁴³⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e...*op. cit. p. 115-117.

⁴³¹ Aquela sentença.

ação, mas a *causa petendi* é diversa⁴³², sendo a *causa de pedir* a dar azo ao *pedido*, e inaplicável tal artigo neste caso.

Outro exemplo⁴³³ é o da revogação de doação por ingratidão, caso em que o donatário tenha cometido ofensa física e caluniado o doador. E que este tenha movido ação revocatória de doação, invocando como fato lastreador do pedido tão-somente as lesões corporais.

Hipótese em que a postulação seja julgada improcedente, permitido será ao autor propor nova ação, com o mesmo pleito, só que fundada na calúnia. Isto porque a calúnia é fato diverso das ofensas físicas; logo consubstancia diferente causa de pedir, dando cabimento a ação diferente.

E no caso das duas cláusulas contratuais, onde cada uma é apta a ensejar a resolução por descumprimento, o fato de o autor pautar seu pedido resolutório na desobediência da cláusula A e de ter sido rejeitado o seu pedido, não o impede de ajuizar nova demanda pautada no descumprimento da cláusula B, não são idênticas as *causas de pedir*.

Para Sérgio Porto⁴³⁴ haveria como que um julgamento implícito das questões que poderiam ter sido agitadas, comportando inclusive os fatos juridicamente relevantes não apontados.

⁴³² LAZZARINI, Alexandre Alves. *A Causa...op. cit.* p. 72.

⁴³³ CAVALCANTE JÚNIOR, Edson Virgínio. *A eficácia preclusiva da coisa julgada ante teoria da substanciação da causa de pedir*. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 94, 5 out. 2003. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4275>. Acesso em: 01 de dezembro de 2005.

⁴³⁴ PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa Julgada Civil*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1998. p. 77.

Entretanto, em outra vertente, Ovídio Baptista⁴³⁵ aponta que “o efeito de exclusão causado pela coisa julgada, atingirá toda a cadeia de fatos similares, mas não abrangerá os fatos que não guardem relação com o material do primeiro processo”.

Refletindo Barbosa Moreira⁴³⁶ que :

Não teria sentido, na verdade, empregar o “meio” quando não se trate de assegurar a consecução do fim a que se ordena. Isso significa que a preclusão das questões logicamente subordinadas apenas prevalece em feitos onde a lide seja a “mesma” já decidida, ou tenha solução dependente da que se deu à lide já decidida. Fora dessas raías, ficam abertas à livre discussão e apreciação as mencionadas questões, independentemente da circunstância de havê-las de fato examinado, ou não, o primeiro juiz, ao assentar as premissas de sua conclusão.

Nelson Nery⁴³⁷ vai além, asseverando que o conjunto formado pela *causa de pedir e fundamentação* não seria atingido pela coisa julgada material, sendo livre o magistrado para dar a eles a interpretação e o valor que entender correto⁴³⁸ em uma nova ação a ser proposta.

⁴³⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e...op. cit.* p. 166.

⁴³⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual civil*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 97-109.

⁴³⁷ A segunda parte da sentença, a fundamentação, composta pelos motivos de fato e de direito, bem como pela verdade dos fatos estabelecida como premissa para o julgamento, não é atingida pela coisa julgada material, ainda que determinante e imprescindível para demonstrar-se o conteúdo da parte dispositiva da sentença. Utilizando o mesmo raciocínio do item anterior, poder-se-ia dizer que os motivos de fato e de direito contidos na petição inicial (*causa de pedir*) correspondem à fundamentação da sentença. Assim, o conjunto formado pela *causa de pedir e fundamentação* não seria atingido pela coisa julgada material. Os fundamentos, porque não transitam em julgado, podem ser reapreciados em outra ação, sendo livre o magistrado para dar a eles a interpretação e o valor que entender correto (CPC 131) (NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo...op. cit.* p. 922).

⁴³⁸ Nonostante queste precisazioni, peraltro di non lieve momento, risulta senz'altro chiaro, e sotto molti profili apprezzabile, il disegno perseguito dal legislatore: nel nuovo processo, un vera preclusione istruttoria si realizza soltanto dopo la maturata preclusione delle deduzioni di

Estabelece o “caput”, do artigo 302, do Código de Processo Civil Brasileiro, que cabe ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial, assim os fatos não impugnados serão presumidos como verdadeiros.

Mas a presunção firmada em tal Estatuto Processual não é *juris et de jure*⁴³⁹, pois perece ante a existência de prova em contrário, estando o juiz⁴⁴⁰, ao decidir a causa⁴⁴¹, livre para apreciar as provas e para determinar⁴⁴² de ofício a produção de provas⁴⁴³.

No entanto, devendo fundamentar sua decisão nos fatos e circunstâncias relatadas nos autos, ainda que não alegados pelas partes, a *decidir o tribunal*⁴⁴⁴ com fundamento no ônus da prova, irrelevante são as

merito; non sarà più possibile – se non nei limiti indicati *supra* – la costante e confusa iterazione della controversia dalla fase di semplice trattazione a quella istruttoria, e viceversa, mediante la continua e disordinata deduzione di domande, eccezioni e mezzi di prova. Lo sbarramento delle deduzioni di merito, se da um lato potrà produrre gli appesantimenti inevitabilmente connessi al cd. principio di eventualità, dall'altro lato potrà favorire – quantomeno nell'*id quod plerumque accidit* – uno svolgimento processuale più ordianto e meno esposto a “sorprese”. (VACCARELLA, Romano. CAPPONI, Bruno. CECHELLA, Cláudio. *Il Processo Civile dopo le Riforme*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1992. p. 102).

⁴³⁹ De direito e por direito. Refere-se à presunção que não admite prova em contrário. Retirado do site http://www.direitonet.com.br/dicionario_latim/x/51/66/516/, em 21 de novembro de 2005.

⁴⁴⁰ Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 131 – O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

⁴⁴¹ “Também ao relator ou à turma julgadora, em segundo grau de jurisdição (RT 605/74). In NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; *Código de...*2005. p. 244.

⁴⁴² “Sendo o juiz o destinatário da prova, somente a ele cumpre aferir sobre a necessidade ou não de sua realização. Nesse sentido: RT 305/121. NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; *Código de...*2005. p. 244.

⁴⁴³ Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 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.

⁴⁴⁴ “Contraria o art. 130 do CPC o acórdão que desconsidera, por atentatório ao princípio da igualdade das partes, depoimento de testemunha determinado pelo juiz da causa” (RSTJ 39/600) In NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; *Código de...*2005. p. 244.

*arguições sobre a incorreta valoração jurídica da prova da parte à qual não foi imposto o encargo*⁴⁴⁵.

O réu deverá especificar os meios de prova que pretenda produzir⁴⁴⁶, não sendo aceitável o simples protesto por negativa geral⁴⁴⁷, sua falta leva à sua dispensa⁴⁴⁸ e ao julgamento antecipado da lide⁴⁴⁹, o que não caracteriza cerceamento de defesa⁴⁵⁰, tal regra não se aplica⁴⁵¹ ao advogado dativo⁴⁵², ao

⁴⁴⁵ (STJ-3ª. Turma, REsp 9.802-GO, rel. Min. Cláudio Santos, j. 10.6.91, não conheceram, v.u., DJU 5.8.91, p. 10.000). In NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; *Código de...*2005. p. 244.

⁴⁴⁶ Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 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.

⁴⁴⁷ “ou seja, um a um; não se admite a negativa geral” (Lex-JTA 141/81). Por isso: “admitindo o réu que efetivamente se verificaram os fatos alegados, mas de forma diversa do apresentado pelo autor, cumpre-lhe explicitar como teriam ocorrido, não bastando, para atender ao art. 302 do CPC, a genérica afirmação de que se passaram de modo diferente” (RSTJ 87/228). In NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; *Código de...op. cit.* p. 413.

⁴⁴⁸ Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 319 – Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.

⁴⁴⁹ Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 330 – O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: I – quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência; II – quando ocorrer a revelia (Art. 319).

⁴⁵⁰ “O julgamento antecipado da lide deve acontecer quando evidenciada a desnecessidade de produção de prova; de outro modo, caracterizado fica o cerceamento de defesa” (RSTJ 48/405). In NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; *Código de...op. cit.* p. 245.

⁴⁵¹ Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 302 – Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo: I – se não for admissível, a seu respeito, a confissão; II – se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato; III – se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto. Parágrafo único – Esta regra, quanto ao ônus da impugnação especificada dos fatos, não se aplica ao advogado dativo, ao curador especial e ao órgão do Ministério Público.

⁴⁵² “O réu defendido por integrante da Procuradoria de Assistência Judiciária, que deve ser considerado advogado dativo, está desobrigado do dever de impugnação especificada dos fatos” (JTA 112/317) In NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; *Código de...op. cit.* p. 413.

curador especial, neste caso também não se aplicando a revelia⁴⁵³, caso não apresente o contraditório, e ao órgão do Ministério Público⁴⁵⁴.

O juiz não é impedido de determinar a produção de prova igual à protestada, o que não significa dizer que toda prova protestada o obriga a admitir a produção de outras, apenas porque protestadas.

A contestação elaborada pelo réu não gera nova *causa de pedir* ao juízo, nem novo *pedido*, o réu deve contrapor os fatos e o pedido que o autor fez em sua inicial⁴⁵⁵, expondo as suas *razões de fato* e de *direito*, impugnando o pedido do autor⁴⁵⁶.

⁴⁵³ “Neste caso, não ocorre a revelia e a contestação por negação geral torna os fatos controvertidos” (RT 497/118, RF 259/202).

“A revelia não ocorre ainda que o curador especial deixe de contestar a ação: ‘Se o réu não contesta a ação, através do curador que lhe foi nomeado, está ele imune aos efeitos da revelia. Interpretação extensiva do parágrafo único do art. 302 do CPC’ (STJ-RT 792/225; STJ-3ª. Turma, REsp 252.152-MG, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 20.2.01, não conheceram, v.u., DJU 16.4.01, p. 107). Ibid.

⁴⁵⁴ “Também não se aplica à Fazenda Pública” (RTJ 84/613). Nesse sentido: RTFR 121/137, RJTJESP 82/244, JTJ 167/157, RF 338/352. Ibid.

⁴⁵⁵ Outro não é o pensamento de José Calmon de Passos. Diz o Código (CPC 300) que nela (CONTESTAÇÃO) deve o réu alegar toda a matéria de defesa, quer a indireta de natureza processual, quer a indireta de mérito, quer a direta de mérito. De fora mesmo só a defesa indireta processual, que se deve revestir da forma de exceção (art. 304) e o exercício, pelo réu, de pretensão conexa a sua defesa ou à pretensão formulada pelo autor que comporte tratamento reconvençional (art. 315)...Com a contestação, não é trazida a juízo uma nova *causa de pedir* que seja causa de pedir do réu, ou título de sua demanda; nem novo *pedido* é formulado como pedido do réu, ou objeto de sua demanda. A demanda é uma só: a que foi definida pelo autor, em sua inicial, com apoio no fato que narrou e objetivando as consequências que nela estão expressas. (*Comentários ao Código...op. cit.* p. 303-335).

Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 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. Artigo 304 – É lícito a qualquer das partes argüir, por meio de exceção, a incompetência (Art. 112), o impedimento (Art. 134) ou a suspeição (Art. 135). Artigo 315 – O réu pode reconvir ao autor no mesmo processo, toda vez que a reconvenção seja conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa. Parágrafo único – Não pode o réu, em seu próprio nome, reconvir ao autor, quando este demandar em nome de outrem.

⁴⁵⁶ O que cumpre ao réu, por conseguinte, é expor as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor, isto é, que justificam sua atitude de negação do direito do autor ou sua atitude de resistência à pretensão por ele formulada. Razões de fato são a narrativa dos fatos nos quais se apóia o réu para não se submeter ao pedido do autor. E esses fatos ora podem configurar defesa direta, ora serão representativos de defesa indireta. Serão defesa direta quando fatos simples, com os quais pretende o réu provar a inexistência do fato jurídico

Caso deixe o réu de impugnar o fato principal alegado pelo autor, na contestação, não há de se falar em cerceamento de defesa, também não é impedido de alterar o fundamento jurídico ditado pelo autor, atribuindo aos fatos que o autor narrou outra qualificação jurídica⁴⁵⁷.

E de apresentar fatos novos, que podem ter eficácia impeditiva, modificativa ou extintiva do pedido do autor, tanto que, *a presunção de serem verdadeiros os fatos não impugnados só poderá prevalecer quando não provoque contradição com a defesa em seu conjunto*⁴⁵⁸.

Calmon de Passos⁴⁵⁹ ilustra tal momento, por exemplo, o autor cobrar do réu determinada importância e o réu alega que houve ajuste posterior diferindo de um ano o pagamento da dívida (fato impeditivo) ou que ela, por acordo mútuo, foi parcelada, somente sendo devida em parte, no momento (fato

narrado pelo autor, ou sua ocorrência em termos diversos dos descritos na inicial. Ou serão eles fatos jurídicos, com eficácia extintiva ou impeditiva da pretensão ajuizada pelo autor, e estaremos em face de uma defesa indireta. Esses fatos novos (jurídicos) não constituem uma nova *causa de pedir*, nem autorizam um pedido específico do réu; são fatos, entretanto, que por sua relevância jurídica, uma vez reconhecidos como verdadeiros, obstam a produção dos efeitos postulados pelo autor com o seu pedido. Razões de direito são consequências jurídicas pretendidas com apoio, quer nos fatos como narrados pelo autor, quer nos fatos simples ou fatos jurídicos postos pelo réu em sua contestação, consequências essas que se apresentam como opostas ou incompatíveis com as reclamadas na inicial. Essas razões de fato e de direito tanto podem dizer respeito à relação processual, buscando demonstrar-lhe a inexistência ou a invalidade (defesa indireta de rito), como à relação de direito material, objeto do litígio – o mérito (defesa direta ou indireta de mérito). (ibid).

⁴⁵⁷ ...alterar o fundamento jurídico, a qualificação jurídica que o autor deu aos fatos que embasaram a demanda, não significa propriamente alteração da causa de pedir, vedada em nosso sistema, que acolhe a regra da *perpetuatio libelli*, que tem por objetivo gerar segurança (previsibilidade) para as partes, e levar a efeito o princípio da ampla defesa. A alteração da qualificação jurídica não significa descrever fato ou fatos diferentemente do que o autor o tenha feito, mas significa enquadrar no sistema jurídico diversamente do que o autor haja feito, para, em face desse “novo” enquadramento, apreciar o pedido e respectiva causa de pedir. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e...op. cit.* p. 133).

⁴⁵⁸ (RSTJ 111/246). In NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; *Código de...op. cit.* p. 413.

⁴⁵⁹ ibid.

modificativo), ou que deixou de ser exigível por força da prescrição (fato extintivo).

O réu que não contesta a ação é considerado *revel*, sofrendo os seus efeitos, a *presunção da veracidade dos fatos afirmados pelo autor*⁴⁶⁰, o que pode levar ao *julgamento antecipado da lide*⁴⁶¹, e a *dispensa de intimação dos atos processuais, correndo os prazos sem a sua comunicação formal, inclusive a sentença*⁴⁶².

O que não quer dizer que o *autor* poderá, ocorrendo a *revelia*, alterar o *pedido* ou a *causa de pedir*⁴⁶³, nem demandar *declaração incidente*, somente com *nova citação do réu*, o qual terá *novo direito* de responder no prazo de 15 (quinze) dias⁴⁶⁴.

Nas *ações de estado*, quando os fatos que tornam insuportável a vida em comum, se revelados, comprometerão a família, a honra e a boa fama dos cônjuges, é aceitável que sejam omitidos na inicial, sendo sua descrição fática

⁴⁶⁰ Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 319 – Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor. Artigo 320 – A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente: I – se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação; II – se o litígio versar sobre direitos indisponíveis; III – se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público, que a lei considere indispensável à prova do ato.

⁴⁶¹ Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 330 – O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: I – quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência; II – quando ocorrer a revelia (Art. 319).

⁴⁶² Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 322 – Contra o revel correrão os prazos independentemente de intimação. Poderá ele, entretanto, intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontra.

⁴⁶³ “Causa de pedir. Impossibilidade de o julgamento considerar fatos outros que não os apontados na inicial como fundamento do pedido”. (RSTJ 96/263). “Não se inova no processo, se não se altera a causa de pedir” (RSTJ 105/239). In NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de...op. cit.* p. 391.

⁴⁶⁴ Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo 321 – Ainda que ocorra revelia, o autor não poderá alterar o pedido, ou a causa de pedir, nem demandar declaração incidente, salvo promovendo nova citação do réu, a quem será assegurado o direito de responder no prazo de 15 (quinze) dias.

objeto de posterior aditamento pelo autor, depois de tentada e fracassada a conciliação ou a conversão da separação ou divórcio em amigável, designando-se nova audiência e restituindo-se o prazo para a contestação⁴⁶⁵.

Enfim, o momento processual para que o *réu* possa se defender é a *contestação*, não alegando nela tudo o que poderia, estará impedido de emergir qualquer outra matéria de defesa posterior⁴⁶⁶, terá ocorrido *preclusão consumativa*⁴⁶⁷.

Nula é a sentença que altera a causa de pedir e a que julga improcedente a ação, favorecendo o réu com fulcro em defesas que este não apresentou, *nem teve a iniciativa de tornar efetivas*⁴⁶⁸.

O réu, perdendo a ação, não pode mais usar razões de defesa autônomas, nem argumentos que teriam girado em torno das razões que alegou, e de que não fez uso⁴⁶⁹.

⁴⁶⁵ “Nas ações de estado, quando os fatos tornam insuportável a vida em comum, se revelados desde logo, comprometem a família e envolvem a honra e a boa fama dos cônjuges, é razoável se admita seja omitida na inicial a descrição fática, ressalvando que sua exposição será objeto de aditamento da inicial, se impossível ou inviável a conciliação ou a conversão da separação ou divórcio em amigável. Nessa hipótese, tentada a conciliação e verificada sua impossibilidade, oferecerá o autor o aditamento sobre os fatos, designando-se nova audiência e restituindo-se o prazo para a contestação” (RJTJESP 108/260) *In* NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de...op. cit.* p. 390.

⁴⁶⁶ Salvo o disposto no Artigo 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.

⁴⁶⁷ Preclusão é a perda da faculdade de praticar algum ato processual, seja pelo decurso do prazo (preclusão temporal), pela prática de ato incompatível com aquele que se pretendia praticar (preclusão lógica), pela falta de um ato anterior que autoriza o posterior (preclusão consumativa). Retirado do site http://www.direitonet.com.br/dicionario_juridico/x/56/33/563/; em 21 de novembro de 2005.

⁴⁶⁸ “Nula é a sentença que altera a causa de pedir (STF-JTA 59/213), como também é nula a que dá pela improcedência da ação, exculpando o réu com base em defesas que este não apresentou nem teve a iniciativa de tornar efetivas (RTJ 95/1.312)”. NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de...op. cit.* p. 391.

⁴⁶⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e...op. cit.* p. 115-117.

A norma contempla o princípio do “dedutível e do deduzido”, se presume como tendo sido efetivamente alegado (*deduzido*), ainda que não tenha sido, tudo o que as partes poderiam ter alegado (tudo o que seria dedutível), como objetivo de chegar ao que almejam (a procedência do pedido, para o autor; a improcedência do pedido, para o réu)⁴⁷⁰.

Atendidos os ditames dos princípios do contraditório e do devido processo legal, e aos que deles decorrem, estará se legitimando o poder conferido ao Estado para a resolução dos conflitos da sociedade de que emana, efetivando-se o acesso à Justiça, que lhes é de direito, constitucionalmente previsto, e propiciando-lhes o acesso à uma ordem jurídica justa, por meio dessas normas e princípios que regem o Direito Processual Civil Brasileiro.

⁴⁷⁰ Ibid.

NOTAS CONCLUSIVAS

Os temas abordados neste estudo não tiveram nenhuma intenção de esgotamento, mas sim o objetivo de que possam servir de um ponto de partida para novas investidas, tendo-nos propiciado uma melhor compreensão sobre os assuntos tratados, para tanto, selecionamos algumas dessas cognições, que seguem abaixo.

1. Segundo a teoria Aristotélica, veríamos em todos os Estados um complexo de causas: uma causa eficiente, uma causa final, uma causa material e uma causa formal.

2. Com a queda das fronteiras entre os estados soberanos, acarretada pelo fenômeno denominado globalização, através do emprego de tecnologias cada vez mais sofisticadas, mas ao mesmo tempo, relativamente de fácil acesso a população que as permeiam, deverão também cair as barreiras que os impedem de conviver em harmonia, vislumbrando o seu bem comum.

3. Houve uma transformação nas relações entre cidadãos e Estado, ou entre cidadãos entre si, o direito de guerra fundado sobre a autotutela e sobre a máxima “Tem razão quem vence” é substituído pelo direito de paz fundado sobre a heterotutela e sobre a máxima “Vence quem tem razão”; e o direito público externo, que se rege pela supremacia da força, é substituído pelo direito público interno, inspirado no princípio da “Supremacia da Lei” (rule of law).

4. A semântica do termo ética (éthos) indica o caminho para sua compreensão: ética significa hábito em grego. Aqui o importante é a reiteração da prática virtuosa; nesse sentido ser justo é praticar reiteradamente atos voluntários de justiça. Está-se, destarte, a recorrer, novamente, ao capital valor da educação (Paidéia) como bem maior de todo o Estado (polis).

5. Só a lei se devem a justiça e a liberdade. Só à lei permitiu subjugar os indivíduos para torná-los livres, encadear-lhes a vontade com sua própria autorização, fazer valer o seu consentimento contra a sua recusa. Ela é a mais sublime de todas as instituições humanas. A lei não poderia ser uma expressão da vontade arbitrária do soberano.

6. O maior legislador, o mais sábio não dá aos povos as instituições que quer. Não é tudo redigir leis boas em si mesmas, é preciso ainda examinar se o povo a que se destinam “está apto a suportá-las”.

7. Se há mérito em fazer o bem, quem o faz deve ser feliz. Se há demérito em perpetrar o mal, quem o perpetra deve ser sujeito à infelicidade, ao sofrimento.

8. Implícito também esta a regra da universalidade e da simplicidade do conceito, ou seja, o direito deve ser justo e acessível a todos.

9. A paz social é um dever do Estado, a quem cabe manter o conceito do que seja Direito (justo ou injusto). É a ele que cabe o dever de definir o crime e a

dosimetria da pena, levando em conta a ação do criminoso e a pena que o dignificará, como ser racional.

10. O anseio por justiça é o eterno anseio do homem por felicidade. Não podendo encontrá-la como indivíduo isolado, procura essa felicidade dentro da sociedade.

11. Compartilhamos dos pensamentos de todos os filósofos citados, que reunidos ou isoladamente, demonstraram as suas compreensões do que é necessário para a realização da justiça, sempre em busca do bem comum, isto é, da felicidade, do justo, de meios de possibilitar o alcance da dignidade da pessoa humana ao maior número de pessoas.

12. O acesso à Justiça, num primeiro momento, pode ser compreendido como o acesso ao Poder Judiciário, órgão detentor da atividade jurisdicional, visto como uma das funções do poder estatal, ao lado das funções administrativa e legislativa, resultantes da tripartição clássica dos poderes de Montesquieu.

13. A doutrina processualista ressalta como institutos fundamentais do processo civil a jurisdição, a ação, a exceção (ou defesa) e o processo, este último sendo o instrumento utilizado pelo Estado-juiz, com fulcro na lei, para a resolução dos conflitos de interesses apresentados ao Poder Judiciário.

14. A jurisdição serve para que o Estado substitua aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, reivindicar, por meio da pacificação do

conflito que os envolve, o maior bem jurídico do direito que é o justo, sendo um poder-dever de aplicação do direito objetivo conferido ao juiz.

15. A ação é um direito público abstrato, manifestado contra o Estado-juiz, almejando à prestação da tutela jurisdicional, que deve ser concedida, no plano do direito processual, a quem tenha direito ou não, no plano do direito material.

16. Na petição inicial são dois os pedidos formulados, um imediato, o pedido de provimento jurisdicional, e outro mediato, o bem da vida, o direito material em litígio.

17. O exercício do direito de ação em sentido estrito exige o preenchimento das condições da ação (legitimidade ad causam, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido), portanto, quando julgada extinta a ação por indeferimento da petição inicial, ou ainda pela falta de qualquer das condições da ação, não haverá o exercício do direito de ação pelo autor, restando-o carecedor de ação.

18. O acesso à justiça é um direito fundamental, que deve servir de garantia de efetividade para os demais direitos, o que depende da existência do direito de ação e do processo como instrumentos de acesso e mediação para o exercício da atividade jurisdicional do Estado.

19. Na ordem jurídica os princípios se destacam por três funções relevantes, quais sejam, fundamentadora, interpretativa e supletiva.

20. O juiz deve decidir com atenção a lei posta e também aos princípios gerais do direito, estes conforme o disposto no artigo 4º., da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, o que pode acabar implicando, no seu contínuo exercício da jurisdição, a interpretação de tais textos legais e mesmo constitucionais, à luz de valores vigentes no presente, e que no momento da sua edição não eram aceitos ou eram dimensionados ou interpretados de modo diferente.

21. “Só tem acesso à ordem jurídica justa quem recebe justiça”.

22. Para que a participação no processo ocorra em igualdade de condições, o legislador e o juiz devem dispensar tratamento desigual aos desiguais, sendo necessário que exista correção lógica entre o elemento tomado como fator de discriminação e a desigualdade de tratamento, atendidos os valores e as garantias constitucionais

23. Discute-se na doutrina se a iniciativa do juiz estaria restrita aos direitos indisponíveis e as matérias de ordem pública, entretanto, o interesse do julgador reside na correta aplicação da lei, na justiça como resultado final do processo, sendo não só legítimo como seu dever buscar a verdade processual, podendo a iniciativa oficial também ser aplicada nos direitos disponíveis.

24. No conceito de acesso à ordem jurídica justa se compreende toda a atividade jurídica, desde a criação de normas jurídicas, sua interpretação, integração e aplicação, sempre com justiça.

25. Uma ordem jurídica justa deverá instituir ou restituir, uma vez abalada, um ideal de harmonia das partes com o todo, porque se considera que somente um todo ordenado tem a possibilidade de durar.

26. O processo serve de instrumento de realização de um fenômeno natural para uma sociedade civil organizada, que seria esperado se não houvesse um desacordo (lide) entre as partes interessadas que a compõem, exigindo-se assim a intervenção de um terceiro com poderes soberanos, mas detentor de uma postura imparcial, por tanto, a utilidade prática que se deseja do processo é a efetiva satisfação de pretensões apoiadas pelo direito.

27. O direito processual pode ser compreendido como um conjunto de normas e princípios que se destinam a regular o exercício da atividade jurisdicional, a ser desempenhada pelo Estado, disciplinando as relações jurídicas dos sujeitos (processuais) dentro de um processo, enquanto que o direito material define os contornos das relações jurídicas, pertencentes aos bens e utilidades da vida em sociedade, entre seus membros.

28. As partes atuam diretamente neste processo através de um poder (direito) que lhes é assegurado pelo Estado, e que se denomina contraditório,

armando-os de meios que efetivamente influenciarão a formação da convicção do julgador ao tomar a sua decisão final.

29. A justificativa apresentada para o fato da lei exigir, em regra, a capacidade postulatória como pressuposto de existência do processo, consiste na previsão legal da interposição de peças processuais por quem possua conhecimentos técnico-jurídicos, recaindo sobre a função do advogado, declarada em texto constitucional como essencial à justiça, e que por meio daqueles serve para otimizar o instrumento estatal de composição de litígios.

30. Em decorrência da instrumentalidade, corolário do princípio da efetividade e do acesso à justiça, o magistrado, ao se deparar com uma petição que, a rigor, seria “inepta”, deve verificar se aquela petição é capaz de fornecer, mesmo com dificuldades, os elementos mínimos necessários a instrumentalizar o direito de ação, pois “os requisitos processuais devem ser interpretados no sentido favorável ao direito de ação, sob pena de inconstitucionalidade”.

31. Um esquema mínimo da demanda exige: a) que ao menos um provimento jurisdicional seja pedido; b) que ao menos a um bem da vida ele se reporte; c) que ao menos uma razão jurídica seja invocada; d) que se narre ao menos um contexto de fatos enquadrados na previsão da norma portadora desse preceito geral e abstrato; e) que ao menos um sujeito se apresente como titular do direito afirmado e da pretensão a sua satisfação; e f) que indique ao menos um sujeito à custa de quem pretende que essa pretensão seja satisfeita.

32. Os dois sujeitos são as partes, os fundamentos de fato e de direito são a causa de pedir, e a requisição de um provimento jurisdicional sobre um bem da vida é o pedido, isto é, devem estar presentes todos os elementos da ação.

33. A questão de mérito é a descrita no pedido, “o elemento que delimita em concreto o mérito da causa não é, portanto, o conflito existente entre as partes fora do processo, e sim o pedido feito ao juiz em relação àquele conflito”.

34. Deve ser certo e determinado, tanto o pedido mediato quanto o imediato, a certeza supõe estar fora de dúvida o que se pede, quer no tocante à qualidade, quer no tocante à quantidade ou extensão. A determinação é o que resulta de fixarem-se os limites, determinare, mas pode ser apenas determinável o objeto do pedido (genérico), o qual não se confunde com o pedido vago e nem com o pedido condicional, estes não admitidos no Direito Processual Civil Brasileiro.

35. É com o intuito de exacerbar exigências éticas no processo e sua plena efetividade, que a nova reforma acresce ao poder-dever do magistrado, a possibilidade de aplicação de multa pelo não cumprimento e criação de embaraços às medidas destinadas a tornar efetiva e pronta a tutela jurisdicional, por todos aqueles que, de algum modo, de participem.

36. A multa é acessória, serve para auxiliar a efetivação do comando da sentença, não fazendo parte da pretensão do autor, por não ter origem no direito material, portanto, não precisa ser objeto de pedido na inicial.

37. O processo deixou de ser visto como instrumento meramente técnico, para assumir a dimensão de instrumento ético voltado a pacificar com justiça, devendo, também, ser um instrumento efetivo de atuação do direito material violado ou ameaçado.

38. A observância dos princípios constitucionais processuais não é suficiente para a legitimação desse poder, ou a presença dos valores processuais, pois se o processo é instrumento que serve ao direito material, além de ser garantido o contraditório, deverá o procedimento também estar de acordo com o devido processo legal, em cumprimento a um Estado Democrático de Direito.

39. O princípio do contraditório está ligado ao da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição, portanto, deve-se evitar a hipótese de falta de controle das decisões judiciais, pela parte (por meio dos recursos) e pelo próprio Poder Judiciário (pelo provimento ou improvimento dos recursos).

40. Para cumprir a exigência constitucional do contraditório, todo modelo procedimental descrito em lei contém, e todos os procedimentos que concretamente se instauram devem conter, momentos para que cada uma das partes peça, alegue e prove, neste sentido o princípio do contraditório pode ser visto em seu aspecto técnico.

42. A forma somente deve preponderar, frente a um determinado ato processual, nos casos em for totalmente exigida para a realização dos fins

pretendidos pelo mesmo, pois se puderem ser alcançados de outro modo, não deverão ser motivo para a declaração de sua nulidade.

41. O que se almeja é um processo civil de resultados, valendo o processo, o sistema processual, pelos resultados que produz na vida das pessoas ou grupos, em relação a outras ou aos bens da vida, que devem eliminar a insatisfação que os levou a litigar e lhes propiciar sensações felizes pela obtenção da coisa ou da situação postulada.

42. A sumarização no processo civil pode ocorrer: a) tendo por objeto o procedimento (sumarização formal); b) tendo por objeto a cognição, ou área cognitiva, isolando em um primeiro plano de divisão, o formal e o material (sumarização material).

43. O juiz deve participar da preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório, garantindo de que as partes poderão influir na convicção judicial, para tanto, sendo exigido que a sentença se refira às alegações das partes, é a única forma de se ter certeza de que o princípio do contraditório foi respeitado.

44. O réu tem o ônus de impugnar os fatos narrados pelo autor, os quais devem ter sido expostos e devem ser repelidos conforme a verdade, não havendo impugnação de determinado fato, o mesmo será “presumido” como verdadeiro, ficando o autor dispensado de produzir prova sobre ele, o que não

significa dizer, que o juiz, pautando-se em seu livre convencimento motivado, não possa decidir opostamente a tal fato.

45. Há critérios, em alguns casos, bem fixados, para a determinação de produção de provas e o seu indeferimento, que deve ser motivado, senão importará em cerceamento de defesa, acarretando a nulidade da decisão.

46. Na petição inicial, a causa de pedir é elemento identificador da ação, delimitador da atividade jurisdicional, é o pedido que delimita a parte decisória da sentença, no entanto, deve decorrer da exposição fática e da argumentação jurídica, em outras palavras, *o autor narra o fato que constitui o direito por ele afirmado.*

47. A causa de pedir não se resume ao fato originário da relação jurídica que gerou a controvérsia entre os sujeitos da lide, mas também o fato de que derivou o dever de ressarcir do sujeito obrigado ou daquele a quem a ordem jurídica qualifica o dever de certo comportamento.

48. Fundamento jurídico não descrito não pode ser considerado, e os descritos não podem ser modificados sem o consentimento do réu, após a citação, e em hipótese alguma após o saneamento do processo, em decorrência do princípio da estabilidade da demanda, não se devendo confundir fundamento jurídico com fundamento legal.

49. O princípio da estabilização da demanda não proíbe a redução do objeto do processo, que ocorre na hipótese de uma de suas parcelas ser excluída, permanecendo as demais, não se extinguindo o processo, que terá seu andamento regular em relação a elas.

50. Fundamentos jurídicos, portanto, consistem na demonstração de que os fatos narrados se enquadram em determinada categoria jurídica (p.ex., que eles caracterizam dolo da parte contrária) e de que a sanção correspondente é aquela que o demandante pretende (p.ex., anulabilidade do ato jurídico, com a consequência de dever o juiz anulá-lo).

51. O princípio da congruência se relaciona com o direito das partes de limitar a atuação do juiz aos fatos e aos pedidos, que estas entendam necessários à composição da lide, sendo um meio garantidor da imparcialidade do juiz, pois deve ele ficar reservado aos fatos apresentados.

52. O princípio da substanciação proíbe ao autor trocar de causa de pedir (fato e fundamentos jurídicos do pedido) e pedido após a citação do réu, sem a autorização deste, e em nenhuma hipótese após o saneamento do processo.

53. A idéia central do princípio dispositivo é a de que as partes possuem o poder de dispor livremente de seus direitos e podem exercitá-los através dos seus atos processuais, as partes têm seus ônus processuais, como imperativos do seu próprio interesse.

54. Transitada em julgado a sentença de mérito, as partes ficam impossibilitadas de alegar qualquer outra questão relacionada com a lide sobre a qual pesa a autoridade da coisa julgada, reputando-se repelidas todas as alegações que as partes poderiam ter feito na petição inicial e contestação a respeito da lide e não o fizeram.

55. Se for movida ação posterior com base em outra causa de pedir será outra ação, pois em nosso sistema a causa de pedir qualifica o pedido, ficando protegida da possibilidade de posterior rediscussão a causa de pedir (ratio decidendi) que serve de base à conclusão, enquanto e na medida em que serve de base à conclusão da sentença, não podendo ser usados outros argumentos em ação posterior para ressubmeter aquela mesma causa de pedir à apreciação judicial com o objetivo de alterar aquela decisão (aquele decisum).

56. A contestação elaborada pelo réu não gera nova causa de pedir ao juízo, nem novo pedido, o réu deve contrapor os fatos e o pedido que o autor fez em sua inicial, expondo as suas razões de fato e de direito, impugnando o pedido do autor.

57. Atendidos os ditames dos princípios do contraditório e do devido processo legal, e aos que deles decorrem, estará se legitimando o poder conferido ao Estado para a resolução dos conflitos da sociedade de que emana, efetivando-se o acesso à Justiça, que lhes é de direito, constitucionalmente previsto, e

propiciando-lhes o acesso à uma ordem jurídica justa, por meio dessas normas e princípios que regem o Direito Processual Civil Brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993.
- ALVIM, Angélica Arruda. *Princípios Constitucionais do Processo*. São Paulo. Revista de Processo no. 74. abril/junho/1994.
- ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil. Processo de Conhecimento*. v. 2. 5ª. ed. São Paulo: RT, 1996.
- _____. *Manual de Direito Processual Civil*. vol. 1. 6ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela antecipada*. 5ª. ed. Curitiba: Juruá, 2007.
- ALVIM, Thereza. *Questões prévias e limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.
- ARAGÃO, Egas Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*. In MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento. A tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. *Sentença e Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1998.
- ASSIER-ANDRIEU, Louis. *O direito nas sociedades humanas*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*. 2ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- ATALIBA, Geraldo. *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.
- BARCELLOS, Ana Paula; BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios*. In: LEITE, George Salomão. (org). *Dos Princípios Constitucionais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.
- _____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.
- BASTOS, Celso. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3ª. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____.; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.
- BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de Filosofia do Direito*. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- BOBBIO, Norberto. *As Ideologias e o Poder em Crise*. 4ª. ed. Brasília: Unb, 1995.

_____. *Igualdade e liberdade*. trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Ediouro.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora UNB, 1997.

BOEHNER, Philoteus. *História da Filosofia Cristã*. 7ª. ed. São Paulo: Vozes, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BUENO, Júlio César. Contribuição ao estudo do contempt of court e seus reflexos no processo civil brasileiro. 2001. 316 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1995.

_____. Riv. Dir. Processuale Civile. 1929. I. *apud* SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e Coisa Julgada*. 3ª. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1995.

CAMEJO FILHO, Walter. *Juízo de Admissibilidade e Juízo de Valoração das Provas*. In OLIVEIRA, C. A. Álvaro de (Organizador). *Prova Cível*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1972.

_____. *La Testimonianza della parte nel sistema dell'oralità (contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile)*. 2ª. ed. Milano: Giuffrè, 1951.

_____. *El Proceso Civil en el Derecho Comparado. Las Grandes Tendências Evolutivas*. Breviários de Derecho no. 60. Tradução Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEJA.

_____. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. *Em torno da petição inicial*. Revista de Processo. São Paulo. ano 30. no.119. janeiro de 2005.

CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um PROCESSO*. 4ª. ed. trad. Hebe Caletti Marenco. Sorocaba: Editora Minelli, 2006.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. trad. J. Guimarães Menegale. 2ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1965.

_____. *Instituições de direito processual civil*. In MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento. A tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

CÍCERO, Marco Túlio. *Dos Deveres*. São Paulo: Martin Claret, 2001.

CICHOKI NETO, José. *Limitações ao acesso à justiça*. Curitiba: Editora Juruá, 2001.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 9ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

_____. *Teoria Geral do Processo*. 17ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

COSTA, Dilvanir José da. *Curso de Hermenêutica Jurídica*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1997.

COUTURE, Eduardo. *Las garantías constitucionales del proceso civil. in Estudios de Derecho Procesal Civil*. vol. 1. Buenos Aires: Ediar Editores, 1948.

CUNHA, José Sebastião Fagundes. *A Impossibilidade de Prisão por Dívida e o Mercosul, Direitos Humanos*. Tese de Doutorado. Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. Dezembro/2001.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 2ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

DI IORIO, Alfredo J. *Lineamientos de la Teoría General del Derecho Procesal*. Buenos Aires: Editora Depalma, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

_____. *A Instrumentalidade do Processo*. 5ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *A Instrumentalidade do Processo*. 10ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. t. II. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. I. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. II. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. III. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

Ética a Nicômacos. trad. do grego. Introdução e notas de Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. v.2. São Paulo: Saraiva, 1989.

FARIA, José Eduardo. *As Transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais. In Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. Obra organizada por José Eduardo Faria. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*. 3ª. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

FORNACIARI JÚNIOR, Clito. *Reconhecimento Jurídico do Pedido*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 1998.

GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO CIVIL – Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988. Coordenação José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

GRECO, Leonardo; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *Direito Processual e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lumen Juris, 2005. v. 1.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 12ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

_____. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Volume II. 16ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Garantia constitucional do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

GUERRA, Marcelo Lima. *Estudo sobre o Processo Cautelar*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CRUZ, Valéria Álvares. *Ética, Direito e Ciência no paradigma da complexidade*. EccoS Revista Científica, UNINOVE, São Paulo. V.2, n.1, 2000.

_____. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 5^a. ed. São Paulo: RCS, 2007.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1997.

HOYOS, Arturo. *La garantía constitucional del debido proceso legal*. Revista de Processo. no. 47. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

HUME, David. *Uma investigação sobre os princípios da moral*. Campinas: UNICAMP, 1995.

KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* São Paulo: Martins Fontes, 1998.

HERKENHOFF, João Baptista. *Curso de Direitos Humanos*. V. 1. São Paulo: Acadêmica, 1994.

JORGE, Mário Helton. *O regime jurídico da fungibilidade das demandas e dos provimentos no Código de Processo Civil: Relativização dos dogmas da inércia da jurisdição, da correlação entre pedido e decisão, da vinculação aos fatos da causa e da imutabilidade da coisa julgada*. RT 822. abr/2004.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

LAZZARINI, Alexandre Alves. *A Causa Petendi nas Ações de Separação Judicial e de Dissolução da União Estável*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão. *Dos Princípios Constitucionais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

LESSA, Pedro. *Estudos de filosofia do direito*. Campinas: Bookseller, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *O despacho saneador e o julgamento do mérito*. Rio de Janeiro: Editora Revista Forense, 1945.

LIMA, Alcides de Mendonça Lima. *Introdução aos recursos cíveis*. 2^a. ed. São Paulo: RT, 1976.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. 18^a. ed. Brasília: Brasiliense, 1999.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. São Paulo: Edipro, 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado contemporâneo*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento. A tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Novas Linhas do Processo Civil*. 3^a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

_____. *Tutela específica*. 2^a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MARTINS, Humberto Eustáquio Soares. *A Efetividade do Processo e sua necessária Desordinarização*. Desembargador – AL. Disponível em:

www.deshumbertomartins.tj.al.gov.br/artigos/ler_art.php?c=133. Acesso em: 22 de novembro de 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1951.

MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. *Princípios da Ampla Defesa e da Efetividade no Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A causa petendi nas ações reivindicatórias*. *Ajuris* 20.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. tomo IV (arts. 282 a 443). 2ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. IV. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

MORE, Thomas. *A Utopia*. São Paulo: Martin Claret, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. V. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

_____. *Correlação entre o pedido e a sentença*. *Revista de Processo*. no. 83.

_____. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. *Revista da Ajuris*. no. 64. Porto Alegre. jul. 1995.

_____. *Notas sobre o problema da efetividade do processo*. *Revista da Ajuris*. no. 29. Porto Alegre. nov. 1983.

_____. *O futuro da justiça: alguns mitos*. *Revista de Processo*. vol. 102. São Paulo: RT, abril-junho, 2001.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 19ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

_____. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1967.

_____. *Temas de direito processual civil*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 37ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos*. 3ª. ed. São Paulo: RT, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 5ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. (Organizador). *Prova Cível*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O mito da neutralidade do juiz como elemento de seu papel social*. *Juiz do Trabalho – Bahia*. Disponível em: jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2052. Acesso em: 23 de novembro de 2005.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *A crise do processo de execução*. In: ANTUNES, Ápio Cláudio de Lima. *O processo de execução: estudos em*

homenagem ao professor Alcides de Mendonça Lima. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. III (arts. 270 a 331). 7ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. III (arts. 270 a 331). 8ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

_____. *Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal*. Revista Diálogo Jurídico. Ano I. vol. I. no. 1. Abril de 2001. Salvador. Bahia. Brasil.

PAULA, Alexandre de. *O Processo Civil à Luz da Jurisprudência*. vol. III (arts. 144 a 214). 2ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Revista Forense, 1958.

_____. *O Processo Civil à Luz da Jurisprudência*. vol. III (arts. 144 a 214). Rio de Janeiro: Editora Revista Forense, 1986.

_____. *O Processo Civil à Luz da Jurisprudência*. vol. IV (arts. 243 a 399). Rio de Janeiro: Editora Forense, 1986.

PEÑA, Oscar Enrique Serantes; PALMA, Jorge Francisco. *Código Procesal Civil y Comercial de La Nación y Normas Complementarias. Comentado, Concordado y Anotado con Jurisprudencia*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1993.

PENSADORES, Os. *Confissões/Santo Agostinho*. 5ª. ed. São Paulo: Nova Cultura, 1999.

PISANI, Andrea proto. *Appunti sulla tutela sommaria*. In: PISANI, Andréa Proto (Coord.). *I processi speciali: studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*. Napoli: Jovene, 1979.

PENSADORES, Os. *Jean-Jacques*. São Paulo: Nova Cultura, 1999.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1995.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa Julgada Civil*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1998.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

_____. *Fundamentos do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1940.

_____. *Lições Preliminares de Direito*. 19ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

REDENTI, Enrico. *Derecho Procesal Civil*. Trad. Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. *Coleccion Ciencia del Proceso*. no. 31. Tomo I. Buenos Aires: EJEA.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1994.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 4ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. vol. II. 23ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SARTORI, Giovanni. *A Política*. 2ª. ed. Brasília: UnB, 1997.

SCHÖNKE, Adolf. *Direito Processual Civil*. Editora Romana, 2003.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10^a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16^a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

_____. *Curso de Processo Civil*. v. 1. 4^a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Curso de Processo Civil*. v. 1. 5^a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Curso de Processo Civil*. v. 1. 7^a. ed. São Paulo: Editora Forense, 2005.

_____. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Sentença e Coisa Julgada*. 3^a. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4^a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: CPC art. 461; CDC art. 84*. Revista dos Tribunais, 2001.

TARIGO, Enrique E. *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. 2^a. ed. Montevideo: Fundacion de Cultura Universitária, 1994.

TAVARES, André Ramos. *Elementos para uma teoria geral dos princípios na perspectiva constitucional*. In: LEITE, George Salomão (org.). *Dos Princípios Constitucionais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O processo civil na nova Constituição*. Vitória: Publicação da Escola da Magistratura do Estado do Espírito Santo, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. vol. I. 10^a. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

_____. *Execução: Rumos atuais do processo civil em face da busca de efetividade na prestação jurisdicional*. Revista de Processo. no. 93. São Paulo. jan-mar. 1999.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

VACCARELLA, Romano. CAPPONI, Bruno. CECHELLA, Cláudio. *Il Processo Civile dopo le Riforme*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1992.

VECHIATO JÚNIOR, Walter. *Comentários ao Código de Processo Civil. Processo de Conhecimento (Arts. 1º. a 565)*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

ZAVASCKI, Teori Albino. *A antecipação da tutela nas obrigações de fazer e não fazer*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários à 2ª. Fase da Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ALMEIDA, Flávio Renato Correia; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. vol. I. 3ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3ª. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 267-268

Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial. In Revista de Processo no. 92. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

Omissão Judicial e embargos de declaração. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à Justiça e Sociedade Moderna*. In: Participação e Processo. Coord. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1988.

Da cognição no processo civil. 2ª. ed. Central de Publicações Jurídicas: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999.

WEBER, Max. *Economia y Sociedad*. apud BOBBIO, Norberto. *Ensaíos Escolhidos*. Editora Cardim, 1988.