



REFLEXÕES SOBRE A
CAUSA DE PEDIR
NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

Monique Cheker

REFLEXÕES SOBRE A
CAUSA DE PEDIR
NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

Rodrigo Janot Monteiro de Barros
Procurador-Geral da República

Carlos Henrique Martins Lima
Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União

CÂMARA EDITORIAL GERAL

Afonso de Paula Pinheiro Rocha
Procurador do Trabalho – PRT 5ª Região(BA)

Antonio do Passo Cabral
Procurador da República – PR/RJ

Antonio Henrique Graciano Suxberger
Promotor de Justiça – MPDFT

José Antonio Vieira de Freitas Filho
Procurador do Trabalho – PRT 1ª Região (RJ)

Maria Rosynete de Oliveira Lima
Procuradora de Justiça – MPDFT

Otávio Augusto de Castro Bravo
Promotor de Justiça Militar – PJM/RJ

Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas
Procurador de Justiça Militar – PJM/Recife

Robério Nunes dos Anjos Filho
Procurador Regional da República – 3ª Região

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

REFLEXÕES SOBRE A
CAUSA DE PEDIR
NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

Monique Cheker

Brasília-DF
2014



REFLEXÕES SOBRE A CAUSA DE PEDIR

UMA PUBLICAÇÃO DA ESMPU

SGAS Av. L2 Sul Quadra 604 Lote 23, 2^a andar

70200-640 – Brasília-DF

Tel.: (61) 3313-5107 – Fax: (61) 3313-5185

Home page: <www.escola.mpu.mp.br>

E-mail: <editoracao@escola.mpu.mp.br>

© Copyright 2014. Todos os direitos autorais reservados.

Secretaria de Atividades Acadêmicas

Nelson de Sousa Lima

Divisão de Apoio Didático

Adriana Ribeiro Ferreira

Supervisão de Projetos Editoriais

Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa

Preparação de originais e revisão de provas

Maiara Geórgia Sena de Melo

Núcleo de Programação Visual

Rossele Silveira Curado

Capa

Rainer Barbosa

Projeto gráfico e diagramação

Clara Farias

Tiragem: 3500 exemplares

As opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca da Escola Superior do Ministério Público da União

D515 CHEKER, Monique.

Reflexões sobre a causa de pedir: no direito processual brasileiro /
Monique Cheker. - Brasília: ESMPU, 2014.

120 p.

ISBN 978-85-88652-72-9

Publicado também em versão eletrônica, ISBN 978-85-88652-65-1

1. Direito processual civil – Brasil. 2. Direito processual penal – Brasil. 3.
Causa de pedir. I. Título.

CDD 341.46

A autora

Monique Cheker é Procuradora da República e
ex-Procuradora do Ministério Público junto ao TCE/RJ.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	9
1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	13
2 DA AÇÃO	15
2.1 Evolução do conceito de ação e principais teorias	15
2.2 Concepção de Enrico Tulio Liebman sobre a ação e o ponto de divergência.....	19
2.3 As diversas acepções sobre o vocábulo ação: a busca de um equilíbrio.....	20
2.4 Limites à existência da ação.....	23
2.5 Relação existente entre ação e jurisdição.....	25
2.6 Considerações finais sobre a ação e o direito material	28
3 DAS PARTES E DO PEDIDO.....	31
3.1 Partes.....	31
3.2 Capacidade processual e legitimidade <i>ad causam</i>	32
3.3 Pedido	33
3.4 Pedido e objeto litigioso	35
4 DA CAUSA DE PEDIR NO PROCESSO CIVIL.....	39
4.1 Sentido do vocábulo “causa” e <i>causa petendi</i>	39
4.2 Causa de pedir próxima e remota.....	40
4.3 Inaplicabilidade da teoria dos <i>tria eadem</i>	42
4.4 Teorias da individualização e da substanciação	45
4.5 Demandas autodeterminadas e heterodeterminadas.....	47
4.6 Regra da eventualidade e a teoria da substanciação	48

4.7	Fato essencial e fato secundário	49
4.8	Vícios da petição inicial quanto à causa de pedir	52
4.9	Algumas classificações da causa de pedir	53
4.10	A regra <i>iura novit curia</i> e sua correta aplicação sobre a causa de pedir	55
4.11	<i>Causa superveniens</i> e modificação da causa de pedir (arts. 131; 303, I, e 462 do CPC)	60
4.12	Análise do artigo 474 do Código de Processo Civil	63
4.13	Litispendência e causa de pedir	69
4.14	Exemplificações referentes à causa de pedir	74
5	DA CAUSA DE PEDIR NO PROCESSO PENAL	97
5.1	Introdução	97
5.2	Elementos que identificam a causa de pedir	99
5.3	Os artigos 383 (<i>emendatio libelli</i>) e 384 (<i>mutatio libelli</i>) do Código de Processo Penal	104
6	CONCLUSÃO	109
7	REFERÊNCIAS	115

APRESENTAÇÃO

O que seria da jurisdição, uma das mais relevantes tarefas do poder estatal, sem a estabilidade das decisões judiciais? Esta simples pergunta inquietou o estudo que aqui se propõe sobre a causa de pedir (*causa petendi*).

Qualquer estudante ou profissional de direito já ouviu falar no instituto da coisa julgada, bem como na teoria dos *tria eadem*, segundo a qual a identidade de uma demanda se verifica através de três elementos: partes, pedido e causa de pedir.

Contudo, as singelezas e facilidades terminam por aqui. Termos como ação, jurisdição, partes, pedido, objeto litigioso, mérito, objeto da cognição, bem como causa de pedir, adquirem uma complexidade proporcional à importância de cada tema, de modo a atizar a curiosidade por um estudo mais aprofundado. A teoria dos *tria eadem* também não se aplica em todos os casos.

O relevo do estudo não é meramente doutrinário ou teórico. Para um aplicador do direito, e o Procurador da República é apenas um deles, o estudo deve possuir alguma importância cotidiana, na solução de conflitos concretos, sob pena de, com o tempo, ser esquecido.

O norte aqui, sem dúvida, é a necessidade de as decisões judiciais adquirirem estabilidade e, assim, conferir segurança jurídica aos cidadãos, o valor mais importante num estado democrático de direito. Ora, o que seria dos cidadãos se a cada momento pudessem ser ajuizadas demandas idênticas umas às outras, até que um determinado interesse prevalecesse sobre o outro, sem qualquer critério obrigatório predefinido. O caos social se instalaria.

Por outro lado, até que ponto um determinado cidadão deve se contentar com uma decisão judicial se, após o trânsito em julgado desta, são obtidos outros elementos que sejam aptos ao ajuizamento de uma nova demanda? Quais “outros elementos” são suficientes para tal? Perguntas de tanto relevo merecem um norte, mesmo que não haja respostas com precisão matemática.

Sempre com o foco de abordar a causa de pedir e sua importância na estabilidade das decisões judiciais e segurança jurídica, mas tendo em vista a interligação da *causa petendi* com outros temas, trouxe-se à baila a análise do conceito de ação e principais teorias.

Dentro da polêmica entre *ação condicionada* ou *incondicionada*, busca-se um equilíbrio de forma a preservar o que cada teoria tem de importante, devendo, entretanto, o cidadão comprovar determinados requisitos para ter acesso à *tutela jurisdicional* (que se difere do gênero *prestação jurisdicional*). Sem dúvida, a pacífica convivência social seria frequentemente perturbada se qualquer um pudesse acionar terceiro sem qualquer critério.

Neste campo, abordaram-se as condições da ação e os pressupostos processuais, dentro de uma linha que se entendeu mais técnica, ciente de que o tema é controvertido, bem como o momento de aferição daqueles, na teoria da asserção ou da *prospettazione*.

A capacidade *de ser parte*, permitida a toda pessoa natural, foi diferenciada da capacidade processual (ou capacidade *de estar em juízo*) e da *legitimação ad causam*.

O pedido, considerado pelos italianos como *l'oggetto dell'azione*, assume, também, um papel de grande relevância como um dos elementos identificadores da ação, já que é nos seus exatos limites que o julgador deverá decidir a causa.

A doutrina de KARL HEINZ SCHWAB sobre objeto litigioso é analisada e comparada com as atuais com o fim de fixar uma visão que esteja em consonância com o elemento pedido, entendido este como a pretensão de direito material que o autor traz em juízo para que sobre ela recaia o exercício da jurisdição, bem como os elementos da ação.

Após, o estudo passa para a análise da causa de pedir e, aqui, já começam diversos outros complicadores, mesmo diante da leitura aparentemente clara do art. 282, III, do Código de Processo Civil de 1973.

E em que consistiria a causa de pedir? A partir da análise de que a causa de pedir seria constituída por fatos (remota) e fundamentos jurídicos (próxima), parte-se para a diferenciação com os aforismos *da mihi factum dabo tibi ius* e *iura novit curia* (livre dicção do direito objetivo). A questão é que a causa de pedir próxima, algumas vezes, não é a qualificação jurídica que o autor dá aos fatos, mas a

qualificação jurídica que necessariamente decorre dos fatos (*fatispécie*), independentemente da denominação atribuída ou do dispositivo legal apontado.

Não se pode haver uma ampliação exagerada é da livre dicção do direito objetivo pelo juiz, sob pena de se conferir a este um poder que o Código de Processo Civil não atribui, ou seja, nenhum juiz pode julgar uma demanda alterando completamente os fundamentos jurídicos apresentados pelo autor, em violação à ampla defesa e contraditório.

Quanto à causa de pedir remota, isto é, os fatos caracterizadores da demanda, o tema também é tormentoso. OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA sustenta que, em nossa legislação, teria ocorrido uma atenuação da teoria da substanciação, já que não bastaria ao autor alegar quaisquer fatos, mas tão-somente os fatos essenciais àquele direito.

Na sequência deste raciocínio, assim, mostra-se fundamental ao estudo a diferenciação entre os fatos principais (ou essenciais) e secundários, em que somente os primeiros identificariam a ação.

O tema adquire ainda mais relevo concreto com a leitura dos artigos 131, 303, I e 462 do CPC. Como os fatos identificariam a demanda se o Código de Processo Civil dispõe que o juiz *atenderá aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes*. Qual o limite considerando a estabilização da demanda?

O artigo 474 do Código de Processo Civil, por sua vez, não auxilia muito. Responsável pelo que a doutrina chama de efeito preclusivo da coisa julgada ou, na visão de MACHADO GUIMARÃES, eficácia panprocessual da coisa julgada, dispõe que *passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido*.

Resta a dúvida em compatibilizar o dispositivo acima com a estabilidade das relações, mas também com a segurança jurídica, isto é, ninguém pode ter seu direito de ação sepultado por fatos e alegações (que poderiam ter sido feitas mas não foram) dos quais não pode se defender. Entretanto, a se interpretar superficialmente o artigo acima é exatamente esta conclusão a que se pode chegar.

Aqui, em especial, a diferenciação entre fato principal e secundário adquire um relevo maior pois, sob pena de se violar o direito

de ação, o efeito preclusivo da coisa julgada definitivamente somente incide sobre os últimos, restando ao autor, com base em novos fatos principais, ajuizar nova demanda.

Este detalhe tem um efeito prático impressionante e um exemplo será dado para demonstrar tal aspecto. Imaginemos que uma demanda ambiental em que se questione o licenciamento ambiental estadual seja julgada improcedente, com análise de provas. Caso haja fatos novos, não apresentados na demanda anterior, mas que tenham a força de demonstrar a irregularidade da construção, uma nova demanda pode ser proposta, sem se falar no fenômeno da coisa julgada.

Em especial, se tais fatos novos disserem respeito à fiscalização exercida por órgãos federais, como ocorre com a Secretaria de Patrimônio da União nos terrenos da Marinha, é ainda mais claro que uma nova demanda pode ser proposta na justiça federal, sem nem, sequer se falar em coisa julgada na justiça estadual.

A alegação de nova causa de pedir parece ser uma saída mais simples ou eficaz do que questionar até eventual nulidade da sentença prolatada na justiça estadual por violação de regras de competência constitucionais.

Por óbvio, a exposição na teoria é mais simples e, assim, para saber o que são fatos essenciais ou secundários na prática, cada caso concreto deverá ser devidamente analisado.

Não há qualquer fórmula matemática a responder os diversos questionamentos que podem surgir. O objetivo da presente exposição, nessa linha, é tentar conferir um norte e indicar conceitos que possam ser importantes na identificação da causa de pedir e na estabilização da demanda, dentro do ideal de segurança jurídica.

Ao final, foram feitas breves considerações sobre a causa de pedir no processo penal, seara que demanda soluções diversas do processo civil em que há adoção ampla dos brocardos do *iura novit curia* e *da mihi factum dabo tibi ius*, além de outras peculiaridades.

Boa leitura.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A jurisdição, ligada à ideia de direito e como uma das funções inerentes ao Estado, não nasceu subitamente como um pacto social feito por uma determinada sociedade, mas, sim, de evoluções que, por sua vez, decorreram de algumas necessidades. Assim, ter em vista tais necessidades e aspirações é de fundamental importância para a definição do que significa “justiça” e “bem-estar”.

Tratando dessa evolução, Ada Pellegrini Grinover expõe que a jurisdição surgiu, principalmente, pela garantia de justiça, pois os sistemas anteriores, como, por exemplo, o da autotutela (ou autodefesa), na maioria das vezes, asseguravam a vitória do mais forte sobre o mais fraco¹. Dessa forma, destaca-se a função ordenadora que o direito exerce na sociedade com a finalidade de harmonizar as relações intersubjetivas e conciliar interesses em conflito.

Entretanto, há de se convir que de nada adiantaria atribuir hipoteticamente uma função pacificadora para o direito sem lhe oferecer determinados mecanismos hábeis para a manutenção de suas decisões. Nesse sentido, duas observações devem ser feitas. Primeiro: a ideia de justiça se coaduna com a existência de um sistema processual que busque, cada vez mais, mecanismos para a correta aplicação do direito, sendo que isso nada mais é do que o instituto da ação, seguido por seus princípios; segundo: essas decisões finais devem ser estáveis, para oferecer maior segurança às relações jurídicas².

Quanto a esta última observação, tem especial importância o fenômeno da coisa julgada que, pela teoria dos *tria eadem*, é composta por partes, pedido e causa de pedir, sendo conceituada como a específica qualidade da sentença que torna imutável a decisão dentro do processo em que foi proferida e que, também, projeta-se para fora dele, impedindo o reexame da decisão para tornar estáveis as relações.

1 CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1998, p. 21.

2 GRECO FILHO, 2000, p. 53.

Como explicitado, incluído no fenômeno da coisa julgada está a *causa petendi*, cujo estudo que ora se propõe é importante, já que o verdadeiro Direito, cada vez mais, visa a focalizar a segurança nas relações, a atribuir credibilidade em suas decisões e a oferecer um processo justo, em consonância com as garantias constitucionalmente asseguradas do devido processo legal.

Nesse sentido, identificar a causa de pedir, não de forma superficial – como muitas vezes ocorre –, nas relações processuais é imprescindível. A expressão “fatos e fundamentos jurídicos” envolve outros aspectos, muito mais que simplesmente as teorias em torno daquele instituto. Coadunar todas essas questões com o sistema processual brasileiro é o que se pretende.

Vale observar, entretanto, que, antes de tratar especificamente do tema causa de pedir, com o objetivo de que este seja mais bem compreendido, faz-se necessário transcorrer comentários sobre a ação, focalizando suas diversas teorias e, também, fazer um paralelo com seus dois outros elementos: as partes (elemento subjetivo) e o pedido (elemento objetivo, ao lado da causa de pedir).

Necessário frisar, por fim, que a análise percorrerá, substancialmente, os caminhos do Direito Processual Civil, inclusive no que tange aos exemplos e à doutrina pátria. Ao final, delinear-se-ão alguns aspectos do Direito Processual Penal.

2 DA AÇÃO

2.1 Evolução do conceito de ação e principais teorias

Diversas foram as teorias que tentaram buscar uma definição e uma explicação para o fenômeno da ação. Assim, além das clássicas e modernas, existem outras teorias elaboradas isoladamente por alguns doutrinadores³, das quais se destacarão somente as principais delas, que, em suma, procuram encontrar um ponto de contato, ou não, entre a ação – como direito subjetivo processual – e o chamado direito subjetivo material.

2.1.1 A teoria civilista (clássica ou imanentista)

Inicia-se o estudo pela chamada teoria civilista (clássica ou imanentista) que preconizava um direito de ação inseparável do direito material, ou seja, a ação como algo imanente ao próprio direito material⁴. Assim, sendo a faculdade de reagir contra o ataque estranho um momento essencial do conceito do Direito, será também, por consequência, um elemento constitutivo do direito subjetivo⁵.

Desse primeiro aspecto vem a seguinte premissa lógica: “não há ação sem direito, não há direito sem ação, a ação segue a natureza do direito”⁶. Essa teoria poderia ser exemplificada mediante duas in-

3 RÚA, 1991, p. 61 – O autor elabora um interessante quadro de classificações das diversas teorias sobre a ação.

4 Teve como um dos seus maiores expoentes Savigny e, no Brasil, foi seguida por Clóvis Beviláqua, justificando, assim, a redação do art. 75 do antigo Código Civil de 1916, o qual dispunha: “a todo o direito corresponde uma ação, que o assegura”. “La acción, para Savigny, no era otra cosa que ‘el aspecto particular que todo derecho asume a consecuencia de su lesión” (RÚA, 1991, p. 46).

5 CÂMARA, 2001, p. 48, em citações ao autor Clóvis Beviláqua (1972, p. 296).

6 ALVIM, 1997, p. 103.

dagações: do que adiantaria o meu direito se eu não tivesse uma ação para agir em sua defesa? E para que serviria a minha ação se eu não tivesse um direito que lhe desse fundamento?⁷.

2.1.2 As teorias dualistas

Com a evolução para uma concepção de independência entre esses dois institutos, surge, em 1856 e 1857, a polêmica entre os alemães Bernhard Windscheid e Theodor Muther, em que este distinguiu direito lesado e ação. Desta nasceriam dois direitos desvinculados do direito subjetivo material: um dirigido contra o Estado (decorrente do direito à tutela jurídica e em favor do ofendido) e outro contra o adversário (direito do Estado à eliminação da lesão)⁸.

A partir, então, do abandono da teoria monista, surgiram as chamadas teorias dualistas, que defendiam a autonomia do direito material em relação à ação. Nesse momento, foram formados dois extremos, com a cisão de tais teorias em duas espécies:

- I. ação como direito concreto à tutela jurídica;
- II. ação como direito abstrato de agir, como se passa a demonstrar.

Teoria da ação concreta (Wach, Ülow, Hellwig e Chiovenda)

Apesar de reconhecer a distinção que deveria ser feita entre direito material e ação, essa teoria afirmava que a ação seria um instrumento utilizado, unicamente, por quem possuísse o direito material pleiteado em juízo, isto é, por quem, efetivamente, tivesse razão⁹.

7 Como destaca Jaime Guasp Delgado (1981, p. 50): “la doctrina monista se caracteriza, en efecto, por reducir a una falsa unidad, y de ahí su nombre, la relación jurídica material con la que en el proceso se establece. No hay que creer, sin embargo, que los partidarios de esta doctrina no viesen diferencia ninguna entre el derecho material y el derecho procesal: el segundo era una transformación o alteración del primero o, a veces, algo añadido, distinto, pero secundario o accesorio de él [...]”

8 (1) CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1998, p. 248. (2) PASSOS, 1959, p. 9-10.

9 REIS, 1995, p. 75-76 – “El derecho de acción supone en quien lo ejercita ciertos requisitos de carácter substancial y procesal (condiciones de la acción, presupuestos procesales) que le dan derecho a una sentencia favorable. La acción es, por tanto, el derecho concreto a la tutela jurídica del Estado o, en otras

Defendia que, embora diversos os direitos, a tutela jurisdicional só poderia ser realizada por meio de uma proteção concreta e efetiva do direito material¹⁰, a justificar, assim, o nome dado a ela.

Para refutar a teoria monista, Wach utilizou-se, principalmente, das ações meramente declaratórias negativas e demonstrou que, embora visando à declaração de inexistência de relação jurídica (declaração de que a outra parte não possui o direito material), o autor utilizou-se da proteção jurisdicional (utilizou-se da ação), o que ratifica a tese da separação desses dois elementos.

Em crítica à teoria concreta, tem-se que, sendo a ação um direito atribuído apenas ao titular do direito subjetivo posto na demanda, para que este

desencadeasse a atividade jurisdicional e realizasse a condição necessária para que o Estado aplicasse a “vontade da lei” no caso concreto, a jurisdição só teria sido aplicada nos casos em que a ação fosse julgada procedente, ou seja, nos casos em que fosse reconhecido que o autor efetivamente é titular do direito material pleiteado¹¹.

Assim, como observado por Ovídio Baptista, os defensores da referida teoria deixavam sem explicação o fenômeno da ação improcedente, já que, nesse caso, é indubitável que o juiz preste jurisdição (aplicada a lei ao caso concreto para a justa composição da lide, por sentença de mérito¹²), sem, contudo, proteger o direito subjetivo de quem exercera a ação.

Teoria da ação abstrata (Alfredo Rocco, Degenkolb e Plosz)

Reconhecendo a falha exposta pela teoria concretista, a teoria abstrata da ação surgiu ainda no século XIX e se colocou no outro

palabras, un derecho subjetivo público, perteniente al titular de un derecho material, y que tiene como contenido la obligación de la tutela jurídica por parte del Estado mediante una sentencia favorable”.

10 PASSOS, 1959, p. 10.

11 SILVA, 1998, p. 95.

12 A referência aqui é à prestação da tutela jurisdicional em sua plenitude.

extremo da relação entre direito material e a ação. Tal teoria, em vez de conceder o direito de ação somente àqueles que possuíssem o direito material, considerou a ação como um direito público subjetivo conferido a todos, não importando o fato de o autor ter ou não razão. Dessa forma:

Tanto aquele que tivesse sua demanda declarada procedente quanto o outro que propusera ação julgada improcedente eram igualmente titulares de um idêntico direito subjetivo público, através do qual impunham ao Estado o cumprimento de sua obrigação de prestar jurisdição. Logo, tanto o autor que visse sua demanda acolhida pela sentença quanto aquele que tivesse repelida sua pretensão por infundada teriam um idêntico direito de ação, enquanto exercício de uma pretensão de tutela jurídica perante o Estado¹³.

A excessiva amplitude dessa concepção, ao explicar a realidade da ação, fez Jaime Guasp afirmar que, nesse sentido, a ação estaria mais ligada a uma simples possibilidade jurídica, diferentemente do direito à tutela jurisdicional¹⁴. Entendimento, aliás, corroborado por José Alberto dos Reis que qualifica esse direito como “mera posibilidad de acción”¹⁵.

Após a exposição das principais teorias, vale destacar a posição de Pekelis, que sofreu forte influência do positivismo de Kelsen. Aquele autor inverteu a situação entre ação e direito subjetivo material¹⁶. Considerou que o direito subjetivo material seria um conceito

13 SILVA, 1998, p. 95.

14 GUASP, 1981, p. 52-53 – “esta es, en efecto, la objeción más frecuente que se esgrime contra la concepción abstracta de la acción: su carácter, no de derecho, sino de mera posibilidad jurídica que no alcanza la categoría de un auténtico derecho subjetivo [...] [...] el hacer de la acción procesal una mera facultad jurídica no es expulsarla de la configuración del derecho, sino simplemente haberla entrar, como elemento componente en una noción más amplia: v.g., la acción como facultad integrante del derecho constitucional de petición”.

15 REIS, 1995, p. 105 – “en efecto, antes de formulada la demanda en juicio, antes de propuesta la causa, no existe el derecho de acción, sino una mera posibilidad de acción, que sólo se vuelve derecho cuando se realizan determinadas circunstancias de carácter substancial (condiciones de la acción) y procesal (presupuestos procesales)”.

16 RÚA, 1991, p. 55 – “Parecida significación reviste el luminoso trabajo de Pekelis, quien reduce todo el derecho a acción, invirtiendo los términos de la impostación primitiva, lo mismo que las inquietas y fascinantes investigaciones

ilusório, isto é, uma mera projeção das relações do demandante e do demandado com o juiz¹⁷.

Como se observa, essa teoria não poderia se consolidar, pois, novamente, negou-se a autonomia existente entre direito material e o direito de ação. Assim, a ação, em um primeiro momento, é considerada um direito subjetivo que é atribuído a alguém e dirigido ao Estado para requerer deste uma determinada prestação. Por conseguinte, a jurisdição, função inerente ao Estado, seria provocada por esse direito subjetivo processual que corresponde à ação.

2.2 Concepção de Enrico Tulio Liebman sobre a ação e o ponto de divergência

Refutando as teorias que consideravam a ação como direito abstrato ou como direito concreto, Enrico Tulio Liebman a conceituou como sendo o meio de provocar a atividade dos órgãos jurisdicionais sobre a pretensão de direito material do autor, isto é, um direito ao processo e ao julgamento de mérito¹⁸. Dessa definição podem ser extraídas duas observações.

Primeiro, ao analisar a ação como direito à sentença de mérito, o referido jurista tentou, de um lado, considerá-la mais do que um mero direito cívico de ir aos tribunais e, de outro, menos do que um direito à sentença favorável¹⁹. E, depois, ao condicionar o exercício da ação ao da jurisdição, negou que houvesse verdadeiro exercício desta quando não presentes os pressupostos para o juiz proferir uma sentença de mérito, pois, na realidade, sem estes, segundo o mesmo

de Satta, de duda y búsqueda, y las cultas y no perimidadas páginas de Amílcar Mercader, de 1942, quien procuró en la categoria de deber jurídico una conceptualización integral de la acción, impulsados todos ellos por la fuerza renovadora de las ideas kelsenianas”.

17 PASSOS, 1959, p. 15.

18 LIEBMAN, 1980, p. 134 – “L’azione, come diritto al processo e al giudizio di merito, non garantisce un risultato favorevole del processo: il risultato del processo dipende dalla convinzione che il giudice si farà sulla fondatezza in fatto e in diritto della domanda proposta e potrà perciò essere favorevole all’attore o al convenuto. Solo dall’esperienza dell’azione risulterà se l’attore há ragione o ha torto: solo affrontando il rischio di perdere, l’attore può cercare di vincere”.

19 MESQUITA, 1975, p. 14.

autor, ter-se-ia apenas o uso da forma da jurisdição para fazer aquele joeiramento preliminar.

O entendimento de Liebman é repellido por Calmon de Passos, para quem a atividade jurisdicional é toda atividade que se dirige para o pronunciamento final. Haveria, assim, na atividade do juiz que julga inepta a inicial, exercício de um dever que deriva da função jurisdicional. Nesse sentido, ação seria o direito a sentença, mesmo aquelas chamadas meramente processuais²⁰.

Para esse autor, o poder de provocar a atividade jurisdicional do Estado está presente independentemente de qualquer relação com o direito substancial, sendo que tal assertiva é facilmente comprovada no momento em que se percebe que este direito se exercita exaustivamente, inclusive quando não se obtém um pronunciamento favorável, até mesmo sobre o mérito.

Outra conclusão não poderia ter sido tirada a não ser a de absoluta impropriedade da expressão “carência de ação”²¹, pois, na verdade, se há o processo, isto é, se presentes os pressupostos de existência, há ação, ou seja, direito de provocar a atividade jurisdicional²², independentemente do pronunciamento sobre o mérito. Então, como ficaria resolvido esse aparente conflito?

2.3 As diversas acepções sobre o vocábulo ação: a busca de um equilíbrio

Trata-se, no presente tópico, das diversas concepções a respeito do significado da “ação”, com a finalidade de esclarecer que muitas

20 PASSOS, 1959, p. 57.

21 Hélio Tornaghi (1987, p. 264-265) aduz que “Rigorosamente, não se trata de carência de ação, mas de *carência* de algo exigido para exercê-la devidamente. Neste ponto foi feliz o Código de Processo Penal (art. 43, III) que fala em ‘condição exigida por lei para o exercício da ação penal’. De carência de ação se falaria com propriedade se se entendesse que a existência do direito de ação depende daqueles requisitos. Considerada a ação como direito abstrato, autônomo, pré-processual, há que admitir-lhe a *existência* sem nenhuma restrição, conquanto a lei possa regular-lhe o *exercício*, tal como faz com qualquer outro direito”.

22 Esse entendimento é questionado por Botelho de Mesquita (1975, p. 56) ao afirmar que o autor “inclinou-se pela teoria do direito abstrato de ação, enquanto direito a uma decisão qualquer, inclusive aquela que rejeita a ação”.

das divergências que envolvem esse instituto podem ser resolvidas com uma fixação de parâmetros no momento de sua definição. Assim, a depender do conceito utilizado, pode-se chegar a diversas conclusões a respeito de seu uso no âmbito da jurisdição e do processo.

Primeiramente, em um significado mais abrangente e também mais próximo da teoria abstrata, a ação é considerada um direito incondicionado. Nesse sentido, Liebman, ao se referir à categoria dos chamados direitos cívicos, caracterizou esse simples poder de agir em juízo como sendo “tutto generico ed indeterminato, inesauribile ed inconsumabile, e non è legato ad una fattispecie concreta”²³. E, ainda, garantido constitucionalmente, sendo que o seu exercício seria direito assegurado a todos.

A esse direito de agir em juízo, incondicional, corresponde o dever do Estado-Juiz de responder a qualquer postulação a ele dirigida, ainda que seja para dizer que ela não deve ser respondida. Esse direito nada mais é do que o direito de petição aplicado aos órgãos jurisdicionais²⁴ na exata forma em que vem disposto na Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXIV, alínea *a*.

Em uma segunda concepção, a ação seria um direito à jurisdição e, por conseguinte, dependente de determinados requisitos para o seu efetivo exercício, isto é, de condições essenciais para o pronunciamento final de mérito. Nesse sentido, estaria muito dependente dos fatos descritos pelo autor na peça exordial, pois é baseado neles que a existência ou não dessas condições é aferida²⁵.

23 LIEBMAN, 1980, p. 132.

24 GRECO, 2003, p. 9-10 – Vale destacar que, em sua obra *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 89, Nelson Nery Junior diferencia o *direito à tutela jurisdicional* do chamado *direito de petição*, previsto no art. 5º, XXXIV, da CRFB/1988. Para o autor, “a característica que diferencia o direito de petição do direito de ação é a necessidade, neste último, de se vir a juízo pleitear a tutela jurisdicional, porque se trata de direito pessoal. Em outras palavras, é preciso preencher-se a condição da ação *interesse processual*. Para legitimar-se ao direito de petição não é preciso que o peticionário tenha sofrido gravame pessoal ou lesão em seu direito, porque se caracteriza como direito de *participação política*, onde está presente o interesse geral no cumprimento da ordem jurídica”.

25 LIEBMAN, 1980, p. 137 – O autor ao tratar do *interesse de agir*, como sendo uma das condições da ação, afirma que este “sorge dalla necessità di ottenere dal processo la protezione dell’interesse sostanziale; presuppone perciò

Seria interessante observar que, apesar de constituírem concepções diferentes sobre um mesmo instituto, não há exclusão de uma pela outra e, sim, pelo contrário, um complemento. Dessa forma, estaria equivocado afirmar que uma dada concepção deveria prevalecer em detrimento de outra, já que, a depender da situação e do enfoque que se queira dar, poder-se-á utilizar qualquer uma delas.

Portanto, a ação ligada à ideia de jurisdição estaria amparada pela ideia inicial da “ação incondicionada”²⁶. Assim, dentro de um poder mais amplo da ação em seu sentido constitucional – como direito de simples acesso aos órgãos jurisdicionais – estaria a chamada ação condicionada, ou seja, um poder mais restrito de agir em juízo e subordinado às chamadas condições da ação.

Do referido quadro extrai-se a ideia de que toda e qualquer pessoa poderá, sempre que quiser, dirigir-se aos órgãos jurisdicionais e requerer uma resposta sobre um possível direito, mesmo que inexistente. Caso contrário, estar-se-ia a violar a própria Carta Magna. Contudo, somente a alguns será deferido o acesso à tutela jurisdicional, por meio de um exame dos pressupostos processuais e das condições da ação.

A conclusão mais importante do exposto é a de que não se pode confundir a utilização de um ou outro conceito na produção de alguns resultados, como observa Leonardo Greco, ou seja, aqueles que sustentam que a ação é um direito absolutamente incondicionado, independentemente de qualquer vínculo com o direito material, estão focalizando o tema sob o ponto de vista cívico, isto é, como direito assegurado no art. 5º, XXXV, da CRFB/1988²⁷.

Entre outros significados, podem também ser destacados: ação como direito ao processo justo; ação como demanda (“conjunto de elementos propostos pelo autor que delimitam o objeto litigioso, a res in iudicium deducta, tanto objetiva quanto subjetivamente”)²⁸; e

l'affermazione della lesione di questo interesse e l'idoneità del provvedimento domandato a proteggerlo e soddisfarlo”, ou seja, é por meio do exposto pelo autor que o juiz vai aferir a existência ou não do interesse de agir.

26 CÂMARA, 2001, p. 57.

27 GRECO, 1999, p. 312.

28 GRECO, 2003, p. 12 – Observe-se que durante todo o texto do presente trabalho, foi utilizado o termo “ação” muitas vezes de forma indiscriminada apenas

ação como sinônimo de rito, quando utilizam-se as expressões “ações reais”, “ações possessórias”, “ações inibitórias” etc.²⁹

2.4 Limites à existência da ação

Para corroborar o entendimento mencionado, faz-se necessário considerar que, apesar das demonstrações cabais de independência entre o direito de ação e o direito material, a garantia que todos possuem de ter acesso à jurisdição e, conseqüentemente, de influir na esfera jurídica de outrem não pode ser vista de forma absoluta e incondicionada, devendo haver uma análise de proporção entre os direitos envolvidos nessa relação³⁰.

Já vimos que, ao lado da “ação incondicionada”, ou seja, ação constitucionalmente assegurada, como sinônimo de acesso à justiça, está o direito de a outra parte não ser molestada em sua individualidade a toda hora por um processo injusto. De forma mais clara: o que impediria uma determinada pessoa, a qualquer momento, e por motivos aleatórios, de ingressar no Poder Judiciário e atentar contra o direito de outra pessoa? Para os que adotam o conceito de ação somente como direito incondicionado, a resposta seria: nada impediria.

No entanto, isso não se coaduna com a ideia primordial do direito de manter a paz social, pois o Poder Judiciário poderia ser

pelo seu uso corrente em todos os livros pesquisados e que influíram de forma substancial na pesquisa feita. Entretanto, caso se encontre no texto a expressão “demanda” é porque foi feita a adequada diferenciação entre esse termo e a palavra “ação”. Assim, deve-se atentar para a colocação feita por Cândido Rangel Dinamarco (2001, p. 71) a respeito das duas expressões. Observe: “demanda é o ato de quem age em juízo, postulando, enquanto que a ação é o ato de quem age em juízo, postulando, enquanto que ação é o *poder* de fazê-lo, exigindo a prestação jurisdicional”. Tal separação é feita de forma singular por Leonardo Greco (2003, p. 12): demanda “como conjunto de elementos propostos pelo autor que delimitam o objeto litigioso, a *res judicium deducta*, tanto objetiva quanto subjetivamente”. Sendo que a ação é o “direito subjetivo público, autônomo e abstrato, de exigir do Estado a prestação jurisdicional sobre uma demanda de direito material”.

29 GRECO, 2003, p. 14.

30 Como bem observou José Carlos Barbosa Moreira (1996, p. 149) somente “a atenta ponderação comparativa dos interesses em jogo no caso concreto afigura-se capaz de permitir que se chegue a solução conforme à Justiça. É exatamente a isso que visa o recurso ao princípio da proporcionalidade”.

transformado em um “palco” para recepcionar ânsias vingativas³¹. De outra forma, sob o pretexto de se estar a proteger o direito de acesso aos órgãos jurisdicionais, poder-se-ia violar outro direito individual de igual amplitude e peso: a própria liberdade. Então, qual seria a solução?

Estabelecer requisitos mínimos para alcançar esse acesso, ou seja, é como se o Estado afirmasse: não nego o direito à tutela jurisdicional, mas, para ter acesso a ela, juntamente com a manutenção da paz social, faz-se necessário o atendimento a determinadas condições gerais que, por sua vez, são preenchidas pelos chamados pressupostos processuais e condições da ação.

Consideram-se pressupostos processuais os requisitos jurídicos necessários para a validade e para a correta formação da relação processual. Por sua vez, as condições da ação (possibilidade jurídica do pedido, legitimidade *ad causam* e interesse de agir) são requisitos a serem observados posteriormente à verificação da regularidade processual para que o juiz possa apreciar o direito de ação, bem como o direito a uma sentença de mérito.

Quanto ao momento de averiguação desses requisitos, é adequado o magistério de Leonardo Greco:

Há, portanto, uma prioridade lógica e, também normalmente, uma anterioridade cronológica no exame dos pressupostos processuais, antes das condições da ação e do mérito. Como pressupostos de validade e regularidade da relação processual (jurisdição, competência e imparcialidade do juiz, capacidade das partes, inexistência de fatos impeditivos e subordinação do procedimento às normas legais), a falta de qualquer pressuposto acarretará a nulidade ou irregularidade do processo³².

31 CARNELUTTI, 2000, p. 373 – “A conclusão da investigação até agora levada a termo pode se resumir nesta fórmula: *o processo se desenvolve para a composição justa do litígio* – ‘Paz com justiça’ poderia ser, dessa fórmula, o lema do Direito processual. Nem paz sem justiça, nem justiça sem paz. Nada de paz sem justiça porque o processo, como se viu, não tende a compor o litígio de qualquer modo, e sim segundo o Direito. Nada de justiça sem paz porque o Direito não se aplica ou não se realiza por quem está em conflito, e sim por quem está sob o conflito: *supra partes*, não *inter partes*; a fim de compor um litígio e não de tutelar um interesse – Segundo esta fórmula, o *quid novi* da função processual consiste na combinação dos dois elementos: *paz e justiça*”.

32 GRECO, 2003, p. 15-16.

Deve-se verificar, entretanto, a legitimidade de tais barreiras a fim de não burlar o direito constitucional de acesso ao Poder Judiciário. Isso tudo significa que, de um lado, há a preocupação com o acesso arbitrário aos órgãos jurisdicionais – a justificar as condições da ação e dos pressupostos processuais – e, de outro, como salienta o citado autor, “o acesso à Justiça não pode ser dificultado por obstáculos impostos por interesses acessórios ou alheios ao exercício da jurisdição”³³. Dessa forma,

Os pressupostos de exame do mérito (pressupostos processuais e condições da ação) somente são legítimos na medida em que asseguram a eficácia do exercício da jurisdição e impedem que o réu seja submetido ao ônus de defender-se de um processo injusto³⁴.

Conclui-se, assim, que é preciso admitir a ideia de uma “ação condicionada”, isto é, a atuação das partes subordinadas a determinados requisitos para o acesso aos órgãos jurisdicionais. Tudo isso tem o intuito de se chegar a um equilíbrio, a uma certa ponderação dos diversos interesses envolvidos, já que é cedo que somente seria possível sacrificar um direito para proteger outro de igual ou maior profundidade.

2.5 Relação existente entre ação e jurisdição

Na lição de Ada Pellegrini Grinover, “mediante o exercício da ação, provoca-se a jurisdição, que, por sua vez, exerce-se daquele complexo de atos que é o processo”³⁵, e também pelo que já foi exposto, resta-se inegável a relação existente entre ação e jurisdição, em uma coexistência harmoniosa e pacífica para buscar o escopo maior que é a paz social.

33 GRECO, 2003, p. 81.

34 Idem. *Ibidem*.

35 CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1998, p. 247. Segundo os ensinamentos de Hélio Tornaghi (1987, p. 1), “O processo é um caminhar para a frente (*pro cedere*); é uma seqüência ordenada de atos que se encadeiam numa sucessão lógica e com um fim: o de possibilitar, ao juiz, o julgamento”.

Duas questões devem ser esclarecidas:

- I. em que plano se situariam os pressupostos processuais e as condições da ação para determinar o efetivo exercício da jurisdição?
- II. o conceito de jurisdição englobaria o direito a uma sentença favorável ou a uma sentença de mérito?

Essa análise é importante porque, a depender da adoção de uma ou outra das teorias supramencionadas, que tentam explicar o fenômeno da ação, chega-se a conceitos e visões diferentes do exercício da jurisdição.

Em resposta à primeira pergunta é com foco no ponto de vista do interesse público de que todos tenham acesso ao órgão jurisdicional – ação abstratamente considerada – tem-se, como bem destaca José Ignácio Botelho de Mesquita, que esse interesse público já estaria satisfeito desde o momento em que a parte se dirige ao Estado e requer determinada prestação, independentemente se o juiz vai acolher a demanda, rejeitá-la ou vai declarar a nulidade do processo desde o início³⁶.

No entanto, certamente, pretende-se, ao recorrer à prestação jurisdicional, que esta não seja apenas “uma função consultiva que se esgote em dar respostas ao público”³⁷; mas, sim, que a atividade jurisdicional seja capaz de oferecer respostas concretas sobre a existência ou não do direito pleiteado pelo autor. Conseqüentemente, não preenchidos os requisitos necessários ao efetivo exercício do direito de ação, o próprio direito à jurisdição ficaria, em parte, prejudicado³⁸,

36 Seria a primeira concepção a respeito do significado da ação, isto é, ação como direito incondicionado de ter acesso aos órgãos jurisdicionais. Daí ser mais explícita a manifestação do chamado “interesse público” nesse primeiro sentido.

37 MESQUITA, 1975, p. 74.

38 Aparentemente, é confuso o entendimento de Antônio Cintra, Ada Grinover e Cândido Dinamarco (1998, p. 256) que primeiro afirmam que as condições da ação (possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade *ad causam*) são “condições para que legitimamente se possa exigir, na espécie, o provimento jurisdicional” [grifo nosso]. E, logo depois, dizem que “ainda que a resposta do juiz se exauria na pronúncia de carência da ação (porque não se configuraram as condições da ação), terá havido exercício da função jurisdicional”. Entretanto, o que ocorre é que a tutela jurisdicional, naqueles casos de extinção do processo sem julgamento de mérito, é exercida, mas não de forma plena.

pois, em referência à teoria de Liebman³⁹, “o direito de ação é o direito de provocar o exercício da jurisdição sobre o mérito da causa”⁴⁰.

Nesse ponto, em que se questiona se há ou não exercício da tutela jurisdicional quando não presentes os pressupostos processuais e as condições da ação – optando o órgão julgador, muitas vezes, pela extinção do processo sem julgamento de mérito –, é de suma importância uma observação: o que caracteriza a atividade jurisdicional? Tal indagação é respondida por Leonardo Greco:

Não é jurisdicional simplesmente porque exercida por juízes, mas é jurisdicional por causa das características de que se reveste o exercício da função jurisdicional, que asseguram que a tutela do interesse privado tenha por escopo a elaboração de juízos discricionários ou vinculados ou o exercício de alguma outra atividade ditados exclusivamente no interesse dos próprios destinatários⁴¹.

Dessa forma, todo pronunciamento carregado dessas características supramencionadas é jurisdicional. Assim, ao se afastar um pouco da concepção de Liebman, cabe aduzir que a tutela jurisdicional, como atividade estatal, é exercida mesmo naqueles casos em que faltam os requisitos mínimos para que haja o pronunciamento de mérito.

Entretanto, visto por outro ângulo, seria inconsequente afirmar que, quando, v.g., o juiz julga inepta uma petição inicial, houve exercício da jurisdição em sua plenitude, ou seja, da mesma forma que ocorre em um julgamento sobre o mérito da causa, tendo em vista que naquela hipótese o órgão julgador nem chegou a se pronunciar sobre a pretensão de direito material. Desse modo, com vistas a harmonizar esses diversos posicionamentos, conclui-se que a tutela jurisdicional pode funcionar em diversos graus ou níveis, o que leva

39 LIEBMAN, 1980, p. 143 – “Le condizioni dell’azione, illustrate que sopra, sono i requisiti costitutivi dell’azione: col loro concorso, l’azione deve considerarsi esistente, come diritto a provocare l’esame e la decisione del merito; questa decisione potrà poi essere, a seconda dei risultati del giudizio, tanto favorevole quanto sfavorevole, nel senso che la domanda potrà essere accolta o rigettata e il provvedimento domandato potrà conseguentemente accordato o negato”.

40 GRECO, 1999, p. 313.

41 GRECO, 2003, p. 21.

a crer que ela sempre será exercida, mesmo que de forma preliminar (rectius: preparatória).

Caso se queira fazer efetivamente uma diferenciação vocabular, podemos afirmar que existe a chamada prestação jurisdicional, a qual se difere da tutela jurisdicional. Aquela seria o gênero e esta a espécie. Enfim: a tutela é a prestação jurisdicional qualificada por conta da solução do conflito de interesses, isto é, o julgamento de mérito.

Quanto à segunda pergunta, maiores considerações não devem ser feitas, pois sua resposta estaria óbvia. Assim, se a ideia de jurisdição estivesse ligada à ideia de sentença favorável, cair-se-ia na posição da teoria concreta à tutela jurisdicional, ou seja, só teria direito de ação aquele que tivesse razão⁴². E, além disso, não se pode coagir o Estado a proferir uma sentença favorável.

Outrossim, a possibilidade de existência de uma sentença favorável é dependente de algumas condições alheias à vontade do autor, entre as quais está a livre apreciação do juiz sobre as alegações e provas trazidas para os autos, da mesma forma que a pacificação dos interesses em conflito (uma das finalidades do processo) é atingido, independentemente do resultado do processo⁴³.

Nessa esteira de raciocínio, a melhor definição sobre a ação é aquela que a considera como um direito subjetivo público, ou seja, direito ao provimento jurisdicional em relação ao Estado – independentemente de ser favorável ou desfavorável – e, portanto, direito de natureza abstrata. É, ainda, direito autônomo (é um direito diverso, tanto no seu conteúdo quanto em sua direção do direito subjetivo material) e instrumental, porque sua finalidade é dar solução a uma pretensão de direito material. Nesse sentido, é conexo a uma situação jurídica concreta⁴⁴.

2.6 Considerações finais sobre a ação e o direito material

Apesar de restar comprovado que as ideias de ação e direito material são independentes e autônomas, seria forçoso afirmar que es-

42 ALVIM, 1991-1996, p. 341.

43 MESQUITA, 1975, p. 56-72.

44 CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1998, p. 247.

ses dois institutos não estão ligados em parte. Colocar-se-á a questão em dois referenciais, sendo a primeira análise relativa às mudanças operadas comumente no Direito Processual na tentativa de adequar-se à realidade social.

Dessa forma, tem-se que é notória a influência que as modificações operadas no direito material exercem sobre o processo⁴⁵ e diretamente sobre a ação, pois, como já foi dito, esta visa a tornar eficaz o julgamento de mérito e, nesse sentido, atualmente se fala em tutela jurisdicional diferenciada, entendida como aquela elaborada em função da especificidade da relação material⁴⁶.

A segunda observação baseia-se na ideia de que o juízo de prelibação sobre as condições da ação, mais especificamente o interesse de agir e a legitimidade *ad causam*, deve ser formado com base na exposição dos fatos formadores da demanda, sendo estes criados a partir da pretensão de direito material, a exercer esta uma função primordial na análise daqueles.

Assim, a possibilidade de o autor ter a sua demanda acolhida, como bem destaca Leonardo Greco, “é aferida a partir dos fatos afirmados pelo autor, *in statu assertionis*, porque se desses fatos categoricamente não puder vir a resultar o acolhimento do pedido, o autor deverá ser julgado carecedor da ação”⁴⁷. É a consagração da teoria da asserção ou da *prospettazione*, sendo que esse juízo é feito

sobre questões de direito material, mas não de mérito, que parte da situação fática concreta relatada pelo autor para

45 Alvim (2001, p. 95) afirmou que “os problemas que vieram, *verdadeiramente ‘assolar’ o direito processual civil*, não surgiram somente nesta seara do direito, senão que, emergiram em *sintonia* com problemas e conseqüentes modificações operadas no direito material”.

46 BEDAQUE, 2003, p. 26. Este autor ainda cita outra função das ditas tutelas diferenciadas que seria a de “regulamentação de tutelas sumárias típicas, precedidas de cognição não exauriente, visando a evitar que o tempo possa comprometer o resultado do processo”.

47 GRECO, 2003, p. 23. No mesmo sentido Araken de Assis (2002, p. 258): “Por outro lado, a noção aqui encampada de legitimidade é de todo estranha ao mérito. Cinge-se à teórica identificação, *in status assertionis*, das pessoas legalmente tituladas à demanda executória, ou seja, examina-se o tema no terreno dos esquemas abstratos, traçados pela lei, para habilitar-se alguém ao processo (situações legitimadoras)”.

fundamentar a sua pretensão e do qual decorre, em caso positivo, a mera admissibilidade do julgamento do direito material⁴⁸.

Essa visão é mais acentuada por Liebman, pois, segundo ele, o julgador deverá admitir, provisória e hipoteticamente, para verificar a questão pura da legitimação e do interesse de agir, que as considerações do autor sobre o seu direito material sejam verdadeiras⁴⁹. Ultrapassada essa primeira etapa e surgidas dúvidas a respeito dessas afirmações, passa-se ao juízo de mérito.

Essas duas correlações, mesmo em dois planos diferentes, e sem desconsiderar que se tratam de dois institutos diferentes, serviriam para demonstrar a ligação entre o direito material e a ação, já que, conforme anotou Bedaque, ao citar Proto Pisani, a distinção entre esses dois direitos (substancial e processual), assim como uma possível instrumentalidade deste para com aquele, “não pode significar autonomia, como se houvesse indiferença entre o complexo de normas que regula um e outro”⁵⁰.

48 GRECO, 2003, p. 23.

49 Essa ideia foi destacada por Leonardo Greco em sua obra *Processo de Execução*, p. 320, na qual transcreveu a seguinte passagem de Luiz Machado Guimarães (1969, p. 102-103): “O prof. Liebman, em memorável conferência pronunciada em 29 de setembro de 1949, a cujas notas taquigráficas temos recorrido mais de uma vez, ensina que ‘todo problema, quer de interesse processual, quer de legitimação *ad causam*, deve ser proposto e resolvido admitindo-se, provisoriamente e em via hipotética, que as afirmações do autor sejam verdadeiras; só nesta base é que se pode discutir e resolver a questão pura da legitimação ou do interesse. Quer isto dizer que, se da contestação do réu surge a dúvida sobre a veracidade das afirmações feitas pelo autor e é necessário fazer-se uma instrução, já não há mais um problema de legitimação ou de interesse, já é um problema de mérito”.

50 BEDAQUE, 2003, p. 12.

3 DAS PARTES E DO PEDIDO

3.1 Partes

Na clássica definição proposta por Carnelutti, tem-se que o conflito de interesses, quando juridicamente qualificado, denomina-se lide. Esta nasce no momento em que uma pessoa formula contra a outra uma pretensão e encontra, por parte desta, uma resistência⁵¹. Assim, ao configurar uma relação intersubjetiva de interesses, a lide não pode existir sem dois sujeitos distintos, sendo chamado de “parte” cada um dos lados da relação processual.

Vale destacar, entretanto, que para a identificação das partes, como bem observa Liebman e Vicente Greco Filho, o que interessa não é a identidade física das pessoas envolvidas, mas, sim, sua qualificação, seu papel dentro do conflito⁵². Isso significa que, para efeito de identificação da demanda, consideram-se como partes as pessoas sujeitas aos efeitos da sentença proferida em função da atuação do órgão jurisdicional⁵³ e não as que estiverem formalmente constantes do polo passivo ou ativo da ação.

51 CARNELUTTI, 2000, p. 26

52 LIEBMAN, 1980, p. 173 – “non è solo l’identità fisica della persona che interessa a questo riguardo, ma anche la qualità nella quale la persona è concretamente considerata. Così se Tizio agisce una volta in proprio e un’altra volta nella qualità di padre esercente la patria potestà sul figlio minore, e quindi come rappresentante legale del figlio, i soggetti sono diversi e perciò le azioni sono diverse”. No mesmo diapasão afirma Vicente Greco Filho (2000, p. 89): “Para a identificação das partes não é suficiente a identificação das pessoas, presentes nos autos, porque é preciso verificar a qualidade com que alguém, de fato, esteja litigando. Assim, por exemplo, uma mesma pessoa poderá litigar com qualidades diferentes: em nome próprio, no interesse próprio; em nome próprio, sobre direito alheio, como substituto processual; por intermédio de outrem, seu representante. Em cada caso a situação da pessoa é diferente no plano jurídico, de modo que não existe, nessas hipóteses, identidade de parte”.

53 GRECO, 2003, p. 50.

Carnelutti empenhou-se em distinguir o sujeito da ação (parte em sentido formal) do sujeito do litígio (parte em sentido substancial). Este seria a pessoa que sofreria as consequências do processo enquanto aquele seria o sujeito que concorreria para tais consequências⁵⁴. Para a esclarecer o tema, faz-se necessário tecer algumas considerações a seguir.

3.2 Capacidade processual e legitimidade *ad causam*

Toda pessoa natural possui a capacidade de ser parte, que é a simples aptidão de estar na posição de autor ou réu em uma determinada lide. Entretanto, somente algumas possuem a capacidade de, por elas mesmas, ingressar em juízo. Nesse momento, faz-se presente o conceito de capacidade processual (ou capacidade de estar em juízo) que somente é atribuída aos que puderem estar no exercício de seus direitos, ou melhor, atuar em juízo na defesa deles⁵⁵. Este sentido exclui, por exemplo, os loucos e os menores que necessitam ser representados.

Por sua vez, a legitimação *ad causam*, como uma das condições da ação, visa a aferir a relação das partes com o direito posto em litígio⁵⁶, ou seja, é atribuído às pessoas que possuem condições de pedir e contestar a providência que é objeto da demanda⁵⁷. Mais especificamente, uma pessoa para ser parte legítima em uma ação deve ter algum envolvimento pertinente com a relação jurídica material a ser discutida no processo ou, se não, deve ter expressa autorização em lei para tal, pois, conforme dispõe o art. 6º do Código de Processo Civil

54 CARNELUTTI, 2000, p. 87. Não obstante isso, aduz Araken de Assis (2002, p. 242): “Nula é a importância, no pensamento atual, da distinção entre sujeitos da lide e sujeitos do processo, tão cara a Carnelutti [...] Ao processo executivo não interessa quem seja titular da relação de crédito, mas o sujeito que toma a iniciativa de demandar a execução, bem como se negligencia o autêntico obrigado”.

55 LAZZARINI, 1999, p. 14.

56 LIEBMAN, 1980, p. 141 – “La legittimazione ad agire è dunque, riassumendo, l'appartenenza soggettiva dell'azione, cioè l'identità di colui che há proposto la domanda com colui che com riferimento alla lesione di un suo diritto, ch'egli afferma esistente, possa pretendere per sè il provvedimento di tutela giurisdizionale domandato nei confronti di colui che è stato chiamato in giudizio”.

57 GRECO, 1999, p. 326.

(CPC), “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

Nesse sentido, faz-se referência a duas espécies de legitimação, a ordinária e a extraordinária. Ocorre a legitimação ordinária quando uma pessoa postula em juízo interesse próprio em nome próprio⁵⁸; e legitimação extraordinária quando alguém, por expressa disposição em lei, sob pena de violação do art. 6º do CPC, vem em nome próprio defender direito alheio.

Vale ressaltar, por final, que a legitimação extraordinária está ligada ao instituto da substituição processual, intimamente relacionado ao órgão do Ministério Público (vide arts. 127 e 129 da CRFB/1988), e tem como fundamento a ideia de defesa de interesses do titular do direito material posto em juízo, quando este não possui condições, por si mesmo, de exercer sua postulação ou defesa⁵⁹.

3.3 Pedido

Considerado pelos italianos como *l’oggetto dell’azione*, o pedido assume, também, um papel de grande relevância como um dos elementos identificadores da ação, já que é nos seus exatos limites

58 GRECO FILHO, 2000, p. 89.

59 Alexandre Câmara (2002, p. 123) difere os institutos da legitimação extraordinária e substituição processual: “Não se pode confundir a legitimação extraordinária com a substituição processual. Esta ocorre quando, em um processo, o legitimado extraordinário atua em nome próprio, na defesa de interesse alheio, sem que o legitimado ordinário atue em conjunto com ele. Assim, por exemplo, se o Ministério Público propõe ‘ação de investigação de paternidade’, atuando em defesa do interesse de um menor, teremos substituição processual. O fenômeno não se caracterizará, porém, se a demanda for ajuizada, em litisconsórcio, pelo MP e pelo menor, legitimado ordinário. Em outros termos, só ocorrerá substituição processual quando alguém estiver em juízo em nome próprio, em lugar do (substituindo) legitimado ordinário”. Há outra classificação feita por Araken de Assis (2002, p. 273-274), seguida por Leonardo Greco, de que a legitimidade extraordinária pode ser *autônoma exclusiva* ou *autônoma concorrente*, sendo que naquela somente o substituto processual pode defender o interesse do substituído em juízo, não este. Aquele autor oferece dois exemplos a respeito: o art. 289, II, do CC/16, o qual concede ao marido o direito de defender os bens dotais em juízo, enquanto sob sua administração; e o art. 68, § 3º, da Lei n. 6.404/1976, que confere ao agente fiduciário (*trustee*) qualquer ação “em caso de inadimplemento da obrigação pela companhia emissora de debêntures”.

que o julgador deverá decidir a causa. Contudo, para averiguar sua natureza jurídica, faz-se necessário considerar, novamente, a relação existente entre ação, jurisdição e processo.

Como afirmado anteriormente, o processo é o meio utilizado para o exercício da jurisdição, sendo que esta, por sua vez, constitui uma das funções estatais postas à disposição do autor para a tutela do seu direito material. Dessa forma, conceituando-se a palavra objeto como tudo aquilo sobre o qual incide determinado direito, obrigação ou, também, propósito, finalidade de determinada pretensão, tem-se que a jurisdição constitui o objeto do processo, pois é por meio deste que aquela vai ser exercida.

A tutela jurisdicional, todavia, não pode prestar-se no vazio⁶⁰ e, outrossim, sua atuação não é ampla e irrestrita. Conclui-se, então, que ela é delimitada pelo pedido que o autor traz em juízo e sobre o qual ele deseja que seja exercida a tutela jurisdicional⁶¹. Assim, outra não pode ser a conclusão de que o pedido, como pretensão de direito material formulada pelo autor, nada mais representa do que o próprio objeto da jurisdição.

Entretanto, como objeto da jurisdição, o pedido do autor não se limita somente à obtenção do bem da vida pretendido – por exemplo, a quantia devida – sendo esta apenas o pedido mediato (*l'oggetto immediato*). É também constituído pelo tipo de providência jurisdicional a ser utilizada para que o autor alcance esse bem – por exemplo, que seja proferida a condenação da outra parte – ou melhor, pelo pedido imediato (*l'oggetto mediato*). Ambos identificam o pedido, visto em sentido amplo⁶².

60 AROCA; COLOMER; REDONDO, 2000, p. 191.

61 GRECO FILHO, 2000, p. 89 – “O pedido, de acordo com a doutrina moderna, é o objeto da ação, isto é, a matéria sobre a qual incidirá a atuação jurisdicional”.

62 O autor Vicente Greco Filho (2000, p. 90) utiliza-se dos termos *genérico* e *específico* para se referir, respectivamente, aos pedidos imediato e mediato e afirma: “Ambos identificam o pedido e, conseqüentemente, a ação. É possível que apenas um dos aspectos seja diferente, o que já é suficiente para diferenciar as demandas. Por exemplo, se alguém é credor de \$ 1.000, pede a condenação do devedor porque deseja receber. No caso, de ser insuficiente a condenação, proporá ele outra ação, a de execução, visando concretizar seu crédito. Temos, então, na hipótese, duas ações diferentes, pois, apesar de se referirem à cobrança dos mesmos \$ 1.000, os pedidos são diferentes”.

3.4 Pedido e objeto litigioso

Após delimitar a posição do pedido dentro do ordenamento jurídico e visando a esclarecer mais ainda outros institutos ligados à causa de pedir, cabe compará-lo ao chamado objeto litigioso, na forma como foi concebido outrora por Karl Heinz Schwab. Serão feitas, posteriormente, comparações dessa concepção com a melhor doutrina atual que adota concepção diversa sobre tal elemento.

3.4.1 Conceito de Karl Heinz Schwab sobre objeto litigioso

Na tentativa de chegar a um conceito mais preciso de objeto litigioso (*Streitgegenstand*), Karl Heinz Schwab analisa, considerando a opinião de diversos autores – Lent, Rosenberg, Nidisch, Stein-Jonas-Schönke, Baumbach-Lauterbach e Bötticher –, os institutos da cumulação de ações, modificação da demanda, litispendência e coisa julgada e, assim, chega a determinadas conclusões.

Passando pela ideia de Lent, o qual, pelo referido autor, ligou intimamente o direito material à ideia de objeto litigioso⁶³, chegando a considerar que este, mais do que influenciado, era determinado por aquele, Schwab adota um conceito de objeto litigioso puramente processual (*prozessualer Anspruch*) ao afirmar que este é determinado pelo pedido.

Assim, segundo o autor, no caso de cumulação de ações, a unidade ou a pluralidade de pretensões processuais seria determinada pela unidade ou pluralidade de pedidos apresentados em uma demanda e não pelo número de pretensões de direito material⁶⁴. Essa regra seria utilizada sem exceções para todos os tipos de ações. Vale ressaltar que tal pensamento foi adotado em sua análise dos demais institutos supramencionados.

63 SCHWAB, 1954, p. 17.

64 SCHWAB, idem, p. 117-118 – o autor faz a seguinte exemplificação: “el actor había fundado una solicitud en dos sucesos (una en virtud del contrato de compraventa y la otra a base del reconocimiento). Quería una sola vez los mil marcos. Los distintos sucesos servían únicamente para fundamentar la misma petición. De los distintos sucesos derivaban distintas pretensiones materiales. Había pues un concurso de pretensiones de derecho material. Llegamos a la conclusión de que, pese a la pluralidad de sucesos y de pretensiones materiales, sólo podía haber un objeto litigioso, o sea una sola pretensión procesal”.

3.4.2 Pedido, objeto litigioso, mérito e objeto da cognição

Inicialmente, e depois de analisada a concepção de Schwab, torna-se pertinente fazer a distinção entre objeto litigioso e o objeto da jurisdição (pedido). Dessa forma, como já afirmado, o pedido seria a pretensão de direito material que o autor traz em juízo para que sobre ela recaia o exercício da jurisdição. Observa-se que, nesse conceito, não estariam presentes os elementos partes e causa de pedir⁶⁵.

Já quando se fala em objeto litigioso, referir-se-á a um conceito mais amplo, pois ligado ao conjunto de questões de direito material que o juiz deve apreciar conclusivamente para acolher ou rejeitar o pedido⁶⁶ (*a res in judicium* deducta ou ação como demanda), a englobar nesse conceito todos os elementos da tríplice identidade (partes, pedido e causa de pedir).

Entretanto, faz-se mister esclarecer que a sentença, quando pronunciada, não está ligada somente a essas questões de direito material trazidas pelo autor. Nela, estão incluídas também todas as questões trazidas pelo réu para ilidir o direito daquele. Então, por exemplo, quando um juiz pronuncia uma sentença final de mérito, deve analisar, também, uma possível compensação ou pagamento alegado pelo réu.

Conclui-se, então, que o mérito é formado pelo objeto litigioso, trazido pelo autor, mais as questões trazidas pelo réu, visando a refutar este (*causa excipienda*)⁶⁷, sendo que diferente, mas intimamen-

65 GRECO, 2003, p. 48 – Em uma passagem do seu texto, o autor demonstra claramente que a *causa petendi* não faz parte do objeto do processo: “Para DINAMARCO, o objeto do processo é exclusivamente o pedido formulado pelo demandante. Os fundamentos de fato e de direito têm o objetivo de construir o raciocínio lógico-jurídico que conduz ao direito afirmado, mas nenhuma vantagem prática recebe o autor ou o réu, em sua vida externa ao processo, só pelo acolhimento ou rejeição da causa de pedir”.

66 Idem, p. 49-50.

67 Ibidem – Destaca-se duas importantes passagens: O objeto litigioso não esgota o universo da cognição do juiz, porque além das questões propostas pelo autor, o juiz também tem de examinar a *causa excipienda*, ou seja, os fatos e o direito alegados pelo réu que podem ilidir a pretensão do autor e as múltiplas questões de natureza processual e relativas à marcha do processo. “Temos, pois de distinguir o objeto da jurisdição (o pedido), o objeto litigioso (partes, pedido e causa de pedir), o mérito, como conjunto de questões de direito material (o

te relacionado com os demais institutos, é o conceito de objeto da cognição, esta entendida no sentido amplo da análise que o julgador faz de determinados elementos na busca da solução de mérito.

Para Leonardo Greco, a cognição que o juiz exerce no decorrer do processo é composta pelo objeto litigioso, *a causa excipiendo* (esses dois primeiros compostos pelo mérito), pressupostos processuais e condições da ação⁶⁸. É pertinente a observação, pois cognição refere-se ao ato de adquirir conhecimento, sendo que a atividade de cognição visa à aplicação da norma jurídica *in abstracto* a um caso concreto. Assim, este aspecto deve ser visto da forma mais ampla possível, ou seja, incluídos os pressupostos processuais e as condições da ação.

Desse modo, feitas breves análises em torno da teoria da ação tanto no seu elemento subjetivo, composta pelas partes, quanto em um de seus elementos objetivos, a fazer a distinção de algum de seus aspectos, passemos ao estudo da *causa petendi*, que, com o pedido, constitui outro elemento objetivo dentro de toda teoria da ação, sendo importante para os diversos reflexos que esta possui no mundo atual.

objeto litigioso + a *causa excipiendo*), e o objeto da cognição (pressupostos processuais, condições da ação e mérito)”.
68

68 Ibidem – “Mas a cognição do juiz ultrapassa o objeto litigioso, porque além desses três elementos, cabe ainda ao juiz examinar conclusivamente as questões de direito material suscitadas pelo réu, a chamada *causa excipiendo*, que em conjunto com aqueles compõem o mérito, ou seja, todas as questões de direito material; vai ainda além essa cognição, incluindo ainda e as questões processuais e relativas à existência do direito de ação e ao impulsionamento do processo”.

4 DA CAUSA DE PEDIR NO PROCESSO CIVIL

4.1 Sentido do vocábulo “causa” e *causa petendi*

Ao fazer uma diferenciação, somente a título de ilustração, entre as duas vertentes do Direito, a material e a processual, cabe destacar a opinião de Silvio Venosa de que, no campo obrigacional, o vocábulo “causa” é entendido como a razão jurídica da obrigação e é utilizado para designar um “motivo juridicamente relevante”. De forma exemplificativa, este autor destaca:

Suponhamos um comerciante que, tendo em mira evitar a concorrência que lhe faz outro da mesma localidade, compra o estabelecimento deste último. O fim pessoal, mediato, particular do negócio é a eliminação da concorrência, porém esse motivo não apresenta relevância jurídica. O fim imediato da obrigação, a causa, o que determinou o contraimento da obrigação, juridicamente falando, é o que se avençou no adquirente em pagar o preço e no alienante de transferir a propriedade do estabelecimento. O ordenamento não toma conhecimento dos motivos pessoais e particulares⁶⁹.

⁶⁹ VENOSA, 2003, p. 44 – Entendimento contrário ao de Marco Aurélio Bezerra de Melo (2003, p. 4) para quem *causa* é o propósito, objetivamente considerado e *motivo* é algo que deve ser analisado subjetivamente. Conclui que o ordenamento jurídico, em algumas situações, dá relevância à análise de ambos: “relevante analisar-se a causa na discussão sobre a declaração de ineficácia de negócio jurídico em fraude contra credores (arts. 158 a 165). Registre-se que os requisitos da ação pauliana são diversos quando se tratar de ineficácia de negócio de transmissão gratuita (art. 158) e quando for caso de ato de alienação a título oneroso (art. 159). Ora, o que é isso senão a demonstração da necessidade de analisar-se a causa do negócio jurídico ?” (p. 3). Já tratando do *motivo*, o autor assevera: “o art. 166, III, do Código Civil prescreve que é nulo o negócio jurídico quando “o *motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito*”. Tome-se como exemplo, para um perfeito entendimento da diferença entre causa e motivo, a situação em que uma pessoa, natural ou jurídica, celebre um contrato de compra de quinhentos litros de acetona. Admitindo-se que não existe nenhum defeito no pacto, o contrato será válido e eficaz (causa lícita), mas o motivo que levou os contratantes a celebrarem a avença fora de

No que diz respeito ao vocábulo *causa petendi*, ao adentrar no campo processual, José Rogério Cruz e Tucci, após fazer uma análise da origem etimológica, filosófica, e privada do vocábulo “causa”, assevera que hoje é tarefa praticamente impossível emitir um conceito unívoco e abrangente⁷⁰. Entretanto, segundo o mesmo autor, um dado é certo: com o passar do tempo, o fato jurídico, mais especificamente os fatos essenciais para a configuração do objeto litigioso, passou a integrar o núcleo central da causa petendi, concebido como fato ocorrido e enquadrável *sub specie iuris*.

Ao analisar a questão de forma ampla e genérica, José Carlos Barbosa Moreira aduz que “identificar a *causa petendi* é responder à pergunta: por que o autor pede tal providência? Ou, em outra palavras: qual o fundamento de sua pretensão?”⁷¹. Sobre esses dois questionamentos, incide a causa de pedir; entretanto, esta não pode ser vista tão amplamente, devendo ser delimitada para o correto exercício do direito de ação.

Vale frisar que, no decorrer deste trabalho, não se fará qualquer distinção entre o vocábulo “causa” e “motivo”, até porque tal diferença só foi salientada por alguns autores no campo obrigacional. Assim, não obstante, o dever de o juiz considerar, de forma moderada, a real intenção do autor – o que poderia caracterizar a existência de um “motivo” –, foge do objetivo do presente trabalho apresentar separações que não vão ter qualquer aplicabilidade prática, já que tudo deverá ser considerado como causa de pedir.

4.2 Causa de pedir próxima e remota

O Código de Processo Civil dispõe em seu art. 282, III, que a causa de pedir é constituída pelos fatos e fundamentos jurídicos do pedido. Como repetido pelos doutrinadores brasileiros, pelo menos na sua corrente majoritária⁷², os fatos correspondem, tradicionalmen-

utilizar o produto adquirido para refino de ilícito de entorpecentes, tornando, portanto, o contrato nulo pela motivação ilícita do referido negócio jurídico”.

70 CRUZ E TUCCI, 2001, p. 17-24.

71 MOREIRA, 2001, p. 15.

72 Vale destacar a opinião contrária de Nelson Nery Junior (1999, p. 414) que caracteriza a *causa de pedir próxima* pelo inadimplemento do negócio jurídi-

te, à causa de pedir remota e os fundamentos jurídicos à causa de pedir próxima.

Entretanto, uma observação que é feita – e retornarei a ela quando analisar os aforismos da *mihi factum, dabo tibi ius* e *iura novit curia* (livre dicção do direito objetivo) – é que a causa de pedir próxima, algumas vezes, não é a qualificação jurídica que o autor dá aos fatos, mas a qualificação jurídica que necessariamente decorre dos fatos (fatispécie), independentemente da denominação atribuída.

Tal diferenciação vai ser importante na hora de se constatar até onde o juiz poderá, sem violar o princípio da demanda e da inércia, “desconsiderar a qualificação jurídica” feita pelo autor e definir aquela que melhor se relaciona com os fatos. Contudo, saber o que é fato e o que seja direito não é tão simples quanto se pensa. Tal dificuldade foi enfatizada por António Santos Abrantes Geraldès ao afirmar:

se, em determinadas situações, de imediato se pode inserir uma afirmação no campo da *matéria de direito* (v.g. má-fé, abuso de direito, diligência do bom pai de família, culpa, imprevidência, inconsideração) ou no campo da *matéria de facto* (v.g. terreno, edifício, árvore, carta postal), com alguma frequência se suscitam dúvidas quanto ao estabelecimento da *linha de demarcação* entre os dois terrenos nos casos em que as expressões têm, simultaneamente, um sentido técnico-jurídico [...] (v.g. arrendamento, renda, inquilino, hóspede, proprietário, possuidor, preço, lucro, empréstimo, consentimento etc.)⁷³.

A solução é propugnada pelo mesmo autor, ao discorrer que a inclusão daquelas expressões numa ou noutra das categorias dependerá fundamentalmente do objeto da ação, entendido este como o pedido feito em juízo. Assim, se o objeto depender do significado real daquelas expressões, estar-se-ia diante de uma matéria de direito, insuscetível de ser incluída na base instrutória ou integrar a decisão sobre a matéria de fato. Ao contrário, se o objeto da ação não girar ao redor da resposta exata que se dê às afirmações feitas pela parte, as

co; pela lesão ou ameaça de lesão a direito, isto é, razão imediata do pedido. E *causa de pedir remota* o título jurídico que fundamenta o pedido, isto é, a razão mediata do pedido.

73 GERALDES, 1999, p. 196.

referidas expressões serão passíveis de constatação pela produção dos meios de prova, podendo integrar a matéria de fato. Nesse sentido, as expressões “falta injustificada” e “despedimento” foram consideradas matéria de fato no Acórdão da Relação de Lisboa⁷⁴.

Na realidade, mediante análise feita pelo autor supramencionado, podemos dividir a questão em três grupos: a) matéria puramente de direito; b) matéria puramente de fato; c) matéria de direito que deve ser comprovada por meio dos fatos. Tal análise tem muita importância prática, já que se a matéria for apenas de direito, com a devida exceção indicada pelo art. 337 do CPC, nada há que ser provado. Diferente solução será dada se a matéria for de fato ou for uma matéria que, não obstante ser de direito, tiver que ser demonstrada por meio de fatos.

Três exemplos explicarão melhor a questão: a expressão “proveito do casal”, em uma ação em que se pede a comunicabilidade de uma dívida ao outro cônjuge, há que ser considerada questão de direito que não pode surgir isolada na petição, mas ser acompanhada de fatos materiais de cujas provas possam conduzir a esta conclusão. Da mesma forma ocorre na “reputação de alguém como filho” ou “tratamento de alguém como filho”⁷⁵.

4.3 Inaplicabilidade da teoria dos *tria eadem*

O art. 301, §2º, do CPC dispõe de forma peremptória que uma ação é idêntica a outra quando idênticos os elementos: partes, pedido e causa de pedir (*eadem personae, eadem res, eadem causa petendi*). Outrossim, o art. 103 do mesmo diploma legal dispõe que se reputam conexas duas ou mais ações quando comuns forem a causa de pedir ou o pedido. Com tal entendimento, o Código consagrou entre nós a teoria dos *tria eadem* que teve em Chiovenda o seu maior divulgador.

Em outra vertente, encontra-se a teoria da identidade da relação jurídica, tendo em Savigny o seu maior expositor. Por tal teoria,

74 Acórdão citado por António Santos Abrantes Gerales de 17.5.95, in CJ, tomo III, p. 183, e pelo Ac. da Rel. de Évora, de 6.6.95, in CJ, tomo III. Op. cit., p. 318.

75 GERALDES, 1999, p. 198.

deve-se considerar como elemento primordial para a identidade entre as ações a *res in iudicium deducta*, isto é, a “questão de direito” levada a juízo pelo autor e que será apreciada pelo juiz, independentemente da identidade ou não entre os três elementos da ação.

Esse tema é trazido à baila tendo em vista a possibilidade de, em algumas situações, verificar-se a presença de determinados institutos (coisa julgada, conexão, litispendência etc.) – que, em uma análise superficial, dependeriam de uma total identidade na causa de pedir e em outros elementos – sem que ocorra a perfeita coincidência preconizada pela teoria dos *tria eadem*. Assim, faz-se mister, em tais casos, adotar a teoria da identidade da relação jurídica, a concluir que a teoria adotada pelo sistema do nosso código não constitui um “critério absoluto, mas, sim, uma ‘boa hipótese de trabalho’”⁷⁶.

Veja o seguinte exemplo: uma sentença de liquidação que esteja em desacordo com a sentença proferida no processo de conhecimento. Ninguém discute que tanto o pedido quanto a causa de pedir de uma e outra são diversos, pois a certeza do direito já está posta, devendo apenas ser analisado o *quantum debeat*. Mas, nesse caso, há ofensa à coisa julgada anteriormente posta pela simples identidade da relação jurídica que ensejou a instauração de ambos os processos⁷⁷.

Outro exemplo: tendo sido proposta uma “ação de investigação de paternidade”, a sentença declara que A é pai de B. Poderia A, em “ação de alimentos”, tentar negar sua qualidade de pai e se eximir de sua responsabilidade, baseando-se na teoria dos *tria eadem*? É indubitável que, não obstante as partes serem as mesmas, o pedido e a causa de pedir não coincidem em sua inteireza. Mesmo assim, a resposta há de ser negativa. A *res in iudicium deducta*, no segundo processo, é a mesma que se deduziu no primeiro, razão pela qual deve respeitar a coisa julgada já formada. A solução para o presente caso, obviamente, não vai ser a extinção do processo, sob a alegação de coisa julgada, mas esta não poderá ser novamente discutida⁷⁸.

O mesmo ocorre em ação de despejo por falta de pagamento de aluguéis e acessórios e ação de consignação em pagamento. Na

76 CRUZ E TUCCI, 2001, p. 213.

77 Idem, p. 227, em citações a Vicente Greco Filho.

78 CÂMARA, 2002, p. 466.

ação de despejo, a causa de pedir remota é constituída pela existência da relação *ex locato* (causa de pedir ativa, ou fato constitutivo) e inadimplemento contratual (causa de pedir passiva, ou fato violador); a causa de pedir próxima é o direito em si derivado da causa de pedir remota, ou seja, o direito de perceber tais valores. Já na consignação, a causa de pedir remota é constituída pelos fatos que deram origem à sua necessidade de entrar com tal ação e a remota é o direito que tem o devedor de desonerar-se da obrigação, recebendo regular quitação. Aqui, não haveria razão de se alegar, pela letra crua do art. 103 do CPC, o instituto da conexão, mas tal possibilidade é justificada não pela identidade de fundamentos e sim pela afinidade concernente à relação jurídica material.

Em relação ao pedido, Arruda Alvim traz à baila questão que ele chamou de concorrência de ações, isto é, quando “para a satisfação de um mesmo interesse, fornece a lei mais de um caminho, os quais, todavia, se excluem reciprocamente”⁷⁹. O mesmo autor esclarece: “Diz-se concurso ou concorrência de ações (*rectius*, pretensões), justamente porque elas concorrem, dirigem-se a uma mesma finalidade: a satisfação de um só interesse, o que por vários modos é suscetível de ocorrer”⁸⁰.

Assim, sendo a ação uma só, com diversas pretensões (ex. pedido de diminuição de preço e de rescisão), caso o autor tenha sua demanda julgada improcedente, ao escolher uma via (ex. ao pedir a diminuição de preço), não poderá entrar com outra ação, mesmo com pedido diverso (ex. de rescisão do contrato), tendo em vista que as partes são as mesmas e as causas de pedir são equivalentes, do ponto de vista do direito.

Vale frisar que em outros casos, tanto relacionados à causa de pedir quanto ao pedido ou até mesmo às partes, o que vai importar no momento em que se for fazer a análise da viabilidade ou não do ajuizamento de outra demanda, nas palavras de Arruda Alvim, é se “há a respectiva equivalência, do ponto de vista do direito, das duas pretensões”, isto é, se a “questão jurídica” já foi decidida pelo órgão jurisdicional (*rectius*: relação de direito material)⁸¹.

79 ALVIM, 1991-1996, p. 374.

80 Idem, p. 374.

81 Ibidem, p. 376.

4.4 Teorias da individualização e da substanciação

Repisa-se que a teoria dos *tria eadem* teve em Chiovenda seu maior defensor e um dos maiores expoentes da teoria da individualização. Por tal teoria, bastava, para identificar a *causa petendi*, a qualificação jurídica dos fatos, ou melhor, seus fundamentos jurídicos, sendo prescindível a designação do próprio fato constitutivo desse mesmo direito. Como exemplo, têm-se as ações de natureza real. Para os defensores dessa teoria, a mera afirmação da relação jurídica, isto é, a mera alegação de ser proprietário ou usufrutuário era suficiente para a identificação da causa de pedir. Assim, depois de julgada procedente uma ação em que se discutia o direito de propriedade, todas as outras causas que pudessem interferir em tal direito já estariam abrangidas pela coisa julgada.

Entretanto, o próprio Chiovenda fazia uma ressalva de que nas ações pessoais não bastava indicar a pretensa relação jurídica, por uma razão muito simples: diferentemente, v.g., do direito de propriedade – direito real – que é um só (a questão jurídica corresponde sempre à existência do direito de propriedade), nos direitos pessoais são concebíveis diversas relações obrigacionais com conteúdo idêntico, sendo que, de cada um desses acontecimentos (fatos), advém um novo direito, uma nova obrigação de prestação diferente⁸².

Em contraposição à teoria da individualização, vem a teoria da substanciação, segundo a qual não há que se fazer a diferença entre direitos reais ou pessoais⁸³. Por tal teoria, em qualquer hipótese, a simples enunciação do direito não basta para identificar a demanda. Devem-se sempre indicar os fatos dos quais advém aquele direito, ou seja, os fatos em concreto dos quais surgiram o direito⁸⁴.

Qual a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro? Em que pese a opinião da ampla maioria da doutrina de que o Código de Processo Civil teria adotado a teoria da substanciação, tendo em vista a letra do art. 282, III, do mesmo diploma legal, vale destacar a

82 CRUZ e TUCCI, op. cit., p. 110.

83 No registro feito por José Rogério Cruz e Tucci (idem, p. 119) o primeiro jurista italiano a combater a teoria da individualização foi Marco Tullio Zanzucchi.

84 CRUZ e TUCCI, op. cit., p. 119.

opinião de José Ignácio Botelho de Mesquita, segundo o qual o legislador brasileiro teria adotado uma posição equilibrada entre as duas teorias. Assim:

a ação, segundo o nosso Direito, não se identifica pela mera individualização do fundamento jurídico do pedido, como seria, *e.g.*, a simples indicação do direito de recesso; exige mais, ou seja, a substanciação do pedido mediante a explicitação da chamada “*causa agendi*” *remota*, consistente no complexo de fatos constitutivos do direito afirmado pelo autor⁸⁵.

E conclui que: “para nenhuma das referidas teorias constituiriam conteúdo da causa de pedir os argumentos de fato e de direito com que o autor procura sustentar os fundamentos (de fato e de direito) do pedido”⁸⁶.

O mesmo autor, em citações a Heinitz, transcreve duas críticas feitas à teoria da substanciação. Na primeira, ao se acrescentar a necessária indicação dos fatos constitutivos do direito e se adotar os princípios do *iura novit curia* e da *mihi factum, dabo tibi ius*, analisa-se que esta teoria constitui-se em um exagerado afastamento do direito subjetivo, esquecida a função do processo civil de realizar o direito material; na segunda, alega-se que tal teoria não explicaria a razão pela qual a coisa julgada deva “estender-se àquela parte da motivação da sentença que constitui o pressuposto lógico do dispositivo”⁸⁷.

Outrossim, Ovídio Baptista da Silva defende posição que, aliás, será retomada mais adiante, no sentido de que, não obstante o legislador brasileiro ter adotado a teoria da substanciação, esta encontra-se mitigada, tendo em vista que não são todos os fatos que identificam a ação, mas, somente, os fatos principais. No mesmo sentido, é o entendimento de José Rogério Cruz e Tucci⁸⁸.

Convém, por último, a título de esclarecimento, fazer a distinção entre fundamento jurídico (que estaria abarcado pela causa de pedir próxima, como salienta a teoria da substanciação) e fundamen-

85 MESQUITA, 1982, p. 48.

86 Idem, p. 48.

87 MESQUITA, 1962, p. 187.

88 CRUZ e TUCCI. Op. cit., p. 243.

to legal (ou *nomen iuris*). Como ensina Greco Filho, este é a norma legal em que se apoia a pretensão. Sua referência, na quase totalidade dos casos, não é exigida pelo Código de Processo Civil, pois compete ao juiz formular o enquadramento legal da hipótese apresentada, podendo-se adotar, nesse caso, o princípio *iura novit curia*, pelo qual o juiz conhece o direito⁸⁹.

Veremos mais adiante, na parte de “exemplificações sobre a causa de pedir”, que, no direito pátrio, há raras exceções, como o que ocorre com o recurso extraordinário, segundo a rigorosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em que a petição inicial pode ser julgada inepta se não indicar de forma articulada os dispositivos legais do direito posto em análise.

4.5 Demandas autodeterminadas e heterodeterminadas

Tanto a teoria da individualização quanto a da substanciação, como exposto, assentam seus parâmetros na possível existência de diferenças entre os chamados direitos relativos e direitos absolutos. A par disso, afigura-se autodeterminada (ou com pedidos autolimitados) toda ação que tenha por base determinados direitos (propriedade, direitos reais de gozo e outros absolutos) que subsistem com o mesmo conteúdo, entre os mesmos sujeitos, apenas uma vez⁹⁰. Por sua vez, denominam-se heterodeterminadas (ou com pedidos heterolimitados) as ações relacionadas a direitos (crédito, direitos reais de garantia e outros) que podem existir várias vezes com o mesmo conteúdo e entre os mesmos sujeitos.

A conclusão a qual se chega é que nas ações fundadas em direito pessoal (ou chamadas heterodeterminadas), a doutrina não diverge quanto à necessidade de indicação tanto da causa de pedir próxima quanto da remota, já que sempre se assentiu que a cada novo fato surge uma nova demanda. Já nas ações fundadas em direito real (ou autodeterminadas), como, por exemplo, direito de propriedade, sempre se sustentou que bastaria a alegação de *dominus* para que todos os

89 GRECO FILHO, 2000, p. 92.

90 GRECO, 2003, p. 64.

fatos geradores do domínio estivessem abrangidos (compra e venda, usucapião, herança etc.). Assim, uma vez julgada procedente tal alegação, não se poderia repetir outras ações com base em outros fatos.

4.6 Regra da eventualidade e a teoria da substanciação

Pela regra da eventualidade, no momento da propositura da ação, em que ocorrerá a estabilização da demanda, os litigantes devem se valer de todos os meios necessários de ataque e de defesa, para que eventualmente surtam os seus respectivos efeitos⁹¹. Tal regra encontra íntima ligação com a teoria da substanciação e é a base do sistema de preclusões adotado pelo Código de Processo Civil, mais especificamente no art. 474 do mesmo diploma legal (efeito preclusivo da coisa julgada), a ser tratado mais adiante.

A eventualidade é aplicada em momentos diferentes a depender da parte a qual ela se refere. Para a parte autora, o momento certo é o da demanda, mas, por uma questão de razoabilidade, deve-se permitir que tal regra se estenda às defesas indiretas do autor feitas em relação às defesas indiretas do réu, isto é, no momento da réplica (art. 326)⁹². Quanto ao réu, será o da contestação, momento em que ele deverá alegar toda a matéria de defesa, com a exposição das razões de fato e de direito, com as quais impugna o pedido (art. 300).

A *ratio essendi* do princípio da eventualidade é tolher a possibilidade de o adversário ser surpreendido com novas alegações feitas pela parte adversária e que possam prejudicar seu direito de defesa, ou seja, em sua finalidade mediata está presente a manutenção das garantias da ampla defesa e do contraditório, em consonância com a previsão do próprio texto constitucional⁹³. A ligação entre o princípio da eventualidade e a teoria da substanciação é destacada por José Rogério Cruz e Tucci:

tudo significa que a regra da eventualidade, impondo um sistema rígido de preclusões, *constitui*, como já procuramos

91 LAZZARINI, 1999, p. 38.

92 GRECO, 2003, p. 71.

93 LAZZARINI, 1999, p. 39.

patentear, *pressuposto da teoria da substanciação*, ao exigir a exposição simultânea, na petição inicial, dos fatos que fazem emergir a pretensão do demandante (*causa petendi remota*) e do enquadramento da situação concreta, narrada *in statu assertionis*, à previsão abstrata, contida no ordenamento de direito positivo, e do qual decorre a juridicidade daquela (*causa petendi proxima*).

Assim, o princípio da eventualidade deve estar ligado à teoria da substanciação, na sua exigência, segundo grande maioria da doutrina, não só de indicação dos fatos, mas também dos fundamentos jurídicos do pedido, para que o autor e o réu, em momento oportuno – demanda, contestação e réplica – saibam o que eles devem apresentar em juízo para a correta solução da lide.

4.7 Fato essencial e fato secundário

A ideia da diferenciação entre fato essencial e fato secundário, a meu ver, foi interpretada de forma interessante por Ovídio Baptista da Silva, como já salientado, ao afirmar que em nossa legislação teria ocorrido uma atenuação da teoria da substanciação, tendo em vista que não bastaria ao autor alegar quaisquer fatos, mas tão somente os fatos essenciais àquele direito⁹⁴. Em função disso, passaremos a analisar a diferença entre fato principal (ou essencial) e secundário⁹⁵.

Fato essencial (ou fato jurídico) é o acontecimento exposto pelo autor em sua demanda, do qual deriva diretamente consequên-

94 CRUZ E TUCCI, op. cit., p. 147.

95 Vale salientar que o autor Miguel Teixeira de Souza (1997, p. 70) divide os fatos em essenciais, complementares e instrumentais (probatórios ou acessórios). Assim, os *fatos essenciais* realizam uma função constitutiva do direito invocado pelo autor ou da exceção deduzida pelo réu, fundamental para a individualização de tais direitos; os *fatos complementares* possibilitam, em conjugação com os fatos essenciais de que são complemento, a procedência da ação ou da exceção (sem eles a ação ou exceção não pode ser julgada procedente) e *fatos instrumentais* que se destinam a ser utilizados numa função probatória dos fatos essenciais ou complementares. O mesmo autor destaca, entretanto, que tal classificação não segue um critério absoluto.

cias jurídicas⁹⁶, como, por exemplo, em um acidente de carro ocasionado por um terceiro, o fato essencial seria a ocorrência do acidente (*rectius*: os fatos descritos pelo autor que caracterizem o acidente) e que, por sua natureza, resultaria no dever de reparação.

Diferentemente do fato jurídico seria o fato secundário (ou simples), dos quais não derivam diretamente consequências jurídicas, mas que podem tornar certa a existência ou inexistência do fato jurídico⁹⁷. No caso do acidente, poderíamos considerar como fatos simples as circunstâncias ou os acontecimentos que levam o juiz a firmar sua convicção no sentido de que a vítima realmente estava no local, dia e hora mencionados, de que o autor do acidente ali também estava e foi um ato seu que resultou a colisão e, outrossim, de que nessa atitude estavam presentes a maldade ou a sua imprudência⁹⁸. Interessante exemplo é oferecido por Araken de Assis:

Se o adultério se consumou de manhã, ou à noite; se o dia estava ensolarado, ou chovia; se o marido embriagou-se nesta ou naquela bodega; se o acidente ocorreu no início desta rua, ou no fim daquela; se numa sexta-feira, ou num sábado; tudo isto, circunstâncias da *causa petendi*, completa-a, esclarece-a, mas não a constitui, nem a distingue, de modo a que, na omissão de um desses fatos, a causa de pedir se mostrar irreconhecível e inservível à individualização da ação material⁹⁹.

É importante destacar que tanto a análise do fato simples quanto a do fato jurídico está intimamente ligada ao pedido formulado pelo autor. Este – e isso não se deve perder de vista – representa o limite de toda compreensão necessária ao julgamento de mérito. Assim, dependendo do pedido, um determinado acontecimento pode

96 Para Arruda Alvim (1991-1996, p. 361) fatos jurídicos são os “que, essencialmente, se baseia o autor”, aqueles que justificam o impulso do autor de recorrer ao judiciário para pleitear uma dada providência prevista pelo ordenamento.

97 Aqui não se está negando a produção de efeitos jurídicos aos fatos simples, apenas destaca-se que os fatos simples adquirem sua importância para o direito, em cada caso concreto, enquanto possam servir de prova à existência do fato jurídico – vide Lazzarini (1999, p. 28).

98 PASSOS, 1998, p. 161.

99 ASSIS, 2002, p. 142.

ser fato simples em uma demanda e, porventura, em outro ser posto na categoria de fato jurídico.

Contudo, o problema está em definir como encontrar os fatos essenciais e, por exclusão, os fatos secundários. A meu ver, os fatos essenciais estariam basicamente indicados diretamente (por exemplo, as formas de se adquirir o domínio) ou indiretamente (por exemplo no caso do acidente de carro) na lei, em sentido amplo, como forma de constituir ou, melhor, de ocasionar o surgimento da relação jurídica.

Então, pelo exposto, haveria uma gradação de importância dos fatos até se chegar aos fatos jurídicos que, realmente, delimitam a causa de pedir. Assim, a cada novo fato jurídico, uma nova demanda pode ser formulada, tendo em vista a existência de nova *causa petendi*. Já no que diz respeito aos chamados fatos secundários, estes podem variar, sem implicar variação daquele elemento da ação.

Vale ressaltar somente que a variação do fato simples não passa de todo despercebida, de modo que o juiz tenha de ficar inerte à variação feita pelo autor ou pelo réu. Acima de tudo está a garantia constitucional do devido processo legal, juntamente com os pilares da ampla defesa e do contraditório. Nessa esteira de raciocínio, posiciona-se Alexandre Lazzarini:

a questão do fato simples encontra-se ligada à possibilidade do contraditório, ou seja, do conhecimento do fato, que, embora não relevante para a identificação da ação, é relevante para a defesa dos direitos das partes [...] Variando o fato simples, será necessária a oportunidade para a parte contrária fazer a contraprova [...] ¹⁰⁰.

Essa análise será retomada quando nós tratarmos do problema relacionado aos fatos e ao direito como elementos identificadores da demanda, junto com o que se resolveu chamar de efeito preclusivo da coisa julgada, no qual será firmada a posição defendida ao longo do presente trabalho, isto é, que tal ficção jurídica somente poderá incidir sobre tais fatos ditos principais.

100 LAZZARINI, 1999, p. 70-71.

4.8 Vícios da petição inicial quanto à causa de pedir

Tanto a inexistência de causa de pedir quanto sua limitação imperfeita são consideradas hipóteses que levam à ineptidão da petição inicial. A defesa do réu ficaria prejudicada se ele não pudesse identificar a causa de pedir por erro da própria peça exordial. Assim, não se admite uma “narração obscura, desarmônica ou imprecisa dos fatos e dos fundamentos jurídicos, de sorte a tornar impossível ou dificultada a elaboração da contestação pelo réu”¹⁰¹.

Antônio Santos Abrantes Geraldês refere-se a diversos vícios relacionados à causa de pedir na petição inicial e, dentre eles, podemos destacar:

- I. Falta de causa de pedir¹⁰² *versus* causa de pedir deficiente – esta possibilitaria ao juiz conceder prazo para que o requerente suprisse tal imperfeição e, em caso de não acolhimento do determinado, o requerente estaria sujeito à improcedência do pedido no despacho saneador ou na sentença final¹⁰³. Entretanto, deve-se considerar que esta última solução somen-

101 CRUZ E TUCCI, 2001, p. 160.

102 O autor oferece diversos exemplos de situações reconduzíveis à falta de causa de pedir: “– Indicação vaga ou genérica dos factos; – A mera alegação de que o réu ‘praticou actos de perturbação’ do direito do autor, em acção de restituição de posse, sem concretizar essa actuação; – a invocação, em acção de divórcio, que o réu ‘violou os deveres conjugais’ ou de que se pretende o divórcio ‘por ter para isso motivos suficientes’; – A mera alegação, em acção de denúncia do arrendamento, de que o senhorio ‘necessita da casa para sua habitação’, desacompanhada dos factos de onde possa emergir tal situação de real necessidade ou, em acção de resolução do contrato de arrendamento, a invocação de que o inquilino ‘não reside habitualmente na casa arrendada’, casos em que a ineptidão da petição inicial resulta de não se poder determinar com rigor qual a situação de facto que é objecto de apreciação pelo tribunal ou qual a sua localização temporal, por forma a permitir ao réu o efectivo exercício do direito de defesa e obviar à repetição da acção com o mesmo objecto; – Fundar a acção de reivindicação apenas na alegação da titularidade do direito de propriedade, sem aduzir os factos que interessam à aquisição do domínio ou os factos integrantes de uma presunção legal de titularidade daquele direito (qualidade de possuidor ou inscrição no registo predial a seu favor), como já anteriormente se referiu; – Formulação do pedido de simples apreciação negativa de que o autor ‘nada deve ao réu’, sem concretizar o facto jurídico concreto a que se reporta a declaração” (GERALDES, 1999, p. 210).

103 Idem, p. 207.

te poderá ser aplicada se não faltar a exposição de qualquer fato necessário para que o pedido seja acolhido ou não¹⁰⁴.

- II. Ininteligibilidade da causa de pedir – diz respeito à clareza com que os fundamentos da pretensão devem ser apresentados. Devem-se evitar fatos que não tenham qualquer relevância jurídica ou aqueles “em que se torna impossível ‘saber a providência do direito invocado’”¹⁰⁵. Constitui defeito sanável pela posterior intervenção do réu, desde que não tenha sido prejudicado o seu direito de defesa ou posterior réplica do autor.
- III. Contradição substancial de causas de pedir – para alguns, a contradição não seria fundamento para a inépcia da petição inicial, desde que se pudesse determinar, com firmeza, a qual causa de pedir estaria se reportando o pedido¹⁰⁶. Entretanto, o referido autor português entende que somente seriam aceitáveis causas de pedir contraditórias se elas fossem feitas à título subsidiário¹⁰⁷.
- IV. Contradição entre o pedido e a causa de pedir – não se confundiria com a simples desarmonia entre esses dois elementos. Caso esteja presente a efetiva contradição entre tais elementos, a petição deverá ser considerada inepta¹⁰⁸.
- V. Incompatibilidade entre um dos pedidos e a causa de pedir do outro – poderá gerar a ineptidão da petição inicial¹⁰⁹.

4.9 Algumas classificações da causa de pedir

Não obstante opiniões em contrário¹¹⁰, alguns autores subdividem a causa de pedir remota, formada pelos fatos constitutivos e violadores do direito do autor, em causa de pedir ativa e passiva¹¹¹,

104 GERALDES, 1999, p. 209.

105 Ibidem, p. 211.

106 Ibidem, p. 212.

107 Ibidem, p. 213.

108 Ibidem, p. 213.

109 Ibidem, p. 213.

110 Vide opinião de Nelson Nery Junior na nota 72.

111 GRECO, 2003., p. 55-56.

advindo desse conjunto a condição mais abrangente para o direito de ação: o interesse de agir, como necessidade de utilização da via jurisdicional para obter a tutela de um direito. Não vimos individualmente cada uma das condições das ações, mas foi destacado que a aferição da existência de cada uma delas é feita *in status assertionis* (vide tópico 1.6).

Assim, em primeiro lugar, por meio dos fatos constitutivos (causa de pedir ativa), o demandante demonstrará como se deu o surgimento da sua relação jurídica com o demandado ou, no caso da ação declaratória negativa, a inexistência dessa relação jurídica; e, posteriormente, como ocorreram os fatos violadores (causa de pedir passiva), a evidenciar o descumprimento a um direito subjetivo.

Sem fazer distinções entre causa de pedir ativa e passiva, mas salientando a importância da indicação de ambas pelo autor, José Ignácio Botelho de Mesquita aduz que a causa de pedir compõe-se dos seguintes elementos:

- a) o direito afirmado pelo autor e a relação jurídica de que esse direito se origina; b) os fatos constitutivos daquele direito e dessa relação jurídica; c) o fato (normalmente do réu) que torna necessária via judicial e, por isso, faz surgir o interesse de agir, ou interesse processual¹¹².

Outra classificação é a que divide a causa de pedir em simples, composta e complexa, e tem como base o conteúdo trazido pelo próprio demandante em seu pleito¹¹³. Nesse sentido, fala-se em causa de pedir simples quando ela é formada por um único fato jurídico, como, por exemplo, ação com pedido de despejo fundada na “falta de pagamento do aluguel e demais encargos” (art. 9º, III, da Lei n. 8.245/1991)¹¹⁴.

Quando vários fatos (causa de pedir remota) fundamentam uma única pretensão, já estamos diante da causa de pedir composta, como ocorre na ação de separação judicial lastreada no abandono material do cônjuge e no inadimplemento do dever de coabitação.

112 MESQUITA, 1982, p. 49.

113 CRUZ e TUCCI, op. cit., p. 155-156.

114 Idem, p. 156.

Conforme salientado por José Rogério Cruz e Tucci, também há causa de pedir composta nas “demandas que contêm pedido de liminar, uma vez que a justificativa da necessidade e da urgência deve constar expressamente da petição”¹¹⁵. Nota-se, também, tal hipótese “nos pleitos de antecipação da eficácia do pronunciamento definitivo”¹¹⁶.

Por fim, diz-se complexa a causa de pedir quando ocorre variedade nos fatos e nas pretensões. Um caso muito conhecido é o da cumulação de dano material e dano moral. Aqui, as partes deverão alegar fatos e fundamentos jurídicos integralmente diversos, ou seja, cada pretensão será fundamentada com uma causa de pedir diversa. Outro exemplo seria o do art. 62, I, da Lei do Inquilinato¹¹⁷.

Com a percepção de tal classificação, certamente o demandado poderá elaborar uma melhor defesa sem correr o risco de sofrer uma revelia parcial, tendo em vista o ônus imposto pelo Código de Processo Civil de impugnação especificada dos fatos, consoante art. 302 de tal diploma legal, somente sendo excluído nos casos expressos indicados nos incisos do próprio artigo.

4.10 A regra *iura novit curia* e sua correta aplicação sobre a causa de pedir

Pelo aforismo *iura novit curia*, intimamente ligado à regra *da mihi factum dabo tibi ius*, o juiz conhece o direito e, em função disso, o limite de sua atividade estaria restrito à matéria fática e não ao fundamento jurídico da demanda¹¹⁸. Nesse diapasão, o juiz tem ampla liberdade na análise jurídica dos fatos e pode qualificá-los de forma

115 CRUZ e TUCCI, op. cit., p. 156.

116 Ibidem.

117 “Nas ações de despejo fundadas na falta de pagamento de aluguel e acessórios da locação observar-se-á o seguinte: I – o pedido de rescisão da locação poderá ser cumulado com o de cobrança dos aluguéis e acessórios da locação, devendo ser apresentado, com a inicial, cálculo discriminado do valor do débito” – Ibidem, p. 156.

118 BEDAQUE, 2002, p. 32. Somente a título de curiosidade, no âmbito do direito material, J. M. Leoni Lopes de Oliveira (2004, p. 253) nos apresenta duas outras consequências da aplicação do princípio *iura novit curia*: indica que o juiz não pode deixar de julgar alegando omissão ou obscuridade da lei, pois

diversa do realizado pelo autor da demanda. A questão é interessante porque, conforme se adote um posicionamento mais restrito ou mais amplo em relação a esse brocardo, estar-se-ia ou não modificando a causa de pedir.

Juan Monteiro Aroca, ao tecer comentários sobre a causa de pedir e conferindo um aspecto excessivamente amplo ao brocardo *iura novit curia*, aduz que a fundamentação jurídica é irrelevante para sua identificação por dois motivos principais. Em primeiro lugar,

las normas jurídicas por ser abstractas y referirse a una plural diversidad de hechos de la vida social no son aptas para identificar la causa de pedir de una determinada petición, y lo mismo puede decirse de la calificación jurídica¹¹⁹.

Em segundo lugar, a função dos órgãos jurisdicionais consiste na atuação do direito objetivo em cada caso concreto, sendo que eles “están obligados a aplicarlas conforme al principio *iura novit curia*, por lo que la mera alegación de una norma no puede añadir nada identificador respecto de la petición”¹²⁰.

Entretanto, não obstante a posição supramencionada, o melhor entendimento é aquele que atribui poderes relativos ao juiz na chamada “livre dicção do direito”, não podendo este se sobrepor à vontade das partes, de forma a aplicar o direito de forma ilimitada sobre os fatos apresentados pelo autor. Tal conduta violaria a própria disposição da lei processual e outras garantias constitucionais, como o contraditório e a ampla defesa. Assim, nas palavras de Miguel Teixeira de Souza, “a repartição de tarefas entre as partes e o juiz resumida no brocardo *da mihi facta, dabo tibi ius* já não vale hoje de modo absoluto”¹²¹.

se presume que ele conhece todo o Direito, não se limita às normas jurídicas e deixa claro o dever de o juiz de conhecer a lei.

119 LAROCA; COLOMER; REDONDO; VILAR, 2000, p. 193-194.

120 Idem, p. 193-194.

121 SOUZA, 1997, p. 69.

Para clarear o problema e tentar solucioná-lo, faz-se mister diferenciar, como ensina Leonardo Greco, a chamada *fattispecie*¹²², como modelo jurídico que decorre necessariamente dos fatos, da qualificação jurídica, em sentido mais estrito, que é o enquadramento legal feito pelo autor aos fatos narrados. Somente neste último caso, pode-se aceitar, com certa cautela, o princípio do *iura novit curia*. Como exemplifica aquele mesmo autor:

[...] se o autor alegou comodato, o juiz não pode decidir o pedido com base em locação. Se os fatos não caracterizam o comodato, mas a locação, o pedido de entrega da coisa deve ser julgado improcedente, mas o autor não pode ser impedido de, com base nos mesmos fatos, propor a entrega com base na locação, nem obrigado a ver julgado o seu pedido com base em direito diverso do voluntariamente invocado¹²³.

Conforme já salientou a Primeira Turma do STJ,

122 De forma singular, Roque Komatsu (1991, p. 104) nos ensina o que constitui a chamada figura de fato (ou *fattispecie*), asseverando que, “nos sistemas jurídicos baseados na lei, como acontece nos direitos da família romano-germânica, o ordenamento prevê a ocorrência de determinados fatos, descrevendo o que se pode chamar de figura de fato (*facti species*, em latim); nessa previsão, a lei se ocupa em dar somente as linhas fundamentais do fato, as quais considera necessárias e suficientes para a atribuição de efeitos, agindo, em sua descrição, tal e qual o caricaturista, em seus desenhos (CARNELUTTI, *Sistema*, v.2/129). A figura legal do fato (ou hipótese legal do fato) é, pois, aquele conjunto de traços que a norma jurídica utiliza para caracterizar uma situação concreta [...] Os elementos fáticos não aproveitados são juridicamente irrelevantes, não entram no mundo do Direito; os demais, os aproveitados, formam suporte fático da figura do fato e, assim, entram no mundo do Direito. É possível, portanto, distinguir, no fato jurídico, que é o fato da realidade, com todo o seu complexo de circunstâncias e sobre o qual a lei incide: a figura legal do fato e o suporte fático. Utiliza-se hoje, na doutrina italiana, a expressão *fattispecie*. No texto está feita uma diferença: a figura do fato está na lei e o suporte fático, na realidade. Na expressão latina – *species facti* – *species* significa visão, figura; é, pois, a pré-visão. Por outro lado *Tatbestand* está traduzida para o francês (*Dictionnaire Juridique Français-Allemand*. Ed. De Navarre, Paris, s.d.) por ‘*état de cause*’ e *Tatbestand des Delikis* por ‘fatos constitutivos do delito’; seria, pois, a ‘situação real’. Mas, em geral, usam-se as expressões *Tatbestand* e *fattispecie* como sinônimas (Ennecerus-Nipperdey, usam *Tatbestand* claramente como hipótese legal ou figura legal). Para alguns autores italianos, o que chamamos de figura de fato será a *fattispecie* abstrata e o suporte fático, a *fattispecie* concreta [...]”

123 GRECO, 2003, p. 59.

A viabilidade do juiz decidir a causa com base em preceito normativo não invocado pelas partes ou diferente do invocado (autorizada pelo aforismo *iura novit curia*) *tem como pressuposto necessário a manutenção dos demais termos da demanda, mormente no que se refere ao pedido e à causa de pedir* deduzidos na inicial (teoria da substanciação e arts. 128 e 460 do CPC)¹²⁴ (destacou-se).

Com o fito de atribuir uma feição mais concreta à presente ideia, destaca-se antigo, mas interessante acórdão, cuja ementa se transcreve abaixo, em que foi discutida justamente a ocorrência ou não de alteração da causa de pedir frente ao brocardo *iura novit curia*. *In casu*, o acórdão foi relatado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo do STJ e se entendeu, de forma equivocada, a aplicação da referida regra:

Processo civil. Proteção possessória. *Causa petendi*. Inocorrência de alteração. Servidão de trânsito por *destinatio patris familias*.

- Segundo esmerada doutrina, *causa petendi* é o fato ou o conjunto de fatos suscetíveis de produzir, por si, o efeito jurídico pretendido pelo autor.
- 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.
- Mostra-se sem vício a decisão que, após nova leitura da moldura fática, defere a proteção possessória não sob o prisma da passagem de prédio encravado, mas sob o enfoque da servidão de trânsito por destinação do proprietário¹²⁵.

124 STJ. REsp 1153656/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 10.5.2011, DJe 18.5.2011 – Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 20 de janeiro de 2012.

125 STJ. REsp 2403/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 28.8.1990, DJ 24.9.1990, p. 9.983 – Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 23 de novembro de 2006.

No caso vertente, o autor (recorrido) pretende ver reconhecido o seu direito de se utilizar de passagem por estrada rural que atravessa as terras dos réus, compostos pelos nus-proprietários (seus filhos menores), a usufrutuária (sua ex-mulher) e o administrador das terras (seu ex-sogro). Para tanto, fundamentou sua pretensão no direito de passagem forçada, por encravamento de terras, conforme vinha sendo debatido nos autos, mas, deveria ter o feito com base na existência de servidão de trânsito, por destinação do proprietário (*destinatio patris familias*), já que o imóvel do autor tem outro acesso à estrada, ainda que precário e sujeito aos efeitos do mau tempo. Segundo descreveu o acórdão,

houve a aquisição de uma gleba para se obter acesso à servidão de passagem que conduza à estrada, essa aquisição implicou em melhoramentos na via de acesso às terras lindeiras; com a separação dos proprietários, as terras foram novamente divididas, atribuindo-se à meação da ex-mulher a parte que foi adquirida como forma de acesso; mesmo com a separação, o autor continuou a se utilizar do acesso na qualidade de arrendatário das terras; com o fim do arrendamento ocorreu o fechamento da passagem e o autor perdeu o acesso à estrada por aquela via.

Conforme destacou o acórdão, a questão referente à passagem forçada já vinha sendo discutida nos autos e o pedido foi no sentido de manutenção da posse sobre aquela área, pelo que foi mantida a decisão do juízo *a quo* que reconheceu o direito da parte autora (ora recorrida). Entretanto, tal solução não se afigura correta, já que esse mesmo autor, conscientemente, atribuiu aos fatos uma determinada qualificação jurídica para que a demanda fosse julgada procedente nesse sentido, sendo que tais conjuntos de fatos; entretanto, não se enquadraram na *fattispecie* legal.

Salienta Calmon de Passos: “se a consequência jurídica pretendida é diversa ou se para a mesma consequência é fato novo que se invoca, não há que se falar em identidade de causa de pedir”¹²⁶, sendo que a questão aqui não é de falta de clareza ou de precisão na

126 PASSOS, 1998, p. 267.

qualificação jurídica¹²⁷ mas, sim, a de qualificar juridicamente os fatos de forma equivocada, em dissonância com o modelo legal.

Suponha que o réu tivesse se defendido alegando que não se trata de servidão de passagem porque o imóvel não se encontra encravado, ou outra defesa nesse sentido. Ele seria surpreendido com a posição do Tribunal que, ao ter desconsiderado a qualificação jurídica dada pelo autor, tomou posição na causa e modificou a *causa petendi* próxima para adequá-la à *fattispecie* prevista em lei. Dessa forma, houve flagrante violação ao princípio da estabilidade da demanda.

4.11 Causa superveniens e modificação da causa de pedir (arts. 131; 303, I, e 462 do CPC)

João de Castro Mendes, ao comentar os “articulados supervenientes” e citar o art. 506, n. 2, do Código de Processo Civil português, aduz que “dizem-se supervenientes tanto os fatos ocorridos posteriormente ao termo dos prazos marcados nos artigos precedentes”¹²⁸ (fatos objetivamente supervenientes ou superveniência objetiva) “como os fatos anteriores de que a parte só tenha conhecimento depois de findarem esses prazos, devendo neste caso produzir-se prova da superveniência”¹²⁹ (fatos subjetivamente supervenientes ou, também, superveniência subjetiva). A possibilidade de alegação de tais fatos, no direito brasileiro está expresso no art. 303, I, do CPC.

Na análise do presente tópico, o art. 462 do CPC determina que deverá o juiz, no momento da prolação da sentença, de ofício ou a requerimento, tomar em consideração o surgimento, após a propositura da demanda, de algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito, se este influir no deslinde da questão posta em juízo. Do mesmo modo, o art. 131 do CPC dispõe que o juiz atenderá aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes.

127 GRECO, 2003, p. 62.

128 MENDES, 1974, p. 617-618.

129 Ibidem.

A primeira dúvida que surge, nos remetendo às teorias sobre a identificação da causa de pedir, é a seguinte: se já foi afirmado que os fatos alegados pelo autor identificam a demanda, de modo que este não os pode modificar após a sua estabilização, como o art. 462 dispõe peremptoriamente que o juiz deve considerar outros fatos diversos dos alegados pelo demandante? A meu ver, tal dispositivo, como também o art. 131 do CPC, não abre uma exceção ao princípio da inalterabilidade da causa de pedir (art. 264 do CPC), mas pode, algumas vezes, ocasionar a extinção do processo¹³⁰.

Um exemplo vai facilitar: no caso de uma ação de despejo para uso residencial de ascendente (art. 47, III, da Lei n. 8.245/1991), ocorreu o falecimento da genitora do autor, beneficiária da retomada, durante a fase instrutória. Diante de tal fato superveniente, é evidente a falta de interesse, também superveniente – desculpe-me a redundância – no despejo pretendido¹³¹ se, por óbvio, esta for a única causa de pedir utilizada na ação.

Contudo, a questão não é tão simples assim. Será que em todas as demandas, tais fatos supervenientes podem ser considerados de ofício pelo juiz? Qual o limite tendo em vista a estabilização da demanda? Em relação a tais indagações e ao vislumbrar uma possível modificação da causa de pedir, faz-se mister diferenciar o tratamento dado às ações que se baseiam em direitos absolutos, daquelas relativas a direitos relativos. Lembre-se que, quando da análise das teorias da individualização e substanciação, de muito, a doutrina tenta traçar distinções entre esses dois direitos, mas, certamente, aqui, tal diferença torna-se de suma importância. Nas palavras de Leonardo Greco:

A primeira regra seria a de que nos direitos absolutos (direitos reais de gozo, direitos relativos ao estado das pessoas e direitos da personalidade), salvo evidente manifestação em contrário do autor, aplica-se o preceito do artigo 462, podendo o juiz conhecer do direito com base em outros fatos além

130 “A experiência demonstra que o fato superveniente constitutivo faz nascer, para o autor, o interesse de agir, enquanto o fato extintivo o fulmina, impondo ao juiz, a teor do art. 267, VI, a extinção do processo sem julgamento do mérito” (CRUZ e TUCCI, 2001, p. 177).

131 *Idem*, p. 176.

daqueles enunciados pelo autor na petição inicial, desde que sejam fatos da mesma *fattispecie*, isto é, fatos com as mesmas características jurídicas dos fatos alegados inicialmente¹³².

[...]

Assim, se a mulher propõe contra o marido ação de separação alegando agressão física no dia 1º de janeiro de 2002, mas afinal esse fato não fica demonstrado, mas sim que a autora foi vítima de agressão no dia 20 de março, este outro fato deve servir para sustentar o acolhimento do pedido de separação, devendo o juiz submetê-lo ao crivo do contraditório, de modo a permitir que as partes ofereçam alegações e provas a seu respeito¹³³.

Dessa forma, nas ações que tratam dos direitos autodeterminados (vide tópico 3.5), os acontecimentos que devam ser considerados de ofício, ou a requerimento, são os incluídos na mesma *fattispecie*, sem mudança do fato jurídico, se respeitado aquele limite da espécie legal. Novamente, salienta-se que o pedido feito pelo autor vai influir em muito nessa possibilidade de alegação superveniente dos fatos. Assim, no exemplo supramencionado, se o pedido feito fosse o de “separação tendo em vista a agressão no dia 1º de janeiro de 2002”, a meu ver, e no daquele doutrinador, seria inconcebível a análise *a posteriori* de uma agressão perpetrada no dia 20 de março de 2002.

Interessante notar que é mantida, na análise da teoria exposta, a mesma ideia defendida no presente trabalho de que a demanda é identificada, inicialmente, pelos fatos ditos principais. O que muda, na realidade, é somente o enfoque dado a esse fato principal. Assim, nas demandas relacionadas a direitos absolutos, tal fato é visto de forma muito mais abrangente, a permitir uma maior maleabilidade.

No que diz respeito aos direitos relativos, a situação é um pouco diferente, já que, conforme visto nos tópicos 3.4 e 3.5, a cada novo fato surge uma nova demanda e, em função disso, a noção de fato jurídico é muito mais restrita, a não permitir ampliações. Outrossim,

132 GRECO, 2003, p. 68. Vale somente destacar que, pelo menos, nos limites das obras pesquisadas tal ideia é defendida originariamente pelo autor mencionado.

133 Idem, p. 69.

é despiendo repetir que tudo vai depender da intenção do demandante, manifestada por meio do pedido. Por exemplo, em uma ação com o fito (pedido) de responsabilizar administrador de uma empresa por um determinado período, muito provavelmente quaisquer fatos pertinentes, que ocorram durante tal interregno, mesmo que o autor só tome conhecimento deles *a posteriori*, estarão abrangidos no pedido e poderão ser conhecidos pelo juiz de ofício, a teor do art. 462 do CPC. O mesmo se diga em relação às ações de declaração com cunho negativo que possuem um pedido bem abrangente, ou seja, o de negar qualquer tipo de relação jurídica existente¹³⁴.

4.12 Análise do artigo 474 do Código de Processo Civil

Nas palavras de Araken de Assis, “indubitavelmente, o art. 474 constitui uma fonte de tormentas e um campo de ensaio inexaurível”¹³⁵. Ao invés de somente ressaltar os aspectos teóricos do grande problema doutrinário que envolve o citado artigo, vamos trazer à baila casos práticos descritos por alguns autores, para, posteriormente, tentar coaduná-los com o entendimento a ser exposto¹³⁶.

1º caso – Ação de imissão na posse proposta por Mévio em face de Tício, em que este alega em sua defesa todas as questões de fato e de direito (CPC, art. 300) relativas à obrigação de prestar posse, com exceção de retenção das benfeitorias necessárias. A demanda foi julgada procedente, sendo que a questão relativa às benfeitorias sequer foi discutida. Tício poderá utilizar os embargos de retenção (CPC, art. 743, § 1º, I, c/c CC/2002, art. 1.219) invocando exatamente a referida exceção?¹³⁷

134 GRECO, 2003, p. 70.

135 ASSIS, 2002, p. 143.

136 Os dois primeiros problemas foram citados por Araken de Assis (2001, p. 216); o segundo, por Theophilo Antonio Miguel Filho (2002, p. 33).

137 Theotônio Negrão (2003, p. 786) aduziu, entretanto, que após as modificações introduzidas pela Lei n. 10.444/2002, de 7.5.2002, somente na execução para a entrega de coisa por título extrajudicial serão cabíveis embargos de retenção – nota ao art. 744, n. 4.

2º caso – Júlia ajuíza ação de divórcio em face de Tício, alegando adultério e abandono do lar, fatos enquadrados como “grave violação dos deveres do casamento” (CC/2002, art. 1.572 c/c 1.566). Na hipótese de ter sido a demanda julgada improcedente, haveria possibilidade de Júlia propor nova ação alegando ruptura da vida em comum há mais de cinco anos (CC/2002, art. 1.572, § 1º)?

3º caso – Uma pessoa jurídica impetra ação mandamental contra o ato do Chefe da Divisão de Arrecadação do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), objetivando ser desobrigada do recolhimento do adicional de 2,5% incidente sobre a contribuição previdenciária devida (Lei n. 8.212/1991, art. 22, § 1º), pelo fato de a cobrança do indigitado acréscimo violar o princípio da isonomia, uma vez que confere tratamento tributário desigual a contribuintes que têm a mesma capacidade contributiva. Denegada a segurança, poderia a mesma pessoa impetrar outro *writ of mandamus* a objetivar a concessão da ordem judicial para afastar a cobrança do mesmo adicional, haja vista não se enquadrar nas hipóteses previstas em lei para tal cobrança por não ser sociedade seguradora?

A redação do art. 474 do CPC é responsável pelo que a doutrina chama de efeito preclusivo da coisa julgada, sendo consequência, na visão de Machado Guimarães, da eficácia panprocessual da coisa julgada¹³⁸, ao estabelecer que, “Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”. Em referência a dispositivo análogo ao do Código de Processo Civil de 1973, fazem-se presentes as palavras de Liebman:

Importa realçar que a afirmação freqüente, segundo a qual se estenderia a coisa julgada a todas as questões debatidas e decididas, é duplamente inexata.

Em primeiro lugar, porque se estende também a questões não debatidas nem decididas: se uma questão pudesse ser discu-

138 GUIMARÃES, 1969, p. 23. O referido autor faz distinção entre coisa julgada material e a eficácia preclusiva e afirma que o fundamento da regra *tantum iudicatum quantum disputatum vel quantum disputari debebat* não é “nem a noção de coisa julgada, nem a de preclusão; é, sim, a eficácia preclusiva pan-processual da coisa julgada”.

tida no processo, mas de fato não o foi, também a ela se estende, não obstante, a coisa julgada, no sentido de que aquela questão não poderia ser utilizada para negar ou contestar o resultado a que se chegou naquele processo. Por exemplo, o réu não opôs uma série de deduções defensivas que teria podido opor, e foi condenado. Não poderá ele valer-se daquelas deduções para contestar a coisa julgada. A finalidade prática do instituto exige que a coisa julgada permaneça firme, embora a discussão das questões relevantes tenha sido eventualmente incompleta; absorve ela, desse modo, necessariamente, tanto as questões que forma discutidas como as que o poderiam ser. Nesse sentido dispõe exatamente o parágrafo único do art. 287 do Cód. de Proc. Civil¹³⁹.

Com o dispositivo em foco, Dinamarco aduz:

O Código apega-se à tradicional ficção de existência de um “julgamento implícito” da matéria deduzível (art. 474: “reputar-se-ão deduzidas a repelidas todas as alegações e defesas que a parte poderia opor [...]”), o que constitui evidente impropriedade: o que se quer afirmar é que se não podem levantar, a respeito da mesma pretensão, questões argüidas ou que o podiam ser, se com isto se consiga diminuir ou atingir o julgado imutável, e, conseqüentemente, a tutela jurisdicional nele contida”¹⁴⁰.

Da mesma forma, vale transcrever as palavras de Araken de Assis que tentam justificar a redação ambígua do art. 474 e comprovar que o referido dispositivo necessita de uma correta interpretação: “resta claro o espírito que presidiu o nascimento do art. 474: a necessidade prática de recusar, no futuro, um novo processo, tendo por causa de pedir aquela porção da lide pré-processual excluída, voluntariamente, da primeira demanda”¹⁴¹.

O problema cinge-se aos seguintes questionamentos: cada ação proposta corresponde a uma determinada pretensão, individualizada, na maioria dos casos, pelos três elementos: partes, pedido e causa de pedir (CPC, art. 301, §2º). Como coadunar tal assertiva com o disposto

139 LIEBMAN, 1984, p. 56.

140 DINAMARCO, 2001, p. 47.

141 ASSIS, 2001, p. 108.

no art. 474, se este determina um julgamento implícito para além das alegações e defesas das partes? E mais: como aceitar uma interpretação excessivamente ampla desse artigo, juntamente com o princípio da eventualidade, se ela virá em prejuízo da perda da faculdade do autor de formular o mesmo pedido com causa de pedir diversa?¹⁴²

José Maria Tesheiner faz referência à existência de duas correntes no Direito brasileiro: a primeira que sustenta ser preciso, para ocorrer tal extensão da coisa julgada, que os fatos não alegados digam respeito à mesma causa petendi; e a segunda cujo entendimento é o de conferir à causa petendi extensão maior do que a compreendida pelos fatos invocados como fundamento do pedido¹⁴³.

Araken de Assis leciona que, ao se adotar uma visão radical do art. 474 do CPC, não se pode realizar qualquer construção uniforme da ideia de objeto litigioso. Assim, no clássico exemplo das ações fundadas em erro ou dolo (ambos vícios de consentimento), não obstante diversas as causas de pedir,

porque os fatos jurídicos ensejam direitos subjetivos ao desfazimento do negócio jurídico por dolo e por erro, a eficácia preclusiva da coisa julgada abrangeria, na sua exegese mais radical, esta última (erro), se exposta, na inicial, somente a outra (dolo)¹⁴⁴.

Não precisa haver um raciocínio muito complexo para se concluir, *prima facie*, que o art. 474 deve ser objeto de uma interpretação sistemática, a adequar-se ao próprio Código de Processo Civil, nos dispositivos que procuram limitar a demanda, em respeito à própria Constituição Federal, art. 5º, XXXV. Em função disso, a segunda corrente torna-se inaceitável.

142 GRECO, *op. cit.*, p. 71.

143 TESHEINER, 2001, p. 156 e 158. Filiando-se à primeira corrente, o referido autor nos fornece o seguinte exemplo: “O dispositivo citado impede que o autor, vencido em uma ação proponha outra, com idêntico pedido, alegando fato diverso, mas virtualmente compreendido na mesma causa de pedir. Entendemos que tais são os eventos diversos, da mesma natureza, conducentes ao mesmo efeitos jurídico. Assim, se o autor pede o despejo, alegando danos nas paredes do imóvel, não pode propor outra, alegando danos nas portas, salvo se ocorrido após o encerramento da instrução” – *idem*, p. 47.

144 ASSIS, 2001, p. 145.

Para o melhor deslinde dessa questão, faz-se mister trazer à baila a anterior distinção já feita entre fato principal e fato secundário, este último utilizado para identificar os necessários limites daquele. Cada novo fato principal justifica a instauração de uma nova demanda, de modo que o art. 474, ao instituir um sistema de preclusão para além das alegações realizadas pelas partes em juízo, somente pode estar a se referir ao fato dito secundário.

Araken de Assis, em citações a Franco Lancellotti, ratifica que o chamado julgamento implícito “não diz respeito aos pressupostos lógicos da sentença e, sim, a elementos ‘novos’, que a parte poderia utilizar para pedir ou se defender; todavia, o ‘novo’ não pode configurar uma outra causa de pedir, pois, então, não se opera a preclusão”¹⁴⁵. Na mesma esteira de raciocínio, aduz Cruz e Tucci:

Ora, como já procuramos deixar patenteados, a regra da eventualidade e respectiva substanciação da demanda dizem respeito exclusivamente ao *fato essencial*, ou seja, àquele delimitado pelo autor na petição inicial, de sorte que se puder ser deduzida outra questão, ainda que par ao mesmo pedido, não haverá óbice algum para a propositura de outra ação, uma vez que esta não será idêntica à primeira¹⁴⁶.

Nessa linha de defesa, Vicente Greco Filho, com o fito de destacar que não são quaisquer fatos que podem vir a justificar uma nova demanda, aduz que cada ação merece a descrição de novos fatos, “ainda que todos ocorridos na mesma oportunidade, ou um seja verdadeiro e outro não, desde que cada um deles seja juridicamente relevante para fundamentar o pedido”¹⁴⁷. Esse, também, é o ensinamento de Leonardo Greco:

na verdade, o que fica precluso para o autor como conseqüência do trânsito em julgado da sentença de mérito é a possibilidade de invocar outros fatos simples ou circunstâncias que não alterem a causa de pedir. Também ficam seguramente preclusas as defesas indiretas do autor às defesas indiretas do réu que,

145 ASSIS, 2001, p. 230.

146 CRUZ e TUCCI, op. cit., p. 226.

147 GRECO FILHO, 2000, p. 92.

pelo princípio da eventualidade, deveriam obrigatoriamente ter sido objeto de alegação na réplica (artigo 326)¹⁴⁸.

Interessante conclusão a ser retirada é a de que, da mesma forma em que se permite às partes realizarem mudanças em relação aos fatos secundários, sem que isso importe em uma alteração na causa de pedir, o julgamento implícito determinado pelo art. 474 deve se referir a esses mesmos fatos, pois é como se o sistema trouxesse a seguinte determinação ao demandante: “estou autorizando mudanças de fatos secundários no decorrer do processo e, caso estas não sejam feitas, não mais poderão ser trazidas em juízo, em virtude do efeito preclusivo da coisa julgada”.

Dessa forma, *verbi gratia*, se alguém alega dolo como vício do consentimento e, ao mesmo tempo, refere-se a circunstâncias diferentes, as quais, todavia, concorrem como elementos integrantes da figura do dolo, não há modificação da causa de pedir¹⁴⁹. Por isso, caso tais circunstâncias não sejam alegadas, a coisa julgada incidirá sobre elas. O mesmo não ocorrerá se a parte quiser em demanda posterior alegar coação ou erro essencial que constituem fato principal diverso.

Diante de tudo o que foi exposto e destacando que a presente matéria é de grande controvérsia na doutrina e na jurisprudência, de modo que seria bem-equivocado reconhecer que as demais soluções não gozam de igual prestígio, as respostas que se afiguram mais razoáveis para os problemas inicialmente postos, segundo os ensinamentos até então expostos, são as seguintes:

1º caso – o desembargador Athos Gusmão Carneiro, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, entendeu incabíveis os embargos fundados na exceção (1ª CC, AC 30.902, DJ de 10.10.1978). No mesmo sentido, posicionou-se Araken de Assis¹⁵⁰. Tal solução, entretanto, não se afigura adequada e confronta diretamente com outra posição do mesmo tribunal. Nesse sentido: Apelação Cível 70005804950 (rel. des. Guinther Spode)¹⁵¹. Não se pode estender os efeitos da coisa julgada à

148 GRECO, op. cit., p. 71.

149 Vicente Greco Filho em citações a Liebman (1984, p. 92).

150 ASSIS, 2001, p. 234.

151 TJRS – 19ª CC – Julgamento em 26.9.2003, com publicação no Diário da Justiça de 1º.10.2003 – Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em:

questão da retenção das benfeitorias (matéria de defesa) se este assunto não foi discutido no processo de conhecimento.

2º caso – o desembargador Tulio Medina Martins, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, entendeu possível a segunda demanda (1ª CC, AC 39.478, DJ de 16.2.1982), o que parece acertado. Araken de Assis dispôs contrariamente e afirmou que, ao se permitir a utilização dessas causas de pedir no segundo processo, uma eventual solução de procedência implicaria inevitável confronto com o resultado prático do primeiro¹⁵².

3º caso – o juiz Theófilo Antônio Miguel Filho entendeu pela impossibilidade de desenvolvimento da segunda demanda, sob o argumento de que a causa de pedir não pode ser desdobrada em diversos argumentos, a gerar diversas ações e oportunidades para obtenção do sucesso da pretensão¹⁵³. Tal solução, ao se adotarem os argumentos já esboçados, deveria ter sido outra, tendo em vista que a causa petendi da primeira ação funda-se em fato principal diverso da segunda (inexistência da relação jurídica entre o INSS e a pessoa jurídica).

4.13 Litispêndência e causa de pedir

A doutrina, de forma geral, aponta diversos objetivos – sob um aspecto, ligados entre si – para o instituto da litispêndência, dentre eles podemos destacar:

- I. evitar a duplicação de esforços dos integrantes do processo e contradição entre as decisões¹⁵⁴;
- II. obter segurança jurídica, estabilidade nas relações sociais e, assim, evitar a perpetuação dos conflitos de interesses¹⁵⁵;

16.12.2006 – Destacou o referido Desembargador: “Correta a sentença vergastada, pois tem predominado na jurisprudência o entendimento segundo o qual os embargos ora em foco são perfeitamente admissíveis, desde que, obviamente, tal temática não tenha sido debatida no processo de conhecimento. Não desconheço, de outra banda, que há outras teses a propósito desta questão, inclusive aquela que entende ser irrelevante ter sido debatida o tema das benfeitorias no processo de conhecimento, pois sempre será possível a interposição dos embargos de retenção (RJTJESP 80/70)”.

152 ASSIS, 2001, p. 234.

153 MIGUEL FILHO, 2002, p. 33

154 CRUZ e TUCCI, op. cit., p. 221.

155 MIGUEL FILHO, 2002, p. 33.

III. assegurar que a duração da demanda não prejudique a eficácia de uma futura sentença que declare o direito da parte¹⁵⁶.

Reportando-se ao último objetivo citado, Francisco Málaga Diéguez define a litispendência como um conjunto de efeitos processuais previstos pela lei e em favor de uma ou ambas as partes, que se manifestam na pendência da demanda e tem por objetivo garantir a eficácia de um futuro pronunciamento judicial, a evitar que as partes sofram as consequências nocivas da duração da lide¹⁵⁷. Este último aspecto constituiria o componente teleológico do instituto da litispendência.

No que tange à causa de pedir, o referido autor aduz que se em duas demandas se formula a mesma pretensão, entre as mesmas partes, baseadas nos mesmos fatos individualizadores, a mera mudança na qualificação jurídica não altera, nem transforma a causa de pedir, devendo o segundo juiz acolher o efeito excludente do instituto da litispendência¹⁵⁸.

Essa é a opinião de José Carlos Barbosa Moreira, isto é, de que uma qualificação jurídica, diferente da originariamente atribuída, não determina alteração da causa petendi, a não ser que o autor passasse a narrar outro fato, mesmo que continuasse a atribuir a mesma qualificação jurídica. Aquele autor oferece como exemplo a ação em que uma das partes chama de “dolo” ao que antes denominara “erro”¹⁵⁹.

É possível se visualizar a litispendência quando “duas ou mais ações conduzem ao mesmo resultado; por isso que: *electa una*

156 DIÉGUEZ, 1999, p. 33.

157 Idem, p. 32 e 38. Segundo o autor citado, todo processo tem uma duração temporal que muitas as vezes pode ser mais ou menos prolongada, sendo que no interstício entre os diversos atos processuais até a prolação da sentença podem ocorrer fatos que alterem as circunstâncias fáticas e jurídicas apresentadas inicialmente ao julgador. Ocorrendo tais acontecimentos, a litispendência viria para garantir que a declaração do direito na sentença se produza como se ele houvesse ocorrido no mesmo dia em que se firmou pendente a causa. Tais acontecimentos poderiam ser de ordem jurídica (ex.: durante a demanda se realiza uma modificação legislativa que deixa sem fundamento a pretensão do autor) ou fática (ex.: a execução da sentença resulta inviável porque existe outra decisão anterior sobre o mesmo objeto que já foi executado, apesar de derivar de um processo anterior) – idem, p. 41.

158 Idem, p. 542.

159 MOREIRA, 2001, p. 17.

via altera non datur”¹⁶⁰. No antigo julgamento do MS n. 3.569-DF, cujo relator foi o Ministro Milton Luiz Pereira¹⁶¹, foi assentado o seguinte entendimento: reconheceu-se a litispendência entre uma Ação Cautelar Incidental em que se pretendia da União Federal a permissão para a realização de um exame de vestibular e continuidade do curso de Medicina e, posterior, Ação de Mandado de Segurança, impetrado contra o ministro de Estado que fechara o curso de Medicina. O *mandamus* teria sido impetrado como sucedâneo da cautelar, cujo pedido de liminar foi desacolhido e, segundo o relator da demanda, ambas tiveram como “questão de fundo a continuação do Curso de Medicina”.

Da mesma forma,

a conclusão do Tribunal de origem, no sentido de que deve ser reconhecida a litispendência entre os *embargos à execução* e a *ação anulatória ou declaratória de inexistência do débito*, se identificadas as mesmas partes, causa de pedir e pedido, coaduna-se com a jurisprudência desta Corte Superior, incidindo, portanto, na espécie, a Súmula n. 83/STJ¹⁶².

Contudo, cabe trazer à baila uma situação em que o STJ, pelas transcrições do caso, analisou incorretamente o instituto da litispendência¹⁶³. Tratou-se de uma situação em que foram ajuizadas ações diversas com autores diversos (todos licitantes da Concorrência n. 13/2002) em face do mesmo réu, qual seja, o Município de São Paulo. Consignou o Ministro que uma das ações procurou anular ato administrativo (certame licitatório) e, assim, concluiu que todas

¹⁶⁰ STJ. MS 8483/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 27.4.2005, *DJ* 16.5.2005, p. 220 – Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15.12.2006.

¹⁶¹ STJ. MS 3569/DF, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Seção, julgado em 8.11.1994, *DJ* 5.12.1994, p. 33.512 – Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15.12.2006.

¹⁶² STJ. AgRg no Ag 1392114/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 6.10.2011, *DJe* 17.10.2011 – Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 12.12.2011.

¹⁶³ STJ. AgRg no REsp 1154853/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 5.5.2011, *DJe* 12.5.2011 – Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 12.12.2011.

as demais ações estariam sujeitas ao instituto da litispendência e deveriam ser extintas.

Os equívocos parecem evidentes: (1) a litispendência não pode atingir as partes não envolvidas nos feitos; (2) o ministro relator, para fundamentar o seu voto citou o MS n. 8.483/DF, da Primeira Seção do STJ, só que tal processo tratou do caso em que o autor promoveu diversas demandas para obter o mesmo resultado, isto é, hipótese diversa da discutida no caso; (3) na própria fundamentação do acórdão, o relator transcreveu a seguinte passagem:

Em verdade todas as ações deveriam ter sido apensadas para julgamento conjunto e único, pois criou-se uma “indústria” de ações declaratórias com o mesmo objetivo. Ora, se a primeira decisão acolheu a ação declaratória para “declarar a nulidade da concorrência n. 013/02, ficando prejudicados eventuais contratos de permissão assinados a partir de então”, evidentemente que tem efeito *erga omnes* posto que a anulação de um certame licitatório irradia efeitos em relação a todos os envolvidos.

Ora, se as demandas necessitavam de julgamento conjunto e único, por claro, isso entra em choque com a ideia de litispendência.

Se o que se busca é a anulação de um certame concorrencial, sem dúvida, é o caso de julgamento conjunto das causas, respeitado o limite plurissubjetivo (CPC, art. 46, parágrafo único) para que não haja tumulto processual. Ademais, conforme bem salienta Leonardo Greco, “O indivíduo não pode ficar vinculado, mediante um artifício jurídico, a uma decisão judicial tomada num processo em que ele não foi parte”¹⁶⁴. Se não ocorreu a citação dos demais interessados para figurarem no polo processual, nada impede que quaisquer deles proponham uma nova ação para declarar a validade do certame licitatório e essa ação teria como corréus não só o Município de São Paulo, como o autor da primeira demanda, “sendo que a segunda sentença, subjetivamente mais ampla, prevalecerá sobre a primeira”¹⁶⁵.

De qualquer forma, como já sustentado em considerações anteriores (vide tópico 3.11) – deve-se ter a noção de quais fatos iden-

164 GRECO, 2009, p. 486.

165 Idem, p. 486.

tificam a causa de pedir, juntamente com o respectivo fundamento jurídico. Assim, seguindo uma sequência, o pedido torna-se, como se referiu Leonardo Greco, a “regra de ouro”¹⁶⁶ para análise da causa de pedir. Se o autor delimitou-o por um determinado período, ou com determinadas características, o estudo da modificação ou não da causa de pedir estará dependente dele.

Somente a título de curiosidade, Calmon de Passos traz à baila interessante questão envolvendo o instituto da litispendência, mas que refoge ao âmbito estrito da causa de pedir ao levar as considerações mais para o pedido formulado. Para o referido autor, a ação declaratória negativa do devedor não obsta a propositura, pelo credor, da ação condenatória, inexistindo, na espécie litispendência, mesmo entre as mesmas partes, sobre o mesmo bem e tendo como causa de pedir o mesmo fato. Entretanto, o contrário já não é verdadeiro. Segundo este autor, já ajuizada ação de cobrança, não poderia o devedor propor ação declaratória negativa da existência do crédito porque “quem pede condenação pede, implicitamente, declaração de existência da dívida, que é condição indispensável à procedência da ação”¹⁶⁷.

Pertinente analisar quais espécies de ações são confrontadas: se heterodeterminadas ou autodeterminadas (vide tópicos 3.4 e 3.5). Nestas, como ficou esclarecido, o juiz poderia conhecer outros fatos, englobados na mesma fatiespecie, além dos enunciados pelo autor. Já nas demandas heterodeterminadas, caso isolado representa uma nova causa petendi, justificando uma demanda autônoma.

As questões relacionadas aos fatos principais e secundários, certamente, deverão, também, ser analisadas nas demandas heterodeterminadas para sua exata delimitação. Caso existam todos esses liames, faz-se mister o pronunciamento sobre a existência da litispendência; caso contrário, poderá haver mera conexão ou conexão, mas não extinção do processo sem julgamento do mérito (CPC, art. 267, V e § 3º).

166 GRECO, op. cit., p. 70.

167 PASSOS, op. cit., p. 266-267.

4.14 Exemplificações referentes à causa de pedir

4.14.1 Ações de separação judicial

De acordo com o art. 1.572 do Código Civil em vigor, a separação judicial pode ser fundamentada pela prática de qualquer ato que importe: “grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum”, “ruptura da vida em comum há mais de 1 (um) ano e a impossibilidade de sua reconstituição” e “doença mental grave”. Segundo Arnaldo Wald, nesse aspecto constituiu um retrocesso tendo em vista que em seu art. 1573 elenca as hipóteses de “impossibilidade da comunhão de vida”¹⁶⁸, fórmula diversa da utilizada pela Lei n. 6.515/1977, que era mais genérica¹⁶⁹.

Nesse sentido, Alexandre Lazzarini, em referência a Yussef Cahali, diferencia as causas jurídicas das causas legais, as quais dão ensejo à separação judicial. Enquanto estas são as causas que estão previstas em lei, aquelas são os fatos que servem de fundamento imediato da demanda, ou melhor, os fatos concretos. Por conseguinte, as causas jurídicas e as causas legais correspondem à causa de pedir remota. A causa de pedir próxima será a própria existência do casamento¹⁷⁰, cuja dissolução e repercussão jurídica dos fatos nele apresentados se pretende.

Cabe, antes de tudo, destacar a melhor doutrina e jurisprudência que entendem que a mera alegação de “violação dos deveres conjugais” não serve para identificar a causa de pedir, já que tal fundamento constitui unicamente causa legal e que, sem a causa jurídica, corresponde à simples hipótese abstrata prevista em lei. Isso significa que teria o autor, em cada caso, que alegar qual ou quais violações concretas foram levadas a cabo pelo cônjuge e que preencheriam a previsão legal.

168 “Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos: I – adultério; II – tentativa de morte; III – sevícia ou injúria grave; IV – abandono voluntário do lar conjugal um ano contínuo; V – condenação por crime infamante; VI – conduta desonrosa. *Parágrafo único.* O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum”.

169 WALD, 2002, p. 157.

170 LAZZARINI, 1999, p. 63-64.

Assim, para adentrar no cerne do problema da identificação da *causa petendi* nas ações de separação judicial e de dissolução da união estável, é importante, mais uma vez, localizar os fatos jurídicos, ou seja, aqueles fatos ditos principais, para saber a liberdade do autor em sua demanda e do juiz no momento da prolação de sua decisão. Tais ações de separação são identificadas pela sua causa jurídica que, por sua vez, remete à causa legal.

Importante citar um exemplo: se a causa da infração foi o abandono do lar, quaisquer acontecimentos que possam caracterizá-lo servirão para fundamentar a mesma *fattispecie* e, em função disso, deverão ser considerados de ofício pelo juiz. Outrossim, podem ser alegados livremente¹⁷¹ pelo autor, já que estarão sujeitos ao princípio da eventualidade e ao efeito preclusivo da coisa julgada.

Daí conclui-se que, apesar de o elemento concreto, que se relaciona com a “violação do dever de respeito ou do dever de fidelidade”, identificar a causa de pedir como fato jurídico principal, não se pode conceber que sempre que o autor realize, v.g., um ato de adultério com pessoa diversa, estar-se-á a alterar a causa de pedir. Isso porque a *fattispecie* nesse caso é o adultério, como fato principal, sendo que qualquer ato que o configure, independentemente da pessoa ou da frequência, estará abrangido na causa de pedir “do adultério” e deverá ser alegado pelo autor sem que isso importe em alteração daquele elemento¹⁷².

Do mesmo modo, o autor não tem ampla liberdade de mudança de diversas causas jurídicas, sob o fundamento de que todas “violam os deveres conjugais”. Não poderia ser diferente, já que esta

171 Nesses casos, obviamente, deve-se assegurar o direito ao contraditório, dando-se vista à outra parte para apresentação de contraprova.

172 Opinião contrária possui o professor Jorge Augusto Pais de Amaral (2001, p. 323), para quem “não há identidade de causa de pedir entre duas ações de divórcio, com fundamento na violação do dever de fidelidade, se numa foi invocado que o réu teve relações sexuais extra-matrimoniais numa determinada data e na outra ação foi alegado que o réu teve de novo relações sexuais, ainda que as tenha praticado com a mesma pessoa. Cada um destes actos em que se concretiza o adultério constitui uma nova causa de pedir. De modo semelhante se passam as coisas nas ações de anulação de negócios jurídicos, pois a causa de pedir será o vício concreto invocado para fundamentar a nulidade (erro, dolo, incapacidade etc.)”.

alegação não identifica a causa de pedir, mas corresponde somente a uma previsão legal, isto é, a um tipo aberto a ser preenchido com determinados casos concretos.

4.14.2 Ações reivindicatórias

Para a análise da causa de pedir nas ações reivindicatórias, muito esforço não será necessário, tendo em vista que se farão presentes todos os ensinamentos já expostos anteriormente: teorias da individualização e da substanciação; diferença entre direitos autodeterminados e heterodeterminados; fatos principais e secundários, dentre outros apontamentos.

Outrora, predominou entendimento, com base na teoria da individualização, de que em relação aos chamados direitos autodeterminados (direito de propriedade, reais de gozo e de personalidade, nestes incluídos os direitos personalíssimos e outros para o desenvolvimento da pessoa humana) não haveria necessidade de se indicar o fato constitutivo do direito, apenas a relação jurídica em si, já que aquele serviria, simplesmente, como meio de prova¹⁷³.

A tese defendida pela teoria da individualização é exposta por Juan Montero Aroca. Para este autor, a causa de pedir na pretensão reivindicatória é indicada pela alegação de propriedade e nada mais. Assim, a indicação de fatos que demonstrem a origem do direito de propriedade, como uma herança, uma doação determinada, uma compra e venda ou até a usucapião, apenas serviriam para demonstrar ao juiz o título de aquisição como meio de prova, não como elemento identificador da causa¹⁷⁴. Nesse sentido, conduz o seu pensamento:

La cosa juzgada que en el proceso se forme cubrirá todos los títulos posibles de adquisición, y por eso puede la jurisprudencia sostener que, reivindicada una finca con base en el título de adquisición de un contrato de compraventa, y desestimada la pretensión, no puede luego el demandante ejercitar otra vez la pretensión reivindicatoria alegando la usucapión, por ejemplo, por cuanto la cosa juzgada formada en el primer

173 CRUZ e TUCCI, op. cit., p. 241.

174 AROCA; COLOMER; REDONDO; VILAR, 2000, p. 195.

proceso opera en el segundo, concurriendo entre los dos identidad objetiva¹⁷⁵.

Seguindo essa linha de raciocínio, posiciona-se Francisco Málaga Diéguez:

Estos hechos constitutivos (vgr. en el caso de la propiedad los concretos modos de adquisición de la misma) fundamentan la pretensión, sirven para lograr una sentencia favorable; pero no son elementos esenciales del objeto del juicio, ya que el derecho absoluto afirmado por el actor queda perfectamente individualizado sin necesidad de acudir a ellos, debido a sus particulares característica¹⁷⁶.

José Ignacio Botelho de Mesquita, ao analisar especificamente o tema, conclui afirmando que, enquanto para a teoria da individualização a *causa petendi* é o próprio direito de propriedade em sua manifestação erga omnes e estável, para a teoria da substanciação a causa de pedir nas ações reivindicatórias é o próprio título de aquisição do direito de propriedade, tendo em vista que tal direito absoluto pode ser atingido de diversas formas¹⁷⁷.

José Augusto Pais de Amaral, ao adotar uma posição condicente com a teoria da substanciação (alegação dos fatos e fundamentos jurídicos), aduz que nas ações reais, a causa de pedir refere-se, especificamente, ao fato jurídico de que deriva o direito real, ou seja, o fato constitutivo que leva à aquisição da propriedade, em suas diversas manifestações, como a compra, doação, usucapião etc.¹⁷⁸

Na mesma linha de raciocínio, posiciona-se João de Castro Mendes, o qual aduz que, caso o autor perca a ação, no mérito, por não ficar comprovada uma determinada hipótese de aquisição do direito de propriedade, nada impede que ele venha a repetir a mesma

175 Idem, p. 196.

176 DIÉGUEZ, 1999, p. 533.

177 MESQUITA, 1962, p. 190-191.

178 PAIS DE AMARAL, 2001, p. 332.

ação, invocando outra causa de pedir, isto é, outro fato constitutivo do direito de propriedade¹⁷⁹.

José Ignácio Botelho de Mesquita resume de forma peculiar tal celeuma ao afirmar que “a *causa petendi* nas ações reivindicatórias se compõe das seguintes afirmações: a) o fato constitutivo; b) a relação jurídica; c) a pretensão de direito subjetivo particular; d) o fato do réu contrário ao direito afirmado pelo autor”¹⁸⁰. Por conseguinte, segundo este autor:

o direito de propriedade, enquanto efetivamente existente, não pode incidir, a um só tempo, mais que uma única vez sobre a mesma coisa; mas a *afirmação* da propriedade em juízo, por parte do interessado no reconhecimento de seu direito sobre determinada coisa, essa pode dar-se tantas vezes quantas se queira¹⁸¹.

Em relação ao requisito de alegação “do fato do réu contrário ao direito afirmado pelo autor”, faz-se presente o entendimento de João de Castro Mendes, citado por Cruz e Tucci, de que na ação de reivindicação a causa de pedir é necessariamente complexa, ou seja, há a necessidade não somente da indicação do direito real ou de seus fatos constitutivos, mas, outrossim, dos fatos que caracterizem a detenção de terceiro, em desconformidade com aquele direito¹⁸².

4.14.3 Ação rescisória

Como meio de impugnação autônomo da sentença de mérito, a ação rescisória visa a desconstituir a coisa julgada material, devendo sua petição inicial conter todos os requisitos do art. 282 do CPC e, se for o caso¹⁸³, dois pedidos específicos: o primeiro de rescisão

179 CASTRO MENDES, 1974, p. 68. Nesse sentido também posiciona-se Antônio Santos Abrantes Geraldês (1999, p. 206).

180 MESQUITA, 1962, p. 196.

181 MESQUITA, 1962, p. 194.

182 CRUZ e TUCCI. op. cit., p. 245.

183 O juízo rescindendo estará sempre presente. O mesmo não se poderá afirmar do juízo rescisório. Barbosa Moreira (2003, p. 178) explica tal assertiva já que, por exceção, em alguns casos, “(a) basta o pedido de rescisão da sentença – “v.g., se

(*judicium rescindens*) e o segundo de rejuízoamento da lide (*judicium rescissorium*). Cabe asseverar que tal cumulaçaõ, quando possível, é obrigatória, ao contrário do disposto no art. 292 do CPC¹⁸⁴.

A coisa julgada constitui uma garantia prevista na Constituição Federal em seu art. 5º, XXXVI, e está ao lado de outros diversos direitos individuais, sendo, assim, fundamental para a segurança nas relações jurídicas. Natural que qualquer ação que vise a desconstituí-la deverá estar sujeita a determinados requisitos. No Direito brasileiro, todas as hipóteses previstas para a ação rescisória são taxativamente arroladas, em *numerus clausus*, no art. 485 do CPC.

Nelson Nery Júnior é do entendimento de que não cabe ampliação dos referidos dispositivos por interpretação analógica ou extensiva¹⁸⁵. José Carlos Barbosa Moreira, por sua vez, entende não ser possível o uso da analogia, não ocorrendo o mesmo em relação à interpretação extensiva e, como exemplo, entende que o inciso VIII, quando faz referência à “confissão”, também estaria a abranger o reconhecimento do pedido¹⁸⁶.

É cediço na doutrina a diferença que se faz entre *error in procedendo* e *error in iudicando*. Os referidos dispositivos do art. 485 do CPC tratam basicamente de duas matérias: a) nulidade da sentença (incisos I ao V e VIII); b) erro de julgamento (incisos VI, VII e IX), sendo que cada um dos incisos tratam de possíveis causas de pedir a serem veiculadas na referida ação.

No que diz respeito especificamente à causa de pedir, José Rogério Cruz e Tucci, ao partir da análise de que as hipóteses elencadas para rescisão da sentença subordinam-se, em sua totalidade, ao regime reservado às *quaestiones facti*, entende que também é aplicável na ação rescisória a regra exposta pelo brocardo *iura novit curia*,

o fundamento é a ofensa à *auctoritas rei iudicatae* de sentença anterior sobre a mesma lide (art. 485, n. IV), quando nada mais se precisará fazer, no caso de procedência, que desconstituir a segunda decisão; ou (b) à rescisão não se há de seguir, *incontinenti*, o rejuízoamento da causa pelo próprio tribunal, tornando-se necessária, em vez disso, a remessa a outro órgão – v.g., se o fundamento é a incompetência absoluta do que proferira a sentença (art. 485, n. II, *fine*), a menos que competente fosse o órgão mesmo que funcionou no *iudicium rescidens*”.

184 Idem, p. 178.

185 NERY JUNIOR; ANDRADE NERY, 1999, p. 943.

186 MOREIRA, op. cit., p. 154.

a dispensar a “indicação do inciso em que lastreado o pedido de rescisão, sendo absolutamente indiferente se o autor, na inicial, deixou de mencioná-lo ou se, por engano, colacionou permissivo diverso”¹⁸⁷.

No mesmo sentido, posiciona-se José Carlos Barbosa Moreira, acrescentando que, na hipótese do art. 485, inciso V do CPC, o equívoco na indicação da disposição legal supostamente violada não vincula o órgão julgador, que, diante das questões de fato expostas pelo requerente, pode examinar o pedido e acolhê-lo, se for o caso, à luz do dispositivo adequado¹⁸⁸. José Jesus Cazetta Júnior posiciona-se em sentido contrário, entendendo que não teria cabimento a extensão do princípio do *iura novit curia* ao próprio conteúdo da *causa petendi*¹⁸⁹.

Ainda ao tratar do inciso supramencionado, José Carlos Barbosa Moreira aduz que, a cada vez que o requerente indicar uma norma que foi violada, haverá uma nova causa de pedir, não podendo o órgão julgador acolher o pedido senão com base em alguma das proposições apontadas. Assim, deve haver uma perfeita delimitação, se em relação ao número do artigo ou do parágrafo, do seu conteúdo¹⁹⁰.

Interessante destacar as diversas expressões utilizadas pelos diversos doutrinadores e juízes na hora de se posicionar a favor ou contra à aplicação do brocardo *iura novit curia* na ação rescisória. Fala-se em “mudança na indicação do inciso”¹⁹¹, “disposição legal violada”¹⁹², “fundamento legal diverso”¹⁹³, “cabe ao juiz conferir o adequado enquadramento legal”¹⁹⁴ etc.

187 CRUZ e TUCCI, op. cit., p. 259.

188 MOREIRA, op. cit., p. 132, 153 e 154.

189 CRUZ e TUCCI; BEDAQUE, 2002, p. 244.

190 MOREIRA, op. cit., p. 132.

191 AR n. 184066454 – 3ª Câmara Cível – Julgamento em 16.10.1985 – Rel. Juiz Celeste Vicente Rovani – Comarca de Porto Alegre – RT 605/178, março/1986.

192 STJ. REsp 7154/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, segunda turma, julgado em 8.5.1991, DJ 3.6.1991, p. 7.417 – Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15.12.2006.

193 STJ. REsp 13399/RJ, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, julgado em 21.10.1991, DJ 18.11.1991, p. 16.511 – Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15.12.2006.

194 STJ. (1) REsp 7958/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 1º 12.1992, DJ 15.2.1993, p. 1.687; (2) REsp 19992/SP, Rel.

Como já disposto alhures, não se deve confundir o simples dispositivo legal apontado com o fundamento jurídico da causa de pedir. Certamente, aquele poderá ter o seu devido enquadramento feito pelo juiz, mas, no que diz respeito ao fundamento jurídico realizado pelo requerente, se este conscientemente fundamentou sua petição inicial de forma errônea, não poderia o órgão jurisdicional suprir tal falha, julgando procedente a ação¹⁹⁵.

4.14.4 Recursos extraordinário e especial

Ada Pellegrini Grinover destaca três critérios de distinção entre os recursos chamados ordinários e os extraordinários. Estes podem ser vistos sob o ângulo de sua finalidade (proteção do próprio direito objetivo, ao contrário daqueles em que se objetiva a proteção do direito subjetivo da parte)¹⁹⁶, da matéria (apenas relacionam-se ao direito posto e não, cumulativamente, aos fatos) e dos requisitos de admissibilidade (especialíssimos, em oposição aos ordinários que possuem requisitos gerais)¹⁹⁷.

José Carlos Barbosa Moreira, ao comentar o assunto, entende que a distinção entre recursos ordinários e extraordinários a que faz referência o art. 467, parte final, do CPC não tem, no ordenamento pátrio, qualquer relevância teórica nem prática¹⁹⁸, como tem em outros países nos quais se reservam a denominação

Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 13.3.1995, *DJ* 17.4.1995, p. 9.581 – Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15.12.2006.

195 Nesse sentido: STJ. REsp 7958/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 1º 12.1992, *DJ* 15.2.1993, p. 1687 – Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15.12.2006.

196 José Carlos Barbosa Moreira (op. cit., p. 578) concorda que o recurso extraordinário não dá ensejo a novo reexame da causa, análogo ao que propicia a apelação, mas entende “excessivo negar que sirva de instrumento à tutela de direitos subjetivos das partes ou de terceiros prejudicados. Quando interposto pelo Ministério Público, na qualidade de *custos legis*, então, sim, visará de modo precípua ao resguardo da ordem jurídica positiva, do direito objetivo; mas essa não é uma peculiaridade do recurso extraordinário, pois o Ministério Público, no exercício daquela função, se legitima à interposição de *qualquer* recurso”.

197 GRINOVER; GOMES FILHO, 2001, p. 267.

198 MOREIRA, 2001, p. 116.

“extraordinário” aos “recursos interponíveis contra decisões já transitadas em julgado”¹⁹⁹.

Segundo este último autor, os recursos assim denominados extraordinários no direito brasileiro teriam peculiaridades próprias como quaisquer recursos, “mas insuficientes para fundamentar uma classificação de valor científico”²⁰⁰. De qualquer forma, um ponto é inquestionável, tendo relevância ou não a distinção entre as duas espécies de recursos, tanto o especial (CF, art. 105, III) quanto o extraordinário (CF, art. 102, III), espécies dentro do gênero recursos extraordinários possuem requisitos e peculiaridades muito singulares, dentre os quais está o estudo da *causa petendi*.

A Constituição Federal, nos incisos III dos arts. 102 e 105, deixa claro que a causa de pedir tanto no recurso extraordinário quanto no recurso especial deve envolver, respectivamente, questão constitucional (nesse sentido: STF, Rcl 2.252 AgR/PR²⁰¹) e questão federal, lembrando que a mera ofensa reflexa ao texto constitucional não basta para a interposição do recurso extraordinário (nesse sentido: STF, AI 257600 ED/SP²⁰²).

Não obstante a ideia de que os recursos especial e extraordinário servem para a análise das questões de direito, entendimento, em parte, consubstanciado nos verbetes de n. 279 e 7, das súmulas, respectivamente, do STF e STJ, isso não libera o recorrente de indicar na sua peça de interposição, conforme orienta o art. 541, inciso I, do CPC, as questões de fato e de direito discutidas. Entretanto, o fato constitutivo do direito:

centra-se na narração de uma situação jurídica (acórdão recorrido que, por exemplo, destoa de entendimento esposado em aresto de outro tribunal), associada à demonstração do cabimento do recurso – *ex vi* do inc. II do art. 541 (exposição

199 MOREIRA, 2003, p. 576.

200 MOREIRA, 2001, p. 116.

201 STF, Rcl 2252 AgR, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 23.4.2003, *DJ* 23.5.2003 PP-00032 EMENT VOL-02111-07 PP-01561 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15.12.2006.

202 STF, AI 257600 ED, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 15.5.2001, *DJ* 29.6.2001 PP-00053 EMENT VOL-02037-06 PP-01207 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15.12.2006.

analítica da divergência – cf. art. 255, § 2º, do RISTJ, com a invocação e comprovação do julgado paradigma)²⁰³.

No que tange à regra do *iura novit curia*, o entendimento predominante do STF é o de que tal brocardo não é aplicado em sede de recurso extraordinário, conforme se verifica das reiteradas decisões daquela Corte, tendo em vista que caberia ao requerente ventilar, especificamente, as questões objeto do recurso²⁰⁴.

O STJ se posiciona no mesmo sentido:

O recurso especial é apelo de fundamentação vinculada e, *por não se aplicar nessa instância o brocardo iura novit curia*, não cabe ao Relator, por esforço hermenêutico, identificar o dispositivo supostamente violado para suprir deficiência na fundamentação do recurso. Incidência da Súmula n. 284/STF²⁰⁵.

Tal posição, porém, mereceu crítica de José Rogério Cruz e Tucci:

203 CRUZ e TUCCI, op. cit., p. 264.

204 Nesse sentido: (1) STF. Recurso extraordinário. O recurso extraordinário, alegando que o acórdão recorrido ofendeu os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa, da acessibilidade das partes ao Poder Judiciário e da prestação jurisdicional, além de não explicitar quais os incisos do art. 5º da Constituição que prevêm esses princípios, o que é indispensável em se tratando de recurso extraordinário em que não vigora o princípio *iura novit Curia*, versou questões constitucionais que não foram ventiladas no acórdão recorrido, nem foram - como teriam de sê-lo ainda quando questões originárias do aresto recorrido - objeto de embargos de declaração, faltando-lhes, pois, se pudesse ser ultrapassado o óbice acima referido, o indispensável prequestionamento (súmulas 282 e 356). Recurso extraordinário não conhecido – RE 262797, Relator(a): Min. Moreira Alves, Primeira Turma, julgado em 18.4.2000, DJ 16.6.2000 PP-00041 EMENT VOL-01995-05 PP-01061 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15.12.2006. (2) STF. Agravo regimental. Não tem razão a agravante. Em se tratando de recurso extraordinário, é indispensável que a questão constitucional, ainda que com relação a uma parcela do índice sob exame, tenha sido ventilada no acórdão recorrido e seja atacada no recurso extraordinário, porquanto em recurso dessa natureza se julga nos limites do examinado pelo aresto recorrido e não se lhe aplica o princípio *iura novit Curia*. Agravo a que se nega provimento – AI 283690 AgR, Relator(a): Min. Moreira Alves, Primeira Turma, julgado em 26.9.2000, DJ 10.11.2000 PP-00098 EMENT VOL-02011-09 PP-01766 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15.12.2006.

205 STJ. AgRg no Ag 914.172/PR, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 16.8.2011, DJe 23.8.2011 – Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15.1.2012.

É evidente o equívoco! Aos recursos extraordinários e especial também se aplicam tais princípios, uma vez que os tribunais superiores não ficam adstritos à iniciativa do recorrente na identificação do permissivo do recurso. Dispensa-se, destarte, a indicação numérica (fundamento legal) do dispositivo constitucional que autoriza a interposição do recurso, mas não a omissão da indicação da tese ou do contexto [...] da indicação do contexto de que emerge a *questão constitucional* ou a *questão federal*²⁰⁶.

O mesmo autor cita acórdão oriundo do STJ, cujo relator foi o Ministro Eduardo Ribeiro, no mesmo sentido de seu posicionamento: “Para que a matéria tenha-se como prequestionada, não é indispensável que a decisão recorrida haja mencionado os dispositivos legais que se apontam como contrariados”²⁰⁷. Assim, o que importa é que a questão jurídica tenha sido versada.

Observe-se que a questão é controvertida. Até em relação ao chamado prequestionamento implícito (“alusão à tese ou ao princípio jurídico seguido pelo acórdão, mesmo sem qualquer referência ao respectivo fundamento legal, ou, então, o desacolhimento – implícito – de determinada regra jurídica pertinente ao caso vertente”²⁰⁸), há divergência entre as duas Cortes: o STJ, em diversos julgados, firmou entendimento pela sua possibilidade²⁰⁹; o STF não aceita tal possibilidade²¹⁰.

206 CRUZ e TUCCI, op. cit., p. 264.

207 STJ. REsp 1.871/RJ, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 17.4.1990, DJ 23.4.1990, p. 3.220.

208 CRUZ e TUCCI, op. cit., p. 265.

209 Nesse sentido: (1) STJ. REsp 234290/MS, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quinta Turma, julgado em 5.8.2003, DJ 13.10.2003, p. 396; (2) STJ. REsp 496279/RJ, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 4.9.2003, DJ 13.10.2003, p. 417; (3) STJ. REsp 419187/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Rel. p/ Acórdão Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 15.4.2003, DJ 8.9.2003, p. 352; (4) STJ. REsp 520827/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 24.6.2003, DJ 25.8.2003, p. 292, entre outros – Disponíveis em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acessos em: 15.12.2006; (5) AgRg no Ag 1007092/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 1º 12.2011, DJe 14.12.2011 – Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15.1.2012.

210 Nesse sentido: (1) STF. RE 361755 AgR, Relator(a): Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, julgado em 27.5.2003, DJ 22.8.2003 PP-00047 EMENT VOL-02120-36

Em função do exposto, vale destacar também a exigência de peculiar clareza na fundamentação exigida pelo enunciado de n. 284, sumulado no STF e repetido no próprio Regimento Interno daquele Tribunal em seu art. 321, *caput*²¹¹. O STJ tem também acentuado a necessidade de motivação do REsp, com expressa indicação do texto legal porventura ofendido (às vezes, refere-se a “dispositivo legal”), remontando-se ao enunciado do STF supramencionado²¹².

Além disso, é preciso demonstrar em que e como ocorreu a negativa de vigência do dispositivo legal para o dissídio jurisdic-

PP-07472; (2) STF. RE 344528 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 27.8.2002, *DJ* 4.10.2002 PP-00130 EMENT VOL-02085-05 PP-00996; (3) STF. AI 306307 AgR, Relator(a): Min. Moreira Alves, Primeira Turma, julgado em 25.3.2003, *DJ* 2.5.2003 PP-00029 EMENT VOL-02108-04 PP-00697 – Disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acessos em: 15.12.2006; (4) STF. AI 765066 AgR, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 2.8.2011, *DJe*-158 DIVULG 17.8.2011 PUBLIC 18.8.2011 EMENT VOL-02568-03 PP-00532 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15.1.2012.

211 “Art. 321. O recurso extraordinário para o Tribunal será interposto no prazo estabelecido na lei processual pertinente, com indicação do dispositivo que o autorize, dentre os casos previstos nos arts. 102, III, *a, b, c*, e 121, § 3º, da Constituição Federal”.

212 Nesse sentido: (1) “RECURSO ESPECIAL – INTERPOSIÇÃO /JULGAMENTO. Dentre as hipóteses do art. 105-III da Constituição, o recurso especial há de ser interposto devidamente motivado. Acaso deficiente em sua fundamentação, por exemplo, sem indicação de texto legal porventura ofendido ou de apresentação de interpretação divergente, torna-se inadmissível, de todo. Princípios das Súmulas 284 e 287/STF. Recurso especial não conhecido” – STJ. REsp 4485/MG, Rel. Ministro Nilson Naves, Terceira Turma, julgado em 18.9.1990, *DJ* 15.10.1990, p. 11.190 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15.12.2006; (2) ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO MILITAR. AJUDA DE CUSTO. MOVIMENTAÇÃO DE MILITAR PARA COMPOR COMISSÃO SEM DESLIGAR-SE DA SEDE. PORTARIA 327/GC3/2003. SÚMULA 284/STF. 1. O julgamento do recurso especial vertente não prescinde da interpretação de Portaria administrativa, podendo-se concluir que a alegada contrariedade ao direito federal é indireta ou reflexa. Daí a sua inadmissibilidade. (Precedente: AgRg no REsp 1.085.255/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 19.2.2009, *DJe* 11.3.2009). 2. Incide a Súmula 284 do STF (É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.), acarretando a inadmissibilidade do recurso especial, quando os motivos que embasaram a alegação de violação não guardam pertinência com o disposto no dispositivo legal indicado. (Precedente: AgRg no REsp 947.901/PR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 23.6.2009, *DJe* 6.8.2009). Agravo regimental improvido – STJ. AgRg no REsp 1283642/RN, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 13.12.2011, *DJe* 19.12.2011 – Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15.1.2012.

cial ficar caracterizado, conforme se afere do voto do Ministro Costa Lima do Superior Tribunal de Justiça: “Para viabilizar a interposição do recurso especial, com base na alínea a do permissivo constitucional, não basta relacionar dispositivos legais”²¹³.

Por fim, somente a título de ilustração, é interessante indicar alguns enunciados tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Superior Tribunal de Justiça que podem ser relacionados ao tema da causa de pedir de maneira ampla: (1) STF: enunciados de n. 228²¹⁴, 249, 279, 280, 282, 284, 288, 296, 399, 400, 454, 625, 630 e 636; (2) STJ: enunciados n. 5, 7, 13, 83, 86, 123, 126 e 211.

4.14.5 Intervenção de terceiros

Para que o instituto da intervenção de terceiros seja analisado juntamente ao elemento da causa de pedir, faz-se necessário destacar de forma rápida, mas *per si*, as características, que ora se tornam pertinentes, de cada uma das suas cinco espécies existentes no nosso ordenamento, sem esquecer que, muitas vezes, como ocorre na nomeação à autoria, a *causa petendi* pode permanecer completamente inalterável.

A assistência é uma forma de intervenção pela qual o assistente, com interesse na solução da lide – tal interesse pode ser direto ou indireto, isto é, o assistente pode ou não estar vinculado imediatamente àquela relação jurídica que está sendo discutida, a caracterizar, respectivamente, a assistência simples e litisconsorcial –, torna-se parte da relação jurídica processual com a finalidade ostensiva de coadjuvar a uma das partes, ou seja, de ajudar o assistido²¹⁵.

213 STJ. REsp 21755/TO, Rel. Ministro Jesus Costa Lima, Quinta Turma, julgado em 2.9.1992, DJ 21.9.1992, p. 15700 – Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15.12.2006.

214 Acerca de tal enunciado, no sítio do STF, consta a seguinte observação: “No julgamento do RE 84334 (RTJ 78/638), em sessão plenária, o Senhor Ministro Relator entendeu que, em face do Código de Processo Civil de 1973, é provisória a execução de sentença enquanto pende o julgamento do recurso extraordinário. Nesse sentido veja RE 82902 (RTJ 78/274), RE 82926 (RTJ 83/158) e RE 85761 (DJ de 25.4.1977). Com o advento da Lei 8038/1990, que introduziu modificação no art. 497 do Código De Processo Civil de 1973, a execução continua sendo provisória (essa lei apenas incluiu o recurso especial, que é da competência do STJ).”

215 CARNEIRO, 2001, p. 139.

Não se entrará no mérito de se analisar a natureza jurídica da posição do assistente: se de parte ou não²¹⁶. Contudo, um ponto é inquestionável: “é a causa de pedir que serve de conexão com o interesse jurídico que qualifica sua legitimação para intervir no processo *inter alios*”²¹⁷. E não poderia ser diferente, já que o Direito Processual Civil, obviamente, veda a intervenção de quaisquer pessoas, sob pena de flagrante falta de legitimidade, que não tenham qualquer pertinência subjetiva com a causa em discussão, sendo que, no caso da assistência, tal proximidade vai variar com a própria natureza do assistente (simples ou litisconsorcial).

Entretanto, a doutrina pacífica tenta limitar essa possibilidade de intervenção do assistente a um interesse exclusivamente jurídico. Nesse sentido, posiciona-se Athos Gusmão Carneiro: “Não é qualquer interesse que autoriza um terceiro a intervir no processo em favor de uma das partes, mas sim apenas o interesse jurídico. O interesse, v.g., meramente afetivo, ou meramente econômico, não faculta a assistência”²¹⁸.

José Raimundo Gomes da Cruz faz interessante observação ao afirmar que a ligação com a causa de pedir que ocorre na assistência também pode ser vista no recurso do terceiro prejudicado. Entretanto, nesse caso, há de se fazer uma diferenciação, qual seja: “como pode ser litisconsorte que de modo algum ingressou no processo antes da interposição do recurso, em tal hipótese a conexão resultaria, eventualmente, do pedido comum (inc. I do art. 46 do CPC). Fora daí, funcionará a causa de pedir (incs. II e III do art. 46 do CPC)”²¹⁹.

216 No sentido de que o assistente não é parte, mas sujeito do processo, está Athos Gusmão Carneiro (*idem*, p. 139): Para este autor, “O terceiro, ao intervir no processo na qualidade de assistente, não formula pedido algum em prol de direito seu. Torna-se *sujeito do processo*, mas *não se torna parte*. Em sentido contrário está Cândido Rangel Dinamarco (2001, p. 23) para quem o assistente “é parte, consequentemente, ainda que secundária, agregada à principal. Como parte que é no processo, tem liberdade de atuação, inclusive com o objetivo *ne fiat collusio*, apenas se lhe vedando os atos de disposição do direito material controvertido (do qual não é titular), a desistência da ação (não foi ele quem propôs a demanda) e, de modo geral, atos que contrariem a vontade manifesta do assistido no processo”.

217 CRUZ, 1990, p. 53.

218 CARNEIRO, *op. cit.*, p. 140.

219 CRUZ, *op. cit.*, p. 54.

Diferente análise deve ser feita no caso da segunda forma de intervenção de terceiros posta em destaque: a oposição. Nesta, ocorre o surgimento de uma nova ação pela qual o oponente apresenta uma pretensão que, por sua natureza, deve ser apta a excluir as partes da primeira ação²²⁰. Dessa forma, serão réus nessa segunda ação tanto o autor quanto o réu da demanda originária.

Aqui, ao contrário, segundo este último autor, “existe claramente pedido do oponente, verificando-se conexidade pelo objeto (art. 56 do CPC)”. Nessa linha, dispõe o art. 56 do CPC: “Quem pretender, no todo ou em parte, a coisa ou o direito sobre que controvertem autor e réu, poderá, até ser proferida sentença, oferecer oposição contra ambos”.

Em relação à nomeação à autoria cabe, *prima facie*, alegar que, em sua maioria, não se reconhece tal espécie como verdadeiro caso de intervenção de terceiros. Sua natureza jurídica é controvertida. Alguns entendem que é um meio de correção do polo passivo da relação processual já que visaria à “afastar da relação processual um réu que seja parte ilegítima *ad causam*, nela fazendo ingressar um réu legitimado para a causa”²²¹.

Entretanto, existe uma outra posição defendida por Leonardo Greco que, ao entender que as condições da ação são aferidas *in statu assertionis*, sustenta que tal instituto não poderia vir a solucionar o problema de falta de legitimação passiva, o que poderia ocasionar, no futuro, uma extinção do processo sem julgamento de mérito. De qualquer forma, não há qualquer interesse peculiar que deva aproximar tal instituto da causa de pedir²²².

O chamamento ao processo é devido nas hipóteses previstas no art. 77 do CPC e, por meio dele, o réu tem a faculdade (não obrigação) de, ao ser demandado pelo credor, acionar (mandar citar) os coobrigados a fim de que estes “ingressem na relação jurídica processual como seus litisconsortes, ficando destarte abrangidos pela eficácia da coisa julgada material resultante da sentença”²²³. Pelas hipóteses enu-

220 CARNEIRO, op. cit., p. 60.

221 Idem, p. 60.

222 CRUZ. op. cit., p. 54.

223 CARNEIRO, op. cit., p. 127.

meradas neste dispositivo, percebe-se, como salienta José Raimundo Gomes da Cruz, que:

no chamamento ao processo, conforme o modelo português, há pedido também em relação a quem é chamado ao processo (art. 80 do CPC), e não apenas questão relativa à causa de pedir, evidentemente válida para a configuração dos casos legais. Assim, a questão refoge do âmbito estrito da causa de pedir.

Por último, analisar-se-á o instituto da denunciação da lide, prevista no art. 70 do CPC. Da mesma forma que a oposição, a denunciação da lide não é vista como típica forma de intervenção de terceiros, já que ela provoca o surgimento e a formação de uma nova ação. Assim, não há propriamente a intervenção de um terceiro em lide alheia, mas criação de lide própria.

Por meio dela, “uma das partes (mais frequentemente o réu), como ‘denunciante’, promove no mesmo processo uma ‘ação regressiva’ contra terceiro – o ‘denunciado’”²²⁴. Ocorre uma ação regressiva, in simultaneus processus, sendo que o denunciado é chamado para cobrir possível e futura sucumbência do denunciante, caso este saia vencido da demanda principal²²⁵.

Assim, em relação à causa de pedir, os fatos e fundamentos jurídicos narrados na ação principal, em que o denunciante é autor ou réu, conforme observa José Rogério Cruz e Tucci, deverá guardar alguma conexidade com a ação originada supervenientemente, por força da denunciação da lide²²⁶. Esse é o sentido que se retira na análise de todos os incisos do art. 70 do CPC.

4.14.6 Ação Direta de Inconstitucionalidade

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), como forma de controle abstrato e difuso de lei ou ato normativo federal ou estadual, prevista na Constituição Federal, art. 102, I, *a*, e regulada pela Lei n.

224 Idem, p. 61.

225 Ibidem, p. 79.

226 CRUZ e TUCCI, op. cit., p. 217.

9.868, de 10 de novembro de 1999, constitui, sem dúvida, o instrumento mais utilizado, dentro de todo o sistema de controle de constitucionalidade, para a manutenção da supremacia da Constituição, rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais²²⁷.

Em função desse peculiar objetivo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade possui, entre diversas características, algumas que são de suma importância para a análise da sua causa de pedir: a própria existência de um processo objetivo, com partes formais e atuação do Supremo Tribunal Federal, segundo parte da doutrina, como legislador negativo, de modo a retirar a eficácia da lei declarada inconstitucional.

Obviamente, mesmo não sendo esta a sua principal função, a ADI visa, mesmo que de forma mediata, à proteção do interesse de determinadas pessoas ou grupo de pessoas em particular – prova disso é a necessária comprovação da pertinência temática (relação entre o objeto da ação e a atividade realizada pelo órgão ou entidade. *Mutatis mutandis* representa o interesse de agir no controle concentrado) –, entretanto, como o resultado tem como escopo maior a proteção do texto constitucional, o STF já firmou entendimento de que na ADI a causa de pedir é aberta²²⁸.

Diz-se que a causa de pedir é aberta quando é conferido ao Supremo Tribunal Federal, órgão guardião da Constituição Federal e competente para analisar a Ação Direta de Inconstitucionalidade, o poder de conhecer e dar provimento à referida ação com fundamento em outra causa de pedir (fatos e fundamentos jurídicos) que não aquela apresentada pelo autor da ação.

A existência de causa de pedir aberta não exime o demandante de indicar os dispositivos específicos atacados, juntamente com o fundamento jurídico pertinente, pois somente dá poderes ao STF, como já salientado, de conhecer da inconstitucionalidade da lei por motivos outros que não os indicados na peça exordial. No julgamen-

227 MORAES, 2002, p. 577.

228 STF. RE 372535 AgR-ED, Relator(a): Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 9.10.2007, *DJe*-065 DIVULG 10.4.2008 PUBLIC 11.4.2008 EMENT VOL-02314-05 PP-01047 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 2.12.2008.

to da liminar da ADI de n. 1.775-RJ²²⁹, o relator, Ministro Maurício Corrêa, deixou claro que a parte não pode, tão somente, realizar uma “impugnação do tipo abstrato e genérico”, sob pena de não conhecimento da ação:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO ABSTRATA E GENÉRICA DE LEI COMPLEMENTAR. IMPOSSIBILIDADE DE COMPREENSÃO EXATA DO PEDIDO. NÃO CONHECIMENTO. 1. Argüição de inconstitucionalidade de lei complementar estadual. Impugnação genérica e abstrata de suas normas. Conhecimento. Impossibilidade. 2. *Ausência de indicação dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido com suas especificações*. Não observância à norma processual. Consequência: inépcia da inicial. Ação direta não conhecida. Prejudicado o pedido de concessão de liminar (destacou-se).

Em uma visão particular, as partes na ADI são vistas como instrumentos para um bem maior, que é a manutenção da sintonia de todo o ordenamento jurídico com a Constituição Federal, a justificar outra característica que é a própria mitigação no contraditório²³⁰. Dessa forma, caberia ao STF, caso entenda que o fundamento para a inconstitucionalidade estaria guarnecido em outra norma, pronunciá-la, sem ferir, com tal atitude, qualquer preceito processual e/ou constitucional.

Isso é explicado também pela própria função do STF – como já salientado – de legislador negativo, ou seja, o pronunciamento deste Tribunal tem efeito erga omnes e impessoal, características próprias das disposições legislativas. Assim, não poderia ficar limitado aos eventuais argumentos errôneos das partes, sob pena de desvirtuamento da finalidade do próprio sistema de controle de constitucionalidade.

229 STF. ADI 1775, Relator(a): Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 6.5.1998, DJ 18.5.2001 PP-00431 EMENT VOL-02031-03 PP-00532. Vide também ADI n. 1653, Relator(a): Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 12.11.1997, DJ 27.3.1998 PP-00002 EMENT VOL-01904-01 PP-00039 – Disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acessos em: 2.12.2008.

230 Fala-se em “mitigação” e não em “ausência”, tendo em vista a posição do Advogado-Geral da União (AGU) de defesa da constitucionalidade da lei, determinada pelo art. 8º e a faculdade concedida ao relator de admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades (art. 7º, § 2º).

4.14.7 Ação de usucapião ordinária e extraordinária

Em análise da causa de pedir na ação de usucapião extraordinária, José Rogério Cruz e Tucci cita um acórdão da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cujo relator foi o Desembargador Matheus Fontes, no qual foi abordada a tese do recorrente de que “a natureza extraordinária do usucapião dispensa a menção na inicial sobre a forma de aquisição da posse [...]”²³¹.

O art. 1.242 do CC exige alguns requisitos para a usucapião ordinária, dentre eles: a posse contínua e incontestada, durante 10 (dez) anos, com justo título e boa-fé. O parágrafo único desse mesmo artigo reduziu o lapso temporal para cinco anos, mas, em compensação, instituiu mais dois outros requisitos: estabelecimento de moradia e realização de investimentos de interesse social e econômico.

A indicação precisa de tais elementos é necessária, outrossim, para diferenciar tal espécie de aquisição de propriedade da usucapião extraordinária, cujos requisitos estão dispostos no art. 1.238 e seu parágrafo único, sendo que “deve o autor mencionar a origem de sua posse e quais os seus caracteres, o tempo pelo qual a vem exercendo e a espécie de usucapião que pretende”²³².

Ademais, uma observação deve ser feita: tais requisitos necessários ao usucapião, tanto ordinário quanto extraordinário, situam-se indubitavelmente no campo do direito material, de modo que, caso o autor não logre êxito em demonstrar que possui uma posse contínua e incontestada, apenas significará que ele não é dono e não que careça do direito à sentença sobre a sua pretensão. Assim, deve o juiz proferir uma sentença de mérito, reconhecendo improcedente o pedido feito²³³.

Passada então essa questão, conclui-se que, da mesma forma que ocorre nas demais ações já mencionadas, também na ação de usucapião há os chamados fatos essenciais (posse, justo título e a boa-fé)²³⁴, os quais devem ser indicados e se misturam com a própria

231 CRUZ e TUCCI, op. cit., p. 251.

232 Ibidem, p. 252.

233 Ibidem, p. 253.

234 Ibidem, p. 253.

questão de direito material, sem permissão de alteração posterior, sob pena de se violar o princípio da estabilização da demanda.

Por fim, cabe salientar que na usucapião extraordinária, como “o título hábil é presumido por força do lapso temporal transcorrido”, a regra da substanciação, como destaca José Rogério Cruz e Tucci, é muito mais tênue e singela do que nas demais demandas de usucapião (ordinária, constitucional urbana e constitucional rural e as demais formas previstas no Código Civil de 2002)²³⁵.

Tanto é assim, que o Código Civil, em seu art. 1.038 e parágrafo único, dispõe que a propriedade será adquirida, “independentemente de título e boa-fé”, ou seja, basta que o demandante alegue, para que fique caracterizada a causa de pedir na usucapião extraordinária, “além dos requisitos ditos externos (*res habilis* e sua minudente descrição), a posse mansa, pacífica e ininterrupta pelo prazo de vinte anos [com o Código Civil de 2002 passou para dez anos]”²³⁶.

4.14.8 Ações coletivas

Em introdução, vale destacar que o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 81, dispõe sobre os direitos coletivos lato sensu e os divide em três espécies: interesses ou direitos difusos, interesses ou direitos coletivos e interesses ou direitos individuais homogêneos. Como ensina Leonardo Greco, o caráter coletivo “não diz respeito à espécie de pedido ou de direito material, nem ao tipo de procedimento, mas ao modo peculiar como esses direitos se vinculam aos seus titulares ou como estes se relacionam entre si”²³⁷.

Assim, a divisão desses direitos, segundo uma das espécies supramencionadas, vai depender dessa relação que vincula seus titulares. Nesse sentido, os interesses ou direitos difusos são indivisíveis, seus titulares são pessoas indeterminadas e estão ligadas por uma circunstância de fato. Os coletivos stricto sensu são indivisíveis, seus titulares são compostos por um grupo, categoria ou classe de pessoas

235 Op. cit., p. 256.

236 Op. cit., p. 256.

237 GRECO, 2003, p. 55.

– determináveis – ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base. E, por último, os individuais homogêneos são divisíveis e seus titulares são pessoas perfeitamente individualizadas ligadas por uma origem comum. Entretanto, deve-se transcrever interessante observação feita pelo mesmo autor acima mencionado de que é um equívoco:

supor que os interesses difusos, coletivos e individuais se apresentem sempre perfeitamente distintos uns dos outros. Assim, por exemplo, numa ação proposta pelo Ministério Público para interditar a chaminé de uma fábrica que expele fumaça contaminadora da atmosfera, a demanda foi proposta com base no interesse difuso a um meio ambiente sadio dos moradores e frequentadores da localidade em que se situa a fábrica. O provimento inibitório obtido em juízo beneficia o interesse coletivo dos trabalhadores da fábrica e o interesse comum dos moradores e frequentadores do bairro à proteção da sua saúde²³⁸.

Dessa forma, percebe-se que a grande preocupação de muitos doutrinadores em delimitar com exatidão quais direitos são difusos, coletivos ou individuais homogêneos muitas vezes é de difícil compreensão, uma vez que um determinado dano ou ofensa a bem jurídico pode atingir todas essas categorias de direitos, concomitantemente, de forma a haver uma superposição entre eles.

Fatalmente, sendo a causa de pedir o conjunto de fatos e fundamentos jurídicos, nas ações coletivas, “os fatos especificados na inicial seguramente não terão cunho individual”²³⁹, apesar de esses dados individuais poderem ser deduzidos “na petição inicial à guisa de maior ‘colocação’, ou ainda poder de persuasão, como fatos secundários do conflito”²⁴⁰, isto é, fatos que visam a embasar os ditos principais.

Ricardo de Barros Leonel apresenta determinadas conclusões que demonstram a necessidade de um estudo, em separado, da causa

238 Idem, p. 58.

239 LEONEL. *In*: CRUZ e TUCCI; BEDAQUE, 2002, p. 145.

240 Ibidem, p. 145.

de pedir nas ações coletivas. Em primeiro lugar, segundo este autor, nas demandas coletivas, a maior ou menor substanciação – como necessidade de indicação dos fatos e fundamentos jurídicos – está intimamente ligada à maior ou menor indeterminação dos sujeitos e dos interesses lesados.

Assim, quando se está em jogo um determinado interesse difuso, a substanciação recai “apenas sobre aspectos gerais da conduta impugnada na ação”²⁴¹. Fenômeno diferente do que ocorre em uma demanda individual já que aqui a substanciação desce, certamente, “a peculiaridades do fato que são inerentes à própria relação substancial individual”²⁴². Em uma demanda, por exemplo, na qual se discute danos ao meio ambiente:

não é necessário ao autor descrever minuciosamente a lesão ocorrida a A, B ou C, mas sim a lesão ao ecossistema ou ao meio ambiente como um todo, o que, pela própria natureza do evento e da relação controvertida, dificilmente admitirá detalhamento ou minudências próprias da lesão individual²⁴³.

À guisa de conclusão, o autor aduz que os fundamentos utilizados não serão somente os jurídicos, mas também políticos²⁴⁴. Em função disso, percebe-se a inserção, na causa de pedir próxima, de um *plus* correspondente aos “fundamentos valorativos, sociológicos, até mesmo ideológicos do conflito coletivo”²⁴⁵, que deve ser consignado não apenas a título de fatos secundários, mas para efeitos de individualizar a demanda²⁴⁶.

241 LEONEL. *In*: CRUZ e TUCCI; BEDAQUE, 2002, p. 157.

242 *Ibidem*, p. 157.

243 *Ibidem*, p. 158.

244 Conclui o autor: “nos direitos denominados difusos há existência de intensa conflituosidade (Mancuso), sem que haja categorias jurídicas predeterminadas ou definidas de modo exatamente claro e segmentado, como ocorre com relação aos direitos individuais, verificando-se assim a presença de conflitos de natureza não somente jurídica, mas também sociológica, política, de cunho eminentemente valorativo” – *ibidem*, p. 187.

245 *Ibidem*, p. 187.

246 *Ibidem*, p. 161.

Para exemplificar, vamos supor que uma determinada administração pretendesse realizar determinada obra que, flagrantemente, estivesse desvinculada do real interesse de determinada comunidade carente. Eventual ação que impugne tal atitude deverá englobar em sua causa de pedir os conflitos de interesses axiológicos, a justificar a concessão da pretensão do requerente²⁴⁷.

Por último, o referido autor alega que, no âmbito das ações coletivas, fica mais evidente a insuficiência da teoria dos *tria eadem* – como já esboçado no tópico 3.3 – e da teoria da relação jurídica, como vista comumente, no que se refere à análise da presença de determinados institutos, como a litispendência, coisa julgada, litisconsórcio, conexão e continência de ações. Isso ocorre porque o critério da relação jurídica aqui entendida não deve ser vista

exclusivamente como identidade de relação envolvendo as partes sob o aspecto jurídico no plano material, mas numa concepção mais ampla, envolvendo todos os fatos da vida correlatos, no mesmo contexto histórico, temporal, geográfico, de maior abrangência, portanto²⁴⁸.

Nesses aspectos principais e sem descer a fundo na análise da causa de pedir nas ações coletivas, percebe-se que este elemento da ação não poderia de certo ser tratado da mesma forma como ocorre nas demandas individuais. O direito material que ora se analisa, muitas vezes, é de suma abrangência, como ocorre nos direitos difusos, a influenciar sobremaneira, conforme já foi dito logo na introdução do presente estudo, o próprio direito de ação.

247 LEONEL. *In*: CRUZ e TUCCI; BEDAQUE, 2002, p. 160.

248 *Idem*. Op. cit., p. 188.

5 DA CAUSA DE PEDIR NO PROCESSO PENAL

5.1 Introdução

Por o instituto da causa de pedir estar relacionado à ação e ao Direito Processual como um todo, independentemente do aspecto de direito material, poder-se-ia pensar que seria razoável adotar uma posição unitária no que diz respeito ao seu conceito e, em função disso, também no Direito Processual Penal tal elemento seria composto pelos fatos e fundamentos jurídicos trazidos pelo autor em juízo para fazer valer a sua pretensão.

Entretanto, tal assertiva, apesar de ser verdadeira, assume determinados contornos. Vários são os critérios utilizados para justificar a separação da jurisdição criminal das demais e nesse sentido fala-se em princípio da fragmentariedade, isto é, o Direito Penal somente pode intervir para proteger determinados bens relevantes e até onde tais conflitos não possam mais ser solucionados por outros ramos do direito.

Dessa forma, o Direito Processual Penal como um todo – e aí inclui-se a causa de pedir – é constituído naturalmente por determinadas características que vão refletir diretamente no atuar da persecução penal, ou seja, muitas vezes pode-se utilizar – e isto é feito – do processo civil para solucionar diversos problemas que se encontram lacunosos no processo penal, mas, certamente, tal solução deve ser vista com cautela. Como bem ressalta Claus Roxin:

Un paralelismo con el proceso civil está destinado al fracaso, ya que la “pretensión penal” del Estado no puede ser comparada con la pretensión del demandante en el proceso civil, sino que sólo representa un circunloquio conceptual del poder de intervención estatal. En efecto, se puede establecer una serie de conceptos generales de Derecho procesal como, p. ej., el “objeto procesal” y la “cosa juzgada”, formal o material (ver, al respecto, infra §§ 20 y 50); pero una definición plena

de sentido sólo puede ser brindada en el marco del Derecho procesal correspondiente, mientras que un concepto superior común resulta demasiado abstracto y, por ello, nada aportaría a la tarea de administrar justicia²⁴⁹.

Rogério Lauria Tucci destaca que a teoria do Direito Processual Penal difere da teoria consagrada no processo civil, entre outras, pelas seguintes características principais:

- I. irrelevância processual da lide – já que o processo penal não tem o escopo de remover um desacordo entre o acusador e acusado, a respeito da existência do crime ou da medida da pena e sim a punição do culpado que somente pode ser conseguida mediante um pronunciamento jurisdicional²⁵⁰;
- II. existência de partes senão em sentido processual – “dado ao fato de tornar-se necessária a assunção de forma acusatória para, em regime de inafastável atuação contraditória dos sujeitos parciais, apurar-se a verdade material, ou atingível”²⁵¹;
- III. exigência de irrevogabilidade referente à decisão de mérito não se faz absoluta no processo penal – assertiva de fácil constatação diante da inexistência de prazo para a revisão criminal²⁵²;
- IV. inexistência, no âmbito da jurisdição penal, de espaço para qualquer “criatividade do direito”, limitando-se à aplicação do *ius positum*²⁵³.

249 ROXIN, 2000, p. 6. O mesmo autor destaca a *impessoalidade* dos interesses contrapostos (*rectius*: justapostos) no processo penal, explicitando, inclusive, a controvérsia existente entre Fernando Luso Soares e Frederico Marques já que enquanto este considera ser a jurisdição penal de natureza *voluntária*, aquele entende tratar-se de jurisdição *contenciosa*.

250 TUCCI, 2002, p. 34.

251 *Ibidem*, p. 38.

252 *Ibidem*, p. 38. O referido autor conclui que “seria preferível falar em *preclusão*, em vez de em *coisa julgada*, tal como, ainda que vagamente, intuído por penalistas que, ‘para explicar a *autorictas iudicati*, recorrem, preferencialmente, ao *ne bis in idem*” (p. 40). Segundo o magistério de Vicente Greco Filho (1997, p. 71), “No processo penal, a coisa julgada em favor do réu é absoluta. A justiça pública em hipótese alguma poderá renovar a acusação se houver sentença absolutória ou de extinção da punibilidade. Em favor do réu, porém, a correção do erro judiciário, existe o processo de Revisão Criminal”.

253 *Ibidem*, p. 46.

Hélio Tornaghi, após aduzir que a jurisdição, como um todo, deve ser entregue ao Estado por possuir uma função genérica que é a de ser um meio necessário à conservação e ao aperfeiçoamento deste ente político, ratifica que a jurisdição penal encontra, ainda, outro motivo para se reservar ao Estado: “o delito produz sempre, em qualquer caso, um dano mediato ou imediato, a todos os consócios da comunhão civil que, dessarte, são parte no conflito”²⁵⁴.

Assim, ao analisar a causa de pedir no processo penal juntamente com os aspectos que envolvem os arts. 383, 384 e outros do CPP, concluir-se-á que o julgador, muitas vezes, por estar diante de direitos considerados indisponíveis, não pode deixar de praticar determinados atos que, em uma análise unicamente civilística, seriam inconcebíveis.

5.2 Elementos que identificam a causa de pedir

Para Vicente Greco Filho, o fundamento jurídico do pedido apresenta-se diferente no processo civil e no processo penal. Para o referido autor, neste, distintamente do que ocorre naquele, adotou-se a teoria da individualização, já que há mecanismos de adaptação da denúncia à realidade, CPP, art. 383 e 384, não se limitando a justiça penal aos fatos descritos da peça exordial, podendo ir além deles²⁵⁵.

Em contrapartida, segundo o mesmo autor, amenizando as normas impostas pelos arts. 383 e 384 do CPP, a coisa julgada adquire força absoluta de modo que não atingirá somente o fato ou fatos descritos na denúncia, “mas o fato da natureza, o que verdadeiramente ocorreu, ainda que alguma de suas circunstâncias permaneça desconhecida pelo juiz”²⁵⁶. Assim, “se alguém é processado por estupro e é absolvido, não poderá sê-lo, posteriormente, quanto ao mesmo fato, por sedução ou corrupção de menores”²⁵⁷.

Rogério Lauria Tucci, apesar de não afirmar taxativamente a adoção pelo Direito Processual Penal da teoria da substanciação,

254 TORNAGHI, 1987, p. 81.

255 GRECO FILHO, 2000, p. 54.

256 Ibidem, p. 54-55.

257 Ibidem, p. 54.

revela que é indispensável a exposição na petição inicial da “causa próxima (natureza do fato controvertido, ou fundamento jurídico geral) e da causa remota (fato gerador do direito, ou fato constitutivo do pedido) [...] a revelar, como de técnico e jurídico rigor, a ‘situação substancial’²⁵⁸ deduzida”²⁵⁹.

Inevitável que os fatos no processo penal adquirem um relevo especial²⁶⁰ pelo simples motivo de que a lei penal descreve condutas proibidas e permitidas (o que se chama de tipo penal) e não admite por razões de segurança jurídica, em regra, analogias (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*) ou interpretações extensivas²⁶¹. Sendo assim, a descrição de quaisquer elementares ou circunstâncias devem ser feitas com “dados fáticos da realidade, não bastando a repetição da descrição típica”²⁶².

Ao situar os “fatos” no âmbito da jurisdição penal e fazer uma comparação com a jurisdição civil, preconizou Leonardo Greco que

os fatos podem ainda ser o objeto da jurisdição penal, na qual a acusação não tem nenhum poder de escolher o direito que deflui desses fatos (v. artigo 383 do nosso Código de Processo Penal), mas não da jurisdição civil, em que os fatos constituem apenas um dos elementos individualizadores da demanda, não constituindo o objeto da jurisdição²⁶³.

258 Segundo o referido autor, essa *situação substancial* que se dá pela *subsunção do fato constitutivo do direito pelo fundamento jurídico geral* “deve ser retratada na afirmação da violação, ou da não-violação, de uma regra de conduta imposta por uma norma penal positiva material” – TUCCI, op. cit., p. 89.

259 *Idem*, p. 88.

260 “O fato real, que se amolda ao previsto na norma, é a chave de ignição que a movimenta: ele aciona a lei para gerar o efeito nela indicado.” – TORNAGHI, 1987, p. 255.

261 Francisco de Assis Toledo ressalta que no Direito Penal caberia distinguir a analogia *in bonam partem* e a analogia *in malam partem*. Assim que a exigência da lei prévia e estrita impediria a aplicação da “analogia *in malam partem*, mas não obsta, obviamente, a aplicação da analogia *in bonam partem*”. Um exemplo que normalmente é dado de analogia *in bonam partem* é a do aborto feito por médico no caso de gravidez resultante de atentado violento ao pudor (art. 214 c/c 218, inciso II do CP). No que tange à interpretação extensiva, o mesmo autor a admite oferecendo como exemplo o art. 125 do Código Penal. Assim, quando este diploma proibiu a *bigamia*, está implicitamente proibida a *poligamia* – *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 28.

262 GRECO FILHO, 1997, p. 129.

263 GRECO, 2003, p. 62.

No que tange à fundamentação jurídica ou o próprio enquadramento legal dos fatos narrados, a questão também é delicada, já que, a depender do tipo escolhido para fundamentar a peça de acusação, o réu poderá ser privado de alguns benefícios. Como exemplo, vale destacar a regra do art. 2º, II, da Lei de Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/1990) na qual é expressa a proibição de “fiança” aos crimes hediondos e equiparados a estes (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo).

A regra do art. 383 do CPP ainda será vista no próximo tópico, mas em razão da importância que a qualificação jurídica assume no Direito Processual Penal e diante da necessidade da sua correta indicação, alguns doutrinadores e decisões judiciais entendem possível aplicar a *emendatio libelli* na análise da peça acusatória, isto é, a possibilidade de o julgador, no momento mesmo do recebimento da peça exordial, desconsiderar a imputação feita pelo autor da ação penal e impor, ele próprio, a melhor qualificação jurídica²⁶⁴.

264 Interessante a transcrição das seguintes ementas em diversos sentidos: (1) “PROCESSUAL PENAL. HABEAS-CORPUS. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. APLICAÇÃO IRREGULAR DE RECURSOS PROVENIENTES DE FINANCIAMENTO OFICIAL. LEI N. 7.492/86, ART. 20. PRETENSÃO DE MODIFICAÇÃO DA DENÚNCIA. IMPROCEDÊNCIA. É cabível, por via de *habeas-corpus*, a correção de denúncia quando flagrantemente em desarmonia com o fato nela descrito e a regra típica que lhe deu enquadramento jurídico. - Não havendo claro descompasso entre os fatos descritos na peça de acusação e a regra penal que lhe deu enquadramento jurídico, resta prematuro o trancamento da ação penal pela via do *habeas-corpus*, instrumento que pela sua via sumária não admite a análise profunda do contexto probatório. - Habeas-corpus denegado” – STJ. HC 18955/PE, Rel. Ministro Vicente Leal, Sexta Turma, julgado em 17.9.2002, DJ 4.8.2003, p. 430 – Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 2.12.2008; (2) “PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME PRATICADO POR PREFEITO (DL 201/67). RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. VALORAÇÃO JURÍDICA E IMPUTATIO FACTI. No ato do recebimento da denúncia, em regra, é incabível alterar a valoração jurídica efetivada pelo Parquet. O acusado se defende da *imputatio facti*. A *imputatio iuris*, em princípio, só pode ser alterada nas hipóteses estabelecidas em lei (arts. 410, 569, 383 e 384 do CPP). Recurso provido” – STJ. REsp 250976/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 20.6.2000, DJ 14.8.2000, p. 194 – Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 2.12.2008; (3) “PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. CAPITULAÇÃO DO CRIME. DESCLASSIFICAÇÃO. MOMENTO PROCESSUAL. PRESCRIÇÃO. PRAZO. Oferecida a denúncia pelo Ministério Público, com a capitulação do fato atribuído ao réu em determinado tipo criminal, e recebida a peça de acusação em sede de razoável juízo de admissibilidade, a desclassificação do delito pelo Juiz somente tem ensejo no momento da prolação da sentença. Em tema de prescrição da pretensão punitiva pela pena *in abstrac-*

Quando estiver em jogo a proteção a determinadas garantias constitucionais individuais, “dentre as quais avulta a liberdade de locomoção”, Douglas Fischer e Eugênio Pacelli concordam com a possibilidade de conferir nova definição jurídica ao fato já à saída do processo²⁶⁵.

Como se trata de nova definição jurídica de fatos já expostos, é desnecessária a abertura para o contraditório²⁶⁶. No caso do art. 384 do CPP, entretanto, em função da própria extensão da coisa julgada no processo penal e da necessidade de um correto enquadramento jurídico, tanto os fatos iniciais quanto a fundamentação jurídica podem ser, sob um certo ângulo, modificados, desde que seja aberto prazo para o réu se manifestar sobre a nova imputação legal²⁶⁷.

Ao reconhecer a possibilidade, devido à peculiaridade do processo penal frente ao processo civil, de modificação dos fatos ou circunstâncias novas, Eduardo Espínola Filho cita o voto proferido pelo Desembargador J. C. Azevedo Marques, referente à Apelação Criminal de n. 11.107 (1ª Câmara Criminal do Tribunal de São Paulo), aos 30 de novembro de 1943:

É por isso que se diz, com acerto, que a sentença deve ter por objeto, exclusivamente, o objeto da acusação contestada.

to, considera-se, para os fins de incidência do art. 109, do CP, o máximo da cominação prevista para o crime capitulado na denúncia. Recurso especial não conhecido” – STJ. REsp 207530/DF, Rel. Ministro Vicente Leal, Sexta Turma, julgado em 3.10.2000, DJ 23.10.2000, p. 203 – Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 2.12.2008.

265 FISCHER; OLIVEIRA, 2011, p. 696.

266 Nessa linha de raciocínio, vide Douglas Fischer e Eugênio Pacelli (2011, p. 695).

267 No que diz respeito à *emendatio libelli*, sob o prisma do brocardo *iura novit curia*, os tribunais não têm deferido a abertura de prazo para manifestação da defesa e nem o Código de Processo Penal assim determina: “Art. 383. O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave”. Nessa linha: *Processual Penal. Estelionato e apropriação indébita. Alteração da classificação do delito. Hipótese de emendatio libelli. Art. 383 do CPP. Vista à defesa. Desnecessidade. Violação ao direito de defesa. Inocorrência*. O réu, em princípio, se defende do fato imputado e não da sua classificação, que pode ser alterada nos limites do art. 383 do CPP. Sendo, o caso, hipótese de *emendatio libelli*, não há nulidade no processo pela não abertura de vista à defesa. Recurso provido – STJ. REsp 216696/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 18.12.2000, DJ 12.2.2001, p. 129 – Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 2.12.2008.

Dada, entretanto, a natureza especial do processo penal, a fixação, pela contestação, do objeto da ação, não é ‘imutável’, como acontece com a litiscontestação do processo civil. Ao revés, tanto no curso da instrução, como do julgamento, o objeto da acusação pode variar ou alargar-se com a apuração de fatos ou circunstâncias novos, inerentes ao próprio fato principal, ou conexos, ou concorrentes com o dito fato. É que a ação penal não importa lide, já que seu conteúdo é meramente processual, isto é, de simples procedimento de pesquisa em torno de um determinado fato havido como delito. Daí, o assinalarem os mestres mais atualizados como os modernos princípios finalísticos do processo penal, que, na ação penal, não há, como na civil, a *exceptio mutati libelli*, opinável ao Ministério Público, nem o vício do *ultra* ou *extra petita*, em frente ao Juízo²⁶⁸.

Em comentários ao art. 383 do CPP, o mesmo autor anotou que “O interesse público, a defesa social não são mais sacrificados, justamente quando se verifica ser mais séria a infração cometida, digna de punição mais rigorosa que, a princípio, parecia”²⁶⁹. Entretanto, tal liberdade conferida ao processo penal, em virtude das peculiaridades já mencionadas, não pode, repita-se, ser argumento para submeter ao réu a uma pena diversa, sem oportunidade de defesa, nas hipóteses que diferem da simples *emendatio libelli*²⁷⁰.

Cabe destacar, ainda, a possibilidade de novo enquadramento para fins de modificação de competência (CPP, art. 74, §§2º e 3º e art. 419) e para proporcionar o oferecimento do benefício da suspensão condicional do processo (CPP, art. 383, §1º, c/c Lei n. 9.099/1995, art. 89).

268 ESPÍNOLA FILHO, 2000, p. 134.

269 Idem, p. 116.

270 O mesmo autor, em comentários ao art. 384 do CPP posiciona-se em consonância com o texto: “Então, não mais se apresenta o caso com a simplicidade do anteriormente examinado, quando não havia falar em surpresa da defesa, porque o fato continua a ser absolutamente o mesmo, inicialmente, exposto pela parte acusatória; há um elemento essencial, que ingressou na causa já em curso, e sobre ele não pôde pronunciar-se a defesa, nas suas alegações prévias, em seguida a interrogatório. Pode falar-se, com propriedade, em mudança do fato narrado na denúncia.” Idem, p. 128.

5.3 Os artigos 383 (*emendatio libelli*) e 384 (*mutatio libelli*) do Código de Processo Penal

A redação do art. 383 do CPP, ao permitir que o juiz, no prolatar da sentença, possa dar nova qualificação jurídica aos fatos narrados pelo autor em sua peça inicial de acusação, acena para a adoção de forma ampla dos brocardos do *iura novit curia* e *da mihi factum dabo tibi ius*. Em função disso, ao ser utilizado tal poder-dever pelo magistrado, nega-se qualquer prejuízo ao réu, tendo em vista que este, desde o primeiro momento, está se defendendo dos fatos imputados²⁷¹.

Já o art. 384 da mesma Lei de Ritos merece um tratamento mais cuidadoso. Sua aceitação pela doutrina é quase pacífica, devendo ser destacada, entretanto, a opinião de Afrânio Silva Jardim que, revelando a importância da imputação feita no processo penal, tendo em vista que “o pedido na ação penal condenatória é sempre genérico”, aduz que é imperioso que exista uma perfeita correlação entre a acusação e a sentença, de modo que “se apresenta indesejável a regra do art. 384, *caput*, do Código de Processo Penal, cuja constitucionalidade é duvidosa”²⁷².

Antes da reforma processual de 2008, o referido artigo era dividido em duas partes: *mutatio libelli* sem aditamento (art. 384, *caput* – no qual o juiz vislumbrava a presença de circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou na queixa), e *mutatio libelli* com aditamento (art. 384, parágrafo único – quando houvesse possibilidade de a nova definição jurídica importar em aplicação de pena mais grave), sendo que somente no último caso o Código de Processo Penal determinava que o Ministério Público procedesse ao aditamento da peça acusatória.

Àquela época, existia forte doutrina que entendia que tanto na hipótese do antigo art. 384, *caput*, quanto em seu parágrafo

271 Nesse sentido, confirmam-se diversas jurisprudências apontadas por Julio Fabbrini Mirabete em seu *Código de processo penal interpretado* – 8. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 832 e 833. Outrossim, Eduardo Espínola Filho (2000, p. 114) ao afirmar que “não se pode alegar surja, em rigor, uma surpresa para o acusado, pois tomou para si, no processo penal, fazer a defesa a respeito da ação violadora da lei penal, que a denúncia lhe imputa, e, não, do delito aí capitulado”.

272 JARDIM, 1997, p. 152.

fo único do CPP, em respeito aos princípios da correlação entre o pedido e a sentença, da ampla defesa e do contraditório, caberia ao órgão acusador aditar sua peça inicial, independentemente da análise de possibilidade ou não de aplicação de sanção mais severa na sentença²⁷³.

O art. 384 do CPP, após as modificações proporcionadas pela Lei n. 11.719/2008, passou a contar com a seguinte redação:

Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

Assim, não cabe mais a distinção supramencionada. Ademais, para Douglas Fischer e Eugênio Pacelli, com ressalvas relativas ao direito intertemporal:

Em linha de princípio, não se admite mais (Lei n. 11.719/2008) a aplicação do art. 384 às ações penais privadas. Tal modelo de ação prima pela *disponibilidade* de seu objeto, e que pode ser manifestada *antes* da ação (decadência e renúncia) ou *depois* (perdão e preempção)²⁷⁴.

Ainda, segundo Afrânio Silva Jardim, deve-se colocar uma certa limitação ao disposto no art. 384 do CPP: “os aditamentos não podem importar em retirar ou desfazer a imputação originalmente feita na denúncia”, pois violaria o princípio da indisponibilidade da ação penal pública, vez que subtrairia a análise pelo juiz da causa dos fatos inicialmente postos. Assim, destaca-se, novamente, as palavras do referido doutrinador:

Não é incomum encontrarem-se aditamentos que importam em re-ratificação de denúncias, em que a parte retificada tem

273 Entre outros, Paulo Rangel (2002, p. 276) sustenta tal posição.

274 FISCHER; OLIVEIRA, 2011, p. 702.

como escopo alterar o “fato principal” já imputado ou imputá-lo a outrem que o primitivo réu. Tal não deve ser admitido. Posta a imputação, ela não pode ser subtraída da apreciação do juiz em julgamento de mérito. Cabe um esclarecimento: quando falamos em ‘fato principal’ estamos usando a expressão no sentido utilizado pela norma do art. 110, § 2º, do Código de Processo Penal²⁷⁵.

Por claro, se fizessem desaparecer completamente os fatos anteriores, não seriam verdadeiros “aditamentos” e, sim, substituições completas de imputações penais.

Em relação ao procedimento do júri, o art. 411, §3º, do CPP, com modificações da Lei n. 11.689/2008, dispõe: “Encerrada a instrução probatória, observar-se-á, se for o caso, o disposto no art. 384 deste Código”.

A redação acima foi proporcionada pela Lei n. 11.689/2008. Antes de tal reforma, quanto à redação do antigo art. 408, §4º, do CPP, Fernando da Costa Tourinho Filho sustentava: “pela leitura do §4º do art. 408, percebe-se que a sua fórmula compreende tanto a situação prevista no art. 383 quanto aquela referida no art. 384”²⁷⁶.

Ainda no que diz respeito ao júri, o art. 418 do CPP prevê, adrede, a possibilidade de o juiz dar “ao fato definição jurídica diversa da constante da acusação, embora o acusado fique sujeito a pena mais grave”, sem esquecer da aplicação integral do art. 384 do CPP por força do art. 411, §3º, do mesmo diploma processual.

Mesmo antes dessas mudanças, Ada Pellegrini Grinover, invocando os princípios da ampla defesa e alguns postulados do processo acusatório, já registrava que

uma nova definição jurídica, por delito ainda de competência do Júri, por força de nova circunstância elementar, impõe observância ao art. 384, parágrafo único do Código de Processo Penal [que impunha abertura de prazo para a defesa para oferecimento de provas]²⁷⁷.

275 JARDIM, 1997, p. 127.

276 TOURINHO FILHO, 1997, p. 57.

277 GRINOVER, 2001, p. 229.

Entendendo que, em qualquer caso (hipótese de desclassificação do crime para outro de competência do júri ou do juízo singular), caberia ao juiz abrir prazo para a defesa, está Eduardo Espínola Filho:

O art. 410 não é claro, para convencer se se aplica tanto ao caso de não determinar a desclassificação competência diferente do júri quanto ao em que o juiz singular passe a ser conferido o julgamento. No sentido de limitar a sua pertinência à segunda hipótese, vem o argumento de que, aí, se manda continuar a causa, após a inquirição nos termos do art. 499 ss.; estes só se observam no processo perante o juiz de direito e não nos em que ao júri se atribui julgar o acusado. No sentido da outra solução, há considerar que a providência do art. 408 é, nele, fixada para 'qualquer caso'. Somos de opinião que, como diz o art. 408, 'em qualquer caso, será reaberto ao acusado prazo para defesa e indicação de testemunhas' (que, *ex vi* do final do mesmo artigo, não poderão ser as já ouvidas, anteriormente, no sumário), pois, se essa providência se impõe, quando o juiz de direito terá de julgar, com mais razão deverá ser contemplada, se afeto o julgamento aos juizes de fato, ao júri, com a possibilidade de punição mais grave, na maioria das vezes²⁷⁸.

Por fim, o art. 419 do CPP prevê que, quando o juiz se convencer, em discordância com a acusação, da existência de crime diverso dos referidos no §1º do art. 74 deste Código e não for competente para o julgamento, remeterá os autos ao juiz que o seja.

278 ESPÍNOLA FILHO, 2000, p. 302.

CONCLUSÃO

O fenômeno da ação, desde outrora, mereceu atenção constante dos processualistas, principalmente, por sua importância na garantia das liberdades dos cidadãos, já que não se poderia relegar à atuação individual de cada indivíduo a resolução dos diversos conflitos de interesses. Em virtude desse fato, diversas teorias surgiram para justificar o seu atuar em juízo.

Em relação ao conceito de ação, constatou-se que tal instituto pode ser visto por diversos enfoques, havendo uma relação de complementação entre eles. Assim, temos: ação como direito constitucional e, por conseguinte, incondicionado de acesso aos órgãos jurisdicionais; como direito à jurisdição; como demanda; como rito (“ações reais”, “ações possessórias”, “ações inibitórias”). Por óbvio, o segundo aspecto mereceu atenção constante, vez que melhor retrata o objeto do presente estudo.

A teoria eclética da ação, ao dispor que tal instituto necessitaria de determinados pressupostos (em sentido lato), para ser legitimamente exercido, colocou em destaque o que atualmente chamamos de pressupostos processuais e condições da ação. Estas, então, são de suma importância para um direito que pretende atingir seus escopos social, político, jurídico e outros ligados ao exercício da jurisdição.

Nesse sentido, vislumbrou-se a ação condicionada à legitimidade *ad causam*, à possibilidade jurídica do pedido e ao interesse de agir. Tais pressupostos, certamente, não constituem barreiras arbitrárias, mas, sim, tentativas de ponderar o direito abstrato de acesso aos órgãos jurisdicionais e a intimidade e/ou liberdade dos cidadãos sujeitos às normas estatais.

Entretanto, para a formação do direito de ação, não se fala em “condições” e, sim, em “elementos”. Em uma linguagem metafórica, tais elementos correspondem a pedaços de um grande quebra-cabeça que é o direito de ação. Assim, partes (ordinárias ou extraordinárias), pedido (mediato e imediato) e causa de pedir (próxima e remota) dão vida e imagem à possibilidade de alguém se dirigir aos órgãos juris-

dicionais e formular uma pretensão, sendo que esta, na maioria dos casos, encontrará uma resistência da outra parte.

Com base nessa repartição da ação em três elementos, o Código de Processo Civil, em seu art. 301, §1º, consagrou a chamada teoria dos três elementos da ação (teoria dos tria eadem) e a relacionou ao instituto da coisa julgada. Contudo, tal teoria, como mostrado, não constitui a única fonte de solução dos diversos conflitos relacionados àquele tema, devendo ser adotada, também, a teoria da identidade da relação jurídica, cujo maior expositor foi Savigny.

O terceiro desses elementos, ou seja, a *causa petendi*, não obstante complexo, demonstrou poder ser, de certa forma, repartido em algumas regras gerais e, por isso, identificado. É lógico que, em alguns casos, sempre haverá certa dúvida, uma vez que esta é inerente à própria aplicação de uma regra abstrata ao caso concreto. Este é sempre rico em novas ideias e apto a superar cada nova norma que pretende regulamentá-lo.

A própria doutrina, fazendo a sua parte, sempre divergiu em relação aos aspectos que identificam a causa de pedir, dando origem a duas teorias: da individualização e da substanciação. Esta, certamente, ao exigir a indicação dos fatos e fundamentos jurídicos foi a escolhida pelo nosso Código de Processo Civil, apesar das necessárias adaptações de que não são quaisquer fatos que a delimitam. Foi nesse momento que surgiu o conceito de fato essencial e fato secundário, embasado, justamente, na ideia de que seria irracional afirmar que todos e quaisquer fatos identificam a demanda, tendo em vista que a própria lei dá prioridades a determinado conjunto deles, em detrimento dos demais.

Por outro lado, os conflitos relacionados ao caso concreto e ao direito material ainda persistem. Mais uma vez, com os brocardos *iura novit curia* e *da mihi factum dabo tibi ius*, vistos de forma extremada, alguns autores tentam afastar a qualificação jurídica como elemento identificador da ação, o que, no âmbito do Código de Processo Civil, parece anacrônico. O art. 282, III, daquele diploma legal é expresso em sua previsão e, dessa forma, foi defendido que a qualificação jurídica feita pelo autor identifica a causa de pedir, de modo que uma indicação errônea pode levar à improcedência da ação.

Ressaltou-se que a qualificação jurídica difere da simples qualificação legal. Muitas decisões, como visto, às vezes, utilizam esta expressão no sentido daquela, de modo a trazer diversos questiona-

mentos. A qualificação legal, como indicação do dispositivo em lei, na maioria dos casos, frente a adoção moderada da regra do *iura novit curia* e *da mihi factum dabo tibi ius*, não é exigida.

Outros complicadores surgem. Os arts. 131, 303, I, e 462 parecem desprezar completamente os fatos indicados pelo autor no momento do ajuizamento da demanda, ao disporem que o juiz pode considerar outros constantes dos autos, mesmo que não alegados e, pior, mesmo que não apresentados no início da propositura da ação. O art. 474 vai ainda mais longe, pois estabelece um sistema de preclusão que atinge possíveis alegações que poderiam ter sido feitas, mas não o foram.

Para solucionar os inconvenientes do primeiro grupo de artigos, as demandas foram divididas em autodeterminadas (direitos absolutos) e heterodeterminadas (direitos relativos), sendo que, naquelas, o julgador terá uma maior gama de liberdades para considerar outros fatos que não os alegados inicialmente, visto que o chamado “fato principal” apresenta-se muito mais amplo. No que diz respeito ao art. 474, concluiu-se que, o princípio da inafastabilidade do órgão jurisdicional, previsto na nossa Carta Magna, somente permite que ele seja aplicado aos ditos “fatos secundários”.

Um ponto no qual a doutrina e a jurisprudência não divergem – até porque não haveria como – é o de que o pedido (segundo elemento da ação) sempre deve ser considerado nas análises de todos os dispositivos e aspectos supramencionados. Assim, foi constatado que pode e deve-se falar em “fatos principais” e “fatos secundários”, mas estes somente podem ser visualizados conjuntamente com o pedido feito.

Em decorrência da complexidade da causa de pedir, foi trazido à baila diversas exemplificações necessárias para a sua melhor compreensão. Constatou-se que no caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade a causa petendi é aberta, podendo aquela ser conhecida e provida com base em outros fatos e fundamentos que não os alegados pela parte autora, no momento da propositura da demanda. Outrossim, o recurso extraordinário quebra a regra de que a qualificação legal, ou dispositivo legal, não precisa ser indicado, apesar de existirem opiniões em contrário.

Nas ações ditas coletivas, a causa de pedir escapou, pelo próprio contexto, de seus aspectos individuais, de modo a impor aos fatos e fundamentos jurídicos uma abstração (*rectius*: indetermina-

ção), na maioria das vezes, muito maior. Isso refletiu na própria ideia de substanciação que não poderia aparecer de modo tão rígido, pela própria dificuldade que envolve essas espécies de ações.

O Direito Processual Penal, objeto do quarto capítulo, também, não escapou de uma análise mais modesta. Não obstante o processo civil possa ser utilizado para atender a determinadas lacunas verificadas naquele ramo do Direito, esta regra não pode ser vista de forma absoluta. Algumas características são utilizadas para separar essas duas matérias: irrelevância, no processo penal, do conceito de lide e existência de partes senão em sentido processual. Da mesma forma: maleabilidade na exigência de irrevogabilidade da decisão de mérito e existência de tipicidade cerrada.

A descrição dos fatos torna-se mais importante na medida em que o tipo penal é visto como a subsunção daqueles à norma legal. Todavia, de outro lado, este muitas as vezes se mostra irrelevante porque aqui, sim, a regra do *iura novit curia* é aplicada em sua integridade, segundo o disposto no art. 383 do Código de Processo Penal, de modo que o juiz, baseando-se na descrição feita, pode utilizar-se de enquadramento jurídico diverso.

Os arts. 383 (regra da *emendatio libelli*) e 384 (regra da *mutatio libelli*), todos do Código de Processo Penal, não têm o condão de afastar – quando necessárias – as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório. No primeiro, entende-se que, como o réu se defende dos fatos que lhe são imputados, não precisaria haver mais a manifestação deste; no segundo, a regra impõe tal observância.

Verifica-se que a pesquisa feita da causa de pedir no Direito Processual Penal serviu para demonstrar um ponto: o direito material envolvido no conflito entre os sujeitos processuais influencia sobremaneira no proceder da lide, na marcha processual, sendo que a *causa petendi*, como elemento da ação, é atingida reflexamente, isto é, mediatamente, não podendo ser ignorada tal mudança.

Evidente que sempre haverá divergências doutrinárias a respeito do tema. Como já salientado, elas remontam desde muito tempo, já que a actio é um fenômeno histórico, mesmo tendo sofrido limitações em seu tempo, uma vez que não era conferida a qualquer cidadão. Assim, seria muita pretensão liquidar todos esses conflitos simplesmente com esse pequeno esboço referente à *causa petendi*. Ao menos, tentou-se.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo – sua evolução ao lado do direito material. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*. v. 2, n. 1. Imprensa Oficial, 2001.

_____. *Manual de direito processual civil*. 5. ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991-1996.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de teoria geral do processo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

AROCA, Juan Monteiro; COLOMER, Juan Luis Gómez; REDONDO, Alberto Montón; VILAR, Silva Barona. *El nuevo proceso civil*. Valencia: Tirant lo blanch, 2000.

ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Manual do processo de execução*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1972.

BEZERRA DE MELO, Marco Aurélio. *Novo código civil anotado*. v. 3. Rio de Janeiro, 2003.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *A ação no direito processual civil brasileiro*: Livraria Progresso Editora, 1960.

_____. *Comentários ao código de processo civil*. 8. ed. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Escritos de direito processual – teorias sobre a ação: uma proposta de superação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. *Lições de direito processual civil*. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Da causa de pedir nas ações de investigação de paternidade. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 19, n. 75, p. 227-240, jul./set. 1994.

_____. *Intervenção de terceiros*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. v. 1 e 2. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: ClassicBOOK, 2000, tradução de: *Sistema di Diritto Processuale Civile*.

CASTRO MENDES, João de. *Direito processual civil*. v. 1 e 2. Lisboa: AAFDL, 1974.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido. *Teoria geral do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

CRUZ, José Raimundo Gomes. *Causa de pedir e intervenção de terceiros*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.); BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil* (questões polêmicas). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DELGADO, Jaime Guasp. *La pretensión procesal*. Madrid: Civitas, 1981.

DIÉGUEZ, Francisco Málaga. *La Litispendencia*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*. Campinas: BOOKSELLER, 2000.

FISCHER, Douglas; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Comentários ao código de processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas da reforma do processo civil*. 2. ed. v. 1. Coimbra: Almedina, 1999.

GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. Execução nas ações civis públicas. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 2. maio, 2003.

_____. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. *Revista Jurídica*, n. 305. Porto Alegre: Notadez, mar. 2003.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Jurisdição voluntária moderna*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. *O processo de execução*. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 15. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. _____. 14. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Manual de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GUIMARÃES, Luiz Machado. Preclusão, coisa julgada e efeito preclusivo. *In: Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 6. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1997.

KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

LAZZARINI, Alexandre Alves. *A causa petendi nas ações de separação judicial e de dissolução da união estável*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução de Ada Pellegrini Grinover dos textos posteriores à edição de 1945. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. 4. ed. v. 1. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1980.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. A causa petendi nas ações reivindicatórias. *Revista de Direito Processual Civil*, v. 6. São Paulo: Saraiva, ano III (1962).

_____. *Conteúdo da causa de pedir*. Consultas e Pareceres. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. *Da ação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

MIGUEL FILHO, Theophilo Antônio. Litispendência por Identidade de Causa de Pedir. *In: Revista Justiça & Cidadania*, out. 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista de Processo – 84*. Doutrina Nacional – Processo Constitucional, 1996.

_____. *Comentários ao código de processo civil*. 11. ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NORONHA, Carlos Silveira. *A causa de pedir na execução*. Doutrina Nacional. Processo Civil. Revista de Processo n. 75.

OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes de. *Introdução ao direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PAIS DE AMARAL, Jorge Augusto. *Direito processual civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

REIS, José Alberto dos. *Teoría de la acción*. Traducción del portugués por el Lic. Guillermo García Maynez, México: Colofón, 1995.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Traducción de la 25. edición alemana de GABRIELAE. CÓRDOBA Y DANIEL R. PASTOR revisada por JULIO B. J. MAIER. Buenos Aires: Del Puerto, 2000. Tradução de: *Strafverfahrensrecht*.

RÚA, Fernando de la. *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Depalma, 1991.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1981.

SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Buenos Aires: Juridicas Europa-America, 1968, tradução de: *Der Streitgegenstand im zivilprozess*, Munich y Berlín: C. H. Beck'-sche Verlagsbuchhandlung, 1954.

SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de processo civil*. 4. ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SOUZA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: LEX, 1997.

TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1987.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1997.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 3. ed. v. 2. São Paulo: Atlas, 2003.

WALD, Arnaldo. *O novo direito de família*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.