

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

OTÁVIO AUGUSTO DAL MOLIN DOMIT

IURA NOVIT CURIA

O juiz e a qualificação jurídica da demanda no processo civil brasileiro

PORTO ALEGRE

2013

OTÁVIO AUGUSTO DAL MOLIN DOMIT

IURA NOVIT CURIA

O juiz e a qualificação jurídica da demanda no processo civil brasileiro

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

Orientador: Professor Doutor Daniel Mitidiero

Porto Alegre

2013

OTÁVIO AUGUSTO DAL MOLIN DOMIT

IURA NOVIT CURIA

O juiz e a qualificação jurídica da demanda no processo civil brasileiro

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

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Daniel Mitidiero (orientador)
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor examinador

Professor examinador

Professor examinador

Conceito: _____

Porto Alegre, ____ de _____ de 2013.

AGRADECIMENTOS

Ao final de mais uma importante e marcante etapa da vida, pessoal e acadêmica, tenho muitíssimo a agradecer àqueles que, cada um a seu jeito, acompanharam-me de perto em toda essa jornada, prestando apoio e colaboração sem os quais – não tenho, realmente, nenhuma hesitação em afirmar – esse trabalho jamais poderia ter visto a luz.

Ao professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, por, após ter generosamente orientado meu trabalho de conclusão de curso na graduação, ter me acolhido no curso de mestrado em direito, inspirando intelectualmente a escolha do tema e o desenvolvimento de muitas de suas linhas principais. Professor, seu exemplo foi e continua sendo inspiração para gerações e gerações de acadêmicos saídos de nossa Faculdade

“Ao grande amigo e professor Daniel Mitidiero, mestre na vida e nas letras, a quem agradeço especialmente por ter despertado em mim, em suas aulas e nas muitas conversas, a paixão pelo processo civil. Sua companhia constante e a porta sempre aberta para o diálogo são e, espero, continuarão sendo garantia de segurança no caminhar acadêmico, profissional e pessoal”. Com essas palavras, Daniel – permita-me o tratamento direto – agradecia-te ao final do curso de graduação pelas razões que ali expus. Devo dizer, então, que tal como desejava àquele tempo, tu continuas sendo um referencial: de segurança e exemplo, no difícil caminhar acadêmico; de inspiração profissional, na advocacia; e de amizade, na vida pessoal. Muito obrigado por ter aceito o encargo de orientador já no curso da jornada e por ter sido, de fato, em todos os momentos, o orientador das reflexões concretizadas nesse trabalho. Por isso, pelo auxílio, sempre presente, e pela amizade, constante, muito obrigado!

Aos colegas do curso de mestrado/doutorado, companheiros de jornada e, sobretudo, diletos amigos, o meu agradecimento mais do que especial. Posso, aqui, nominá-los, sem maiores receios: Otávio Motta, Renzo Cavani, Paulo Mendes, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos, Maria Angelica Feijó, Ronaldo Kochen, Rafael Flach, Bruno Fulginiti, Pablo Miozzo e Joel Paciornik. Muito obrigado pelo companheirismo de todas as horas e pelos inúmeros momentos, que estarão sempre na memória, compartilhados em conjunto durante essa prazerosa jornada. Aos dois primeiros, ainda, registro o meu sincero e profundo agradecimento pela revisão de diversas partes do trabalho, permitindo que os muitos equívocos, que certamente continuam presentes, fossem consideravelmente reduzidos.

Fora da Faculdade, aos demais muitos e queridos amigos da vida – e o que seria da vida sem eles?! –, por estarem sempre presentes, mesmo durante as mais longas e duras

ausências, e por darem a certeza de que a alegria e o companheirismo em todas as horas estariam e estarão sempre garantidos. Deixar de nominá-los, aqui, é grande injustiça, mas temo pela injustiça maior de, nessa hora, ser traído pela memória. À Confraria e ao James!

À Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, por após ter oportunizado-me a inesquecível e prazerosa caminhada da graduação, ter proporcionado também a oportunidade de conclusão dessa etapa decisiva, que é a pós-graduação. Repetindo o que já tive a oportunidade de dizer outrora, agradeço à Faculdade de Direito “*por conservar essa atmosfera mística que invariavelmente provoca naqueles que por suas salas de aula passam a inquietação e a incessante busca pelo saber*”. Essa aura permanece, sempre!

Fazendo referência à Academia, agradeço, por reflexo, a todos os Professores, da UFRGS e de outras Universidades, que durante esses últimos anos auxiliaram-me invariavelmente, seja com a discussão de ideias, com o fornecimento de materiais e com indicações bibliográficas que se mostrariam decisivas e imprescindíveis ao longo do trabalho. Nesse sentido, o meu agradecimento especial aos Professores Daisson Flach, Klaus Koplín e Sérgio Mattos, que juntamente com o Professor Daniel Mitidiero, que realizaram o exame de qualificação desse trabalho e cujas observações foram imprescindíveis para que a dissertação pudesse ser, em muito, aprimorada. Muito obrigado.

Aos queridos e sempre compreensíveis colegas e amigos de Planimec, que viram iniciar essa caminhada, e de Souto, Correa, Cesa, Lummertz & Amaral, que a vem ser concluída, o meu sincero agradecimento pelo entendimento e pelo suporte durante as muitas horas roubadas à advocacia pela Academia.

Já quase concluindo, indico aqueles a quem mais devo agradecer. À minha família, pela criação singular, que me permite, hoje, caminhar sem receios com minhas próprias pernas, e, mesmo assim, pelo suporte sempre presente. Vô Lino, Vó Jussara, Pai, Mãe e Xandi: muito obrigado pelo apoio imprescindível em todos os momentos e pelo inabalável entendimento sobre os muitos momentos ausentes. Agradecendo a todos, não posso deixar de agradecer em particular àquela que concretiza a figura do suporte e da compreensão irrestritos: Mãe, sem o teu apoio, nada teria sido possível! Muito obrigado! Sempre!

Finalmente, à Ana Luiza, a quem dedico esse trabalho com todo o meu amor e com todo o amor desse mundo. Foi, sem dúvida, quem mais me acompanhou, quem mais vivenciou cada momento, quem vibrou comigo nos momentos “Eureka!”, mesmo sem, obviamente, compreendê-los perfeitamente, quem vivenciou as angústias, o sofrimento e as enormes alegrias que marcam essa jornada. Pelo amor incomensurável, pelo carinho

inestimável, pelo fundamental incentivo e apoio em todas as horas e por simplesmente, guardar, em seu sorriso, uma reserva de energias que, para mim, nos momentos mais difíceis, representou a sobrevivência.

À Ana Luiza, com todo o meu amor!

“Sempre levei a sério o direito processual. É o ramo das leis mais rente à vida”.

(Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Prólogo aos Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo I, Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. XV).

RESUMO

O estudo que segue propõe-se a revisitar criticamente a aplicação da máxima *iura novit curia* no processo civil brasileiro, em especial a questão relativa à existência ou não de vinculação do órgão judicial à qualificação jurídica da demanda. As discussões vão desde o exame dos pressupostos culturais e lógicos do momento de nascimento da máxima, passando pela análise do papel que o fundamento jurídico da *causa petendi* desempenha na individualização do objeto litigioso do processo, até chegar ao exame dos limites e condições constitucionais e legais postos pelo ordenamento jurídico brasileiro à afirmada livre determinação do juiz na enunciação do direito aplicável ao caso.

Esse estudo é feito pela revisitação de posições doutrinárias consolidadas, lançando-se mão de exemplos e casos práticos, de forma a verificar se a tradicional concepção de que se valem doutrina e jurisprudência na aplicação da máxima *iura novit curia* está conforme às diretrizes básicas do processo civil brasileiro contemporâneo.

Palavras-chave: *iura novit curia* – formalismo processual – objeto do processo – *causa petendi* – fundamento jurídico – vinculação do juiz.

RIASSUNTO

Il saggio che segue si pone lo scopo di riesaminare criticamente l'applicazione della massima *iura novit curia* nel processo civile brasiliano, in speciale per quanto riguarda alla vincolazione o meno dell'organo giudiziale alla qualificazione giuridica della domanda. Il dibattito prende le mosse dall'analisi dei presupposti culturali e logici presenti all'epoca di nascita dell'aforisma, camina verso l'indagine del ruolo del fondamento giuridico della *causa petendi* nell'identificazione dell'oggetto del processo e finisce con l'esame dei limiti e condizioni legali e costituzionali fissati dall'ordinamento giuridico brasiliano alla detta libera determinazione del giudice nell'enunciazione del diritto applicabile al caso.

Lo studio va fatto con la rivisita di posizioni dottrinali consolidate, attraverso l'esame di esempi e casi pratici, cercando di verificare se la tradizionale concezione dottrinale e giurisprudenziale sull'applicazione della massima *iura novit curia* è conforme alle linee fondamentali del contemporaneo processo civile brasiliano.

Parole-chiave: *iura novit curia* – formalismo processuale – oggetto del processo – domanda – *causa petendi* – fondamento giuridico – vincolazione del giudice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
PARTE I – A GÊNESE DA MÁXIMA <i>IURA NOVIT CURIA</i>.	
1. O Direito como Fenômeno Cultural e a Razão para a Colocação do Problema em Perspectiva Histórica	20
2. Os Modelos de Organização do Formalismo Processual e a sua Compatibilidade com a Regra que Atribui ao Juiz o Poder de Alterar a Qualificação Jurídica da Demanda	22
3. O Formalismo do Processo Civil no Direito Romano e a Gênese da Regra que Autoriza o Juiz a Suprir as Deficiências de Alegações das Partes	29
3.1. O processo das <i>legis actiones</i>	30
3.2. O processo <i>per formulas</i>	35
3.3. O processo da <i>extraordinaria cognitio</i>	44
4. A Recepção da Regra no Direito Intermédio	52
5. A Afirmação da Regra na Passagem do Direito Intermédio para o Direito Moderno e a Cunhagem da Máxima <i>Iura Novit Curia</i>	61
PARTE II – O OBJETO DA MÁXIMA <i>IURA NOVIT CURIA</i>.	
1. O Processo Civil Encarado em sua Perspectiva Conceitual e a Necessidade de um Tratamento Dogmático da Máxima <i>Iura Novit Curia</i> .	83
2. A Demanda como Problema Fundamental à Aplicação da Máxima <i>Iura Novit Curia</i> ..	87
3. O Conteúdo da Demanda e sua Individualização em Tripla Perspectiva	95
3.1. O conteúdo da demanda na perspectiva da teoria do objeto litigioso	101
3.1.1. Individualização e substanciação na delimitação do conteúdo da demanda	102
3.1.2. A noção de objeto litigioso no direito alemão: de Lent a Habscheid, passando por	105

Schwab	
3.1.2.1. O objeto litigioso como afirmação jurídica (<i>Rechtsbehauptung</i>)	108
3.1.2.2. O objeto litigioso delimitado pelo pedido (<i>Begehren/Antrag</i>)	113
3.1.2.3. Estado de Fato (<i>Lebensachverhalt</i>) e pretensão (<i>Rechtsbehauptung</i>) na delimitação do objeto litigioso	116
3.2. O conteúdo da demanda na perspectiva da teoria da ação	118
3.2.1. A teoria da identificação das ações na obra de Giuseppe Chiovenda	120
3.2.2. A doutrina da identificação das ações na doutrina contemporânea e sucessiva a Chiovenda	132
3.2.2.1. Liebman e a concorrência de ações	133
3.2.2.2. Zanzucchi e Gianozzi e a exclusiva relevância dos fatos para a determinação da <i>causa petendi</i>	137
3.2.2.3. Cerino Canova e a importância preponderante do direito afirmado para a determinação da <i>causa petendi</i> : as demandas autodeterminadas e heterodeterminadas ...	143
3.2.2.4. Heinitz, Fazzalari e Proto Pisani e a relevância concorrente do fato e do direito para a determinação da <i>causa petendi</i>	146
3.3. O conteúdo da demanda na perspectiva da teoria da lide	157
3.3.1. A lide como conteúdo da demanda no pensamento de Francesco Carnelutti	157
3.3.2. Crítica ao pensamento de Carnelutti.....	163
3.4. Síntese conclusiva: qualificação jurídica da demanda e aplicação da máxima <i>iura novit curia</i> em face das teorias examinadas	166

**PARTE III – A APLICAÇÃO DA MÁXIMA *IURA NOVIT CURIA* NO PROCESSO CIVIL
BRASILEIRO.**

1. O Processo Civil Brasileiro Contemporâneo. A Cultura Jurídica do Estado Constitucional e a Necessidade de Releitura da Máxima <i>Iura Novit Curia</i>	170
1.1. Breve aceno sobre a formação jurídico-cultural do processo civil brasileiro até os primórdios do Estado Constitucional	171
1.2. O Estado Constitucional, o direito ao processo justo e o paradigma do processo civil brasileiro contemporâneo	182
1.2.1. Em especial: a tutela dos direitos como função precípua da jurisdição no Estado Constitucional	191
1.2.2. Em especial: o direito material e sua influência na estruturação do processo civil atual	195
1.2.3. Em especial: a colaboração como modelo de organização do processo civil brasileiro contemporâneo	199
1.3. A necessidade de releitura da máxima <i>iura novit curia</i> diante do paradigma metodológico e do modelo de organização do processo civil brasileiro contemporâneo ..	203
2. O Objeto Litigioso no Processo Civil Brasileiro e no Sistema do Atual Código de Processo Civil	207
2.1. Em especial: a demanda no processo civil brasileiro	217
2.1.1. A necessidade de identificação da demanda e de seu conteúdo a partir do direito material	219
2.1.2. A <i>causa petendi</i> no direito brasileiro: proposta de estruturação e tratamento no âmbito das relações entre direito e processo	228
2.1.2.1. Fatos e fundamentos jurídicos: o papel de cada elemento	236

2.1.2.2. O fundamento jurídico da <i>causa petendi</i> e a identificação da situação jurídica afirmada. Análise a partir da problemática relativa à estabilização objetiva da demanda .	257
3. A Aplicação da Máxima <i>Iura Novit Curia</i> no Processo Civil Brasileiro Atual: Limites e Condições	264
3.1. Limites	265
3.2. Condições	278
CONCLUSÃO	283
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	287

INTRODUÇÃO

Entre os mais recorrentes brocardos latinos que aparecem utilizados no âmbito do processo civil brasileiro contemporâneo está o enunciado *iura novit curia*. Prova disso pode ser colhida, por exemplo, pela inserção da expressão na base de pesquisa de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Partindo das duas apresentações do aforimso— *iura novit curia* e *jura novit curia* –, a busca retorna nada mais do que 3.172 julgados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça que explicitamente invocam o brocardo. No Supremo Tribunal Federal são 643 julgados.

Algumas vezes o brocardo tem sido utilizado para traduzir a ideia de que a vigência do direito nacional não carece de prova a cargo da parte – ao contrário do que sucede com o direito estrangeiro, local ou costumeiro¹. Outras tantas para indicar que o *nomen iuris* da ação, dado pelo autor, é irrelevante². O mais frequente, no entanto, é que o adágio funcione como espécie de salvo-conduto para que o julgador possa apreciar a causa que lhe é trazida sob perspectiva jurídica diversa da que foi dada pelas partes. É dizer: invoca-se a máxima *iura novit curia* – com todo o peso de autoridade que normalmente os brocardos jurídicos possuem – para traduzir a ideia de que o magistrado não está vinculado à qualificação jurídica da demanda tal como impostada pelo autor³.

Fritz Baur, em clássico ensaio sobre o tema⁴, após identificar os adágios jurídicos com os provérbios em geral, referindo que tanto esses como aqueles normalmente têm origem obscura e permitem a utilização descompromissada e voluntarista por parte de quem os invoca⁵, apresenta alguns dos sentidos que podem ser assumidos pela máxima em questão: “*Na sua origem, entendia-se, provavelmente, no sentido de que as normas jurídicas não precisam de prova, dado que o juiz deve conhecê-las. Mas, desde logo, foi o adágio interpretado como significativo de que a aplicação do direito é, exclusivamente, assunto atinente ao juiz, no sentido de que as partes não estão obrigadas a subsumir os fatos, por ela*

¹ STF, Recurso Extraordinário nº 74.066 – SP, Primeira Turma, relator Ministro Antonio Neder, julgado em 12-05-1981, DJ 29-05-1981 p. 5.052.

² STJ, Recurso Especial nº 1.339.336 – MS, Segunda Turma, relator Ministro Herman Benjamin, julgado em 20-09-2012, DJe 10-10-2012.

³ STJ, Recurso Especial nº 711.644 – SP, Quarta Turma, relator Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 15-12-2009, DJe 03-08-2010.

⁴ Fritz Baur, *Da importância da dicção “iura novit curia”*, Revista de Processo, n. 3, 1976, p. 169, tradução de José Manoel Arruda Alvim.

⁵ “*Os adágios jurídicos participam da sorte dos provérbios em geral: usualmente a origem dos mesmos é obscura, cada um os usa como bem lhe pareça, mas sempre inspirados por profunda convicção. Poder-se-ia quase dizer: à falta de argumentos reais, encontra-se no momento exato um adágio jurídico apropriado*”. Vale isso também para a dicção *iura novit curia*” (Fritz Baur, *Da importância da dicção “iura novit curia”*, p. 169).

invocados, às normas jurídicas, mais ou menos, no sentido do brocardo: narra mihi factum, narro tibi ius". Essa passagem deixa entrever exatamente os mencionados dois significados mais corriqueiros reconectados pela jurisprudência brasileira à invocação da dicção *iura novit curia* – que literalmente significa “o juiz conhece o direito”.

O axioma de que o juiz conhece o direito, representado pela máxima, pode, conforme apenas destacado, tanto traduzir a ideia de que o magistrado conhece o ordenamento jurídico e, assim, não necessita que se lhe seja provada a vigência de tal ou qual norma jurídica invocada pelas partes para solução do litígio, quanto pode significar que, conhecendo o direito, ao juiz toca a tarefa de aplicá-lo aos fatos narrados pelas partes, dispondo, portanto, soberanamente sobre a qualificação jurídica da causa. Por esse último sentido, olhando para a organização e divisão de tarefas entre juízes e partes ao interno do processo⁶ – isto é, para o seu formalismo⁷ –, às partes caberia dispor sobre os fatos da causa e narrá-los para o julgador, que estaria então encarregado de manejar o direito e, aplicando-o aos fatos narrados da maneira como melhor entender, oferecer a solução jurídica para a controvérsia. É exatamente essa acepção que identifica sinteticamente a forma jurídica que é objeto de nosso estudo.

Como ressaltado pela doutrina, “*en buena parte de la ciencia y de la praxis jurídica (...) existía y existe un estado de opinión, generalizado y difuso pero no menos consolidado y arraigado, de que la labor jurisdiccional consiste en subsumir los hechos que las partes suministran al tribunal en los enunciados, normas, construcciones o fundamentos jurídicos que resulten de aplicación. Así como en la dimensión fáctica la actividad judicial hallaría, en virtud del principio dispositivo, un límite estricto e infranqueable en los hechos introducidos en el proceso por el actor, en lo referente a la aplicación del Derecho el tribunal encontraría ante sí poco menos que un terreno – el del ordenamiento jurídico – sin vallas ni lindes, en el que podría campar a sus anchas para fundamentar su pronunciamiento. El brocardo o maxima da mihi factum/facta, dabo tibi ius, junto con la de iura novit curia, constituiría la*

⁶ Sobre o tema, José Carlos Barbosa Moreira, *O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos*, Revista de Processo, nº 41, 1986, p. 7 e ss.

⁷ “O formalismo processual ou forma em sentido amplo” diz respeito “à totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais. A forma em sentido amplo investe-se, assim, da tarefa de indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado, e estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento” (Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 28). É nessa acepção que a expressão “formalismo processual” é utilizada ao longo do texto.

crystalización o síntesis de dicha ilimitada libertad valorativa del juez en lo que atañe al Derecho”⁸.

Essa ideia largamente difundida, inclusive na jurisprudência brasileira, de que o julgador tem plena liberdade e soberania sobre a aplicação do direito à narração fática feita pelo autor, de maneira que estaria autorizado a julgar a causa a partir de fundamentos jurídicos não ventilados pelas partes em seus arrazoados, não decorre do direito positivo brasileiro. Realmente, embora processualistas de destacada importância aludam à norma do artigo 126, segunda parte, do Código de Processo Civil de 1973⁹, para enxergar ali a positivação do chamado “princípio da oficiosidade”, o referido dispositivo não serve de esteio jurídico-positivo para acolher a regra que normalmente se enuncia pela invocação da máxima *iura novit curia* – qual seja, a que atribui ao juiz absoluta liberdade na apreciação jurídica da demanda a ele submetida.¹⁰

A indicação da existência desse poder, com essas características, assegurados ao órgão judicial, decorre, em verdade, conforme se verá, muito mais da doutrina e da jurisprudência, que fazem referência à aludida tradição arraigada na cultura nos ordenamentos jurídicos de filiação romano-germânica. Qual tradição, porém? Erigida a partir de quais pressupostos culturais e quais bases teóricas? Será verdade, para o direito brasileiro, que o juiz não encontra limites na apreciação do elemento jurídico da causa? Com outras palavras: o juiz, no quando do julgamento da demanda, está ou não vinculado às enunciações jurídicas feitas pelas partes na qualificação jurídica dos fatos aportados para amparar as suas pretensões?

O tema do trabalho, portanto, diz com a vinculação ou não do juiz à qualificação jurídica delineada pelo autor em função dos fatos alegados ao apresentar a demanda. Por não encontrar previsão expressa no direito positivo brasileiro (permitindo ou proibindo a alteração da qualificação jurídica proposta), a dar-lhe pronta resposta, o problema proporciona dúvidas importantes, carecendo de solução e tratamento mais consistente. O que preocupa, em verdade, não é a opção por um ou outro caminho (vinculação ou não do juiz), mas sim a ausência de reflexão mais demorada a respeito dos fundamentos dogmáticos que estão à base da escolha por uma ou outra via. Com efeito, a justificação costuma ser de que não há

⁸ Guillermo Ormazabal Sánchez, *Iura novit curia*, Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 19.

⁹ “Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

¹⁰ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, *Curso de processo civil*, volume I, São Paulo: Atlas, 2010, p. 72. Os mesmos renomados autores, no entanto, consoante se demonstrará adiante, tratam de colocar em xeque os pressupostos que giram no entorno da compreensão tradicional da máxima. Da mesma forma, José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 207.

necessidade de maiores indagações, pois *iura novit curia*, muito embora não se saiba com certeza o que quer isso significar.

Se, de um lado, a doutrina parece não ter se dado conta das múltiplas implicações que pode ter uma resposta positiva ou negativa à pergunta formulada no exemplo acima aludido, limitando-se, em sua maioria, a afirmar que “*quanto ao direito, à quaestio iuris, toca ao juiz a interpretação*”¹¹, a Jurisprudência não é mais elaborada, até mesmo pela ausência de qualquer alarde doutrinário.

A falta de uma rede de proteção dogmático-conceitual capaz de amparar os operadores do direito no enfrentamento dos desafios impostos pela prática faz com que os tribunais usualmente não se deem conta (ou se escondam) do problema. Na maioria das vezes, assim, quando chamados a resolver algum conflito que envolva os poderes do juiz e das partes quanto ao elemento jurídico da demanda, limitam-se a ditar a máxima, concluindo automaticamente pela total ausência de limites do julgador acerca da disponibilidade sobre o ingrediente jurídico da causa, fato que dá plena razão à conclusão já chegada por Baur a respeito da função desempenhada pelos adágios jurídicos em geral.

Diante desse quadro de vazio conceitual, e, principalmente, das severas dúvidas que se tem quanto ao real acerto das conclusões que normalmente são formuladas à luz de nossa legislação processual, surge o interesse pela investigação da problemática ligada à máxima *iura novit curia* e aos limites da atuação do juiz em face da qualificação jurídica da causa esboçada pelo autor.

Na busca por uma resposta, o trabalho dividir-se-á em três partes.

Na primeira, procuraremos verificar a *origem da máxima*, o momento jurídico-cultural de seu aparecimento, o seu real significado a esse tempo, bem como o modelo de organização do processo a ela imanente.

A seguir, na segunda parte, o foco recairá sobre o *objeto da máxima*, notadamente, no nosso entender, a demanda. Nesse momento, procuraremos identificar as principais doutrinas e teorias surgidas na tentativa de resolver o problema da determinação do conteúdo da demanda e dos elementos que lhe dão conformação. Esse será momento crucial da análise, na medida em que a questão da individualização da demanda já começará a chamar a atenção para alguns dos muitos problemas ligados à aplicação da máxima.

Por fim, na terceira parte, chegaremos ao ponto central da investigação, ou seja, a *aplicação da máxima no processo civil brasileiro*. Nesse momento, procuraremos

¹¹ Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo IV, Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 16

contextualizar a aplicação da máxima na realidade de nosso atual processo civil, verificando a compatibilidade dos pressupostos jurídico-cultuais que informaram o surgimento da regra, que se diz centenária, com as bases atuais de compreensão do direito em nosso país. Nesse momento, então, verificaremos de que forma a aplicação da máxima interage com as diversas questões ligadas ao problema da demanda no processo civil brasileiro para, em fechamento, verificar qual é – e se ele existe – o âmbito de aplicação da máxima *iura novit curia* em nossa realidade jurídica e quais são as condições de sua utilização.

Delimitado, assim, o tema objeto de nossa investigação, cumpre desenvolvê-lo

PARTE I - A GÊNESE DA MÁXIMA IURA NOVIT CURIA.

“La visione storica è consolante perché toglie assolutezza alle certezze odierne, le relativizza ponendole in frizione con certezze diverse od opposte già sperimentate nel passato, demitizza il presente, avvalorando una sua anili critica liberando i fermenti odierni dalla statica di ciò che è vigente e stimolando il cammino per la costruzione del futuro.”¹²

1. O Direito como Fenômeno Cultural e a Razão para a Colocação do Problema em Perspectiva Histórica.

O direito, como ciência do espírito, como fenômeno que não se encontra *in res natura*, mas brota da sociedade, como obra exclusiva e iniludível manifestação cultural do homem, fruto de sua construção, responde ao seu modo de pensar e à sua maneira de enxergar o mundo, sofrendo variações e adaptações segundo os valores prevalentes em determinado momento histórico. É dizer, reage o direito à história, não lhe sendo infenso¹³. O processo civil obviamente não escapa dessa mesma sorte: *“para bem apanhá-lo, analisando suas feições atuais e prospectando aquilo que dele se pode legitimamente esperar, importa ter presente as ideias que o formaram”¹⁴*.

O interesse do estudioso do direito em geral, e do processualista em particular, pela história justifica-se como interesse pelo conhecimento da realidade cultural que subjaz aos conceitos e aos institutos jurídicos objeto de sua análise. O exame desse substrato oferece valiosos elementos para a compreensão da função e causa de uma dada forma jurídica na época em que concebida ou recepcionada¹⁵. A pesquisa histórica abre espaço para a investigação zetética, para a pergunta, tão necessária para o entendimento crítico da realidade¹⁶. O aspecto histórico, então, deve ser considerado com atenção diretamente

¹² Paolo Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, 3ª edição, Milano: Giuffrè, 2007, p. 17/18.

¹³ Assim, entre outros, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *A garantia do contraditório*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, volume 15, 1998, p. 7. Do mesmo autor, confira-se mais demoradamente a esse respeito, a obra *Do formalismo no processo civil, passim*, e, em especial, p. 92 e ss..

¹⁴ Daniel Mitidiero, *O processualismo e a formação do Código Buzaid*, Revista de Processo, nº 183, 2010, p. 166.

¹⁵ Enrico Allorio, *Significato della storia nello studio del diritto processuale civile*, in *Problemi di diritto*, volume III, Milano: Giuffrè, 1957, p. 115.

¹⁶ Tércio Sampaio Ferraz Junior, *Introdução ao estudo do direito*, 4ª edição, São Paulo: Atlas, 2003, p. 44 e ss. O enfoque zetético que se busca dar, porém, não tem um sentido puramente especulativo (zetética pura), mas busca produzir resultados que possam ser tomados como base para uma posterior aplicação técnica à realidade (zetética aplicada).

proporcional à preocupação que o estudioso do direito tem com a análise e a compreensão séria e crítica dos fenômenos jurídicos que examina e vivencia¹⁷.

Dessa forma, sendo o exame histórico ao mesmo tempo uma óbvia exigência e uma particular aspiração¹⁸ do pesquisador que desse modo compreende o direito, não parece possível bem desempenhar a tarefa que nos propusemos – de releitura das conexões dogmáticas que atualmente se fazem a partir da enunciação da vetusta máxima *iura novit curia* – sem que antes se examinem historicamente, mesmo que de modo não-exaustivo¹⁹, as origens do aforismo e as circunstâncias históricas e culturais que determinaram a sua formulação com o sentido que se lhe atribui. Se é verdade que “*os conceitos jurídicos têm história, que haverá de ser revelada por quem procure compreendê-los para adequadamente aplicá-los*”²⁰, deixar de cumprir essa importante etapa seria o mesmo que entender que o referido brocardo enuncia um “princípio” jurídico neutro, livre de qualquer compromisso com a história e com o contexto cultural em que surgiu, ideia que se revela desenganadamente falsa²¹ à luz da compreensão de que o direito – e em especial o direito processual – é espelho seguro e fiel da realidade histórica de seu tempo²². Sem isso, em realidade, estaríamos “*condenados a repetir de forma acrítica e sem o imprescindível filtro imposto pela necessidade de congruência entre as construções jurídicas e a realidade social conceitos cujos pressupostos teóricos encontram-se totalmente superados pela nossa cultura*”²³.

¹⁷ Enrico Tullio Liebman (*Qualche osservazione sullo studio della storia del processo civile*, in *Problemi del processo civile*, Napoli: Morano, 1962, p. 479) destaca exemplificativamente a importância do estudo histórico: “*Chi dubitasse dell’importanza che ha lo studio della storia per lo sviluppo delle scienze giuridiche, non avrebbe che da meditare intorno al fatto che fu appunto un grande fervore di ricerche sulla origine e sulla evoluzione storica delle istituzioni giuridiche che al principio del secolo scorso ruppe in Germania un lungo periodo di letargo e diede l’avvio a quella rinascita degli studi di diritto, che costituì una delle glorie di un’epoca non priva di grandezza. Non può certo considerarsi un puro caso che il secolo della storia sia stato anche quello in cui la giurisprudenza riacquistò un’eccellenza e una dignità che da tempo aveva perdute*”.

¹⁸ Enrico Allorio, *Significato della storia nello studio del diritto processuale civile*, p. 115.

¹⁹ A análise histórica aqui realizada não assumirá forma exaustiva, como seria próprio de um estudo com escopos essencialmente historiográficos. Tampouco servirá de base exclusiva para legitimação de conclusões aplicáveis ao direito atual a partir de soluções dadas por ordenamentos jurídicos de períodos passados. Ao revés, esse exame da máxima *iura novit curia* com olhos voltados para o passado, objeto do presente capítulo, será feito no limite do necessário para surpreender as raízes e algumas nuances históricas do problema, de modo a coligir elementos que, cremos, podem ser de grande utilidade para auxiliar a compreender a forma e o sentido da manifestação do aforismo no direito processual contemporâneo e ajudar a tarefa de reestruturação de sua aplicação. A realização de estudo histórico com o escopo agora identificado já foi muito bem caracterizada por Cláudio Michelon Jr., *Direito restituidório: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 18.

²⁰ Ovídio Araújo Baptista da Silva, *Processo e ideologia*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. X.

²¹ Ovídio Araújo Baptista da Silva, *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 185/186.

²² Daniel Mitidiero, *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 12.

²³ Daniel Mitidiero, *Antecipação da tutela*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 18.

Buscar a gênese histórica da máxima *iura novit curia* para de tal modo instrumentalizar uma melhor compreensão crítica de seu sentido e emprego na atualidade é, portanto, passo decisivo do trabalho.

Para tanto, e de modo a tornar o mais fluida possível a compreensão, nossa leitura dar-se-á essencialmente desde a perspectiva dos modelos de organização do formalismo processual já identificados pela doutrina. Etribados, assim, nesses modelos, que irão instrumentalizar a análise histórica a ser feita, esperamos poder identificar e traduzir o modo como funcionava a lógica jurídica, a maneira pela qual se organizava politicamente a sociedade e quais eram os valores sociais relevantes à época de afirmação da máxima, cotejar tudo isso com o modelo de organização do processo civil contemporâneo, para, a partir daí, examinarmos criticamente se esses pressupostos, que autorizaram a antonomásia do “princípio” organizativo pela máxima *iura novit curia*, ainda permanecem nos dias atuais e dão sustentação à manutenção da posição de defesa da aplicação da regra por ela enunciada ao atual processo civil brasileiro.

2. Os Modelos de Organização do Formalismo Processual e a sua Compatibilidade com a Regra que Atribui ao Juiz o Poder de Alterar a Qualificação Jurídica da Causa.

O processo civil, já se disse, “*é o ramo do direito mais comprometido com a história*”²⁴. Por isso, como fenômeno cultural que é²⁵, faz ressentir as mudanças impostas pela vida, desenhando-se e estruturando-se de maneira diferente ao longo dos séculos a partir das diversas convicções sociais em curso em dado período histórico. Realmente, o processo, “*tem o seu tecido interno formado pela confluência das idéias, projetos sociais, utopias, interesses econômicos, sociais, políticos e estratégias de poder reinantes em determinada sociedade, com notas específicas de tempo e espaço (...). A estrutura mesma do processo civil não é moldada pela simples adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado, mas especialmente por escolhas de natureza política, em busca dos meios mais adequados e eficientes para a realização dos valores que dominam o meio social, estes sim estruturando a vida jurídica de cada povo, de cada nação, de cada estado*”²⁶.

²⁴ Ovídio Araújo Baptista da Silva, *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, p. 179.

²⁵ Bem anota Galeno Lacerda (*Processo e cultura*, Revista de Direito Processual Civil, volume III, 1961, p. 75) que na atividade processual reflete-se “*tôda uma cultura, considerada como o conjunto de vivências de ordem espiritual e material, que singularizam determinada época de uma sociedade*”.

²⁶ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *A garantia do contraditório*, p. 7.

Em razão dessa aderência do processo à realidade, podem-se surpreender, em cada época, de acordo com cada modelo de organização social, com cada maneira de pensar o fenômeno jurídico, diferentes formas de conceber o próprio direito processual civil. Prova maior disso é colhida ao se estudar historicamente as formas de organização do formalismo processual²⁷, “*tema alla base di ogni regola e riflessione*”²⁸. Os poderes e deveres que se acometem ao órgão jurisdicional e as posições jurídicas subjetivas que são atribuídas às partes tendem a variar conforme a sociedade que se esteja a examinar²⁹, a partir do que poderá ser visto, com clareza, que a conformação interna do processo sempre se colocará como espelho de opiniões políticas e sociológicas a um determinado tempo reinantes³⁰.

O exame desses diversos modos de organização do formalismo processual, isto é, das diferentes formas de distribuição de tarefas entre juízes e partes ao interno do processo, foi capaz de identificar três modelos ideais³¹ básicos de estruturação do formalismo: o modelo isonômico (ou paritário), o modelo assimétrico (ou hierárquico) e o modelo cooperativo (ou colaborativo)³². Esses modelos – pensados de modo ideal e, como tal, não necessariamente verificáveis no mundo sensível com todas as características teoricamente descritas³³ – foram identificados mediante pressupostos teóricos de análise: pressupostos sociais, lógicos e éticos³⁴. Segundo nos parece – e esse é o ponto de conexão com o nosso tema –, a máxima *iura novit curia* no sentido trabalhado no presente estudo identifica-se decisivamente com os

²⁷ “O formalismo processual ou forma em sentido amplo” diz respeito “à totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais. A forma em sentido amplo investe-se, assim, da tarefa de indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado, e estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento” (Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 28). É nessa acepção que a expressão “formalismo processual” vem utilizada ao longo do texto.

²⁸ Knut Wolfgang Nörr, *Alcuni momenti della storiografia del diritto processuale*, Rivista di Diritto Processuale, nº 1, 2004, p. 5, tradução de Rosaria Giordano.

²⁹ Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 71.

³⁰ Uma primorosa análise das formas de organização do formalismo processual, desde praticamente as primeiras experiências jurídicas conhecidas até o direito contemporâneo, pode ser conferida pormenorizadamente na já clássica obra de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil, passim*, em especial p. 33/86.

³¹ A referência a “modelos” pretende transmitir a ideia de que se trata de “un disegno o una forma, che per definitionem non coincidono con la realtà, non la riproducono fedelmente, ma si basano su taluni frammenti di questa realtà” (cf. Knut Wolfgang Nörr, *Alcuni momenti della storiografia del diritto processuale*, p. 7).

³² São os modelos identificados por Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 18 e 113/115.

³³ Consoante refere José Carlos Barbosa Moreira (*O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos*, p. 7), “admite a disciplina uma série de combinações, sendo raras – se alguma jamais existiu – as soluções ‘quimicamente puras’”.

³⁴ Conforme pressupostos teóricos de análise dos modelos de organização do formalismo processual eleitos por Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 69/86. A “ética” como pressuposto teórico de análise, terceiro elemento de que se valeu o autor em sua tese de doutoramento, aparecerá apenas episodicamente em nosso trabalho, quando a referência a esse elemento mostrar-se de especial relevo.

pressupostos teóricos de um desses três modelos de organização do processo. Assim, é fundamental identificar, ainda que em linhas gerais, quais são as características desses modelos de conformação do formalismo do processo, para que então se possa visualizar em que momento histórico e sob qual contexto cultural propiciou-se a enunciação do brocardo com o sentido que nos chegou e que pretende influenciar de modo importante a organização interna do processo civil.

Principiamos, então, pelo modelo de processo isonômico, informado pela paridade das relações sociais e pela lógica dialética.

A forma paritária de organização da sociedade apresenta como traço preponderante, no plano do processo, a posição de igualdade que ocupam julgador e demandantes no tablado processual, o que vem na esteira da indistinção, no plano geral, entre a esfera política, a sociedade civil e o indivíduo³⁵. Nesse modelo, a própria estrutura de poder tende a se encontrar organizada de modo horizontal, com distribuição planificada da autoridade e sem ordens hierárquicas marcadas³⁶. O direito não é concebido como algo pertencente ao Estado ou decorrente da esfera de poder, mas como um fenômeno que é anterior ao próprio plano político, situando-se acima do órgão judicial e das partes³⁷, o que afasta dessa concepção social a ideia de que possa existir um polo central de produção e imposição de normas jurídicas. O julgador, então, não se imagina senhor absoluto do direito ou o seu supremo conhecedor, mas se coloca na posição de alguém interessado, tal como as partes, na sua descoberta. Essa a razão pela qual, por exemplo, o processo civil grego, fruto de uma sociedade fundada no pressuposto da igualdade do cidadão no confronto daquele que o julga, “*tinha como assente uma ideia fundamental absolutamente oposta ao iura novit curia: o juiz não era obrigado a conhecer a lei, nem a tê-la em conta para decidir a causa se não alegada e debatida pelas partes*”³⁸.

O traço extraestatal do fenômeno jurídico, característico de tais formas de organização social, não admite qualquer intromissão do poder político na estruturação do juízo³⁹. O processo civil nessa forma de sociedade, costuma-se dizer, acabou por aproximar-se mais do plano privado do que do público, tanto sob a perspectiva de sua dinâmica quanto de sua

³⁵ Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 72. Alessandro Giuliani (*Prova (filosofia del diritto)*, *Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè, 1988, volume XXXVII, p. 523) fala em “*eguaglianza tra governati e governanti, tra il cittadino e i suoi giudici*”.

³⁶ Mirjan Damaska, *The faces of justice and state authority*, Yale University Press: New Heaven, 1986, p. 25/27.

³⁷ Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 72/73.

³⁸ Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 72/73, com referência a Ugo Enrico Paoli, *Processo attico*, *Novissimo digesto italiano*: vol. XIII, p. 1.093.

³⁹ Alessandro Giuliani, *L'Ordo iudicarius medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*, *Rivista di Diritto Processuale*, nº 43, 1988, p. 603.

finalidade⁴⁰. Nessa quadra, ao juiz não raras vezes vai outorgado um papel essencialmente passivo e diminuto na direção da causa⁴¹, cumprindo-lhe, primordialmente, curar a ordem inerente ao processo desenhada pelo direito natural e velar pela sua regularidade, com atividade bastante limitada. Conforme identifica a doutrina, essa característica se constitui reflexo da ampla disponibilidade que as partes têm sobre o direito deduzido em juízo, o que faz com que, sob a influência de sua vontade, esteja, também, o ritmo da marcha processual⁴².

Alinhada a essa forma de organização social, a racionalidade jurídica com que se trabalha é de ordem prática, afeita à lógica tópico-argumentativa, a dar lugar a um esquema marcadamente dialético de descoberta do direito. Segundo essa lógica, o direito e a verdade trabalhados no processo têm um alvo consensual, frutos que são do diálogo⁴³. Aqui, mostra-se raro que o raciocínio possa redundar, à semelhança do que ocorre nas demonstrações matemáticas, em conclusões impositivas, já que se busca a revelação do direito por meio das controvérsias e das oposições dialéticas⁴⁴.

Nesse ambiente, entendida a experiência jurídica como um fenômeno problemático, de “*procedimentos não demonstrativos, mas argumentativos*”⁴⁵, o processo é “*fartamente influenciado pelas idéias expressas na retórica e na tópica aristotélica*”, “*concebido e pensado como ars dissidendi e ars oponendi et respondendi*”⁴⁶, cujo “*esteio era precisamente o contraditório*”⁴⁷. O contraditório efetivamente apresenta-se como o único método e instrumento para a investigação (dialética) da verdade (provável)⁴⁸, sendo “*aceito e imposto pela prática judiciária à margem da autoridade estatal, decorrente apenas da elaboração doutrinária, sem qualquer assento em regra escrita*”⁴⁹. É ele que oferece ao juiz um saber que nenhuma mente individual poderia atingir autonomamente⁵⁰.

Verifica-se, assim, no âmbito do processo, um verdadeiro “*colóquio judiciário*”⁵¹, a exigir intrinsecamente uma “*paritária e recíproca regulamentação do diálogo*”⁵², de modo a

⁴⁰ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 49, com referência ao processo do *ordo iudicarius* medieval, de estrutura notadamente isonômica, destaca o caráter privado da jurisdição e da finalidade do processo àquele tempo.

⁴¹ Alessandro Giuliani, *L’Ordo iudicarius medioevale*, p. 607.

⁴² Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 73/74.

⁴³ Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 88.

⁴⁴ Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 90.

⁴⁵ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *A garantia do contraditório*, p. 9.

⁴⁶ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *A garantia do contraditório*, p. 8.

⁴⁷ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *A garantia do contraditório*, p. 8.

⁴⁸ Nicola Picardi, *Audiatur et altera pars: as matrizes histórico-culturais do contraditório*, in *Jurisdição e processo*, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (coord.), Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 129.

⁴⁹ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *A garantia do contraditório*, p. 9.

⁵⁰ Alessandro Giuliani, *L’Ordo iudicarius medioevale*, p. 606.

⁵¹ Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 89.

permitir que a resolução da problemática jurídica seja fruto não de uma razão individual, mas o resultado de uma construção coletiva, do juízo como um ato de três pessoas⁵³. A compreensão do direito como um problema a ser resolvido caso a caso, diante da hipótese concreta de controvérsia, obra de uma construção coletiva e paulatina, surgida no dia-a-dia e na qualidade de fruto da dialética⁵⁴, tem influência decisiva para que haja essa forma de organização paritária do processo.

Semelhante maneira de conceber o fenômeno jurídico-processual mostra-se, então, definitivamente incompatível com a aplicação da regra decorrente da máxima *iura novit curia*. A ideia do direito como um problema, obra de construção dialética e coletiva, em vez de apodítica e individual, e a interpenetração entre fato e direito impedem que vigore a ideia de que o juiz, livre e independentemente de qualquer influência recebida das partes, aplica aos fatos que lhe são trazidos o direito que julgue incidente. O processo civil estruturado a partir do modelo isonômico dificilmente poderia contar com a vigência de regra semelhante a essa. Não à toa diz-se que “*o juiz conhece o direito*” e, por isso, é totalmente livre na escolha do fundamento jurídico a aplicar para a resolução da controvérsia “*custou a se fixar nos sistemas jurídicos ocidentais, tornando-se operante apenas no século XIV, porquanto na especulação medieval a questão de direito não pertencia ao domínio do certo, mas do provável*”⁵⁵.

No modelo assimétrico, porém, as coisas se passam de modo bastante diferente. As relações sociais são travadas a partir de planos diferentes e são informadas por uma lógica apodítica.

Como reflexo da própria organização da sociedade que o concebe, na qual indivíduo e ente político estão ligados por uma relação assimétrica de poder, verticaliza-se também a relação entre as partes e o juiz no plano do processo, esse ocupando posição acima daquelas, presentante que é do poder político⁵⁶. A tarefa de julgar passa ao cargo não mais de indivíduos que temporariamente ostentam essa função, mas de um corpo de burocratas, ligados à autoridade política central e oficialmente organizados em níveis escalonados de autoridade que respondem a um comando superior⁵⁷. Com efeito, “*a intromissão estatal no processo*

⁵² Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *A garantia do contraditório*, p. 8.

⁵³ Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 89.

⁵⁴ Nicola Picardi, *Processo civile (diritto moderno)*, *Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè, 1987, volume XXXVI, p. 107.

⁵⁵ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 222.

⁵⁶ Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 74.

⁵⁷ Mirjan Damaska, *The faces of justice and state authority*, p. 19.

*judicial vem a se refletir nos poderes do juiz e o novo ordo apresenta um caráter 'assimétrico', privilegiando a posição da autoridade em face dos cidadãos'*⁵⁸.

No modelo assimétrico, “o juiz converte-se em um sujeito superpartes, vértice do discurso judiciário”⁵⁹. Aparece, pois, como verdadeiro dono do processo, ganhando amplos poderes e assumindo para si a tarefa de ditar o ritmo e rumo da causa, o que se reflete na correspondente diminuição dos poderes das partes, tornadas simples coadjuvantes de um procedimento dominado pelo protagonismo do magistrado. A redução do formalismo, que perde força ante a existência inclusive de poder discricionário do juiz na direção do processo, colabora para que possa, por vezes, ter lugar o arbítrio do julgador⁶⁰. O princípio inquisitório atua fortemente e o processo, nessa concepção, deixa de lado o seu viés privatístico para ganhar caráter público⁶¹.

Sob o ponto de vista da lógica que lhe subjaz, a virada em relação ao modelo isonômico é igualmente decisiva. Centralizada no juiz a condução do processo e a tomada de decisões, o substrato lógico com que trabalham os juristas se desloca da lógica dialética para a lógica apodítica, da base aristotélica para a base ramista, que trabalha não mais com a verdade provável e dialogada, mas com a verdade absoluta e demonstrável. Move-se da racionalidade prática para a teórica. Conforme a doutrina, “o direito deixa de ser um problema que o jurista tem de resolver, trabalhando em um esquema sujeito-sujeito, para ser um objeto que o operador do direito tem de conhecer, compreendido numa relação sujeito-objeto”⁶².

O pensamento passa a ser orientado pela ideia de sistema, com sintomática aspiração de certeza⁶³. Dada a extrema complexidade do direito casuístico, a tornar impossível a sistematização e a submissão a regras gerais, a geometrização do pensamento recomenda que a prática jurídica abandone a análise jurídica problemática e o recurso à analogia em prol de uma apreciação generalizada, pautada pela lógica subsuntiva, em verdadeira tentativa de “domesticação do direito”⁶⁴. Renuncia-se à sabedoria prática, fruto da experiência, em busca de uma almejada “integridade material”⁶⁵. O juízo decisório transforma-se em exercício matemático de subsunção de premissas maiores (fáticas) em premissas menores (normativas), daí decorrendo a conclusão a ser necessariamente enunciada pelo julgador. Aplicação do

⁵⁸ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 190.

⁵⁹ Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 99.

⁶⁰ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 44.

⁶¹ Nicola Picardi, *Processo civile (diritto moderno)*, p. 103. Alessandro Giuliani, *L'Ordo judicarius medioevale*, p. 604.

⁶² Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 93.

⁶³ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *A garantia do contraditório*, p. 9.

⁶⁴ Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 95.

⁶⁵ Ovídio Araújo Baptista da Silva, *Processo e ideologia*, p. 38.

direito ao caso a partir de dedução de estruturas gerais, ao invés de construção do direito a partir do caso.

Se o direito deixa de ser o resultado do colóquio judiciário para passar a ser a expressão da vontade do soberano – ou do “povo”, quando a fonte do direito se desloca para o Poder Legislativo, expressa por normas legais impostas de cima para baixo –, não há mais razão para se falar em descoberta dialogada do direito. Perdida a dimensão retórica do processo⁶⁶, apouca-se o “*papel da dialética, das opiniões das partes a respeito da res in iudicium deducta, já que o resultado do processo será fruto de um silogismo judiciário, pensado solitariamente*”⁶⁷. O direito torna-se um simples dado preconcebido, que deve ser de conhecimento daquele que o aplica.

Parece, assim, que tenha sido essa forma de estruturação do processo o berço em que ganhou corpo a máxima *iura novit curia*. Realmente, a “*valorização máxima dos aforismos iura novit curia e da mihi factum, dabo tibi ius*”⁶⁸, a sugerir a interpretação e aplicação do direito à controvérsia como algo atinente tão somente ao órgão encarregado de conduzir o processo, muito provavelmente ocorreu em momento histórico em que se seguiu esse modelo de estruturação do processo. Apenas considerando-se os pressupostos sociais e lógicos que informam essa estrutura poder-se-ia imaginar a consagração de um pensamento semelhante, que valoriza de tal modo a disquisição sobre fato e direito como momentos totalmente estanques e divorciados do juízo decisório⁶⁹, e entrega, de modo integral e absoluto, ao juiz o poder de dispor sobre o elemento de direito da decisão a ser proferida.

A nossa máxima, pela ideia que enuncia, de atribuir ao juiz o poder de interferir e modificar a qualificação jurídica da demanda, identifica-se de forma muito próxima com as características de um modelo assimétrico de organização do processo.

Identificados dois dos modelos de estruturação do processo que por ora nos interessam⁷⁰, e visto que a máxima *iura novit curia* compatibiliza-se mais proximamente com um modelo de processo de corte assimétrico, podemos avançar para examinar em que momento histórico essa tarefa de qualificação jurídica da demanda passou a ser colocada na esfera de atribuições do juiz para verificar se a organização do formalismo do processo dessa

⁶⁶ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 190

⁶⁷ Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 98.

⁶⁸ Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 99, que remete a lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *A garantia do contraditório*, p. 13/15.

⁶⁹ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *A garantia do contraditório*, p. 13.

⁷⁰ O terceiro modelo de organização do processo, dito cooperativo, já foi identificado como próprio do Estado Constitucional (Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 79/80). Deixamos seu exame reservado, então, para momento mais oportuno.

época identifica-se ou não com o modelo de processo assimétrico. Com isso, poder-se-á comprovar ou não a indicação que se enuncia: a de que a gênese da máxima *iura novit curia* filia-se a um momento de organização genuinamente assimétrica do processo.

3. O Formalismo do Processo no Direito Romano e a Gênese da Regra que Autoriza o Juiz a Suprir as Deficiências das Alegações das Partes.

Difícilmente a análise histórico-dogmática de algum instituto jurídico teria como ponto de início outro que não o mais remoto dos sistemas jurídicos ocidentais de que se tem razoável conhecimento: o sistema do direito romano⁷¹. É justamente nesse período histórico, de investigação quase que obrigatória quando se busca traçar a genealogia de um instituto jurídico, que se encontram os primeiros traços de organização do formalismo processual de que se tem notícia⁷².

Partindo de proposta de divisão da história de Roma de que se valeu uma das mais consultadas doutrinas sobre o tema⁷³ – e que vai assumida à base da exposição a seguir –, investiremos, no limite do interesse de nosso estudo, no exame de estruturas jurídicas que vigoraram no período antigo (754 a.C – 242 a.C), no período pré-clássico e clássico (242 a.C. – 240 d.C) e no período pós-clássico e justiniano (240 – 565). De certa forma⁷⁴, pode-se dizer que a esses três grandes períodos históricos corresponderam, respectivamente, as três grandes fases da evolução do processo civil romano, isto é, o período do processo das *legis actiones* (754 a.C – 149/126 ou 17 a.C.), do processo *per fomulas* (149/126 a.C. – 285/305 d.C.) e do

⁷¹ Direito esse composto pelo conjunto de preceitos de várias origens e vigente, com óbvias variações durante esse largo período de tempo, desde a fundação de Roma (754 a.C) até a morte de Justiniano (565 d.C.) (cf. Giovanni Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, 3ª edição, Torino: Giappichelli, p. 5).

⁷² Não por acaso também Carlos Alberto Alvaro de Oliveira inicia pela análise do direito romano o exame do desenvolvimento histórico do problema do formalismo (*Do formalismo no processo civil*, p. 14 e ss.).

⁷³ Giovanni Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, p.13. Interessante a observação feita pelo próprio autor a respeito da divisão da história em períodos delimitados: “*Si può dire, quindi, che la partizione in periodi, sia da un punto di vista generale, sia in particolare riguardo al diritto privato, non sono un’invenzione degli storici, bensì un’effettiva realtà, che ben si percepisce, se la si guarda a sufficiente distanza di tempo e nelle sue linee essenziali. Quel che invece è veramente artificioso è la precisa indicazione dell’anno, o anche del decennio, segnante il passaggio di un periodo all’altro. Poiché l’indicazione è nondimeno opportuna, se non altro a fini didattici, deve sottolinearsi che essa ha valore puramente convenzionale e serve soltanto di orientamento*”.

⁷⁴ Nas palavras de Giovanni Pugliese, *Giudicato civile (storia)*, *Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè, 1968, volume XVIII, p. 727, “*ciascuna epoca (antica, classica, postclassica) finì con l’essere caratterizzata da un dato sistema processuale, in quanto decisamente prevalente sull’altro o sugli altri con cui coesisteva*”. Nesse sentido, portanto, a afirmação do corpo do texto.

processo da *extraordinaria cognitio* (27 a.C. – 565)⁷⁵, de modo que a análise feita nesse tópico estruturar-se-á a partir desses períodos.

3.1. O processo das *legis actiones*.

O problema da origem da tutela processual dos direitos, já se afirmou, conecta-se diretamente com as próprias origens das *legis actiones*⁷⁶, período mais remoto do processo civil romano.

No direito romano mais primitivo, as situações de vantagem reconhecidas pela ordem jurídica apresentavam caráter essencialmente potestativo e eram realizadas, no mais das vezes, pelo emprego autorizado da força pelo próprio particular⁷⁷. Até mesmo pela fraqueza da *civitas* de então, que não assumia para si o papel de fazer atuar o direito no mundo sensível, o processo, nesses tempos mais pretéritos, desenvolvia-se essencialmente para controle e reconhecimento da legitimidade do exercício privado das situações jurídicas materiais de vantagem pelo *agere* de mão própria dos particulares⁷⁸. É de se notar, assim, que “*na origem, o processo de conhecimento nasce como forma de oposição aos atos executivos de natureza privada*”⁷⁹, o que evidencia o caráter prevalente do emprego da força particular como forma ordinária de tutela dos direitos em época mais remota e a utilização do processo como meio de controle desse agir privado⁸⁰.

⁷⁵ Marcos referidos por José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, *Lições de história do processo civil romano*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 39.

⁷⁶ Mario Talamanca, *Processo civile (diritto romano)*, *Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè, 1987, volume XXXVI, p. 5. Segundo o autor, essa afirmação se deve até mesmo à contingência de inexistirem fontes de conhecimento anteriores a esse período.

⁷⁷ Ao ser autorizada por regras jurídicas (ou jurídico-religiosas) que qualificavam o interesse envolvido como suscetível e merecedor de proteção, a força assim empregada distinguia-se do exercício arbitrário das próprias razões – que está muito mais próximo à barbárie do que ao direito (Giovanni Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, p. 59).

⁷⁸ Giovanni Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, p. 45.

⁷⁹ José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, *Lições de história do processo civil romano*, p. 53. Também destacando o ponto, Arthur Engelmann (*The roman procedure*, in *A history of continental civil procedure*, Boston: Little, Brown and Company, 1927, p. 241, tradução e organização de Robert Wyness Millar) diz o seguinte: “*To suppose that, at this first stage of development, the proceeding began with execution is, in the light of present-day knowledge, to be misled by appearances. In reality, the proceeding consisted in execution, in connection with which might arise a controversy as to whether form had been duly observed and thus as to whether the exercise of private coercion had been in accordance with law*”.

⁸⁰ Max Kaser (2ª edição, Lisboa: Caloutse Gulbenkian, 2011, p. 429, tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle) refere que “*como em todos os povos, a história do processo para efetivar direitos privados começa em Roma com a força privada limitada e controlada pelo Estado. Quem se sentir prejudicado por outrem no seu direito pode persegui-lo, lançar mão o adversário ou de bens materiais por iniciativa e forças próprias. Mas é limitado de dois modos pela intervenção estatal: a) submete a apreensão persecutória a formas rigorosas: só quando se observa a forma ritual a apreensão não constitui violação ilegal da esfera jurídica alheia; b) desde cedo faz depender a apreensão da prévia apreciação da situação jurídica pela autoridade: se o direito do*

Nesse contexto, as *legis actiones* surgem, provavelmente, em decorrência e desenvolvimento dessa forma de realização dos direitos⁸¹. E não por acaso, mesmo com o transcurso dos anos e reduzida a autotutela, permaneceram arraigados nos diversos procedimentos previstos alguns traços simbólicos do antigo duelo privado, então primordialmente travado entre os particulares para a tutela de seus direitos.

Segundo aponta a doutrina, o termo “*legis actio*” tem necessariamente dois significados: indica tanto o direito de ação possibilitado pela lei quanto o procedimento por lei garantido para o exercício da ação⁸².

Com efeito, salvo nos primeiros períodos⁸³, os indivíduos estavam sujeitos essencialmente ao direito reconhecido em lei escrita – nas XII Tábuas (séc. V a.C.), sobretudo – e somente as ações ali previstas eram passíveis de serem exercitadas, de modo que apenas as situações subjetivas de vantagem que encontrassem a correspondente previsão legal poderiam ser juridicamente reconhecidas e, como tais, colocadas em condições de serem tuteladas pela *actio*. Como bem já se assinalou, “os romanos não diziam ‘eu tenho um direito’ (e, por via de consequência, uma ação para tutelá-lo), mas diziam, simplesmente, ‘eu tenho uma ação’”⁸⁴. O *agere* para fazer valer uma situação subjetiva não prevista na lei escrita não era admitido e era visto mesmo como uma agressão⁸⁵. “Dada essa peculiar característica, a ordem jurídica romana, mormente nesse momento histórico (...), antes que um sistema de direitos subjetivos, consistia um sistema de ações”⁸⁶.

Semelhante rigorismo quanto à identificação das ações que poderiam ser exercidas levava a idêntica rigidez no que tange ao procedimento a ser seguido para exercê-las⁸⁷. Identificada pelo autor a possibilidade de ser postulada a tutela de determinada situação

perseguidor em relação ao adversário não for de antemão indiscutível, tem de ser decidido através de sentença, antes da execução que o lesionado está realmente no seu direito.”

⁸¹ Mario Talamanca, *Processo civile (diritto romano)*, p. 5/6.

⁸² Arthur Engelmann, *The roman procedure*, p. 269.

⁸³ Notadamente nos primeiros três séculos da história de Roma, quando grande parte do direito, sobretudo o privado, foi constituído por meio de “*mores*”, ou seja, costumes e regras não escritas (cf. Giovanni Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, p. 32), que deram origem às primeiras *legis actiones*.

⁸⁴ Cesare San Filippo, *Istituzioni di diritto romano*, 4ª edição, Napoli: Jovene, 1960, p. 101, *apud* José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 33.

⁸⁵ Arthur Engelmann, *The roman procedure*, p. 251 e 269.

⁸⁶ José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 33.

⁸⁷ “*L’attore doveva innanzitutto scegliere il tipo di azione. Essendo, come si è detto, la tipicità delle l.a. duplice, in quanto una riguardava il modus agendi (come tipo generale di processo), l’altra i formulari da adottare nel medesimo modus agendi, la scelta dell’attore, guidato prima dai pontefici, poi da giuristi laici, era anch’essa duplice*” (Giovanni Pugliese, *Il processo civile romano*, volume I (*Le legis actiones*), Roma: Edizioni “Ricerche”, 1961 (1962), p. 272).

jurídica⁸⁸, o processo tinha início por reação privada, a *actio*, que seguia o exato e rígido modelo legal⁸⁹, havendo inclusive exigência de que fossem pronunciadas precisamente as mesmas palavras previstas no estatuto⁹⁰. As formas pouco desenvolvidas dos institutos jurídicos do período, com forte apelo ao plano mágico e ao religioso⁹¹, caracterizavam a existência de um procedimento preso a exageradas formalidades de cunho sobretudo ritualístico⁹².

Embora monofásico nos primórdios da realeza, quando se desenvolvia por inteiro perante o *rex*, o procedimento das *legis actiones* logo se dividiu em duas fases, em estruturação que seria seguida também pelo processo formulário. Na primeira, *in iure*, perante um magistrado público (*praetor*), a controvérsia vinha impostada; ma segunda, *apud iudicem*, perante um juiz (*iudex*), árbitro (*arbiter*) ou colegiado de julgadores privado, a causa vinha resolvida⁹³.

Perante o magistrado responsável pela condução da fase *in iure*, presentes necessariamente as duas partes envolvidas, a demanda vinha introduzida pelo autor mediante a pronúncia das exatas palavras de lei (*intentio*). Sobre o ponto, afirma Arthur Engelmann: “*as in the Germanic procedure, the statement of a claim thus consisted in a legal conclusion formulated by the party. But, while the German, in subsuming the facts under the legal norm, followed his own conviction of what was law, the Roman followed the written statute, and, while the German, in asking for judgment on his legal conclusion, sought to ascertain whether his own conviction of what was law coincided with what that of his fellow-members*

⁸⁸ “*In primo luogo egli doveva considerare se e quale modus agendi era previsto per far valere la situazione giuridica di cui si assumeva titolare; in secondo luogo doveva scegliere, tra le varie specie di formulari ammessi per quel dato modus agendi il formulario che conveniva alla sua specifica causa agendi*” (Giovanni Pugliese, *Il processo civile romano*, volume I, p. 272).

⁸⁹ José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 35.

⁹⁰ O que se dava até mesmo como forma de controlar e impedir imediatamente o distanciamento do agir previsto em lei, conforme destaca Arthur Engelmann, *The roman procedure*, p. 269.

⁹¹ “(...) eram tantos os pontos de contacto entre a religião e o direito, que pode quase afirmar-se não haver uma única instituição jurídica onde não se encontre presente, nesta época, em maior ou menor escala, o espírito religioso” (Guilherme Braga da Cruz, *O “jurisconsultus” romano*, in *Obras esparsas*, volume I, Coimbra: Coimbra Editora, 1979, p. 139).

⁹² Cf. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (*Do formalismo no processo civil*, p. 19, com apoio em Lévy-Bruhl, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris, Sirey, 1960, p. 76), o processo de então desenvolve-se sobre um plano inteiramente influenciado pelo místico. Arthur Engelmann (*The roman procedure*, p. 271) aponta que, nesse período, “*form appears as something mysterious, vested with the compelling force of absolute authority. Whoever failed to observe the form was acting outside of the law, and that which he did could have no legal effect*”.

⁹³ “*In the first, it was determined whether and to what extent the case presented a controversy calling for judicial decision. In the second, this controversy was heard and decided by judicial judgment*” (Arthur Engelmann, *The roman procedure*, p. 242). Assim também Mario Talamanca, *Processo civile (diritto romano)*, p. 22.

*of the community and thus was law, the Roman made the all-dominant statute the touchstone of right and the instrument of his will*⁹⁴.

Segundo o jurista, portanto, no processo das *legis actiones* o autor tinha o ônus de formular sua pretensão ao magistrado estritamente de acordo com o direito. Seu agir para a tutela da posição jurídica subjetiva que ocupava não consistia em comparecer perante o órgão jurisdicional e narrar livremente os fatos da controvérsia que lhe afligia, esperando a solução jurídica a ser entregue pelo magistrado. De forma muito diversa, a sua postulação já vinha formulada a partir de alegações necessariamente conformes ao direito – segundo a forma legalmente prevista – e nessa tarefa não havia qualquer espécie de atuação do magistrado para suprir carências na argumentação do autor ou modificar a *actio* exercida por outra mais adequada, por exemplo⁹⁵. E isso por razões perfeitamente explicáveis para a época: conforme se entendia, como meio de realização de um direito, a lei apenas poderia estar a serviço daquele que se encontrasse em condições de invocá-la – não de qualquer forma, mas exatamente como estava escrita. O indivíduo que estivesse apto a encontrar a *actio* de que necessitava na linguagem legal teria a lei ao seu lado. Do contrário, não teria o direito de agir, pouco importando se a sua postulação houvesse se distanciado totalmente da forma requerida ou se simplesmente houvesse omitido ou adicionado algumas poucas palavras ao texto de lei⁹⁶.

Nesse contexto, a função do magistrado, perante o qual se desenvolvia a fase *in iure*, era tendencialmente passiva e estava mesmo limitada à tarefa de controlar se as partes haviam feito as suas alegações segundo as palavras da lei⁹⁷. Se a verificação era positiva, então havia

⁹⁴ Arthur Engelmann, *The roman procedure*, p. 270.

⁹⁵ “(...) direi che la funzione del magistrato non poteva essere certo quella di un consulente, che suggerisse alle parti (sia pure a entrambe le parti) quale impostazione giuridica dare alla controversia, giacché così si sarebbe confuso l’ufficio del magistrato con quello che pare, invece, essere stato l’ufficio del giurista (prima pontificiale e poi laico).” (Giovanni Pugliese, *Il processo civile romano*, volume I, p. 152/153). Com efeito, o cidadão romano que pretendesse postular a tutela de sua posição subjetiva por via do processo das *legis actiones* normalmente dirigia-se a juristas e deixava-se por eles instruir quanto à ação a ser exercitada diante da situação em que se encontrava e as correspondentes palavras de lei a serem ditas (cf. Vincenzo Arangio-Ruiz, *Las acciones en el derecho privado romano*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1945, p. 48).

⁹⁶ Arthur Engelmann, *The roman procedure*, p. 269/270. O mesmo autor (p. 251) destaca que “the Romans adhered with painful precision to the rules of the written law, and feared any deviation from the letter of the statute, however slight and however justified by analogy, as a jeopardizing of their security under the law”.

⁹⁷ Assim, Henri Lévy-Bruhl, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris: Sirey, 1960, p. 171/172; Odoardo Carrelli, *La genesi del procedimento formulare*, Milano: Giuffrè, 1946, p. 67/70; Ricardo E. Granwell, *Las legis actiones según el jurisconsulto Gayo*, Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1926, p. 52. Esse último autor refere o seguinte: “En otros términos, la misión del Pretor estaba circunscripta a lo que significan estas tres palabras solemnes. Do, Dico, Addico (...). Do. – Esta palabra se refiere a la facultad del Pretor de acordar o negar la acción a quien la solicita y de proveer la constitución o designación del tribunal que conocerá in iudicio. Dico. – Se alude con ella, sin duda alguna, a la jurisdicción del magistrado, del Pretor, para conocer de un asunto ya por razón de la materia, ya por el del lugar o ya por el de la nacionalidad de alguna de las partes (...). Addico. – El Pretor como magistrado curul y al mismo tiempo con imperium, era quien aplicaba la ley adjudicando la

garantia de que nada além do direito reconhecido pela lei seria aplicado – e se a *actio* exercida era resistida pelo réu, celebrava-se a *litis contestatio*⁹⁸ e o *iudicium*, a ser realizado pelo juiz privado, era autorizado. Em caso contrário, se a verificação fosse negativa, a *actio* era, de plano, denegada⁹⁹.

Na fase *apud iudicem*, as partes compareciam perante o órgão julgador acompanhadas das pessoas que estavam presentes, como testemunhas, por ocasião da *litis contestatio*, informando-lhe o que havia se passado perante o magistrado para que esse pudesse compreender exatamente a sua tarefa e os termos da controvérsia (*causae coniectio*). Feitas as alegações (*peroratio*) e produzida a prova – essencialmente testemunhal¹⁰⁰ –, vinha ditada sentença.

Note-se que também o julgador privado, restringido no exercício de sua atividade, ficava vinculado à imposição da demanda exercida pelo autor para prolatar sentença: “*L’organo giudicante incontrava inoltre precisi limiti nell’esercizio del suo ufficio, giacchè doveva attenersi strettamente ai termini della controversia, quali emergevano dai formulari recitati dalle parti in iure. Il suo compito era di vagliare le affermazioni o negazioni espresse con quei formulari e scegliere tra esse, senza poterle correggere, né modificare*”¹⁰¹. Tampouco o órgão julgador, pois, desempenhava algum papel ativo na conformação da demanda ou na condução do processo.

A par de não haver registro da vigência de alguma regra semelhante à enunciada pela máxima *iura novit curia* no processo das *legis actionis*, a estrutura do juízo daquela época demonstra ser pouquíssimo provável que já naquele tempo dominasse a ideia de que o magistrado ou o órgão julgador privado tivesse sob a sua regência a qualificação jurídica da causa. A postura passiva assumida pelas duas figuras nas duas fases do procedimento, em muito decorrente do caráter privado do processo daquele período, aliada à noção de que a imposição da demanda pelo autor fora das rígidas formulações legais conduzia, de plano, à *denegatio actionis*, repelem a aplicação da regra enunciada pelo nosso brocardo no processo romano pré-clássico.

cosa al que correspondía, ya en virtud de sentencia, pues él era el magistrado con poder suficiente para hacerla cumplir, o ya en virtud de una formalidad legal; de ahí addicere.” (p. 53/59).

⁹⁸ Aqui entendida como “*convención que las partes públicamente celebraban u por lo cual se obligaban a concurrir en un día dado ante el juez o tribunal que fallaría la cuestión*”, cf. Ricardo E. Granwell, *Las legis actiones según el juriconsulto Gayo*, p. 60.

⁹⁹ Arthur Engelmann, *The roman procedure*, p. 251.

¹⁰⁰ Cf. José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, *Lições de história do processo civil romano*, p. 58.

¹⁰¹ Giovanni Pugliese, *Il processo civile romano*, volume I, p. 423.

3.2. O processo *per formulas*.

O processo das *legis actiones*, se conseguia atender às elementares exigências de uma organização comunitária primitiva, não pôde subsistir como único meio para a tutela dos direitos quando a sociedade romana cresceu, expandiu-se e obteve maior desenvolvimento. O sentimento jurídico dos romanos, então, passou a exigir uma nova forma de proteção “jurisdicional”, capaz, ao mesmo tempo, de inserir, no mundo jurídico, sujeitos que estavam fora da *civitas* romana e de atender de modo adequado à complexidade crescente das relações sociais em época em que a visão de mundo mais primitiva, pautada pelos costumes religiosos, paulatinamente perdia força¹⁰².

O pretor urbano e o recém-instituído (*circa* 242 a.C.) pretor peregrino, nesse contexto, valendo-se de suas funções de magistrados encarregados da administração da justiça e alçando mão do seu poder discricionário de comando (*imperium*), assumiram a tarefa de introduzir um novo tipo de processo¹⁰³, capaz de oferecer via alternativa ao rigor das formalidades e à marcada tipicidade das situações jurídicas materiais tuteláveis, características do processo das *legis actiones* – um processo, em suma, que conseguisse atender ao desenvolvimento social e econômico que se iniciava com o período clássico¹⁰⁴. A tutela de situações materiais que a princípio sequer eram conhecidas ou admitidas pelo direito quiritário das XII tábuas ou pela sua *interpretatio* não poderia ser realizada por meio de qualquer das *legis actiones* previstas – e, não obstante, sentia-se necessidade de que também essas relações contassem com alguma forma de proteção jurídica¹⁰⁵.

Com esse imperativo, o pretor – provavelmente o peregrino, inicialmente –, estribado no *ius edicendi* que lhe era reconhecido, deu luz a um novo procedimento: autorizava as

¹⁰² “(...) after the complete subjugation of Italy, when Rome was gradually becoming the center of an extensive trade by land and sea, the principles of the old national law, adapted, as they were, to a simple order of transactions, were no longer capable of furnishing an adequate guide, even for the dealings of Roman citizens among themselves” (Arthur Engelmann, *The roman procedure*, p. 251/252). Assim também Mario Talamanca, *Processo civile (diritto romano)*, p. 31/32, com apoio em Gaio, 4, 30.

¹⁰³ Como indica Mario Talamanca (*Processo civile (diritto romano)*), p. 25/26), existe uma ampla literatura sobre o tema, que se divide, basicamente, em dois grandes filões: aqueles que propõem a origem do processo formulário como uma evolução ao interno do sistema das *legis actiones* e aqueles que indicam uma origem autônoma, esses últimos subdividindo-se ainda entre os que opinam que tenha começado no âmbito da *iurisdictio peregrina* e os que propugnam que tenha iniciado na *iurisdictio urbana*.

¹⁰⁴ Mario Talamanca (*Processo civile (diritto romano)*), p. 31), fazendo referência a Gaio, assevera que “*il processo delle legis actiones venne sostituito dal processo formulare (...) perchè esso era divenuto inadeguato alle esigenze della vita pratica a ragione del suo eccessivo formalismo*”. O ponto é igualmente ressaltado por Arthur Engelmann (*The roman procedure*, p. 252) e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (*Do formalismo no processo civil*, p. 21).

¹⁰⁵ Giovanni Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, p. 203/204. José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, *Lições de história do processo civil romano*, p. 76/77.

partes, independentemente da observância de qualquer forma especial, podendo valer-se das palavras correntes, a expor perante si a relação que mantinham e/ou os fatos ocorridos e os motivos de suas diferenças¹⁰⁶. Após isso, ouvidas uma e outra parte, ajudava-as a redigir um pequeno escrito, em que vinham resumidos os antecedentes essenciais do processo e os limites em que se estabelecia a controvérsia¹⁰⁷. Com isso, ao deferir ao órgão julgador privado o ofício de julgar¹⁰⁸, por meio desse documento elaborado em colaboração com as partes, o pretor ditava-lhe o modo pelo qual deveria fazê-lo, fixando os contornos da causa posta à sua apreciação e os limites de suas tarefas e poderes para julgá-la. A esse documento endereçado pelo pretor ao julgador responsável pela condução da fase procedimental seguinte, espécie de “*programa de julgamento*”¹⁰⁹ que aspirava conter a totalidade das questões jurídicas e de fato de cuja resposta havia de fazer depender a decisão do litígio, dava-se o nome de *formula*¹¹⁰. Essa nova dinâmica iria revolucionar a forma pela qual seria compreendido o direito e, sobretudo, pela qual seria propiciada tutela aos direitos em Roma.

Embora não registrassem entre os seus poderes a emanção de normas gerais ou a produção de direito (“objetivo”) para regular em abstrato a conduta dos cidadãos, aos pretores era dado estatuir o direito vigente para as controvérsias concretas que lhes fossem apresentadas, a isso sendo autorizados pelo poder de *imperium* que lhes era concedido e que lhes permitia prover, para o caso, como melhor entendessem oportuno. Por conseguinte, nem o processo assim criado – dito *per formulas* por estruturar-se em torno do instituto que o batizava –, tampouco as situações materiais que com esse instrumento vieram tuteladas, tiveram na sua origem base de legitimidade legislativa, mas pretoriana (honorária), fundando-se no poder de império que ao pretor era reconhecido¹¹¹. Justamente por ser estranha, nos primórdios, a qualquer esquema legislativo, a *formula* não apresentava características predefinidas ou rigores formais preestabelecidos, permanecendo sempre flexível e maleável a

¹⁰⁶ Giovanni Pugliese, *Domanda giudiziale (diritto romano)*, *Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè, 1964, volume XIII, p. 808.

¹⁰⁷ Vincenzo Arangio-Ruiz, *Las acciones en el derecho privado romano*, p. 52.

¹⁰⁸ O processo formulário preservou a divisão do procedimento em duas fases, já presente no processo das *legis actiones*.

¹⁰⁹ Max Kaser, *Direito privado romano*, p. 444.

¹¹⁰ Max Kaser, *Direito privado romano*, p. 448. O termo *formula*, como noticiam José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo (*Lições de história do processo civil romano*, p. 73/74), “*é palavra grega que significa modelo*”, de modo que configura um “*autêntico modelo abstrato pelo qual se propicia litigar por escrito, em conformidade com os esquemas jurisdicionais previstos, pelo direito honorário, no edito do pretor*”. Cf. Vincenzo Arangio-Ruiz (*Las acciones en el derecho privado romano*, p. 54), a fórmula “*es, esencialmente, un pequeño documento redactado ante el magistrado con la colaboración de las partes y el propio magistrado, con la finalidad de concretar las pretensiones de aquellas en un litigio y fijar la misión del juez que va a decidir sus diferencias*”.

¹¹¹ Giovanni Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, p. 268.

ponto de poder ser adaptada ou mesmo criada, *ex novo*, especificamente para a solução de determinada controvérsia, dando ao processo *per formulas* característica exatamente oposta à do processo *per legis actionis*, isto é, liberdade de forma e atipicidade. Nada mais natural, afinal o processo formulário, construído pelos pretores, surgiu exatamente para atenuar o rigorismo procedimental e oportunizar a tutela de situações materiais que não encontravam o seu fundamento no direito “objetivo” vigente e que, por conta disso, não possuíam valor jurídico fora do processo.

Inicialmente operando caso a caso, com a repetição das situações materiais necessitadas de tutela paulatinamente estabeleceram-se modelos de fórmulas que passaram a ser indicados pelos pretores nos editos que faziam publicar anualmente. Por meio dos editos, passaram a ser enunciadas para o conhecimento do público as situações materiais não necessariamente antevistas pelo *ius civile* mas para as quais o pretor previa a dação de uma fórmula, reconhecendo-lhe assim valor jurídico (*ius honorarium*) e tornando-as passíveis de proteção. Dessa maneira, criou-se um elenco de fórmulas modelares estabelecidas por um e outro pretor para a tutela de uma e outra situação material¹¹². Com o correr dos anos, por encontrar enunciadas no edito as fórmulas cuja concessão o pretor previa para a definição de certas controvérsias – algumas das quais restaram absolutamente consolidadas e, assim, invariavelmente presentes nos inúmeros editos publicados pelos diversos pretores –, os sujeitos de direito passaram realmente a pautar o seu comportamento pelo conteúdo das fórmulas editadas¹¹³. A esse direito casuístico pretoriano que pouco a pouco passou a abstrair-se, consolidar-se e, assim, dilatar o próprio espectro de regulação de situações pelo direito de então¹¹⁴, deu-se o nome de *ius praetorium* ou *ius honorarium*. Isso não significava, porém, que o pretor não pudesse, à luz de um caso particular, abrir ao autor a via do *iudicium* a partir da elaboração de uma fórmula especialmente confeccionada para aquele caso singular, totalmente nova – e, portanto, não prevista pelo edito¹¹⁵⁻¹¹⁶.

A cada esquema ou modelo de atos processuais elencados correspondia uma específica *actio* – aqui entendida tanto como a atividade concreta do autor para a tutela de seu direito,

¹¹² Giovanni Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, p. 204/205.

¹¹³ De mais a mais, “*con posterioridad las partes que se dirigían ante el pretor peregrino no se han limitado ya a demandar de una manera general su protección, sino que han comenzado por exponer su caso y han terminado solicitando les fuera permitido adaptarse a las circunstancias de tal o cual texto inserto en los editos*” (Vincenzo Arangio-Ruiz, *Las acciones en el derecho privado romano*, p. 53).

¹¹⁴ José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, *Lições de história do processo civil romano*, p. 79.

¹¹⁵ Tudo cf. Giovanni Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, p. 277/278.

¹¹⁶ Sobre esse último aspecto, leciona Arthur Engelmann (*The roman procedure*, p. 287): “ (...) the significance of the formula for the substantive law lay in the fact that, by its award, the praetor could grant a ‘judicium’, even where the plaintiff could invoke no ‘lex’ in support of his demand: the praetor functioned ‘supplendi juris civili gratia’ ”.

como o modelo por ele seguido para buscar essa proteção e o poder de cumprir esses atos. O poder de exercer a *actio*, porém, não era dado a todos, dependendo tanto de razões de direito (acolhimento do valor jurídico dos fatos narrados, se verdadeiros, pelo pretor na fase *in iure*¹¹⁷), quanto de fato (verificação da verdade dos fatos narrados pelo órgão julgador privado da fase *apud iudicem*)¹¹⁸.

Fica claro, portanto, que ao pretor, responsável pela concessão ou não da fórmula – e, em última análise, pela concessão da própria *actio* –, cumpria a tarefa de dizer sobre a viabilidade ou não de se prestar tutela a esta ou aquela situação material que lhe era trazida, o que, ao fim, significava acolher ou não o seu valor jurídico e o modo de sê-lo¹¹⁹. Essa constatação ilustra a expressiva mudança do papel exercido pelo magistrado no processo *per formulas* em comparação ao que desempenhava no processo *per legis actiones*: enquanto nesse o magistrado exercia uma função passiva e prevalentemente de controle formal, naquele passou a exercer um papel muito mais ativo, tornando-se árbitro do teor da fórmula e da própria possibilidade de propiciar ao autor o desenvolvimento do processo e do conseguimento de tutela processual¹²⁰. Conforme anota a doutrina, “*the authority of the magistrate, in the formulary procedure, was therefore much greater than in the ‘legis actio’ procedure, and the formula was the form under which this plenary power came to expression*”¹²¹.

Seguindo o princípio da demanda¹²², o processo tinha começo na fase *in iure* por iniciativa da parte, que agia (*agere*) para requerer ao pretor a concessão de determinada fórmula para a tutela de sua posição na controvérsia em que estava inserida¹²³. Esse agir da parte para iniciar o processo e impulsioná-lo para diante, também, aqui, denominado *actio*,

¹¹⁷ “*Ora i giuristi, quando discutevano se alla parte spettasse questa o quell’actio o non ne espetasse nessuna, valutavano bensì soltanto le conseguenze giuridiche dei fatti da essa asseriti, ma davano per scontato che tali fatti risultassero veri, anticipando in sostanza l’esito favorevole della loro prova. Se questo poi fosse stato in concreto sfavorevole, se ne sarebbe dedotto che l’actio ipotizzata effettivamente non spettava, che, come non di rado si diceva, si era agito ‘non recte’*” (Giovanni Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, p. 285).

¹¹⁸ Cf. Giovanni Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, p. 284/285.

¹¹⁹ “*(...) the content and scope of the legal rules to be followed by the judge in the particular case, even where the parties invoked the statute law, depended upon the praetor’s discretion, as determined by the concrete situation*” (Arthur Engelmann, *The roman procedure*, p. 287/288).

¹²⁰ Giovanni Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, p. 278.

¹²¹ Arthur Engelmann, *The roman procedure*, p. 287. Assim também, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 22.

¹²² Cf. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (*Do formalismo no processo civil*, p. 20), já no processo das *legis actiones* era possível identificar a vigência de princípios processuais hoje considerados inafastáveis para a justiça do processo, como a publicidade, a oralidade, a imediatidade da recepção da prova e a audição de ambas as partes, asseverando ainda que “*em todo o procedimento romano prevaleceu o princípio dispositivo e da iniciativa da parte para a demanda*”.

¹²³ Giovanni Pugliese, *Il processo civile romano*, volume II (*Il processo formulare*), tomo I, Milano: Giuffrè, 1963, p. 259.

tinha início ainda de modo extrajudicial, por meio da *editio actionis* (ou *editio formula*), que consistia justamente no ato pelo qual o autor comunicava ao réu a pretensão (*intentio*) que intentava fazer valer no seu confronto, indicando-lhe a fórmula (*actio*) edital que autorizava o pedido de proteção¹²⁴. Esse ato introdutório, provavelmente necessário para o desenvolvimento do processo, tinha porém como objetivo tão apenas fazer chegar ao conhecimento do réu a informação sobre a intenção do autor de *agere* para a tutela de sua posição. Não possuía algum efeito preclusivo, no sentido de que vinculasse ou limitasse de qualquer forma o pretor a conceder apenas a fórmula requerida ou renunciada¹²⁵, que poderia, em juízo, ser modificada ou totalmente desconsiderada em favor de outra, prevista no edito ou criada para o caso¹²⁶⁻¹²⁷. Nem poderia ser diferente. Sendo característico do processo formulário o poder do pretor de ditar o direito a ser aplicado para as situações concretas que se lhe eram apresentadas, criando para isso fórmulas – seja enunciando-as “abstratamente” nos editos, seja elaborando-as para um caso específico –, vinculação desse gênero – isto é, vinculação do juiz à *actio* ditada pela parte para aplicação no caso concreto – não faria qualquer sentido. E isto inclusive porque, iniciado o procedimento *in iure*, os atos dessa primeira fase procedimental destinavam-se sobretudo à redação definitiva da fórmula¹²⁸ e da escolha do órgão julgador privado¹²⁹.

Para a redação da fórmula, contribuíam as partes: o autor, solicitando a concessão da fórmula por um ato de postulação (*postulatio*); e o réu, normalmente objetando ou arguindo exceções (*exceptio*). Conquanto influenciado pelas partes – e realmente sensível a essa influência –, era o pretor quem assumia o papel final de ditar a fórmula e de elaborar o programa de julgamento, indicando e, se fosse necessário, formulando *ex novo* o direito a ser aplicado ao caso pelo órgão julgador privado na fase *apud iudicem*¹³⁰. O conteúdo da fórmula,

¹²⁴ José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, *Lições de história do processo civil romano*, p. 80. O modo mais comum de cumprir a *editio actionis* era, segundo Giovanni Pugliese (*Il processo civile romano*, volume II, p. 358) conduzir o réu até o álbum pretório e indicar-lhe a fórmula por meio da qual faria valer a sua pretensão.

¹²⁵ Giovanni Pugliese, *Il processo civile romano*, volume II, p. 366.

¹²⁶ Para precisar, o ato por meio do qual o autor demanda em juízo a fórmula ao pretor, depois de já a haver indicado ao réu pela *editio actionis*, é diverso, denominando-se *postulatio actionis* (ou *postulatio formulae*) (cf. Vittorio Scialoja, *Procedura civile romana*, Padova: CEDAM, 1936, p. 131).

¹²⁷ Significa dizer, portanto, que a *editio actionis*, embora fosse algo novo em comparação ao processo das *legis actiones* (cf. Giovanni Pugliese, *Il processo civile romano*, volume II, p. 353) – uma evolução a ser saudada em termos de ato processual –, ainda não apresentava contornos decisivos.

¹²⁸ Ao início com formas livres, com o passar do tempo passaram apresentar as fórmulas cláusulas mais ou menos fixas, cada uma com função específica. Quatro eram as cláusulas fundamentais, nada obstante não necessariamente aparecessem presentes, em conjunto, em todas as fórmulas: *demonstratio*, *intentio*, *aiudicatio* e *condemnatio* (Gaio, 4, 30-44).

¹²⁹ Giovanni Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, p. 313.

¹³⁰ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 22.

assim, em que pese ser derivado do debate das partes, era direta e decisivamente influenciado pelo pretor¹³¹, a quem era garantida proeminência no manejo da qualificação jurídica dos fatos narrados, editando a fórmula seja para negar aplicação a normas garantidas pelo *ius civile*, seja para modificar as suas formas e conteúdos ou, ainda, para criar normas pelo *ius civile* não previstas¹³². Definida a admissibilidade da *actio*, a redação da fórmula e escolhido o órgão julgador da segunda fase, a fase *in iure* culminava com o decreto do magistrado ordenando o *iudicium* (*iudicium* ou *actionem dare*) e com a *litis contestatio*.

Quanto ao *iudicium*, segundo informa a doutrina mais consultada, tudo acontecia do mesmo modo que no processo das *legis actiones*, não havendo, portanto, diferença a ser notada¹³³. Tratava-se, segundo a opinião mais corrente, de juízo essencialmente de fato, de cariz probatório, na medida em que a questão jurídica já estava definida pela fórmula¹³⁴.

¹³¹ Giovanni Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, p. 314.

¹³² Giovanni Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, p. 204.

¹³³ Giovanni Pugliese, *Il processo civile romano*, volume II, p. 14.

¹³⁴ Conforme posição majoritária da doutrina, segundo Ricardo Adriano Massara Brasileiro, *O objeto do processo civil clássico romano*, Belo Horizonte: Líder, 2007, p. 139. O mesmo autor, contudo, adverte para o fato de que também questões de direito estavam submetidas ao julgador privado dessa segunda fase, em preciosa análise, que vale a pena ser em parte transcrita: “*Todavia, não é somente de fato a investigação judicial, porquanto, segundo os expressivos termos de SCIALOJA: ‘o juiz romano (iudex) é um juiz tanto de direito como de fato, e inclusive em muitas causas deve ele mesmo inquirir o direito, quase mais além que aplicá-lo diretamente; assim, em todos os juízos de boa-fé, nos que se remete não a um texto de lei ou a um costume, mas ao sentimento jurídico baseado na boa-fé’. É indubitado que nos casos em que aditada a fórmula com a cláusula ex fide bona, assumem como critério de valoração jurídica as normas de fidelidade contratual e de observância da palavra empenhada, de modo a haver uma maior discricionabilidade na apreciação judicial da subsistência e da extensão da relação jurídica, constituindo o objeto da livre apreciação judicial tanto a causa da obrigação como toda a relação obrigacional (§ 28.4). No entanto, não é somente nesses casos que no procedimento apud iudicem operam-se juízos de direito. Consoante explicita ALVAREZ SUAREZ, ainda que a tarefa do juiz tenha sido predeterminada pela fórmula e corresponda predominantemente à ‘apreciação e valoração dos fatos’, não por isso ficou ele ‘inteiramente desligado do conhecimento da questão jurídica em debate’, dado que ‘o juiz deve conhecer a norma aplicável ao caso, e os termos em que há de ser aplicada ao caso concreto, labor no qual lhe auxiliaram [...] as opiniões dos jurisconsultos’ Segundo KASER, o iudex está ‘vinculado à fórmula e ao seu conteúdo e deve decidir sobre todas as questões de direito e de facto, e apenas sobre elas, que a fórmula (e a sua interpretação) lhe apresenta para ajuizar’. De facto, a apreciação jurídica do iudex não se restringe aos juízos de boa-fé, se se considera que, no direito romano, ainda que não fundado majoritariamente em normas de direito escrito, tanto os particulares, cumprindo espontaneamente as obrigações, como os juízes, coativamente, em sendo falho o cumprimento voluntário, valiam-se, mesmo que embrionariamente, da lógica do silogismo de subsunção; os últimos, aliás, tendo por base o critério escrito da fórmula. A propósito, MEHESZ ensina que o juiz, na fase in iudicium, destacava-se ‘por sua atuação silogística, enquanto tinha que reconhecer a existência de um direito (major), comparar com o fato provado (minor), para poder logo, como conclusão das premissas, pronunciar sua sentença (consequens)’. Nessa perspectiva, como se sabe, não é propriamente o fato provado que o juiz subsume à norma formular, mas, sim, um enunciado lingüístico sobre a situação de fato, tal como percebida pelo iudex, para cuja formulação não se excluem processos de julgamento pautados (mas não exclusivamente!) por normas, de modo à operação lógica de concerto da situação de fato à previsão normativa consistir, mais propriamente, numa coordenação valorativa. Ademais, todo e qualquer raciocínio judicial está permeado por juízos de direito que se realizam na varredura recíproca e simultânea que a razão procede tanto no sentido que vai da norma ao fato, como no que vai do fato à norma. A investigação, que se dá em ambos os sentidos, é complementar e implica múltiplos reenvios recíprocos, a ponto de, muitas vezes, somente ao cabo do processo de poder chegar a precisar as premissas fáticas e normativas da decisão tomada ou a se tomar. Como se verá em seguida, nem mesmo a genérica circunscrição formular das premissas normativas da decisão a se tomar cerceia totalmente esse processo. [...]*”

Sem se obliterar a complexidade do tema, veja-se a questão de um modo mais ou menos estático. A juridicidade do entendimento judicial já começa pelo próprio modo largo com que o iudex era remetido ao direito ou ao costume na maioria das fórmulas. Destarte, nas fórmulas com intentio in ius concepta certa, a remissão geral ao direito pela locução ‘deve dar ou fazer’ (‘dare facere oportere’), sem enunciação da causa da ação, fazia com que o próprio juiz fosse quem definisse qual era o direito, em tese, aplicável à espécie. Rememore-se o exemplo de fórmula anteriormente reproduzida sob a marca (I) (§ 28.3): (I) SE PARECER QUE N.N. DEVE DAR [X] MIL SESTÉRCIOS A A.A., JUIZ, CONDENA N.N. A PAGAR DEZ MIL SESTÉRCIOS A A.A.; SE NÃO PARECER QUE N.N. DEVE PAGAR, ABSOLVE” (G. 4,41 E 4,43). Na hipótese dessa fórmula abstrata, fica a cargo do juiz a identificação de qual o enlace legal ou consuetudinário que faria com que devesse o demandado ser condenado a pagar ou parecesse obrigado a pagar. Por óbvio, só se provaria e se faria evidente ou manifesto estar o réu obrigado a pagar se se clarificasse a existência de um vínculo que o enquadraria numa situação de subordinação jurídica em relação ao autor. [...]. A redação abstrata da intentio [...] possibilitou uma progressiva extensão do emprego da fórmula acima – originariamente vinculada a uma actio in personam de direito estrito – a casos distintos, como aos pleitos judiciais de repetição de indébito e a outras causas de enriquecimento ilícito. Parece certo que, por outro lado, a margem à apreciação judicial possivelmente se reduzia pela atuação processual das partes no sentido da indicação verbal das normas ou institutos jurídicos regentes da espécie. Ademais, se se encampa a plausível tese da já enunciação informal da causa da ação ao pretor na fase in iure (§§ 25, 28.3, 31), tal causa pode ser apurada via oitiva das testemunhas que comparecem ao ato (§ 29), na hipótese de discrepância das versões de autor e réu. Em qualquer hipótese, contudo, não é de se esquecer que, em todo esse processo, faz-se presente também a delicada questão da atribuição de sentido às normas (ou, mais propriamente, aos enunciados normativos) pela interpretação normativa do iudex, também esta uma questão de direito, que pertinente ainda quando claríssimo o texto da fórmula, tal como se depreende do seguinte fragmento de ULPIANO: D., 25.4, I, II: ‘Quamvis sit manifestissimum edictum praetoris attamen non est neglegenda interpretatio eius’. Um outro juízo de direito do iudex ocorria após a identificação do liame jurídico possível ou, mais precisamente, simultânea e concorrentemente com a identificação normativa. E isso, tanto no caso de a identificação do possível vínculo ser feita pelo próprio juiz (ainda que orientado pelas partes e/ou testemunhas), como no caso de o vínculo possível já vir enunciado na fórmula, como nas fórmulas continentes de demonstratio, em que deduzida, segundo GAIO, ‘a causa da ação’ (§ 28.4). A título de exemplificação, retomem-se os exemplos dessa parte da fórmula dados pelo autor latino: TENDO A. A. VENDIDO UM ESCRAVO A N. N. OU TENDO A. A. DEPOSITADO UM ESCRAVO JUNTO A N. N. (G. 4, 40). Estando evidenciada a possível atadura jurídica, seguia-se uma operação de qualificação jurídica dos fatos comprovados em cotejo com a hipótese normativa ou com a causa deduzida na fórmula, numa operação assemelhada à resposta ao seguinte questionamento, posto para o caso dos exemplos acima, em que deduzida a demonstratio: diante da comprovada tradição material do escravo ao réu, é de qualificar-se juridicamente tal fato do modo como descrito na fórmula, ou seja, como venda ou como depósito, ou, ao contrário, é de se qualificá-lo como depósito, quando afirmada a venda, ou como venda, quando afirmado o depósito, ou além mais, em quaisquer das hipóteses, como doação, como comodato, como locação etc? Ou seja, os fatos comprovados convêm ao liame jurídico aduzido na fórmula? Nos casos em que declinada a demonstratio, bastava a exclusão da causa afirmada na fórmula para a absolvição do demandado, não sendo sequer necessária a enunciação formular de uma exceptio (§ 28.6). A mesma solução se impunha para as actiones abstratas em que concordes as partes sobre a causa da ação ou se ouvidas as testemunhas presentes in iure. Já no caso das fórmulas abstratas em que não enunciada informalmente a causa ou em que divergentes as partes, a comparação do fato comprovado fazia-se em confronto com as hipóteses normativas cogitadas para se aplicarem à espécie; descartada uma primeira hipótese, seguia-se para uma segunda e assim por diante até o exaurimento das hipóteses possíveis. Do ângulo de apreciação de cada uma das normas cogitadas, os fatos potencialmente seriam reavaliados e reperspectivados sob critérios distintos. Este o reenvio norma/fato. Por outro lado, a cada nova perspectivação fática, poderiam surgir novas possíveis hipóteses de interpretação ou enquadramento normativo. Este o reenvio fato/norma. Um outro juízo de direito se estabelecia em todas as fórmulas incertas, sejam elas fundadas na boa-fé ou em obrigações de direito estrito. Viu-se que nessas formulações impõe-se ao juiz que condene o réu em ‘tudo o que é obrigado a prestar ao autor’ (‘quiquid ... dare facere oportere’) relativamente à causa deduzida (quod), se estiver ela comprovada (§ 28.3). Aqui parece bastante óbvio que é igualmente de direito o juízo que deriva da hipótese deduzida na demonstratio as conseqüências jurídicas derivadas da sua ocorrência fática, ou seja, é também de direito o juízo que fixa o objeto do processo, somente enunciado de modo genérico pela locução ‘tudo que deva dar ou fazer’. É certo que também nessa atividade cognitiva participavam as partes: o autor indicando aquilo que, no seu entender, a si assistia, e o réu, talvez, negando o nexa entre o informalmente pleiteado e a causa ou mesmo apresentando uma estimação pecuniária do pleiteado que fosse mais a si favorável. Por outro lado, em qualquer hipótese, toda e qualquer decisão acerca do enquadramento de determinados fatos nas categorias normativas não implica um juízo de fato, dado que nada acresce ao que já se sabia sobre aquilo que efetivamente aconteceu, salvo, eventualmente, uma inferência sobre a motivação das partes. Além do que, como já

Tem-se, aí, portanto, uma organização do formalismo processual na qual a tarefa de indicação do direito a ser aplicado para a resolução do caso é exercida essencialmente pelo pretor¹³⁵⁻¹³⁶. Disso ressaí o seu altíssimo grau de influência no apontamento da solução

mencionado a propósito do raciocínio silogístico, tais decisões implicam, como óbvio, julgamentos não estritamente fáticos, mas operações de coordenação valorativas, também pautadas normativamente. Em ambas as causas acima vistas, portanto, mesmo nas causas de direito estrito, comparecem, no mínimo, o juízo de direito inerente à interpretação normativa, bem como o juízo de direito consistente na qualificação dos fatos comprovados em confronto com a norma ou em correspondência com a causa declinada na fórmula. No caso das acciones in factum, em que enunciados fatos na fórmula, o juiz, segundo KUNKEL, não teria que julgar a causa com base no ius civile, nem tampouco segundo a boa-fé, competindo-lhe unicamente ‘examinar se se davam os pressupostos fáticos da condenação indicados na fórmula’. Segundo o autor, nesses casos, ‘era o próprio magistrado quem, ao conceder o iudicium e configurar a fórmula do processo, decidia a questão jurídica, ou seja, a questão de se o demandante merecia ser protegido e em que circunstâncias’. Contudo, é de se estranhar um pouco o entendimento do romanista, se posto diante dos exemplos oferecidos por GAIO, já que estes aparentam remeter ao juiz questões de interpretação de normas e de institutos jurídicos e questões de qualificação jurídica de fatos, ao referirem-se à categoria jurídica ‘dolo’ e ao edito [às normas] de determinado pretor. Vejam-se: [5] FULANO, SÊ JUIZ. SE PARECER QUE A.A. DEPOSITOU JUNTO A N.N. UMA MESA DE PRATA E QUE N.N., POR DOLO, NÃO A RESTITUIU A A.A., CONDENA N.N. A PAGAR A A.A. TANTO QUANTO VALER A MESA. SE NÃO PARECER, ABSOLVE (4, 47). [6] SEDES JUÍZES RECUPERADORES. SE PARECER QUE AQUELE PATRONO FOI CHAMADO A JUÍZO POR AQUELE LIBERTO, CONTRARIAMENTE AO EDITO DAQUELE PRETOR, CONDENA AQUELE LIBERTO EM DEZ MIL SESTÉRCIOS, EM FAVOR DAQUELE PATRONO. SE NÃO PARECER, ABSOLVEI (4, 46). Quanto ao caso da segunda fórmula agora reproduzida, a asserção de KUNKEL tanto pode como não pode a ela convir, cabendo no enunciado da fórmula tanto uma como outra hipóteses: pelo mero linguajar da fórmula, é admissível que se interprete seja como resolvida, seja como a se resolver, a questão do significado da disposição edital. [...]. Por outro lado, no caso da fórmula reproduzida sob a marca (5), parece não haver margem para se excluir da apreciação jurídica do juiz no concernente seja à interpretação da significação jurídica do termo ‘dolo’, seja no concernente à qualificação da comprovada não-restituição dolosa como não-dolosa. De toda sorte, em quaisquer das hipóteses, ainda se mostra presente a questão da qualificação dos fatos em conformidade com a norma formular, que é, indisputavelmente, uma questão de direito. Por todo o visto, pode-se sustentar que, nas fórmulas em que deduzida a causa da obrigação, o sentido lógico da cognição do iudex é mais restrito do que o potencialmente se pode dar nas ações abstratas, tal como no exemplo de número (1) supra. Antes de um maior detalhamento, entenda-se bem o afirmado: trata-se aqui do sentido lógico da cognição, ou seja, do direcionamento da operação mental do juiz, e não da maior ou menor discricionariedade judicial seja na fixação do pretendido (fórmulas incertas), seja na interpretação fática, dada a maior liberdade do juiz enquanto vinculado a critérios gerais (não solenes) de fidelidade. Veja-se: quando deduzida a causa da obrigação, o ofício investigativo judicial encerra-se no momento em que confirmada ou excluída a compatibilidade da qualificação jurídica do fato comprovado com o vínculo afirmado na fórmula, após sua respectiva interpretação. Nas causas abstratas, verificados os fatos ocorridos, são maiores as possibilidades da respectiva qualificação jurídica de modo congruente com a fórmula, em vista da não declinação cerrada e, portanto, da não delimitação estritíssima da hipótese normativa de procedência da pretensão. A maior amplitude da operação cognitiva dá-se também, para além da possível atividade de mais extensa varredura normativa, em razão da correlata possível tarefa de interpretação das múltiplas disposições normativas analisadas. Quanto à acciones in factum, acolhido o arrazoado de KUNKEL, dar-se-ia a mais restrita cognição judicial, comparativamente às demais, em vista do encerramento da atividade intelectual do iudex após a produção probatória e a aferição fática. Por outro lado, admitida a ressalva feita a este romanista, o caso se assemelharia à hipótese de fórmula em que deduzida a causa da obrigação na demonstratio.” (p. 140/149).

¹³⁵ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 42.

¹³⁶ De se notar, ainda, o importante papel desempenhado pelo *jurisconsultus* no processo formular em relação à resolução da questão de direito referente ao caso posto a julgamento. Muito embora não hajam desenvolvido nenhum papel formal no processo de então, os *jurisconsultos* eram procurados por magistrados, julgadores e advogados, em razão de sua sabedoria jurídica, para consultas e pareceres a respeito dos problemas que a praxe sugeria (cf. Ricardo Adriano Massara Brasileiro, *O objeto do processo civil clássico romano*, p. 150). A figura dos *jurisconsultos*, como é cediço, mostra-se presente desde tempos arcaicos na história romana – muito antes, portanto, do surgimento do processo formular – e a sua contribuição para a evolução do direito romano é ressaltada vivamente pela doutrina romanista. Sobre o *jurisconsultus* romano, ver o apontado ensaio de Guilherme Braga da Cruz, *O “jurisconsultus” romano, passim*.

jurídica da causa e, assim, o papel de destaque que ocupava no processo, o qual vai ressaltado, de um lado, pela liberdade de ação que lhe era concedida e, de outro, pela soberania que lhe era reconhecida em relação à concessão ou não da fórmula.

Não se registra, contudo, que haja, nessa época, vigida regra que se identifique ou se assemelhe àquela enunciada pela máxima *iura novit curia*, a sugerir que o magistrado fosse inteiramente livre na apreciação jurídica da causa. Sem embargo da expressiva majoração do grau de proatividade e de liberdade de ação do pretor – e o seu consequente e decisivo papel na dação da *formula* –, esse incremento de seus poderes, sobretudo quanto ao manejo da questão de direito, era limitado pelo caráter acentuadamente privado do processo formulário, que em muitos momentos dependia da ou sujeitava-se à atuação das partes.

Para ficar com apenas dois exemplos sobre a alta influência das partes e sobre as limitações que poderiam impor à atuação do pretor, que se mostram incompatíveis com a aplicação da máxima *iura novit curia*, veja-se que, de um lado, a doutrina aponta que deveriam as partes estar de acordo com a concessão do *iudicium* pelo pretor – isto é, estarem de acordo com os termos da *formula* tal como concedida e com a escolha do julgador ou colégio de julgadores privados indicado para conduzir a fase *apud iudicem*. Havendo essa concordância, as partes celebravam a *litis contestatio*; do contrário, a continuidade do processo ficava prejudicada. Isso significa que a fórmula não era definitivamente operante e o órgão julgador privado não era investido em seu poder sem que antes houvesse um ato de vontade das partes, que deveriam estar de acordo com a ação que lhes fora dada e com o julgador designado¹³⁷. De outro, especificamente em relação à questão de direito, as partes poderiam, por sua vontade, limitar ou ampliar os limites da controvérsia posta na fórmula e, por conseguinte, da cognição do julgador, caso se mostrassem concordes ou discordes quanto a determinado enquadramento jurídico da questão controvertida, não sendo dado ao magistrado mandar aplicar ou ao julgador, na ausência de mandamento pela fórmula, aplicar o direito que julgasse mais adequado se com isso não houvessem anuído as partes¹³⁸.

¹³⁷ Giovanni Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, p. 317. O mesmo autor, porém, adverte que o eventual ato de recusa da *litis contestatio* pelas partes não era totalmente livre; ou ao menos não era privo de consequências. Quanto ao autor, porque a negativa de firmar a *litis contestatio* significava renúncia momentânea de ver tutelada a situação jurídica objeto do processo, sem perspectiva alguma de conseguir resultado melhor no futuro. Quanto ao réu, porque, se lhe era dado deixar de anuir com a celebração da *litis contestatio*, sabia que essa refutação de um *iudicium accipere* era a máxima forma de “*indefensio*” que poderia incorrer e isso lhe faria sofrer em sanções com apreciável grau de severidade (p. 317/318).

¹³⁸ Ver nota 134, *supra*. Ressaltando o acento privatístico do ato de definição do conteúdo da fórmula em razão de sua submissão à vontade das partes, embora sem referência específica à questão de direito, José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, *Lições de história do processo civil romano*, p. 87.

Não se pode, assim, sugerir que aqui tenha se originado a divisão do formalismo processual conforme proposto pelo nosso brocardo, a indicar a separação estanque de funções de juiz e partes em relação, respectivamente, à questão de direito e à questão de fato. Dessa forma, embora apresentasse um magistrado ocupando um papel de amplo destaque em relação à qualificação jurídica da causa, o processo formulário não pode ser apontado como o momento histórico em que foi consolidada a divisão de tarefas preconizada pela máxima.

3.3. O processo da *extraordinaria cognitio*.

O quadro modifica-se de modo importante quando entra em cena o processo da fase seguinte.

Desde a época clássica¹³⁹, em relação a certos tipos de controvérsias ou em determinadas regiões do território romano, não se recorria ao processo formulário para a realização judicial dos direitos. Em vez disso, no lugar do processo formulário, de obrigatório procedimento bifásico e marcado pelo referido acento privatista, desenvolviam-se diversas espécies de um gênero de processo de viés publicista, caracterizado pela possibilidade de cognição direta da causa e pronunciamento da decisão por parte do mesmo magistrado (público) diante do qual fora proposta a demanda.

Nesses processos, a tarefa de instruir a causa e pronunciar sentença não era confiada a um juiz privado, escolhido pelas partes ou designado com a sua concordância, mas a um juiz representante oficial do “poder político” – fosse ele o próprio magistrado que recebesse a demanda, fosse ele alguém que por delegação oficial recebesse esse encargo¹⁴⁰. Nesses processos, o próprio ato de citação do réu deveria passar pelo controle do funcionário público representante do “Estado” e, mesmo na ausência do demandado citado, poderia desenvolver-se por inteiro o processo e ser pronunciada sentença. Nesses processos, não se fazia necessário que as partes colaborassem ou concordassem com a fixação dos termos do litígio, tampouco se mostrava importante contar com a sua anuência em relação à elaboração de um programa processual a ser seguido para a decisão da causa ou com a delegação do julgamento a um julgador designado pelo magistrado, quando isso ocorresse. Nesses processos, em suma, havia

¹³⁹ E mesmo em períodos remotos, em relação às *legis acitiones*, cf. Vincenzo Arangio-Ruiz, *Las acciones en el derecho privado romano*, p.137.

¹⁴⁰ E a esse encarregado de decidir, sempre um representante público do Estado, dava-se simplesmente o nome de “juiz”, não querendo com isso, por óbvio, fazer alguma ligação com o *iudex* privado do processo formulário (Giovanni Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, p. 768).

um total distanciamento do esquema e das características tradicionais do processo formulário, notadamente do seu caráter privado.

Em que pese não apresentassem entre si estrita uniformidade procedimental¹⁴¹, a tais formas processuais de prestar tutela aos direitos que em geral reuniam as características apenas enunciadas costumava-se dar o nome de *extraordinariae cognitiones*¹⁴². E não obstante controverta a doutrina romanista sobre a questão, é muito provável que tenham sido essas *cognitiones* clássicas a originar o processo da *cognitio extraordinaria*, que suplantou paulatinamente o processo formulário, encontrou o seu ápice na época pós-clássica e perdurou até os últimos dias de Roma, servindo de modelo para as instituições processuais de época medieval e moderna¹⁴³. É imperioso recuperar, assim, mesmo que brevemente, essa passagem.

Com o progressivo aumento da autoridade estatal, determinado pela ascensão de Otaviano Augusto ao poder, época de instauração do principado (27 a.C.), e o início de um movimento de unificação das fontes do direito em torno do príncipe, as instituições públicas assumiram novas feições¹⁴⁴. À medida que o poder do soberano se estabelecia sobre todos os súditos do império romano, o exercício da jurisdição – que no início havia sido transmitido ao imperador em concorrência com as outras magistraturas – tornou-se atribuição exclusiva do príncipe, que passou a ser considerado juiz supremo, de quem dependiam – nas vestes de seus representantes – todos os demais juízes que passaram a compor a burocracia judicial do Império¹⁴⁵. Ao lado do aparelhamento burocrático do Estado, centralizou-se a administração da justiça, fazendo com que as determinantes do mundo jurídico passassem a estar sob única e exclusiva direção – a do imperador, que reunira em si as instâncias jurídica e política¹⁴⁶. E isso influenciou marcadamente o modo de revelação e realização judicial do direito¹⁴⁷ – passou-se do *jus à lex*.

¹⁴¹ José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, *Lições de história do processo civil romano*, p. 140. Giovanni Pugliese, *Domanda giudiziale (diritto romano)*, p. 811.

¹⁴² Tudo cf. Giovanni Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, p. 341/348. O insigne romanista destaca (p. 346) que o termo *cognitio* “alludeva al ‘cognoscere’ il merito della controversia da parte dello stesso magistrato o funzionario davanti a cui si era comparsi”.

¹⁴³ José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, *Lições de história do processo civil romano*, p. 137/138. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 46.

¹⁴⁴ Sobre a ascensão de Otaviano Augusto ao poder e a instalação do principado, ver Luigi Capogrossi Colognesi, *Storia di Roma tra diritto e potere*, Bologna: Il Mulino, 2009, p. 287 e ss.

¹⁴⁵ Piero Calamandrei, *La cassazione civile*, p. 79.

¹⁴⁶ José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, *Lições de história do processo civil romano*, p. 139, 166/167. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 43/45.

¹⁴⁷ Riccardo Orestano, *L'appello civile in diritto romano*, 2ª edição, Torino: Giappichelli, 1953, p. 4.

Em realidade, conforme a doutrina, a definitiva modificação da estrutura do processo para assumir as características da *cognitio extraordinaria* deu-se como última consequência das modificações operadas em relação ao próprio direito substancial, quando restringida a possibilidade de criação judicial do direito pelo pretor em favor da aplicação prevalente do direito produzido pelo Império¹⁴⁸. Tanto o direito material que era aplicado, quanto o procedimento que era predisposto para a tutela judicial dos direitos, encontravam apoio e fundamento sociopolítico na *auctoritas principis*, devendo, por isso, seguir o direito estatal vigente¹⁴⁹. Assumindo, o príncipe, para si a função de administrar a justiça¹⁵⁰ e sendo esse o seu intuito, deveria mesmo parecer algo óbvio que confiar o julgamento ao próprio magistrado, funcionário público, em vez de nomear um julgador privado para desempenhar essa tarefa, mostrava-se via de maior garantia de que esse escopo – a aplicação do direito estatal para decisão das controvérsias – seria atingido¹⁵¹. Esses funcionários públicos viram, assim, crescer exponencialmente o seu poder de intervenção¹⁵². Consoante salienta a doutrina, “os novos juízes públicos postavam-se não mais como jurados leigos, que proferiam a decisão em nome do povo romano, mas, sim, como representantes do poder imperial, julgando ex auctoritate principis”¹⁵³.

Por isso que o procedimento, bifásico nos dois modelos anteriores, tornou-se, em certo ponto, possivelmente monofásico – embora não o fosse obrigatoriamente. Desenvolvia-se por inteiro perante o imperador ou, mais normalmente, perante funcionários do Império que dele recebiam o poder (delegado) de julgar as controvérsias que lhe eram postas¹⁵⁴. Mesmo quando bipartido, o julgamento haveria de ser feito por um juiz investido na função por delegação oficial, o que resultava em que todo o processo viesse conduzido por juízes funcionários do

¹⁴⁸ Arthur Engelmann, *A history of continental civil procedure*, p. 263/264. Luigi Capogrossi Colognesi, *Storia di Roma tra diritto e potere*, p. 369.

¹⁴⁹ Giovanni Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, p. 342/345. Arthur Engelmann, *A history of continental civil procedure*, p. 320. Riccardo Orestano, *L'appello civile in diritto romano*, p. 7. Esse último autor esclarece (p. 11/12) o sentido da colocação: “(...) si può dire che nella cognitio ogni giudicante deriva il proprio potere di comando – direttamente o attraverso una serie di passaggi che finiscono poi col determinare una gerarchia – da un potere più vasto che tutti li ricomprende. È questo il potere dell'imperatore”.

¹⁵⁰ Não apenas isso, mas também a função de dizer qual o direito querido pelo Estado (cf. Arthur Engelmann, *A history of continental civil procedure*, p. 317, e Riccardo Orestano, *L'appello civile in diritto romano*, p. 5), de modo a que o centro de poder político imperial se tornasse o único centro produtor de direito (cf. Luigi Capogrossi Colognesi, *Storia di Roma tra diritto e potere*, p. 374/375).

¹⁵¹ Arthur Engelmann, *A history of continental civil procedure*, p. 320.

¹⁵² José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 45.

¹⁵³ José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 45.

¹⁵⁴ Max Kaser, *Direito privado romano*, p. 465. José Rogério Cruz e Tucci (*A causa petendi no processo civil*, p. 45) ressalta que “a modificação mais importante na estrutura do processo privado foi a unificação da instância, ou seja, com a voluntária ingerência, em determinadas questões, da cognitio extraordinaria do princeps ou de seus delegados, o procedimento, até então obrigatoriamente bipartido, passa a desenrolar-se, desde sua instauração, até o final, diante de uma única autoridade estatal”.

imperador¹⁵⁵. O próprio surgimento da *appellatio*, ao lado da criação da burocracia administrativa e do conseqüente escalonamento hierárquico da administração pública, explica-se por esse desiderato de assegurar a aplicação do direito do Estado nas controvérsias postas a julgamento, na medida em que consistia ela um instrumento político, fundado na *auctoritas*, de controle da aplicação uniforme do direito vigente no império¹⁵⁶. O mesmo se pode dizer em relação à *supplicatio*¹⁵⁷ e ao derivado procedimento *per rescriptum*¹⁵⁸.

A doutrina romanista afirma, porém, que em razão desse acréscimo de poderes do juiz não se deve pensar e, assim, fazer confusão, com o ganho de uma maior discricionariedade dos magistrados funcionários em relação à condução do processo, o que é uma coisa, com alguma discricionariedade sua na escolha do direito aplicável ao caso, o que é algo sensivelmente diverso. Em realidade, como há de se perceber, o desaparecimento do poder criativo do pretor e dos demais órgãos judiciais, em geral, significou a abolição de qualquer discricionariedade do magistrado na concessão ou denegação da *actio* no caso concreto, na medida em que, a partir da intervenção do poder central na administração da justiça e do direito, em geral, e na estruturação do processo, em especial, a *actio* vinha exercida com base no direito tradicional e nas novas constituições imperiais¹⁵⁹.

As partes, assim, viram diminuída a sua influência sobre os trâmites processuais, ganhando espaço ainda mais notável a atuação do magistrado, o que redundou no domínio oficial do juízo pelo funcionário condutor do processo, ao qual as partes estavam submetidas¹⁶⁰. Desde o ato de citação, que inicialmente passou a ser semi-oficial (*denuntiatio*) – exame da *litis denuntiatio* apresentada pelo autor e autorização oficial de citação do réu pelo autor – e posteriormente assumiu o caráter de ordem oficial de comparecimento ao juízo (*evocatio*) – apresentação do *libellus conventionis* ao magistrado e citação do réu pelo próprio oficial auxiliar do juízo –, esse domínio se faz presente¹⁶¹.

¹⁵⁵ Max Kaser, *Direito privado romano*, p. 465.

¹⁵⁶ Piero Calamandrei, *La cassazione civile*, p. 66/68. Arthur Engelmann, *A history of continental civil procedure*, p. 264. Riccardo Orestano, *L'appello civile in diritto romano*, p. 183/186. José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, *Lições de história do processo civil romano*, p. 139 e 168.

¹⁵⁷ Sobre a *supplicatio*, ver Piero Calamandrei (*La cassazione civile*, p. 84/87) e José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo (*Lições de história do processo civil romano*, p. 175/188).

¹⁵⁸ Sobre o procedimento *per rescriptum*, ver Giovanni Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, p. 792.

¹⁵⁹ Giovanni Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, p. 769. Em sentido contrário, afirmando a existência de ampla discricionariedade do juiz delegado, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 24.

¹⁶⁰ Max Kaser, *Direito privado romano*, p. 434 e 468. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 44.

¹⁶¹ Max Kaser, *Direito privado romano*, p. 466. Giovanni Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, p. 775. José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, *Lições de história do processo civil romano*, p. 143/144.

Dessa maneira, no contexto do processo da *extraordinaria cognitio*, as partes estavam de antemão submetidas ao poder judicial do magistrado funcionário. A *litis contestatio* já não tinha mais o caráter de ato especial de submissão voluntária das partes a um juízo arbitral por elas escolhido¹⁶². Pelo contrário, mesmo quando adotada a técnica de designação da função de julgamento a outros juízes, diversos daquele perante o qual era introduzida a demanda, mas que eram sempre oficiais do Império, esse ato era inteiramente confiado ao magistrado, em nada dependendo da concordância das partes¹⁶³. O processo, aliás, poderia desenvolver-se mesmo sem a presença do réu devidamente citado, mas relutante em fazer-se presente, como antes aludido. A *litis contestatio*, que passou a ser considerada apenas o ato de determinação em contraditório (*narratio* e *contradictio*) do *thema decidendum*, deixou de lado o seu caráter contratual e assumiu definitivamente a função de demarcar o momento de fixação dos limites da controvérsia¹⁶⁴. A instrução da causa, antes relegada à atividade probatória das partes, agora poderia contar com a atuação ativa do julgador¹⁶⁵. Cumprida a fase probatória, era então pronunciada a sentença (*sententia definitiva*¹⁶⁶), que vinha emanada por escrito, na presença de ambas as partes. A sentença poderia ainda ser apelável ou, de qualquer forma, revista pelos altos órgãos jurisdicionais imperiais ou pelo próprio imperador¹⁶⁷.

Esse relato breve do modo de desenvolvimento do processo no período serve para demonstrar que a *cognitio extraordinaria* rompeu, totalmente, com a estrutura do sistema do *ordo iudiciorum privatorum*. Afastou-se em definitivo o caráter privado do processo em favor da concepção da natureza publicista da função de administrar a justiça e fazer aplicar o direito ao caso¹⁶⁸. O processo torna-se absolutamente público¹⁶⁹. Daí que “*la posizione del giudicante rispetto alle parti è interamete mutata*”¹⁷⁰.

Assim colocadas as coisas, parece claro que o perfil mais isônomico do processo formulário cede espaço, na *cognitio extraordinaria*, para um processo de corte essencialmente

¹⁶² Max Kaser, *Direito privado romano*, p. 466. Vincenzo Arangio-Ruiz, *Las acciones en el derecho privado romano*, p. 141.

¹⁶³ José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, *Lições de história do processo civil romano*, p. 140.

¹⁶⁴ Giovanni Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, p. 782. José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, *Lições de história do processo civil romano*, p. 145/146.

¹⁶⁵ Max Kaser, *Direito privado romano*, p. 470.

¹⁶⁶ Nesse período, o gênero “sentença” (*sententia*) compreende diversas espécies, na medida em que, ao lado daquelas que decidiam a lide, colocaram-se ainda aquelas que decidiam as questões prejudiciais, de procedimento ou relativas a certas provas (*preiudicium*, *interlocutio*, *articulus*) (Giovanni Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, p. 787).

¹⁶⁷ Giovanni Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, p. 787/789.

¹⁶⁸ Riccardo Orestano, *L'appello civile in diritto romano*, p. 13. José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, *Lições de história do processo civil romano*, p. 139, 140. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 43/45.

¹⁶⁹ José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 45.

¹⁷⁰ Riccardo Orestano, *L'appello civile in diritto romano*, p. 14.

assimétrico¹⁷¹, em que o órgão jurisdicional eleva-se sobre as partes e assume, para si – em nome do príncipe –, o controle do processo¹⁷². Essa característica é facilmente perceptível principalmente pela estrutura organizativa do processo da *cognitio extra ordinem* e pelo contexto de nítida centralização política em que surge. O marcado caráter impositivo e concentrador do órgão julgador, aliado à derrocada do poder de influência das partes sobre os rumos do processo em geral, assinalam essa passagem. Ademais, o direito a ser aplicado – e esse é o ponto a ser também especialmente notado – já não é mais o direito pretoriano ou mesmo o *ius civile*, de fontes várias, mas o direito do Império, que se impõe como obrigatório e afirma-se pela mão desses juízes delegados do imperador¹⁷³.

Não é por caso, então, que justamente nesse período, com Diocleciano, imperador romano entre 284 e 305 d.C. e responsável por importantes alterações na estrutura administrativa do império¹⁷⁴ e, em especial, por generalizar o processo da *extraordinaria cognitio* por todo o território de Roma¹⁷⁵, tenha-se havido notícia da edição da primeira regra que autorizava expressamente o juiz, do alto da posição assimétrica que ocupava, a suprir as carências argumentativas das partes e pronunciar sentença segundo lhe parecesse mais adequado sob a ótica da ordem jurídica do império. Trata-se de preceito advindo de constituição imperial¹⁷⁶ ditada por Diocleciano e Maximiliano no ano de 293 e posteriormente recolhido no *Corpus iuris civilis* de Justiniano (Cod. 2.10(11).1), que assim enunciava:

TIT. XI. [X.]

Ut Quae Deunt Advocatis Partium, Iudex Suppleat

I. Imp. Diocletianus et Maximianus AA. ad Honoratum. – Non dubitandum est, iudicem, si quid a litigatoribus vel ab his, qui negotiis assistunt, minus fuerit edictum, id supplere, et proferre, quod sciat legibus et iuri publico convenire.

*S. XVI. Kal. Mart. Siocletiano V. et Maximiano IV. AA. Cons. [293]*¹⁷⁷

¹⁷¹ Daniel Mitidiero (*Colaboração no processo civil*, p. 74) já identificara o processo da *cognitio extraordinaria* como exemplo de processo assimétrico, ilustrando, também com esse exemplo, os modelos inicialmente pensados por Nicola Picardi e Alessandro Giuliani, que exemplificavam concretamente o processo assimétrico tão-somente com o processo prussiano moderno.

¹⁷² Ugo Zilletti, *Studi sul processo civile giustiniano*, Milano: Giuffrè, 1965, p. 278, indicado também por Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 75.

¹⁷³ Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 75.

¹⁷⁴ Luigi Capogrossi Colognesi, *Storia di Roma tra diritto e potere*, p. 414.

¹⁷⁵ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 43.

¹⁷⁶ Sobre as constituições imperiais, ver Giovanni Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, p. 199/201 e 728/732.

¹⁷⁷ Na tradução de Idelfonso L. García del Corral, *Cuerpo del derecho civil*, tomo I, Barcelona: Jaime Molinas, 1892, p. 250/251:

“TITULO XI. [X.]

De Que el Juez Supla Lo Que les Falte A los Abogados de Las Partes

O texto da constituição imperial, da maneira com que foi redigido, mostra-se capaz de gerar dúvidas em relação ao âmbito de sua aplicação. Estaria por esse dispositivo o julgador autorizado a suprir as carências argumentativas das partes em relação ao fato ou ao direito por elas alegado? Ou em relação a ambos? A resposta a essa questão não pode prescindir de breve análise a respeito da forma de estabelecimento e determinação do objeto do processo na *cognitio extraordinaria* pós-clássica.

A fixação dos limites da controvérsia, conforme aludido acima, era realizada de modo definitivo essencialmente no momento da *litis contestatio*. Nada obstante à referência, isso nada nos diz sobre a quem cumpria a realização dessa delimitação e/ou quais dos sujeitos participantes do processo – partes e juiz – poderiam intervir nessa tarefa. Era certo que o objeto litigioso no processo da *cognitio* começava a desenhar-se, embora não de modo definitivo¹⁷⁸, já desde a propositura da demanda pelo autor. Tratando, aqui, em termos de processo pós-clássico, isso ocorria na própria apresentação do *libellus conventionis*¹⁷⁹. Com efeito, cumpria ao autor narrar nessa peça, que fazia as vezes de petição inicial, o fundamento da sua demanda e a sua pretensão (*intentio*)¹⁸⁰. Como relata Scialoja, “*bisogna, cioè, che spieghi ciò che formava l'intentio della formula antica, e se è il caso che ne dica anche la demonstratio, esponendo, oltre l'oggetto della domanda e la causa del domandare, anche il fatto su cui la domanda è basata. Effettivamente poi la causa giuridica in questo tempo sta nella sposizione del fatto, che dà origine alla pretesa; poichè è avvenuto questo, io chiedo ecc; non c'è bisogno di caratterizzare con un nome speciale la natura del rapporto giuridico sorgente dal fatto avvenuto*”¹⁸¹. Deveria o autor, então, para começar a identificar o objeto do processo que propunha, trazer à tona o fato jurídico que estava em sua base¹⁸². E embora não houvesse determinante necessidade de declinar o nome da *actio* exercida, era usual que os antigos nomes das ações clássicas viessem mencionados pelo autor com a intenção de ilustrar

1. Los Emperadores Diocleciano y Maximiano, Augustus a Honorato. – No ha de dudarse, que si algo no se hubiere dicho por los litigantes o por los que les asisten en sus negocios, lo suple el juez, y pronuncia sentencia según sepa que conviene a las leys u al derecho publico.

Sancionada a 16 de las Calendas de Marzo, bajo el quinto consulado de Diocleciano y el cuarto de Maximiano, Augustos. [293]”

¹⁷⁸ Não havia definitividade porque até que adviesse a *litis contestatio* era possível a modificação da demanda, conforme José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, *Lições de história do processo civil romano*, p. 145. Assim também Ugo Zilletti, *Studi sul processo civile giustiniano*, p. 148/151, que adverte, porém, para o fato de que a modificação deveria respeitar certos limites, de modo a impedir uma disposição algo absoluta da causa pelas partes, o que seria inconciliável com o caráter publicístico do processo da época.

¹⁷⁹ José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 46.

¹⁸⁰ Max Kaser, *Direito privado romano*, p. 469.

¹⁸¹ Vittorio Scialoja, *Procedura civile romana*, p. 265/266. Referido igualmente por José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 47.

¹⁸² Ugo Zilletti, *Studi sul processo civile giustiniano*, p. 111.

e contribuir para identificar a situação litigiosa posta a julgamento e a pretensão veiculada¹⁸³. É opinião comum da doutrina especializada que “*l’indicazione del nomen actionis nel libellus conventionis fosse un mezzo diffuso per attuare la delimitazione della domanda*”¹⁸⁴. Para além disso, também o réu, em sua resposta (*libellus contradictorius*¹⁸⁵), poderia influenciar a delimitação do objeto do processo, sobretudo quando da arguição de exceções.

Comparecendo as partes em juízo, realizada a *narratio* pelo autor – ou seja, a enunciação sintética das razões para a procedência da demanda – e efetuada a *contradictio* pelo réu – isto é, a enunciação sintética das razões para a rejeição da demanda –, tinha-se por definida e ocorrida a *litis contestatio*¹⁸⁶. É dizer: tinham-se por estabelecidos os limites objetivos da demanda posta a julgamento.

Não registra a doutrina que o órgão jurisdicional tivesse alguma participação nessa tarefa – no sentido de propor novas questões de fato não deduzidas pelas partes –, o que seria, de qualquer forma, inconciliável com o princípio da demanda (ou dispositivo em sentido material) que se constatava presente também na *cognitio extraordinaria*, nada obstante o seu caráter assimétrico¹⁸⁷. É certo que não se negava ao juiz o poder de corrigir, acaso isso ocorresse, a errônea designação do *nomen actionis* realizada pelo autor¹⁸⁸. Mas isso não significava que o órgão jurisdicional estivesse exercendo algum poder supletivo, a partir da autorização dada pelo aludido dispositivo, para integrar alegações de fatos deficientes da parte, interferindo na delimitação objetiva da causa. Muito pelo contrário, conforme refere Ugo Zilletti, “*dalla disposizione diocleziana i maestri bizantini danno una interpretazione univoca e precisa, nel senso che è riconosciuto al giudice il potere di integrare le deficienze giuridiche delle allegazioni delle parti, ma non quello di supplire ex officio alle omissioni concernenti il fatto*”¹⁸⁹.

De modo unânime, por conseguinte, diz-se que a *ratio* da referida constituição imperial é a de permitir a substituição do juiz às partes apenas quanto a deficiências nas

¹⁸³ Max Kaser, *Direito privado romano*, p. 469.

¹⁸⁴ Ugo Zilletti, *Studi sul processo civile giustiniano*, p. 117/118.

¹⁸⁵ Giovanni Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, p. 776.

¹⁸⁶ Giovanni Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, p. 782.

¹⁸⁷ José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 46.

¹⁸⁸ Ugo Zilletti, *Studi sul processo civile giustiniano*, p. 174. E justamente nessa possibilidade José Rogério Cruz e Tucci encontra o âmbito normativo de aplicação da citada constituição de Diocleciano: “*Consoante outra constituição de época posterior (a. 290), também recolhida no Código justiniano (2.10.1), e emitida por Diocleciano e Maximiliano, não era necessário atribuir um nomen iuris à ação proposta, uma vez que, por força da máxima iura novit curia, o julgador poderia suprir as omissões das partes ou, até mesmo, de seus procuradores, aplicando ao caso vertente as leis pertinentes*” (José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 46).

¹⁸⁹ Ugo Zilletti, *Studi sul processo civile giustiniano*, p. 175.

alegações jurídicas em que porventura essas venham a incorrer, pois estender essa possibilidade de iniciativa do juiz também para as alegações de fato significaria, aos olhos dos juristas de então, lesar a disponibilidade dos particulares sobre o seu próprio interesse, o que não seria nem mesmo naquele tempo aceitável¹⁹⁰. Dessa forma, quando a aludida constituição imperial abria a possibilidade de o juiz suprir as deficiências argumentativas das partes e pronunciar sentença conforme soubesse ser conveniente às leis ou ao direito público (oficial), compreendia-se que o órgão jurisdicional estava autorizado a integrar as alegações jurídicas das partes em caso de eventuais falhas ou omissões.

Não apenas autorizado – ousamos acrescentar – como impelido a fazê-lo, na medida em que, de acordo com o espírito reinante no direito da época, o magistrado público, representante do imperador, tinha como função de seu ofício a aplicação do direito do Império ao caso posto a julgamento. E, para dar vazão a esse objetivo, a organização do formalismo processual assumia estruturas próprias, colocando na alçada do juiz a possibilidade de interferir e determinar a qualificação jurídica da causa colocada à sua apreciação. Delineada a demanda pela narração dos fatos, o juiz a resolvia de modo absoluto e soberano de acordo com o que entendesse ser o direito vigente, sendo totalmente secundário de que forma houvessem as partes realizado a impositação jurídica da controvérsia.

É no processo da *extraordinaria cognitio*, portanto, que o formalismo do processo se arquitetou de modo a confiar ao juiz a tarefa de livremente manejar o direito ao caso e, assim, interferir na qualificação jurídica da causa da maneira como lhe parecesse mais conveniente, correto ou oportuno, relegando às partes o poder de controle apenas sobre a questão de fato. É aqui, assim, por força da constituição imperial antes transcrita, que pela primeira vez se registra a existência de regra semelhante à que, posteriormente, passou a ser traduzida pela máxima *iura novit curia*.

4. A Recepção da Regra no Direito Intermédio.

Com a queda do império romano e a penetração de povos de origem germânica, ditos “bárbaros”, em seu território, sucede o que a doutrina especializada classifica de período de fundação da experiência jurídica medieval, de formação do *ius commune*, que vai do século V ao século XI. Trata-se da chamada época de “vulgarização” do direito romano, que, de forma mais apropriada e menos pejorativa, poderia ser caracterizado como o tempo em que voltou a

¹⁹⁰ Ugo Zillettì, *Studi sul processo civile giustiniano*, p. 175.

ganhar força o direito de origem não-estatal, elaborado nas comunidades particulares para atender às necessidades do dia-a-dia; do direito que, nessas condições, acabou modificando diversos dos institutos herdados do direito romano clássico e pós-clássico, criando novos¹⁹¹⁻¹⁹².

Características gerais desse primeiro período da história jurídica medieval são a incompletude do poder político, carente de qualquer vocação totalizante e, com isso, aberto à ingerência de poderes concorrentes; a relativa indiferença do poder político em relação ao direito, não mais concebido como instrumento de poder e que, em consequência, ganha autonomia extraestatal e particulariza-se; e a fatalidade e historicidade do direito¹⁹³.

De se perceber, por esse movimento histórico, o quanto o processo, como o direito em geral, distanciou-se da herança romana recente e absorveu princípios novos introduzidos pelo direito germânico. A função típica do processo nessas sociedades germanizadas era a de ser um instrumento de pacificação social, um meio de solução de conflitos dominado pelo formalismo dos rituais de provas solenes desenvolvidos perante o juiz, que se colocava quase como testemunha qualificada e de controle esse procedimento. A semelhança é forte com o processo romano pré-clássico¹⁹⁴. De um processo romano imperial de corte assimétrico, retorna-se, assim, a uma estrutura isonômica, com as partes assumindo a direção do processo¹⁹⁵.

A partir do início da segunda metade do século XI e início do século XII, começo da metade “*sapienzale*” da idade média e quando a ciência passa ao centro da civilidade¹⁹⁶, inicia-se, contudo, um movimento de recuperação do estudo de fontes jurídicas romanas imperiais – é dizer, do *Corpus iuris civilis* de Justiniano – por intelectuais versados nas artes escolares do *trivium*, que têm o mérito de aplicar esse método historicamente cultivado, sobretudo em escolas conventuais, aos antigos textos justinianeus (*littera*). Trata-se do

¹⁹¹ Assim, Paolo Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, 6ª edição, Bari: Laterza, 2011, 39/123, em especial p. 52/53. Também Francesco Calasso, *Medioevo del diritto*, p. 37/341.

¹⁹² Na península itálica, com os godos, antes do fim do império romano do ocidente, iniciou suavemente a transformação da realidade político-jurídica romana vigente, com a introdução de estruturas e institutos germânicos, movimento que se acentuou de modo brusco com os longobardos, que romperam de modo definitivo com a tradição jurídica imperial e, assim, sem volta propiciaram a particularização das comunidades e de suas realidades jurídicas, inclusive, por óbvio, a organização do processo (cf. Adriana Campitelli, *Processo civile (diritto intermedio)*, *Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè, 1987, volume XXXVI, p. 79 e ss.).

¹⁹³ Paolo Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, p. 40 e ss.

¹⁹⁴ Adriana Campitelli, *Processo civile (diritto intermedio)*, p. 89/92. A mesma autora, porém, adverte que a ampla variedade de sistemas, fruto do particularismo, “*rende illusorio, se non proprio erroneo, un discorso unitario di carattere generale, su un determinato modo di procedere*” (p. 92).

¹⁹⁵ Adriana Campitelli, *Processo civile (diritto intermedio)*, p. 95.

¹⁹⁶ Paolo Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, p. 144 e ss.

chamado *studium civile* bolonhês, fundado pelo *magister artium* Irnerius, época que se usa chamar de redescoberta do direito romano¹⁹⁷.

Lançando-se inicialmente à exegese dos textos do *Corpus iuris civilis* – Digesto, Código e Institutas – e, paulatinamente, à sua recensão crítica, com a aposição de clareamentos (glosas) aqui e acolá, deu-se início a um movimento de *interpretatio* com escopo sistematizador daquele direito que se perdera no curso dos séculos anteriores. A glosa, que era o ponto de partida da análise realizada, dirigia-se a retirar do texto toda a capacidade normativa que cada disposição normativa potencialmente possuía dentro de si, de modo a permitir que se relacionasse com todas as situações que literalmente não contemplava, mas que logicamente a ela se reportavam. O ponto de chegada era a revelação da *mens legis*, da *regula iuris* mantida presa nas disposições textuais. Com fadiga e persistência, assim, erigiu-se sobre o texto justinianeu aquela construção sistemática que os jurisconsultos romanos encarregados da compilação justinianeia não conseguiram oferecer¹⁹⁸.

Isso ocorreu de um modo tão entusiasmante que, a partir dessas *regulae* foram esculpidos verdadeiros princípios gerais de direito, ditos *brocarda*, que passaram a ser recolhidos e compilados por alguns glosadores (Azão, por exemplo). Da mesma forma, editaram-se obras monumentais que visavam a dar tratamento sistemático e completo sobre as mais diversas questões e noções postas pelas glosas em relação a um sem número de institutos jurídicos, as chamadas *Summae*¹⁹⁹. Esses estudiosos sentiram a cultura jurídica antiga como forma modelar e intemporal da sua própria vida, tornada objeto de contemplação e veneração e encarada como verdadeira *ratio scripta*²⁰⁰.

A esse trabalho dos glosadores de quase dois séculos foi dada continuidade pelos seus sucessores, ditos pós-glosadores ou comentadores, embora esses já estivessem movidos por outros interesses e carregassem em mente novos objetivos. Da veneração comovente dos glosadores – que à tarefa de reavivar a herança jurídica imperial romana entregaram-se a ponto de sentirem-se pertencentes mais àquela realidade antiga do que à sua própria – passou-se à crítica mais fria e objetiva dos comentadores, que com olhos mais atentos à sua época, livres da ligação psicológica com a herança romana justinianeia que caracterizou seus antecessores, analisavam, repartiam, discutiam e reconstruíam, a seu modo, o texto legislativo recebido. Os comentadores, assim, tendo maior domínio da vida e da técnica jurídica de seu

¹⁹⁷ Franz Wieacker, *História do direito privado moderno*, 4ª edição, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2010, p. 38 e ss., tradução de Antônio Manuel Botelho Hespanha. Francesco Calasso, *Medioevo del diritto*, p. 521 e ss.

¹⁹⁸ Francesco Calasso, *Medioevo del diritto*, p. 530/532.

¹⁹⁹ Francesco Calasso, *Medioevo del diritto*, p. 533/534.

²⁰⁰ Franz Wieacker, *História do direito privado moderno*, p. 42/43.

tempo, propuseram-se a verificar até que ponto a lei antiga poderia ser utilizada para regular as relações jurídicas nascidas na experiência jurídica medieval²⁰¹. Converteram, portanto, o cotidiano de seu próprio mundo em objeto de sua ciência, o que decorreu inclusive do fato de terem sido alçados, por seu conhecimento, à condição de verdadeiros *jurisconsultus* e, assim, de árbitros de importantes controvérsias da época²⁰².

Foi nesse instante que o trabalho dos glosadores, remodelado e adaptado à realidade pelos comentadores, tocou a realidade e a prática jurídica da época. Do momento de validade da construção daquela então recém despertada ciência jurídica, próprio dos glosadores, passou-se ao momento de efetividade, que marcou a geração dos comentadores²⁰³. Essa passagem foi o que colocou os comentadores em posição de raro destaque na ordem jurídica de seu tempo: ao transitarem entre a erudição da continuada análise do *Corpus iuris civilis* e o compromisso prático de adaptar os frutos desse estudo à realidade de suas vidas, esses insignes juristas formaram o estilo da jurisprudência europeia que dominou até bem dentro do século XVII e propiciaram que o direito justiniano, agora reinterpretado e colocado a serviço da realidade sensível, assomado ainda pelos influxos do direito canônico, se alargasse por toda a Europa, tornando-se *ius commune* de todo esse continente²⁰⁴.

Durante esse período, obviamente as atenções não deixaram de se voltar ao processo²⁰⁵. A estrutura do procedimento, que então se apresentava completamente modificada em relação àquela que triunfara no processo da *extraordinaria cognitio*, pelo correr dos séculos de intervenção do germanismo, começou a dar sinais de retorno a algumas das formas contempladas na compilação justiniana²⁰⁶. Fez-se emergir, dessa maneira, um sistema processual que recebia muito claramente essa dupla influência, romana e germânica²⁰⁷, somada ainda à disciplina vinda da Igreja pelo processo canônico. Todos esse elementos formaram o chamado processo romano-canônico, que estava à base do *ordo iudiciarius* e que constituía uma espécie de modelo universal de processo civil que foi

²⁰¹ Francesco Calasso, *Medioevo del diritto*, p. 596. Paolo Grossi, *L'Ordine giuridico medievale*, p. 159.

²⁰² Franz Wieacker, *História do direito privado moderno*, p. 80/81.

²⁰³ Paolo Grossi, *L'Ordine giuridico medievale*, p. 160 e ss.

²⁰⁴ Franz Wieacker, *História do direito privado moderno*, p. 78/84.

²⁰⁵ Knut Wolfgang Nörr (*Alcuni momenti della storiografia del diritto processuale*, p. 1/3) assinala que o medieval observou a gestação do que chama de “*diritto processuale dottrinale*”, destacando o elevado estágio de desenvolvimento do direito processual longobardo-protoitaliano (com a mistura de elementos germânicos e romanos), que influenciou diretamente os escritos de direito processual doutrinário da época. O *Speculum iudiciale* (1271) de Duranti, dedicado ao processo civil, criminal e canônico, é obra marcante da elaboração doutrinária dedicada ao processo na época.

²⁰⁶ Filippo Liotta, *Domanda giudiziale (diritto intermedio)*, *Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè, 1964, volume XIII, p. 813.

²⁰⁷ José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 55.

seguido, com variações devidas à influência local, em boa parte da Europa²⁰⁸. A forma geral de estruturação do procedimento normalmente observada nos juízos de então é ilustrativa a respeito de todas essas influências.

Em largas linhas, pode-se dizer que no processo romano-canônico, como ato introdutório da demanda, aparece o *libellus*, ato escrito “*pelo qual o autor expõe a sua pretensão e a submete à apreciação do órgão dotado de jurisdição*” e que deveria conter, “*além de outros requisitos, a exposição do fato, do direito, bem como do pedido*”²⁰⁹. Controvertida também aqui, como no processo romano pós-clássico, se mostrava a questão a respeito da obrigatoriedade ou não de declinação do *nomen actionis* – sem embargo de que isso fosse sempre recomendável para auxiliar a precisar a natureza e a extensão da demanda proposta²¹⁰. Certo é que havia necessidade de que fosse exposta, pelo autor, a razão pela qual se agia, isto é, a *causa petendi*, representada pelo estado de fato e pelo estado de direito correspondente²¹¹. O libelo assim materializado era apresentado ao juiz para que, recebendo-o, mandasse citar o réu por meio de um *executor*²¹² – outro sinal da influência herdada da *extraordinaria cognitio*. Permitia-se a *mutatio* ou *emendatio libelli* desde que isso ocorresse até a citação ou a *litis contestatio* – entendida aqui com o mesmo sentido do direito romano imperial; ou, se após, desde que houvesse a concordância do réu²¹³. Com a *litis contestatio*, tinham-se os debates entre as partes: exposição da matéria litigiosa pelo autor (*narratio negotii actoris*) e resistência à demanda proposta pelo réu (*contradictionem rei in iudicio*), tudo observando alguma tendência ritualística, fruto da influência germânica²¹⁴. Na fase instrutória, a tomada de provas era realizada de forma secreta e já se mostrava atenuada a presença de ritos supersticiosos e dualísticos de produção probatória, embora premente o caráter essencialmente formalístico. A valoração da prova era feita à luz de esquemas rígidos, predeterminados e subtraídos a qualquer controle de validade no caso concreto, o que se convencionou chamar sistema da prova legal²¹⁵. O interesse contínuo das partes em levar adiante o processo, dando-lhe impulso, era condição *sine qua non* para que fosse possível

²⁰⁸ Michele Taruffo, *La semplice verità*, Bari: Laterza, 2009, p. 27.

²⁰⁹ José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 55/56.

²¹⁰ José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 57.

²¹¹ José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 58, fazendo referência a Duranti (*Speculum iudiciale*) e a Baldo.

²¹² Filippo Liotta, *Domanda giudiziale (diritto intermedio)*, p. 814. Adriana Campitelli, *Processo civile (diritto intermedio)*, p. 97.

²¹³ José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 62/63.

²¹⁴ Adriana Campitelli, *Processo civile (diritto intermedio)*, p. 97.

²¹⁵ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 48/49. Um sistema probatório com esse viés rígido, porém, foi introduzido apenas em época mais tardia, em uma atmosfera cultural caracterizada pelo declínio da retórica, cf. Alessandro Giuliani, *Prova (filosofia del diritto)*, p. 531.

chegar ao seu fim²¹⁶. Ao final, era então pronunciada sentença, que deveria vir necessariamente escrita e lida publicamente em presença das partes²¹⁷.

Essa breve descrição basta para notar que, não obstante a recuperação de diversas formas do processo justiniano, fruto evidente do trabalho dos glosadores e comentadores, isso não influenciou para que o processo romano-canônico se estruturasse, em seu formalismo, de forma assimétrica, tal como se apresentava o processo romano imperial. Nem poderia. Em uma sociedade planificada, como a medieval, em que ausentes forças políticas centrípetas, não seria imaginável pensar que o órgão jurisdicional, que não tinha qualquer pretensão de afirmar-se como representante de um poder forte, de mais a mais inexistente àquele tempo, pudesse assumir para si o papel de protagonista ou de condutor da dinâmica processual. Tampouco havia, aqui, o intento de afirmação do direito oficial pela mão do julgador. Isso seria igualmente impensável na época, na medida em que o direito não emanava de fontes políticas, mas era fruto de uma ordem quase espiritual, dissociada do poder político. Some-se a esse conjunto de elementos a defesa da restrição dos poderes do juiz realizada na prática pelos juristas italianos leigos e eclesiásticos do século XII, movimento influenciado, entre outras coisas, pela desconfiança dos particulares em relação à honradez e à independência judicial nas acirradas disputas políticas e econômicas daqueles tempos. O domínio do processo pelas partes, nesse cenário, aparecia como a melhor garantia contra os abusos do ofício jurisdicional²¹⁸, contra a *pervertio ordinis*²¹⁹. Aqui, “*il processo é cosa delle parti, non del giudice; il suo compito è quello di controllare il giudizio delle parti*”²²⁰.

Essa conformação do processo do *ordo iudicarius*, além da planificação social, decorre do predomínio, na época, da lógica dialética aristotélica, conseqüente da tradição tópica vigente²²¹. Concebida como lógica do diálogo, fundada essencialmente em opiniões e tendo o consenso como único critério de uma verdade que se mostrava sempre provável, era a dialética o método de investigação peculiar tanto dos problemas filosóficos quanto das contendas judiciais a esse tempo. O caráter problemático e a controvérsia faziam parte de sua estrutura; os seus procedimentos não eram demonstrativos, mas argumentativos, pressupondo o diálogo; qualquer conclusão válida só se tinha após a superação da prova de fogo da

²¹⁶ Adriana Campitelli, *Processo civile (diritto intermedio)*, p. 97.

²¹⁷ Adriana Campitelli, *Processo civile (diritto intermedio)*, p. 100.

²¹⁸ Calos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 47.

²¹⁹ Alessandro Giuliani, *Prova (filosofia del diritto)*, p. 533.

²²⁰ Alessandro Giuliani, *L'Ordo iudicarius medioevale*, p. 610.

²²¹ Ressaltando esses dois pressupostos, lógico e social, além do ético, do processo de então, definido como de corte isonômico, Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 71/111 e 113.

*confutatio*²²². O que fez a ciência processual da época, que vivenciava esse ambiente cultural, foi a adaptação, à estrutura do processo, desse instrumento de busca da verdade representado pela dialética. No *ordo iudiciarius*, o debate judicial desenvolvia-se a partir do fracionamento do problema central a ser debelado (questão principal) em diversas questões prévias, para cuja solução vinha pressuposta a resolução de questões anteriores e cujo tratamento condicionava a solução de questões posteriores (*primum de incidenti, postea de principali cognoscendum est*). Tudo ocorria de maneira muito mais complexa do que aconteceria sucessivamente, na época moderna, quando a configuração silogística (apodítica) do raciocínio jurídico, fruto, entre outras coisas, da estrita divisão entre questões de fato e questões de direito, simplificaria inclusive por demais essa dinâmica²²³. Na toada dialética do processo medieval, o contraditório era elevado à condição de instrumento de descoberta da verdade, descoberta essa que vinha impulsionada, ainda que inconscientemente, de modo decisivo pelo próprio interesse das partes na resolução do litígio²²⁴. Na lógica do provável, fazia-se presente implícita atitude de tolerância em relação aos pontos de vista do outro, o que decorria da própria concepção da verdade como resultado do esforço combinado dos participantes do juízo²²⁵.

Diante dessa multiplicidade de fatores, a organização do processo romano-canônico apresentava-se de maneira exemplarmente isonômica. A possibilidade de oposição irrefreada de exceções e da reabertura de discussões, assim como outras medidas de viés impugnatório – que criavam uma trama complexa de “galhos” no “tronco” procedimental, tudo fruto da concepção do processo como um modo de resolver questões – contribuía decisivamente para tornar o processo um verdadeiro labirinto, no qual, por simples habilidade e esperteza de algum dos litigantes, criavam-se obstáculos insuperáveis ao adversário²²⁶. Também em consequência dessa concepção, a duração dos processos fez-se de tal forma longa que muitas disputas mereceram ser chamadas de *lites immortales*²²⁷.

Nesse contexto, cumpre verificar de que forma foi tratada pelos glosadores e comentadores a questão que interessa ao presente estudo, isso é, o papel das partes e do juiz em relação à qualificação jurídica da causa.

²²² Alessandro Giuliani, *Logica del diritto (teoria dell'argomentazione)*, *Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè, 1975, volume XXV, p. 14/16.

²²³ Alessandro Giuliani, *Logica del diritto (teoria dell'argomentazione)*, p. 19/20.

²²⁴ Cf. Alessandro Giuliani, *L'Ordo iudiciarius medioevale*, p. 606/607, igualmente referido por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 52.

²²⁵ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *A garantia do contraditório*, p. 8.

²²⁶ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 49/50.

²²⁷ Nicola Picardi, *Processo civile (diritto moderno)*, p. 113.

No desempenho de sua laboriosa atividade exegética e interpretativa, interessados que estavam, como relevado, em esculpir regras e princípios para a construção de um edifício doutrinário harmônico, preocuparam-se os juristas bolonheses com a tarefa de delimitar de forma mais precisa a amplitude dos poderes exercíveis de ofício pelo juiz no processo de então. Partindo sempre do *Corpus iuris civilis*, fundamento de validade de toda a sua elaboração doutrinária, os juristas inevitavelmente acabaram por encontrar o texto da constituição imperial de Diocleciano e Maximiliano, recolhido no *Codex justinianeu* (C.2.10(11).1). Glosando-o e interpretando-o, acabaram por acolher a mesma regra a que se referiam os *jurisconsultus* bizantinos e que mais acima se fez alusão – a de que na dinâmica do processo, o juiz estava autorizado a suprir e integrar as carências argumentativas das partes em relação aos perfis jurídicos da controvérsia posta em causa, mas não lhe seria possível ter nenhuma iniciativa em relação a possíveis falhas ou carências argumentativas das partes quanto às alegações de fato (*iudex non potest in facto supplere*)²²⁸.

Há aqui, contudo, um ponto de inflexão em relação ao processo romano pós-clássico, de estrutura assimétrica e no qual essa regra tenha possivelmente cumprido a função de atribuir ao julgador o poder de interferir de modo livre e absoluto na qualificação jurídica da causa – o que é mesmo consequência do ideal de aplicação do direito do império ao caso controvertido. No direito medieval, de estrutura isonômica e ao qual repulsa a ideia de imposição de soluções à causa pelo juiz, a regra insculpida na referida constituição imperial vai ligada pelos juristas bolonheses menos a essa noção de atribuição de poderes senhoriais ao julgador – o que colidiria com a ideia de direito e com a lógica jurídica então vigentes – e mais à completa exclusão de qualquer *onus probandi* a cargo das partes em relação à questão de direito, afirmando-se a máxima *ius non eget probatione*²²⁹. E, bem entendido, consoante a lógica dialética do *ordo iudiciarius*, por exclusão de ônus probatório entenda-se a eliminação de um ônus *argumentativo/persuasivo* de prova²³⁰. Como qualquer outra questão objeto de debate no processo de então, também a reconstrução judicial do fato aparece como um aspecto particular do problema de conhecer através da indagação, da análise de proposições

²²⁸ Arturo Capone, *Iura novit curia: studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale*, Padova: CEDAM, 2010, p. 14, transcrevendo passagens de Rogerius (*Summa codicis*) e Bassiano (*Libellus de ordine iudiciorum*). Em referência à impossibilidade de o juiz da época ter qualquer iniciativa quanto à questão de fato, Alessandro Giuliani, *Prova (filosofia del diritto)*, p. 529.

²²⁹ Arturo Capone, *Iura novit curia*, p. 14

²³⁰ Alessandro Giuliani, *Prova (filosofia del diritto)*, p. 525. Sobre os modelos argumentativos e demonstrativos de prova, vejam-se, na doutrina brasileira, Danilo Knijnik, *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 71/77; *A prova nos juízos cível, penal e tributário*, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.10/15. Daisson Flach, *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 41/51. Artur Carpes, *Ônus dinâmico da prova*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 22/31.

verossímeis e prováveis. É a chamada *prova per argumentum*, que “reivindica autoridade pela capacidade de convencimento, de geração de consenso”, que “busca adesão por sua razoabilidade, por sua verossimilhança, e desafia resposta coerentemente posta discursiva e sistematicamente”²³¹. Como bem anotado pela doutrina, “*la prova dei fatti (...) appartiene all’argomentazione, non alla dimostrazione: è strana ad una razionalità dialettica la fiducia nella possibilità di una evidenzia*”²³².

Nesse contexto, em decorrência da aplicação da regra de assim recebida do direito romano de época imperial, para além da desnecessidade de prova da vigência do direito alegado²³³, o que houve foi a atenuação do ônus de as partes terem de argumentar, para o convencimento do juiz, sobre o tratamento jurídico a ser dado à situação controvertida discutida em juízo. As eventuais falhas e omissões argumentativas e persuasivas das partes em torno da questão de direito pela qual passava a resolução da controvérsia não representava, necessariamente, prejuízo do seu sucesso em causa. Essa lacuna poderia ser colmatada ou a falha corrigida pela atividade do juiz, o que muito provavelmente seria feito não de modo impositivo e como fruto de sua razão individual, mas muito mais com viés de colaboração para o alcance da melhor solução. A regra, em verdade, integrava o julgador na construção coletiva e dialogada da solução jurídica a ser observada no caso em julgamento²³⁴.

Daí a razão pela qual, embora a exclusão do ônus da prova não significasse diretamente, aos olhos da lógica moderna, a eliminação de um ônus de alegação das partes em relação à qualificação jurídica da causa, chega-se à consequente noção de que pouco a pouco sequer ônus de alegação passou a gravar as partes ao defenderem suas posições. As coisas – prova e alegação – colocavam-se de modo muito próximo na lógica medieval. A ausência de ônus probatório muito provavelmente não demorou para resultar na ausência de ônus de argumentação, a cargo das partes, em torno da questão de direito. E mesmo que os litigantes houvessem indicado a disposição jurídica aplicável ao caso, o juiz, diferentemente do que acontecia em relação às circunstâncias de fato, não estaria necessariamente vinculado a essa

²³¹ Daisson Flach, *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*, p.48.

²³² Alessandro Giuliani, *L’Ordo iudiciarius medioevale*, p. 601.

²³³ Salvo em casos particulares, como a prova do direito costumeiro de um povoado específico ou do direito de outras localidades (cf. Guillermo Ormazabal Sánchez, *Iura novit curia*, p. 22).

²³⁴ Solução essa que, em um tempo de extrema incerteza quanto ao direito a ser aplicado, o que exigia “*paziente cicerca di questo nella lettera, e più spesso di là dalla lettera, dei testi giustiniani*” (Piero Fiorelli, *Allegazioni, Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè, 1958, volume II, p. 70), era encarada não como fruto de uma mente única e iluminada, mas como produto de um conjunto harmônico e equilibrado.

allegatio iuris, estando autorizado a seguir outra direção em relação à solução jurídica da controvérsia²³⁵.

Nessas circunstâncias, a regra elaborada pelo direito imperial romano, que autoriza o juiz a integrar as lacunas argumentativas das partes em relação à questão de direito atinente à controvérsia posta a julgamento, dando-lhe poderes de iniciativa para procurar e aplicar as disposições normativas que entende relevantes à decisão do caso colocado à sua análise, é recebida pelos juristas da Escola de Bolonha e passa ao *ius commune*, ganhando foros de notoriedade²³⁶.

5. A Afirmação da Regra na Passagem do *Ius commune* para o Direito Moderno e a Cunhagem da Máxima *Iura Novit Curia*.

Conquanto a regra que autoriza o juiz a suprir a falta de alegação ou carência argumentativa das partes em torno da qualificação jurídica da demanda remonte ao direito imperial romano, a penetração do direito germânico na península itálica e no restante do território romano contribuiu para que se perdesse o rastro de sua vigência na passagem da idade antiga para a primeira metade do medievo. Por obra dos glosadores e comentadores da Escola de Bolonha, com a recepção do *Corpus iuris civilis* no direito intermédio, a regra foi recuperada e reinterpretada para adquirir um novo sentido, de modo que se pode dizer que já se encontrava em vigor no direito comum, com a acepção antes indicada, ao menos desde os séculos XIII e XIV.

A máxima *iura novit curia*, contudo, tal como chega até nós em redação e em sentido, é de época posterior. Afirma-se algumas centenas de anos mais tarde, possivelmente em torno aos séculos XVI e XVII²³⁷, no embalo do ambiente jurídico-cultural que surgiu na Europa continental na passagem do *ius commune* para o direito moderno.

²³⁵ Arturo Capone, *Iura novit curia*, p. 14/15. O autor faz essa última afirmação devidamente amparado em passagem de Bassiano (*Libellus de ordine iudiciorum*, §363), que, por sua ilustração, vale a pena ser transcrita: “*Dico enim quod iudex circa probationem debet ferre sententiam secundum conscientiam, idest secundum esse in iure sive scriptum sive consuetudinarium, quicquid in contrarium allegatur*”. Esse trecho parece dar respaldo à ideia de que o reconhecimento da ausência do ônus da prova levava à exclusão do ônus de alegação. Contudo, Alessandro Giuliani (*Prova (filosofia del diritto)*, p. 533), embora não tratando especificamente da questão de direito, faz afirmação que destoa dessa conclusão: “*Il processo é cosa delle parti: il giudice deve controllare il giudizio delle parti senza però sostituire il proprio giudizio alle due alternative, o ipotesi argomentative, che gli vengono proposte*”. Nada obstante o afirmado por Giuliani, pela ausência de referência da fonte de suas conclusões, ficamos com a opinião de Arturo Capone, erigida no passo transcrito de Bassiano.

²³⁶ Arturo Capone, *Iura novit curia*, p. 17.

²³⁷ Cf. Giacomo Primo Augenti, *L'onere della prova*, Roma: 1932, p. 40 e ss., *apud* Santiago Sentís Melendo, *Iura novit curia*, Revista de Derecho Procesal, nº 3 e 4, 1947, p. 209.

O impacto do advento da cultura jurídica moderna, a par de alterar vigorosamente as linhas básicas de compreensão do fenômeno jurídico vigentes na idade intermédia, reverberou de maneira tão forte e significativa que é possível afirmar que sua herança permanece ainda hoje visível – e mesmo se oculta ou mimetizada, o aparato teórico que lhe dá sustentação permanece sendo a base estrutural sobre a qual estão erigidos incontáveis institutos jurídicos invariavelmente presentes em nosso dia-a-dia²³⁸. Em primeira notícia, pode-se dizer que a guinada em direção à ideia moderna do direito encontrou suporte em dois pontos essenciais. Do ponto de vista social, o direito aproximou-se em um movimento constante e sem retorno do poder político, deixando de ser enxergado em sua dimensão “*sapienzale*”, como fruto do conhecimento, para ser visto como produto da vontade de um órgão centralizador e superior, como comando ditado de cima a baixo, sempre com caráter imperativo²³⁹. Do ponto de vista lógico, o direito passou a aspirar a um ideal de cognoscibilidade e previsibilidade²⁴⁰ que resultou na utopia da busca pela certeza geométrica, cuja obtenção foi tentada pela redução artificiosa e forçada da inerente complexidade dinâmica do raciocínio jurídico a fórmulas simplórias e estáticas, próprias de outros campos do conhecimento humano²⁴¹.

Tanto um quanto outro desses fatores de verticalização²⁴² contribuíram a seu modo para que o processo civil do período moderno assumisse em linhas gerais um perfil essencialmente assimétrico, fazendo com que os juízes retomassem o controle das ações no palco do processo, com a conseqüente perda da influência das partes. Somava-se a isso o advento de importante aparato teórico-doutrinário que passou a conceber o direito a partir de outras diretrizes lógicas, cuja conseqüência notável foi, entre outras, a rígida e estanque separação entre os juízos de fato e de direito. Criou-se estofo, desse modo, para que a regra de origem romana que autoriza o juiz a suprir as carências argumentativas das partes em torno da questão de direito voltasse a funcionar como instrumento de imposição de soluções jurídicas pelo juiz às partes, a despeito de sua concordância ou das alegações jurídicas que formularam. E a um certo ponto essa regra veio a ser expressada pela dicção *iura novit curia*.

Ao retomarmos os albores do ambiente político-cultural que caracterizou o período moderno, teremos a ocasião de investigar esse hipotético momento de união entre a regra

²³⁸ “(...) un grosso e agrovigliato nodo di certezze assiomatiche si è lentamente sedimentato nell’intelletto e nel cuore del gurista moderno, un nodo che è stato supinamente accettato, che non ci si è sognato di discutere perchè fondato su un lucido progetto originario di mitizzazione, mitizzazione quale processo di assolutizzazione di nozioni e principii relativi e discutibili, mitizzazione quale traspasso di un meccanismo di conoscenza in un meccanismo di credenza” (Paolo Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, p. 4).

²³⁹ Paolo Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, p. 5.

²⁴⁰ Giovanni Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, 69, Bologna: Il Mulino, 1976.

²⁴¹ Ovídio Araújo Baptista da Silva, *Processo e ideologia*, p. 35 e ss.

²⁴² Massimo Vogliotti, *Tra fatto e diritto: oltre la modernità giuridica*, Torino: Giappichelli, 2007, p. 53.

romana e a máxima moderna, que fez com que a partir de então, pela suposta força da tradição incorporada na expressão latina, o juiz fosse considerado livre para modificar, quando entendesse oportuno e a despeito da influência recebida das partes, a qualificação jurídica da causa.

Segundo informa a doutrina, em torno ao século XVI, na praxe jurídica do Reino de França²⁴³, que tinha em sua base o *coutume* e resistia a aceitar o direito romano “redescoberto” (*droit écrit*), vigia a proibição de alegação, em juízo, para defesa de determinada posição jurídica, das leis e das constituições imperiais romanas²⁴⁴. Em razão disso – afirma o jurista francês Nicolas Bohier –, nos supremos colégios judiciários franceses, como o *Conseil du Roi*, assim eram advertidos, *ex abrupto*, os advogados *iura allegantibus* que ali funcionavam: “*venite ad factum, curia satis illa intelligit*”²⁴⁵. O adágio referido, segundo outra opinião da época sobre o tratamento dado à questão pelas cortes francesas – do jurista alemão Ioachim Mynsinger –, teria formulação diferente, embora semelhante: “*venite ad factum, curia satis intelligit iura*”²⁴⁶.

A razão para essa advertência pode ser explicada, de uma parte, pela clara divisão quanto à vida jurídica entre as regiões setentrional e meridional da França ainda na Alta Idade Média: a primeira, dominada pela população de origem germânica (franca), *terra in qua iudicia secundum legem romanam terminantur*; a segunda, próxima à latinidade mediterrânea, *terra in qua iudicia secundum legem romanam non terminantur*. Essa situação de divisão assumiria contornos ainda mais firmes após o século XII: enquanto a França meridional estaria pronta para acolher o direito justinianeu com valor de direito comum, tal como a Escola de Bolonha havia estabelecido, afirmando-se *pays de droit écrit*, a França setentrional veria o *coutume* continuar dominando, com valor absoluto, a sua tradição jurídica, afirmando-se *pays de droit coutumier*. A aceitação do direito romano representaria a submissão ao

²⁴³ Como salienta Paolo Grossi (*Mitologie giuridiche della modernità*, p. 29/30), o “*regno di Francia (...) è, per il politologo e per il giurista, lo straordinario laboratorio storico in cui il ‘moderno’ prende dapprima un suo volto più determinato e sempre più se ne incrementano i tratti*”. Essa a razão pela qual boa parte da investigação no presente ponto se pautará pelos acontecimentos havidos em França.

²⁴⁴ Arturo Capone, *Iura novit curia*, p. 17, com referência a comentário de Baldo.

²⁴⁵ Arturo Capone, *Iura novit curia*, p. 18, com referência ao depoimento do jurista francês Nicolas Bohier (1469-1539), que era membro do próprio *Conseil* no período de Louis XII.

²⁴⁶ Arturo Capone, *Iura novit curia*, p. 19, com referência ao jurista alemão Ioachim Mynsinger (1514-1588). Sobre as diferenças que decorrem da utilização dos vocábulos *ius* e *iura*, interessante a anotação de Santiago Sentís Melendo (*Iura novit curia*, p. 217/218): “*Augenti parte del supuesto de que el aforismo se refiere al derecho objetivo; y como quiera que, en la época en que se formó, con la palabra iura sólo se designaban los derechos subjetivos, pretende que se emplearía la forma ius, la cual se sustituiría por iura cuando, más adelante, esta forma se aplicó al derecho objetivo. Todo ello no son más que suposiciones. Pero no puede discutirse que a nosotros ha llegado con la forma iura, sin que se le conozca empleado con la forma ius más que excepcionalmente; y que, en la época en que por primera vez se lo encuentra con dicha forma, en el siglo XIV, se designaban con ella los derechos subjetivos y no las normas objetivas*”.

império romano – e o *regnum Franciae* não reconhecia nenhuma *subiectio* ao império romano²⁴⁷. Nesse contexto, nessas cortes supremas do Reino de França, rechaçar a possibilidade de alegação do direito proveniente de fontes jurídicas romanas era encarado como forma de evitar o recebimento da influência do direito imperial romano e de seu viés subjugante. Viria daí, portanto, a advertência para que os advogados se preocupassem com a questão de fato, deixando a cargo dos julgadores a apreciação da causa do ponto de vista jurídico.

De outra parte, porém, para além da repulsa à aceitação de um direito com fonte romano-imperial no particular ambiente da França setentrional, a compreensão dos passos que determinaram a formação dessas cortes superiores e da estrutura e função que lhes eram reservadas na época referida, dentro do ambiente político-cultural que testemunhou a passagem do medievo para a idade moderna, contribuem para entender melhor razão de ser do aviso “*venite ad factum, curia satis intelligit iura*” que frequentemente era repetido em suas salas de julgamento. E, ao que nos quer parecer, é esse aspecto do problema que melhor explica a existência dessa advertência, que dará origem à elaboração do brocardo *iura novit curia*.

Com a derrocada da dinastia carolíngia, a autoridade do rei em França viu-se reduzida a um poder fraco, similar àquele que qualquer dos senhores feudais exercia na porção territorial colocada sob seu domínio particular. O monarca, embora continuasse ostentando a condição de soberano, em verdade mantinha autoridade apenas sobre as terras submetidas à sua senhoria local, tal como outros feudatários de então. A extensão de sua influência sobre as demais porções do território do reino dava-se apenas de modo ficto e vazio, com parco conteúdo substancial. Quando, todavia, a partir da dinastia capetíngia (*circa* 987-1328) iniciou a um movimento de reconquista da autoridade e proeminência régia sobre todo o território do Reino de França, instrumento eficaz dessa luta de reconquista pela concentração da autoridade em torno ao monarca contra a tendência centrífuga do poder local exercido pelos barões²⁴⁸ foi a retomada, pelo soberano, do controle do direito e da administração da justiça²⁴⁹. Percebendo a essencialidade do direito no âmbito do projeto de estatização²⁵⁰ e compreendendo que a prevalência de seu poder apenas poderia vir se um particular grupo de

²⁴⁷ Cf. Francesco Calasso, *Medioevo del diritto*, p. 611/614.

²⁴⁸ Esse conflito entre a tentativa de centralização do poder em torno ao monarca e a tendência centrífuga dos poderes locais prevaleceu nos séculos posteriores, até a fundação, propriamente dita, do absolutismo monárquico (cf. Giovanni Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, p. 71).

²⁴⁹ Cf. Piero Calamandrei, *La cassazione civile*, p. 249/250.

²⁵⁰ Paolo Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, p. 30.

normas – as normas por ele queridas – pudesse triunfar sobre todas as outras – de fontes várias no complexo ambiente jurídico medieval²⁵¹ – e se a jurisdição – a esse tempo igualmente descentralizada e variada – estivesse sob seu controle, o soberano deu início a um movimento de unificação, em torno de si, das fontes legislativas e do controle da atividade jurisdicional. Iniciou-se, aí, um longo caminho que acabou por colocar o príncipe em batalha constante contra cada forma de pluralismo social e jurídico decorrente da estruturação político-social característica do período medieval²⁵². Essa estratégia traçada pelo monarca para assunção efetiva do poder político em todo o território encontra fácil explicação.

O “sistema” jurídico francês medieval, a exemplo de vários outros do continente europeu no período, era extremamente complexo, em razão da pluralidade de fontes; complicado, em razão da extrema variedade das disciplinas de sujeitos e bens ao mesmo tempo vigentes; antinômico e incoerente, por conta dos frequentes conflitos entre normas comuns e gerais e normas particulares e especiais. O conhecimento do direito, nesse cenário, era tarefa extremamente árdua e não havia maneira de pensar-se em termos de unidade diante de um particularismo de tal forma reinante. Esse panorama de desordem sistêmica, porém, encontrou ponto de inflexão decisivo quando o rei deixou de ser encarado como mero superior feudal, que ocupa posto ao vértice de vassalos diretos e indiretos, mas é limitado pela *lex terrae* e por relações de recíprocas obrigações e deveres, e passou a ser considerado titular de um poder direto, imediato e tendencialmente ilimitado²⁵³.

Essa percepção deu condições para que o monarca passasse a tomar a iniciativa no controle das fontes normativas. Isso foi feito, inicialmente, com a tomada de parte ativa pelo soberano em processos de compilação e de reformulação do prevalente direito consuetudinário (*coutume*), não demorando para que, em seguida, fosse o próprio rei a determinar a realização de semelhantes trabalhos. Com essa frequente e penetrante intervenção e a pressão sempre crescente exercida sobre as magistraturas e os doutores versados nas letras jurídicas, logo se viu surgir doutrinas que passaram a defender a relação de dependência entre as normas jurídicas e o soberano, em razão do que mesmo a vigência do direito consuetudinário passou a sujeitar-se à sua aprovação. Retrato marcante dessas doutrinas é, por exemplo, o *slogan* “*si veut le roi, si veut la loi*”. Nascia assim a ideia de lei

²⁵¹ Giovanni Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, p. 53.

²⁵² Paolo Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, p. 29.

²⁵³ Nesse contexto, o príncipe surge como “*un nuovo soggetto politico, munito di una corazza che ne renda possibile la assoluta solitudine, sì che trovi soltanto in se stesso giustificazioni motivi finalità; e il potere che viene deposto nelle sue mani perde quel contenuto delimitato ad esso connaturale nel vecchio assetto feudale, e si avvicina sempre più alla ‘potenza assoluta e perpetua’*” (Paolo Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, p. 28).

em sentido moderno, encarada como instrumento capaz de enclausurar o fenômeno jurídico e vinculá-lo estreitamente ao detentor do poder²⁵⁴. A primeira formulação do “princípio” de hierarquia entre normas, expresso pela máxima *lex superior derogat lex inferiori*, era igualmente fruto dessa tendência doutrinária de proeminência do direito com fonte monárquica e veio para fixar a superioridade da legislação sobre o costume e estabelecer um critério unívoco de resolução dos conflitos entre normas, de modo a tornar coerente e não antinômico o sistema jurídico em geral²⁵⁵. Ponto ilustrativo da dinâmica das relações estabelecidas entre normas com fonte monárquica e normas com fontes variadas na experiência jurídica em curso nessa época é dado pelas relações entre *lex* e *interpretatio*²⁵⁶. A princípio, o material normativo recolhido na rubrica *interpretatio* era considerado subsidiário em relação à *lex*, não devendo, portanto, ser utilizado para decisão de *casus legis*, com base na máxima *in claris non fit interpretatio*. Como resultado de décadas seguidas desse movimento de convergência em torno ao rei, já havia ganhado força definitiva, na aproximação ao século XVII, a concepção de que a legislação nada mais era do que a expressão da vontade soberana do monarca²⁵⁷. “*Il vecchio sovrapporsi e integrarsi di fonti – leggi, consuetudini, opinioni dottrinali, sentenze, prassi – cede il passo alla fonte unica immedesimata nella volontà del Principe*”²⁵⁸.

Embora estabelecida essa relação de prioridade entre fontes legislativa, na prática os tribunais resistiam à política de centralização do monarca, restringiam ao máximo o âmbito de aplicação da *lex* e em particular da nova legislação do soberano – entendendo por *casus legis* apenas aqueles solucionados direta e especificamente por uma expressão da própria *lex*, de

²⁵⁴ Paolo Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, p. 32.

²⁵⁵ Giovanni Tarello (*Storia della cultura giuridica moderna*, p. 52) destaca que esse “princípio” foi estabelecido ao lado do já vetusto *lex specialis derogat legi generali*. Não se duvidava, em um eventual conflito, da prevalência da norma ao mesmo tempo superior e especial, mas seria incerta a resolução a ser oferecida pelo “sistema” em caso de um conflito de uma norma superior e geral com uma norma inferior mas especial. A solução haveria de vir por meio da imposição, na praxe forense, do primeiro critério pelos tribunais. Na medida em que passaram a receber forte interferência e foram sujeitos ao domínio do monarca, os tribunais vieram exercer a importante função de fazer valer, na prática, as escolhas legislativas do soberano.

²⁵⁶ “‘*Lex*’ e ‘*interpretatio*’ non possono venire tradotte senza cautele con ‘*legge*’ e ‘*interpretazione*’; infatti non si trattava di due entità poste su piani diversi e di cui la seconda costituiva un’entità strumentale rispetto alla prima, come l’interpretazione della legge (in una concezione più recente) rispetto alla legge; si tratta, nella concezione ancora corrente all’inizio del secolo XVIII, di due complessi di materiali giuridici autoritativi, indipendenti l’uno dall’altro, cui dovevasi ricorrere per risolvere e decidere i casi giuridici. Per ‘*lex*’ si intendeva l’intervento legislativo del sovrano, il testo del *Corpus iuris* ove recepito ed in quanto legge del sovrano, le consuetudini in quanto fissate e compilate, e tutta la legislazione statutaria (da qualsiasi potere statutante provenisse). Per ‘*interpretatio*’ si intendeva qualunque espressione normativa fosse stata enunciata da tribunali o da giurisperiti, in assenza di *lex* applicabile ad un dato caso, in base a ragioni (*rationes*) o ad opinioni cui si attribuiva ‘*autorità*’ (*auctoritates*)” (Giovanni Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, p. 67).

²⁵⁷ Tudo cf. Giovanni Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, p. 48/53.

²⁵⁸ Paolo Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, p. 33.

modo que não era considerada aplicação de *lex*, mas recurso à *interpretatio*, a aplicação analógica de uma expressão de *lex*. Aumentava-se, com isso, o campo de aplicação da *interpretatio* – o que significava, em última análise, a extensão da própria autonomia normativa dos tribunais em relação ao direito régio²⁵⁹. Restava claro, assim, que as doutrinas – bem ou mal racionalizantes do complexo direito então vigente – que convergiam para a concepção de uma ordem jurídica centralizada não bastavam por si próprias para organizar, na prática, o complexo e complicado “sistema” jurídico feudal. Era necessário que esses movimentos voltados à centralização pudessem repercutir na realidade do dia-a-dia e se afirmar na praxe do foro, neutralizando os velhos princípios do particularismo (como o *lex principalis derogat legi generali*, por exemplo). E isso dependeria das escolhas feitas pelos tribunais – que, conforme apenas mencionado, resistiam a essas mudanças –, de modo que seria também necessário ao rei, para tornar coerente e não antinômico o sistema geral, impor aos tribunais a escolha uniforme dos critérios de resolução de conflitos normativos – o que implicava o controle, pelo monarca, também da função jurisdicional.

No ordenamento feudal francês, como de resto na maior parte da Europa continental medieval, a administração da justiça estava a cargo dos senhores feudais sobre o território submetido ao seu domínio. Resultado disso era a particularização das “jurisdições” em tantas quantas eram as porções de terras de propriedade dos barões, cada uma das quais submetida a determinada *cour de baron*²⁶⁰. Essa pluralidade significava a existência de relações confusamente estabelecidas, haja vista a convivência de complicadas e incertas regras de imunidade de um sujeito ou membro de um grupo em relação a um certo foro e de privilégios de um sujeito ou membro de um grupo em ser julgado em um foro “seu”. Nesse contexto, organização e racionalização da ordem jurídica e política significavam eliminação dos poderes concorrentes na administração da justiça²⁶¹. E foi com esse objetivo que, pouco a pouco, esse cenário começou a modificar-se, fruto de uma atividade paciente e contínua, de dezenas de anos a fio.

Ao lado das *cours de barons*, os reis franceses instituíram uma rede que se mostrou cada vez mais articulada de prepostos (*prévôts*) que passaram a exercer, em todo o território do reino, a justiça em nome do soberano. Veio a ser difundida, de tal modo, a ideia de que a justiça era em qualquer caso administrada pelo monarca ou em seu nome, mesmo em se tratando de prestação jurisdicional levada a cabo por órgãos cuja constituição originária havia

²⁵⁹ Giovanni Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, p. 67/68.

²⁶⁰ Piero Calamandrei, *La cassazione civile*, p. 250.

²⁶¹ Giovanni Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, p. 53.

sido autônoma e independente do aparelho real. Isso possibilitou a atração, para a jurisdição régia, de reclamações dos jurisdicionados em situações de denegação de justiça em julgamentos realizados pelos órgãos jurisdicionais locais²⁶². Favoreceu-se, assim, o desenvolvimento de recursos com caráter de apelo dirigidos ao monarca, afirmando-se, de modo não mais apenas nominal, a proeminência da jurisdição do rei sobre todo o reino, a supremacia da *Curia Regis* sobre todas as particulares justiças, inclusive a dos barões. O rei, por esse movimento, passou a ser efetivamente considerado juiz supremo, fonte mais pura da justiça, à qual se poderia sempre recorrer em última instância. Ao lado disso, o monarca não se absteve de legislar em matéria processual. Marcante a esse respeito é “*um evento que se tornará traumático para a história do processo continental*”²⁶³: a promulgação do *Code Louis* (*ordonnance civile* de 1667), levada a cabo por Luis XIV, que determinou a apropriação, pelo soberano, do *ordo iudiciarius* e afirmou o princípio da estatalidade do processo ao reivindicar para si próprio o monopólio da legislação em matéria processual²⁶⁴. Desse modo, também em França, por esse movimento geral, sucedeu aquele fenômeno visto no império romano e em alguns povos germânicos pelo qual o soberano assumiu o exercício da jurisdição com o objetivo de consolidar e estender a própria supremacia política²⁶⁵.

Afirma-se, de tal modo, um ideal de unificação em prol da racionalização do direito. As origens do absolutismo podem ser enxergadas justamente aí, na ruptura da confusa, mas equilibrada, ordem jurídica medieval que imperava dentro de cada um dos territórios “estatais” da Europa continental, o que vem em favor de um poder central e supremo a cargo do soberano e em desfavor de todas as outras instituições do universo jurídico medieval, como os estamentos, as cidades, a igreja e as corporações²⁶⁶. Todo o direito era querido direta ou indiretamente pelo soberano; toda a jurisdição era direta ou indiretamente administrada pelo soberano ou em seu nome²⁶⁷.

²⁶² Piero Calamandrei, *La cassazione civile*, p. 250. Giovanni Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, p. 55.

²⁶³ Nicola Picardi, *Introdução ao Code Louis (ordonnance civile, 1667)*, in *Jurisdição e processo*, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (coord.), Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 69/70.

²⁶⁴ Nicola Picardi, *Introdução ao Code Louis (ordonnance civile, 1667)*, p. 71 e ss. Nota essencial do *Code Louis* foi a sujeição em definitivo do juiz à lei ditada pelo legislador soberano – no caso, o próprio monarca –, o que se reflete na proibição da *interpretatio* por parte dos magistrados e na limitação de exercício, pelos juizes, das prerrogativas de *enregistrement* dos provimentos reais e de levar *remonstrances* ao rei. “*A sujeição do juiz à lei era, efetivamente, lida no quadro de uma ideologia que reconhecia ao rei a soberania absoluta, não limitada nas suas prerrogativas por nenhum órgão constitucional*” (p. 82/83). Essa submissão do corpo judiciário à vontade do legislador soberano, estabelecida em definitivo pelo *Code Louis*, será marca indelével do constitucionalismo francês a partir de então.

²⁶⁵ Piero Calamandrei, *La cassazione civile*, p. 250.

²⁶⁶ Giovanni Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, p. 48.

²⁶⁷ Giovanni Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, p. 58.

Como resultado desse movimento de centralização, verificou-se no campo jurisdicional o aumento sempre constante do número de controvérsias que passaram a ser trazidas à cognição direta do rei. Nesse momento, assumiu especial importância o órgão de assistência ao soberano no exercício da função jurisdicional que lhe era reservada, o chamado *Conseil du Roi*. Era o *Conseil* órgão composto por membros de saber jurídico elevado, verdadeiros *jurisconsultus*, que tanto exerciam a atividade de suporte consultivo ao rei na tomada de decisões nas controvérsias que lhe chegavam quanto realizavam, por vezes, o próprio exame direto da causa, desempenhando em lugar do rei a jurisdição de apelo²⁶⁸. É de se notar que esse colégio de jurisconsultos que formou o *Conseil du Roi* a partir da época da retomada da autoridade da monarquia francesa e de sua investida em favor da assunção do controle da administração da justiça, também teve inspiração no império romano. Sua estrutura seguiu o modelo do *Consilium Principis*, dito supremo colégio imperial romano, formado por pessoas próximas ao imperador e por especialistas que lhe prestavam auxílio nas ações de governo e na atividade jurisdicional. Para se ter uma ideia da elevada formação jurídica de seus membros, nessa corte superior romana tomaram assento algumas das mais ilustres figuras da ciência jurídica de Roma, a exemplo de Ulpiano, Paolo, Neracio e Giuliano²⁶⁹. E não deixa de ser interessante notar que nos processos que se desenvolviam perante o imperador ou perante o *Consilium Principis*, a argumentação dos advogados das partes em torno da questão jurídica do caso posto em julgamento igualmente sofria restrições. As investidas em torno da questão de direito eram aceitas pelos *jurisconsultus non pro auctoritate, sed pro ratione*²⁷⁰, de modo que os advogados estavam desobrigados e mesmo impedidos de desenvolver maior argumentação em relação à questão jurídica incidente sobre

²⁶⁸ Cf. Piero Calamandrei, *La cassazione civile*, p. 250 e ss.. O mesmo autor destaca que, com o passar dos anos (por volta do século XIV), a divisão jurisdicional do conselho assumiu importância tal a ponto de tornar-se ela própria um órgão autônomo de jurisdição. Separando-se, então, do monarca, que lhe havia constituído, essa parcela do conselho assumiu a função de tribunal supremo para todo o reino – dando origem ao chamado *Parlement*, o qual, ainda que julgasse em nome do rei, passou a ter dali em diante existência própria enquanto órgão jurisdicional. Ao lado disso, o conselho do rei continuou a existir, separado do *Parlement*, como órgão consultivo sobre as questões de Estado. Essa separação, porém, não importou uma renúncia do rei a ingerir-se diretamente nas questões ligadas à administração da justiça. Longe disso, o soberano permaneceu sendo considerado juiz supremo do reino, colocando-se acima do *Parlement*, de modo que sempre que demandado e quando entendesse conveniente, poderia ele conhecer dos apelos que lhe fossem feitos. Essa prática pouco a pouco resultou na em nova germinação de um órgão de natureza judiciária ligado ao rei (as *Requêtes de l'Hostel du Roy*), encarregado de receber demandas de sujeitos privados de todo o reino, que vinham procurar o soberano para que, na condição de juiz supremo, se lhes oferecesse justiça. Recebendo essas demandas, o rei respondia com ordens escritas que indicavam os provimentos que no caso deveriam ser tomados (*lettres de justice* ou *lettres de la Chancellerie*), tal como acontecia com as *epistulae* do direito romano imperial (p.254/255).

²⁶⁹ Sobre o *Consilium* (depois, *Consistorium*) *Principis*, Luigi Capogrossi Colognesi, *Storia di Roma tra diritto e potere*, p. 316, 374/376 e 416. Essa prática de aconselhamento a partir de um órgão de auxílio, retomada na época imperial romana, buscou inspiração na idade republicana, quando era costume que os magistrados superiores se valessem de um *Consilium* para dar-lhes suporte no desenvolvimento de suas tarefas.

²⁷⁰ Arturo Capone, *Iura novit curia*, p. 17.

o caso, sendo essa tarefa colocada essencialmente a cargo dos *jurisconsultus* que integravam tais colégios – que tinham amplo domínio sobre o direito do império e, desse modo, deveriam zelar pela sua aplicação correta nas controvérsias que chegavam à sua análise.

Não é por acaso, portanto, que prática análoga tenha se repetido, séculos mais tarde, nos processos desenvolvidos perante o *Conseil du Roi*. Tanto o supremo colégio judiciário francês quanto o supremo colégio judiciário do império romano foram órgãos formados por verdadeiros *experts* no trato das questões jurídicas e que estavam em ligação direta com um poder político central, que tentava afirmar pela mão do direito a sua autoridade.

Pode-se formar a hipótese, portanto, de que esses dois fatores – alta formação jurídica dos conselheiros e ligação direta a um soberano que assumia o controle do direito – muito provavelmente tenham contribuído para que a estrutura dos juízos que ali tiveram lugar hajam observado forte viés assimétrico, ao menos em relação ao tratamento da questão de direito. Como resultado, é provável que, ao lado da proibição de alegações de fontes jurídicas romano-imperiais em processos que tramitavam perante o *Conseil du Roi*, também a estruturação verticalizada desse órgão jurisdicional supremo francês e da função que desempenhava tenha contribuído para que ali tivessem lugar as advertências para que os advogados se preocupassem apenas com a exposição dos fatos quando estivessem atuando perante a Corte. O tratamento jurídico da causa ficaria a cargo do colegiado de jurisconsultos, que mais do que ninguém saberia encontrar a melhor ou mais conveniente solução jurídica a ser dada à controvérsia – conduta típica de um órgão julgador que se encontra em posição superior à da parte, a qual resta submetida às suas soluções e ao seu poder. Daí a justificação para a advertência “*venite ad factum, curia satis intelligit iura*” que ali costumeiramente se fazia e que deu origem, em termos de expressão e sentido, à máxima *iura novit curia*.

Ao que consta, porém, essa forma de organização do formalismo do processo, verificada de início apenas nos juízos realizados perante o *Conseil du Roi*, não demorou para difundir-se e atingir também as outras sucessivas instâncias de uma estrutura judiciária que cada vez mais se mostrava organizada de forma alinhada ao soberano, escalonada e, portanto, burocratizada²⁷¹. Verticalizava-se em definitivo, assim, a administração da justiça e criava-se esteio para que mesmo os juízes de instâncias inferiores ao *Conseil du Roi* inibissem as partes

²⁷¹ Conforme bem anotou Vittorio Denti (*Un progetto per la giustizia civile*, Bologna: Il Mulino, 1982, p. 101), “*la burocratizzazione della funzione giudiziaria risponde ad un programma politico di razionalizzazione del modus operandi degli organi giudiziari che è uno degli aspetti fondamentali dell’illuminismo e che, d’altronde, corrisponde al sorgere del diritto amministrativo in senso moderno*”.

e seus advogados a intrometerem-se na apreciação jurídica das controvérsias – cuja resolução era agora confiada a julgadores que representavam o poder supremo do soberano.

Prova disso é colhida ao se examinarem algumas das formas recursais existentes no período, como a *proposition d’erreur*. Em linhas gerais, a *proposition d’erreur* consistia em recurso dirigido ao rei por via de uma *requête* contra uma sentença pronunciada pelo *Parlement* – a qual era, a princípio, inapelável. Alegando a existência de erro na sentença confrontada, requeria-se ao soberano que concedesse novo tratamento à própria causa. E se o soberano acolhesse o recurso, expedia-se, em favor do recorrente, uma ordem formada pelo rei por meio da qual ficava determinado de regra ao próprio *Parlement* que havia pronunciado a sentença que reexaminasse o julgado, reformando-o no que estivesse equivocado²⁷². Com base nesse remédio, porém, não se poderia dar vazão a reclamações fundadas na existência de qualquer modalidade de erro da sentença recorrida. A *proposition d’erreur* afirmou-se como remédio de uma só categoria de vícios do julgado: a existência de *error in iudicando* em relação à questão de fato à base da sentença impugnada. Jamais poderia ser veiculada para experimentar a alegação de erro de direito: “*n’est permis d’alleguer en proposition d’erreur autres erreurs que de fait e non de droit*”²⁷³. A razão para a limitação é explicada por Calamandrei: “*La ragione di questa regola, la quale sembra partire da un’idea assolutamente opposta a quella che sta a base del nostro ricorso per cassazione (dall’idea cioè che sia necessario contro le sentenze inappellabili garantire alle parti un ulteriore rimedio limitato ai soli errori di fatto, quasichè l’errore di fatto debba considerarsi più grave dell’errore diritto), dev’essere ricercata nel principio di disposizione che, anche nel processo francese, signoreggiava la raccolta del materiale di decisione. Mentre, per ciò che si riferisce al diritto, vigeva la nota massima Iura Novit Curia, per la quale i giudici dovevano conoscere ed applicare d’ufficio le regole di diritto ai fatti, per quanto si riferisce al fatto i giudici erano di regola limitati dall’attività delle parti: talchè, mentre per quello che si riferiva alla decisione delle questione di diritto, si poteva ritenere assai difficile un errore da parte dei giudici che dovevano essere a conoscenza di tutti gli elementi necessarî a risolverle (presunzione tanto più verosimile quando si trattava di una sentenza proveniente da giudici così autorevoli come i Parlamenti sovrani), più giustificabile appariva un errore relativo ad un punto di fatto, sul quale i giudici dovevano attendere ogni informazione dalle parti e subire quindi nel loro giudizio le conseguenze della deficiente informativa. (...). E si*

²⁷² Piero Calamandrei, *La cassazione civile*, p. 258 e ss.

²⁷³ Passo doutrinário citado por Piero Calamandrei (*La cassazione civile*, p. 262).

*ammetteva solo il ricorso per errore di fatto, come quello che non portava menomazione alcuna alla dignità ed alla dottrina dei giudici*²⁷⁴.

Fica claro, portanto, que a ideia de que o juiz nesse período era soberano na aplicação do direito e que, nessa tarefa, não se compreendia pudesse ele cometer algum tipo de erro – noção com inspiração evidente no individualismo moderno e nas ideias humanistas da completude e infalibilidade do ser humano, tanto mais firmes em se tratando da figura do soberano, indivíduo modelo e modelo de cada indivíduo²⁷⁵ – excluía a possibilidade de que as partes, submetidas a um poder jurisdicional que atua em representação ao monarca, pudessem ter alguma iniciativa no sentido de limitar a atividade jurisdicional em torno da questão de direito ou vincular o seu exercício. A questão de direito era, em definitivo, coisa dos juízes, delegados do poder supremo e irretorquível do soberano; a questão de fato, essa sim passível de imperfeições e equívocos, ficava sob o domínio das partes, mesmo em se tratando de cortes de escalão inferior à *Curia Regis*.

Do ponto de vista político-institucional, portanto, justificava-se plenamente a utilização pelos magistrados da regra que os autorizava a alterar, da maneira como entendessem correto ou oportuno, a qualificação jurídica da causa tal como eventualmente proposta pelas partes. O manejo do direito, agora sob controle do Estado, não poderia estar senão em controle de um verdadeiro representante estatal.

Essa tendência de total exclusão da atividade das partes em relação à questão de direito envolvida na controvérsia fica ainda mais clara ao se analisar a aproximação do brocardo à sua forma contemporânea de redação. Esse passo é retratado na obra de outro jurista da transição da idade média para a idade moderna, o holandês Arnold Vinnen²⁷⁶. Recuperando a mesma regra imperial romana consolidada pelos juristas italianos da Escola de Bolonha, segundo a qual o juiz estava autorizado a suprir as omissões das partes em relação à questão de direito, o mencionado autor faz também referência à praxe dos tribunais franceses. Traduz, porém, de um modo sutilmente diverso a solicitação que os juízes costumavam formular aos contendentes: “*venite ad factum, curia novit ius*”.

Em relação a essa última forma de expressar a dicção originada da praxe francesa, assim escreve Arturo Capone: “*Da parte di Vinnen si tratta verosimilmente di una citazione a memoria (anche il riferimento bibliográfico a Mysinger è approssimativo) che ‘adeguata’ il tenore testuale dell’adagio all’interpretazione che ne propone: mentre il pugente ‘Curia satis*

²⁷⁴ Piero Calamadre, *La cassazione civile*, p. 262/263.

²⁷⁵ Paolo Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, p. 28.

²⁷⁶ Arturo Capone, *Iura novit curia*, p. 19, com referência ao jurista holandês Arnold Vienen (1588-1647).

intelligit iura, incentrado sulla ‘compreensão’ delle fonte giuridiche, si presta effettivamente a una lettura di tipo reverenziale o economico, il prescritivo ‘*Curia novit ius*’ (poi evidentemente circolato nella forma oggi nota grazie all’effetto mnemonico della rima), incentrado sulla ‘conoscenza’, rappresenta più efficacemente la regola della sottrazione delle fonti giuridiche alla disponibilità delle parti”²⁷⁷.

À importante observação do autor acrescentamos que não se tratava de apenas subtrair as fontes jurídicas à disponibilidade das partes, mas de estabelecer o conceito de que os litigantes pouco ou nada teriam que ver com a qualificação jurídica da causa, na medida em que nenhuma contribuição poderiam dar ou influência poderiam exercer em relação ao momento jurídico da decisão. Nessa etapa, tratar-se-ia somente de aplicar aos fatos narrados pelas partes o direito querido e ditado pelo monarca e por demais conhecido pelos juízes. E não poderia haver dúvida ou controvérsia em relação a isso, na medida em que o fenômeno jurídico já não mais era compreendido como um problema a ser resolvido à base do diálogo. Longe disso, o resultado dependeria apenas da correta realização do silogismo judiciário, tarefa que poderia muito bem ser desempenhada pelo juiz a despeito da colaboração das partes. Justamente aqui temos, ao lado do aspecto político-social da máxima, outro pressuposto decisivo de sua existência: a mudança epistemológica do direito e a instalação do mito da univocidade de sua compreensão, ponto que certamente não é furtivo à passagem do *iudicium* ao *processus*.

Realmente, questão importante da fratura em relação ao direito medieval e seu característico modelo isonômico provocada pelo advento do direito moderno tocou à forma de estruturação do raciocínio jurídico em um e outro tempo. Se o período intermédio mostrou-se abastecido pela lógica dialética, campo do discurso argumentativo realizado com base na lógica do provável e de construção de soluções dialogadas e coletivas, a época moderna forjou a ciência jurídica assentada na lógica apodítica e tendo como ferramenta de trabalho a verdade demonstrativa, clara e distinta em vez de provável, fruto da razão individual e de esquemas preestabelecidos de raciocínio. O direito perdia o seu caráter problemático, a ser resolvido em um esquema dialógico entre sujeitos, para tornar-se um objeto que o jurista tem de conhecer, em uma relação solitária estabelecida entre ele (sujeito) e a coisa (direito) que é foco de sua investigação²⁷⁸.

²⁷⁷ Arturo Capone, *Iura novit curia*, p. 20.

²⁷⁸ Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 93 – com referência a Arthur Kaufmann, *A problemática da filosofia do direito ao longo da história*, in *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 57.

Esse movimento de mudança epistemológica começou a ser gestado ainda no seio do humanismo jurídico, que se dispôs a refundar o *ordo iuris* a partir de bases racionais e sistemáticas com vistas a simplificá-lo e torná-lo acessível a qualquer um – e não apenas aos juristas especializados²⁷⁹. Para os juristas do *mos gallicus*, o problema da ciência jurídica de seu tempo aparecia como um problema de renovação metodológica e sistemática, da busca por um modelo de ordem racional, que permitisse raciocínios simples e lineares – liberando-os do método escolástico-aristotélico dos glosadores e comentadores, o qual tendia à solução dos problemas jurídicos apenas depois do exame minucioso e interminável de todas as *opinionēs doctorum*, prática então considerada algo decadente e não mais tolerável. A *nova methodus* dos juristas do humanismo, surgida na crise do bartolismo e no epílogo do medievo²⁸⁰, buscou distanciar o direito do campo da razão prática e projetá-lo na órbita da razão teórica, subordinando progressivamente a retórica à dialética e iniciando o processo de ruptura entre retórica e lógica²⁸¹.

Importante expoente dessa renovada corrente de pensadores foi Pierre de la Ramée (ou Petrus Ramus), cujo nome foi considerado sinônimo de ruptura com o clássico esquema que a lógica havia herdado de Aristóteles e era mesmo signo distintivo de uma escola própria de pensamento lógico. O método que propôs Ramée, muito simplificada, consistia na disposição das matérias segundo rigorosa ordem por meio da definição de conceitos gerais, da sua distribuição em partes e da conseqüente divisão em espécies, de modo a permitir a passagem gradual de princípios gerais e universais para princípios particulares. Com isso, propunha, seria possível criar sistemas de deduções como a chamada dicotomia ramista, que permitia que de um conceito superior viessem deduzidos conceitos subordinados, resultantes da afirmação ou da negação de um atributo que lhes era comum ou estranho²⁸². A tendência às representações panorâmicas e esquemáticas teve, aí, o seu germe de florescimento. Abandonava-se a orientação accidental-especial em favor da compreensão ideal-geral²⁸³.

Na esteira desse pensamento, houve, também, uma clara tentativa de gestar um método que apresentasse o mesmo rigor e a mesma exatidão da matemática, considerada, então, o protótipo sobre o qual deveria se modelar toda forma de conhecimento científico. Surgiu, assim, a *pars construens* ramista, que impulsionou o ideal de fixação de regras de

²⁷⁹ Michel Villey, *A formação do pensamento jurídico moderno*, São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 543, tradução de Claudia Berliner.

²⁸⁰ Francesco Calasso, *Medioevo del diritto*, p. 600.

²⁸¹ Massimo Vogliotti, *Tra fatto e diritto: oltre la moderatà giuridica*, p. 56/58.

²⁸² Nicola Picardi, *Processo civile (diritto moderno)*, p. 108/109.

²⁸³ Franz Wieacker, *História do direito privado moderno*, p. 91.

conhecimento que apresentassem o mesmo rigor que as regras matemáticas²⁸⁴. A harmonia geométrica do projeto moderno, em que tudo aparecerá exato e preciso, simples e unilinear²⁸⁵, teve como substrato lógico e critério de cientificidade o modelo matemático²⁸⁶, que buscou reduzir os problemas a relações que pudessem ser expressadas de forma quase numérica – condição de formulação de leis válidas em geral²⁸⁷. A ciência moderna fez uso de uma lógica totalmente nova, de uma linguagem matemática baseada na mensuração, em quantidades, que se vale da indução e da dedução e não mais da antiga dialética, cujo raciocínio se dava sobre valores e sobre qualidades²⁸⁸.

O interesse pela disposição ordenada dos dados e pela concatenação lógica das passagens inferenciais de tipo dedutivo colocou o silogismo no palco dos estudos lógicos de então. Com isso, não demorou para que a estrutura silogística viesse modelar o raciocínio do juiz, criando um padrão que se prestaria a caracterizar a jurisdição como uma atividade lógica, simples e linear, em condições de atingir conclusões certas, na medida em que partia de premissas demonstravelmente verdadeiras. Como afirma a doutrina, “*partindo de premissas apodíticas, infensas ao debate, com pretensões de verdade geral, chegar-se-ia à única, unívoca e necessária conclusão*”²⁸⁹.

Realmente, tanto a *quaestio iuris* quanto a *quaestio facti*, que formam as premissas do silogismo, apareciam notadamente simplificadas e distantes da problemática discursiva do período medieval nesse esquema lógico-subsuntivo. Quanto à questão de direito – premissa maior do silogismo –, tinha-se por atenuado o problema do conhecimento, pois o direito agora aparecia de certa forma controlado pelas alterações políticas antes aludidas, que fizeram com que o fundamento da *quaestio iuris* fosse não mais o resultado da frágil – porque sempre opinável – teia de fontes de argumentos apoiados sobre *auctoritates* e *rationes*, mas o dado sólido – porque sempre incontrovertível – proveniente da *lex* escrita. A tarefa do juiz em relação à questão de direito, que antes era aquela de encontrar dialogicamente a regra não formulada em precedência, tornou-se a de aplicar uma norma preexistente, formulada por meio de um ato legislativo temporalmente separado do ato jurisdicional. Quanto à questão de fato – premissa menor do silogismo –, igualmente se tinham por minorados os pontos problemáticos, na medida em que o fato jurídico passara a ser compreendido do mesmo modo

²⁸⁴ Nicola Picardi, *Processo civile (diritto moderno)*, p. 108. Massimo Vogliotti, *Tra fatto e diritto: oltre la moderità giuridica*, p. 58.

²⁸⁵ Paolo Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, p. 48.

²⁸⁶ Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 134.

²⁸⁷ Franz Wieacker, *História do direito privado moderno*, p. 285.

²⁸⁸ Michel Villey, *A formação do pensamento jurídico moderno*, p. 588.

²⁸⁹ Daisson Flach, *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*, p. 43.

que o fato visto pelas ciências, como um dado externo, objetivo, cuja demonstração e conhecimento foram confiados ao método científico-empírico-descritivo – da matemática e das ciências exatas²⁹⁰. Por meio da precisa determinação dos elementos da *fattispecie* legal, os contornos do fato apareciam bem definidos e não sobrava outra coisa senão o seu “*accertamento*” em completa autonomia com relação a qualquer problema de valoração. Resolvido o problema maior, que era aquele de definir com certeza a questão de direito, subtraindo-a da *vitiosa argumentatio* dos juristas, a resolução da questão de fato poderia ser relegada ao *arbitrium iudicis* e começava a ser percebida como uma questão secundária, de menor ou quase nenhum interesse para o jurista²⁹¹.

Têm-se aí as origens do normativismo moderno, que pregou a supressão do estudo casuístico do direito para focar apenas na norma, concebida e compreendida a despeito dos fatos. Passou-se a entender que os casos, que se comunicam diretamente com os fatos jurídicos e com as contingências do mundo real, com as incertezas da vida humana, seriam pouco propensos à sistematização e à universalização. A norma, dogmaticamente pensada, essa sim se mostrava propícia à catalogação em enunciados gerais. Nesse contexto, o brocardo “*ex facto oritur ius*”, que no pensamento jurídico medieval exprimira a conexão íntima entre fato e direito, começava a soar estranho para o jurista moderno, para quem o fato reduzia-se a matéria inerte, pronta para assumir a forma jurídica imposta pela autoridade estatal²⁹². Em um momento em que se almejava, mais do que qualquer outra coisa, a racionalização, a obtenção de segurança jurídica²⁹³, deixar de lado o fato e sua inerente problematidade para centrar-se na norma e sua formal simplicidade pareceu o caminho a ser seguido. O direito, então, purificou-se da problematidade do fato e passou a ser trabalhado como algo fechado em si mesmo, como um fenômeno distante da realidade e propício à teorização abstrata. A crença que se instalou foi a de que seria sempre possível colher o significado objetivo da lei ou no limite deduzir do sistema a solução correta para cada caso problemático²⁹⁴. Dessa maneira, o direito mostrava-se capaz de ser conhecido em sua plenitude, teorizado, conceituado e finalmente controlado.

Daí a separação estanque entre direito e fato, que deita raízes no racionalismo dos filósofos do século XVII – como Descartes, Spinoza e Leibniz, entre outros – e permanecerá

²⁹⁰ Alessandro Giuliani, *Prova (filosofia del diritto)*, p. 526.

²⁹¹ Tudo cf. Massimo Vogliotti, *Tra fatto e diritto: oltre la modernità giuridica*, p. 59/63.

²⁹² Massimo Vogliotti, *Tra fatto e diritto: oltre la modernità giuridica*, Torino: Giappichelli, 2007, p. 45.

²⁹³ Aí compreendida a “certeza do direito”, conforme Humberto Ávila, *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*, São Paulo: Malheiros, 2011, *passim*.

²⁹⁴ Massimo Vogliotti, *Tra fatto e diritto: oltre la modernità giuridica*, p. 2.

intocada nos anos seguintes – e mesmo em boa parte da doutrina contemporânea²⁹⁵. A seguinte passagem de Leibniz reflete bem as ideias próprias do pensamento racionalista moderno: “A doutrina do direito é de índole daquelas ciências que não dependem de experiências, mas de definições, não das demonstrações de sentido, porém da razão; são, por assim dizer, próprias do direito e não do fato”²⁹⁶. Desfazia-se, dessa maneira, o hibridismo medieval entre fato e direito²⁹⁷. O direito moderno afirmava-se, em definitivo, como disciplina abstrata, que não depende da experiência, mas de definições²⁹⁸ – pensamento que é fruto de uma metodologia jurídica que separou de modo estanque o mundo jurídico do mundo dos fatos²⁹⁹.

Sobre a dicotomia fato-direito, a ciência moderna europeia continental erigiu o modelo do raciocínio correto do juiz, isto é, o silogismo judicial. A ideia de que um fato bruto, axiologicamente neutro, conhecido por meio de procedimentos calculantes, subsume-se de modo estritamente técnico e avaliativo à previsão geral e abstrata contida na norma, dada de forma igualmente certa e direta pelo legislador, exercício do qual se retira determinada consequência unívoca e necessária, dada a veracidade das premissas de que se parte, é própria da representação da atividade jurisdicional segundo o esquema silogístico, que se afirma nitidamente nessa época do racionalismo jusnaturalista e passa, sem significativas modificações, para as fases seguintes do positivismo³⁰⁰, assentando-se em definitivo ao menos na cultura jurídica ocidental de *civil law*³⁰¹. O que se tem, como resultado, é a unificação

²⁹⁵ Ovídio Araújo Baptista da Silva, *Processo e ideologia*, p. 36/38. Massimo Vogliotti (*Tra fatto e diritto: oltre la modernità giuridica*, p. 52 e ss.) chama a atenção para as raízes também políticas da separação entre fato e direito: “La dicotomia fatto-diritto, quindi, oltre ad essere l’effetto di una nuova visione del mondo e di un orientamento metodológico di stampo razionalistico e sistematico, va intesa anche come l’espressione del progressivo assorbimento del fenomeno giuridico all’interno della sfera del potere politico”.

²⁹⁶ Gottfried Leibniz, *Elementos del derecho natural*, Editorial Technos: Madrid, 1991, p. 70 (obra original de 1672), *apud* Ovídio Araújo Baptista da Silva, *Processo e ideologia*, p. 78.

²⁹⁷ Massimo Vogliotti, *Tra fatto e diritto: oltre la modernità giuridica*, p. 38.

²⁹⁸ Ovídio Araújo Baptista da Silva, *Processo e ideologia*, p. 79.

²⁹⁹ A aproximação à metodologia própria da matemática, considerada o protótipo da cientificidade naquele tempo, e o desprezo pelos fatos ficam claros por excerto tirado da obra de Hugus Grotius, considerado o pai do jusnaturalismo moderno: “Je puis protester de bonne fois que, comme le mathématiciens en examinant les figures font abstraction des corps qu’elles modifient, j’ai aussi, en expliquant le droit, détourné mes pensées de la considération de tout fait particulier” (Hugus Grotius, *Le traité de la guerre et de la paix, Discours préliminaire*, § LX, Publications de l’Université de Caen, 1984, p. 35 (original de 1625), *apud*, Massimo Vogliotti, *Tra fatto e diritto: oltre la modernità giuridica*, p. 47).

³⁰⁰ Massimo Vogliotti, *Tra fatto e diritto: oltre la modernità giuridica*, p. 54/55.

³⁰¹ A seguinte passagem de Alfredo Rocco (*La sentenza civile*, Torino: Fratelli Bocca, 1906, p. 5) é ilustrativa a respeito: “Per il carattere di generalità ed universalità della norma giuridica quando si vuol stabilire se, ed in quale misura, nel caso concreto, un determinato interesse è tutelato dal diritto, bisogna sussumere il caso concreto sotto la norma generale, ossia, applicare la norma generale al caso concreto. Ogni applicazione della norma giuridica, da chiunque, in qualunque forma ed a qualunque scopo sia fatta pressupone dunque sempre un giudizio logico, e precisamente un sillogismo in cui la premessa maggiore è fatta dalla norma, la minore dal singolo rapporto di cui si tratta, la conclusione da una norma di condotta speciale per quel dato rapporto,

metodológica de disciplinas ligadas às ciências naturais – como a matemática – com matérias conectadas às ciências do espírito – como o direito –, todas fulcradas na razão e em procedimentos demonstrativos³⁰².

O paradigma moderno instala-se estribado na epistemologia das ciências naturais, que ignora a carga de historicidade do seu objeto de estudo e releva o direito a uma disciplina quase que exclusivamente formal, identificada com o poder político. A dicotomia entre criação da lei – confiada ao legislador, único e efetivo soberano – e aplicação da lei – confiada aos juízes “*bouche de la loi*” – e o modelo silogístico do raciocínio judicial, que é expressão dessa dicotomia, compõem a base sobre a qual é erigida toda a construção jurídica moderna. Apenas uma aplicação limitada à subsunção do caso sob a norma, de modo tal a conservá-la inalterada caso a caso, poderia garantir a manutenção do caráter de generalidade e abstração da lei. Do mesmo modo, apenas uma aplicação da lei que não alterasse o seu significado, comprometendo a previsibilidade das consequências jurídicas das ações individuais, estaria em condições de assegurar a certeza do direito. Tal valor, que representa o norte do firmamento axiológico da modernidade jurídica, era característico seja da política absolutista dos monarcas, seja da sensibilidade teórica dos jusnaturalistas e dos iluministas ou seja ainda do interesse da burguesia pela segurança do comércio e da jurisdição³⁰³. O direito assume, assim, lógica e politicamente, uma estrutura essencialmente objetiva³⁰⁴.

O processo civil obviamente não passaria imune a essas mudanças significativas que colocaram o direito em uma perspectiva sistemática, pelo que se renovou a um só tempo tanto a sua linguagem quanto a perspectiva adotada pelos juristas sobre suas fontes e seu conteúdo³⁰⁵. A estrutura do *ordo iudicarius*, como é evidente, altera-se decisivamente na passagem do *iudicium* medieval para o *processus* da época moderna. Essa mudança é bem representada na obra de Althusius, autor em quem se encontra a gênese da ideia moderna de processo³⁰⁶. Althusius, que tem por ambição principal de sua obra colocar conceitos em ordem e formular definições, na esteira do método ramista³⁰⁷, dedica ao direito processual a terceira parte de sua *Dicaeologica*, movendo-se por critérios racionalístico-matemáticos e

desunta dalla norma generale. Solo dopo aver formulato questa norma particolare al singolo caso, sarà possibile determinare quale tutela è concessa dal diritto ad un interesse concreto”. O trecho de Rocco é igualmente referido por Massimo Vogliotti (*Tra fatto e diritto: oltre la modernità giuridica*, p. 55).

³⁰² Ovídio Araújo Baptista da Silva, *Processo e ideologia*, p. 67.

³⁰³ Cf. Massimo Vogliotti, *Tra fatto e diritto: oltre la modernità giuridica*, p. 68/69.

³⁰⁴ Ovídio Araújo Baptista da Silva, *Processo e ideologia*, p. 86.

³⁰⁵ Michel Villey, *A formação do pensamento jurídico moderno*, p. 612.

³⁰⁶ Nicola Picardi, *Processo civile (diritto moderno)*, p. 108.

³⁰⁷ Michel Villey, *A formação do pensamento jurídico moderno*, p. 615, com referências feitas a Michel Villey (*A formação do pensamento jurídico moderno*, p. 623) e Nicola Picardi (*Processo civile (diritto moderno)*, p. 108).

tendendo à representação panorâmica e esquemática da matéria processual, sendo o primeiro autor a tratar o processo em perspectiva de sistema. A aplicação da lógica ramista ao estudo do processo ilustra o momento de transição entre um modo de pensar orientado pelo problema e pela lógica argumentativa para um modo de pensar sistemático, objetivo e formal, modelado sobre o saber científico³⁰⁸. Passa-se da *ars dissidendi* à *arts ratiocinandi*³⁰⁹.

Vindo o direito a subjugar-se aos padrões das ciências exatas, mostrou-se natural que o processo moderno passasse a estruturar-se de acordo com o ambicioso objetivo de ser um veículo para descoberta da verdade absoluta, para a aferição do certo e do errado, nas relações jurídicas controvertidas. Nesse cenário cultural, o diálogo judiciário pouco poderia contribuir para a resolução dos casos concretos: “*se o direito deixa de ser um problema que deve encontrar solução através do diálogo e passa a ser entendido como um objeto que os juristas têm de conhecer, pouca-se o papel das opiniões das partes a respeito da res in iudicium deducta, já que o resultado do processo será fruto de um silogismo judiciário, pensado solitariamente, na medida em que a razão, segundo os cânones científicos da época, pode guiar individualmente os homens, sendo esse um valor completo em si mesmo*”³¹⁰. Considerando-se que a razão individual poderia, tão bem ou melhor do que o esforço conjugado das partes e do juiz, alcançar a verdade buscada, elimina-se em definitivo a possibilidade de compreensão do fenômeno jurídico pelo diálogo e despreza-se por completo qualquer influência que possa ser exercida pelas partes na decisão judicial a porvir³¹¹.

Cede passo, então, a importância do contraditório, que “*deixa de ser visto como necessário e intrínseco mecanismo de investigação da ‘verdade’, rebaixando a princípio externo e puramente lógico formal*”³¹². O que se verifica no âmbito do processo moderno é uma instintiva desconfiança em relação à controvérsia e ao diálogo³¹³. O contraditório, em verdade, é encarado como um obstáculo genuíno à procura pela verdade, pois o processo não é lugar da comunicação e do diálogo, mas sim da informação e do cálculo³¹⁴. As regras desse novo processo são endereçadas a permitir a resolução rápida e automática da controvérsia, como fruto da razão individual do julgador. E em um tempo em que a justiça medieval passava por uma severa crise de efetividade – em razão, sobretudo, da longa duração dos processos decorrente, em boa medida, dos abusos na utilização de instrumentos da tradição

³⁰⁸ Nicola Picardi, *Processo civile (diritto moderno)*, p. 109/111.

³⁰⁹ Alessandro Giuliani, *Prova (filosofia del diritto)*, p. 549.

³¹⁰ Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 98.

³¹¹ Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 94/98.

³¹² Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *A garantia do contraditório*, p. 9.

³¹³ Nicola Picardi, *Audiat et altera pars: as matrizes histórico-culturais do contraditório*, p. 136.

³¹⁴ Alessandro Giuliani, *Prova (filosofia del diritto)*, p. 526.

dialética, que resultavam nas chamadas *lites immortales* – essa solução era vista com especial admiração³¹⁵.

Nesse contexto, é mesmo intuitiva a valorização que recebeu a ideia expressa no brocardo *da mihi factum, dabo tibi ius*, que se coloca como sinônimo da máxima *iura novit curia*. Com efeito, se todo o processo era pensado de modo a possibilitar a observância do direito estatal, nas controvérsias instaladas entre particulares, por um juiz funcionário inserido em uma estrutura hierárquica e autoritária (*homo burocraticus*) e tornado vértice do discurso judiciário, com o contraditório sendo encarado como princípio meramente formal e estático, era tendente a zero o papel das partes na definição do substrato jurídico da causa³¹⁶. Sua influência quanto a esse elemento da decisão, a par de ser desacreditada, era vista mesmo como uma intervenção indesejada e desautorizada. De modo que, separados pela lógica moderna como fenômenos autônomos o fato e o direito, a organização do *procesus modernus* desenhou-se de maneira tal que a aporção do material fático – que não tocava a esfera de autoridade do Estado – foi reservada às partes. A interpretação jurídica – essa sim, área de interesse do monarca, que afirmava a sua soberania pela mão do direito – surgia como algo atinente somente ao Estado, cujo representante na cena processual era o juiz.

É nesse momento que se fixam em definitivo os pressupostos que autorizaram a passagem de sentido da regra de origem romana interpretada pelos juristas medievais para o sentido traduzido pela máxima *iura novit curia*. É dizer: a transformação da noção de ausência de ônus de prova e alegação do direito pelas partes para a ideia de domínio absoluto e exclusivo do juiz quanto ao tratamento jurídico da controvérsia, de que nos fala Fritz Baur³¹⁷. Isso, óbvio, apenas poderia ser concebível em uma ordem assimétrica como aquela moderna, assentada sobre os pressupostos sociais e lógicos trabalhados nos parágrafos precedentes.

Perceba-se, ainda, que apesar de serem bastante próximos os pressupostos sociais do processo moderno e do processo da *extraordinaria cognitio* do período imperial romano – poder político centralizado, controle do direito pelo soberano, posição vertical do juiz perante as partes no processo –, os pressupostos lógicos que informaram um e outro ambiente

³¹⁵ Nicola Picardi, *Processo civile (diritto moderno)*, p. 113

³¹⁶ Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 99. Alessandro Giuliani, *Prova (filosofia del diritto)*, p. 526.

³¹⁷ Fritz Baur, *Da importância da dicção “iura novit curia”*, p. 169. Eis a passagem referida: “A aplicação do adágio tem sido equívoca: na sua origem entendia-se, provavelmente, no sentido de que as normas jurídicas não precisam de prova, dado que o juiz deve conhecê-las. Mas, desde logo, foi o adágio interpretado como significativo de que a aplicação do direito é, exclusivamente, assunto atinente ao juiz, no sentido de que as partes não estão obrigadas a subsumir os fatos, por elas invocados, às normas jurídicas, mais ou menos no sentido do brocardo: *narra mihi factum, narro tibi ius*”.

jurídico-cultural definitivamente não são equivalentes. Enquanto o processo imperial romano não apresentava à sua base significativa doutrina lógico-filosófica capaz de dar suporte teórico à organização assimétrica do formalismo processual, o processo moderno amparou-se na estrutura teórica concebida pelo jusracionalismo que justificava amplamente a distribuição estanque de tarefas entre juiz e partes quanto às questões de direito e de fato, respectivamente. Daí porque não é possível, a nosso ver, equiparar-se o momento romano e o momento moderno de tratamento da regra que atribui ao juiz o poder de intervir e alterar a qualificação jurídica da demanda. Enquanto no ambiente jurídico do processo romano imperial essa intervenção ocorria muito mais como ato justificado pela *auctoritas* do juiz, enquanto representante do imperador³¹⁸, no período moderno a esse poder somou-se a ampla produção racionalista que autoriza teoricamente essa intervenção.

Assim, segundo hipotizamos, é exatamente na época moderna que a regra de origem romana une-se ao brocardo *iura novit curia* para dar origem à máxima com o sentido que hoje nos chega³¹⁹. Ao enunciá-la, chama-se à baila todo esse arsenal político-teórico que lhe dá sustentação e que, pela arraigada permanência da mitologia jurídica moderna à base da doutrina jurídica contemporânea, autorizaria a sua aplicação nos dias atuais do mesmo modo como ocorria há mais de três séculos.

Fruto assim, de preceito gestado no seio de processo romano de perfil marcadamente assimétrico, recuperado em época medieval para assumir um novo sentido e, logo após, novamente desenhado como princípio de subjugação das partes à aplicação do direito estatal à controvérsia colocada a julgamento, tinha-se por definitivamente cunhado o aforismo *iura novit curia* com a forma e a função que até hoje nos chega.

Cumpra-nos perguntar, contudo, se a máxima *iura novit curia*, verdadeiro mito jurídico apoiado em pressupostos do direito moderno que a história contemporânea tornou obsoletos³²⁰, pode permanecer atuando como “princípio” de organização do formalismo processual em nossos dias. Cabe indagar se o modelo de organização do processo civil brasileiro atual compartilha dos mesmos pressupostos sociais e lógicos; se o manejo da questão de direito não afeta a esfera de disponibilidade das partes, se não interfere em regras

³¹⁸ Conforme bem observado por José Rogério Cruz e Tucci (*Jurisdição e poder*, São Paulo: Saraiva, 1987, p. 26), com arrimo em lição de Paolo Frezza (*Corso di storia del diritto romano*, Roma: Studium, 1954, p. 236), a “*auctoritas consistia no elemento metajurídico condicionador de toda a evolução no plano jurídico do ordenamento instaurado pelo primeiro princeps*”.

³¹⁹ Consoante refere Knut Wolfgang Nörr (*Alcuni momenti della storiografia del diritto processuale*, p. 2), aproximadamente do século XVIII à passagem ao século XIX foram descobertas (ou inventadas) grande parte das máximas processuais mais difundidas.

³²⁰ Ovídio Araújo Baptista da Silva, *Processo e ideologia*, p. 85.

dogmáticas elaboradas na fase científica da doutrina processual que são caras à estruturação do processo civil nacional.

Essas e outras questões, que influenciam decisivamente o ser e o modo de ser da atuação da máxima *iura novit curia* no processo civil brasileiro, aparecerão trabalhadas nas páginas a seguir.

PARTE II – O OBJETO DA MÁXIMA *IURA NOVIT CURIA*.

“*La dogmatica, intesa da molti come un vizio degli studi legali, è invece segno di giovinezza creativa nel giurista.*”³²¹

1. O Processo Civil Encarado em sua Perspectiva Conceitual e a Necessidade de um Tratamento Dogmático da Máxima *Iura Novit Curia*.

Na primeira parte do estudo, nos dedicamos a examinar, sob o ponto de vista histórico, as origens da máxima *iura novit curia* e os pressupostos culturais que informaram o seu surgimento e a outorga de sentido que se lhe foi dada. Nesta, a segunda, após cumprida aquela etapa fundamental, a análise centra-se em identificar as conexões dogmáticas que podem e devem ser feitas a partir da invocação do brocardo. A preocupação, nesse momento, será principalmente com o exame conceitual do problema, com a análise e o detalhamento técnico das questões envolvidas e dos institutos processuais ligados à aplicação da vetusta regra que atribui ao juiz o poder de interferir na qualificação jurídica da causa.

Com isso, todavia, não se tem a pretensão de excluir por inteiro a perspectiva cultural de análise³²². O intento, tão somente, é de buscar mais a aproximação a um ângulo visual de análise que venha da dogmática³²³ processual. E, para tanto, o ponto de apoio definido será a elaboração teórica dos principais autores que se dedicaram à construção conceitual e sistemática da ciência processual e ao estudo e desenvolvimento de figuras e institutos processuais que estão diretamente relacionados à aplicação da máxima *iura novit curia*. Daí, portanto, a referência a um enfoque conceitual de investigação.

Colocado o foco no exame técnico e, sobretudo, conceitual do problema, é inevitável a referência à chamada época do processualismo³²⁴, do processo concebido como ciência

³²¹ Enrico Allorio, *Saggio “polemico” sulla giurisdizione volontaria*, in *Problemi del diritto*, volume II, Milano: Giuffrè, 1957, p. 9 e ss.

³²² O intento obviamente não é esse. Nem poderia sê-lo, na medida em que, como bem afirma Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (*Do formalismo no processo civil*, p. 94), “*mostra-se totalmente inadequado (...) conceber o processo, apesar do seu caráter formal, como mero ordenamento de atividades dotado de cunho exclusivamente técnico*”.

³²³ Consoante Tércio Sampaio Ferraz Junior (*Introdução ao estudo do direito*, p.48), a dogmática diferencia-se da zetética porque, ao contrário desta última, tem como ponto de partida um dado aceitável e não-negável.

³²⁴ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (*Momentos, figuras, preocupaciones y tendencias del procesalismo italiano*, in *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, México: UNAM, 1974, p. 501/502) identifica a existência de quatro escolas ou tendências históricas de processo até o final do século XIX. A “escola judicialista”, com trabalhos a partir do século XI, intimamente vinculada à produção jurídica bolonhesa. A “escola praticista”, que laborou do final do século XV ao começo do século XIX. A “escola procedimentalista”, de raiz e características francesas e com estudos anteriores 1850. A “escola processualista”, que se instalou a partir de 1850. A essa classificação pode contrapor-se outra, amplamente mais difundida (ao menos no Brasil),

autônoma, com dinâmica e conceitos próprios analisados em minúcias, decompostos, sistematizados e reorganizados para a sua devida compreensão³²⁵. O processo como ciência, como ramo autônomo do direito, foi fundado pela processualística alemã da segunda metade do século XIX³²⁶, “*mediante um iter de desligamento das matrizes conceituais e funcionais antes situadas no direito material*”³²⁷. Marco definitivo dessa passagem do período em que se vislumbrava o processo como mero apêndice do direito material – direito judiciário, cuja elaboração teórica teve no mais das vezes como fim o conhecimento com viés pragmático do procedimento a ser seguido em juízo³²⁸, fase praxista da metodologia processual – para a época em que o processo assumiu caráter definitivamente autônomo e independente – como direito processual civil, cuja elaboração teórica passou a ter por fim a “*racional construção do*

que costuma divisar quatro fases metodológicas do processo civil. A “fase sincretista” ou “praxista”, reunindo todos os períodos anteriores à segunda metade do século XIX sob o signo da prática e da empiria (reúnem-se na rubrica do praxismo, portanto, as três primeiras escolas mencionadas por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo). A “fase processualista”, que vai da segunda metade do século XIX ao segundo pós-guerra e assinala o momento de elaboração científica do processo. A “fase instrumentalista”, do segundo pós-guerra à promulgação da Constituição de 1988, que representa o movimento de retorno da ciência processual em direção a uma concepção de processo menos neutra e mais próxima ao direito material e às suas necessidades. A fase do “formalismo-valorativo”, que surge após a Constituição de 1988 e insere o processo civil na elaboração teórica própria do Estado Constitucional (cf. Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, 32/53). Sobre o formalismo-valorativo, ainda, a elaboração seminal de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (*Do formalismo no processo civil*, passim), que identificou e nomeou o momento.

³²⁵ Não é furtiva, aqui, qualquer familiaridade entre esse tipo de pensamento e aquele que se fixou com a instalação do paradigma racionalista no direito moderno. A já conhecida intenção de construção de um sistema coerente para o direito e para o processo, com a ordenação de conceitos essenciais ao trato do fenômeno jurídico, com o discurso técnico e natural, que levou à aplicação da lógica de Ramée ao processo por Althusius ainda no século XVII, é a mesma que informa a chamada escola histórico-dogmática de processo, surgida após 1850. Pode-se enxergar, então, entre a construção de Althusius e as doutrinas do final do século XIX e início do século XX uma linha de continuidade e evolução sem rupturas (cf. Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 28/29). Em que pese ao marcado compromisso ideológico que informou essa forma de pensar, ninguém duvida da importância dessa escola de pensamento, que fundou as bases da ciência processual como disciplina autônoma do direito material e desenvolveu profundamente seus principais institutos.

³²⁶ “*De procesalismo científico, como expresión hoy en día a la vez culminante y dominante en el panorama de nuestra disciplina, no se puede hablar ni siquiera respecto de Alemania, donde nace, con anterioridad a la segunda mitad del siglo XIX. Podrá discutirse si su punto de arranque, como opina la mayoría, está constituido por la publicación en 1868 de la clásica monografía de Bülow sobre las excepciones y los presupuestos procesales; si cabe retroceder hasta 1856-7 con la polémica entre Windscheid y Muther acerca de la acción, e incluso si es posible remontarse hasta el System de Wetzell en 1854; pero esta última barrera resulta infranqueable*” (Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Momentos, figuras, preocupaciones y tendencias del procesalismo italiano*, p. 501/502).

³²⁷ Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 13.

³²⁸ “*(...) ciò che ha impedito per lungo tempo alla letteratura processuale di elevarsi alla trattazione scientifica si è l’aver preso per base dell’esposizione del processo il procedimento, innestando in questo lo studio degli altri aspetti dell’istituto, così che problemi fondamentali apparvero come secondarii, e la visione dell’intima natura della cosa balenò solo di tratto in tratto, con traverso a fuggevoli spiragli, aperti nel suo involucro esteriore dal bisogno sentito, caso per caso, di risolvere qualche grave ed oscura questione. Questo metodo, che è la negazione del primo elemento d’ogni esposizione scientifica, il sistema, non è meno erroneo di quello che intendesse a svolgere le successioni testamentarie sulla trama della formazione dei testamenti*” (Giuseppe Chiovenda, *L’azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, volume 1º, Milano: Giuffrè, 1993, p. 30, nota 2).

arcabouço de conceitos”³²⁹ próprios, fase processualista da metodologia processual – foi a obra de Oskar Bülow de 1868³³⁰. A partir de Bülow e da afirmação da ideia de relação jurídica processual³³¹, passando por Adolf Wach, na Alemanha, para chegar à Itália, de Giuseppe Chiovenda³³² – elo da cultura jurídica alemã com a italiana – e, posteriormente, de Francesco Carnelutti, Piero Calamandrei e Enrico Tullio Liebman, pôde-se perceber o desenvolvimento das mais importantes linhas do direito processual civil enquanto disciplina dogmática. Nesse período, pelas mãos desses e de outros vários autores brilhantes, é lícito dizer que foram literalmente forjados³³³ os principais institutos dessa então jovem ciência, em obras e ensaios que, pelo seu caráter seminal, acabaram tornando-se verdadeiros clássicos da nossa disciplina³³⁴. Esse movimento, da chamada escola histórico-dogmática de processo, foi o que propiciou ao direito processual civil ganhar corpo e caminhar com suas próprias pernas, enfrentando a partir de sua própria elaboração teórico-sistemática recém surgida os problemas

³²⁹ Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 35.

³³⁰ Daniel Mitidiero, *O processualismo e a formação do Código Buzaid*, p. 167. Consoante refere Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (*Momentos, figuras, preocupaciones y tendencias del procesalismo italiano*, p. 503/504), a doutrina de Bülow, em que pese às severas críticas de que foi alvo, apresenta méritos indiscutíveis. Essencialmente em dois pontos: “*el de haberle buscado una explicación publicista a la naturaleza del proceso, merced de la cual las interpretaciones privatistas (es decir, las que lo imaginaron como un contrato o un cuasi-contrato) han quedado definitivamente arrumbadas, y el de haber provocado un movimiento científico de magnitud y brillantez inigualadas, que al irradiar primero a Italia y después a otros países, ha originado la completa renovación de nuestra disciplina en el mundo*”.

³³¹ “*Von Bülow, na verdade, não criou a ideia da relação jurídica processual e sua configuração triplíce: ele apenas a racionalizou e desenvolveu, propondo desdobramentos. Antes dele, já dissera Búlgaro, que iudicium est actum trium personarum, iudicis, actoris, rei; as Ordenações do Reino diziam que ‘tres pessoas são per Direito necessarias em qualquer Juízo, Juiz que julgue, autor que demande e réu que se defenda’ (L. III, XXX, pr); na obra de Benthmann-Hollweg, que o próprio Von Bülow refere na sua, igualmente havia alusão à relação jurídica processual. A inovação racionalizadora teve por mérito principal o destaque dos dois planos do próprio ordenamento jurídico a partir da visão da relação jurídica processual e da relação de direito privado como duas realidades distintas*” (Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, p. 16, nota 4).

³³² Alfredo Buzaid, na introdução à segunda edição brasileira das *Instituições de direito processual civil* de Giuseppe Chiovenda (Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, volume I, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1965, p. VII/VIII, tradução de José Guimarães Menegale), afirma que o célebre processualista italiano (“*que madrugara no estudo do direito processual civil germânico*”) é o responsável pela fundação do direito processual civil enquanto sistema.

³³³ A seguinte passagem das *Instituições* de Chiovenda ilustra a afirmação: “*Todo o processo, uns mais, outros menos, e da mesma forma o nosso processo, com o fim de assegurar precisão e rapidez ao desenvolvimento dos atos judiciais, traça limites ao exercício de determinadas faculdades processuais, com a consequência de que, além de tais limites, não se pode usar delas. Emprestei a essa consequência o nome de ‘preclusão’, extraído de uma expressão das fontes que se empregava, precisamente com o significado que lhe dou, na ‘poena praeclusi’, do direito comum, ressalvando-se que, no direito moderno, naturalmente se prescinde da ideia de pena*” (Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, volume III, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, p. 155/156, tradução de José Guimarães Menegale).

³³⁴ Daniel Mitidiero, *O processualismo e a formação do Código Buzaid*, p. 167/173. Segundo leciona Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (*Momentos, figuras, preocupaciones y tendencias del procesalismo italiano*, p. 504/505), as notas peculiares que imprimem caráter diferenciado ao processualismo científico são: a) a libertação do direito processual frente ao direito material; b) o exame dos conceitos e questões primordiais à disciplina processual (ação, jurisdição, processo etc) com recurso a critérios rigorosos de direito processual; c) a superação do método expositivo, mediante a substituição da exegese pelo sistema; d) o estudo da matéria com técnica diferenciada (teoria do direito processual em lugar de prática forense).

aplicativos que lhe eram próprios. E tudo isso, por óbvio, com ampla repercussão para além das fronteiras desses países, inclusive no Brasil, acentuada e notadamente após a chegada de Enrico Tullio Liebman, discípulo direto de Chiovenda³³⁵.

Nesse breve apanhado intenta-se ilustrar o contexto em que se insere este momento do estudo e justificar o itinerário a ser seguido. “O julgador ou o tribunal ficam vinculados pelo enquadramento jurídico dado pelo autor à narrativa fática realizada? Em que medida está o juiz livre e autorizado a acolher os pedidos formulados pelo autor com base em razões jurídicas não aduzidas em seus arrazoados?” As respostas a essas perguntas, que introduzem a temática dessa segunda parte do estudo, dependem da forma como são compreendidas as relações entre direito material e processo, de como é encarado e trabalhado o conceito de demanda, de quais são o seu conteúdo e os seus elementos identificadores, de onde residem seus limites objetivos, se há possibilidade ou não de alteração, no curso da causa, da demanda inicialmente veiculada, da abrangência que se empresta à regra *ne eat iudex ultra petita partium*, entre outras questões imbricadas. Todos esses problemas receberam atenção e análise notáveis em estudos que se dedicaram ao exame minucioso e à sistematização da matéria envolvida, labor que teve início³³⁶ justamente a partir da fase processualista do direito processual e que, desde então, continuou a desenvolver-se com significativas contribuições. O devido entendimento da problemática que aparece relacionada à interpretação e à aplicação da máxima *iura novit curia* muito depende da compreensão das bases teóricas postas por esses estudos e das conquistas por eles alcançadas.

Identificar, pois, a partir dessas doutrinas, quais são os pontos sensíveis da intervenção do juiz na qualificação jurídica da causa é momento fulcral de nossa pesquisa, porquanto nos dará a exata noção da repercussão, em termos dogmáticos, da aplicação da máxima *iura novit*

³³⁵ Daniel Mitidiero, *O processualismo e a formação do Código Buzaid*, p. 173 e ss. Cândido Rangel Dinamarco, *A formação do moderno processo civil brasileiro (uma homenagem a Enrico Tullio Liebman)*, in *Fundamentos do processo civil moderno*, tomo I, 5ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 33 e ss. A referência não significa, por óbvio, desprezo ou desconhecimento da obra de processualistas brasileiros que trabalhavam já no final do século XIX e na primeira metade do século XX, como Francisco de Paula Baptista, João Monteiro, João Mendes Júnior, sem falar na importante referência ao precioso trabalho de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda dedicado ao processo civil. Não obstante o importante trabalho desses autores, é inegável que a vinda de Liebman foi o passo decisivo para instaurar em definitivo esse clima científico entre nós.

³³⁶ A menção a “início”, aqui, é feita considerando-se a existência de um enfoque sistemático de tratamento desses problemas. Por óbvio, diversos dos temas analisados já haviam merecido especial atenção e significativos desenvolvimentos desde os tempos do direito romano. Contudo, como bem justificado por Augusto Cerino Canova (*La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile*, livro 2º, tomo I, Torino: UTET, 1980, p. 14), sobre essa questão “*lo studio storico sarebbe assai povero e non corretto se si limitasse a inverdire concetti*”. A fim de não alargar para muito além do necessário a presente pesquisa, essas análises, em grande maioria levadas em consideração e feitas de base de apoio pelos estudos realizados pelos juristas, por assim dizer, “modernos”, não serão enfrentadas senão indiretamente por meio do exame das suas doutrinas.

curia, dando condições a que, depois, se possa meditar a respeito dos modos e limites de utilização dessa tradicional regra no direito brasileiro atual.

2. A Demanda como Problema Fundamental à Aplicação da Máxima *Iura Novit Curia*.

A prestação de tutela jurisdicional pelo órgão encarregado da jurisdição tem, como condição de existência, “*la domanda dell’interessato*”³³⁷. Salvo raras exceções, não existe nos sistemas jurídicos ocidentais, mesmo se encarados sob perspectiva histórica, exercício espontâneo dessa função, que tem na inércia uma de suas características essenciais³³⁸. O processo civil brasileiro não escapa dessa lógica. A demanda vem a ser, precisamente, a postulação formulada pela parte³³⁹ ao juiz ou tribunal para que lhe preste tutela jurisdicional³⁴⁰. E a essa regra, que exige demanda da parte para que haja prestação de tutela jurisdicional, convencionou-se chamar de princípio da demanda ou princípio dispositivo em sentido material³⁴¹.

³³⁷ Giuseppe Chiovenda, *Identificazione delle azioni. Sulla regola “ne eat iudex ultra petita partium”*, in *Saggi di diritto processuale civile*, volume 1º, Milano: Giuffrè, 1993, p. 157. Mais adiante (p. 173), o autor anota que “*la domanda della parte è prima d’ogni altra cosa condizione del provvedimento di merito*”.

³³⁸ Sérgio Cruz Arenhart, *Reflexões sobre o princípio da demanda*, in Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.), *Processo e constituição: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 587. Tito Carnacini (*Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, volume 2º, Milano: Giuffrè, 1951, p. 745), tratando das características dos processos de tipo dispositivo e inquisitório, chega mesmo a afirmar que “*quanto riguarda la posizione rispettivamente delle parti e del giudice nei riguardi dell’instaurazione del giudizio e dei limiti di questo giudizio non muta qualunque sia il tipo di processo preso in considerazione*”.

³³⁹ Aqui compreendidos tanto o demandante quanto o demandado. O primeiro, em relação ao pedido de tutela jurisdicional do direito que afirma possuir; o segundo, não quanto ao pedido de tutela jurisdicional, o que só ocorrerá em caso de reconvenção, mas em relação às defesas e exceções que pode vir a opor ao acolhimento do pedido formulado. Como assinala Salvatore Satta, “*la domanda giudiziale non può a rigore essere studiata separatamente dall’eccezione*”; “*in realtà attaverso l’eccezione è la vera domanda che si pone nel giudizio e come oggetto del giudizio*” (*Domanda giudiziale (diritto processuale civile)*, *Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè, 1964, volume XIII, p. 816 e 822). Em que pese a isso, este estudo, por uma questão de limitação, focará o exame na posição do autor.

³⁴⁰ Ovídio Araújo Baptista da Silva, *Curso de processo civil*, volume 1, 7ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 211.

³⁴¹ Distingue-se o princípio da demanda (ou princípio dispositivo em sentido material) do princípio dispositivo (em sentido formal). O primeiro refere-se ao poder exclusivo da parte de pedir tutela jurisdicional e, assim, de instaurar ou não o processo e determinar o seu objeto. O segundo refere-se em geral à iniciativa da parte de determinar o curso interno do processo, de determinar, em especial, a apuração de elementos para a instrução da causa. Sobre a dicotomia princípio dispositivo em sentido material (ou princípio da demanda) e princípio dispositivo em sentido processual ver, na doutrina italiana, Tito Carnacini, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, p. 695 e ss.; Mauro Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità*, tomo I, Milano: Giuffrè, 1962, p. 303 e ss.; Enrico Tullio Liebman, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Problemi del processo civile*, Napoli: Morano, 1962, p. 3 e ss.. Na doutrina brasileira, José Carlos Barbosa Moreira, *O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos*, p. 7 e ss.; Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior, *O princípio dispositivo no pensamento de Mauro Cappelletti*, Revista da AJURIS, nº 46, 1989, p. ; Sérgio Luís Wetzel de Mattos, *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 13 e ss.

Trata-se de noção que usualmente vai justificada, de um lado, pelas ideias de liberdade e disposição da parte na tomada de iniciativa perante a administração judicial para proteção de seus direitos e, de outro, pela noção de salvaguarda dos interesses dos litigantes contra o arbítrio e a parcialidade judicial³⁴².

Mauro Cappelletti, em obra clássica, vincula o princípio da demanda³⁴³ ao caráter privado e disponível da relação jurídica deduzida em juízo: “È vero bensí che il principio dispositivo, in quanto sia inteso (...) nel senso in cui la dottrina sceveratrice tedesca parla di ‘Dispositionsprinzip’, deriva – se non proprio, come io ritengo, quale conseguenza logica e giuridica necessaria, almeno col nesso imposto dalla coerenza pratica e teorica – dal carattere ‘disponibile’ del rapporto civilistico dedotto in giudizio; così come é vero, d’altro lato, che il venir meno della disponibilità del potere di chiedere la tutela giurisdizionale di un dato diritto soggettivo, e quindi il venir meno, rispetto a questo, del principio dispositivo nel processo, è sicuro segno della trasformazione da privata in pubblica (rectius: da rapporto intersoggettivo in status (...)) della relazione giuridica, della quale quel diritto soggettivo costituisce un elemento”³⁴⁴.

Para o autor, o poder monopolístico da parte de dispor da tutela de seu direito material e dar início ao processo, corolário do princípio da demanda, seria consequência natural e inderrogável do caráter privado-disponível do direito posto em causa³⁴⁵. Nada obstante o prestígio do processualista italiano e de sua obra, a observação da realidade – sobretudo do direito brasileiro – mostra ser totalmente inadequada essa sua ideia de existência de um nexo de antecedente e consequente entre a índole da relação jurídica material discutida em juízo e o regime processual que se lhe seja aplicável³⁴⁶. Se fosse verdade que, ao excluir para o órgão judicial a possibilidade de proceder *ex officio* na iniciativa do processo ou na fixação de seus limites objetivos, se estivesse obedecendo a uma espécie de imposição lógica resultante do caráter disponível da relação material debatida, ter-se-ia, então, que admitir que quando estivessem em causa direitos indisponíveis – como é o caso, no âmbito privado, de direitos de

³⁴² Ressaltando esse duplo aspecto do problema, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 197.

³⁴³ E, em geral, o a seu ver mais amplo *Dispositionsprinzip*, de que tratava a doutrina alemã do século XIX (cf. Mauro Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità*, tomo I, p. 373, nota 9).

³⁴⁴ Mauro Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità*, tomo I, p. 316. E continua o autor: “il ‘principio dispositivo’ [em sentido material] indica quel tanto, e solo quel tanto, che sulla sfera giurisdizionale si riflette come conseguenza logicamente e giuridicamente necessaria del carattere privato (e perciò disponibile (...)) dell’oggetto litigioso ossia del rapporto sostanziale dedotto in giudizio” (p. 319).

³⁴⁵ Mauro Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità*, tomo I, p. 371.

³⁴⁶ José Carlos Barbosa Moreira, *O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos*, p. 8.

personalidade; e no âmbito público³⁴⁷, de relações jurídicas tributárias – não haveria necessidade de observância do princípio da demanda. E isso, ao menos entre nós, não acontece, em absoluto. O Código de Processo Civil brasileiro – cujo artigo 2º dispõe que “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer”, em cujo artigo 262 se lê que “o processo civil começa por iniciativa da parte”, e que disciplina, no artigo 460, que “é defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”, para ficar apenas com alguns exemplos – não diferencia entre a natureza privada ou pública, disponível ou indisponível, do direito posto em causa ao afirmar a necessidade de observância, em qualquer caso³⁴⁸, do princípio da demanda. Desse modo, não se pode divisar no caráter disponível do direito deduzido em juízo o fundamento para a livre determinação da vontade do titular do direito substancial em requerer ao órgão jurisdicional a tutela de seu direito³⁴⁹.

Não se podendo confundir liberdade para requerer a outorga de tutela jurisdicional com disponibilidade do direito para o qual se pede proteção, o fundamento de sustentação do princípio da demanda há de ser procurado em outro quadrante. E, para Enrico Tullio Liebman³⁵⁰, esse ponto de apoio, que garante a livre determinação da parte, reside justamente

³⁴⁷ Há de se ressaltar que, à diferença do direito italiano e de vários países da Europa continental, em que o processo civil serve eminentemente à tutela de relações de direito privado, cujo caráter é, no mais das vezes, embora nem sempre, disponível, o processo civil brasileiro ocupa-se de todas as relações jurídicas que não recaem nas esferas penal e trabalhista – recaindo em seus domínios, com isso, diversas relações de direito público e, como tal, com caráter de indisponibilidade. Para isso já advertira Galeno Lacerda (*Comentários ao Código de Processo Civil*, volume 8, tomo I, 8ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 81): “O processo dito ‘civil’ constitui, no Brasil, um estuário para onde afluem, revoltos, não só interesses privados em choque, mas também interesses públicos ou de ordem pública a reclamar tutela. Em nosso sistema, os demais processos judiciais – penal, trabalhista, eleitoral – se configuram como exceções à regra geral da instrumentalidade plena do processo ‘civil’ como veículo de composição jurisdicional de todos os interesses”. Dada essa particularidade, elabora, a seguir, crítica severa (e mesmo demasiada em seu entusiasmo) a respeito da aceitação acrítica, no Brasil, de doutrinas pensadas a luz de realidades jurídicas distintas da nossa: “A verdade é que países que ignoram o controle jurisdicional da administração pública, que desconhecem institutos como o mandado de segurança e o habeas corpus, não estão em condições de orientar-nos em direito processual. Sob este ponto de vista, tem sido nociva para os processualistas brasileiros a extraordinária influência dos mestres italianos. Não nos demos conta, até hoje, de que eles teorizam um processo civil tão-só para o direito privado e que, assim, sob a ótica estreita do princípio dispositivo, não podem entender um sistema que, como o nosso, bem mais próximo do anglo-americano, confere ao Poder Judiciário maior relevo constitucional, com conseqüente e necessária atuação do processo dito ‘civil’ nos domínios do direito público, onde os princípios e os horizontes se dilatam, muito mais vastos e arejados”.

³⁴⁸ Salvo raríssimas exceções, como é o caso do artigo 989, que trata da abertura *ex officio* de inventário nas hipóteses em que nenhum dos legitimados o requerer no prazo legal.

³⁴⁹ José Carlos Barbosa Moreira, *O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos*, p. 8.

³⁵⁰ Que retoma “a visão clássica a respeito do tema” (cf. Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior, “O princípio dispositivo no pensamento de Mauro Cappelletti”, p. 107).

na necessidade de que se preserve a imparcialidade do órgão jurisdicional³⁵¹ – que a seu ver é nota distintiva essencial da jurisdição³⁵²: “*Para explicar como possa depender de um estímulo externo o exercício de uma função pública, que certamente a jurisdição o é, mostra-se necessário responder a duas perguntas distintas: por que não de ofício? e por que mediante provocação da parte? À primeira interrogação, responde-se que o juiz não promove o processo por sua própria iniciativa, porque é essencialmente importante assegurar a sua imparcialidade e neutralidade (...); se ele devesse investigar, nos fatos e eventos da sociedade, aqueles que a seu juízo se apresentam como casos de inobservância da lei (e sem pensar na dificuldade para individualizar tais casos no emaranhado das incontáveis relações que se formam entre os homens), tal busca o levaria a antecipar, ainda que inconscientemente e ao menos em seu foro íntimo, um julgamento que, muito ao contrário, precisa ser o resultado de exame imparcial dos rumos tomados pelo processo. À segunda indagação, replica-se que o reconhecimento, pela ordem jurídica, de determinados direitos subjetivos, quer privados ou públicos, significa entre outras coisas, que a satisfação desses direitos, especialmente a satisfação coativa, depende da vontade dos titulares, isto é, da sua livre determinação eis por que lhe é reconhecido esse exclusivo poder (que, por sua vez, é um direito subjetivo, o direito subjetivo processual por excelência) que é o ‘direito de agir em juízo’*”³⁵³. Dessa forma, justamente para garantir a imparcialidade do órgão jurisdicional, deve-se garantir que seja a parte, e não o juiz, quem inicie o processo e ponha em juízo o seu objeto³⁵⁴, razão pela qual se poderia dizer que reside justamente nesse ponto a razão de ser primordial do princípio da demanda³⁵⁵. Não há restrições à aceitação de semelhante doutrina

³⁵¹ É importante destacar que Liebman, no que tange ao princípio da demanda, não se opõe exatamente à concepção de Cappelletti, que visualiza no caráter privado-disponível do direito posto em causa o seu fundamento (ver Enrico Tullio Liebman, *Fondamento del principio dispositivo*, p. 6, nota 9, p. 15). E para fazer justiça, é necessário dizer que mesmo Cappelletti declara que a necessidade de imparcialidade do julgador está igualmente à base do princípio da demanda (ver Mauro Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità*, tomo I, p. 359 e 375, nota 9).

³⁵² “*Imparzialità è una qualità che deve possedere il giudice per compiere l’atto che da lui si attende, cioè per il giudizio che non può essere retto, né la decisione giusta, s’egli non è – proprio quando giudica e decide - imparziale*” (Enrico Tullio Liebman, *Fondamento del principio dispositivo*, p. 13/14).

³⁵³ Enrico Tullio Liebman, *Manual de direito processual civil*, volume I, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 146/147, tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco.

³⁵⁴ Enrico Tullio Liebman, *Fondamento del principio dispositivo*, p. 12/14. Já Giuseppe Chiovenda (*Identificazione delle azioni. Sulla regola “ne eat iudex ultra petita partium*, p. 176) referia que “*una vera incompatibilità psicologica esiste tra l’ufficio di giudicare e l’ufficio di ricercare gli elementi di difesa delle parti*”.

³⁵⁵ Também opinando pela correlação entre princípio da demanda e imparcialidade, Piero Calamandrei (*Istituzioni di diritto processuale civile*, parte 1ª, 2ª edição, Padova: CEDAM, 1943, p. 102) e Andrea Proto Pisani, *Dell’esercizio dell’azione*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile*, livro 1º, tomo II, Torino: UTET, 1973, p. 1.051/1.052.

no direito brasileiro. No núcleo da ideia de princípio da demanda, portanto, está o poder da parte de dispor livremente da tutela dos direitos que o ordenamento lhe confere.

Se em razão do princípio da demanda a atividade jurisdicional apenas se desenvolve quando provocada (*nemo iudex sine actore; ne procedet iudex ex officio*³⁵⁶), é evidente que a prestação de tutela jurisdicional somente pode ter lugar dentro dos estritos quadrantes da demanda posta pela parte (*ne eat iudex ultra et extra petita partium*)³⁵⁷. Com efeito, o ato inicial da demanda predetermina o provimento esperado, projetando como que um arquétipo da decisão³⁵⁸. Não fosse assim e pudesse o juiz superar os limites da demanda que lhe foi colocada, haveria verdadeira desconsideração do princípio da demanda, com todos os prejuízos que isso acarreta – para ficar apenas com um ponto, o pronunciamento que desborda dos limites da demanda traz evidente surpresa para a parte vencida, violando o contraditório e ignorando a colaboração, merecendo, por isso, a repulsa que normalmente lhe devota o ordenamento positivo³⁵⁹. Ao juiz, porém, além de impor-se o dever de não poder decidir fora ou além do que lhe é solicitado, igualmente se acomete a tarefa de examinar a demanda em toda a sua extensão³⁶⁰ – o que é decorrência também da ideia de atuação forte do princípio do contraditório³⁶¹ e de resposta adequada ao pedido de tutela jurisdicional. O princípio da demanda, assim, não representa apenas uma garantia negativa – que impede o juiz de iniciar o

³⁵⁶ Conforme lição de Jaime Guasp (*Juez y hechos en el proceso civil*, Barcelona: Bosch, 1943, p. 34), as expressões não são equivalentes: “*En la mayor parte de la doctrina se enuncian como sinónimas la máxima recién enunciada del ‘nemo iudex sine actore’ y la de ‘ne procedat iudex ex officio’ y ambas se citan como equivalentes. Sin duda, cabe atribuir a las dos un sentido idéntico, puesto que expresan la limitación para el Juez desarrollar espontáneamente su actividad. Cabe también, no obstante, dar a la segunda de estas fórmulas un alcance más amplio que a la primera, en cuanto que el ‘nemo iudex’ se refiere de modo exclusivo a la iniciación del proceso y el ‘ne procedat iudex’ abarca también – o puede abarcar – todos los actos de impulso que en el procedimiento se desarrollan, es decir, podría configurarse como una prohibición para el Juez de hacer avanzar el juicio, no ya de ponerlo en marcha, por los diversos estadios que ha de recorrer hasta llegar a la decisión final*”. A distinção entre as expressões e a referência à passagem de Guasp é realizada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira até a terceira edição de seu *Do formalismo no processo civil* (veja-se *Do formalismo no processo civil*, 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 170/171, nota 34), tendo sido suprimida na quarta edição da obra.

³⁵⁷ “*La domanda pone i limiti invalicabili del giudizio*” (Salvatore Satta, *Domanda (diritto processuale civile)*, p. 823).

³⁵⁸ Cândido Rangel Dinamarco, *O conceito de mérito em processo civil*, Revista de Processo, nº 34, 1984, p. 21.

³⁵⁹ Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *O conceito de mérito em processo civil*, p. 23.

³⁶⁰ “*La correlazione tra la domanda e la decisione (si direbbe tra la domanda e la risposta) si manifesta nella esigenza che il giudice risponda solo a ciò, ma a tutto ciò che gli è domandato*” (Francesco Carnelutti, *Diritto e processo*, Napoli: Morano, 1958, p. 98/99).

³⁶¹ Como bem assinalam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (*Curso de direito constitucional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 647, em coautoria com Ingo Wolfgang Sarlet), “*o direito de ação, como direito ao processo justo, tem o seu exercício balizado pela observância do direito ao contraditório ao longo de todo o arco procedimental*”, de forma que o contraditório não vai mais entendido apenas como direito à bilateralidade de instâncias, mas como direito que grava também o juiz e lhe impõe o dever de enfrentar por inteiro a demanda posta pela parte.

processo por conta própria e/ou ir além da demanda da parte –, mas também configura um dever positivo – que impõe ao juiz a apreciação da demanda em sua totalidade³⁶².

É por meio da demanda, portanto, que o autor manifesta frente ao órgão jurisdicional e ao demandado a espécie e a medida da tutela jurisdicional que solicita, assinalando ao primeiro os limites de sua atuação, dos quais não pode desbordar e tampouco deixar de, em sua plenitude, atender, e apresentando ao segundo o espectro sobre o qual há de ocupar-se a sua defesa³⁶³. A demanda passa a ser a baliza que define e delimita a controvérsia sobre a qual o juiz pode e deve pronunciar-se³⁶⁴.

Com essa conformação, pode-se dizer que o princípio da demanda, enquanto entendido como livre determinação da vontade do alegado titular do direito substancial em requerer ao órgão jurisdicional a tutela de seu direito e, em consequência, dever de o juiz não poder iniciar o processo por conta própria ou decidir fora ou além do que solicitado pela parte, encontra sustentação teórico-normativa nos direitos de ação e defesa³⁶⁵ e no direito à imparcialidade do juiz. Enquanto entendido como dever de o juiz decidir a demanda em toda a sua extensão, encontra esteio nos direitos ao contraditório³⁶⁶ e de acesso à jurisdição – todos direitos fundamentais assegurados, no ordenamento brasileiro, nos artigos 5º, incisos XXXV, XXXVII, LIII e LIV, da Constituição da República.

Definidas, então, a importância do princípio da demanda e a necessidade de que essa regra seja respeitada, a investigação passa a ter como foco a demanda em si considerada. Com isso, a análise projeta-se na complexa esfera das relações entre direito e processo e todos os problemas que lhe são correlatos, oferecendo à meditação uma série de temas³⁶⁷. Realmente, discuta-se sobre o conteúdo mínimo da petição inicial necessário à determinação da *res in iudicium deducta*, sobre a aplicabilidade e abrangência da regra *bis de eadem re ne sit actio* na

³⁶² Sérgio Cruz Arenhart, *Reflexões sobre o princípio da demanda*, p. 592. Conforme bem identifica o autor, se o aspecto negativo do princípio da demanda pode ser relacionado à disponibilidade da parte sobre o pedido de tutela de seu direito e à garantia de imparcialidade do órgão jurisdicional, o seu aspecto positivo liga-se inexoravelmente à proibição da autotutela privada. Com efeito, desde que proibido ao particular, pelo Estado, que tomou para si o monopólio da jurisdição, a proteção de seus direitos por recursos próprios, não pode haver espaço para que, quando o interessado solicite a atuação jurisdicional para tutela de seus direitos, esse pedido seja desconsiderado ou apenas parcialmente levado em conta. Desde que existente o monopólio estatal da jurisdição, é dever do Estado responder ao pleito da parte em toda a sua extensão, o que resulta no dever de examinar a demanda posta em sua integralidade.

³⁶³ Leonardo Prieto Castro, *El cambio del punto de vista jurídico*, Revista de Derecho Procesal, 1956, p. 254. Giuseppe Chiovenda, *Identificazione delle azioni. Sulla regola “ne eat iudex ultra petita partium”*, p. 158.

³⁶⁴ Ovídio Araújo Baptista da Silva, *Curso de processo civil*, volume 1, p. 211.

³⁶⁵ Nicolò Trocker, *Processo civile e costituzione*, Milano: Giuffrè, 1974, p. 389 e ss., com referência, embora, à *Verhandlungsmaxime* (princípio dispositivo em sentido processual).

³⁶⁶ Nicolò Trocker, *Processo civile e costituzione*, p. 373 e ss., embora igualmente com referência à *Verhandlungsmaxime* (princípio dispositivo em sentido processual).

³⁶⁷ Crisanto Mandrioli, *Riflessioni in tema di “petitum” e di “causa petendi”*, Rivista di Diritto Processuale, nº 3, 1984, p. 465. Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 10.

arguição das *exceptio rei iudicatae* ou *exceptio litis pendentis*, sobre os problemas da cumulação de ações, da conexão entre causas, da vedação à modificação da demanda no curso do processo ou em sede recursal, da correspondência entre libelo e sentença e outros temas afeitos, ter-se-á em vista sempre a mesma questão fundamental: o problema da individualização ou identificação da demanda e de seu conteúdo³⁶⁸. E é aqui que entra em cena a aplicação da máxima *iura novit curia*.

Considerando que a demanda é o ato de vir a juízo pedir tutela jurisdicional³⁶⁹ e se essa tutela jurisdicional apenas pode ser prestada observando-se os limites que ressaem da própria demanda posta, cabe indagar a respeito do fundamento ou base em virtude da qual seja possível outorgar a tutela jurisdicional pleiteada. Como assinala a doutrina, “*es frecuentísimo el caso del juzgador que, llegado el momento de dictar sentencia, concluye que las pretensiones del actor encuentran acogida en el ordenamiento jurídico pero duda si reconocérselas en la sentencia a causa de la deficiente o desenfocada fundamentación jurídica plasmada en el escrito de demanda; o el del letrado de la parte demandada, que, tras haber desplegado una cuidadosa estrategia defensiva dirigida a rebatir las pretensiones de la actora, tal como éstas fueron jurídicamente planteadas, ve desolado como se dicta sentencia estimatoria con base en consideraciones jurídicas que el juez estima ajustadas a los términos fácticos del debate pero que no fueron discutidas durante el proceso*”³⁷⁰. Semelhante dúvida a respeito da extensão e limites da atividade julgadora dos juízes e tribunais no que tange à qualificação jurídica do caso posto à sua análise remete em cheio ao tratamento do problema da demanda e seu conteúdo³⁷¹. Nesse momento, cabe perguntar: a qualificação, fundamento ou ponto de vista jurídico da pretensão esboçada pela parte é um elemento relevante na determinação do conteúdo da demanda? A resposta à pergunta não é de fácil solução. E sobre estar contido ou não na pretensão de tutela formulada pela parte o elemento jurídico da solução encontrada pelo órgão jurisdicional encontram-se vinculados os dois temas – delimitação da demanda e aplicação da máxima *iura novit curia*.

Realmente, como bem anotado por Prieto Castro, “*la posibilidad de que los Tribunales resuelvan dando a los hechos una calificación distinta de aquella sobre lo que las partes*

³⁶⁸ Giuseppe Chiovenda, *Identificazione delle azioni. Sulla regola “ne eat iudex ultra petita partium”*, p. 157/159. Crisanto Mandrioli, *Riflessioni in tema di “petitum” e di “causa petendi”*, p. 466. Para uma crítica sobre a concepção unitária do conteúdo da demanda e sobre o seu caráter de problema central do processo, confira-se Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 107 e ss.

³⁶⁹ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, volume II, 6ª edição, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 106.

³⁷⁰ Guillermo Ormazabal Sánchez, *Iura novit curia*, p. 15.

³⁷¹ Guillermo Ormazabal Sánchez, *Iura novit curia*, p. 17.

hayan discutido en la instancia o instancias, y que, en definitiva, se puede traducir en una aplicación de normas jurídicas diferentes, y, lo que es más grave, en un pronunciamiento también distinto del que cabría esperar si el cambio de punta de vista jurídico no se hubiera realizado, es parte del tema mucho más general acerca de los elementos que integran el objeto del proceso y su manejo: la causa de pedir (causa petendi), fundamento o título, y el pedimento o petitum, discriminando en el primero de esos elementos (es decir, en la causa) el componente fáctico (hechos) y el jurídico (o sea, norma de derecho bajo la que tales hechos deben ser subsumidos)”³⁷². O elemento jurídico da causa, que é diretamente tocado pela aplicação da máxima *iura novit curia*, pode ser componente de constância obrigatória ou não da petição inicial e da contestação das partes, com função sugestiva ou vinculante ao órgão judicial, a depender do modo como se entenda deva conformar-se a demanda e de qual seja o seu conteúdo.

Certo é que ao autor cumpre determinar o conteúdo da demanda. A questão é precisar qual é esse conteúdo e qual é a posição do juiz de frente à demanda posta pelo autor. Pergunta-se, então, justamente o que deva alegar o autor e até que ponto estenda-se o dever e as possibilidades de exame do juiz a partir de tais alegações³⁷³. E ao se emprestar respeito a essa ideia, que ressaí diretamente do princípio da demanda, há que se concluir que o juiz não é livre no manejo da questão de direito enquanto sua liberdade possa extrapolar a demanda que lhe é colocada e atentar contra dito princípio, que funciona como elemento de limitação imposto pelas partes à atuação da jurisdição³⁷⁴. A possibilidade ou não de modificação da qualificação jurídica dos fatos colocados a exame na controvérsia e a amplitude possível dessa variação depende, pois, do que se entenda por conteúdo da demanda e do papel desempenhado pela questão de direito em seu âmbito, de modo a distinguir o que possa ser uma possível modificação da demanda pela alteração de sua qualificação jurídica³⁷⁵.

Surge, então, a necessidade de corretamente identificar quais são os elementos que atuam na modelagem da demanda posta a julgamento, da *res in iudicium deducta*, de modo a poder bem compreender o seu conteúdo objetivo e seus respectivos limites – o que oportunizará visualizar os potenciais limites de aplicação da máxima *iura novit curia*. Trata-se de tarefa que não prescinde de exame realizado a partir de dupla perspectiva – normativa e

³⁷² Leonardo Prieto Castro, *El cambio del punto de vista jurídico*, p. 253/254.

³⁷³ Cf. Ernesto Heinitz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova: CEDAM, 1937, p. 144/145.

³⁷⁴ Leonardo Prieto Castro, *El cambio del punto de vista jurídico*, p. 255.

³⁷⁵ Com Giancarlo Gianozzi (*La modificazione della domanda*, Milano: Giuffrè, 1958, p. 6), “*resta da stabilire (...) la portata del termine ‘modificazione’*”.

conceitual³⁷⁶ –, aqui separada para fins didáticos e de exposição, mas reciprocamente implicada.

Como é nosso intento examinar essas questões com foco no direito brasileiro atual, pela notória ascensão da escola histórico-dogmática europeia de processo sobre boa parte dos doutrinadores nacionais e sobre a própria disciplina normativa estabelecida pelo Código de Processo Civil brasileiro de 1973³⁷⁷, percorreremos antes o itinerário conceitual a respeito do tema, de forma a conseguir identificar quais foram as grandes linhas teóricas erigidas em torno do problema da individualização da demanda e de seu conteúdo e compreender de que maneira os debates havido na doutrina processual continental influenciaram o modo como é compreendida a questão no direito brasileiro.

3. O Conteúdo da Demanda e sua Individualização em Tripla Perspectiva.

Ao surgir um processo, cuida-se logo de saber qual é o seu âmbito de abrangência, qual controvérsia espelha³⁷⁸, sendo esse um problema do direito processual com notável valor especulativo e amplas implicações dogmáticas³⁷⁹, de recorrência quase sintomática em qualquer ordenamento jurídico. Todo e qualquer processo tem um objeto em torno do qual se desenvolve o litígio, aquilo sobre o que se projeta a atividade das partes e do juiz. Trata-se da

³⁷⁶ Como assinala Augusto Cerino Canova (*La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 10), tratando embora do direito italiano, mas em lição perfeitamente aplicável ao direito brasileiro (a esse respeito, veja-se, por exemplo, a similitude entre o disposto no art. 163, nº 3, do *Codice di Procedura Civile* italiano, e o disposto no art. 282, III, do Código de Processo Civil brasileiro), as normas que cuidam da demanda e de seu conteúdo contêm indicações por demais genéricas, que a elaboração sistemática deve encarregar-se de completar a partir da teoria da identificação da demanda. Daí, em particular, a especial e inevitável recíproca implicação entre as perspectivas normativa e conceitual no tratamento do tema: “*l’insoddisfazione dei risultati applicativi, o almeno di certi risultati, deve fatalmente indurre a rimeditare tutte quelle premesse concettuali che imprimono significato alle disposizioni positive*”.

³⁷⁷ Conforme, por todos, Daniel Mitidiero, *O processualismo e a formação do Código Buzaid*, *passim* (em especial, p. 177/182). Se alguém pudesse ter alguma dúvida da influência sobre Alfredo Buzaid, a quem se confiou o anteprojeto do Código de Processo Civil aprovado em 1973, para aplacá-la bastaria ler o anteprojeto apresentado pelo professor paulista em 1964 ao Ministro da Justiça e Negócios Interiores. Nele, Buzaid, após citar em epígrafe um excerto de obra de Chiovenda, expõe claramente o seu alinhamento à escola histórico-dogmática de processo (“*o processo civil é um instrumento jurídico eminentemente técnico, preordenado a assegurar a observância da lei*”), o que aumenta a necessidade de bem compreender as doutrinas que lhe formaram para analisar criticamente as nuances de nosso diploma legislativo (Exposição de Motivos e Anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973 disponíveis para consulta em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/177246/1/anteprojeto%20de%20codigo%20de%20processo%20civil.pdf>, acesso em 12.01.2013).

³⁷⁸ Alfredo Buzaid, *Da lide: estudo sobre o objeto litigioso*, in *Estudos e pareceres de direito processual civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 73.

³⁷⁹ Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 45.

res de qua agitur, que nos processos regidos pelo princípio da demanda é representada pela *res in iudicium deducta*³⁸⁰.

A essência e o alcance da demanda, como já assinalado, acabam colocando-se como questões de decisiva relevância para análise de toda uma série de fenômenos processuais³⁸¹, que não podem ser bem compreendidos senão pela identificação de qual é o seu conteúdo³⁸². Não se trata, assim, de simples questão teórica ou de estéril especulação doutrinária, senão de tema de grande preocupação justamente pela repercussão imediata que tem no cotidiano daqueles envolvidos com as lides forenses³⁸³. Um olhar além revela que, em realidade, a temática insere-se no tratamento das próprias relações entre direito material e processo³⁸⁴, da coordenação entre a demanda e a situação substancial preexistente, do próprio ingresso do direito subjetivo (material) no processo³⁸⁵. Trata-se, portanto, de questão de cujo exame necessariamente não se pode prescindir.

O tratamento sistemático do problema da individualização da demanda pode dar lugar à decomposição de sua análise em um aspecto substancial e em outro formal. Sob o primeiro perfil, trata-se da individualização ou identificação de seu conteúdo; sob o segundo, consideram-se os elementos e os enunciados que a demanda, o ato em que se concretiza, deve conter tendo em vista a sua identificação. Nada obstante a consideração em separado de que por vezes se vale a doutrina, não é difícil perceber que esse duplo viés de enfrentamento, em realidade, diz respeito ao mesmo e único problema, em seu único aspecto: a individualização do conteúdo da demanda. A diferença é que, enquanto a enunciação formal coloca-se apenas em função da identificação dos elementos constitutivos de seu conteúdo, a enunciação substancial ataca diretamente o ponto fulcral da questão³⁸⁶. O problema, portanto, segue sempre sendo a identificação e a delimitação do conteúdo da demanda, aquele núcleo substancial que, em uma demanda específica, lhe dá individualidade própria e a distingue das demais³⁸⁷.

³⁸⁰ Andrés de la Oliva Santos, *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Navarra: Thomson-Civitas, 2005, p. 24.

³⁸¹ Friedrich Lent, *Contributo alla dottrina dell'oggetto del processo*, in JUS – Rivista di Scienze Giuridiche, n° 4, 1953, p. 441. Karl Heinz Schwab, *El objeto litigioso en el proceso civil*, Bueno Aires: EJEJA, 1968, p. 1, tradução de Tomas A. Banzhaf.

³⁸² Karl Heinz Schwab, *El objeto litigioso en el proceso civil*, p. 4.

³⁸³ Alfredo Buzaid, *Da lide: estudo sobre o objeto litigioso*, p. 73. Karl Heinz Schwab, *El objeto litigioso en el proceso civil*, p. 4. Andrea Proto Pisani, *Dell'esercizio dell'azione*, p. 1.056.

³⁸⁴ Riccardo Villata, *L'Esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano: Giuffrè, 1971, p. 412. José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e processo*, 6ª edição, 2011, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 15.

³⁸⁵ Elio Fazzalari, *Note in tema di diritto e processo*, Milano: Giuffrè, 1957, p. 115/117

³⁸⁶ Cf. Salvatore Satta, *Domanda (diritto processuale civile)*, p. 823/824.

³⁸⁷ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, volume I, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 298.

Acontece que a solução desse problema passa necessariamente pelo estabelecimento de critérios de análise, com o que, de alguma forma, a perspectiva formal volta à tona. Justamente sobre quais são esses critérios, no que consistem e de que maneira são identificados recai normalmente a discussão dos estudiosos.

Há séculos a doutrina processual tem recorrido a diversas construções dogmáticas na esforçada tentativa de identificar critérios nucleares capazes de fornecer soluções coerentes dos pontos de vista conceitual e aplicativo para as diversas questões com que se debatem teoria e prática ao lidar com o problema da conformação da demanda e da individualização da *res in iudicium deducta*³⁸⁸. A tentativa, no mais das vezes, é de criar um centro conceitual de que partam e a que possam ser reconduzidas as soluções dos problemas imbricados. Busca-se, com isso, evitar uma elaboração casuística que, ao resolver topicamente alguns problemas, acaba criando outros tantos de ordem sistemática³⁸⁹. Não se trata, bem entendido, de uma preocupação simplesmente conceitual. As respostas dadas pela dogmática destinam-se a resolver importantes problemas aplicativos. E é justamente em razão desse duplo alvo que se coloca o desafio do tema e onde residem as suas maiores dificuldades de tratamento³⁹⁰.

Afirmava Savigny³⁹¹, próximo à metade do século XIX, que a demanda é identificada pela questão deduzida em juízo. Dela não se apartando, o juiz não extrapola os seus limites de atuação. Havendo identidade de questão deduzida em juízo (*eadem quaestio*), idênticas seriam as demandas do ponto de vista objetivo – entendendo-se, por identidade de questão, a identidade de relação jurídica. Desse modo, por exemplo, a improcedência do pedido em demanda fundada em dolo não obstaría a propositura de ação aquiliana fundada em culpa, que seria relação jurídica diversa. Windscheid adotou o mesmo entendimento, identificando a

³⁸⁸ José Rogério Cruz e Tucci, *A denominada “situação substancial” como objeto do processo na obra de Fazalari*, Revista de Processo, nº 68, 1992, p. 271.

³⁸⁹ Como leciona Giuseppe Chiovenda (*Identificazione delle azioni. Sulla regola “ne eat iudex ultra petita pertium*, p. 159/160), “*la domanda giudiziale è una quantità costante nel processo, e l’analisi dei suoi elementi non può farsi di fronte ad una o ad altra questione, ma di fronte al complesso delle questioni cui essa dà luogo*”, de modo que “*i fenomeni in genere del processo relativi alla domanda devono armonizzare tra loro, ogni qual volta si faccia questione d’identità dell’azione, in quanto una norma speciale del diritto positivo non rompa quest’armonia logica per ragioni d’opportunità*”. Aderimos ao pensamento do *Maestro*. Também não nos parece possível teorizar a demanda e seu conteúdo de modo relativo, variável e vacilante, a depender do fenômeno processual em exame – a despeito de ser essa a opinião de autorizada parcela dos autores que se ocuparam do tema (por todos, a título exemplificativo, Karl Heinz Schwab, *El objeto litigioso en el proceso civil*, p. 101/252) – pela inconsistência teórica dessa forma de dar tratamento ao problema. Se a noção de objeto do processo varia em razão dos problemas que deve resolver, não pode servir o conceito de critério de resolução (cf. anota José Ignacio Botelho de Mesquita, *A “causa petendi” nas ações reivindicatórias*, Revista da AJURIS, nº 20, 1980, p. 168). Em que pese a isso, do ponto de vista aplicativo, uma construção de tal modo particularizada pode por vezes ser de evidente conveniência e interesse.

³⁹⁰ Alfredo Buzaid, *Da lide: estudo sobre o objeto litigioso*, p. 74.

³⁹¹ Sobre as ideias de Savigny (e da doutrina alemã do século XIX, em geral) em torno do conceito de ação, Riccardo Orestano, *Azione (azione in generale, a) storia del problema*, *Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè, 1959, volume IV, p. 785 e ss.

demanda pelo conteúdo da relação jurídica litigiosa deduzida em juízo³⁹². Na esteira desse pensamento, porém, afirmou que a objeção de coisa julgada não poderia ser afastada mesmo que modificado o prisma jurídico da razão deduzida na lide anterior. Declarando-se infundada uma razão, resolvida estaria a questão *in genere* e não apenas sobre esse ou aquele ponto de vista jurídico³⁹³. Trata-se de doutrinas que identificavam na relação jurídica deduzida em juízo o conteúdo da demanda proposta pela parte³⁹⁴.

O pensamento que informou a elaboração legislativa francesa do início do século XIX – e que, em consequência, influenciou diretamente boa parte do direito positivo continental europeu a partir de então, como é o caso do direito italiano – pretendeu trabalhar a questão de maneira diferente. Segundo se apregou, a identificação da demanda deveria ser feita a partir da análise do objeto pretendido e da causa que fundamentava o pedido formulado. Havendo em um e outro processo identidade entre esses dois elementos, bem assim entre as partes envolvidas na controvérsia, haveria igualdade de demandas³⁹⁵. Essa elaboração escorou-se na doutrina clássica da tríplice identidade (*tria eadem*) e enxergou no exame conjunto dos elementos partes, causa de pedir e pedido o critério para identificação da demanda³⁹⁶.

Com José Rogério Cruz e Tucci, pode-se dizer que era esse, em linhas gerais, até o penúltimo quartel do século XIX, o panorama geral dos debates sobre a demanda e seu conteúdo, que eram pautados por essas duas correntes³⁹⁷. A primeira, com o prestígio evidente da adesão de Savigny, recolhera alguns adeptos. A segunda, expressamente consagrada nas legislações francesa e italiana, recebera o natural aval de boa parte dos estudiosos. O estudo

³⁹² O autor já fazia referência também à importância ou não do título aquisitivo para a maior ou menor extensão da coisa julgada, mais ou menos nos termos em que a questão viria tratada pela teoria da individualização (Bernhard Windscheid, *Diritto delle pandette*, volume 1º, parte 1ª, Torino: UTET, 1902, p. 509, tradução de Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa, p. 510).

³⁹³ Bernhard Windscheid, *Diritto delle pandette*, volume 1º, parte 1ª, p. 509, referido igualmente por José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 84/85.

³⁹⁴ Cf. José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 81/85, com referência a Friedrich Carl von Savigny (*System des heutigen römischen Rechts*, volume 6, Berlin: Veit und Comp, 1840) e a Bernhard Windscheid (*Lehrbuch des Pandektenrechts*, volume 1, Frankfurt am Main: Rütten & Loening, 1906).

³⁹⁵ Essa corrente de pensamento ainda influenciou diretamente a redação do código de processo civil italiano de 1865, que praticamente repetiu a redação do dispositivo de lei francês. *Code Civil* francês, art. 1.351: “*L’autorité de la chose jugée n’a lieu qu’à l’égard de ce qui fait l’objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité*”. *Codice Civile* italiano, art. 1.351: “*L’autorità della cosa giudicata non ha luogo, se non relativamente a ciò che ha formato il soggetto della sentenza. È necessario che la cosa domandata sia la stessa; che la domanda sia fondata sulla medesima causa; che la domanda sia tra le medesime parti, e proposta da esse e contro di esse nelle medesime qualità*” (cf. José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 89).

³⁹⁶ Cf. José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 86/90, com referência a Robert Pothier (*Tratado das obrigações*, tomo 2, Lisboa: Antonio J. da Rocha, 1849, p. 323, tradução de José Homem Correa Telles).

³⁹⁷ José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 90.

científico e sistemático do direito processual, inaugurado depois de 1850, conforme já mencionado, propiciaria, alguns anos mais tarde, que a discussão pudesse ser trabalhada de modo mais profundo e sistemático. Três linhas de abordagem podem ser identificadas no tratamento desse tema.

Na Alemanha, os debates sobre a determinação do conteúdo da demanda, da *res in iudicium deducta*, deram-se em torno do conceito de “objeto litigioso”³⁹⁸ (*Streitgegenstand*)³⁹⁹, que foi feito tema central do processo civil alemão⁴⁰⁰ com a entrada em vigor, em 1879, da *Zivilprozessordnung* (ZPO) de 1877. O fervor das discussões que inspiraram a ciência jurídica desde então teve notável repercussão para além das fronteiras daquele país, desembarcando na Itália e, em consequência, no Brasil. O interesse pelo estudo do objeto litigioso, como afirma Buzaid, “*se existia sob o regime do Código de Processo Civil de 1939, cujos arts. 820 e 846 distinguem os recursos de apelação e de agravo de petição consoante a sentença fosse de mérito ou simplesmente terminativa, já agora cresce de vulto em face (...) do Código de Processo Civil vigente*”⁴⁰¹. Imprescindível, portanto, que se examine a investigação acerca da demanda e seu conteúdo desde o prisma do objeto litigioso para boa compreensão de nosso tema e para a “*tentativa de construir o pensamento do Código de Processo Civil vigente*”⁴⁰².

Diversamente do que sucedeu com os estudiosos do direito alemão, que procuraram determinar o conteúdo da demanda partindo da noção de objeto litigioso, a maioria dos autores italianos, para tratar da mesma questão, serviram-se da ideia de “ação”⁴⁰³. Conforme bem destaca Satta, “*il problema dell’azione e della domanda non sono (...) due problemi, ma uno solo, perché l’una non é, nella sua essenza, distinguibile dall’altra*”⁴⁰⁴. E consoante ensina Chiovenda, a ação, em seu momento dinâmico, exerce-se com a demanda, de modo que se pode dizer que a identificação da ação significa, em última análise, identificação da

³⁹⁸ Não se desconhece a diferenciação que é feita entre “objeto do processo” e “objeto litigioso do processo”, o primeiro querendo significar todas as questões que são colocadas ao conhecimento do órgão jurisdicional, o segundo referindo-se apenas ao mérito da causa, sem dúvida de algum interesse prático em determinadas situações (sobre o tema, por todos, ver o ensaio de Sydney Sanches, *Objeto do processo e objeto litigioso do processo*, Revista da AJURIS, nº 16, 1979, p. 133 e ss.). Usaremos, entretanto, de forma indistinta as expressões “objeto do processo” e “objeto litigioso” para indicar o conteúdo da demanda (mérito da causa), salvo alguma situação em que a rigorosa distinção entre um e outro âmbito de questões mostre-se necessária.

³⁹⁹ Giuseppe Tarzia, *Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno all’oggetto del processo*, *JUS – Rivista di Scienze Giuridiche*, nº 2, 1956, p. 267. Giancarlo Gianozzi, *La modificazione della domanda*, p. 7/8.

⁴⁰⁰ Karl Heinz Schwab, *El objeto litigioso en el proceso civil*, p. 1. José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 100.

⁴⁰¹ Alfredo Buzaid, *Da lide: estudo sobre o objeto litigioso*, p. 74.

⁴⁰² Alfredo Buzaid, *Da lide: estudo sobre o objeto litigioso*, p. 75.

⁴⁰³ Alfredo Buzaid, *Da lide: estudo sobre o objeto litigioso*, p. 111.

⁴⁰⁴ Salvatore Satta, *Domanda (diritto processuale civile)*, p. 818.

demanda⁴⁰⁵. Sendo assim, considerando-se que para essa doutrina os critérios para resolver o problema da identificação da demanda são extraídos da essência da ação, é justamente por essa última perspectiva que significativa parcela da processualística dedicou-se ao tema da determinação da *res in iudicium deducta* e conferiu-lhe significativa consistência técnica⁴⁰⁶. Pela notória e inegável influência do pensamento de Chiovenda, que muito se dedicou à questão, sobre a doutrina brasileira e por ser essa teoria a que informou o legislador de 1973 sobre a escolha dos critérios de identificação da demanda e de seu conteúdo, é obviamente necessário o seu exame mais de perto.

A mesma temática foi, ainda, na Itália, examinada e reelaborada a partir de outro critério sistemático, bastante particular, mas de grande repercussão entre nós: a ideia de “lide”. Já o Código de Processo Civil de 1939, embora recorresse mais à expressão “mérito”⁴⁰⁷ para designar o conteúdo da demanda, em seu artigo 287, tratando da coisa julgada, assim dispunha: “*A sentença que decidir total ou parcialmente a lide terá força de lei nos limites das questões decididas*”⁴⁰⁸. No dizer de Liebman, esse dispositivo “*é reprodução (embora mutilada) do art. 290 do projeto da Comissão de reforma do Código de Processo Civil italiano, presidida por Mortara, projeto que, por sua vez, o recebeu do anteprojeto redigido por Carnelutti*”⁴⁰⁹. E não por acaso foi Francesco Carnelutti, autor da redação do dispositivo, o grande responsável pelo desenvolvimento do tema, na medida em que atribuiu ao conceito de lide importância teórica e sistemática fundamental dentro de sua obra⁴¹⁰. O Código de Processo Civil de 1973 fez uso ainda mais ampliado da expressão para tratar da *res in iudicium deducta*⁴¹¹. Essa indicativa tomada de posição do legislador brasileiro diante desse

⁴⁰⁵ Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, volume I, p. 353.

⁴⁰⁶ Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 31.

⁴⁰⁷ Vide artigos 282 (“*na sentença em que resolver questão prejudicial, o juiz decidirá igualmente o mérito da causa, salvo se esta decisão fôr incompatível com a proferida na questão prejudicial*”) e 468 (“*salvo os casos expressos de agravo de instrumento, admitir-se-á agravo de petição, que se processará nos próprios autos, das decisões que impliquem a terminação do processo principal, sem lhe resolverem o mérito.*”), por exemplo.

⁴⁰⁸ A propósito do referido dispositivo e dos seus defeitos de concepção, confira-se Ovídio Araújo Baptista da Silva, *Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro*, in *Sentença e coisa julgada*, 4ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 105 e ss.

⁴⁰⁹ Enrico Tullio Liebman, *O despacho saneador e o julgamento do mérito*, in *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 113.

⁴¹⁰ Enrico Tullio Liebman, *O despacho saneador e o julgamento do mérito*, p. 113.

⁴¹¹ Essa afirmação é comprovada, por exemplo, pela leitura do disposto nos artigos 128 (“*o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte*”), 468 (“*a sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas*”) e 471 (“*nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide*”)

importante problema⁴¹² explica o interesse natural do estudioso de nosso direito pela análise do tema do conteúdo da demanda desde o prisma da lide.

Esses três pontos de vista – objeto do processo, ação e lide – são todos ângulos de visão destinados a encarar o mesmo problema⁴¹³, o conteúdo da demanda, e revelaram-se verdadeiros polos metodológicos em torno dos quais diversos autores fizeram girar seus estudos, com ampla repercussão no direito nacional. Daí a importância de proceder-se ao exame da questão da determinação do conteúdo da demanda desde essa tripla perspectiva.

3.1. O conteúdo da demanda na perspectiva da teoria do objeto litigioso.

Por objeto litigioso designa-se o conteúdo do processo, posto diante do juiz através da demanda⁴¹⁴. O objeto litigioso é, sem dúvida, um dos temas centrais do processo civil, de importância diretamente proporcional à complexidade de seu tratamento⁴¹⁵. Para se ter ideia da dimensão do problema e de suas repercussões práticas diretas, elucidativo é o exemplo trazido por Habscheid⁴¹⁶: “*Supponiamo che la domanda proposta da tale Dumoulin, il quale reclama la somma di 1000 DM quale corrispettivo di una vendita, dunque fondandosi su un contratto di compra-vendita, sia stata rigettata. Dumoulin potrebbe in un secondo giudizio chiedere la stessa somma sostenendo che c'è stato un arricchimento senza causa del convenuto o, successivamente in un terzo, dopo che la nuova domanda è stata rigettata, sostenere di chiedere i 1000 DM a titolo di responsabilità extra-contrattuale del debitore?*”. A resposta para essa pergunta será em um ou em outro sentido conforme for percebido, de uma ou outra forma, o objeto do processo. Passa, portanto, pela definição da essência desse conceito a solução dessa espécie de questão.

É notoriamente à doutrina alemã que se deve a maior elaboração do conceito em exame, na medida em que esse constitui entre os autores alemães verdadeiro polo metodológico, a partir do qual é pensada e proposta a disciplina de diversos institutos

⁴¹² Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, volume I, p. 296. Alfredo Buzaid, *Da lide: estudo sobre o objeto litigioso*, p. 74. Na própria Exposição de Motivos do anteprojeto apresentado por Buzaid (item 14) lê-se que “o Anteprojeto (...) usa a palavra lide para designar o mérito da causa”.

⁴¹³ Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 119/120, nota 2. Da mesma forma, referindo embora apenas às noções de objeto do processo e de ação, Alexandre Mariotti, *Teoria do objeto do processo*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, volume 10, 1994, p. 130.

⁴¹⁴ Cândido Rangel Dinamarco, *O conceito de mérito em processo civil*, p. 24.

⁴¹⁵ Riccardo Villata, *L'Esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, p. 409.

⁴¹⁶ Walter Habscheid, *L'Oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco*, Rivista di Diritto Processuale, nº 35, 1980, p. 455.

processuais⁴¹⁷. Da doutrina alemã, portanto, é que se deve partir para adquirir suficiente compreensão do problema⁴¹⁸.

Como há pouco referido, a origem do debate a respeito do que é o objeto litigioso (*Streitgegenstand*) remonta à entrada em vigor, em 1879, da *Zivilprozessordnung* (ZPO) de 1877, que deu impulso a viva polêmica em torno do conteúdo mínimo da demanda⁴¹⁹. O legislador alemão da época, tentando, mesmo que instintivamente, encontrar uma noção central para ancorar o processo civil, não conseguiu firmá-la de modo a estabelecer alguma definição conceitual precisa. A ausência de uma denominação comum é o que explica a utilização pela legislação alemã de diversos termos como sinônimos: *Anspruch*, *Streitgegenstand*, *Streitverhältnis*, *streitiges Rechtsverhältnis*⁴²⁰, *Streisache*, *geltend gemacht*, *Gegenstand des Verfahrens*⁴²¹. As especulações em torno dos conceitos de *Grund* (fundamento) e de *Anspruch* (pretensão) é que deram origem às discussões⁴²². Em especial em razão do disposto no §230 (atual §253, al. 2, nº 2), que assim regulava: “A petição inicial deve conter (...) a precisa indicação do objeto e do fundamento [Grund] da pretensão [Anspruch] deduzida, além de um pedido determinado”⁴²³.

3.1.1. Individualização e substanciação na delimitação do conteúdo da demanda.

Diante da redação do dispositivo recém-outorgado e das dúvidas que a partir dele surgiram, de início houve duas soluções contrapostas⁴²⁴. De um lado, houve os que

⁴¹⁷ Em razão, notadamente, da manifestada tendência dos estudiosos daquele país de abandonar o conceito de ação para definir os termos da controvérsia (cf. Giuseppe Tarzia, *Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno all'oggetto del processo*, p. 266). Igualmente relevando o destaque do tema na doutrina alemã, Cândido Rangel Dinamarco (*O conceito de mérito em processo civil*, p. 39) e Elício de Cresci Sobrinho (*Objeto litigioso no processo civil*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 9 e ss.).

⁴¹⁸ Riccardo Villata, *L'Esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, p. 409 e 414/415.

⁴¹⁹ Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 46. José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 93.

⁴²⁰ Walter Habscheid, *L'Oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco*, p. 456. José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 96. No mais das vezes, o que se vê é que ao referir-se ao objeto do litígio, a ZPO não fala de objeto litigioso, mas de pretensão (cf. Karl Heinz Schwab, *El objeto litigioso en el proceso civil*, p. 4/5.)

⁴²¹ Elício de Cresci Sobrinho, *Objeto litigioso no processo civil*, p. 10.

⁴²² José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 95. Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 46.

⁴²³ Cf. José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 93/94, que indica a redação original em língua alemã: “die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs, sowie einen bestimmten Antrag” (nota 41).

⁴²⁴ As soluções, em verdade, alinham-se àquele já antigo pensamento que vislumbrou a possibilidade de diferenciar entre uma *causa petendi proxima* (especificação da relação jurídica) e outra *remota* (descrição dos fatos constitutivos), cf. José Rogério Cruz e Tucci, p. 63/64.

defendessem que a demanda deveria especificar o direito para o qual se requeria tutela⁴²⁵. De outro, houve quem opinasse que a demanda deveria indicar todos os fatos relevantes para um julgamento de procedência. Logo, na ação fundada em domínio, os adeptos da teoria da individualização diriam bastar a indicação do domínio como fundamento da demanda, ostentando-se irrelevante a causa aquisitiva (compra e venda ou testamento, por exemplo). Os adeptos da teoria da substanciação, porém, diriam que a passagem de um a outro título de aquisição importaria necessariamente modificação da demanda⁴²⁶. A essas duas posições deram-se os nomes, respectivamente, de “teoria da individualização” e “teoria da substanciação”, fazendo surgir uma polêmica que posteriormente foi exportada para além dos domínios do direito alemão, adquirindo ampla notoriedade – em muito superior, em verdade, à merecida⁴²⁷.

Richard Schmidt, que em obra de 1888 traçou amplo quadro histórico sobre a teoria da individualização, afirma que os apoiadores dessa teoria partem da noção de que a demanda judicial deve fixar todo o material da causa, seguindo uma concepção que até então inspirara a tradição do processo civil alemão. Com efeito, desde o direito antigo dos povos germânicos, toda a estrutura dessa linhagem de processo era pensada a partir de um rígido sistema de preclusões⁴²⁸. Exemplo disso é a introdução, com grande força, do princípio da eventualidade no processo comum alemão⁴²⁹, obrigando os litigantes a deduzir, na primeira audiência, as afirmações objeto de prova para depois, na segunda audiência, admitir os meios de prova. Essa e outras premissas mais gerais que se conectavam com a ideia de substanciação, afirma Schmidt, foram abandonadas tanto pela ZPO alemã então recém-vigente quanto por outros códigos modernos. Em particular, assevera o autor que se havia abandonado por completo a concepção que pensava o processo como um juízo sobre fatos – exemplificando, a partir do §230 da ZPO, que a própria legislação recém-saída colocava acento sobre o conceito de

⁴²⁵ Othmar Jauernig (*Zivilprozessrecht*, 21ª edição, München: Beck, 1985, p. 129 e ss.) entende que a teoria da individualização, ao exigir a caracterização técnico-jurídica da relação jurídica objeto da demanda, desatende à máxima *iura novit curia* (o acesso ao texto do autor alemão apenas foi possível por meio da tradução inédita de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que nos foi gentilmente cedida para consulta).

⁴²⁶ Araken de Assis, *Cumulação de ações*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª edição, 2002, p. 135 e ss.

⁴²⁷ “*Purtroppo il fascino del dogmatismo esercita suggestioni difficilmente controllabili e finisce per confondere la prospettiva dei problemi. È quanto avviene nel nostro argomento, dove spesso le meditazioni concettuali rischiano di promuovere questi passaggi: dall’esigenza di intendere determinati istituti sorge la teoria dell’identificazione, tra gli elementi identificatori assume prevalente interesse la c. petendi, lo studio di questa conduce ad attribuire valore assoluto al contrasto tra ‘individuazione e sostanziazione’. Tale metodo non è (...) ma piuttosto un fraintendimento*” (Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 24).

⁴²⁸ A esse respeito, na doutrina italiana, Giuseppe Chiovenda, *Romanesimo e germanesimo nel processo civile*, in *Saggi di diritto processuale civile*, volume 1º, Milano: Giuffrè, 1993, p. 181 e ss.; na doutrina brasileira, Heitor Vitor Mendonça Sica, *Preclusão processual civil*, 2ª edição, São Paulo: Atlas, 2008, p. 15 e ss.

⁴²⁹ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 52/53.

pretensão, uma entidade jurídica. O processo, isso sim, caminharia em direção à verificação de existência ou inexistência do direito e teria, em verdade, esse próprio direito como seu objeto. Tratar-se-ia, portanto, para entender a extensão e o conteúdo da demanda, apenas de determinar o direito substancial que se faz valer em juízo. Mesmo a teoria da substanciação, que se debate para indicar um critério preciso a presidir a seleção dos fatos que determinam a demanda, teria sempre o seu centro de gravidade no direito, e não no fato. Bastaria ver, para isso confirmar, que a própria indicação dos fatos da causa se articula tão somente em função da determinação do direito discutido no processo⁴³⁰. Não há dúvidas, assim, para o autor, de que a teoria da individualização deveria prevalecer.

Qual é, contudo, o campo de abrangência dessa discussão? É o mesmo Schmidt a dizer que não há, em relação aos direitos obrigacionais, discordância aparente: nesse tipo de demanda é sempre necessária, tanto para uma quanto para outra teoria, a indicação do fato constitutivo. As diferenças entre ambas centram-se, aí sim, essencialmente no que tange às ações atinentes a direitos reais (para alguns autores, em relação a direitos ditos absolutos em geral), para as quais a teoria da individualização determina apenas que se especifique o direito discutido (propriedade, posse etc), enquanto a teoria da substanciação requer que seja deduzido também o fato constitutivo. Para enxergar as repercussões de uma e outra construção, basta que se diga que, em uma ação destinada a resolver a controvérsia sobre a titularidade do domínio de determinado bem, para os adeptos da teoria da individualização a coisa julgada resolveria em definitivo toda e qualquer questão referente à propriedade do bem em discussão, enquanto pela teoria da substanciação a cada afirmação de um diferente título aquisitivo ter-se-ia em vista uma demanda diferente⁴³¹.

Essas também são as conclusões de Adolf Wach, quem por primeiro havia suscitado o tema na doutrina alemão pós-ZPO de 1879⁴³². Em nova obra, confirmando a pesquisa histórica de Schmidt e seus resultados, Wach afirma que o contraste das teorias expostas estaria circunscrito já àquele tempo a uma esfera bastante restrita e limitada de questões, ilustrada pela seguinte pergunta: a demanda concernente aos direitos reais é especificada e

⁴³⁰ Tudo cf. Augusto Cerino Canova (*La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 46/48), seguindo basicamente o itinerário e as conclusões da obra de Richard Schmidt (*Die Klagänderung*, Leipzig, 1888).

⁴³¹ Tudo cf. Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 48/49. Veja-se também, a esse respeito, Gian Franco Ricci, “*Individuazione*” o “*sostantazione*” *nella riforma del processo civile*, *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile*, nº 4, 1995, p. 1.228/1.235.

⁴³² Em ensaio sobre a oralidade de 1879, recolhido posteriormente em Adolf Wach, *Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil alemana*, Buenos Aires: EJEJA, 1958, p. 32/33, tradução de Ernesto Krotoschin (cf. referido por José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 94/95). Para Wach, o objeto do processo era a *Rechtsschutzanspruch* (pretensão à tutela jurídica), que não se confundia com a pretensão de direito material (cf. Alfredo Buzaid, *Da lide: estudo sobre o objeto litigioso*, p. 94/95, com referência ao *Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, volume I, 1885, p. 19).

limitada pelo título aquisitivo deduzido? Para Wach, adepto da teoria da individualização, a resposta seria evidentemente negativa⁴³³

Da mesma forma, Friedrich Lent, alguns anos mais tarde, afirma que a contraposição é fruto de equívocos, combatendo a teoria da substanciação. Classifica a temática da individualização e da substanciação como restrita a um só âmbito de questões, não vendo maneira de que seja possível elevar essa discussão a um nível mais geral para também contemplar direitos de conteúdo diferente daqueles absolutos. Não haveria, portanto, em realidade, duas teorias gerais contrapostas a respeito do objeto do processo elaboradas a partir de precisas escolhas dogmáticas, mas apenas dois modos pontuais de se enxergar um problema limitado⁴³⁴.

3.1.2. A noção de objeto litigioso no direito alemão: de Lent a Habscheid, passando por Schwab.

Essa última posição de Lent confirmando a prevalência da teoria da individualização e restringindo em definitivo a discussão a um campo bem delimitado do problema fez com que a atenção dos estudiosos se voltasse a uma nova tendência de rumos a serem seguidos⁴³⁵. Não exatamente nova, na medida em que decorrente ainda da mesma questão: saber de qual conceito de *pretensão* estava a tratar a nova legislação processual alemã – se de um conceito material, como aquele do §194 do BGB, ou se de um conceito eminentemente processual. Nesse contexto é que aparecem as teorias materiais e processuais na tentativa de estabelecer o que é o objeto do processo, discussão assentada na distinção entre estar-se a tratar de uma *materiellrechtliche Anspruch* (pretensão jurídico-material) ou de uma *prozessuale Anspruch* (pretensão processual)⁴³⁶.

Muito em função da influência da obra de Windscheid, que veio a lume em 1856, antes mesmo da promulgação da ZPO de 1877, passou-se logo a crer que se estava a tratar de uma pretensão ligada à situação de direito material invocada pelo autor em juízo, identificando aí, no direito substancial, o objeto do processo⁴³⁷. Assim, ganham força primeira

⁴³³ Tudo cf. Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 49, com referência especialmente à obra *Vorträge über die Reichs-civilprozessordnung*, 2ª edição, Bonn, 1896.

⁴³⁴ Cf. Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 49/50, com alusão à obra *Die Gesetzeskollision im bürgerlichem Recht und Zivilprozess*, tomos I (Leipzig, 1912) e II (Leipzig, 1916).

⁴³⁵ Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 50.

⁴³⁶ José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 97.

⁴³⁷ José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 96/97. Walter Habscheid, *L'Oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco*, p. 456.

as teorias materiais, que, encontrando apoio na obra do próprio Windscheid, também em certa medida encontraram respaldo em Wach⁴³⁸, para quem uma relação material constitui o objeto do processo, geralmente contida em uma pretensão do autor, tirante o caso da ação declaratória negativa⁴³⁹. Nessa linhagem teórica de pronto percebe-se um vínculo direto com as teorias imanentistas da ação, atraindo, automaticamente, todas as críticas muito conhecidas que recaem sobre a teoria civilista da ação⁴⁴⁰. Para ficar apenas em um dos problemas dessa forma de compreensão, é certo que não se pode dizer que o autor venha a juízo exercer uma pretensão material ou ação material propriamente dita, porquanto não se sabe, até a sentença definitiva, se uma pretensão dessa natureza competirá ao autor⁴⁴¹. Nesse caso, a sentença de improcedência levaria à necessária conclusão de que o processo desenvolveu-se sem objeto, o que evidentemente é inaceitável⁴⁴².

Com efeito, contra essa corrente logo se contrapôs a própria jurisprudência, que, bem cedo, viria a mostrar que semelhante compreensão era demasiado estreita⁴⁴³. A partir daí passou-se a desenvolver a ideia de que a noção de objeto do processo apresentava um caráter puramente processual, perspectiva que não foi mais abandonada pela doutrina e sobre a qual, é lícito dizer, impera pleno consenso⁴⁴⁴.

Em que pese à unanimidade de opiniões quanto à natureza processual do conceito, o certo é que as teorias que daí por diante vieram a lume, ainda que partam da compartilhada

⁴³⁸ Embora haja tido a glória de haver elaborado o conceito de pretensão processual (Alfredo Buzaid, *Da lide: estudo sobre o objeto litigioso*, p. 94/95), a ideia de “pretensão à tutela jurídica” de Wach carrega consigo um concretismo evidente – na medida em que assevera ser seu pressuposto a existência de uma situação jurídica material encarada como tal, e não apenas como simples afirmação: “Wach afirma que toda pretensão de tutela condenatória e de tutela declaratória positiva pressupõe necessariamente a titularidade de um direito subjetivo” (Fernando Alberto Corrêa Henning, *Ação concreta: relendo Wach e Chiovenda*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, p. 40). Daí a filiação às teorias materiais do objeto do processo. Para análise e crítica da posição de Wach, ver ainda Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 31/34.

⁴³⁹ Araken de Assis, *Cumulação de ações*, p. 113.

⁴⁴⁰ Para análise e crítica dessas e de outras teorias da ação, veja-se, por todos, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, p. 19/78. Não incluímos proposadamente neste parágrafo as referências à doutrina de Friedrich Lent, certamente um dos juristas que mais bem cuidou da temática. E isso porque, embora se aluda, por vezes, a um possível comprometimento de seu pensamento com as teorias materiais do objeto do processo, parece-nos que, em verdade, o autor, ao dizer que o objeto do processo decorre da afirmação do direito material subjetivo pelo demandante (*Rechtsbehauptung*), não quer traduzir a ideia de que a pretensão exercida no processo é aquela pretensão material de que fala o §194 do BGB. Daí porque, para nós, sua doutrina filia-se às teorias processuais sobre o objeto do processo, embora chame a atenção para a necessária aproximação que deve existir entre o objeto do processo e o direito substancial, sem contudo, confundi-los (assim também Karl Heinz Schwab, *El objeto litigioso en el proceso civil*, p. 6). Desse modo, trataremos de sua doutrina em separado e na seção dedicada às teorias processuais.

⁴⁴¹ Araken de Assis, *Cumulação de ações*, p. 113.

⁴⁴² Para um panorama a respeito da evolução das teorias da ação e também da crítica à visão imanentista, confira-se a obra de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 19/80.

⁴⁴³ Walter Habscheid, *L'Objetto del processo nel diritto processuale civile tedesco*, p. 456

⁴⁴⁴ Karl Heinz Schwab, *El objeto litigioso en el proceso civil*, p. 5.

premissa processual, apresentam diferenças bastante acentuadas, a ponto de, no próprio âmbito interno da teoria processual, ser necessário distinguir as suas correntes, sob pena de ingrata confusão. Assim, conforme identificou Schwab, na literatura processual moderna⁴⁴⁵ podem ser distinguidas largamente três grandes correntes⁴⁴⁶.

A primeira, enxerga na pretensão processual a afirmação de um direito material, sendo esse o fator eleito para a delimitação do objeto do processo. É preciso perceber que a referência feita ao direito material não significa a identificação com a pretensão material do §194 do BGB, visto que se está a tratar de teorias que consideram processual o conceito de objeto litigioso. Daí porque, embora se apoie em grande medida no direito material para a identificação da composição do objeto do processo, permanece sendo essa uma corrente ligada à teoria processual. À afirmação, assim, de vários direitos materiais corresponderia uma cumulação de demandas. A afirmação de um direito material diverso do inicialmente reclamado significaria a modificação do objeto litigioso. A resolução do que seja o objeto do processo, portanto, recairia sobre a afirmação de um direito material⁴⁴⁷ – afirmação essa que, muito embora pudesse não ser confirmada pela sentença final, permaneceria sendo o objeto do processo recém decidido. A falsidade da afirmação não leva à conclusão de que o processo desenvolveu-se sem objeto, mas tão apenas à confirmação de que a afirmação não era verdadeira. Podem ser apontados como representantes em larga escala dessa linha de pensamento Fridrich Lent e Artur Nikisch.

A segunda corrente, de modo diverso, abandonou toda a vinculação com o direito material. O conceito de objeto do processo, uma noção puramente processual, seria formado igualmente por fatores de exclusivo caráter processual: o “estado de coisas” (*Sachverhalt*) exposto pelo autor e o pedido (*Antrag*) por ele formulado, ambos elementos de igual valor e importância. Se vários forem os estados de coisas, vários serão, também, os objetos litigiosos, mesmo que o pedido permaneça idêntico. Do mesmo modo, se diversos forem os pedidos, baseados, embora, em um mesmo estado de coisas, ter-se-á verdadeiro cúmulo de demandas, haja vista a diversidade de objetos. Obviamente, o mesmo sucederá se diversos forem os pedidos baseados em vários estados de coisas. A modificação do objeto litigioso, portanto, dar-se-ia tanto pela modificação do estado de coisas quanto pela modificação do pedido, ou por modificação de ambos⁴⁴⁸. Exponente maior dessa corrente é Walter Habscheid.

⁴⁴⁵ A referência é feita aos estudos produzidos nos primeiros três quartéis do século passado.

⁴⁴⁶ Karl Heinz Schwab, *El objeto litigioso en el proceso civil*, p. 6.

⁴⁴⁷ São todas essas as observações de Karl Heinz Schwab, *El objeto litigioso en el proceso civil*, p. 5/6.

⁴⁴⁸ Karl Heinz Schwab, *El objeto litigioso en el proceso civil*, p. 6.

Por fim, a terceira linha de pensamento, que vai ainda mais além dessa última compreensão – como visto, integralmente processual – para afirmar que não possui o estado de coisas (*Sachverhalt*) representação e importância equivalentes à do pedido (*Antrag*) na definição do objeto litigioso, assinalando valor decisivo apenas a esse último elemento⁴⁴⁹. Não obstante enxerguem apenas no pedido o fator de decisão para a delimitação dos contornos do objeto litigioso, as teorias ligadas a essa corrente não concebem o conceito de forma a aplicá-lo a todos os fenômenos processuais cuja correta compreensão é dele dependente. Desse modo, por exemplo, para a definição acerca do cúmulo de demandas, entende essa teoria ser suficiente a comparação entre os pedidos: se idênticos, as demandas são igualmente idênticas, ainda que seja diferente o estado de coisas invocado. A mesma conclusão, porém, não é alcançada ao se colocar em debate o alcance da coisa julgada, para cuja delimitação importará sim a pretensão esboçada pelo autor⁴⁵⁰. A voz mais destacada dessa forma de compreensão do objeto litigioso é sem dúvida a de Karl Heinz Schwab.

Olhemos, então, com mais atenção e detalhamento as ideias de cada uma das correntes expostas, em especial a partir do pensamento e visão de seus mais destacados defensores.

3.1.2.1. O objeto litigioso como afirmação jurídica (*Rechtsbehauptung*).

Friedrich Lent estabeleceu, já na segunda década do século passado, os fundamentos de sua teoria, ideias essas que foram defendidas em diversos estudos posteriores⁴⁵¹. O cerne de sua doutrina, pode-se dizer, está em que a determinação do conteúdo da pretensão ocorre com base no direito material, o que não significa, como avisado, que o objeto litigioso corresponda à pretensão material do §194 do BGB⁴⁵², visto que o autor não deixa de considerá-lo – o objeto litigioso – como um conceito processual. E isso se pode tranquilamente afirmar tanto ao se surpreender passagens textuais de sua obra⁴⁵³, quanto ao se observar que para o jurista o objeto litigioso não é o direito material em si, mas sim a

⁴⁴⁹ Karl Heinz Schwab, *El objeto litigioso en el proceso civil*, p. 6.

⁴⁵⁰ Conforme é a conclusão do próprio Schwab (*El objeto litigioso en el proceso civil*, p. 210).

⁴⁵¹ Esses estudos encontram-se, principalmente, nas obras *Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozess, Juristische Kurz Lehrbücher, Zivilprozessrecht* e no artigo *Zur Lehre vom Streitgegenstand* (traduzido para o italiano por Crisanto Mandrioli e publicado sob o título “*Contributo alla dottrina dell’oggetto del processo*”, cf. *infra*) (cf. Alfredo Buzaid, *Da lide: estudo sobre o objeto litigioso*, p. 98/99).

⁴⁵² Elício de Cresci Sobrinho, *Objeto litigioso no processo civil*, p. 22.

⁴⁵³ A exemplo das que seguem: “*L’espressione ‘pretesa’ è intesa non nel senso del diritto sostanziale, bensì in quello di domanda giudiziale*”. Também: “*L’effettiva sussistenza della pretesa affermata non costituisce presupposto per l’individuazione della deduzione giuridica e dell’oggetto del processo, nè costituisce presupposto per una sentenza sul merito, ma semplicemente per il risultato dell’azione, per una sentenza di merito favorevole all’attore*”. (Friedrich Lent, *Contributo alla dottrina dell’oggetto del processo*, p. 433 e 438).

afirmação da existência de um direito (*Rechtsbehauptung*⁴⁵⁴) ou de uma relação jurídica⁴⁵⁵. Daí que, se a afirmação de um direito constitui o cerne ou nódulo do objeto litigioso⁴⁵⁶, então se deve concluir que segundo sua doutrina o objeto litigioso não é um direito realmente existente, mas tão somente um direito afirmado⁴⁵⁷. Tanto assim que se o juiz se convence de que aquele direito afirmado não subsiste, e rejeita a demanda, emite uma sentença de mérito⁴⁵⁸, mas com a negação do direito deduzido não vem certamente a faltar objeto ao processo, o qual, pelo contrário, permanece incólume, reportando-se à afirmação feita ao início⁴⁵⁹.

Desde seu ponto de vista, o objeto do processo é determinado pelo demandante. Essa é, realmente, “*una delle più importanti conseguenze del principio di disposizione*”⁴⁶⁰. Semelhante tarefa de determinação do objeto do processo atribuída ao demandante, que, no entender de Lent, deve ser cumprida de forma unívoca e exata no próprio momento de inauguração do processo, aparece não como um dever, mas sim como um ônus que recai sobre o autor, cuja inobservância é capaz de acarretar-lhe desvantagens jurídicas. Assim, em sua petição inicial, não bastará ao demandante simplesmente se limitar a expor um estado de coisas (*Sachverhalt*⁴⁶¹); também deverá requerer uma determinada decisão ao juiz. Daí porque o pedido, como formulado na petição inicial, serve para determinar o objeto do processo em relação ao seu conteúdo⁴⁶².

Ocorre que, para Lent, o pedido por si só não seria suficiente, porque “*l’indicazione del contenuto della pretesa affermata, per es., il pagamento di 895 marchi, non basta per precisare di quale pretesa si tratti, dal momento che pretese di pagamento possono sorgere per i più svariati motivi*”⁴⁶³. Em qualquer demanda judicial, por trás do pedido de determinada decisão, coloca-se a afirmação de que ao autor corresponde um direito substancial: “*Nessuno*

⁴⁵⁴ Cf. José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 98.

⁴⁵⁵ Karl Heinz Schwab, *El objeto litigioso en el proceso civil*, p. 13. Alfredo Buzaid, *Da lide: estudo sobre o objeto litigioso*, p. 99.

⁴⁵⁶ Cf. Giuseppe Tarzia (*Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno all’oggetto del processo*, p. 267), “*Il Lent intende la Reuchtsbehauptung come affermazione di un determinato diritto soggettivo materiale*”.

⁴⁵⁷ Friedrich Lent, *Contributo alla dottrina dell’oggetto del processo*, p. 437. O ponto é percebido também por Elício de Cresci Sobrinho, *Objeto litigioso – de Lent a Habscheid e Jauernig*, Revista brasileira de direito processual, volume 19, 1979, p. 60. Da mesma forma, ainda, Karl Heinz Schwab, *El objeto litigioso en el proceso civil*, p. 13.

⁴⁵⁸ “*Il rigetto dell’azione a causa dell’incertezza di fondamento è espresso in una sentenza di merito e non in un ‘rigetto del processo’*” (Friedrich Lent, *Contributo alla dottrina dell’oggetto del processo*, p. 437).

⁴⁵⁹ Friedrich Lent, *Contributo alla dottrina dell’oggetto del processo*, p. 437.

⁴⁶⁰ Em sentido material, bem entendido. Friedrich Lent, *Contributo alla dottrina del oggetto del processo*, p. 432.

⁴⁶¹ Cf. José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 99

⁴⁶² Friedrich Lent, *Contributo alla dottrina dell’oggetto del processo*, p. 433.

⁴⁶³ Friedrich Lent, *Contributo alla dottrina dell’oggetto del processo*, p. 434.

*infatti è tanto inconsulto da rivolgersi al giudice senza ritenere – ed innanzi tutto affermarlo – che a lui spetti un diritto sostanziale*⁴⁶⁴. Não basta, portanto, ao demandante limitar-se a expor os fatos a fim de que o juiz possa daí deduzir o efeito jurídico⁴⁶⁵. Em cada demanda judicial subsiste, em verdade, a afirmação de um direito ou de uma relação jurídica por parte do demandante, e o processo desenvolve-se justamente para verificar a existência ou não do direito afirmado⁴⁶⁶. E, como releva o autor, “*in codesta affermazione sta l’oggetto del processo*”⁴⁶⁷.

Mas não só: se nessa afirmação está o objeto do processo, ela deve ser ainda precisada de forma unívoca, de modo a individualizá-la e diferenciá-la de qualquer outra possível pretensão substancial apta a amparar o mesmo pedido. O que é necessário para essa individualização, porém, varia de acordo com o tipo de direito afirmado. Assim, pode-se pensar se basta a afirmação da espécie de direito afirmado, e assim de seu conteúdo e objeto, ou se deve ser deduzido também o seu fato constitutivo⁴⁶⁸. Diferenciam-se aí os direitos absolutos, para os quais é suficiente a dedução do seu conteúdo e do seu objeto para distingui-los precisamente de todos os outros direitos imagináveis, das assim denominadas pretensões e ações de “*condanna ad una prestazione*”, pois “*una pretesa al pagamento, ad es., di 895 marchi può derivare da diversi motivi, come vendita, locazione, rissarcimento di danni, ecc*”⁴⁶⁹. Nessa última hipótese, a unívoca determinação da pretensão substancial afirmada requer a dedução do motivo, isto é, do estado de fato e de sua impositação jurídica – por exemplo, um determinado contrato de compra e venda ou um determinado ilícito. Da mesma forma isso acontece em relação aos direitos à (des)constituição de uma situação jurídica, haja vista que sua precisa individuação também depende de adequada motivação, a fim de que seja claro de qual direito de (des)constituição se esteja a tratar⁴⁷⁰.

⁴⁶⁴ Friedrich Lent, *Contributo alla dottrina dell’oggetto del processo*, p. 434.

⁴⁶⁵ Friedrich Lent, *Diritto processuale civile tedesco*, parte 1ª, Napoli: Morano, 1962, p. 160, tradução de Edoardo Ricci.

⁴⁶⁶ Alfredo Buzaid, *Da lide: estudo sobre o objeto litigioso*, p. 99.

⁴⁶⁷ Friedrich Lent, *Contributo alla dottrina dell’oggetto del processo*, p. 434, fazendo referência a Nikisch, Rosenberg e Schönke. Nada obstante as referências feitas pelo próprio autor à doutrina desses juristas, Schwab entende que sequer Lent advertira para as diferenças que existem entre a sua doutrina e a dos autores citados (Karl Heinz Schwab, *El objeto litigioso en el proceso civil*, p. 14).

⁴⁶⁸ Friedrich Lent, *Contributo alla dottrina dell’oggetto del processo*, p. 434.

⁴⁶⁹ Friedrich Lent, *Contributo alla dottrina dell’oggetto del processo*, p. 434.

⁴⁷⁰ Friedrich Lent, *Contributo alla dottrina dell’oggetto del processo*, p. 434. Nada obstante as colocações feitas, o autor adverte para a impossibilidade de identificarem-se os requisitos próprios da individualização do objeto do processo com os requisitos próprios para a determinação do conteúdo da ação. Daí afirmar o autor, embora a instintiva ligação que ocorre, não ter qualquer intenção de tomar posição em relação à contraposição entre teoria da individualização e teoria da substanciação (p. 435).

Para Lent, assim, “*alla decisione del giudice non viene sottoposta una circostanza di fatto, un evento della vita (...), ma viene sottoposta invece una deduzione giuridica che dalla circostanza di fatto – e mai soltanto da quella – viene solo individuata*”⁴⁷¹. A narrativa fática feita pelo demandante, então, não tem outra função senão a de possibilitar a individualização do direito substancial para o qual o demandante requer proteção. A mesma finalidade tem a fundamentação jurídica plasmada pelo demandante.

Em razão da importância que o autor dá à necessidade de individualizar-se, de forma precisa, o direito para o qual se pede tutela e que, assim, fundamenta a sua pretensão processual – em relação ao que importa também, de maneira decisiva, a fundamentação jurídica esboçada pela demanda –, Lent distingue entre as atividades de individualização e de classificação jurídica: “*Quando si parla della necessaria individuazione della deduzione giuridica, si deve intimamente distinguere tra individuazione e qualificazione o classificazione giuridica di una deduzione. I due concetti stanno su piani diversi. Quello serve all’univoca determinazione di un diritto concreto, per esempio, di una concreta pretesa, che alla classificazione giuridica, e cioè alla determinazione della forma, del tipo di diritto al quale appartiene la pretesa individuata*”⁴⁷².

Dessa decomposição de conceitos, o autor retira importantes conclusões: “*1) L’univoca determinazione del concreto diritto affermato e, quando si tratti di pretese, anche del suo fondamento costitutivo, è compito esclusivo della parte, mentre il giudice non può influirvi nulla, poichè con la modificazione dell’individuazione, l’oggetto del processo diverrebbe già un’altro. (...). La classificazione giuridica invece significa un’applicazione di norme di diritto oggettivo, pressuppone delle cognizione giuridiche, e poichè queste ultime non sono richieste alle parti, non è loro compito, ma compito del giudice. Questo può assumere la classificazione giuridica secondo la sua opinione, senza essere legato alla valutazione delle parti. (...). 2) La classificazione non deve neppure essere presa in esame dal giudice se non è essenziale ai fini della decisione (...). Invece l’individuazione deve essere sempre compiuta. Prima di ogni decisione sul merito bisogna che risulti di quale diritto si tratta nel processo, poichè è da escludere che una sentenza possa lasciare dubbi su quale concreto diritto abbia deciso. 3) Una modificazione che abbia riguardo alla semplice classificazione giuridica non importa alcuna modificazione dell’oggetto del processo*”⁴⁷³.

⁴⁷¹ Friedrich Lent, *Contributo alla dottrina dell’oggetto del processo*, p. 469.

⁴⁷² Friedrich Lent, *Contributo alla dottrina dell’oggetto del processo*, p. 438.

⁴⁷³ Friedrich Lent, *Contributo alla dottrina dell’oggetto del processo*, p. 438/439.

Disso decorre que, no pensamento desse autor, mesmo sendo livre na aplicação das normas, o juiz é vinculado pelo direito subjetivo material feito valer pela parte: “*L’attività del giudice è sempre la medesima: (...) egli estrae dalla fattispecie, attraverso l’applicazione delle norme, un diritto individuato e qualificato che è espresso dalla deduzione giuridica dell’attore e sul quale egli decide*”⁴⁷⁴. A individualização de tal direito pela qualificação jurídica esposada pelo demandante em relação aos fatos narrados não é somente um simples ponto de vista jurídico, mas parte integrante da própria *fattispecie* deduzida em juízo⁴⁷⁵.

Dessa maneira, em resumo, no entender de Lent, o objeto do processo corresponde à afirmação, pelo autor, de um direito (ou de uma relação jurídica) material, que deve ser exposto em detalhes, de forma tal a inequivocamente individualizá-lo e diferenciá-lo de todo outro direito ou relação imaginável⁴⁷⁶.

Na esteira desse pensamento, o processualista alemão trata como figuras diferentes, a ensejar concurso de pretensões e, portanto, de demandas, as hipóteses de responsabilidade contratual e extracontratual nascentes do mesmo evento, de tutela contratual e enriquecimento sem causa, de responsabilidade extracontratual e gestão de negócios⁴⁷⁷. Importantes consequências aplicativas derivam dessa posição. Quem, partindo de um acontecimento de fato, escolhe uma subsunção jurídica menos favorável ao seu interesse ao formular a própria demanda, pode ser impedido de retificá-la no curso do processo, na medida em que isso, a depender do caso, poderia significar alteração da pretensão deduzida e, portanto, do próprio objeto do processo⁴⁷⁸.

Ideias que, de certa forma, assemelharam-se às de Lent, embora com algumas importantes discordâncias⁴⁷⁹, apresenta Artur Nikisch, para quem o objeto litigioso é também

⁴⁷⁴ Friedrich Lent, *Contributo alla dottrina dell’oggetto del processo*, p. 459.

⁴⁷⁵ Giuseppe Tarzia, *Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno all’oggetto del processo*, p. 267.

⁴⁷⁶ Muito embora pudesse ser colocado entre os defensores da concepção unitária do objeto litigioso, assim entendidas aquelas teorias que definem o conceito de modo a utilizá-lo sem variações para a resolução de todas os problemas que lhe são próprios (como a modificação de demandas, litispendência, coisa julgada etc), Lent modificou a sua opinião, distanciando-se de suas ideias para entender que, no caso do problema da cumulação objetiva de ações, que deveria ocorrer quando o autor sustentasse várias pretensões materiais em face de um mesmo pedido de prestação, o objeto do processo permanecerá o mesmo, nada obstante apoie-se, como visto, em diferentes pretensões materiais. Percebeu bem o ponto Karl Heinz Schwab, *El objeto litigioso en el proceso civil*, p. 18 e ss.. Semelhante compreensão no pensamento de Lent é identificada no citado ensaio *Contributo alla dottrina dell’oggetto del processo*, em especial p. 472/473.

⁴⁷⁷ Cf. Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 52.

⁴⁷⁸ Cf. Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 52. Canova ainda averte para a oscilação do pensamento de Lent em escritos sucessivos, por vezes cedendo à doutrina de Rosenberg – para que os efeitos jurídicos da pretensão processual seriam determinantes, de modo que a cada efeito jurídico diverso corresponderia uma diversa pretensão processual –, e outras vezes voltando à sua posição original para afirmar que a pretensão processual é identificada pela *fattispecie* constitutiva (p. 53/54).

⁴⁷⁹ Basta ver que Nikisch dedica notável atenção ao fato constitutivo, afirmando que deve ele ser entendido como “episódio da vida” narrado pelo autor – o que traz, como consequência, que a unidade do “episódio da

a afirmação de um direito feita pelo autor sobre a qual embasa um pedido. A disputa de grande relevância prática sobre se o objeto litigioso deve definir-se pela afirmação de um direito (*Reschtsbehauptung*) ou pelo pedido (*Begehren*⁴⁸⁰) ganhou certa significação teórica a partir do exposto por Nikisch⁴⁸¹.

3.1.2.2. O objeto litigioso delimitado pelo pedido (*Begehren/Antrag*).

Entendimento frontalmente diverso têm os autores que se filiam à corrente que identifica o objeto litigioso tão somente pelo pedido formulado pelo demandante, com afastamento de toda e qualquer referência ao direito material na definição do conceito⁴⁸².

Partindo de aguçado estudo dedicado ao juízo de divórcio, mas contendo ilações válidas no plano da teoria geral, Eduard Bötticher conclui pela exclusão do estado de coisas (*Sachverhalt*) do objeto do processo – que, a seu ver, deve ser identificado unicamente pelo pedido, prescindindo da indicação do fundamento. E isso não apenas em relação ao processo matrimonial e aos provimentos constitutivos em geral, mas para todos os outros tipos de sentença⁴⁸³. Para Bötticher o processo tem por objeto a exigência descrita no *petitum*, que é valorada não por seu fundamento (*Grund*), mas por sua finalidade. Dessa forma, a pluralidade dos fatos constitutivos não afetaria a unidade da pretensão, mantendo invariado o objeto do processo⁴⁸⁴.

Algum tempo depois, partindo das ideias desse autor, Karl Heinz Schwab leva-as às últimas consequências, distanciando-se de qualquer referência ao direito material e reservando ao objeto do processo uma matriz eminentemente processual⁴⁸⁵. Para o autor, o litígio gira em torno do conteúdo da sentença solicitada pelo autor, que, assim, determina o alcance do objeto do processo: “*La solitud ocupa pues el lugar clave en el litigio. Las partes litigan sobre el*

vida” determina a unidade da pretensão processual, excluindo o concurso de demandas (cf. Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 55).

⁴⁸⁰ Riccardo Villata, *L'Esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, p. 415.

⁴⁸¹ Karl Heinz Schwab, *El objeto litigioso en el proceso civil*, p. 59/72, onde se encontra competente recensão sobre o pensamento do autor.

⁴⁸² Junior Alexandre Moreira Pinto, *A causa petendi e o contraditório*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 30. Augusto Cerino Canova (*La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 58) assevera que para essa corrente as ideias de pretensão material e pretensão processual são concebidas de modo absolutamente separado e diversas mesmo em seu conteúdo.

⁴⁸³ Riccardo Villata, *L'Esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, p. 417. Para José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 103, porém, a extensão dessas ideias às demais espécies de sentença aparece apenas com Schwab.

⁴⁸⁴ José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 103.

⁴⁸⁵ José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 103. Giuseppe Tarzia, *Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno all'oggetto del processo*, p.269.

*fundamento de esa solicitud. Si las solicitudes son varias, habrá pluralidad de objetos litigiosos. Si el actor la modifica, modifica también su demanda (...). Por consiguiente, sería muy natural definir el objeto litigioso como la solicitud del actor de que se dicte una sentencia descrita en esa solicitud*⁴⁸⁶. Em função disso, pode-se dizer que, para Schwab, o objeto litigioso – que em sua concepção é um fenômeno fundado na essência do processo civil, que o legislador encontra e que deve tratar de descrever, mas que não pode propriamente criar⁴⁸⁷ – é demarcado apenas pelo pedido do demandante (*Antrag; Begehren des Klägers*), sem o concurso de qualquer título ou fundamento (*Klagegrund*)⁴⁸⁸.

Embora defina dessa forma o conceito, elegendo como elemento definidor do objeto litigioso apenas o pedido, Schwab não consegue livrar-se da influência importante e decisiva dos motivos ou fundamentos para a determinação do objeto do processo. Buscando manter ereta a sua posição, atribui a esses elementos um papel “interpretativo” do pedido formulado pelo demandante. Com isso, porém, em que pese à tentativa de um joguete terminológico, prejudica de modo irreparável, em termos de consistência, toda a sua elaboração. Com efeito, revelando uma postura incoerente e distante de qualquer unidade conceitual⁴⁸⁹, o autor acaba, de inopino, por admitir que a “*solicitud es susceptible de interpretación, y en muchos casos también la necesita*”⁴⁹⁰, concluindo que “*lo decisivo es siempre la solicitud interpretada*”⁴⁹¹. E “*para interpretarla debe recurrirse al estado de cosas*”⁴⁹² (*Sachverhalt*, bem entendido). A partir da passagem transcrita é possível perceber que Schwab, nada obstante pretendesse excluir a sua influência sobre a determinação do objeto litigioso, acaba invariavelmente tendo de recorrer ao conceito de “estado de coisas” (*Sachverhalt*) para a “interpretação” do pedido, a fim de bem individualizá-lo: “*Objeto litigioso es la petición de la resolución designada en la solicitud. Esa petición necesita sin embargo en todos los casos ser fundamentada por hechos*”⁴⁹³ (grifos no original).

Nesse ponto, como se pode observar, reside a maior contradição de sua doutrina. A inusitada tese de Schwab segundo a qual o objeto litigioso seria delimitado tão somente pelo pedido – malgrado, para bem individualizá-lo, seja necessário, muitas vezes, recorrer-se ao estado de coisas que o fundou – não consegue ser provada pelo autor. É evidente o insucesso

⁴⁸⁶ Karl Heinz Schwab, *El objeto litigioso en el proceso civil*, p. 243/244.

⁴⁸⁷ Karl Heinz Schwab, *El objeto litigioso en el proceso civil*, p. 8.

⁴⁸⁸ Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 57. José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 103. Elício de Cresci Sobrinho, *Objeto litigioso no processo civil*, p. 109.

⁴⁸⁹ José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 105.

⁴⁹⁰ Karl Heinz Schwab, *El objeto litigioso en el proceso civil*, p. 243.

⁴⁹¹ Karl Heinz Schwab, *El objeto litigioso en el proceso civil*, p. 243.

⁴⁹² Karl Heinz Schwab, *El objeto litigioso en el proceso civil*, p. 243.

⁴⁹³ Karl Heinz Schwab, *El objeto litigioso en el proceso civil*, p. 251.

de sua pretensão de apoiar apenas no pedido a definição do objeto litigioso, mormente porque a sua tentativa de buscar um conceito unitário aplicável a todas as espécies de ações e a todos os institutos correlatos⁴⁹⁴ mostra-se invariavelmente fracassada quando, para dar adequado tratamento a fenômenos processuais relacionados ao objeto do processo, especialmente no que tange aos limites objetivos da coisa julgada, tem de recorrer a formulações complementares, que fazem água do aspecto fundamental de sua construção⁴⁹⁵. A tese da indiferença do fundamento para individualização da pretensão expressa pelo demandante não resta demonstrada⁴⁹⁶.

Mesmo assim, Schwab mantém, heróica e contraditoriamente, sua resistência em aceitar a influência da fundamentação no objeto litigioso: “*Solo en alguns casos el estado de cosas expuesto con fines de fundamentación sirve para individualizar, pero nunca con la consecuencia de convertir el estado de cosas en elemento del objeto litigioso*”⁴⁹⁷. Não fosse apenas a evidente inconsistência interna de tal elaboração, o intento de excluir totalmente o fundamento de direito material do objeto do processo comporta em si próprio uma abstração extrema, um inaceitável destaque entre direito e processo, que em muito contribui para a conseguinte incapacidade de a teoria chegar a conclusões satisfatórias⁴⁹⁸.

Sem embargo, porém, dos graves defeitos de consistência que comporta, a teoria de Schwab atraiu o apreço de uma gama de importantes autores, que, em linhas gerais, centram no pedido o conteúdo do objeto litigioso⁴⁹⁹. No Brasil, em especial, a teoria mostrou-se largamente aceita, sobretudo pela acolhida que encontrou no pensamento de Liebman⁵⁰⁰.

É de se ver que o alvo de Schwab ao propor semelhante construção foi o de resolver em definitivo os problemas processuais ligados ao fenômeno do concurso de pretensões materiais. Uma noção de *Streitgegenstand* construída tão somente a partir do processo e de

⁴⁹⁴ José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 103.

⁴⁹⁵ José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 105. Riccardo Villata, *L'Esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, p. 422/425.

⁴⁹⁶ Giuseppe Tarzia, *Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno all'oggetto del processo*, p. 272.

⁴⁹⁷ Karl Heinz Schwab, *El objeto litigioso en el proceso civil*, p. 251. Vale atentar para a distinção feita pelo autor entre a necessidade de fundamentação para individualização do objeto do processo e para cumprir um dos requisitos legais da ação. Segundo Schwab, ainda que não sempre a fundamentação seja necessária para a individualização do pedido formulado, sempre deverá estar presente como requisito legal da ação.

⁴⁹⁸ Riccardo Villata, *L'Esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, p. 422/425. Giuseppe Tarzia (*Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno all'oggetto del processo*, p. 271/272) com razão refere que muitas das considerações que Schwab exprime em sustentação de sua teoria resolvem-se em meras petições de princípio.

⁴⁹⁹ José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 105. Giuseppe Tarzia, *Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno all'oggetto del processo*, p. 273.

⁵⁰⁰ “*O pedido do autor é o objeto do processo*” (Enrico Tullio Liebman, *O despacho saneador e o julgamento do mérito*, p. 118). O ponto é percebido da mesma forma por Araken de Assis, *Cumulação de ações*, p. 115, nota 58. Acolhendo a teoria de Schwab, Ovídio Araújo Baptista da Silva, *Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro*, p. 134 e ss.

seus elementos próprios – no caso, o pedido – teria, a seu ver, condições de aplacar de vez a intuição de que o concurso de pretensões substanciais, dirigidas, embora, a um único e mesmo efeito, pudesse resultar na pluralidade de demandas. Foi justamente a necessidade de assegurar a unidade do processo em tais casos o que motivou Schwab a formular semelhante ideia de objeto do processo, inspiração que influenciou decisivamente boa parte da doutrina sucessiva⁵⁰¹.

3.1.2.3. Estado de fato (*Lebenssachverhalt*) e afirmação jurídica (*Rechtsbehauptung*) na delimitação do objeto litigioso.

Enxergando a doutrina de Schwab exageradamente abstrata, simplista e sem correspondência com o direito positivo ou com a realidade do processo⁵⁰², Walther Habscheid toma posição no debate, colocando novamente em cena a importância do fundamento para a individualização do objeto litigioso⁵⁰³. Surge, então, a figura do “episódio da vida” (*Lebensvorgang*) na determinação do objeto litigioso.

Compartilhando sempre da teoria processualista⁵⁰⁴, Habscheid sustenta uma ideia de objeto do processo formada por duas partes: a afirmação jurídica (*Reschtsbehauptung*) do autor, que aparece em seus requerimentos e que compreende seja o direito substancial, seja o direito processual; e o estado de fato (*Lebenssachverhalt*) sobre o qual se funda a pretensão⁵⁰⁵. Para formular essa proposta, Habscheid parte do exame do direito positivo, porquanto, na sua compreensão, contraposta à de Schwab, o objeto do processo deve definir-se em conformidade com o sistema processual vigente, e não a partir de uma noção que o legislador deva aceitar porque a encontra como tal⁵⁰⁶.

A análise de Habscheid gira em torno da norma do aludido §253, al. 2, n° 2, da ZPO. Afirma, assim, que “*se consideriamo l’Anspruch uguale allo Streitgegenstand, cioè all’oggetto del processo, è evidente che ci sono due elementi che lo compongono: il Gegenstand, cioè la ‘cosa’ domandata, e il Grund, cioè la ‘causa’ della domanda*”⁵⁰⁷.

⁵⁰¹ Cf. Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 59.

⁵⁰² Walter Habscheid, *L’Oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco*, p. 457.

⁵⁰³ José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 106.

⁵⁰⁴ Trata-se, nos seus próprios dizeres, de “*una teoria processualistica spinta fino alle conclusioni più rigorose*” (Walter Habscheid, *L’Oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco*, p. 457).

⁵⁰⁵ Walter Habscheid, *L’Oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco*, p. 457.

⁵⁰⁶ Walter Habscheid, *L’Oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco*, p. 458.

⁵⁰⁷ Walter Habscheid, *L’Oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco*, p. 458.

Quanto ao primeiro elemento, a “coisa” demandada, a pretensão (isto é, as conclusões) do demandante é que identifica que coisa ele espera do juiz. A finalidade da demanda não depende de um direito subjetivo individualizado por uma qualificação da lei substancial, porquanto, no direito alemão, a pretensão do autor, segundo Habscheid, não é a pretensão a um direito substancial qualificado “*in un certo modo*”, mas somente a pretensão a certo conteúdo, a certa quantidade; e cabe ao juiz qualificá-la do ponto de vista do direito substancial⁵⁰⁸. A pretensão do demandante, ainda, não concerne apenas ao mérito da demanda, mas também à sua admissibilidade, o que leva à necessidade de distinguir entre a pretensão concernente ao direito substancial da pretensão respeitante à admissibilidade da demanda⁵⁰⁹.

Em relação ao segundo elemento, que Habscheid qualifica como a *causa petendi* da demanda, é descartada a teoria substancial que sugere que no texto de lei esteja o fundamento da ação. Segundo aduz, teoria e prática são concordes no entendimento de que são os fatos a constituir a *causa petendi*. “*Ma quali fatti?*”, pergunta-se Habscheid. A seu ver, não se pode pretender que o demandante faça a exegese do direito material para qualificar os fatos. Afastada essa hipótese, enxerga então duas possibilidades: ou se afirma que o acontecimento histórico (*das historische Ereignis*) caracteriza o estado de fato; ou se englobam, superando o acontecimento histórico, todos os fatos que constituem um episódio da vida (*einen Lebenssachverhalt*). É nesse último sentido que o autor define a *causa petendi* e o estado de fato que a identifica⁵¹⁰.

Com efeito, a seu ver o estado de fato assim entendido não é aquele enquadrável em uma *fattispecie* normativa, mas sim um fato da vida, despido de ligação necessária com alguma norma jurídica e examinável sob todos os pontos de vista jurídicos⁵¹¹. Esse estado de fato é imutável e não é deixado à disponibilidade das partes. Em consequência, se o demandante se esquece de mencionar um fato que se encaixa no âmbito de um episódio da vida, não poderá repropor a demanda, porque o fato estará consumado pela autoridade da coisa julgada⁵¹². Justamente por isso essa noção consente incluir, de uma só vez, no mesmo processo, diversas hipóteses de pretensões, que, se materialmente podem ser decompostas e

⁵⁰⁸ Walter Habscheid, *L’Oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco*, p. 458/459.

⁵⁰⁹ Walter Habscheid, *L’Oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco*, p. 460.

⁵¹⁰ Walter Habscheid, *L’Oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco*, p. 460.

⁵¹¹ Alfredo Buzaid, *Da lide: estudo sobre o objeto litigioso*, p. 108.

⁵¹² Walter Habscheid, *L’Oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco*, p. 461.

apontadas em estado de concurso, processualmente são reconduzidas à mesma e única demanda. Resolve-se, potencialmente, com isso, o problema aplicativo que afligia Schwab⁵¹³.

A causa, desse modo, aparece como um elemento necessário da demanda, com o que rejeita expressamente a opinião de Schwab. Para Habscheid, a causa deve ser mencionada como elemento obrigatório não só para individualizar a demanda, mas também para a sua “substancialização”, pois, em verdade, o que conta é que o demandado saiba do que se deve defender, dos fatos aos quais deve contrapor-se⁵¹⁴.

A tese de Habscheid tornou-se dominante na doutrina processual e na jurisprudência dos tribunais alemães⁵¹⁵, sobretudo por trazer para dentro do objeto do processo a noção de *causa petendi*, que a partir daí não mais foi deixada de fora pela doutrina sucessiva.

Em que pese à sua larga aceitação e ao mérito inegável de reconhecer que o objeto do processo vai definido também pelo fundamento sobre o qual o autor apoia a sua pretensão⁵¹⁶, não escapou essa teoria de críticas severas, sobretudo em razão da exageradamente larga compreensão da *causa petendi* como “episódio da vida” (*Lebenssahverhalt*). Esse último conceito, na compreensão dos seus críticos, é extremamente vago, de difícil utilização e determinação, sendo, por isso, incapaz de oferecer um critério exato para a identificação dos limites da *causa petendi*⁵¹⁷.

3.2. O conteúdo da demanda na perspectiva da teoria da ação.

O problema da demanda e seu conteúdo, que mereceu, conforme há pouco se mencionou, especial atenção dos processualistas alemães com análises realizadas desde a ótica do objeto do processo, pode igualmente ser enfrentado a partir do ponto de vista da ação e dos seus critérios de identificação⁵¹⁸. Seria lícito dizer, com efeito, que a disputa travada na

⁵¹³ Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 60.

⁵¹⁴ Walter Habscheid, *L'oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco*, p. 461.

⁵¹⁵ José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 109.

⁵¹⁶ Elio Fazzalari, *Note in tema di diritto e processo*, p. 115/117.

⁵¹⁷ Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 60. Ver, entre outros, a arguta crítica feita à noção de “episódio da vida” por Friedrich Lent (*Contributo alla dottrina dell'oggetto del processo*, p. 464 e ss), que, exemplificativamente, destaca que o conceito não é assistido sequer de critérios de delimitação espacial e temporal, arrematando da seguinte forma: “*L'unità dell'avvenimento esterno non determina l'unità della fattispecie o della circostanza di fatto. Se il diritto processuale accettasse l'unità dell'oggetto del processo sul solo fondamento dell'unità dell'evento esterno, batterebbe una via totalmente diversa da quella del diritto civile*” (p. 467).

⁵¹⁸ “*Conhece-se por identificação das ações a operação por meio da qual se confrontam entre si várias ações com o fim de estabelecer se são idênticas ou diversas. E a doutrina da identificação propõe-se a fornecer os critérios para semelhante operação*” (Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, volume I, p.

Alemanha em torno da identificação do objeto do processo deu origem e andou em paralelo ao debate igualmente empolgante cultivado na Itália por notáveis juristas em torno da teoria da “*identificazione dell’azione*” e das análises acerca dos seus três elementos determinativos⁵¹⁹. Afirma, com efeito, Cerino Canova, que “*la nozione di Streitgegenstand trova fondamento in quegli stessi istituti per cui Chiovenda formula la teoria dell’identificazione delle azioni. In Germania come in Italia, quindi, viene proposto un concetto centrale del processo rilevante ai medesimi fini*”⁵²⁰. A teoria da identificação das ações é, portanto, o prisma de que se valeram os autores italianos para determinar os elementos que compõem a demanda proposta em juízo⁵²¹.

Conforme indica esse fragmento transcrito, boa parte da elaboração italiana a respeito da teoria da identificação das ações tem em extrema conta e assume mesmo à sua base os estudos de Chiovenda sobre o tema. Não se quer com isso dizer que haja um perfilhamento uniforme e acrítico à elaboração do *Maestro*, que muitas vezes não é compartilhada ou, ainda, quando o é, é absorvida de modo crítico. Seja para acolhê-la ou para refutá-la, porém, o certo é que a obra de Chiovenda, pela atenção e o significativo desenvolvimento que o tema mereceu em seus escritos, é tomada como referencial expositivo de grande parcela dos autores que se dedicaram a trabalhar a teoria da identificação das ações⁵²².

Sendo assim, a análise, aqui feita, a respeito do problema da demanda e de seu conteúdo desde a perspectiva da ação terá início com o exame da elaboração chiovendiana para, a partir daí, examinar criticamente, com o auxílio da doutrina sucessiva, as determinantes dessa construção que, não bastasse apenas a sua notável importância, influenciou de modo direto a disciplina do tema na doutrina e no direito positivo brasileiro⁵²³.

353). Piero Calamandrei (*Istituzioni di diritto processuale civile*, parte 1ª, p. 133) fala em “*elementi dell’azione (o anche della domanda (...))*”.

⁵¹⁹ Ernesto Heinitz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, p. 130. José Rogério Cruz e Tucci, *A denominada “situação substancial” como objeto do processo na obra de Fazzalari*, p. 272. Fabio Peixinho Gomes Corrêa, *O objeto litigioso no processo civil*, São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 32.

⁵²⁰ Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 70. Da mesma forma, Cândido Rangel Dinamarco, *O conceito de mérito em processo civil*, p. 39.

⁵²¹ Ernesto Heinitz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, p. 132.

⁵²² Augusto Cerino Canova (*La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 21) anota que “*se le deviazioni dall’insegnamento chiovendiano sono importanti, e non poche, resta comunque costante ed espresso il riferimento alle idee del Maestro come modello su cui ogni scritto finisce per misurarsi. In tale modo, è la stessa dottrina che impone, come criterio per un suo intendimento, una linea continua di sviluppo: la maggiore o più attenuata fedeltà al sistema di Chiovenda*”. No mesmo sentido, Giancarlo Gianozzi, *La modificazione della domanda*, p. 8.

⁵²³ Elício de Cresci Sobrinho, *Objeto litigioso no processo civil*, p. 10, com referência à influência de Chiovenda e Liebman.

3.2.1. A doutrina da identificação das ações na obra de Giuseppe Chiovenda.

Para Chiovenda, toda ação resulta de (e, em consequência, identifica-se por) três elementos, que se oferecem à análise tão logo seja proposta a demanda judicial: *personae*, *causa petendi e petitum*⁵²⁴. Ao partir dessa noção, a doutrina do célebre processualista italiano não traz, em princípio, qualquer novidade. O recurso ao critério dos *tria eadem* como forma de identificação da ação já era assente desde, ao menos, o direito romano clássico, tendo sido após reduzido a princípio geral no direito intermédio, passando então aos códigos modernos⁵²⁵. Seu mérito, no entanto, foi o de atribuir um sistema conceitual a essa intuição antiquíssima, propondo teorização completa sobre a questão e definindo com precisão os contornos conceituais de cada um dos três elementos⁵²⁶.

Na obra de Chiovenda, os três elementos de identificação das ações – que podem reagrupar-se e contrapor-se em elemento subjetivo (*personae*), de um lado, e elementos objetivos (*causa petendi e petitum*), de outro⁵²⁷ – são tratados não na condição de fruto de criação arbitrária da doutrina ou da legislação, mas sim como componentes naturais “*che l’azione, o la domanda che la incorpora, ci rivela riguardata nella sua essenza*”⁵²⁸, e a que se deve necessariamente recorrer para identificar o seu conteúdo. Os sujeitos da ação (partes) coincidem com os afirmados titulares da relação jurídica substancial deduzida em juízo⁵²⁹. O pedido refere-se ao tipo de provimento pleiteado (pedido imediato – exemplo: declaração, condenação etc.) e ao objeto para o qual se requer tutela jurisdicional e a cuja consecução se coordena o processo (pedido mediato – exemplo: reconhecimento da existência da relação

⁵²⁴ Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, volume I, p. 31.

⁵²⁵ Pietro Cogliolo, *Trattato teorico e pratico della eccezione di cosa giudicata secondo il diritto romano e il codice civile italiano con accenni al diritto intermedio*, volume 1º, Torino: Fratelli Bocca, 1883, p. 185/186. Cf. refere Eduardo Grasso (*La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e le nullità da ultra e da extrapetizione*, Rivista di Diritto Processuale, nº 20, 1965, p. 389), “*la teoria dei tre elementi identificatori ha avuto, com’è per lo più noto, una lunga vicenda. In origine, l’idea, secondo la quale la domanda può fissarsi nella sua identità, oltre che per l’elemento soggettivo, in base alla dissezione del suo contenuto nella causa petendi e nella res petita, è il risultato al quale condusse la ricerca di un criterio sommario, affatto empirico e non generale, destinato a determinare, prevalentemente, i limiti del giudicato*”.

⁵²⁶ Cf. Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 15.

⁵²⁷ Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, volume I, p. 355.

⁵²⁸ Giuseppe Chiovenda, *Identificazioni delle azioni. Sula regola “ne eat iudex ultra petita partium”*, p. 159.

⁵²⁹ “Os sujeitos, isto é, o sujeito ativo (autor), a quem pertence o poder de agir, e o passivo (réu), em face de quem se exerce o poder de agir” (Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, volume I, p. 32). A problemática referente ao conceito de parte e à determinação de quem sejam os sujeitos da demanda e do processo, tema que atrai diversas discussões, por dizer respeito aos limites subjetivos da demanda, não será objeto de atenção no presente trabalho.

jurídica controvertida, soma a pagar)⁵³⁰. A causa remete, em geral, ao fundamento, à razão da pretensão manifestada pelo autor⁵³¹. Não há aí, em princípio, maiores dificuldades⁵³².

O confronto desses elementos permitiria discernir casos de coincidência total e casos de coincidência parcial entre ações⁵³³. Para Chiovenda duas demandas podem ser ditas idênticas quando têm em comum todos os três elementos, bastando a diversidade de um só deles para que se esteja na presença de duas ações diferentes – sem embargo de o compartilhamento de outros elementos idênticos torná-las demandas afins⁵³⁴. “*Por essa razão*”, afirma o autor, “*o admitir-se que uma ação possa modificar-se no processo, negando-se, entretanto, que possa introduzir uma ação inteiramente nova, implica uma contradição; a ação ou é nova ou não é. Admitir-se, pois (e como negá-lo?) que o petitum e a causa petendi são elementos da ação, e afirmar-se que não há mudança de ação pròpriamente dita, mas simples modificação, quando se muda unicamente a causa petendi, importa em contradição*”⁵³⁵.

Todos os três elementos, portanto, na medida em que servem à identificação da ação – e, o que é o mesmo nesta perspectiva teórica, à identificação da demanda e de seu conteúdo – impõem limites à decisão judicial que aprecia a ação proposta. Trata-se de consequência da aplicação dos brocardos “*ne eat iudex ultra petita partium*” e “*sententia debet esse conformis libello*”, que decorrem diretamente do princípio da demanda. A identidade entre “*chiesto e pronunciato*”, por conseguinte, como afirma Chiovenda, não se limita ao pedido (“*oggetto*”), mas deve estender-se também à *causa petendi*. E justamente aí, na fixação do que seja a *causa petendi*, na enunciação de seu conceito e na aplicação concreta dessa definição, residem as maiores dificuldades⁵³⁶. Como refere a doutrina, “*la causa petendi è, indubbiamente, il più complesso e controverso dei tre elementi identificatori, e, in fondo, alimenta tutte le difficoltà*

⁵³⁰ Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, volume I, p. 33.

⁵³¹ Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, volume I, p. 33.

⁵³² A definição de *causa petendi*, todavia, elemento essencial de investigação na teoria da identificação da ação, contém ambiguidades bem marcadas no pensamento chiovendiano (Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 16). Por sua importância e complexidade, esses desdobramentos serão vistos a seguir, em apartado.

⁵³³ José Carlos Barbosa Moreira, *A conexão de causas como pressuposto da reconvenção*, São Paulo: Saraiva, 1979, p. 107, com referência à formulação de Matteo Pescatore (*Sposizione compensiada della procedura civile e commerciale*, volume I, parte I, 1984, p. 168 e ss.).

⁵³⁴ Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, volume I, p. 354/355. A afinidade (ou conexão) entre demandas comportaria gradações, mostrando-se mais intensa quando a coincidência abrangesse dois elementos e menos intensa quando atingisse um só (cf. José Carlos Barbosa Moreira, *A conexão de causas como pressuposta da reconvenção*, p. 107, ao referir a posição da doutrina clássica italiana sobre a conexão de causas).

⁵³⁵ Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, volume I, p. 355.

⁵³⁶ Giuseppe Chiovenda, *Identificazioni delle azioni. Sula regola “ne eat iudex ultra petita partium”*, p. 161.

della teoria dell'identificazione"⁵³⁷. Essa dificuldade não é menor em relação à elaboração de Chiovenda, conforme ele próprio advertia⁵³⁸.

Em seu primeiro ensaio sobre o tema, Chiovenda afirma que *“la causa petendi (...) è una ‘causa’ giuridicamente rilevante: non è un fatto naturale puro e semplice, ma un fatto, o un complesso di fatti, atto a porre in moto una norma di legge: un fatto o un complesso di fatti nella sua idoneità a produrre effetti giuridici. Quando la legge connette l’effetto giuridico della nascita o del passaggio di un diritto a una dichiarazione di volontà, questa è un fatto giuridico, un fatto costitutivo di diritti”*⁵³⁹⁻⁵⁴⁰.

⁵³⁷ Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 16.

⁵³⁸ *“É este [a causa petendi] o elemento mais delicado a examinar”* (Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, volume I, p. 358).

⁵³⁹ Giuseppe Chiovenda, *Identificazioni delle azioni. Sula regola “ne eat iudex ultra petita partium”*, p. 162/163. Para ilustrar sua posição, Chiovenda dá conta do seguinte caso: *“A, B, C hanno in comune l’eredità dei genitori: e la quota di C è ipotecata a favore dei coeredi A e B in garanzia delle lor quote di un credito contro C, acquistato col danaro ritratto dai ter coeredi alienando l’eredità degli avi materni. Indi A cede a B le sue ragioni sull’eredità dei genitori: e B e C sugli immobili rimasti così sol tra essi comuni, consentono nuova ipoteca a favore di D, postergando B il proprio grado. Espropriati gl’immobili, D vien collocato in primo grado contro B e C, ma A alla sua volta chiede di essere collocato in primo grado contro C, per la sua quota del credito contro costui. D, a difesa della sua collocazione, allega che A, cedendo a B le sue ragioni sull’eredità della madre gli ha pur ceduto la sua quota del credito contro C (quindi il diritto d’ipoteca, postergato poi da B a favore di esso D), poichè questo credito contro C deve ritenersi proveniente dall’eredità degli avi materni e questa eredità ritenersi compresa nella cessione dell’eredità della madre, essendo A, B, C succeduti agli avi materni in rappresentazione della madre premorta. Accolse il Tribunale questa tesi. La rigettò la Corte d’appello; ma confermò la collocazione, affermando per suo conto che la cessione avvenuta tra A e B non si limitava alle eredità del padre e della madre (solo dimostrativamente enumerate): ma comprendeva tutti i beni comuni fra A e B, quindi anche il credito contro C. Nega la Corte di cassazione di Torino l’ultra petita in questo pronunciato, perchè ‘ritenuto che la causa petendi consisteva nel fatto dell’avvenuta cessione, o meglio, che i crediti di cui si contesta fossero dalla cessione compresi, tutti i ragionamenti fatti e gli argomenti addotti da D e dal Tribunale da una parte e dalla Corte d’appello dall’altra, si risolvono in motivi che sorregono la ragione del decidere, e quindi, benchè fra loro affatto contrarii e fondati su concetti diversi siccome vengono alla stessa identica conclusione che i crediti fossero dalla cessione compresi, così non può dirsi che la causa petendi, la ragione del decidere sia stata diversa”* (p. 162, grifo no original). Analisando a situação descrita a partir do conceito de *causa petendi* que propõe, Chiovenda manifesta a seguinte opinião: *“D che poneva como causa petendi la volontà di cedere l’eredità materna, e la Corte di merito che pone come causa iudicandi la volontà di cedere tutti i beni indivisi, si riferivano a fatti costitutivi giuridici diversi, no a semplici ‘motivi’. La Cassazione di Torino poteva giungere alla sua conclusione per altre vie (...), pure discutibili, ma più corrette: non per questa. I ‘motivi di fatto ch’essa contrappone alla causa petendi, devono essere fatti in sè indifferenti al diritto in questione, dalla esistenza dei quali si possa dedurre la esistenza di fatti giuridici: tali, ad esempio, le circostanze da cui si può desumere una determinata volontà, ma non questa volontà stessa”* (p. 163).

⁵⁴⁰ É de destacar-se o que afirma Chiovenda a respeito da posição jurídica do demandado que se defende negando a existência do fato constitutivo do direito afirmado pelo demandante. O processualista italiano entende que a oposição por negativa do fato constitutivo tem apenas uma causa (justamente, a afirmação de inexistência do fato constitutivo), que é uma só e permanece sendo sempre única, embora possa ser demonstrada de diversas formas: *“Quando il convenuto e il giudice affermano l’inesistenza dei fatti costitutivi del diritto dell’attore, la causa del chiedere e del pronunciare è sempre identica, poichè qui la causa petendi è la stessa inesistenza del diritto per mancanza di fatti costitutivi. Vi son certo fatti negativi che sono insieme causae debendi, fatti costitutivi di diritto: ma l’inesistenza dei fatti costitutivi (siano questi positivi o negativi) del diritto, quindi l’inesistenza del diritto, non può dirsi che abbia altrettante cause, quanto sono i fatti che avrebbero dovuto essere e che non sono: l’inesistenza del diritto ha diverse dimostrazioni, non diverse cause; ciò che non è, non può avere un’individualità piuttosto che un’altra”* (Giuseppe Chiovenda, *Identificazioni delle azioni. Sula regola “ne eat iudex ultra petita partium”*, p. 164). Consequência desse raciocínio seria a possibilidade, por exemplo, de o demandado, em sede de apelação, sustentar a inexistência do fato constitutivo do direito afirmado pelo autor

Semelhante definição de *causa petendi* como “causa juridicamente relevante”, que se conecta imediatamente à ideia de “fato jurídico”⁵⁴¹, não deixa de ser equívoca e ambígua⁵⁴². De sua leitura, realmente, ressaem duas acepções possíveis, mas bastante diversas, para a expressão “fato jurídico”, que habita o núcleo do conceito de *causa petendi* proposto pelo autor: fato jurídico enquanto acontecimento histórico afirmado pelo demandante e relevante para o direito ou fato jurídico enquanto *fattispecie* de uma norma positiva⁵⁴³. A diferença entre os dois sentidos é bastante nítida. Na primeira acepção, a medida de juridicidade é oferecida pela tutela demandada, isto é, pelo pedido formulado, de modo que os fatos concretamente deduzidos organizam-se tão somente em função desse efeito jurídico pretendido⁵⁴⁴. Na segunda, a juridicidade do fato significa referência a uma relação jurídica material que se deduz em juízo e a que se pede tutela, correspondendo, pois, a um preciso paradigma normativo – de modo que os fatos concretamente deduzidos o são enquanto alinhados ao suporte fático da norma jurídica constitutiva da relação jurídica material deduzida em juízo pelo demandante.

por razões (*dimostrazioni*) não alegadas em primeiro grau, na medida em que a causa da oposição (inexistência do fato constitutivo) seguirá sendo sempre a mesma. Não apenas, partindo dessa mesma premissa, Chiovenda afirma que também o juiz, de ofício, pode desacolher a demanda pela inexistência do fato constitutivo do direito afirmado pelo autor por razões não deduzidas (ou diferentes das deduzidas) pelo demandado em sua defesa (p. 164). Em que pese o evidente interesse da análise da questão desde o prisma da posição do réu, a necessidade de impor limites à investigação impedirá que se avance nesse exame.

⁵⁴¹ Para o autor, “*denominam-se ‘fatos jurídicos’ aqueles de que deriva a existência, a modificação ou a cessão de uma vontade concreta de lei*”, podendo ser de várias espécies (constitutivos, extintivos ou impeditivos). No que agora nos interessa, os fatos constitutivos são definidos como aqueles “*que dão vida a uma vontade concreta de lei e à expectativa de um bem por parte de alguém. Por exemplo: um empréstimo; um testamento; um ato ilícito; um matrimônio*” (Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, volume I, p. 7).

⁵⁴² Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 16. Ernesto Heintz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, p. 132.

⁵⁴³ “*In genere quale causa petendi suol designarsi il ‘fatto giuridico il quale generò il diritto che una delle parti contendenti vuole far valere col mezzo della azione e della eccezione’, ma la aggiunta ‘giuridico’ dà luogo ad equivoci. (...) Il Chiovenda definisce quali ‘fatti giuridici’ i fatti da cui si desume l’esistenza, la modificazione o la cessazione di una volontà concreta di legge. Da ciò potrebbe desumersi che egli (...) parli di fatti giuridici, che stanno ai rapporti giuridici come causa ed effetto; ma d’altra parte egli considera la proprietà in sè considerata come un fatto giuridico. (...) la questione è proprio, in quale dei due significati possa dirsi che causa petendi sia il ‘fatto costitutivo giuridico’ del diritto fatto valere. O per causa petendi si intende il fatto nel significato proprio della parola, allegato dall’attore per giustificare la sua pretesa, o invece quel rapporto o stato giuridico, su cui egli si basa. A seconda della presa di posizione di fronte a questa alternativa si giunge necessariamente a risultati diversi*” (Ernesto Heintz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, p. 148/149).

⁵⁴⁴ Anote-se que, para Chiovenda, *causa petendi* e *petitum* colocam-se no processo de forma coordenado, visando à “*identificação do bem da vida de que se trata*” na ação (Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, volume I, p. 355). Quanto ao conceito de bem da vida e à necessidade de estarem coordenados objeto e causa para identificá-lo, o tratamento dado por Chiovenda é esse: “*Tendo-se em vista o objeto mediato da ação, pode dizer-se que a identidade objetiva significa identidade do bem garantido pela lei cuja atuação se requer. Aqui, porém, se desdobram os dois elementos objetivos da ação: o objeto e a causa. O bem controverso não coincide com o objeto; seja este um corpus, um gênero ou um efeito jurídico, é necessário saber-se ainda a que título se reclama o objeto e a que utilidade deve servi; porquanto o bem varia em razão do título e da utilidade*” (p. 357).

Essa dupla possibilidade de sentidos para a expressão “fato jurídico” – que faz ver, em largas linhas, uma aproximação maior ou menor ao direito substancial na formulação da causa de pedir – é o que torna ambíguo e confuso o conceito fornecido⁵⁴⁵. E mesmo quando Chiovenda, em obra posterior, procura expor de modo mais claro o seu pensamento, a dúvida permanece em boa parte – fruto, sobretudo, da falta de harmonização entre o conceito de *causa petendi* proposto pelo autor e as soluções por ele oferecidas às nuances teóricas do tema e aos problemas aplicativos que ele próprio se dispõe a analisar.

Chiovenda, após ter afirmado que a *causa petendi* da ação é uma “*causa giuridicamente rilevante*”, busca decompor em elementos o conceito que propõe. Literalmente, então, afirma: “*O conceito de causa petendi ou título (nas ações de conteúdo positivo, salvo examinarmos, adiante, a causa petendi nas ações de declaração negativa) resulta de todos êstes três elementos: a) A afirmação da existência de uma relação jurídica (propriedade, compra e venda, mútuo, locação, mandato e semelhantes); b) A afirmação da existência do fato particular que, no âmbito daquela relação jurídica, dá origem ao direito particular invocado (por exemplo: na ação em que se pleiteia o pagamento duma prestação de juros ou de aluguel, o vencimento da prestação; na actio mandati contraria, determinada operação em execução do mandato, pela qual se requer reembolso ou compensação; na ação de rescisão por lesão, o preço inferior à metade do ajustado); c) A afirmação da existência do fato de que decorre o interêsse de agir (inadimplemento, fato determinante da incerteza na ação declaratória)*”⁵⁴⁶.

Nas ações envolvendo direitos absolutos, “*basta a afirmação da relação jurídica (propriedade, usufruto, servidão), a fim de que a ação seja suficientemente identificada. Em especial, na ação de reivindicação basta a afirmação de ser proprietário de determinado objeto a fim de que a identificação seja plena, e não é, com efeito, necessário indicar o fato*

⁵⁴⁵ Cf. Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 16/17. O autor oferece um exemplo concreto suficiente para esclarecer a diferença e a repercussão prática na tomada de posição entre uma e outra acepção: “*Tizio agisce chiedendo la condanna di Caio al pagamento di una somma quale corrispettivo di un atto giuridico compiuto a favore di Caio e per la rifusione delle spese incontrate in tale attività. Siffata impostazione della domanda è fondata su una prospettazione fattuale, idonea a sorreggere una condanna sia in base a mandato que a negotiorum gestio. Viceversa, la necessità di indicare il rapporto giuridico – seconda accezione del termine ‘fatto giuridico’ – importa che l’azione debba essere specificata per ciascun titolo sostanziale e divenire diversa in virtù di questo*” (p. 17). Como não é difícil perceber, embora o fato jurídico possa dar lugar à condenação com fundamento no mandato ou na gestão de negócios, essas relações jurídicas são autônomas e não se confundem, de modo que se pode dizer que igualmente diversos e autônomos são os direitos que amparam a possível condenação.

⁵⁴⁶ Daqui a ideia de divisão da *causa petendi* em um aspecto ativo e outro passivo, conforme o tema é tratado, entre outros, por Marco Tullio Zanzucchi (*Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, Milano: Società Editrice Libreria, 1916, p. 330 e ss.), na Itália, e por José Carlos Barbosa Moreira (*O novo processo civil brasileiro*, 19ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 15 e ss.), no Brasil

*jurídico em virtude do qual se tornou proprietário; isso pode ser necessário para provar a existência da relação jurídica de propriedade, não, porém, para identificar a ação. (...). Por conseguinte, a causa na ação de reivindicação não é um ou outro modo de aquisição, mas o fato atual da propriedade; a questão jurídica versa sempre sobre a existência do direito de propriedade, ainda quando a questão lógica se restrinja ao ponto, por exemplo, de se houve ou não compra e venda. Não há mudança de ação quando se passa de um título de aquisição a outro*⁵⁴⁷. Nas ações envolvendo direitos de obrigação, “*não basta indicar a relação jurídica para que possa dizer-se identificada a ação. São, efetivamente, concebíveis diversas relações de obrigação com conteúdo idêntico: de cada um dêles nasce uma obrigação de prestação diferente (saepius autem deberi potest). Daí a necessidade de indicar, também, o fato constitutivo de que proveio a relação jurídica para o fim de a diferenciar das outras possíveis relações jurídicas de conteúdo idêntico*”⁵⁴⁸.

Tendo em conta essa proposta, que alinha Chiovenda em traços gerais à teoria da individualização⁵⁴⁹, seria lógico concluir-se que o autor, ao fazer elemento determinante do seu conceito de *causa petendi* a “*afirmação da existência de uma relação jurídica*”, cuja natureza deve ser expressamente declinada (“*propriedade, compra e venda, mútuo, locação, mandato e semelhantes*”), haveria tomado posição em favor da segunda acepção da expressão “*fato jurídico*” acima aludida – que entende por fato jurídico a afirmação de um fato diretamente conectado com o suporte fático da norma jurídica constitutiva (*fattispecie*) da relação jurídica substancial deduzida em juízo. Com efeito, dado que Chiovenda afirma ser a *causa petendi* identificada pela afirmação de existência de uma relação jurídica, o fato jurídico deve reportar-se diretamente a essa relação afirmada, e não a outra, que do fato afirmado potencialmente possa ser intuída. “*Fato jurídico*” (e, por conseguinte, *causa petendi*), a partir dessa definição, não é o fato alegado pelo autor em sustentação à afirmação de que foi estipulado um contrato de mútuo, por exemplo, mas o fato alegado enquanto e tão somente em respeito à relação jurídica de mútuo afirmada⁵⁵⁰. Daí a necessidade de que a relação jurídica deduzida seja devidamente precisada.

⁵⁴⁷ Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, volume I, p. 360/361.

⁵⁴⁸ Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, volume I, p. 361/362.

⁵⁴⁹ Gian Franco Ricci, “*Individuazione*” o “*sostantazione*” *nella riforma del processo civile*, p. 1.229, nota 3. Ernesto Heinitz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, p. 147/148. José Rogério Cruz e Tucci (*A causa petendi no processo civil*, p. 112) afirma que “*na Itália, a teoria da individualização encontrou em Chiovenda obstinado defensor*”. Giancarlo Gianozzi (*La modificazione della domanda giudiziale*, p. 55) com razão afirma que Chiovenda é “*“individuazionista” più nelle premesse che nei risultati*”.

⁵⁵⁰ Ernesto Heinitz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, p. 150.

Caso a expressão “fato jurídico” devesse ser assim entendida, então não poderia haver dúvida de que, para Chiovenda, o demandante, ao propor a ação, teria o ônus de deduzir tanto o fato quanto a sua respectiva qualificação jurídica, ambos importando (e concorrendo) para a exata determinação da *causa petendi*. Essa conclusão decorre da noção, já trabalhada, de que um mesmo fato pode servir a mais de uma *fattispecie* normativa, abrindo margem para que seja originada uma pluralidade de relações jurídicas substanciais, autônomas e diversas entre si, mas eventualmente tendentes a um mesmo resultado ou efeito jurídico. Trata-se do caso típico de concurso de direitos ou pretensões⁵⁵¹. Havendo relações jurídicas substanciais concorrentes decorrentes do mesmo fato e tendentes ao mesmo resultado, apenas a qualificação jurídica atribuída pelo demandante ao fato jurídico afirmado poderia determinar qual a relação jurídica a que se reporta a ação intentada. E se, para Chiovenda, é necessário que a *causa petendi* veicule a afirmação de existência de uma determinada relação jurídica substancial para a qual se requer proteção, então a precisa identificação da *causa petendi* não poderia prescindir da devida declinação, pelo demandante, da qualificação jurídica do fato reportado quando esse fato puder dar origem a mais de uma relação jurídica substancial propensa a gerar efeitos jurídicos equivalentes.

Feito esse raciocínio, seria de se imaginar que Chiovenda, em decorrência lógica do conceito de *causa petendi* que propôs, não deixaria de lado a importância da qualificação jurídica do fato para a determinação do objeto da ação. Não é, contudo, essa a posição que o autor assume. Na mesma obra, o processualista italiano afirma textualmente: “*Individua-se e identifica-se a ação por meio dos elementos de fato que tornaram concreta a vontade da lei, e não pela norma abstrata de lei. Por consequência, a simples mudança do ponto de vista jurídico (ou seja, a invocação duma norma diferente no caso de que um fato possa incidir em diferentes normas de lei) não importa diversidade de ações; é lícita, portanto, assim à parte como ao juiz*”⁵⁵². Com essa afirmação, inconciliável com a própria formulação do autor sobre

⁵⁵¹ Cf. Enrico Tullio Liebman, *Azioni concorrenti*, in *Problemi del processo civile*, Napoli: Morano, 1962, p. 58. Veja-se, para ilustrar essa hipótese, o exemplo citado por Canova, *supra*.

⁵⁵² Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, volume I, p. 358. Em ensaio precedente, tratando da mesma temática, Chiovenda afirmara: “*Ciò che la regola ‘ne ultra petita’ vieta certamente al giudice è dunque la sostituzione di fatti costitutivi tali da individuare una nuova azione, a quelli fatti valere dalla parte. L’azione s’individua per il fatto e non per la norma di legge; se dunque uno stesso fatto cade sotto diverse norme, il mutamento del punto di vista giuridico, come è lecito alla parte rispetto alle sue precedenti domande, come non esclude la eccezione di cosa giudicata, così è permesso al giudice. È anzi dovere del giudice esaminare la domanda sotto ogni possibile aspetto giuridico (narra mihi factum, narro tibi ius). È quindi concordemente ritenuto che il giudice possa ‘nel campo del puro diritto’ supplire alle parti (...). Se dunque l’attore argomenta da norme di legge inesistenti o mal apprese, il giudice applicherà tuttavia le norme del caso, purchè l’oggetto della domanda non sia modificato. (...). Così è se si tratti della diversa definizione giuridica di uno stesso fatto, quando le conseguenze non mutano*” (Giuseppe Chiovenda, *Identificazione delle azioni. Sulla regola ‘ne eat iudex ultra petita partium’*, p. 167).

os elementos de constituição da *causa petendi*⁵⁵³, a expectativa de resolver a referida ambiguidade sobre o sentido da expressão “fato jurídico” é frustrada em boa medida. Expõe-se, então, em boa parte, a fragilidade sistemática do pensamento de Chiovenda sobre o tema.

Ao dizer emprestar relevância quase exclusiva ao fato alegado para determinar a *causa petendi*, negando que a variação de sua qualificação jurídica possa conduzir à alteração da ação exercida – ideia que estaria destinada a granjear diversos adeptos, notadamente no direito brasileiro –, Chiovenda distancia-se da noção de fato jurídico como *fattispecie* de uma norma que identifica a constituição de uma dada relação jurídica substancial afirmada em juízo, para aproximar-se da ideia de fato jurídico enquanto fato histórico, valorado juridicamente em função exclusiva da tutela pretendida. Essa última acepção da expressão “fato jurídico”, porém, nem sempre permite a referência a uma específica e necessária relação jurídica substancial, impossibilitando, assim, em determinados casos a individualização de modo preciso da relação jurídica afirmada existente. Desse modo, dificulta-se ou deixa-se sem sentido a exigência feita pelo próprio processualista italiano de que o demandante, na *causa petendi* da ação proposta, afirme a existência de uma dada relação jurídica. Sem que se dê importância para a qualificação jurídica do fato narrado, por vezes será impossível identificar qual seja a relação jurídica afirmada existente e cuja tutela o demandante reclama, impondo ou que se admita a dedução em conjunto de todas as relações jurídicas concorrentes originadas do mesmo fato – mesmo que, eventualmente, a elas não faça referência o autor ao propor a demanda – ou que se abandone a tentativa de identificação precisa da ação intentada.

A oscilação do pensamento de Chiovenda faz-se ver de modo ainda mais claro quando o autor coloca em análise a noção de *causa petendi* que propõe para as ações constitutivas. Tendo em vista essa espécie de ações, afirma o processualista italiano: “*Neste domínio, o bem por identificar consiste, não no simples efeito jurídico a que se tende, que é o objeto (resolução, anulação e semelhantes), mas nesse efeito, relacionado com o fato do qual é remédio ou sanção (inadimplemento, lesão, erro, dolo). De sorte que, em havendo diversos fatos que dão direito a uma ação de anulação, na realidade se contam outras tantas ações quantos são os fatos que lhe dão origem. Diremos, pois, que a causa da ação é o fato constitutivo do direito à mudança jurídica. A vontade de impugnar, referente a uma causa, não se refere a uma outra (nem é lícito distinguir entre causas próximas ou não): rejeitada uma ação de impugnação, pode-se propor a mesma impugnação por outra causa, mesmo de gênero próximo (por exemplo, por um vício de consentimento que não o alegado na primeira*

⁵⁵³ Ernesto Heinitz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, p. 185.

*ação). Na apelação, não é possível alegar-se uma causa de impugnação (por exemplo, captação) diversa da que se alegou em primeiro grau (por exemplo, enfermidade mental do testador). (...). Com mais forte razão, o juiz que passa de uma causa a outra decide ultra petita*⁵⁵⁴.

Se a exigência para que se tenha por identificada a *causa petendi* nas ações (des)constitutivas é de alegação de um fato que corresponda, por exemplo, ao suporte fático de um dado vício de vontade (“*lesão, erro, dolo*”), é de se concluir que, para Chiovenda, deve ocorrer a específica dedução em juízo do direito à desconstituição que o demandante faz valer. O direito à desconstituição fundado em erro, dentro dessa noção, é autônomo e diverso daquele fundado em dolo, o que faz com que a *causa petendi* da ação que busca a desconstituição do negócio jurídico por erro não se confunda com a *causa petendi* de outra ação que busque a desconstituição do mesmo negócio jurídico fundada, porém, em dolo, tornando semelhantes, mas inconfundíveis, essas duas ações.

Ao propor que a *causa petendi* nas ações constitutivas seja dessa forma encarada, não se pode duvidar de que Chiovenda volta a aproximar-se da ideia de fato jurídico enquanto *fattispecie* normativa. O problema, contudo, novamente surge quando se está diante da alegação de um fato que pode corresponder ao suporte fático de mais de um vício de vontade. Não fica claro, nesse caso, se a *causa petendi*, para Chiovenda, por ser somente o fato jurídico, abrangeria todos os direitos autônomos à desconstituição que admitem em seu suporte fático o fato afirmado ou se, pelo contrário, de algum modo (outro, que não a qualificação jurídica, pois, para Chiovenda, a princípio, o ponto de vista jurídico não é determinante) haveria necessidade de determinar-se o direito potestativo que se faz valer.

Essa dúvida ganha proporção quando se tem em conta a afirmação feita por Chiovenda – não de modo específico em relação às ações (des)constitutivas, mas de modo geral, e que, então, pode ser tomada como extensível a essa sede. Disse o autor: “*Se os elementos afirmados e provados pelo autor não esgotam todos os extremos da ação intentada, mas bastam para outra ação de conteúdo não maior, não é possível, entretanto, negar-se ao juiz, como não se negaria à parte, passar de uma à outra (actio mandati, gestão de negócio, enriquecimento indevido). O haverem duas causas em comum um elemento da causa petendi não basta, por certo, a excluir a sua diversidade (ação possessória e petítoria); basta, contudo, quando aquele elemento é que confere individualidade à ação; em tal hipótese, as*

⁵⁵⁴ Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, volume I, p. 363. E continua o autor: “*Aos possíveis inconvenientes dessa reiteração indefinida de processos pode o réu obviar com o pedido, por via reconvenção, de uma sentença que declare válido o ato em geral*”.

*duas ações coincidem e só diferem no nome; pode então haver concorrência de normas, não de ações*⁵⁵⁵.

Trazendo esse pensamento para o campo das ações constitutivas, pode-se ver claramente a falta de unidade sistemática das proposições do insigne processualista. O caso dos direitos potestativos à desconstituição fundados em erro e em dolo, pela evidente proximidade dos elementos que os caracterizam, é emblemático a esse respeito. Suponha-se que, intentada ação desconstitutiva de negócio jurídico fundada em dolo, haja o autor provado a presença de todos os elementos que caracterizam esse tipo de vício de vontade, à exceção da deliberada intenção do réu de iludir o autor e induzi-lo ou mantê-lo em erro. Nada obstante não subsista o direito à desconstituição do negócio por dolo, tem-se, porém, por provados os elementos caracterizadores do erro no negócio. Nesse caso, é de se perguntar se seria possível ao autor requerer a procedência da demanda por erro e se o juiz estaria autorizado a acolhê-la com base nesse fundamento. Tendo-se em conta o conceito de *causa petendi* proposto por Chiovenda para as ações (des)constitutivas – que seria o fato constitutivo do direito à mudança jurídica, referente à vontade de impugnar com base em uma causa específica –, a resposta seria negativa. A passagem de uma a outra modalidade de vício de vontade, na medida em que cada uma é autônoma e diferenciável, podendo dar suporte a ações igualmente autônomas e diferentes, impediria a modificação, pela evidente alteração do título que fundamenta a ação. Contudo, a última passagem transcrita da obra do autor, que sugere algo como o “aproveitamento” da ação proposta quando, mesmo na ausência de prova de um dos elementos constitutivos do direito ou relação jurídica afirmados, encontrarem-se provados todos os elementos de um direito de conteúdo semelhante, mas não maior, levaria a uma resposta positiva. Nesse caso, para Chiovenda, as ações coincidiriam e, por isso, seriam uma só, diferindo apenas no nome. Não haveria verdadeira concorrência de ações, mas tão apenas concorrência de normas⁵⁵⁶.

Essa solução, todavia, mostra-se a nosso ver novamente inconciliável com o conceito de *causa petendi* proposto e com a proibição de sua alteração no curso da causa. Nada obstante o declarado intento do autor de tentar acomodar os “*princípios explanados*” com o “*princípio da economia dos processos, no sentido de que a pendência do processo faz surgir a natural tendência a utilizá-lo o mais possível*”⁵⁵⁷, esse objetivo é colocado em prática com prejuízo grave da unidade conceitual de sua construção.

⁵⁵⁵ Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, volume I, p. 359.

⁵⁵⁶ Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, volume I, p. 359.

⁵⁵⁷ Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, volume I, p. 364.

A verificação da unidade ou da concorrência de ações, como já destacou a doutrina, constitui a natural implicação de uma teoria sobre a identificação de ações, oferecendo o melhor campo de testes sobre a validade aplicativa dos resultados conceituais conseguidos⁵⁵⁸. Nesse teste, pelas razões expostas, não passa a sistematização de Chiovenda. Como se pode intuir, os problemas de consistência do pensamento do processualista italiano reportam-se à hipótese típica de concurso de ações⁵⁵⁹, quando, entre as mesmas pessoas e visando ao mesmo resultado, duas ou mais ações tenham, na comparação, causas diversas. Nesse caso, é permitido ao demandante “*alegar uma ou outra ação separadamente*”, havendo “*mudança de demanda se se passa de uma à outra*” ação – é dizer, se se passa de uma a outra causa⁵⁶⁰. Justamente, é negada por Chiovenda a possibilidade de que haja concurso de causas – e, portanto, concurso de ações – na hipótese em que “*o mesmo fato pode incidir em normas diferentes e se trata de averiguar qual é a aplicável*”⁵⁶¹. Nessas situações, o processualista italiano afirma haver tão somente “*concurso de normas*”, autorizando o juiz, em qualquer desses casos, a decidir – “*e de ofício (iura novit curia (...))*”⁵⁶² – pela incidência da norma que entenda aplicável⁵⁶³. Exemplifica, então, o seu pensamento: “*Tal é o caso do concurso aparente, por exemplo, da ação aquiliana com as ações contratuais, quando também o vínculo obrigatório implique diversas responsabilidades (...). A ação, aí, é uma só: visa ao ressarcimento dos danos e tem por causa o fato danoso; este pode qualificar-se pelo vínculo contratual, mas a responsabilidade é uma só, a derivante do fato qualificado, e não se pode pleitear com dois processos sucessivos, só porque num se afirma a qualificação e no outro,*

⁵⁵⁸ Cf. Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 27.

⁵⁵⁹ Cf. Enrico Tullio Liebman, *Azioni concorrenti*, p. 58.

⁵⁶⁰ Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, volume I, p. 364. Nada obsta, naturalmente, a cumulação de causas (e, portanto, a cumulação de ações) no mesmo processo, desde que isso advenha de ato do autor.

⁵⁶¹ Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, volume I, p. 367.

⁵⁶² “*Riguardo a quest’ultima operazione [la determinazione e l’accertamento delle norme da applicare] l’attività del giudice non ha limiti (iura novit curia): e come si è già osservato, non le occorre alcuna speciale domanda della parte, nè l’accordo delle parti può in alcun modo coartarla*” (Giuseppe Chiovenda, *Identificazione delle azioni. Sulla regola ‘ne eat iudex ultra petita partium’*, p. 174)

⁵⁶³ Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, volume I, p. 367. Em ensaio anterior, já havia afirmado o autor a esse respeito: “*L’aver due azioni comune un elemento della causa petendi non basta certamente ad escludere la diversità loro (azione possessoria e petitotia): ma allora basta, quando è quell’elemento che confersce individualità all’azione; in tal caso le due azioni coincidono e non differiscono che di nome; vi è concorrenza di norme, non di diritti. Tale è il caso della’apparente concorso ad es. dell’azione aquiliana colle azioni contrattuali, quando pure il vincolo obbligatorio importi diverse responsabilità (responsabilità per colpa o senza colpa; culpa levis in abstracto o in concreto). L’azione è qui una sola; essa tende al risarcimento dei danni ed ha per causa il fatto danoso: questo può essere qualificato dal vincolo contrattuale, ma la responsabilità é una sola, quella derivante dal fatto qualificato, e non può perseguirsi con due successivi giudizi, sol perchè in uno si affermi la qualifica, nell’altro no*” (Giuseppe Chiovenda, *Identificazione delle azioni. Sulla regola ‘ne eat iudex ultra petita partium’*, p. 167).

não”⁵⁶⁴. Conclui dizendo que, tal como no caso, frequentemente se fala de ações diversas, “onde não se trata senão de diversas normas relativas a um único fato”⁵⁶⁵.

A solução exposta pelo autor ao ter em vista esse recorrente fenômeno do concurso entre responsabilidade contratual e extracontratual decorrentes do mesmo evento aparece em franco contraste com a sua teoria a respeito da *causa petendi*. Veja-se, a esse respeito, a opinião de Cerino Canova: “*Se bisogna indicare il rapporto da cui deriva il diritto fatto valere*”, tal como propõe Chiovenda no trecho acima visto, “*le azioni per le due responsabilità divergono in un elemento essenziale, sono dunque distinte e concorrenti*”⁵⁶⁶. No mesmo sentido é a opinião de Ernesto Heinitz: “*La presa di posizione del Chiovenda di fronte al problema del concorso di azioni e di sole norme (...) può basarsi, a nostro parere, soltanto sulla premessa che causa petendi è il mero fatto costitutivo in senso proprio; altrimenti egli dovrebbe sostenere esistente un concorso di azioni e non di norme nell’azione ex contractu ed ex conditione*”⁵⁶⁷. Como ressaltado, mal se acomoda a solução dada por Chiovenda ao conceito de *causa petendi* que propõe. A conclusão a que chega não pode ser admitida senão pelo desprezo da diversidade de causas em favor de que seja dado maior prestígio relevo ao acontecimento histórico único e ao escopo igualmente idêntico da(s) ação(ões) em tal caso.

A partir dessas análises, é possível bem identificar o contraste entre o sistema conceitual proposto por Chiovenda e o viés pragmático que busca imprimir à sua teoria. Essa sensibilidade aplicativa que pontualmente prevalece sobre a harmonia e a rigidez teórica é a tentativa de dar solução ao complicado equilíbrio entre a visão unitária e abstrata de sua teoria com a pontual tentativa de acomodamento das soluções ao ter em vista situações particulares específicas⁵⁶⁸. Objetivo que não é alcançado, todavia, senão com o sacrifício da própria unidade teórica de sua doutrina, não evitando o rompimento do equilíbrio perseguido⁵⁶⁹.

⁵⁶⁴ Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, volume I, p. 367.

⁵⁶⁵ Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, volume I, p. 368.

⁵⁶⁶ Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 20/21.

⁵⁶⁷ Ernesto Heinitz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, p. 150, nota 1. E conclui o autor, desvelando a incoerência do pensamento de Chiovenda: “*Ma dubitiamo se con ciò si possa conciliare il ravvisare nell’azione di rivendicazione la causa petendi nella proprietà, anzichè nel fatto costitutivo di essa*”.

⁵⁶⁸ Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 21.

⁵⁶⁹ Mantendo as soluções aplicativas que propõe, a harmonização desejada por Chiovenda apenas poderia ser atingida acaso o processualista italiano entendesse conceitualmente que o fato jurídico colocado em causa pelo autor seria um fato histórico, juridicamente coordenado apenas em função do resultado pretendido – e não em função de uma relação jurídica (ou direito) substancial afirmada existente. Nesse caso, não haveria prejuízo teórico de que a mudança do ponto de vista jurídico levasse à troca da relação jurídica (ou direito) substancial que suporta o julgamento de procedência, na medida em que o resultado alcançado manter-se-ia inabalado. Essa solução, contudo, tem necessariamente de partir de bases teóricas próprias, que não são livres de problemas igualmente sérios (o afastamento do direito material é um deles), como será visto mais adiante.

3.2.2. A doutrina da identificação das ações nas orientações contemporânea e sucessiva a Giuseppe Chiovenda.

Conforme se pôde ver da exposição sintética do pensamento de Chiovenda, é a *causa petendi* o elemento cuja conceituação e aplicação mostram-se mais complexas e controvertidas⁵⁷⁰, além de especialmente desafiantes, na teoria da identificação das ações, atraindo quase que totalmente as atenções dos estudiosos do tema⁵⁷¹. Como refere Calamandrei, “*nella pratica il problema della identificazione delle azioni si presenta piuttosto como problema di identificazione delle ‘cause’*”⁵⁷². Por óbvio, não apenas os dois mestres italianos, mas boa parte da literatura processual que lhe foi contemporânea e sucessiva, dedicou-se ao estudo desse que é o elemento fulcral da ação, na tentativa de dar-lhe definitiva conformação. O panorama oferecido nas linhas seguintes de algumas das principais elaborações dessa extensa gama de trabalhos sobre o tema abrirá a oportunidade para que sejam identificadas algumas das principais contribuições oferecidas pela doutrina italiana sobre o problema da determinação da demanda e de seu conteúdo sob a ótica da ação, focando a importância ou não do elemento jurídico da causa nesse particular.

Será de notar-se, como tendência de fundo no tratamento da *causa petendi* por essas doutrinas, a tomada de posição (mesmo não declarada ou consciente) dos principais autores em relação àquela dupla possibilidade de sentidos para a expressão “fato jurídico” existente na obra de Chiovenda. Com efeito, pode-se em linhas gerais perceber na literatura uma divisão entre uma parcela de autores que atribui relevo ao evento histórico narrado e colocado em relação apenas com a obtenção do escopo pretendido no processo e outra que defende deva haver a indicação precisa da *fattispecie* normativa constitutiva do direito deduzido como fundamento do pedido formulado⁵⁷³. No primeiro sentido, fala-se em fato jurídico enquanto

⁵⁷⁰ “Complexa em razão do inescandível desafio para se esquadriñar um conceito acerca do elemento causal da pretensão, estabelecendo qual o seu conteúdo e quais os seus efeitos. Controvertida, em virtude de ser possível afirmar que, nas últimas décadas, cada autor que tratou do assunto tem encontrado soluções próprias, discrepantes, não poucas vezes, de resultados anteriormente atingidos, e dando, assim, margem para a construção de inúmeras teorias” (José Rogério Cruz e Tucci, *A denominada “situação substancial” como objeto do processo na obra de Fazzalari*, p. 271/272).

⁵⁷¹ “Lo studio della c. petendi forma uno degli aspetti più cospicui della elaborazione compiuta e sovrasta nettamente l’attenzione sugli altrui elementi della teoria dei tria, soggetti e petitum” (Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 22). No mesmo sentido, Giancarlo Gianozzi, *La modificazione della domanda*, p. 16.

⁵⁷² Piero Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile*, volume 1,

⁵⁷³ Consoante refere Giancarlo Gianozzi (*La modificazione della domanda*, p. 26), “c’è chi accogliendo una nozione ampia di ‘fatto’, vi comprende tutti quegli episodi che valgono, storicamente, a creare una certa situazione; e così attribuisce scarso rilievo alla modificazione l alla sostituzione, in corco di giudizio, di tali

fato suscetível de valoração jurídica no curso processo; no segundo, em fato jurídico enquanto fato valorado juridicamente previamente ao processo. Para aludir a esse fracionamento de posições a doutrina italiana costuma invocar, de modo geral, o contraste entre as teorias da substanciação e da individualização⁵⁷⁴, revelando o intenso fascínio existente entre os processualistas peninsulares por essa contraposição⁵⁷⁵.

Para além de verificar a adesão mais ou menos forte da doutrina de um ou outro autor a essas teorias, o objetivo dessa parte do estudo é identificar tendências gerais sobre as posições conceituais e as soluções aplicativas oferecidas ao problema da identificação das ações, o que será de particular interesse para a compreensão do tratamento dado ao tema pela doutrina brasileira formada a partir do Código de Processo Civil de 1973.

3.2.2.1. Liebman e a concorrência de ações.

A análise da literatura italiana pode ter início pela aproximação ao pensamento de Enrico Tullio Liebman, um dos mais notáveis discípulos de Chiovenda, cuja elaboração teórica recebe sempre (e compreensivelmente) especial atenção do público brasileiro⁵⁷⁶.

Partindo da noção básica de que “*é a ação que configura e fixa o objeto do processo*” no momento em que a demanda é proposta, Liebman também elege a comparação dos três tradicionais elementos – partes, causa de pedir e pedido – como forma de identificação das ações⁵⁷⁷. Caracteriza a *causa petendi* como “*o fato jurídico que o autor coloca como fundamento do seu pedido (...), o título da ação (...)*”, que pode variar “*conforme as diversas categorias de direitos e ações*”⁵⁷⁸. “*Fatos jurídicos*” seriam os “*fatos aos quais o direito associa a constituição, modificação ou extinção de uma relação ou estado jurídico,*

episodi considerati quali antecedenti storici e, infine, circostanze utili a provare il rapporto giuridico dedotto. C'è chi – all'opposto – accetta una nozione del 'fatto' già filtrata dalla identificazione con la specie legale controversa”.

⁵⁷⁴ Nesse sentido, por exemplo, Giancarlo Gianozzi (*La modificazione della domanda giudiziale*, p. 35): “*Tutte le dispute insorte sui concetti di 'fatto' e di 'rapporto giuridico', traggono origine dalle due tradizionali teorie create dalla scienza processualistica tedesca, conosciute sotto il nome di 'teoria della sostanziazione' e 'teoria della individuazione'”.*

⁵⁷⁵ Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 35. Conforme visto *supra*, na Alemanha do final do século XIX e início do século XX a contraposição entre substanciação e individualização acabou por restringir-se ao debate sobre os elementos que formam a causa de pedir nas ações envolvendo direitos absolutos (para os defensores da primeira posição, o direito e o respectivo título deveriam ser declinados; para os que se posicionavam a favor da segunda teoria, apenas o direito deduzido em causa seria suficiente). A extensão desse debate a uma perspectiva geral sobre o conceito de causa de pedir – de modo a torná-la aplicável, embora com algumas variações, igualmente aos chamados direitos relativos – é obra sobretudo da doutrina italiana sucessiva, conforme se terá o ensejo de verificar a seguir.

⁵⁷⁶ Ricardo de Barros Leonel, *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*, São Paulo: Método, 2006, p. 64.

⁵⁷⁷ Enrico Tullio Liebman, *Manual de direito processual civil*, volume 1, p. 193 e 196.

⁵⁷⁸ Enrico Tullio Liebman, *Manual de direito processual civil*, volume 1, p. 193.

*distinguindo-se em constitutivos, modificativos, extintivos e impeditivos*⁵⁷⁹. Assim é que, nas ações fundadas em direito absoluto, “*para identificar a ação basta indicar o direito que se afirma existente*”; naquelas oriundas de direitos obrigacionais, “*é necessário indicar o fato constitutivo do qual se pretende deduzir a existência da relação jurídica a que ela se refere*”; e nas ações constitutivas, “*a ação é identificada pelo alegado direito à modificação jurídica, portanto, pelo fato jurídico que lhe deu origem*”⁵⁸⁰.

Não há até aí diferença importante de seu pensamento em relação ao lastro conceitual deixado por Chiovenda⁵⁸¹. O mesmo não ocorre, todavia, no que tange ao tratamento dado pelo autor ao fenômeno do concurso de ações, que é justamente o problema mais sensível de nosso estudo sobre o conteúdo da demanda, a qualificação jurídica da causa e as possibilidades de sua modificação no curso do processo pela aplicação da máxima *iura novit curia*. Consoante afirma, discordando de Carnelutti⁵⁸², o *concursum actionum* ainda é objeto de interesse no direito processual moderno, malgrado a figura se nos apresente, ao menos em seu núcleo central, como *sub specie* de um concurso de direitos no plano material – campo em que precipuamente se há de examinar o fenômeno⁵⁸³. Liebman leciona que dois direitos são ditos concorrentes quando se encontram funcionalmente ligados entre si, “*de modo tal que a satisfação de um deles extingue o outro*”⁵⁸⁴. Nessa situação, “*à identidade de um certo resultado prático, que se tem o direito de conseguir, corresponde uma pluralidade de razões para pretendê-lo, as quais, todavia, embora permaneçam autônomas e tuteláveis separadamente, não permitem que se obtenha aquele resultado mais de uma vez*”⁵⁸⁵. É dizer: satisfeito um dos direitos concorrentes, extingue-se necessariamente o outro, que não tem mais razão de ser uma vez alcançado o fim por ambos perseguido.

⁵⁷⁹ Enrico Tullio Liebman, *Manual de direito processual civil*, volume 1, p. 165.

⁵⁸⁰ Enrico Tullio Liebman, *Manual de direito processual civil*, volume 1, p. 193/194.

⁵⁸¹ Se alguma diferença de relevo pudesse ser notada, seria de se chamar a atenção, no que tange às ações constitutivas, que para Liebman “*alegado o dolo como vício do consentimento, não se alterará a causa se se alegarem em momentos diversos circunstâncias diferentes, como elementos que devem concorrer para integrar a figura do dolo. Mas passa-se a uma outra causa, se depois for alegada coação ou erro*” (Enrico Tullio Liebman, *Manual de direito processual civil*, volume 1, p. 194/195). É de se ver, assim, que para esse autor (ao contrário de Chiovenda) a modificação das circunstâncias de fato subsumíveis a uma única categoria jurídica capaz de levar ao efeito pretendido não ensejaria modificação da *causa petendi*, que só seria diversa (aqui, na mesma linha do que leciona Chiovenda) se se passasse de um a outro direito potestativo. Nesse sentido, com referência embora ao pensamento de Chiovenda, Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 19.

⁵⁸² Carnelutti (*Teoria giuridica della circolazione*, p. 253) afirmara que “*in diritto moderno non di concorso delle azioni, ma di concorso dei diritti si deve trattare*” (cf. Enrico Tullio Liebman, *Azioni concorrenti*, p. 54).

⁵⁸³ Enrico Tullio Liebman, *Azioni concorrenti*, p. 57.

⁵⁸⁴ Enrico Tullio Liebman, *Manual de direito processual civil*, volume 1, p. 199.

⁵⁸⁵ Enrico Tullio Liebman, *Manual de direito processual civil*, volume 1, p. 199.

O ponto a ser notado no pensamento de Liebman – e, nesse particular, a distinção importante de sua doutrina em relação a Chiovenda – é justamente o tratamento processual dado a esse fenômeno substancial. Fazendo o processo aderir por completo ao direito material, Liebman reconhece que direitos autônomos e tuteláveis separadamente dão lugar a ações (conexas) igualmente autônomas, cada uma capaz de levar, mesmo individualmente, ao resultado pretendido: “*aos direitos concorrentes correspondem outras tantas ações concorrentes*”⁵⁸⁶. À diferença do direito romano, portanto, distinguindo-se hodiernamente entre direito e ação, tem-se em realidade uma duplicação de figuras, de modo que a todo concurso de direitos corresponderá um concurso de ações⁵⁸⁷. Sendo assim, tal como ocorre na esfera do direito material, em que direitos concorrentes, funcionalmente ligados entre si, são extintos pela satisfação de um deles, também as ações concorrentes – derivadas de direitos concorrentes – devem ser extintas se uma delas alcançar o resultado que em conjunto perseguem: “*le azioni concorrenti subiranno la sorte dei diritti a cui corrispondo*”⁵⁸⁸. Exemplifica o autor essa situação com a hipótese do credor depositante de uma coisa determinada ser também dela proprietário, caso em que terá direito à restituição seja pelo contrato de depósito, seja pela propriedade. Restituída a coisa por uma ou outra causa, ambas as pretensões restam extintas. Nesse caso, havendo a propositura de ações (concorrentes) visando à restituição da coisa fundadas na propriedade e no contrato de depósito, haverá identidade de partes e de pedidos, distinguindo-se as ações pela diversidade de causas de pedir⁵⁸⁹ – isto é, pela diversidade dos direitos (concorrentes) postos como fundamento de cada demanda.

Liebman, contudo, não percebe no direito deduzido a partir da narração fática o móvel identificador da *causa petendi* de uma e outra dessas ações. Diferentemente disso, embora não debata expressamente a questão, tudo indica que o autor vê no “fato constitutivo” afirmado enquanto evento histórico, sem necessária conexão com uma dada *fattispecie* normativa, o

⁵⁸⁶ Enrico Tullio Liebman, *Manual de direito processual civil*, volume 1, p. 199.

⁵⁸⁷ Enrico Tullio Liebman, *Azioni concorrenti*, p. 57.

⁵⁸⁸ Enrico Tullio Liebman, *Azioni concorrenti*, p. 57. A explicação desse fenômeno é dada pelo próprio autor: “*Se è vero infatti che il semplice esercizio di un’azione non influisce sulle altre, è anche vero però che una volta conseguita la sentenza di condanna in base ad una di esse, le altre non possono più proporsi anche prima che sia intervenuto il soddisfacimento. Perché? Non vale a dire che venga meno il petitum (...), poichè non è affatto impossibile né logicamente, né giuridicamente che, ad esempio, l’emittente di una cambiale sia costretto a pagare due volte la stessa somma, e il debitore di una cosa determinata sia costretto a restituirla ed anche a risarcirne il valore. Ancor meno può invocarsi l’eccezione di cosa giudicata o il principio bis de eadem res ne sit actio, perchè manca l’eadem res, la diversità di causa petendi essendo sufficiente ad escludere l’applicazione degli art. 1350 e 1351 cod. civ. Se ne ha la conferma nel fatto che se l’azione A è rigettata, nulla impedisce che si proponga l’azione concorrente B. È solo in caso di accoglimento dell’azione A, che l’azione B diventa improponibile, e ciò avviene per mancanza d’interesse ad agire (...)*” (p. 61).

⁵⁸⁹ Enrico Tullio Liebman, *Azioni concorrenti*, p. 58/59.

núcleo do conceito de *causa petendi* que propõe. Essa percepção fica evidente ao se ter em conta que, para Liebman, a valoração jurídica do fato não seria elemento integrante ou mesmo determinante da *causa petendi*, visto que, segundo afirma, é o juiz o responsável por “*escolher e individualizar as normas aplicáveis ao caso, interpretá-las corretamente e, por fim, fazer a sua precisa aplicação concreta*”⁵⁹⁰. Embora negue conceitualmente a importância da qualificação jurídica como elemento de individualização da *causa petendi*, Liebman de certa forma não deixa de reconhecer, ao tratar do concurso de ações, a possibilidade de que vários direitos concorrentes se originem de uma mesma situação de fato: “*Talora la lesione del diritto che determina il sorgere di una azione si concreta in una fattispecie più complessa del normale, risultando composta di una pluralità di elementi, ciascuno dei quali sarebbe sufficiente a determinare una lesione, ma tuttavia convergenti e sovrapposti in modo che nel caso specifico tutti quanti insieme danno luogo ad una sola ed unica lesione. Allora a ciascuno di questi elementi corrisponde un diritto lesa (e quindi un’azione), ma i vari diritti coesistono in tal modo che con la soddisfazione di uno di essi risultano soddisfatti anche gli altri, perché la lesione, essendo rimasta obiettivamente una ed unica, risulta integralmente riparata*”⁵⁹¹. Essa pluralidade de elementos a que Liebman faz alusão não parece ser outra coisa senão a pluralidade de elementos jurídicos que indicam as lesões a diversos direitos materiais, dando origem a diversas ações com diferentes causas de pedir.

Vê-se, portanto, que embora Liebman parta conceitualmente da ideia de *causa petendi* como fato jurídico, assim entendido o fato constitutivo do direito colocado em relação com o resultado buscado, acaba por aproximar-se, no tratamento da problemática do concurso de ações, da ideia de fato jurídico enquanto *fattispecie* normativa do direito violado e deduzido em juízo como fundamento do pedido formulado.

⁵⁹⁰ Enrico Tullio Liebman, *Manual de direito processual civil*, volume 1, p. 165/166, complementando com a afirmação de que “o juiz, justamente porque julga, é chamado a fazer uma valoração dos fatos do ponto de vista do direito” (p. 167).

⁵⁹¹ Enrico Tullio Liebman, *Azioni concorrenti*, p. 59/60.

3.2.2.2. Zanzucchi e Gianozzi e a relevância exclusiva dos fatos para a determinação da causa petendi.

Na doutrina italiana, o primeiro combate declarado à teoria da individualização da *causa petendi* pode ser encontrado na clássica obra de Marco Tullio Zanzucchi dedicada a examinar o *novum* no juízo de apelação⁵⁹².

Para Zanzucchi⁵⁹³, que igualmente parte da teoria dos *tria eadem*, a *causa petendi* resulta, em sua essência, unicamente dos fatos que justificam a demanda proposta: “*La causa petendi (...) è quel fatto o complesso di fatti che è necessario e sufficiente a dare la ragione della mia pretesa*”⁵⁹⁴. Não haveria que se fazer, quanto a isso, qualquer diferenciação conceitual entre as ações envolvendo direitos absolutos e as ações respeitantes a direitos relativos⁵⁹⁵. Em ambas, para a identificação da *causa petendi*, importaria, mais do que qualquer outra coisa, o fato constitutivo do direito afirmado: “*A individuare la causa petendi non basta (...) indicare il diritto e la natura del diritto (di proprietà, di credito ecc); ma bisogna indicare il fatto, per cui quel diritto si è accentrato in una data persona*”⁵⁹⁶. Resta claro, portanto, que com essa posição Zanzucchi acaba por negar qualquer valor à teoria da individualização, filiando-se aos pressupostos conceituais da teoria da substanciação.

De acordo com Zanzucchi, a correta e precisa determinação da *causa petendi* exige a dedução do “*fatto concreto*”⁵⁹⁷ colocado como fundamento da demanda, a que o processualista italiano chama de “*certificato di nascita*” da pretensão deduzida em juízo⁵⁹⁸. É o fato constitutivo do direito o elemento fulcral e bastante para a determinação da *causa petendi*, segundo sua doutrina. Nessas condições, mudança da *causa petendi* apenas poderia haver com a modificação do fato constitutivo concreto do qual o demandante afirma originar

⁵⁹² Marco Tullio Zanzucchi, *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello, passim*. Assim, Giancarlo Gianozzi, p. 36, também referido por José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil brasileiro*, p. 122.

⁵⁹³ Que distingue entre os elementos ativo (“*un diritto*”) e passivo (“*un stato di fatto contrario al diritto stesso*”) da *causa petendi* (Marco Tullio Zanzucchi, *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, p. 331).

⁵⁹⁴ Marco Tullio Zanzucchi, *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, p. 336.

⁵⁹⁵ “*E invero, per quanto riguarda la causa petendi, non è a fare alcuna differenza tra rapporti reali e rapporti obbligatori. Riguardo agli uni e riguardo agli altri la ragione del chiedere non è specificata con la semplice enunciazione del diritto. La specificazione si ha soltanto quando è indicato il fatto che ha posto in essere il diritto, e il fatto non in astratto, ma in concreto*” (Marco Tullio Zanzucchi, *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, p. 335).

⁵⁹⁶ Marco Tullio Zanzucchi, *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, p. 335/336.

⁵⁹⁷ Para Zanzucchi, não basta a alegação de um “*fatto in astratto (deposito, compravendita ecc)*”, sendo necessária a dedução do “*fatto in concreto (quel tale deposito, quella tale compravendita ecc)*” que dá origem ao direito (Marco Tullio Zanzucchi, *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, p. 335/336).

⁵⁹⁸ Marco Tullio Zanzucchi, *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, p. 336.

a sua pretensão. Alterado o fato, muda-se o próprio direito “*fatto valere in giudizio*”, modificando-se a *causa petendi* da ação⁵⁹⁹.

Nenhuma relevância para a determinação da *causa petendi* teria o que Zanzucchi qualifica de simples “*nomen iuris*” atribuído pelo demandante ao fato deduzido⁶⁰⁰. Não se poderia falar em modificação da *causa petendi* se não houver modificação do fato constitutivo da ação⁶⁰¹. Sempre que o fato permaneça igual e seja bastante para justificar a pretensão, a *causa petendi* não irá variar pela alteração de sua qualificação jurídica. O próprio autor fornece exemplos paradigmáticos de seu pensamento nesse tocante: “*Così se ho domandato il rimborso di spese fatte per altri per mandato, posso in appello agire per gestioni di affari, perchè il significato della pretesa è una parte del precedente, ed è anche da solo sufficiente a findare la mia domanda alle spese. Alla stessa guisa posso benissimo, avendo agito per la restituzione della cosa venuta, a cagione della nullità della vendita, per esser io stato dolosamente raggirato dal convenuto per lo stato di ubbriachezza in cui mi trovavo, agire in appello per vizio di mente, purchè questo risulti dallo stesso stato di ubbriachezza*”⁶⁰². Nessas duas situações, nada obstante haja modificação do “*mezzo giuridico*” e/ou do “*vizio fatto valere*”, não se teria propriamente alteração do fato jurídico constitutivo da pretensão⁶⁰³ – aqui entendido como simples fato histórico, narrado em vista ao resultado pretendido, e não como integrante de uma dada *fattispecie* normativa. Uma vez que, para sua doutrina, “*l’apprezzamento del materiale di causa – e così in fatto come in diritto – che compiano le parti, non costituisce un limite ai poteri del giudice; il quale può liberamente ricostruire il fatto sul materiale offertogli, così come supplire alle parti nel campo del puro diritto*”, a modificação da qualificação jurídica dos fatos narrados não teria o condão de modificar a demanda exercida⁶⁰⁴. O elemento jurídico da demanda, segundo Zanzucchi, nenhuma influência tem na determinação da *causa petendi*.

⁵⁹⁹ Marco Tullio Zanzucchi, *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, p. 335. Nada obstante empreste relevância exclusiva ao fato, não deixa de ser sintomático que o processualista italiano, em diversas passagens, conecte a mudança do fato constitutivo à modificação do direito afirmado em juízo – o que sugere que o fato constitutivo não tem importância final, mas instrumental, para identificação do direito para o qual se requer proteção. Entre diversos exemplos, o que segue: “*mutando il fatto, si dirà che il diritto, ch’io faccio valere, non è più quello stesso, ma un altro*” (p. 335).

⁶⁰⁰ Marco Tullio Zanzucchi, *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, p. 336.

⁶⁰¹ Marco Tullio Zanzucchi, *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, p. 337.

⁶⁰² Marco Tullio Zanzucchi, *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, p. 337/338.

⁶⁰³ Marco Tullio Zanzucchi, *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, p. 338.

⁶⁰⁴ Marco Tullio Zanzucchi, *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, p. 337.

Nessa mesma linha, embora com algumas importantes diferenças conceituais⁶⁰⁵, aparecem as ideias de Giancarlo Gianozzi, que igualmente dedicou importante monografia ao tratamento do problema da identificação das ações e da modificação da demanda no curso do processo⁶⁰⁶. Admitindo que “*una nozione più rigorosa o più stesa della domanda, può determinare diversissimi risultati*” e que, dessa forma, “*non si dovrà indifferentemente parlare di ‘fatto giuridico costitutivo’ e di ‘rapporto giuridico’, essendo necessario attribuire all’uno e all’altro concetto un ben distinto contenuto e una ben diversa posizione nel processo*”⁶⁰⁷, Gianozzi propõe-se a analisar criticamente esses conceitos para a definição dos limites objetivos da demanda e dos elementos essenciais para a determinação da *causa petendi*.

Tendo em conta o direito positivo italiano⁶⁰⁸ e asseverando que o “*art. 163 n. 4 c.p.c. individua la causa petendi nella ‘esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda’*”, Gianozzi destaca que “*nella espressione del legislatore italiano ‘fatto’ e ‘diritto’ concorrono a fondare la domanda, cioè a stabilirne ‘il titolo’*”⁶⁰⁹. Seriam os dois elementos a compor os chamados “fatos jurídicos” capazes de gerar o direito e o interesse à sua tutela: “*fatti, in altre parole, individuabili dalla estregua di un ‘rapporto giuridico’ disciplinato dalla legge*”⁶¹⁰. “Fato jurídico”, para o processualista, seria o “*fatto accaduto inquadrabile sub specie juris*”⁶¹¹, o fato alegado como relevante porque gerador de um direito e de uma necessidade de tutela⁶¹².

⁶⁰⁵ Destaca Gianozzi (*La modificazione della domanda*, p. 51), que sua doutrina não aceita totalmente a tese de Zanzucchi.

⁶⁰⁶ Giancarlo Gianozzi, *La modificazione della domanda*, *passim*.

⁶⁰⁷ Giancarlo Gianozzi, *La modificazione della domanda*, p. 25

⁶⁰⁸ É de se notar, para bem contextualizar o pensamento do autor, que esse seu importante trabalho foi publicado em 1958, sob a égide da *novella* de 1950 que, modificando o rígido sistema de preclusões estabelecido pela redação original do *Codice di Procedura Civile* italiano de 1940, permitiu maior flexibilidade (arts. 183, 184 e 189) na determinação dos limites objetivos da demanda, permitindo a modificação, no curso do processo, da *causa petendi* e do pedido. Essa possibilidade é o que faz a doutrina de Gianozzi (*La modificazione della domanda*, p. 21 e ss), desde o início de sua exposição, inclinar-se para a admissão da “*formação sucessiva*”, por estágios, da demanda, “*que só adquiriria seu perfil acabado e definitivo no momento em que as partes ultimassem suas alegações e defesas e o processo estivesse preparado para o momento a que nós denominamos de saneamento*” (Ovídio Araújo Baptista da Silva, *Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro*, p. 118). Em virtude dos problemas sentidos pela doutrina e pela prática em razão da maior liberdade oferecida, voltou-se nos anos 1990 a um sistema “*scandito da preclusioni*”. Sobre o tema, consulte-se José Rogério Cruz e Tucci (*A causa petendi no processo civil*, p. 118) e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (*Do formalismo no processo civil*, p. 232/233).

⁶⁰⁹ Giancarlo Gianozzi, *La modificazione della domanda*, p. 17.

⁶¹⁰ Giancarlo Gianozzi, *La modificazione della domanda*, p. 18. E o autor continua: “*La differenza tra ‘fatto’ e ‘rapporto’ sta appunto in ciò che il secondo è il genus giuridico di una species o, più in sintesi, la designazione giuridica necessaria al primo perchè possa scorgersi in esso l’attitudine a generare un diritto*” (p. 18).

⁶¹¹ Giancarlo Gianozzi, *La modificazione della domanda*, p. 27. Em adição, afirma o autor que “*non è (...) nè utile, nè possibile distinguere aprioristicamente tra fatti che contano e fatti che non contano: ogni episodio può*

Nada obstante inicialmente pareça inclinar-se pela concorrência do fato e do direito para a determinação da *causa petendi*, Gianozzi acaba pouco a pouco atribuindo ampla e quase exclusiva importância ao fato narrado para esse fim, não vendo como a demanda possa ser individualizada pela afirmação do direito e da respectiva relação jurídica, sem a concorrente descrição do fato que está à sua base⁶¹³. Rejeita, com isso, declaradamente a adoção da teoria da individualização⁶¹⁴, filiando-se à teoria da substanciação⁶¹⁵. É de se notar, nesse ínterim, que Gianozzi é um dos autores que, para negar valor à teoria da individualização, admite em tese a possibilidade de aplicação de seus pressupostos conceituais não só às demandas relativas a direitos absolutos (único campo de aplicação da teoria da individualização cogitado pela doutrina alemã), mas também às ações envolvendo direitos relativos, como, por exemplo, os direitos de crédito⁶¹⁶.

concorrere a configurare un fatto giuridico generatore di un diritto e di una situazione meritevoli di tutela giuridica; quindi, ogni episodio, a ciò idoneo, diviene parte necessaria della causa petendi” (p. 27).

⁶¹² Dessa forma, por exemplo, em ação na qual o demandante afirme haver estipulado em certa data determinado contrato, em consequência do qual entregou ao réu certa soma em dinheiro com a obrigação de que a quantia lhe fosse restituída em certo tempo, havendo-se definindo o contrato como de mútuo e pleiteando-se a condenação do réu a restituir tal soma, Gianozzi diz que a *causa petendi*, em tal caso, seria composta: a) do fato constitutivo do direito (contrato), b) de sua designação em função de uma determinada relação jurídica (mútuo) e c) do fato constitutivo do interesse de agir (inadimplemento) (Giancarlo Gianozzi, *La modificazione della domanda*, p. 19).

⁶¹³ Segundo afirma o processualista italiano, o que o autor demanda ao juiz é, antes de tudo o “*accertamento*” de uma situação jurídica, isto é, de um acontecimento relevante para o direito. A situação jurídica seria, do ponto de vista substancial, um conflito de interesses relativo a uma relação jurídica, podendo dar origem a uma lide processual (controvérsia) uma vez que o demandante venha a juízo relatar a existência de um fato jurídico constitutivo de um direito e de um fato que ofende (viola ou ameaça) tal direito. Desse modo, para Gianozzi, a *causa petendi* não poderia prescindir “*dalla indicazione e determinazione del fatto costitutivo del diritto al bene perseguito*” (*causa petendi* ativa), bem assim “*del fatto che determina l’interesse ad agire in giudizio*” (*causa petendi* passiva) (Giancarlo Gianozzi, *La modificazione della domanda*, p. 14/15).

⁶¹⁴ “*Si sostiene (teoria della individuazione) che la causa petendi sarà sufficientemente determinata, allorchè contenga la sola individuazione del ‘rapporto giuridico’, o più genericamente ‘una affermazione di diritto’*” (Giancarlo Gianozzi, *La modificazione della domanda*, p. 23).

⁶¹⁵ Giancarlo Gianozzi, *La modificazione della domanda*, p. 36.

⁶¹⁶ Para Gianozzi, duas são as possibilidades de determinação da *causa petendi* a partir da teoria da individualização (e aqui bem se vê que o autor em tese admite a aplicação dessa teoria para as demandas envolvendo direitos relativos): “A) *Mera affermazione del diritto (Rechtsbehauptung) con la indicazione che questo nasce ‘da contratto’, anzichè da atto illecito o da altra fonte obbligatoria. Costituisce già una qualificazione giuridica precisare che ‘il rapporto’ controverso si identifica in una determinata fonte d’obbligazione, escludendosi tutte le altre. (...) A tale punto – volendo supporre una trasformazione della domanda – si deve ipotizzare: a) che quei fatti allegatii (...) non generano una obbligazione ex contractu, ma una obbligazione di altra natura; b) ovvero che (...) – dopo aver allegato (e inutilmente provato) quei primi fatti, ne deduca dei nuovi affermando che sono quelli, e non i primi, a provare l’esistenza del contratto. Nella prima ipotesi si dovrebbe considerare mutamento di domanda la mera interpretazione giuridica di un complesso di fatti (...) posto a fondamento della domanda, e non (...) più mutato, ma solo in un primo tempo, erroneamente qualificato da un punto di vista giuridico (chiamandoli ‘contratto’, anzichè ad es. ‘atto illecito’). Nella seconda ipotesi la trasformazione della domanda si dovrebbe cogliere dalla deduzione di un complesso di fatti nuovi (sostituiti a quelli precedenti), ferma restando la originaria qualificazione giuridica. Ma per la teoria della individuazione qui non vi è mutamento di domanda. B) Oltre alla affermazione del diritto e alla designazione generica del ‘rapporto giuridico’ (contratto) può darsi che l’attore si spinga ad una ulteriore precisazione (contratto di mutuo). Qui si dovrebbero contemplare due casi di mutamento di causa petendi: a) quello in cui il contratto, anzichè mutuo, venga sucessivamente classificato in altra maniera (es.: deposito, vendita, etc.); b) quello in cui deducendo nuovi fatti l’attore determini l’*accertamento* di un contratto, che non è però, un mutuo,*

Como defensor da teoria da substanciação, elege os fatos constitutivos como o elemento central para a definição da *causa petendi*. Reconhece, porém, que sobre a definição de “*fatto costitutivo*” (ou “fato jurídico”) não reina concordância e unanimidade na doutrina: “*C’è chi accogliendo una nozione ampia di ‘fatto’, ci comprende tutti quegli episodi che valgono, storicamente, a creare una certa situazione; e così attribuisce scarso rilievo alla modificazione o alla sostituzione, in corso di giudizio, di tali episodi considerati quali antecedenti storici e, infine, circostanze utili a provare il rapporto giuridico dedotto. C’è chi – all’opposto ‘ accetta una nozione del ‘fatto’ già filtrata dalla identificazione con la specie legale controversa*”⁶¹⁷. Alinhando-se à primeira vertente, destaca que os fatos “*o gli ‘episodi della vita’ (Lebensvorgang)*” pertencem ao mundo externo e passam a fazer parte do processo apenas em função de sua relevância jurídica, isto é, de sua “*coincidenza con un precetto di legge che al loro accadimento ricollegli un determinato effetto giuridico*”⁶¹⁸. Para o autor, no processo, “*i fatti allegati come rilevanti, ossia generatori di un diritto e di una necessità di tutela, devono prima di tutto essere accertati nel loro accadimento storico (vanno provati come esistenti), e poi ragguagliati ad una fattispecie legale: da fatti storici divengono fatti giuridici generatori – nella loro funzione attiva – di un diritto, e nella loro funzione passiva di un interesse alla tutela giurisdizionale*”⁶¹⁹. Em seu pensamento, portanto, o processo “*individua e qualifica e valuta una realtà*”, não sendo “*né utile, né possibile distinguere aprioristicamente tra fatti que contano e fatti che non contano: ogni episodio può concorrere a configurare un fatto giuridico generatore di un diritto e di una situazione meritevoli di tutela giuridica*”⁶²⁰.

Sendo assim, “*la loro prospettazione giuridica (...) è assai meno necessaria: costituisce elemento variabile, elastico della causa petendi*”⁶²¹. Com efeito, para Gianozzi, o fato, antes de ser jurídico, é um fato histórico, a ser considerado como tal, por aquilo que foi. Transferi-lo para o processo “*è già motivo idoneo a renderlo fatto giuridico (rectius: fatto suscettibile di una valutazione giuridica, ossia di un giudizio)*”. Em função disso, adquire

ma appartenga ad altro tipo. Solo nel secondo caso si darebbe – per la teoria della individualizzazione – mutamento di domanda, mentre nel primo si resterebbe nei limiti del mutamento del nomen juris” (p. 24/25).

⁶¹⁷ Giancarlo Gianozzi, *La modificazione della domanda*, p. 26. Gianozzi faz referência à doutrina de Habscheid nesse segundo sentido, nada obstante, segundo pensamos, o processualista alemão filia-se nitidamente à primeira posição.

⁶¹⁸ Giancarlo Gianozzi, *La modificazione della domanda*, p. 17.

⁶¹⁹ Giancarlo Gianozzi, *La modificazione della domanda*, p. 17.

⁶²⁰ Giancarlo Gianozzi, *La modificazione della domanda*, p. 27.

⁶²¹ Giancarlo Gianozzi, *La modificazione della domanda*, p. 27. Em outra passagem, Gianozzi refere: “*per ius receptum il variare della qualificazione giuridica del fatto costitutivo è liberamente ammessa*” (p. 68).

relevo definitivo a prevalência da afirmação de fato sobre a afirmação de direito⁶²². O autor justifica essa tomada de posição aduzindo que, caso houvesse vinculação à relação jurídica individualizada e deduzida em juízo (como propõe, em seu pensamento, a teoria da individualização), ao demandante estaria preclusa a possibilidade de qualificar de outra forma a relação “*erroneamente*” indicada – fazendo surgir um ônus de individualização antecipada da relação jurídica controvertida “*spesso inutile agli scopi funzionali della domanda e dell’azione, se è vero che iura novit curia*”⁶²³.

Sem embargo da defesa da livre determinação jurídica dos fatos narrados e da desimportância que, em seu pensamento, a qualificação jurídica tem para a individualização da *causa petendi*, não se pode deixar de notar que Gianozzi não mantém essa mesma posição em relação à “qualificação jurídica do pedido”. Com efeito, distinguindo entre o que chama de “*nomen juris* propriamente dito” e “individualização jurídica da demanda”⁶²⁴, o processualista afirma que essa última operação não seria “*mera qualificazione del fatto costitutivo, ma contenuto essenziale del petitum, cui il giudice resta vincolato per la regola ne eat iudex ultra petita partium*”⁶²⁵. Em sua ótica, não seria concebível a formulação de um pedido despido de um tecido jurídico próprio, de modo que, inexistindo outra linguagem, fora daquela jurídica, que permita bem individualizar o pedido, a qualificação jurídica dada pelo demandante ao pedido não seria apenas um atributo meramente ornamental, mas um elemento indispensável à identificação do objeto da demanda⁶²⁶. Desse modo, ao passo que o ponto de vista jurídico por meio do qual as partes interpretam o fato constitutivo do direito controvertido poderia ser livremente modificado em juízo, sem que isso determinasse a alteração da *causa petendi*, a qualificação jurídica referente à determinação do pedido seria intocável⁶²⁷. Justifica o autor essa posição discrepante explicando que “*l’identità integrale di tale fatto e quella integrale del petitum non alterano l’oggetto del processo, e garantiscono*

⁶²² Giancarlo Gianozzi, *La modificazione della domanda*, p. 48. Completa o autor referindo que “*né si vede a quali inconvenienti pratici conduca tale impostazione, se essi sono, dopo tutto, ravvisati nella difficoltà in cui verrebbe a trovarsi il convenuto per il successivo mutamento ‘del punto di vista giuridico’ relativo ai medesimi: non crediamo che il mutamento del nomen juris, senza discordia ammessa dalla dottrina e giurisprudenza (...), aggravi la difesa del convenuto finchè tale nomen consenta la decisione sul medesimo petitum*” (p. 48/49).

⁶²³ Giancarlo Gianozzi, *La modificazione della domanda*, p. 42.

⁶²⁴ Giancarlo Gianozzi, *La modificazione della domanda*, p. 69.

⁶²⁵ Giancarlo Gianozzi, *La modificazione della domanda*, p. 69.

⁶²⁶ Giancarlo Gianozzi, *La modificazione della domanda*, p. 69/70. E continua: “*Giova prospettare il raffronto tra il nomen juris così come è stato segnalato e la qualificazione giuridica che distingue il petitum*. (p. 69).

⁶²⁷ “*Errore nell’enunciare il petitum, può voler dire errore nel qualificare l’azione senza possibilità di rimedio. Nè può voler dire ripararvi – per analoga ragione – il principio iura novit curia. La interpretazione errata dell’azione induce infondatezza di domanda, incide sulla sussistenza del diritto fatto valere. Chi dopo aver agito per nullità trasformi la domanda in quella di simulazione, sostituisce (...) una azione ad un altra: qui l’errore tecnico, la interpretazione giuridica dei fatti, è irremediabile*” (Giancarlo Gianozzi, *La modificazione della domanda*, p. 69/70).

una adeguata difesa al convenuto”⁶²⁸ – como se a modificação da qualificação jurídica dos fatos não pudesse afetar a estratégia ou o conteúdo da defesa do réu⁶²⁹.

Para Zanzucchi e Gianozzi, portanto, a *causa petendi* é formada pelo fato ou complexo de fatos narrados pelo demandante como fundamento de sua pretensão. Embora com diferentes nuances e justificativas, ambos negam qualquer influência do elemento jurídico na definição nuclear – seja conceitual, seja aplicativa – da *causa petendi*.

3.2.2.3. Cerino Canova e a importância preponderante do direito afirmado para a determinação da causa petendi: as demandas autodeterminadas e heterodeterminadas.

Pela importância de sua obra⁶³⁰ no contexto da doutrina italiana sobre o tema da identificação da demanda e de seu conteúdo⁶³¹, é de se examinar as principais considerações e conclusões a que chega Augusto Cerino Canova sobre a forma de individualização da *causa petendi*.

Afirmando que a determinação da demanda “*richiede l’indicazione del diritto per cui si invoca la tutela, ossia la posizione giuridicamente riconosciuta ad un soggetto in ordine ad un bene della vita*”⁶³², o processualista italiano propõe essencialmente dois critérios objetivos para a individualização⁶³³ do “*diritto sostanziale fatto valere nel processo*”: a identificação pelo próprio conteúdo do direito (nas demandas “autodeterminadas”) e a identificação pelo seu fato constitutivo (nas demandas “heterodeterminadas”)⁶³⁴, modalidades de individualização que aparecem em função não da natureza do direito propriamente dita, mas antes em função da circunstância (empírica) da repetibilidade ou não da mesma situação

⁶²⁸ Giancarlo Gianozzi, *La modificazione della domanda*, p. 70.

⁶²⁹ Semelhante posição nada mais nos parece do que uma clara petição de princípio, injustificada do ponto de vista lógico-jurídico. Com efeito, ao que parece, essa diferenciação feita pelo autor sobre a vinculação do demandante à “individualização jurídica da demanda” (colocada em relação com o pedido) e a liberdade de modificação do “*nomen juris*” (colocada em relação à *causa petendi* – qualificação jurídica do fato deduzido) teria como fundamento a citada máxima *ne eat iudex sine actore*. Com efeito, ao passo que, por força da máxima, o pedido vincularia o juiz mesmo em sua qualificação jurídica “equivocada”, o mesmo não aconteceria em relação à *causa petendi*, por atuação da máxima *iura novit curia*. Semelhante explicação, porém, dada somente à luz desses dois brocardos, sem que se trabalhe criticamente o conteúdo normativo de cada um deles, não nos parece suficientemente convincente ou apta a justificar essa frontal contraposição de pensamento entre duas questões essencialmente imbricadas.

⁶³⁰ Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*.

⁶³¹ José Rogério Cruz e Tucci (*A causa petendi no processo civil*, p. 120) refere que a obra de Cerino Canova é “*possivelmente [o] mais importante e completo tratado sobre o conteúdo da demanda judicial*”.

⁶³² Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 173. “Bem da vida” entendido pelo autor na acepção de Chiovenda.

⁶³³ Por individualização entenda-se o ato de “*rendere individuale il diritto, cioè peculiare e distinto da ogni altro*” (Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 173)

⁶³⁴ Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 172 e ss. José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 173.

jurídica entre as mesmas partes⁶³⁵. Para o autor, esses critérios aparecem como frutos de uma intuição antiquíssima⁶³⁶, que já propugnava a distinção entre direitos que podem ser especificados pelos sujeitos e pelo conteúdo e direitos que não podem ser especificados por esses elementos.

A existência de direitos que, por seu conteúdo substancial, podem subsistir apenas uma única vez entre as mesmas partes dá lugar, para Gianozzi, a demandas que são identificadas por esse próprio direito, e não pelo título aquisitivo deduzido⁶³⁷. Trata-se das chamadas demandas autodeterminadas, que contemplam potencialmente todos os títulos relevantes para sustentar a pretensão veiculada e, por isso, são identificadas pelo próprio direito material afirmado em juízo: “*L’individuazione del diritto, e della domanda, attraverso il contenuto ed i soggetti si giustifica appunto con l’unicità ed irripetibilità della medesima situazione sostanziale*”⁶³⁸. Conforme Cerino Canova, pertencem à categoria de direitos que dão lugar a demandas autodeterminadas o direito de propriedade, todos os direitos reais de gozo (usufruto, uso, superfície, habitação e servidão), os direitos e *status* familiares, e os direitos da personalidade⁶³⁹. O autor ainda acrescenta, “*com sabor de novidade*”⁶⁴⁰, que os direitos a uma prestação específica – que “*non possono coesistere simultaneamente più volte tra gli stessi soggetti*” – também podem ser incluídos nessa categoria⁶⁴¹⁻⁶⁴². Em qualquer desses casos, para Cerino Canova, a alegação do fato constitutivo não desempenharia nenhum papel determinante na identificação da *causa petendi*, que decorreria tão apenas do direito afirmado – tal como propõe a teoria da individualização. O fato teria relevo apenas para o

⁶³⁵ Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 180.

⁶³⁶ Que remonta ao direito romano, segundo a fórmula “*amplius quam semel res mea esse non potest, saepius autem deberi potest*” (D. 44, 14, 2), matriz empírica da teoria da individualização (cf. Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 176).

⁶³⁷ Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 177.

⁶³⁸ Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 177, igualmente referido por José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 121.

⁶³⁹ Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 178.

⁶⁴⁰ José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 121.

⁶⁴¹ “*Il diritto alla consegna o al rilascio di un bene determinato è uno ed unico, come unica è la prestazione dovuta dal debitore ed unico l’interesse del creditore con questa soddisfatto. Egualmente unico è il diritto alla riparazione di un muro o ad altra prestazione di facere. Sembrerebbe, così, naturale la conclusione che la domanda giudiziale, con cui tale diritto viene fatto valere e se ne chiede la tutela, è individualizzata da soggetti e contenuto della situazione giuridica*” (Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 180).

⁶⁴² A conclusão do autor sobre o ponto, no entanto, não nos parece sustentável ou convincente, na medida em que não é difícil imaginar direitos autônomos e concorrentes a uma prestação ou entrega de coisa – pense-se, quanto a esse último, no direito ao conseguimento de um bem fundado na reivindicação fruto da propriedade ou no direito ao conseguimento do mesmo bem fundado em acerto contratual.

“*giudizio di fondatezza*” da pretensão, razão pela qual sua variação seria incapaz de ocasionar modificação na demanda⁶⁴³.

De outro lado, identifica o autor a existência de direitos que, por seu conteúdo, podem subsistir simultaneamente mais de uma vez entre os mesmos sujeitos. São direitos que dão origem a demandas ditas heterodeterminadas, na medida em que essas não podem ser identificadas apenas pelos seus elementos estruturais (sujeitos e conteúdo), mas requerem também a explicitação do título (“*fatto generatore*”) que fundamenta a pretensão⁶⁴⁴. Enfeixam-se nessa categoria, para Cerino Canova, os direitos reais de garantia e os direitos de crédito “*ad una prestazione generica*”⁶⁴⁵. O processualista italiano rejeita a ideia de que por “*fatto generatore*” do direito afirmado seja entendido o “*accadimento storico narrato dall’attore poichè così non si dice né che cosa l’attore deve esporre per individualizzare il suo diritto né come la sua narrazione debba essere intesa a questo fine*”⁶⁴⁶. Para Cerino Canova a narração deve compreender a indicação do direito feito valer e dos fatos históricos que servem à sua individualização, pelo que pode ser determinada a *fattispecie* idônea a sustentar o efeito jurídico pretendido⁶⁴⁷. O fato, porém, desempenharia uma função meramente instrumental para a individualização do direito e, por isso, não integraria o conteúdo da demanda⁶⁴⁸. Em que pese relegue a importância do fato a um papel tão apenas instrumental, relacionado ao efeito jurídico pretendido pela demanda, ressalta Cerino Canova que a indicação do demandante do paradigma normativo aplicável não teria condições vincular o juiz, “*perché vale il principio jura novit curia*”⁶⁴⁹.

Pode-se afirmar, assim, que para Cerino Canova conteúdo da demanda é o “*diritto sostanziale fatto valere*” (*in status assertionis*): “*È il diritto e non i fatti, poichè né il principio della domanda né quello del contraddittorio né il giudicato in relazione al motivo inducono accogliere una conclusione differente*”⁶⁵⁰.

⁶⁴³ Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 186.

⁶⁴⁴ Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 186.

⁶⁴⁵ Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 186.

⁶⁴⁶ Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 187.

⁶⁴⁷ Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 188/191.

⁶⁴⁸ Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 222.

⁶⁴⁹ Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 188.

⁶⁵⁰ Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 222.

3.2.2.4. Heinitz, Fazzalari e Proto Pisani e a relevância concorrente do fato e do direito para a determinação da causa petendi.

O exame da obra de Ernesto Heinitz⁶⁵¹, jurista austríaco, mas professor convidado em Firenze, Itália⁶⁵², justifica-se pelo profícuo diálogo que o autor estabelece com os esquemas de investigação elaborados pelas doutrinas alemã e italiana sobre o problema da determinação do conteúdo da demanda, ambos submetidos a meditação crítica⁶⁵³, e pela renovada posição que o autor assume em relação à polêmica da substanciação e da individualização da *causa petendi*⁶⁵⁴. Dedicando-se, embora, a examinar o problema dos limites objetivos da coisa julgada, Heinitz vê-se obrigado a enfrentar o tema da identificação das ações e de seu conteúdo pela nítida correlação existente entre os assuntos⁶⁵⁵, surgindo daí a sua valorosa contribuição para o tema que atrai a nossa atenção.

Partindo da *communis opinio* segundo a qual, para distinguir entre duas ou mais ações, é imprescindível identificar e comparar os seus três elementos constitutivos⁶⁵⁶, Heinitz afirma que em torno do conceito de *causa petendi* é que se reúnem as maiores controvérsias no tratamento do tema⁶⁵⁷. O problema da individualização da *causa petendi*, segundo opina, não pode ser inteiramente resolvido *a priori*. O direito positivo de cada ordenamento pode regular de forma diversa o que deva necessariamente o demandante afirmar na propositura da ação⁶⁵⁸, deixando maior ou menor espaço para que as próprias partes ou o juiz alterem os elementos de fato e de direito da causa. A questão, então, é precisar a posição do juiz frente à demanda do autor, que coisa deva esse alegar e até que ponto se estenda o direito e o dever de exame

⁶⁵¹ Ernesto Heinitz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*.

⁶⁵² José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 115.

⁶⁵³ Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 28.

⁶⁵⁴ Chamando atenção para o ponto, José Ignácio Botelho de Mesquita (A “*causa petendi*” nas ações reivindicatórias, p. 170 e ss.), Milton Paulo de Carvalho (*Do pedido no processo civil*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, p. 85), José Rogério Cruz e Tucci (*A causa petendi no processo civil*, p. 115 e ss.) e Ricardo de Barros Leonel (*Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*, p. 74).

⁶⁵⁵ Ernesto Heinitz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, p. 129.

⁶⁵⁶ “Bisogna (...) esaminare acutamente tutte le volte in cui si parla di azione nell’insieme di un problema processuale, che cosa precisamente si intenda per azione (...). (...) bisogna rilevare che si tratta di identificare la richiesta fatta dall’attore nel processo per la concessione della tutela giuridica. Non si tratta di identificare nè il rapporto processuale come tale, nè il rapporto sostanziale di per sè, ma una ‘affermazione’ dell’attore intorno a tale rapporto o stato giuridico (...), l’affermazione dell’attore circa suo diritto” (Ernesto Heinitz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, p. 131).

⁶⁵⁷ Ernesto Heinitz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, p. 132.

⁶⁵⁸ “Un ordinamento giuridico, che mette a disposizione dell’attore un numero determinato di azioni come quello romano, determinerà i limiti oggettivi della cosa giudicata diversamente da un altro ordinamento giuridico, in cui l’azione è concessa in linea di massima per il riconoscimento di qualunque diritto soggettivo” (Ernesto Heinitz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, p. 143).

daquela⁶⁵⁹: “A questa domanda risponde la vecchia massima ‘da mihi factum, dabo tibi ius’. Questa proposizione, se è esatta nell’imporre al giudice il dovere di valutare la pretesa fatta valere sotto ogni possibile punto di vista giuridico, tuttavia non determina sufficientemente i doveri dell’attore. Non basta che egli alleghi certi fatti, lasciando al giudice di trarne le conclusioni del caso, ma egli deve da sé formulare queste conclusioni e determinare che cosa egli pretenda quale conseguenza giuridica dei fatti allegati. Egli deve quindi fare una domanda concreta, e la questione è se sia necessaria anche l’indicazione di un certo rapporto giuridico. Basta che l’attore in base a certe trattative intervenute fra lui ed il convenuto chieda il pagamento di mille lire, o bisogna che egli le chieda quale credito derivante dal contratto, quale arricchimento indebito, ecc?”⁶⁶⁰.

Heinitz recorda que, em geral, se costuma designar por *causa petendi* o “fato jurídico” do qual se origina o direito que uma das partes pretende fazer valer por meio da ação: “*ma l’aggiunta ‘giuridico’ dà luogo ad equivoci*”⁶⁶¹. Faz referência a processualistas que entendem por “fato jurídico” tanto os acontecimentos jurídicos como os “estados” ou as relações jurídicas⁶⁶². A questão, então, segundo o autor, é saber em qual dos dois significados (“*fatto costitutivo*” ou “*rapporto giuridico*”) possa-se falar em *causa petendi* como “*fatto costitutivo giuridico’ del diritto fatto valere*”. A tomada de posição entre uma e outra acepção conduz necessariamente a resultados diversos⁶⁶³. Quem fala de “fato jurídico” no primeiro sentido refere-se aos fatos narrados pelo autor porque considerados (e afirmados) idôneos a apoiar a sua pretensão e gerar o efeito jurídico pretendido⁶⁶⁴. Quem, pelo contrário, usa expressão “fato jurídico” no outro sentido (de “estado” ou de “relação jurídica”) adota um conceito bem diverso de *causa petendi*. Assim, por exemplo, na ação derivada de um mútuo, o fato constitutivo em sentido próprio é a estipulação do contrato, isto é, a entrega de uma dada quantidade de coisas e a convenção de que seja restituída em determinado tempo outra da mesma espécie e qualidade. Para quem, porém, enxerga a *causa petendi* no fato constitutivo, essa não será a obrigação derivada do empréstimo, mas o fato alegado pelo autor

⁶⁵⁹ “Il problema sta in stretti rapporti con la questione, quale sia il compito dell’attore e del giudice nel processo. Ci si domanda da una parte che cosa l’attore debba addurre in fatto e in diritto, e dall’altra, in che modo e fino a quale punto il giudice possa modificare le allegazioni dell’attore, sostituendo ad esempio ad una motivazione giuridica un’altra” (Ernesto Heinitz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, p. 144).

⁶⁶⁰ Ernesto Heinitz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, p. 145.

⁶⁶¹ Ernesto Heinitz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, p. 148.

⁶⁶² Ernesto Heinitz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, p. 148, citando, por exemplo, Menestrina, Chiovenda e Hellwig.

⁶⁶³ Ernesto Heinitz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, p. 149.

⁶⁶⁴ Ernesto Heinitz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, p. 149.

em sustentação à afirmação de que foi estipulado um contrato de mútuo⁶⁶⁵. Após analisar a jurisprudência italiana de seu tempo, diz filiar-se à teoria da substanciação quem entenda deva o autor apenas alegar fatos e formular o pedido – permitindo ao juiz examinar a sua procedência sem se preocupar com a questão de qual direito substancial tenha o demandante pretendido fazer valer. O contrário – isto é, o entendimento pela vinculação do juiz ao direito feito valer em juízo –, importaria adesão à teoria da individualização⁶⁶⁶.

Não se pode deixar de notar, aqui, que Heinitz, tal como Gianozzi, coloca o debate substanciação-individualização em termos diversos daqueles concebidos pela doutrina alemã⁶⁶⁷. E justamente no pensamento que desvela sobre o ponto está, a nosso ver, a sua grande contribuição no tema. O jurista austríaco afirma que a grande diferença entre essas duas teorias (tal como as interpreta) está em sua diferente relação com o direito material: “*La pretesa processuale, concepita secondo la teoria dell’individuazione, è in un certo senso più vicina alla pretesa sostanziale di quanto lo sia in base alla teoria della sostanziazione. Chi fa valere più diritti soggettivi sostanziali solleva in base a quest’ultima teoria una sola pretesa processuale, ove siano identici il fatto costitutivo ed il petitum, mentre la teoria dell’individuazione non crede di poter prescindere fino a tal punto dal diritto soggettivo sostanziale. Questa è la differenza essenziale fra le due teorie, e non tanto la diversa valutazione degli elementi di fatto e di diritto, dal momento che anche la teoria della individuazione sostiene irrilevante il puro ‘punto di vista giuridico’ e attribuisce importanza nella maggior parte dei casi al fatto costitutivo*”⁶⁶⁸.

Destacando, então, que é necessário distinguir os particulares direitos “*fatti valere*” no processo da relação jurídica que constitui o seu fundamento, Heinitz ressalta que tal distinção não pode ser levada em conta tão estreitamente a ponto de ser considerado apenas o lado exterior (“físico”) da pretensão feita valer no processo: “*‘consegnare un oggetto’ è cosa diversa, se è chiesto in base a proprietà, o in base ad un diritto obbligatorio contrattuale*”⁶⁶⁹. Nesse ponto existiria, para Heinitz, uma profunda diferença entre as teorias da substanciação e da individualização: “*La teoria della sostanziazione sostiene che nella domanda sia*

⁶⁶⁵ Ernesto Heinitz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, p. 149/150. O autor ainda complementa: “*Forse, da questi fatti non sorse un contratto di mutuo, ma una donazione, una compra-vendita, o nessun contratto, bensì un’obbligazione di arricchimento indebito. Ma la causa petendi è rimasta la stessa – sempre che la si ravvisi nel fatto costitutivo – e la cosa giudicata copre tutte le possibili conseguenze di questo fatto in riguardo alla domanda*” (p. 150).

⁶⁶⁶ Ernesto Heinitz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, p. 150/153.

⁶⁶⁷ O ponto é notado também por José Ignácio Botelho de Mesquita, A “*causa petendi*” nas ações reivindicatórias, p. 170.

⁶⁶⁸ Ernesto Heinitz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, p. 153/154.

⁶⁶⁹ Ernesto Heinitz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, p. 158.

importante soltanto l'atto esteriore, il 'pagare 1000 lire', il 'consegnare una data cosa'"⁶⁷⁰. Consequentemente se é facilmente induzido a enxergar na relação obrigacional apenas a motivação, e não a individualização (determinação), da pretensão deduzida em juízo, deixando de lado o nexu incindível entre *causa petendi* e *petitum*. Desde essa perspectiva, seria mesmo lógico considerar a qualificação jurídica da relação que gera uma dada pretensão um mero ponto de vista jurídico, não vinculante nem para as partes, nem para o juiz. Essenciais, assim, passariam a ser apenas os fatos constitutivos⁶⁷¹.

Contudo, o ponto falho dessa teoria, para Heinitz, está no exagerado distanciamento do direito material: "*Il riconoscimento esatto del fatto che la pretesa processuale è diversa dalla pretesa sostanziale, poichè la prima è soltanto una affermazione e poichè in determinati casi (azione di accertamento negativo) l'attore non fa valere un determinato diritto soggettivo, ha spinto qualche scrittore fino alla affermazione che la pretesa processuale non possa esprimersi in alcun modo con concetti tolti dal diritto sostanziale e conseguentemente che, restando fermo il petitum ed il fatto costitutivo, si faccia valere una sola pretesa processuale, quale che sia il titolo (contratto, arricchimento indebito) per il quale si avanzi tale domanda*"⁶⁷². Ocorre que é impossível, mesmo diante da reconhecida autonomia do direito processual, prescindir da função precípua do processo, que é justamente a realização do direito material: "*Il processo è destinato a produrre certezza giuridica; ciò implica che la sentenza non decide soltanto sul fatto che N deve ad A in base a certi fatti 1000 lire, ma anche sulla sussistenza di quel determinato diritto soggettivo della cui realizzazione si tratta nel processo*"⁶⁷³. Isso não quer dizer que seja importante a denominação jurídica dada pelo autor à situação de fato descrita. Ainda que erroneamente indicado o *nomen iuris*, o que deve importar para o órgão jurisdicional é a relação jurídica (o direito ou a pretensão) indicada pelo autor e que há de formar e delimitar o objeto do processo. O autor deve determinar a relação jurídica (o direito ou a pretensão) que faz valer em juízo de modo que essa possa ser distinguível de todas as outras, sendo desimportante o modo como a denomine. Para Heinitz, então, "*questo, e non più, è il giusto significato della proposizione che il giudice è legato al nomen juris attribuito dall'attore alla ragione fatta valere*"⁶⁷⁴.

⁶⁷⁰ Ernesto Heinitz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, p. 158.

⁶⁷¹ Ernesto Heinitz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, p. 158/159.

⁶⁷² Ernesto Heinitz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, p. 159.

⁶⁷³ Ernesto Heinitz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, p. 159/160.

⁶⁷⁴ Ernesto Heinitz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, p. 160. Mais adiante, o autor diz: "*Vi è (...) una differenza fra i casi in cui l'indicazione del rapporto controverso serve all'attore soltanto per descriverlo –, allora la denominazione imprecisa può e deve essere corretta dal giudice – e quello in cui l'indicazione individua, fa conoscere proprio quello, al cui riconoscimento l'attore tende consapevolmente*" (p. 192).

Nesse ponto, Heinitz faz importante distinção entre as afirmações jurídicas realizadas pelo demandante e as meras deduções jurídicas das partes: *“Il tribunale può accogliere una domanda basandosi su di un altro punto di vista giuridico, senza cadere nel vizio di ultra petita. In che modo si distinguono queste deduzioni da quelle affermazioni dell’attore, che sono indispensabili per individuare la richiesta? Le deduzioni giuridiche servono a motivare, non ad individuare la richiesta; esse cercano di stabilire un nesso fra la fattispecie e la conseguenza giuridica, senza determinarla ed individuarla. La parte può cambiare le deduzione giuridiche a piacere e può anche del tutto farne a meno: jura novit curia. Il giudice può – e deve – applicare un altro punto di vista giuridico, non messo in rilievo dalla parte. Ma egli non può affermare un diritto diverso da quello richiesto dall’attore. È escluso che il giudice passi senz’altro da una pretesa all’altra”*⁶⁷⁵.

Fica claro, portanto, o duplo papel que, para Heinitz, pode desempenhar o elemento jurídico da causa. Quando, pela alteração da qualificação jurídica, passa-se de um a outro direito material, não se altera apenas o simples ponto de vista jurídico, mas o próprio direito substancial para o qual se requer proteção⁶⁷⁶. Isso, claro, desde determinados pressupostos de compreensão, diferentes daqueles que Heinitz imputa à teoria da substanciação.

E é justamente esse, para o jurista austríaco, o ponto decisivo de divergência entre as duas teorias: *“La teoria della sostanziazione spinge la massima jura novit curia fino alle ultime conseguenze; essa considera rilevanti giuridicamente soltanto le allegazioni di fatto delle parti, e la conseguenza formale, astratta, che viene formulata nel petitum. Tale concetto della pretesa processuale prescinde completamente dai vari diritti sostanziali che possono spettare all’attore in base ad una identica fattispecie”*⁶⁷⁷. Sendo assim, é evidente, para Heinitz, que de acordo com a teoria da substanciação a divisão de tarefas entre juiz e partes dentro do processo seria a seguinte: *“la parte dovrebbe allegare certi fatti e chiedere un determinato provvedimento, il giudice dovrebbe esaminare tale richiesta dal punto di vista di tutte le norme eventualmente applicabili (proprietà rapporti obbligatori, condictio etc.), e la*

⁶⁷⁵ Ernesto Heinitz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, p. 160/161.

⁶⁷⁶ *“I singoli diritti soggettivi hanno un’individualità ben precisa ed anche una funzione economica diversa; perciò essi non sono soltanto ‘punti di vista giuridici’, da cambiarsi senz’altro”* (Ernesto Heinitz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, p. 181).

⁶⁷⁷ Ernesto Heinitz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, p. 161. Para Heinitz, então, nessa linha, o problema do concurso de direitos e de seu tratamento processual resolve-se em que *“tratandosi di più diritti sostanziali sussistono più pretese processuali. Nè vale l’obbietare che con ciò si disconosce la diversità della pretesa processuale al diritto soggettivo. Sebbene il diritto soggettivo non formi direttamente l’oggetto del processo, non si può definire la pretesa processuale senza ricorrere al diritto soggettivo, il quale appare nel processo quale diritto giudiziario-sostanziale”* (p. 182).

cosa giudicata foramtasi su di questa pretesa processuale coprirebbe necessariamente tutti i diritti sostanziali”⁶⁷⁸.

Diante dessa divergência de possibilidades, Heinitz posiciona-se afirmando que não lhe parece seja possível prescindir de tal modo da qualificação jurídica como forma de individualização de uma determinada pretensão. Embora reconheça que a indicação da razão feita valer pelo demandante decorra em primeira linha da alegação de fatos, afirma que isso não ocorre em todos os casos; e aqui, destaca, está a importância prática da questão e a razão pela qual não se pode prescindir, na definição de *causa petendi*, do elemento de direito⁶⁷⁹: “A noi (...) sembra che per causa petendi debbano intendersi quegli elementi di diritto e di fatto che servono ad individuare il petitum, cioè a completarlo e costituire così insieme con esso una determinata pretesa in senso processuale”⁶⁸⁰. Os elementos tanto de direito como de fato são importantes para individualizar a “*ragione fatta valere*”⁶⁸¹.

Partidário declarado, embora, da teoria da individualização, fica claro que para Heinitz a determinação da *causa petendi* deve ser feita pela concorrência do fato e do direito alegado pelo demandante⁶⁸². Essa sua posição intermediária entre os pressupostos conceituais da

⁶⁷⁸ Ernesto Heinitz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, p. 161.

⁶⁷⁹ Ernesto Heinitz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, p. 162.

⁶⁸⁰ Ernesto Heinitz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, p. 165, passo também citado por José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 115.

⁶⁸¹ Ernesto Heinitz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, p. 188.

⁶⁸² Vale a pena citar, aqui, a já clássica síntese do pensamento de Heinitz, muito bem feita por José Ignácio Botelho de Mesquita (A “*causa petendi*” nas ações reivindicatórias, p. 171/173): “a) Sobre a matéria de fato (...), Heinitz afirma que os fatos se incluem na causa petendi na medida em que servem para individuar a razão feita valer. (...). Fatos relevantes por excelência, para Heinitz, seriam: os fatos constitutivos nas ações em que se discuta em torno a uma relação jurídica ou direito material particular de natureza relativa. assim entendidos os que podem existir diversas vezes com o mesmo objeto, e os fatos desta mesma categoria (constitutivos), nas denominadas ações constitutivas. (...). b) Quanto à relação jurídica afirmada pelo autor em prol de sua pretensão, Heinitz mostra que ela é relevante quando tal relação é o próprio objeto da disputa, mas não basta à individualização da razão feita valer, quando o autor pretenda o reconhecimento de um direito particular derivado daquela relação. E não basta porque da mesma relação jurídica podem derivar direitos concorrentes, tendentes à satisfação do mesmo escopo econômico, dando origem a duas ações diversas que devem ser distinguidas entre si. (...). c) No que tange ao direito particular feito valer pelo autor (‘diritto singolo’), sua inclusão na causa petendi é necessária, como resulta da crítica acima dirigida a Chiovenda. Desde o momento em que se conclui com Heinitz que a cada direito corresponde uma pretensão processual, é de grande relevância determinar precisamente qual o direito que o autor pretende fazer valer, pois a coisa julgada se estenderá somente a ele. d) O nomen juris, qualificação jurídica da relação apresentada pelo autor, que Zanzucchi considera como simples ponto de vista sem relação alguma com o conteúdo da causa petendi, pode ter também sua importância, embora na maior parte dos casos seja irrelevante. Tal se verifica quando se trate de uma relação obrigacional cuja definição jurídica seja controversa e a indicação técnica da relação controvertida não se limite a uma descrição, mas contenha especificamente aquela afirmação do direito do autor que forma objeto da lide; caso este em que é vedado ao Juiz, como à parte, substituir tal relação por outra, ainda que fiquem inalterados o petitum e o fato constitutivo. e) As deduções jurídicas são irrelevantes e podem ser alteradas livremente, distinguindo-se das afirmações indispensáveis para individualizar a richiesta feita pelo autor, em que aquelas servem apenas para motivá-la, não para individuá-la; procuram tão-somente estabelecer um nexo entre a fattispecie da lei e a sua consequência jurídica”.

teoria da individualização e da teoria da substanciação evidencia que a pretensão afirmada em juízo, em que pese ao seu caráter processual, deve ser encarada à luz do direito material⁶⁸³.

Na esteira desse pensamento que atenua a divisão radical entre substanciação e individualização e enxerga nos elementos de fato e de direito da demanda componentes de importância concorrente para a determinação da *causa petendi*, surge a obra de Elio Fazzalari. Em monografia na qual se propõe a investigar a influência do direito material sobre a atividade jurisdicional⁶⁸⁴, o jurista italiano pondera que a “*situazione sostanziale*”⁶⁸⁵, ao colocar-se como pressuposto de todo o processo⁶⁸⁶, acaba moldando-o em todas as suas fases (postulatória, instrutória e decisória) e nas suas diversas formas (conhecimento, execução, cautelar)⁶⁸⁷. O direito substancial, segundo Fazzalari, incide sobre todos os atos da série procedimental como componente de legitimação quer dos atos da parte, quer dos atos do órgão judicial: “*Di tale coordinamento (fra atti del processo e diritto) si possono cogliere più gradi, passandosi dall’asserzione del diritto, la quale legittima gli atti preparatorî delle parti e del giudice nel processo di cognizione, all’accertamento del diritto, che legittima, nel processo di cognizione, la sentenza di accoglimento*”⁶⁸⁸. Nesse cenário, também a demanda e seu conteúdo devem estar coordenados com a situação substancial preexistente⁶⁸⁹.

Analisando em perspectiva crítica a doutrina alemã sobre o objeto litigioso⁶⁹⁰ e chamando a atenção para os debates havidos em torno do significado e conteúdo do fundamento da demanda (*Klagegrund*), Fazzalari é pioneiro em destacar a similitude prática entre as teorias da substancialização e da individualização⁶⁹¹: “*Mi pare (...) che le contrapposte soluzioni siano poco o punto distanti e che, anzi, si possano giustaporre come due facce della stessa realtà: propugnare, infatti, l’allegazione dei fatti costitutivi o quella del rapporto giuridico significa porsi, rispettivamente, dal punto di vista della fattispecie*

⁶⁸³ Assim, Ricardo de Barros Leonel, *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*, p. 74.

⁶⁸⁴ Elio Fazzalari, *Note in tema di diritto e processo, passim*. Nos dizeres do autor, seu objetivo é “*accertare se e come il processo si colleghi alla norma sostanziale (privata) preesistente: in che senso, sotto quale forma e nel corso di quali circostanze questa norma costituisca il presupposto di quella attività*” (p. 4).

⁶⁸⁵ “*Composta da un dovere e dall’inadempimento del medesimo, cioè da un illecito*” (Elio Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, 5ª edição, Padova: CEDAM, 1989, p. 255).

⁶⁸⁶ Elio Fazzalari, *Note in tema di diritto e processo*, p. 113.

⁶⁸⁷ Elio Fazzalari, *Note in tema di diritto e processo*, p. 109 e ss.

⁶⁸⁸ Elio Fazzalari, *Note in tema di diritto e processo*, p. 109/110.

⁶⁸⁹ “*Nei processi di cognizione quella situazione compare di solito nell’atto introdutivo del processo, in quanto asserita dall’attore. Stando al processo ordinario di cognizione civile, la inosservanza del dovere sostanziale posto a servizio del diritto soggettivo, e quindi la lesione di quest’ultimo, sono contenute nell’atto di citazione, sub specie di ‘esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda’ (art. 163, n. 4, c.p.c.)*” (Elio Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, p. 157).

⁶⁹⁰ “*Il punto di vista dell’‘oggetto’ del processo costituisce una delle prospettive in cui possono essere inquadrati i rapporti fra diritto e processo, e così il rapporto, qui in discorso, fra lo svolgimento del processo e l’affermazione della situazione sostanziale*” (Elio Fazzalari, *Note in tema di diritto e processo*, p. 119).

⁶⁹¹ Cf. José Rogério Cruz e Tucci, *A denominada “situación substancial” na obra de Fazzalari*, p. 273.

(sostanziale) e da quello degli effetti che ne promanano, cioè da due punti di vista perfettamente compatibili, anzi corrispondenti”⁶⁹². Sobre a questão, dirige crítica importante contra a tendência do “*moderno pensiero germanico*” (Nikisch, Schwab, Bötticher e Habscheid) de sacrificar as ligações entre as esferas do direito material e do direito processual (“*distinte, ma non incomunicabili*”) a pretexto de defender a autonomia desse último⁶⁹³.

Confessa, então, preferir a orientação consolidada na doutrina italiana a respeito da delimitação do conteúdo da demanda – formada à luz de dispositivo legal que exige que a citação contenha a exposição “*dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda*” e que, portanto, não dispensa a necessária explicitação da *causa petendi*⁶⁹⁴. Para Fazzalari, as alegações contidas na *causa petendi* não podem se limitar à exposição do direito e da obrigação correspondente (“*i.e. alla fattispecie concreta alla quale la norma ricollega l’uno e l’altro*”), mas devem abranger também outro elemento substancial: a lesão do direito, isto é, a violação da obrigação que figura no esquema do direito subjetivo deduzido em juízo (“*cioè dell’obbligo che, dovendo – da solo o con altre posizioni soggettive – funzionare come strumento per la realizzazione di quel diritto, è praticamente mancato al compito*”)⁶⁹⁵.

Desse modo, a alegação da *causa petendi* (é dizer, “*dei fatti e degli elementi di diritto*”⁶⁹⁶), que funciona como “*parametro per la determinazione vuoi dei poteri (rectius: doveri) del giudice, vuoi dei poteri (e facoltà) delle parti*”, marca o ingresso do direito subjetivo (substancial) no processo⁶⁹⁷: “*Se è vero che l’attore allega dei fatti, ma non già qualsiasi ‘episodio della vita’ bensì dei fatti che, rientrando nello schema di una norma, generano determinate conseguenze giuridiche, non pare dubbio che egli deduce i fatti costitutivi della situazione giurica (sostanziale) preesistente e, innanzitutto, la fattispecie concreta da cui sia derivata la posizione di preminenza rispetto al bene: il che val a dire il*

⁶⁹² Elio Fazzalari, *Note in tema di diritto e processo*, p. 118. José Rogério Cruz e Tucci (A denominada ‘situação substancial’ como objeto do processo na obra de Fazzalari, p. 273) assinala que “a doutrina italiana moderna (...), considerando os pressupostos das teorias da substanciação e da individualização, tende a superar o cerne da discussão, afirmando que aquelas não representam mais do que as faces da mesma moeda, porquanto culminam por aludir ao direito substancial”.

⁶⁹³ Elio Fazzalari, *Note in tema di diritto e processo*, p. 119. A esse respeito, destaca: “Non è senza significato che, contro queste impostazioni estreme, che rivendicano al processo la più assoluta delle independenze, si reagisca anche in Germania. Si pensi all’energico richiamo del Lent alla teoria dell’individuazione, e all’attacco a fondo da lui condotto contro l’inutile nozione di Lebensvorgang: esatamente il Lent rileva che l’‘episodio della vita’ deve corrispondere, per acquistar tilievo, ad una fattispecie astratta, dalla quale si possa trarre una certa situazione giuridica” (p. 120).

⁶⁹⁴ Elio Fazzalari, *Note in tema di diritto e processo*, p. 121, referido também por José Rogério Cruz e Tucci, A denominada ‘situação substancial’ como objeto do processo na obra de Fazzalari, p. 273

⁶⁹⁵ Elio Fazzalari, *Note in tema di diritto e processo*, p. 127.

⁶⁹⁶ Elio Fazzalari, *Note in tema di diritto e processo*, p. 126.

⁶⁹⁷ Elio Fazzalari, *Note in tema di diritto e processo*, p. 122.

*diritto soggettivo (sostanziale)*⁶⁹⁸. Direito subjetivo que, deduzido em estado de asserção, torna-se objeto da controvérsia e, ao final, apresenta-se (na hipótese de sentença de procedência) como “*realità accertata*”⁶⁹⁹. A sentença de improcedência não afetará a higidez do objeto do processo, uma vez que não se está a tratar da dedução em juízo do próprio direito, mas tão apenas de sua afirmação. Dessa forma, preserva-se a distinção entre direito material e processo ao mesmo tempo em que se mantém a ligação entre essas duas esferas, reafirmando-se a instrumentalidade desse em relação àquele⁷⁰⁰.

Nada obstante destaque a importância da alegação de elementos fáticos e jurídicos para a determinação da *causa petendi*, Fazzalari reafirma a concepção comum da doutrina (“*pacificamente ritenuta*”) de que o *nomen iuris* que o demandante assinala à situação jurídica substancial deduzida não é vinculante para o juiz⁷⁰¹. Embora não problematize com maior demora a questão, é de se pressupor que Fazzalari, na esteira da importância que confere ao direito substancial no funcionamento do direito processual, tenha por *nomen iuris*, desimportante para a individualização da situação jurídica controvertida, a mera nomenclatura, e não a qualificação jurídica de que eventualmente se haja utilizado o demandante para precisar os limites da demanda.

Ao identificar o objeto do processo com a circunstância jurídica concreta (“*situazione sostanziale*”) deduzida em juízo *in status assertionis*, para cuja determinação importam os elementos tanto de fato como de direito da *causa petendi* – essa última funcionando como o ponto de inserção do direito material no processo –⁷⁰², Fazzalari alcança mitigar tendências extremistas relativas à determinação do conteúdo da demanda surgidas no embalo da autonomização do direito processual. Reforça, com isso, a função instrumental desse em relação ao direito material⁷⁰³.

Ainda nessa mesma linha de pensamento que atribui importância tanto ao fato como ao direito alegado pelo demandante na determinação da *causa petendi*, aparece a doutrina de Andrea Proto Pisani⁷⁰⁴. Asseverando que o direito de ação nada mais é do que um conjunto de situações subjetivas complexas constituídas por poderes, deveres e faculdades processuais, Proto Pisani refere que essas situações têm como elemento unificante, no plano funcional, a

⁶⁹⁸ Elio Fazzalari, *Note in tema di diritto e processo*, p. 122.

⁶⁹⁹ Elio Fazzalari, *Note in tema di diritto e processo*, p. 123/124.

⁷⁰⁰ Cf. José Rogério Cruz e Tucci, *A denominada “situação substancial” como objeto do processo na obra de Fazzalari*, p. 275.

⁷⁰¹ Elio Fazzalari, *Note in tema di diritto e processo*, p.118/119.

⁷⁰² Cf. José Rogério Cruz e Tucci, *A denominada “situação substancial” como objeto do processo na obra de Fazzalari*, p. 277.

⁷⁰³ Cf. Ricardo de Barros Leonel, *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*, p. 79/80.

⁷⁰⁴ Andrea Proto Pisani, *Dell’esercizio dell’azione*, p. 1.046 e ss.

unidade do efeito final (decisão judicial) a que estão instrumentalmente preordenadas; no plano estrutural, o fator de unificação é o haver como elemento constitutivo comum o direito substancial (afirmado, meramente hipotético) deduzido em juízo⁷⁰⁵. Nesse contexto, a demanda constitui o ato – inserido nesse complexo de situações subjetivas (poderes, deveres e faculdades) ligadas ao direito de ação – pelo qual o autor indica o direito substancial (afirmado, meramente hipotético) deduzido em juízo, sobre o qual as partes irão controverter e que será, ao final, objeto da decisão a ser proferida pelo órgão judicial⁷⁰⁶.

Referindo-se ao direito italiano, Proto Pisani afirma que *“il potere processuale di proporre la domanda giudiziale (...) è ricollegato ad una concreta situazione giuridica individuata secondo le fattispecie del diritto sostanziale”*⁷⁰⁷. Com efeito, para o autor, se por um lado a autonomia do processo frente ao direito material comporta a necessidade de atribuir deveres, poderes e faculdades processuais *“indipendentemente dalla effettiva esistenza del diritto sostanziale dedotto in giudizio”*, por outro essa autonomia não pode negar toda e qualquer ligação entre os dois planos (*“come invece è nella tendenza di una parte della più recedente dottrina tedesca”*): *“Secondo il nostro diritto positivo tale collegamento è realizzato dall’essere la concreta situazione giuridica sostanziale dedotta in giudizio (individuata secondo le norme del diritto sostanziale, situazione giuridica la cui esistenza o inesistenza risulterà solo a seguito del processo nella decisione finale del giudice) elemento costitutivo del potere di proporre la domanda giudiziale e dei singoli poteri doveri e facoltà processuali (dele parti e del giudice) nei quali si risolve il fenomeno del processo”*⁷⁰⁸.

Para Proto Pisani, assim, individualização da demanda significa o mesmo que individualização do *“diritto fatto valere in giudizio”*, que forma o chamado *“oggetto sostanziale del processo”*⁷⁰⁹, o que faz o processualista italiano chegar à seguinte conclusão preliminar: *“oggetto del processo e del giudicato non sono mai fatti o atti (...) ma sempre e solo diritti: il diritto fatto valere in giudizio tramite la domanda dell’attore. Tale diritto a sua volta si determina, alla stregua delle norme di diritto sostanziale, sulla base dei tre classici elementi delle personae, del petitum e della causa petendi”*⁷¹⁰.

⁷⁰⁵ Andrea Proto Pisani, *Dell’esercizio dell’azione*, p. 1.057.

⁷⁰⁶ Andrea Proto Pisani, *Dell’esercizio dell’azione*, p. 1.057.

⁷⁰⁷ Andrea Proto Pisani, *Dell’esercizio dell’azione*, p. 1.058. Para o autor, *“l’osservazione è importante poichè in Germania si è negato che la ‘pretesa processuale’ possa essere ricollegata ad una concreta situazione giuridica individuata secondo la fattispecie del diritto sostanziale, e la si è individuata unicamente sulla base del criterio dello ‘scopo’, pervenendo in tal modo ad una completa scissione tra il diritto sostanziale e processuale”*

⁷⁰⁸ Andrea Proto Pisani, *Dell’esercizio dell’azione*, p. 1.059.

⁷⁰⁹ Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, 5ª edição, Napoli: Jovene, 2006, p. 56 e 61.

⁷¹⁰ Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 62.

Partindo dessa compreensão, após referir a clássica disputa entre individualização e substanciação e destacar que tanto a jurisprudência quanto a doutrina italiana frente a essa polêmica haveriam assumido tendência menos radical, Proto Pisani propõe forma própria de conceituação e compreensão da *causa petendi*: “*Sul piano astratto (...) ci sembra che le dispute dottrinali possano agevolmente essere risolte utilizzando la nozione di fattispecie: la causa petendi è data dagli elementi di fatto e di diritto dalla fattispecie da cui il diritto sostanziale dedotto in giudizio (il quale costituisce l’oggetto cosiddetto sostanziale della domanda)*”⁷¹¹. Semelhante noção de *causa petendi*, para Proto Pisani, “*sembra idonea a superare le rigide contrapposizioni dell’impostazione classica ed a dare al fenomeno una giustificazione che, oltre ad essere conforme al dato positivo (art. 163, n; 4), si fonda su solide basi logiche*”⁷¹²⁻⁷¹³.

Sendo assim, atribuindo importância seja ao seu elemento fático, seja ao seu elemento jurídico, modificação da *causa petendi*, para o jurista italiano, haveria sempre que “*si mutino gli elementi di fatto sia quando si mutino gli elementi di diritto della fattispecie da cui deriva il diritto dedotto in giudizio*”⁷¹⁴. Dessa forma, a aplicação da máxima *iura novit curia*, na concepção do autor, poderá sofrer restrições, conforme se entenda que a mudança da qualificação jurídica dos fatos modificará o próprio direito deduzido em juízo⁷¹⁵.

⁷¹¹ Andrea Proto Pisani, *Dell’esercizio dell’azione*, p. 1.061/1.062. Em outra sede, Proto Pisani destaca que o objeto do processo – isto é, o “*diritto fatto valere in giudizio*” – é individualizado pelos fatos constitutivos “*ed eventualmente anche degli elementi di diritto*” (*Lezioni di diritto processuale civile*, p. 62).

⁷¹² Andrea Proto Pisani, *Dell’esercizio dell’azione*, p. 1.062. O autor, porém, adverte que “*come tutte le soluzioni le quali di fondano sulla nozione di fattispecie si tratta però di una soluzione meramente formale; il vero problema della causa petendi infatti si sposta e consiste nell’individuare, con riferimento a ciascun singolo e concreto diritto dedotto in giudizio, quale sia la sua fattispecie costitutiva, quali siano gli elementi di fatto e (eventualmente) di diritto da cui deriva (cioè, per esprimerci in termini tecnici, quali siano i fatti necessari e sufficienti per l’esistenza del diritto fatto valere): ma l’individuazione degli elementi costitutivi delle singole fattispecie di diritto sostanziale (oltre a non essere possibile in via preventiva con riferimento a quei settori dell’esperienza giuridica disciplinati dalla autonomia privata) è operazione la quale sfugge ad ogni tentativo di ricomprenderla nell’ambito di regole generali*” (p. 1062/1063)

⁷¹³ Pela similitude textual do dispositivo citado do *Codice di Procedura Civile* italiano e do artigo 282, III, do nosso Código de Processo Civil brasileiro, a construção de Proto Pisani, embora destinada declaradamente ao direito italiano, é certamente de proveito para o direito brasileiro.

⁷¹⁴ Andrea Proto Pisani, *Dell’esercizio dell’azione*, p. 1.062.

⁷¹⁵ Essa posição fica clara quando se examinam as referências dadas pelo autor às hipóteses de concurso de normas e concurso de ações. Após citar as hipóteses de concurso entre responsabilidade contratual e extracontratual, entre o mandato e a gestão de negócios, entre a pretensão cambial e a derivada da relação causal subjacente, Proto Pisani leciona que, diante dessas situações, “*se si afferma che il diritto sostanziale è unico, saremo alla presenza di un fenomeno di mero concorso di norme con la conseguenza che (...) il giudice sarà assolutamente libero (in forza del principio iura novit curia) di accogliere la domanda anche sulla base di una prospettiva giuridica diversa da quella indicatagli dall’attore*”. Se, porém, se afirma que “*diritti sostanziali sono ricostruiti come diritti diversi, saremo allora alla presenza di un fenomeno di concorso di diritti (o di azioni), con la conseguenza che (...) il giudice non potrà fare applicazione del principio iura novit curia ove alla stregua della diversa norma da lui individuata muti la rilevanza giuridica dei fatti allegati dall’attore (...) (e l’attore a sua volta – al di là di problemi di mero nomen iuris – non potrà mutare indicazione normativa (...))*” (*Lezioni di diritto processuale civile*, p. 74/75).

Para Heinitz, Fazzalari e Proto Pisani, assim, a *causa petendi* é coordenada a partir do direito material, razão pela qual deve ser expressa pela conjunção de elementos fáticos e jurídicos. Nada obstante as particularidades de suas construções, os três autores mostram-se concordes com a noção de que nem só o fato nem só o direito alegado são suficientes para individualizar a demanda, razão pela qual se pode afirmar que suas doutrinas aproximam e relativizam as teorias da substanciação e da individualização.

3.3. O conteúdo da demanda na perspectiva da teoria da lide.

Enquanto a vasta maior parte da doutrina italiana laborou no rastro de Chiovenda, examinando o problema da determinação da demanda e de seu conteúdo pela ótica da teoria da ação, Francesco Carnelutti, célebre processualista italiano, propôs outro critério sistemático, genuinamente autônomo, para tratamento da questão⁷¹⁶. Sua proposta foi de examinar o tema a partir do conceito de “lide”, “*chiave di volta*” de todo o seu sistema de processo⁷¹⁷. Como já bem se referiu, “*até o aparecimento da obra carneluttiana, o vocábulo ‘lide’ não tinha um significado científico preciso*”⁷¹⁸. E embora a teoria carneluttiana da lide tenha sido objeto mais de atenção e análises do que propriamente de adesões consistentes⁷¹⁹ – haja vista, sobretudo, ser plena de particularidades que a diferenciam do modelo tradicional –, seu exame justifica-se, como já referido, pelo prestígio que o legislador brasileiro de 1973 declaradamente oferece a essa construção, o que impõe ao menos um lançar de olhos sobre as suas principais linhas.

3.3.1. A lide como conteúdo da demanda no pensamento de Francesco Carnelutti

Segundo Carnelutti, fundamental para o estudo do direito, em geral, e do processo, em particular, é a noção de “interesse”, isto é, da “*posizione dell’uomo (...) favorevole al*

⁷¹⁶ Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 29.

⁷¹⁷ Piero Calamandrei, *Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti*, in *Opere Giuridiche*, Volume 1º, Napoli: Morano, 1976, p. 200. No mesmo sentido, Enrico Tullio Liebman *O despacho saneador e o julgamento do mérito*, p. 113. Ainda, Cândido Rangel Dinamarco (*O conceito de mérito em processo civil*, p. 32), que afirma que “*a lide é, na obra de Carnelutti, mais do que um conceito magistralmente elaborado e mais até do que um instituto de primeira grandeza na constelação do direito: ela está no centro de todo o seu sistema e é em torno dela que gravitam todos os demais institutos e as construções de Carnelutti*”.

⁷¹⁸ Alfredo Buzaid, *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1956, p. 103.

⁷¹⁹ Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 30.

soddisfacimento di un bisogno”⁷²⁰. Em correlação ao interesse pode surgir o “conflito de interesses” (“*conflito de interessi*”)⁷²¹, e dado que apenas a vida em sociedade permite aos homens satisfazer grande parte de suas necessidades, premissa sociológica de todo ordenamento jurídico é o interesse coletivo⁷²² na composição (sem violência) dos conflitos de interesses individuais⁷²³.

A composição do conflito resolve-se na subordinação de um interesse a outro (“*cioè nell’assoggettamento dei due interessati alla volontà altrui*”⁷²⁴), sendo essa solução expressa em um “comando”⁷²⁵. Esse comando pode ter por base duas situações distintas: “*può darsi che la consociazione abbia dato a [un] terzo il potere di stabilire volta per volta la soluzione meglio adeguata al singolo conflitto da comporre, formulando per ciascun conflitto uno speciale comando non desunto da regole generali preesistenti (arbitrato in ampio senso), ovvero può essere che la consociazione abbia prestabilito in astratto certe regole generali di condotta, secondo le quali devono essere risolti i conflitti di interessi (norme giuridiche materiali), sicchè il terzo, nel comporre in concreto il conflitto, non debba far altro che applicare ad esso la norma preesistente*”⁷²⁶. Sendo composto por um comando jurídico – isto é, por um comando que tem por base uma norma proveniente do direito objetivo –, o conflito de interesses torna-se uma “relação jurídica” (“*rappporto giuridico*”)⁷²⁷.

⁷²⁰ Francesco Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, volume 1º, Padova: CEDAM, 1930, p. 3. Francesco Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, volume I, Padova: CEDAM, 1936, p. 7. Se o “interesse” é a situação de um homem favorável à satisfação de uma necessidade, isso se verifica em relação a um bem, que satisfaz essa necessidade. Dessa forma, tem-se que, se o sujeito do interesse é o homem, objeto desse interesse é um bem.

⁷²¹ “*Vi è conflitto fra due interessi quando la situazione favorevole per il soddisfacimento di un bisogno esclude la situazione favorevole per il soddisfacimento di un bisogno diverso*” (Francesco Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, volume I, p. 12).

⁷²² “*Interessi individuali si hanno (...) quando la situazione favorevole per il soddisfacimento di un bisogno può determinarsi rispetto a un individuo soltanto. Interessi collettivi si hanno (...) quando la situazione favorevole per il soddisfacimento di un bisogno può determinarsi se non rispetto a più individui insieme; o in altri termini, quando la situazione favorevole a ciascuno per il soddisfacimento di un suo bisogno non può determinarsi se non insieme con altre identiche situazioni favorevoli degli altri membri di un determinato gruppo*” (Francesco Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, volume I, p. 8/9).

⁷²³ Francesco Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, p. 14.

⁷²⁴ Piero Calamandrei, *Il concetto di ‘lite’ nel pensiero di Francesco Carnelutti*, p. 200/201.

⁷²⁵ Que é um “*atto di volontà diretto a determinare la condotta altrui in vista della composizione di un conflitto di interessi mediante la minaccia di un male nel caso di disubbidienza*” (Francesco Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, volume 1º, p. 33).

⁷²⁶ Piero Calamandrei, *Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti*, p. 201.

⁷²⁷ “*Questo non è altro se non la espressione della composizione di un conflitto mediante il diritto; o, in altri termini, un conflitto di interessi regolato dal diritto. Il conflitto di interessi è il suo elemento materiale; il comando giuridico è il suo elemento formale*” (Francesco Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, volume I, p. 25).

Todavia, a relação jurídica, que é um conceito estático (“*in quanto rappresenta il conflitto dal punto di vista della coordinazione delle volontà dei suoi titolari*”⁷²⁸), não exaure, para Carnelutti, o universo de fenômenos relativo à composição dos conflitos de interesses por meio do direito. O conflito pode (e deve) ser considerado também desde um ponto de vista dinâmico. É preciso considerar que o conflito pode dar lugar à manifestação de vontade de um dos sujeitos envolvidos, que se concretiza “*nella esigenza della subordinazione dell’interesse altrui all’interesse proprio*” (ou na exigência à “*obbedienza al comando giuridico*”)⁷²⁹. Essa exigência é o que se chama de “pretensão” (“*pretesa*”). Se à pretensão do titular de um dos interesses em contraste se opõe a “resistência” do titular do outro interesse, então o conflito de interesses transforma-se em uma “lide” (“*lite*”), que é justamente o “*conflitto di interessi qualificato dalla pretesa di uno degli interessati e dalla resistenza dell’altro*”⁷³⁰. Dessa específica noção de lide (que “*finora, così in latino come in italiano (...) è valsa a significare non soltanto il conflitto di interessi (...) ma altresì il processo medesimo*”⁷³¹) serve-se Carnelutti para diversas construções de seu sistema, a exemplo da definição do conteúdo próprio da função jurisdicional e do escopo característico do processo⁷³². Não apenas, Carnelutti faz do conceito de lide também a grande premissa dogmática de sua construção sobre as relações entre processo e ação. E é justamente essas relações que nos interessam ser examinadas.

Coerentemente com o sistema que propõe, tratando a lide como conteúdo e objeto do processo⁷³³, Carnelutti vê um problema de “*identificazione di liti*” onde o restante da processualística italiana enxerga um problema de “*identificazione di azioni*”. E havendo a doutrina mais corrente fixado no clássico trinômio *personae, causa petendi e petitum* os elementos de identificação das ações, Carnelutti indica nos *sujeitos*, no *bem* e nos *interesses em contraste* (“*pretesa*” e “*contestazione della pretesa*”, fundadas em “*ragioni*”⁷³⁴) os

⁷²⁸ Francesco Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, volume I, p. 40.

⁷²⁹ Francesco Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, volume I, p. 40.

⁷³⁰ Francesco Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, volume I, p. 40. Carnelutti continua: “*Anche la lite, come il rapporto giuridico, è un conflitto di interessi qualificato; e perciò presenta un elemento o aspetto materiale e un elemento formale: il primo è il conflitto di interessi, il secondo il conflitto di volontà. Balza chiara (...) la analogia e la differenza tra rapporto giuridico e lite: la prima sta nell’elemento materiale che è identico; la seconda nell’elemento formale che è diverso. Meglio che diverso, anzi, contrario: vi è rapporto giuridico perchè il conflitto di interessi è composto in una coordinazione di volontà; vi è lite in quanto, invece, il conflitto si risolve in un contrasto di volontà*” (p. 41).

⁷³¹ Francesco Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, volume I, p. 40.

⁷³² Piero Calamandrei, *Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti*, p. 201.

⁷³³ Francesco Carnelutti, *Lite e processo*, *Rivista di Diritto Processuale Civile*, volume V, 1928, p. 99.

⁷³⁴ A “*pretesa*” (e, *mutatis mutandi*, a “*contestazione della pretesa*”) no mais das vezes faz-se acompanhar da “*ragione*”, que é a “*affermazione della tutela, che l’ordine giuridico concede all’interesse di cui si esige la prevalenza; in altre parole la affermazione della conformità della pretesa al diritto (obbiettivo)*”. Para Carnelutti,

elementos identificadores da lide⁷³⁵⁻⁷³⁶. Processo e lide, portanto, não se confundem. Há entre esses conceitos relação de continente e conteúdo, respectivamente⁷³⁷. O processo destina-se à composição da lide, e, para tanto, é preciso que a lide seja nele introduzida (*“il processo contiene quel tanto di lite, che serve a comporre”*⁷³⁸).

Isso ocorre por meio de um elemento intermediário de conexão, que serve como espécie de ponte de passagem entre esses dois planos, isto é, pelo conceito de “questão” (*“questione”*). Segundo Carnelutti, *“in quanto una affermazione, compresa nella ragione (della pretesa o della contestazione), possa generare un dubbio e così debba essere verificata, diventa una questione”*⁷³⁹. A questão pode ser definida como *“un punto dubbio, di fatto o di diritto, ogni incertezza intorno alla realtà di un fatto o intorno alla sua efficacia giuridica”*⁷⁴⁰. Não se confunde com a lide nem constitui um seu elemento. Antes disso, é uma causa ou condição da lide, a qual existe justamente porque há uma questão em relação aos pressupostos de fato ou de direito da tutela pretendida por algum dos litigantes⁷⁴¹. Sendo assim, pode-se dizer que as questões servem como elemento de introdução da lide no processo: *“la lite entra nel processo (...) in quanto il processo stesso ne risolva le questioni”*⁷⁴². As questões são a causa da lide⁷⁴³ e funcionam como espécie de *“legame”* entre essa e o processo⁷⁴⁴. São o elemento essencial de conexão entre esses dois planos⁷⁴⁵.

Uma lide pode apresentar (e normalmente apresenta) várias questões. Tendo em conta o que exposto até agora, basta essa referência para que se perceba que uma lide pode ser introduzida no processo por todas ou por apenas algumas de suas questões: *“Ad esempio, chi*

a *“ragione necessariamente si risolve (...) nella affermazione dell’effetto, in cui la tutela si concreta, e nella affermazione di fatto, da cui la tutela discende”*, o que permite falar em *“elementi, di fatto o di diritto, della ragione”* (Francesco Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, volume I, p. 348/350).

⁷³⁵ *“La identità della lite risulta, naturalmente, della identità dei suoi elementi: soggetti, oggetti e pretesa. Se uno solo dei tre elementi varia, la identità sparisce”* (Francesco Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, volume I, p. 355).

⁷³⁶ Cf., com modificações, Piero Calamandrei, *Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti*, p. 220.

⁷³⁷ *“Il proceso consiste prima di tutto nel portare la lite davanti al giudice o anche nello svolgerla al suo cospetto. (...) il processo non è la lite ma la riproduce o la rappresenta davanti al giudice (...). La lite non è il processo, ma è nel processo; deve essere nel processo se il processo deve servire a comporla. Perciò passa tra processo e lite lo stesso rapporto che corre tra contenente e contenuto”* (Francesco Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, volume I, p. 341).

⁷³⁸ Francesco Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, volume I, p. 907.

⁷³⁹ Francesco Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, volume I, p. 353.

⁷⁴⁰ Francesco Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, volume 4º, Padova: CEDAM, 1930, p. 3. Sobre o ponto, consulte-se também Cândido Rangel Dinamarco, *O conceito de mérito em processo civil*, p. 25/28.

⁷⁴¹ Francesco Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, volume 4º, p. 3.

⁷⁴² Francesco Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, volume 4º, p. 9.

⁷⁴³ *“Una lite (...) nasce perchè le parti dissentono intorno al regolamento del conflitt; cioè intorno ai pressuposti della tutela, pretesa dall’una e contrastata dall’altra. Ogni dissenso intorno a uno di questi pressuposti è una questione. Non ci può essere lite (di questo genere) senza una questione”* (p. 100).

⁷⁴⁴ Francesco Carnelutti, *Lite e processo*, p. 100.

⁷⁴⁵ Francesco Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, volume 4º, p. 9.

*pretende una eredità per doppia vocazione, testamentaria e legittima, può chiedere in confronto di chi la contesti l'accertamento del suo diritto fondato sull'una e sull'altra oppure, invece, l'accertamento di una soltanto tra di esse: tanto nel primo quanto nel secondo caso la lite è sempre una e sempre quella, poichè identici sono i suoi tre elementi essenziali (soggetti, oggetto e causa⁷⁴⁶)”⁷⁴⁷. Sobre o ponto, Carnelutti faz importante advertência: “Invero, la vocazione testamentaria o legittima non è la causa petendi, ma la ratio del diritto preteso; ma, posto che la contestazione si estenda tanto al titolo testamentario quanto al titolo legittimo, nel secondo caso, a differenza dal primo, il processo non serve a comporre tutta la lite, poichè non risolve le questioni relative a una delle due vocazioni”⁷⁴⁸. Por essa passagem confirma-se o que já poderia ser intuído: para Carnelutti, o processo pode conter toda a lide existente no plano social ou apenas parte dela, a depender da introdução ou não, no processo, de todas as suas questões. No primeiro caso, fala-se em “*processo integrale*”⁷⁴⁹; no segundo, em “*processo parziale*”⁷⁵⁰⁻⁷⁵¹.*

A introdução total ou parcial da lide no processo – é dizer, a submissão de todas ou apenas parte de suas questões à análise do órgão judicial – depende, como é evidente, de um ato da parte, que se traduz na demanda⁷⁵². A função da demanda, para Carnelutti, é a de “*provocare l'attività dell'ufficio, cioè l'intervento di questo per la composizione della lite*”⁷⁵³. Se a demanda é uma condição para que uma pretensão possa ser afirmada em juízo e julgada⁷⁵⁴, é certo que para se definir em concreto quais são as questões da lide que entraram no processo há que se examinar a demanda do autor. A lide entra no processo tanto que haja indicação de suas questões na demanda, donde decorre que a demanda assinala os limites do processo em relação à lide. O processo compreende todas e tão somente as questões da lide

⁷⁴⁶ Causa, aqui, entendida como *pretesa* (cf. Francesco Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, volume I, p. 355 e ss.).

⁷⁴⁷ Francesco Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, volume I, p. 907/908.

⁷⁴⁸ Francesco Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, volume I, p. 908.

⁷⁴⁹ “*Ciò avviene quando si chiede al giudice di affermare o di negare senza limiti un rapporto giuridico*” (Francesco Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, volume 4º, p. 10)

⁷⁵⁰ “*Può (...) avvenire (...) che la lite entri nel processo per alcuna soltanto tra le sue (possibili) questioni, cioè che di tutte le questioni alcune soltanto siano date al giudice da risolvere*” (Francesco Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, volume 4º, p. 10)

⁷⁵¹ Francesco Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, volume 4º, p. 9/11. Francesco Carnelutti, *Sistema del processo civile*, volume I, p. 907/908.

⁷⁵² “*Del portare in tutto o solo in parte la lite nel processo sono padrone le parti; infatti il giudice non deve comporla oltre i limiti della domanda. La domanda è appunto, il mezzo con cui la parte sottopone la lite al giudice*” (Francesco Carnelutti, *Lite e processo*, p. 101/102).

⁷⁵³ Francesco Carnelutti, *Sistema del processo civile*, volume I, p. 400.

⁷⁵⁴ Francesco Carnelutti, *Sistema del processo civile*, volume I, p. 410.

cuja resolução foi requerida pelo demandante⁷⁵⁵. Desse modo, voltando aqui rapidamente os olhos para o direito brasileiro, compreende-se perfeitamente o teor da redação do artigo 287 do Código de Processo Civil de 1939 (“*a sentenza que decidir total ou parzialmente a lide terá forza de lei nos limites das questões decididas*”) e, depois, do artigo 468 do Código de Processo Civil de 1973 (“*a sentenza, que julgar total ou parzialmente a lide, tem forza de lei nos limites da lide e das questões decididas*”). Esses dispositivos reproduzem quase fielmente, como já assinalado antes, o texto de disposição constante do anteprojeto redigido por Carnelutti para a proposta de um novo Código de Processo Civil italiano, anteprojeto esse que fazia do conceito de lide o ponto de referência em torno do qual orbitava toda a disciplina do sistema normativo proposto⁷⁵⁶.

As questões originam-se e resolvem-se por meio das razões (“*ragioni*”), de modo que a identificação e resolução da questão compreende, necessariamente, a indicação da situação de fato e “*delle norme, a cui il dissenso si riferisce*”⁷⁵⁷: “*Poichè l’aver ragione o torto dipende dalla valutazione giuridica di un fatto, per aver ragione occorre la coincidenza di un fatto con la fattispecie legale, che tutela l’interesse fatto valere con la pretese; da ciò la scomposizione della ragione in ragione di fatto e di diritto*”⁷⁵⁸. Para Carnelutti, assim, a razão não é o fato nem a norma jurídica, mas a “*affermazione di un fatto coincidente con la fattispecie di una norma giuridica*”, que justifica a afirmação de conformidade da pretensão com o direito. Esse conceito é equiparado por Carnelutti ao de *causa petendi* (“*per questo concetto gli antichi hanno inventato la formula della causa petendi, cioè della causa della domanda; formula esatta perchè in tanto una pretesa può essere dedotta in una domanda in quanto chi la deduce la giustifica con una ragione*”⁷⁵⁹) e, assim, integra a demanda, delimitando a esfera de atuação do juiz⁷⁶⁰. Para Carnelutti, a exposição na demanda das razões de fato e de direito que constituem a sua razão (a teor do preconizado pelo art. 163, n. 4, c.p.c. italiano) serve para assinalar ao juiz a relação jurídica (“*rappporto giuridico*”) que está à base da pretensão veiculada pelo demandante, permitindo ao juiz formular a *quaestio* cuja resolução irá resultar na pronúncia da decisão⁷⁶¹. A esse respeito, Carnelutti afirma expressamente que “*la determinazione del rapporto giuridico sostanziale, del quale si parla*

⁷⁵⁵ Cf. Piero Calamandrei, *Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti*, p. 222, com referência a Francesco Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, volume 4º, p. 21.

⁷⁵⁶ Cf. Piero Calamandrei, *Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti*, p. 217 e ss.

⁷⁵⁷ Francesco Carnelutti, *Lite e processo*, p. 100.”

⁷⁵⁸ Francesco Carnelutti, *Diritto e processo*, p. 172.

⁷⁵⁹ Francesco Carnelutti, *Diritto e processo*, p. 172.

⁷⁶⁰ Francesco Carnelutti, *Diritto e processo*, p. 172/173.

⁷⁶¹ Francesco Carnelutti, *Diritto e processo*, p. 173.

nel testo, è ciò che i processualisti tedeschi chiamano la *Individualisierung in confronto con la Substantiierung*: due formule che corrispondono presso a poco alla esposizione della *pretesa nuda o della pretesa vestita come contenuto della domanda*⁷⁶². Ratificando a crítica corriqueira segundo a qual objeto do processo não é a própria relação jurídica, mas a sua afirmação, destaca o jurista italiano que “*oggetto del processo o del giudizio (...) non è il rapporto ma, invece, la pretesa e pertanto la lite*”⁷⁶³.

Ainda segundo Carnelutti, que a *causa petendi* da demanda resulte da razão de fato e da razão de direito não significa, porém, que um e outro elemento tenham eficácia igualmente vinculante para o juiz, “*perché a questo punto si combina con il principio dispositivo la massima curia novit ius*”⁷⁶⁴. Resultado dessa combinação é que “*la ragione di diritto limita l’area della quaestio solo in quanto ne risulti la natura o la misura della pretesa: così se l’attore qualifica giuridicamente la sua pretesa con il diritto di usufrutto, tale qualificazione impedisce al giudice di riconoscerli la proprietà del bene contestato, perché l’usufrutto garantisce un godimento temporaneo e la proprietà il godimento perpetuo di un bene; ma il giudice sarebbe libero di accogliere la domanda per una ragione di diritto diversa da quella dedotta dall’attore se con ciò non si altera la natura o la misura dell’interesse fatto valere con la pretesa*”⁷⁶⁵. Disso decorre que a *causa petendi* não compreende apenas a razão de direito deduzida na demanda, mas qualquer razão jurídica dedutível como fundamento do interesse para o qual se requer tutela.

3.3.2. Crítica ao pensamento de Carnelutti

Para Calamandrei, em crítica ao pensamento de Carnelutti, a *lide* assim concebida não pode ser considerada em si e por si objeto e conteúdo do processo⁷⁶⁶. Conforme ressalta o processualista florentino, devendo-se medir pelas questões submetidas ao exame do juiz o tanto de *lide* que entra no processo, o mais lógico seria concluir-se que objeto do processo é antes as questões da *lide* veiculadas na demanda do autor, do que a *lide* propriamente considerada.

Realmente, é fácil ver que aquilo com o que se depara o juiz não é a *lide* concebida por Carnelutti, mas as questões da *lide* que lhe foram apresentadas pelo demandante: “*Se il*

⁷⁶² Francesco Carnelutti, *Diritto e processo*, p. 173, nota 1.

⁷⁶³ Francesco Carnelutti, *Diritto e processo*, p. 173, nota 1.

⁷⁶⁴ Francesco Carnelutti, *Diritto e processo*, p. 173.

⁷⁶⁵ Francesco Carnelutti, *Diritto e processo*, p. 173.

⁷⁶⁶ Para Calamandrei, *Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti*, p.

*compito di ‘portare la lite al cospetto del giudice’ è adempiuto dalla parte mediante la domanda, è certo che il giudice si trova in cospetto non direttamente della lite quale è fuori del processo, ma solo di quella porzione di lite che si trova messa in evidenza”*⁷⁶⁷. Para Calamandrei, a lide concebida por Carnelutti “è infatti non soltanto separata dal processo, in quanto esiste prima e all’infuori di esso, ma addirittura indifferente per il processo, in quanto le manca quel riferimento alla tutela giuridica degli elementi in contrasto della quale il processo è appunto lo strumento. Finchè la lite si presenta come individuata nei soli tre elementi differenziali che il Carnelutti enumera, essa appartiene al mondo sociologico, non al mondo giuridico”⁷⁶⁸. Isso significa, então, para Calamandrei, que aquilo que o juiz se vê obrigado a examinar tanto que proposta a demanda não é a lide, mas as questões propostas pela demanda: “*I termini del problema che il giudice deve risolvere si trovano tutti e soltanto nella domanda, senza bisogno di andare al di là: quello che c’è al di là delle domande delle parti, cioè – per restar nell’ordine di idee del Carnelutti – quella porzione di lite che resta nell’ombra perchè non compresa nelle questioni poste dalle parti al giudice, non entra nel processo ed è quindi irrilevante per il diritto processuale*”⁷⁶⁹.

Essa conclusão, que traduz a crítica mais arguta de Calamandrei sobre o pensamento de Carnelutti acerca das relações entre lide e processo, não é, porém, aceita por esse último. Para Carnelutti, em resposta a Calamandrei, não se poderia dizer que “*oggetto del processo sieno le questioni piuttosto che la lite*”⁷⁷⁰. Para ele, “*il vero è che il giudice, per mezzo della domanda, si trova davanti la lite*”⁷⁷¹. Essa afirmação de Carnelutti, se pode ser verdadeira na hipótese (quase sempre ideal) de processo integral, certamente não o é em se tratando de processo parcial. Nesse sentido, seguindo a terminologia de Carnelutti e ficando apenas no campo do direito processo, parece correta a crítica de Calamandrei no sentido de que não faz sentido distinguir entre processo parcial e processo integral: “*Questa distinzione può avere significato soltanto se si pone il processo in relazione alla lite considerata nel suo aspetto sociologico o economico o psicologico; ma se si resta nel campo giuridico mi sembra che tutti i processi si possano chiamare integrali, nel senso che servono a risolvere tutta intera la*

⁷⁶⁷ Piero Calamandrei, *Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti*, p. 222.

⁷⁶⁸ Piero Calamandrei, *Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti*, p. 221. A esse respeito, afirma Ovídio Araújo Baptista da Silva (*Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro*, p. 114/115.), com referência ao pensamento de Calamandrei, que “*não pode haver lide fora do processo pela simples razão de que o conceito de lide foi criado para a solução de um ou de vários problemas peculiares ao processo. Pode ser que o historiador, ou o administrador, ou o sociólogo, ou até mesmo o médico, ou o jornalista, nos seus respectivos campos de atividade, conheçam, descrevam e interpretem esses conflitos sociais, porém, para o juiz eles serão absolutamente irrelevantes*”.

⁷⁶⁹ Piero Calamandrei, *Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti*, p. 221.

⁷⁷⁰ Francesco Carnelutti, *Lite e processo*, p. 101.

⁷⁷¹ Francesco Carnelutti, *Lite e processo*, p. 102.

*lite quale appare al giudice attraverso la domanda (cioè in tutte le questioni che la domanda pone al giudice), e si possono con altrettanta legittimità chiamar tutti quanti parziali, nel senso che non servono a risolvere tutte le altre questioni, di numero indefinito – com'è indefinito il numero dei fatti che potevano accadere ma non sono accaduti! – che le parti potevano sollevare e non sollevarono”*⁷⁷².

Analisando o pensamento de Carnelutti, Liebman adere à crítica de Calamandrei para dizer que a concepção carnelutiana que vê na lide o mérito da causa “*pode ser aceita (...) só com alguns importantes reparos*”, na medida em que “*pode (...) acontecer que o conflito de interesses entre duas pessoas não seja deduzido em juízo em sua totalidade*”⁷⁷³: “*As partes são soberanas na decisão de submeter ou não ao julgamento da autoridade judiciária o conflito de interesses que surgiu entre elas, e assim também podem submeter-lhe só uma parte desse conflito. É claro que neste caso constitui objeto do processo só aquela parte do conflito de interesses, a respeito da qual pediram as partes uma decisão*”⁷⁷⁴. Também para Liebman, portanto, o mérito da causa não é delimitado pela lide tal como delineada por Carnelutti, mas pela demanda formulada pelo autor, de modo que o problema da continência do processo com respeito à lide seria um falso problema: “*Para o processo, interessa o que for nele deduzido efetivamente e não importam os outros fatos que podem ocorrer pelo mundo afora*”⁷⁷⁵.

Segundo Liebman, “*objeto do processo não é o conflito de interesses em sua simples e natural realidade*”⁷⁷⁶. O processo tem um mecanismo próprio de funcionamento e não basta ao autor denunciar ao juiz a existência do conflito para que esse trate de resolvê-lo da maneira como achar mais justo. Antes disso, o demandante tem de expor ao juiz as circunstâncias de fato e de direito relacionadas ao conflito e pedir ao juiz que tome determinada providência: “*Nem sempre o conflito é tão simples que possa legalmente comportar uma única solução. Frequentemente é ele mais complexo e pode ser encarado de vários pontos de vista, dando lugar, portanto, a outras tantas soluções diferentes e é ao autor que cabe fazer o diagnóstico do caso concreto e escolher uma entre elas, apresentando-a para o juiz para que forme objeto de seu exame*”⁷⁷⁷. Para Liebman, “*o autor que quiser levar perante o juiz um conflito de interesses do qual é parte deve, por assim dizer, construí-lo juridicamente, determinando a*

⁷⁷² Piero Calamandrei, *Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti*, p. 221/222..

⁷⁷³ Enrico Tullio Liebman, *O despacho saneador e o julgamento do mérito*, p. 114.

⁷⁷⁴ Enrico Tullio Liebman, *O despacho saneador e o julgamento do mérito*, p. 114.

⁷⁷⁵ Enrico Tullio Liebman, *O despacho saneador e o julgamento do mérito*, p. 115.

⁷⁷⁶ Enrico Tullio Liebman, *O despacho saneador e o julgamento do mérito*, p. 116.

⁷⁷⁷ Enrico Tullio Liebman, *O despacho saneador e o julgamento do mérito*, p. 116.

forma de tutela jurisdicional que ele pretende conseguir como consequência lógica dos fatos que afirmou existentes”⁷⁷⁸. Aos limites assim estabelecidos da demanda apresentada pelo autor está vinculado o juiz⁷⁷⁹, de modo que se pode dizer que “*o conflito de interesses não entra para o processo tal como se manifestou na vida real, mas só indiretamente, na feição e configuração que lhe deu o autor em seu pedido*”⁷⁸⁰.

Em conclusão, é de se dizer que, embora Carnelutti, como aludido há pouco, tenha insistido em manter-se firme em sua proposta de ter a lide como objeto do processo, parece claro, do que visto do pensamento do célebre processualista italiano, que a essa forma de impositação do problema não se opõem necessariamente as suas ideias. Carnelutti não nega que as questões da lide são os pontos submetidos a exame do juiz e que, tais questões, devam ser examinadas pelo juiz à luz das razões (de fato e de direito) deduzidas pelas partes. Longe dessa polêmica, interessa-nos essencialmente perquirir a respeito do papel desempenhado pela qualificação jurídica da causa na delimitação da demanda, e, ao que visto, Carnelutti atribui relevância a esse elemento no dimensionamento da amplitude da cognição do juiz na apreciação do caso posto a seu exame. Igualmente como aludido, Carnelutti equipara o conceito de razão ao de *causa petendi*, de modo que a discussão da delimitação da demanda desde a ótica da lide, sem prejuízo, pode ser feita a partir dos elementos da ação.

3.4. Síntese conclusiva: qualificação jurídica da demanda e aplicação da máxima *iura novit curia* em face das teorias examinadas.

Essas três linhas de abordagem do problema do conteúdo da demanda – objeto litigioso, ação e lide –, como visto, apresentam entre si diversas semelhanças e outras tantas diferenças importantes. Mesmo as correntes teóricas examinadas formadas ao interno de cada uma dessas três linhas, que não são as únicas, embora sejam possivelmente as principais, apresentam entre si amplo grau de oscilação e diferentes resultados. Muitas são as diferenças conceituais e por vezes maiores ainda são as consequências aplicativas de uma e outra elaboração, o que leva a pensar sobre a razão de tamanha variação de concepções sobre um fenômeno que, ao final, se revela praticamente único. A variação da normativa objetiva dos ordenamentos trabalhados e as próprias evoluções internas da legislação desses países poderia

⁷⁷⁸ Enrico Tullio Liebman, *O despacho saneador e o julgamento do mérito*, p. 117.

⁷⁷⁹ Para Liebman, “*a tarefa do juiz é unicamente decidir se a solução proposta é conforme ou não com o direito vigente*” (Enrico Tullio Liebman, *O despacho saneador e o julgamento do mérito*, p. 117).

⁷⁸⁰ Enrico Tullio Liebman, *O despacho saneador e o julgamento do mérito*, p. 117.

surgir como explicação mais evidente, mas, como se viu, mesmo diante do mesmo ordenamento e, inclusive, de um mesmo dispositivo de lei as propostas se contrapõem. Qual a razão de ser, então, dessa significativa disparidade entre as propostas?

A nosso ver, sem desmerecer outras causas, essa diversidade deve-se, sobretudo, ao maior ou menor grau de aderência entre direito material e processo, entre situação substancial e conteúdo da demanda, que cada uma dessas elaborações teóricas propõe. É fácil constatar que essa aproximação é bastante grande, por exemplo, nas doutrinas de Lent e de Heinitz, para quem a cada direito ou relação jurídica substancial afirmados corresponderia uma diferente pretensão processual e, portanto, uma demanda diversa, com o que os autores buscam manter uma linha de coerência entre os fenômenos do direito material e o seu tratamento processual. Essa relação direta entre direito material e processo atenua-se gradativamente nas doutrinas de Fazzalari, Gianozzi e Habscheid, respectivamente, para quem, em grau crescente, passa a importar mais o episódio de fato do que a verificação dos direitos materiais ou relações jurídicas existentes na determinação do conteúdo da demanda, até sofrer total ruptura com Schwab. Esse último declaradamente pretende, a partir da proposta de construção de uma solução eminentemente processual, eliminar qualquer influência do direito material na conformação da demanda⁷⁸¹, pretendendo, com isso, dissipar as dificuldades com que lida o processualista e os aplicadores com a variedade de fenômenos proveniente do direito material. Daí a simplificação de sua proposta, na tentativa de atenuar também as dificuldades impostas pela temática. Embora nenhum haja chegado ao ponto extremo de Schwab, que simplesmente despreza o direito material no tratamento do problema e, assim, despreza igualmente a realidade das coisas⁷⁸², com outros autores preocupação semelhante é perceptível – a exemplo de Carnelutti, quando afirma que o ideal é que o processo resolva a lide (social) em sua totalidade ou tantas lides quanto possível.

Por conseguinte, e a nosso ver, o cerne da problemática a respeito do tema reside justamente nas dificuldades de teorização que ao processo impõe o direito material. Exemplo claro disso está no tratamento processual do concurso de títulos de responsabilidade em face de um mesmo evento. Mesmo que a abordagem dessa espécie de questões não apresente problemas de dificuldade aguda pela ótica do direito material e que os direitos e pretensões possam ser perfeitamente separados naquele plano – embora sempre haja um fundado grau de

⁷⁸¹ José Rogério Cruz e Tucci, *A denominada “situação substancial” na obra de Fazzalari*, p. 272.

⁷⁸² Nesse sentido, referindo-se à doutrina alemã sobre o objeto do processo, Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 70/71. Ainda no sentido do corpo do texto, José Rogério Cruz e Tucci, *A denominada “situação substancial” na obra de Fazzalari*, p. 273.

dúvida e de desconfiança a esse respeito –, essa pluralidade estaticamente bem definida gera importantes dificuldades no campo dinâmico do processo, como no tratamento das questões atinentes à modificação da demanda e aos limites objetivos da coisa julgada.

Por ter em vista muitas vezes o mesmo efeito jurídico, a mesma consequência, a multiplicidade material gera dúvidas na esfera do processo sobre a conveniência ou não de serem parcializadas as demandas em função dos diferentes direitos ou pretensões passíveis de serem deduzidas visando à mesma finalidade. Pode ser o caso de que essa pluralidade, decorrente de um mesmo acontecimento histórico e coordenada em função do mesmo objetivo, se mantida no plano processual, aumente o risco de que uma equivocada atividade de qualificação e subsunção realizada pelo demandante prejudique injustamente a concessão da tutela buscada. O destaque entre direito material e direito processual nasce, então, da preocupação desses processualistas com o que se qualifica como “*precise esigenze applicative*” na tentativa de encontrar no plano do processo a solução para os problemas que nesse campo são mais sentidos, e não de uma lógica puramente conceitual⁷⁸³. Manifesta-se aqui, portanto, em toda a sua extensão, a já advertida dificuldade monumental de erigir uma construção capaz de satisfazer, em boa medida, ambas as exigências – teórica e prática.

Colocado nesses termos o problema, e já examinadas as diferentes propostas vindas sobretudo da doutrina alemã e italiana para sistematização do problema da determinação do conteúdo, resta evidente que o elemento jurídico da causa, a qualificação jurídica dada pelo demandante aos fatos narrados, poderá ou não, tenha-se em vista uma ou outra linhagem teórica, influir diretamente na determinação do próprio conteúdo da demanda.

Quanto mais a elaboração conceitual a respeito do problema aproxima-se do direito material e das situações substanciais, como é o caso paradigmático das propostas de Lent e Heinitz, obviamente maior será a importância que se deve atribuir à qualificação jurídica da causa. Basta, para isso ver, que se de um mesmo episódio histórico puderem ser identificados diversos direitos e pretensões tendo em vista o mesmo escopo – como é o caso, mas não único, do concurso entre responsabilidade contratual e extracontratual –, o único modo de determinar qual a relação jurídica deduzida em juízo pelo demandante é o exame da qualificação jurídica por ele formulada diante dos fatos narrados. Sendo assim, partindo da premissa de que deve ser mantido sempre ativo e intocado o princípio da demanda, obviamente importantes limites são erigidos ao juiz na intervenção e alteração dessa qualificação jurídica construída na propositura da demanda. Realmente, a depender de qual e

⁷⁸³ Cf. Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 73.

quão impactante seja essa interferência (troca do fundamento de responsabilidade, por exemplo), a consequência poderá ser a própria alteração objetiva da demanda, o que não seria permitido ao órgão jurisdicional. Fica claríssimo, então, que a aplicação da máxima *iura novit curia*, em face de uma tal proposta de concepção do conteúdo da demanda, fica restringida de modo importante e exige cuidados que normalmente não são advertidos pela doutrina e pela prática na aplicação do nosso brocardo.

De outro lado, quanto mais se distancia e se desvincula do direito material a conceituação sobre o objeto do processo⁷⁸⁴, como é o caso da construção igualmente exemplificativa de Schwab e mesmo de Habscheid, identificando a demanda precipuamente em relação ao efeito jurídico pretendido e dando liberdade seja as partes seja ao juiz de identificar, a partir do estado de fato narrado, todos os direitos e relações jurídicas potencialmente aptos a conduzir ao efeito jurídico pretendido, maior será a possibilidade de modelagem e alteração da qualificação jurídica inicial proposta pelo demandante. Essa já não mais será uma emanção do princípio da demanda, na medida em que não será elemento decisivo na determinação de seu conteúdo. Maior, então, será o campo de aplicação da máxima *iura novit curia*, que não terá a sua frente os mesmos limites antes anunciados⁷⁸⁵.

Toda essa elaboração, embora construída tendo em vista precipuamente o direito alemão e o direito italiano, não deve, por óbvio, ser desprezada em suas linhas gerais. Há aí importantes subsídios para o tratamento de questões absolutamente análogas com que se depara o direito brasileiro. Para ficar com um exemplo, é certo que o concurso de direitos e pretensões materiais e a forma de seu tratamento no âmbito do processo oferecem, também entre nós, dificuldades muito semelhantes, que serão debatidas a seu tempo, quando poderão ser prospectadas soluções também à luz do direito positivo nacional. Basta, por ora, ter em conta as propostas recém mencionadas e perceber que, a depender da forma como se compreenda deva ser determinada e compreendida a demanda e o seu conteúdo, a aplicação da máxima *iura novit curia* para modificar a qualificação jurídica da causa poderá não ser ato secundário, despido de maiores consequências para o processo e seu objeto.

⁷⁸⁴ Cf. Giancarlo Gianozzi, *La modificazione della domanda*, p. 28.

⁷⁸⁵ “Si sostiene – a fondamento di questa tesi – che solo il risultato pratico cui tende la domanda dell’attore conta ai fini della domanda nuova e che perciò, quanto può essere scarsamente rilevante la interpretazione giuridica pretesa dell’attore, altrettanto risulta indiscutibile e vincolante quella che – in base al principio *iura novit curia* – fornirà il giudice con la sentenza” (Giancarlo Gianozzi, *La modificazione della domanda*, p. 28/29).

PARTE III – A APLICAÇÃO DA MÁXIMA *IURA NOVIT CURIA* NO PROCESSO CIVIL

BRASILEIRO.

*“Dovrebbe essere nostra ambizione quella di cercare, col duplice ausilio dello studio e della fantasia, una sempre più ardita solidarietà fra l’esperienza, minutamente consociata e analizzata e i principi vastamente ricostruiti.”*⁷⁸⁶

1. O Processo Civil Brasileiro Contemporâneo. A Cultura Jurídica do Estado Constitucional e a Necessidade de Releitura da Máxima *Iura Novit Curia*.

Nas partes anteriores do trabalho, tivemos a oportunidade de analisar o ambiente jurídico-cultural que viu nascer a máxima *iura novit curia* com o sentido que usualmente se lhe atribui e investigar, à luz da dogmática processual, as repercussões que a aplicação do brocardo potencialmente pode ter sobre o objeto do processo. Munidos desse arsenal conceitual, temos agora condições de aproximarmo-nos do cerne do nosso problema e investigar, nessa parte final do trabalho, o modo de atuação da máxima *iura novit curia* no âmbito do processo civil brasileiro contemporâneo, seus limites e suas condições de aplicação.

O tratamento da questão, sempre e novamente, não prescinde de uma prévia e breve análise do ambiente jurídico-cultural atual e de seu impacto sobre os rumos do direito e do processo civil brasileiro contemporâneo. Se é certo, na esteira do que já se assinalou, que “*o direito compete à autonomia cultural do homem, que, tanto no seu destino como no conteúdo da sua normatividade, é uma resposta culturalmente humana (resposta, por isso, só possível, não necessária e histórico-culturalmente condicionada) ao problema também humano da convivência no mesmo mundo e num espaço histórico-social, e assim sem a necessidade ou a indisponibilidade ontológica, mas antes com a historicidade e condicionalidade de toda a cultura*”⁷⁸⁷, representaria no mínimo descuido ou crença demasiada no improvável imaginar que a máxima *iura novit curia* pudesse ser aplicada perante o nosso direito processual civil do mesmo modo como sua atuação foi concebida e praticada em épocas anteriores sem que isso traga maiores consequências. Hoje se tem plena consciência de que o direito e o processo estão sujeitos aos fluxos e contrafluxos da vida social e cultural⁷⁸⁸. O processo civil brasileiro contemporâneo, que não responde aos mesmos anseios e necessidades próprias de outros

⁷⁸⁶ Enrico Allorio, *Saggio “polemico” sulla giurisdizione volontaria*, in *Problemi del diritto*, volume II, Milano: Giuffrè, 1957, p. 9 e ss.

⁷⁸⁷ António Castanheira Neves, *Metodologia jurídica*, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 49.

⁷⁸⁸ O processo é fato social e cultural, já dizia em 1961 Galeno Lacerda (*Processo e cultura*, p. 74).

períodos ou de outros ambientes sociais, segue nessa mesma trilha. É inspirado por matriz cultural própria e possui características fundamentais que informam todo o sistema de tutela dos direitos no nosso ordenamento. A esse condicionamento jurídico-cultural não escapam a estruturação e o funcionamento dos mais diversos institutos da dogmática processual e, por óbvio, isso se aplica também no que tange ao modo de ser da máxima *iura novit curia* entre nós. Daí porque falamos na necessidade de realizar uma releitura do instituto à luz desse particular ambiente cultural que circunda e condiciona o nosso atual momento jurídico.

1.1. Breve aceno sobre a formação jurídico-cultural do processo civil brasileiro até os primórdios do Estado Constitucional.

Como de passagem se viu ao final da primeira parte do trabalho, no quadro da tentativa de eliminação do particularismo jurídico, da apropriação do direito pelo soberano e de sua redução à lei de proveniência estatal, da tentativa de domesticação e de arrefecimento da complexidade inerente ao fenômeno jurídico pela aplicação dos esquemas da lógica formal e dos métodos do racionalismo científico, instalou-se o paradigma da modernidade. No campo do direito processual, a verticalização da relação processual em prol de um juiz superpartes, a redução do caráter dialético do juízo e a conseqüente desvalorização do contraditório, características da passagem do *iudicium* ao *processus*, foram possivelmente os elementos mais representativos, no campo do direito processual civil, desse fenômeno complexo que impactou o direito europeu continental a partir do século XVII.

O ideal de segurança jurídica do iluminismo foi entendido como busca pelo conhecimento total, unívoco e apriorístico do direito, independentemente de particulares circunstâncias casuais. A resposta a essa ânsia de previsibilidade passaria pela lei e pela construção de sistemas fechados⁷⁸⁹, teoricamente capazes de encerrar todo o direito, o que desaguardaria na ideia de código (“espelho e metáfora do sistema fechado”⁷⁹⁰) e, por conseqüência, nas codificações, que tiveram seu momento de maior expressão em seguida à Revolução Francesa, com os Códigos Napoleônicos – 1804 (*Code Civil*) e 1806 (*Code de Procédure Civile*). Com as invasões napoleônicas, o paradigma jusracionalista da modernidade instalou-se em definitivo e seu método tomou conta da produção jurídica positiva e literária

⁷⁸⁹ “A segurança jurídica foi erigida a valor supremo, *garantia absoluta em prol da certeza, e a lei sua expressão gramatical, triunfo dos ‘povos civilizados’*. Essa certeza é a reação ao instável período de pluralismo radical do direito medieval e ao excesso de poder dos déspotas do absolutismo” (Hermes Zaneti Júnior, *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 10).

⁷⁹⁰ Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado*, p. 169 e ss.

dos países do continente europeu, apagando os últimos vestígios do direito intermédio⁷⁹¹. Tinha-se, então, formado um substrato cultural que permitiria, cerca de meio século mais tarde, o movimento de estudo científico do direito processual civil como disciplina autônoma do direito, que culminaria com o processualismo e o amplo desenvolvimento dos principais institutos processuais, tudo movido pela conquista de um saber técnico, conceitual e sistemático.

O direito brasileiro, contudo, porque herdeiro em sua origem da tradição do direito português precedente à modernidade jurídica e à fratura produzida na Europa pelo direito francês⁷⁹², não sofreu de imediato o impacto dessas modificações⁷⁹³. Em termos de processo civil, em nossas mais fundas raízes experimentávamos o praxismo como modelo e, embora o Código de Processo Civil de 1939 tenha sido sinal indicativo de uma transição em direção ao processualismo, mesclando institutos tipicamente pertencentes ao direito comum, legados pela legislação portuguesa, com alguns elementos modernos, como a oralidade⁷⁹⁴, a “invasão francesa” em nossa cultura processual positiva veio a acontecer em definitivo apenas tardiamente, com o Código de Processo Civil de 1973⁷⁹⁵. Até então, “o nosso direito

⁷⁹¹ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 57. Conforme Hermes Zaneti Júnior (*Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*, p. 20), “essa recepção [dos Códigos de Napoleão] representa, no contexto, a recepção do paradigma científico moderno no direito europeu, pondo fim ao predomínio do *ius commune*”.

⁷⁹² Conforme refere Daniel Mitidiero (*Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*, p. 21), dando voz a Pontes de Miranda (*Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 27), “o direito processual civil brasileiro, como o direito pátrio em geral, não pode ser estudado ‘desde as sementes’, porque ‘nasceu do galho de planta, que o colonizador português (...) trouxe e enxertou no novo continente’”. Esse direito, ainda não refletia “a renovação jurídica ocorrida na França por obra da monarquia e da revolução” (Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 57).

⁷⁹³ Mesmo em Portugal, a recepção do *iusnaturalismo*, do *usus modernus pandectarum*, não representou de imediato uma ruptura com o passado. As novas ideias da legislação pombalina (Lei da Boa Razão de 1769), marco da influência da cultura do iluminismo em Portugal, “menos do que uma radical ruptura com o passado, evidenciada no que concerne ao plano de sua externa materialidade, (...) também podem ser lidas como o veículo que assegurou a manutenção de uma tradição no modo de compreender e aplicar o direito. (...) rejeitando o direito romano, afastando a autoridade dos antigos juristas, determinou Pombal, como critério de preenchimento das lacunas (...) fosse averiguado pelo aplicador o uso moderno das leis romanas” (Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado*, p. 244/245).

⁷⁹⁴ A esse respeito, referiu Alfredo Buzaid, nos itens 9 e 10 da Exposição de Motivos do Anteprojeto Código de Processo Civil de 1973 que o legislador de 1939, de um lado, elaborou a primeira parte do Código “segundo os princípios modernos da ciência do processo”, tendo o legislador brasileiro ido “buscar a soma de experiências e encontrar altos horizontes, que a ciência pudera dilatar, a fim de construir uma sistemática de fecundos resultados práticos”; de outro lado, nas outras partes, o legislador brasileiro vergou-se “ao pêso da tradição”, conservando “as linhas fundamentais dos recursos que herdamos de Portugal, com as dimensões sutis que os tornam um instrumento de difícil manejo”.

⁷⁹⁵ Daniel Mitidiero, *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*, p. 36/37. No que tange ao direito privado, “embora a determinação constitucional de 1824 para que fosse organizado, ‘o quanto antes, um Código Civil e Criminal fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade’, permaneceu-se, por conta da (...) Lei de 20 de outubro de 1823, fiel às fontes originárias, iniciando-se, só no final do século, a obra codificadora, na qual teve papel exponencial Augusto Teixeira de Freitas” e que viria ser plasmada no Código de Beviláqua de 1916 (cf. Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado*, p. 246 e ss).

*processual civil não havia sofrido nenhum acidente histórico notável, capaz de propiciar um distanciamento mais profundo entre a tradição lusitana quinhentista e o direito até então praticado*⁷⁹⁶. Isso quer dizer que, além dos institutos jurídicos, a própria racionalidade que dominou e informou o pensamento do direito brasileiro em boa parte de sua curta história – até ao menos o limiar do século XX – derivava, por meio do direito português, diretamente do tronco do *Ius Commune* europeu do período intermédio⁷⁹⁷. Ou seja, uma racionalidade de ordem eminentemente prática, voltada a orientar a ação dos sujeitos envolvidos na dialética processual para a resolução das questões em discussão, com ampla abertura para a influência da doutrina – que cumpria o importante papel de subsidiar a aplicação do direito português lacunoso e imperfeito por meio da interpretação e flexibilização da lei escrita⁷⁹⁸. Dentro desse cenário, não é de se estranhar a referência feita por Liebman no sentido de que os juristas e os tribunais brasileiros apresentavam um menor apego ao texto legislativo do que o verificado entre os juristas europeus e, por conseguinte, uma maior liberdade de interpretação de suas disposições, com frequente recurso à doutrina, nacional e estrangeira, e ao direito comparado⁷⁹⁹. Para o processualista italiano, o jurista brasileiro do final do século XIX e início do século XX tinha como marca registrada “*una più fresca sensibilità per ciò che è giusto*”, o que “*spesso sostituisce la minore inclinazione alla costruzione dogmatica*”⁸⁰⁰.

A essa natural abertura da cultura jurídica brasileira mais remota para um direito doutrinário e judicial, construído pela tópica e pela dialética, próprias da razão prática, a extrapolar e mesmo contrariar o texto de lei⁸⁰¹, somou-se o ideal de justiça, o caráter

⁷⁹⁶ Daniel Mitidiero, *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*, p. 36. Conforme refere José Carlos Barbosa Moreira (*A importação de modelos jurídicos*, in *Temas de direito processual*, 8ª série, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 260), “*a proclamação da Independência, em 1822, não expulsou de cena, incontinenti, o complexo acerca de normas lusas*”, uma vez que a Lei de 20 de outubro de 1823 determinou continuasse a vigor no país a legislação promulgada pelos reis de Portugal, “*pela qual se regia o Brasil até 25 de Abril de 1821*” (Lei de 20 de outubro de 1823). Em termos de processo civil, o direito brasileiro só veio a ser regulado por legislação própria em 1890, quando o Decreto nº 763 mandou aplicar ao foro cível o Regulamento nº 737, de 1850, até então em vigor apenas em relação ao processo comercial – e isso sem qualquer repercussão metodológica importante. Sobre o tema, ainda, consulte-se Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 54 e ss. e 69 e ss.

⁷⁹⁷ Enrico Tullio Liebman, *Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano*, in *Problemi del processo civile*, Napoli: Morano, 1962, p. 491.

⁷⁹⁸ Daniel Mitidiero, *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*, p. 36.

⁷⁹⁹ Enrico Tullio Liebman, *Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano*, p. 500. Trata-se, essa característica, de reflexo do “bartolismo”, movimento iniciado ainda no século XIV em Portugal em razão da lacunosidade e das regras de sobredireito consignadas nas Ordenações do Reino, e que “*indica o fato de as sentenças judiciais refletirem as opiniões de autores nacionais e de outros países, ‘como se existisse ainda um ‘Direito Comum’ supranacional’*” (Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado*, p. 241). Ainda conforme a autora, “*esta é uma especificidade própria do sistema jurídico brasileiro e que justifica a maior abertura que as nossas sentenças têm para a doutrina, ‘que é, assim, fonte de direito’*” (p. 241).

⁸⁰⁰ Enrico Tullio Liebman, *Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano*, p. 500.

⁸⁰¹ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 57.

predominantemente argumentativo e o modelo de construção judicial do direito próprios da tradição de *common law*, que chega ao Brasil pela recepção do direito constitucional estadunidense na Primeira República, com a Constituição de 1891. Entre tantas consequências, o recebimento do *due process* e do *judicial review* talvez seja o que mais profundamente iria marcar, em termos de processo, a nossa tradição⁸⁰². O processo civil brasileiro desde o início abriu-se para apanhar também o contencioso administrativo e, com isso, as questões referentes às relações indivíduo-Estado, deixando de receber o sistema duplo de jurisdição que adveio com a Revolução Francesa. Contamos, desde a República, “*com um único contencioso: o pleito cível lato sensu ou sistema uno de jurisdição*”⁸⁰³.

Veja-se, então, que nesse primeiro momento, em termos de processo civil, não há propriamente um choque por conta dessa dupla influência. No Brasil do final do século XIX, ao direito processual civil infraconstitucional de derivação europeia romano-canônica⁸⁰⁴, assoma-se um direito processual constitucional de origem estadunidense, de *common law*, que de certa forma – não certo no que concerne ao *due process* e ao *judicial review* – também é inspirado por aquela mesma tradição⁸⁰⁵. Dois sistemas que, apesar de suas profundas diferenças, eram capazes de dialogar vivamente.

O paradoxo metodológico⁸⁰⁶ – “*decorrente da aceitação de conceitos e propostas técnico-processuais hauridas na obra de Mestres europeu, especialmente alemães e italianos, ao mesmo tempo em que nossa fórmula político-constitucional de separação dos Poderes do Estado tem muito mais do modelo norte-americano*”⁸⁰⁷ –, porém, não demoraria a manifestar-se. Em termos de direito positivo, com a recepção do direito privado moderno, em 1916, com o Código Beviláqua, e, mais tarde, com a recepção em definitivo do direito processual civil

⁸⁰² Sobre o ponto, Hermes Zaneti Júnior, *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*, p. 11 e ss.

⁸⁰³ Hermes Zaneti Júnior, *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*, p. 15.

⁸⁰⁴ Cf. Enrico Tullio Liebman (*Il nuovo “codice de processo civil” brasiliano*, in *Problemi del processo civile*, Napoli: Morano, 1962, p. 483), “*il processo civile delle Ordinazioni era un tipico esemplare del processo comune, nella sua varietà iberica, e simile perciò a quello esistente in quell’epoca in tutta l’Europa continentale, risultato della fusione del processo giustiniano con quello canonico, con elementi consuetudinari barbarici e con gli usi locali*”. Nessa mesma linha, Francesco Calasso (*Introduzione al diritto comune*, Milano: Giuffrè, 1970, p. 336) refere que as Ordenações Filipinas eram um texto “*fortemente impregnato di diritto romano e canonico*”.

⁸⁰⁵ Explica Mauro Cappelletti (*Il processo civile italiano nel quadro della contrapposizione tra “civil law” - “common law”*, in *Processo e ideologie*, Bologna: Il Mulino, 1969, p. 288) que “*il vero diretto antenato del vigente sistema processuale italiano, come del resto anche degli altri sistemi continentali nonché dello stesso processo anglo-sassone di equity, è stato il processo italiano-canonico (detto anche ‘romano-canonico’ o semplicemente ‘canonico’) e comune, nel quale (...) gli elementi romani, che le più volte sono piuttosto elementi post-classici o bizantini, sono uniti e confusi con elementi germanici*”.

⁸⁰⁶ Hermes Zaneti Júnior, *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*, p. 15 e ss.

⁸⁰⁷ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, volume I, p. 176. No mesmo sentido, ainda, José Carlos Barbosa Moreira, *A importação de modelos jurídicos*, p. 260.

moderno, em 1973, com o Código Buzaid, sem falar no direito administrativo, impregnou-se o nosso direito infraconstitucional do paradigma que havia tomado conta da Europa continental cerca de um século antes. No que tange ao direito processual civil, porém, previamente à promulgação da nova ordenação a doutrina nacional havia demonstrado sua abertura para o moderno processo civil. Desde o começo do século passado era possível ouvirem-se ecos da ciência processual europeia entre os processualistas brasileiros da fase praxista ou sincretista, como em Estevam de Almeida e em Amílcar de Castro⁸⁰⁸. “A definitiva institucionalização da fase autonomista ou conceitual na doutrina processual brasileira, com plena absorção dos elementos de uma verdadeira ciência do processo civil”, contudo, explica Cândido Rangel Dinamarco, “foi propiciada pela chegada de Enrico Tullio Liebman”⁸⁰⁹. Liebman desembarcou no Brasil em 1939, ano de promulgação do primeiro Código de Processo Civil brasileiro⁸¹⁰, trazendo na bagagem a semente do processualismo – e do jusracionalismo aplicado ao processo – nos ensinamentos da escola histórico-dogmática de Chiovenda, de quem era discípulo direto⁸¹¹. Trouxe consigo, dessa forma, um método de análise do processo civil que partia da história dos conceitos e das instituições processuais, com forte apelo às fontes romanas e recurso ao direito comparado, para resolução de problemas⁸¹². Um método e um manancial teórico comum de análise do direito processual⁸¹³ era justamente o que não poderia ser encontrado na doutrina processual civil brasileira

⁸⁰⁸ Cândido Rangel Dinamarco, *A formação do moderno processo civil brasileiro (uma homenagem a Enrico Tullio Liebman)*, p. 32/33.

⁸⁰⁹ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, volume I, p. 176.

⁸¹⁰ Que, nos dizeres de Cândido Rangel Dinamarco, “foi (...) um seguro passo à frente. Quem ler a *Exposição de Motivos que o precede, perceberá desde logo a preocupação do legislador pela publicização do processo, como instrumento estatal destinado à administração da Justiça. Repele-se aí, vigorosamente, a chamada concepção duelística de processo, o qual o legislador não quis simplesmente entregar às partes para uma luta privada. Procurou-se engrandecer a figura do juiz, como verdadeiro diretor das atividades processuais. E, acima de tudo, o Código fez-se eco do brilhante trabalho de Chiovenda em prol do princípio da oralidade. A adoção desse princípio no Brasil foi indubitavelmente mais intensa que no próprio Código italiano que veio à luz alguns anos mais tarde*” (*A formação do moderno processo civil brasileiro (uma homenagem a Enrico Tullio Liebman)*, p. 33). Essa última constatação é a prova mais clara de que a doutrina brasileira anterior a Liebman não desconhecia totalmente as renovações do processo civil europeu moderno. Faltava-nos, porém, “*atualização metodológica*”. Sobre as linhas principais do Código de 1939, consulte-se Enrico Tullio Liebman (*Il nuovo “codice di processo civile” brasiliano*, p. 483 e ss.) e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (*Do formalismo no processo civil*, p. 84/86).

⁸¹¹ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, volume I, p. 269 e ss. Daniel Mitidiero, *O processualismo e a formação do Código Buzaid*, p. 173 e ss..

⁸¹² Daniel Mitidiero, *O processualismo e a formação do Código Buzaid*, p. 174.

⁸¹³ Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de direito processual civil*, volume 1, p. 273) indica como manancial teórico comum legado por Liebman “a ênfase dada à autonomia do direito processual perante o substancial, a invocação de certos princípios gerais, tônica ao instituto jurídico-processual da ação entre os demais institutos fundamentais do direito processual, aceitação das condições desta e sua carência como categorias autônomas, nítida distinção entre o processo de conhecimento e o executivo etc”.

anterior a Liebman⁸¹⁴. Com a chegada do processualista italiano, essa lacuna é colmatada; difunde-se entre nós a cultura do processualismo e os programas da doutrina alemã e sobretudo italiana de processo. A renovação do pensamento processual civil brasileiro pós-Liebman e a consequente filiação da ampla maioria da doutrina nacional ao processualismo europeu seria, posteriormente, feita monumento no Código de Processo Civil promulgado em 1973, elaborado por Alfredo Buzaid, discípulo direto de Liebman⁸¹⁵, filho da cultura moderna de processo⁸¹⁶ e de seu cientificismo racionalista⁸¹⁷.

O Código Buzaid, que apresentava grande superioridade técnica na comparação com o Código de Processo Civil de 1939⁸¹⁸, revelou em sua concepção a enorme influência recebida da doutrina italiana clássica, da primeira metade do século XX. A estruturação dos processos de conhecimento, de execução e cautelar, em livros separados, acusava em sua organização e em diversas das suas disposições normativas a adoção de ideias próprias de autores que dedicaram importante parcela de suas obras ao exame e desenvolvimento científico dessas chamadas funções do processo⁸¹⁹ – respectivamente, de Chiovenda, Liebman e Calamandrei⁸²⁰. Criou-se, com isso, um “esquema padrão” para a tutela dos direitos, a ser

⁸¹⁴ Daniel Mitidiero, *O processualismo e a formação do Código Buzaid*, p. 174.

⁸¹⁵ “A mais significativa contribuição aportada por Enrico Tullio Liebman à ciência processual brasileira foram as pesquisas e estudos que organizou com um grupo de jovens estudiosos da época, que ele reunia semanalmente em sua residência – destacando-se entre eles Luís Eulálio de Bueno Vidigal, Alfredo Buzaid, José Frederico Marques e Bruno Afonso de Andrade. Os escritos dos discípulos, ligados pelo fio das premissas presentes em suas lições, foram a continuação brasileira do pensamento de Liebman e o primeiro frito desse movimento denominado Escola Processual de São Paulo. Estava implantado o método verdadeiramente científico na doutrina brasileira de processo” (Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, volume I, p. 270).

⁸¹⁶ “A influência da processualística alemã do final do século XIX e, mais fortemente, da doutrina italiana da primeira metade do século XX na formação do Código Buzaid é evidente. Atesta-o Alfredo Buzaid, ao recomendar as *Instituições de Chiovenda* como livro-chave para sua compreensão e ao consagrá-lo como um ‘monumento imperecível de glória a Liebman, representando fruto de seu sábio magistério no plano da política legislativa; atesta-o Cândido Rangel Dinamarco, com indicação do *Manual de Liebman* como o ‘guia mais seguro para a perfeita compreensão de nossa lei processual’” (Daniel Mitidiero, *O processualismo e a formação do Código Buzaid*, p. 176/177, com referência ao prefácio de Buzaid às *Instituições de direito processual civil* de Chiovenda).

⁸¹⁷ A propósito, veja-se a seguinte passagem da Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973 (item 13): “O processo civil, como conjunto de normas, não é, pois, um produto lididamente nacional, que deve exprimir os costumes do povo; é, ao contrário, um resultado da técnica, que transcende as fronteiras do país e válido para muitas nações, porque representa uma aspiração comum da humanidade para a consecução da justiça. Os institutos tradicionais devem, portanto, subsistir na medida em que correspondem à racionalização do processo, cabendo à geração atual a coragem de romper com aqueles que são condenados pela ciência e pela lógica”.

⁸¹⁸ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, volume I, p. 277.

⁸¹⁹ Explicava Buzaid que “a dogmática do processo civil moderno distingue-lhe três funções: a) de conhecimento; b) de execução; c) e cautelar”, confessando que “os bons resultados obtidos por essa classificação científica das funções do processo foram utilizados pelo Código vigente, que dedica o Livro I à função de conhecimento, o Livro II, à função de execução e o Livro III à função cautelar” (Alfredo Buzaid, *Linhas fundamentais do sistema do Código de Processo Civil brasileiro*, in *Estudos e pareceres de direito processual civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 36/37).

⁸²⁰ Cf. Daniel Mitidiero, *O processualismo e a formação do Código Buzaid*, p. 171/172 e 178 e ss.

seguido independentemente das necessidades provenientes do direito material⁸²¹. Tomava assento no plano positivo o neutralismo científico e a indiferença do processo para com as necessidades variadas originadas do direito material, representando um ponto de inflexão radical na cultura processual civil brasileira até então reinante. O Código Buzaid, em verdade, foi pensado a partir das relações sociais e as situações jurídico-subjetivas do Código Civil de 1916, e também isso contribuiu decisivamente para que a nova legislação processual fosse considerada, em suas linhas gerais, individualista, patrimonialista, dominada pela ideologia da liberdade e da segurança jurídica, pensada a partir da ideia de dano e preordenada a prestar tão somente tutela repressiva – tudo bem ao gosto das legislações europeias oitocentistas⁸²².

Essas últimas características, em especial, fizeram com que o novo Código de Processo Civil, de 1973, já nascesse velho, em descompasso com as recentes tendências que na Europa⁸²³ e mesmo no Brasil⁸²⁴ já algumas décadas antes começavam a aparecer, fruto do movimento pela retomada do caráter instrumental do direito processual civil, indicando a necessidade de reabertura do processo para uma perspectiva ética, valorativa e sensível às necessidades sociais⁸²⁵. O processo civil, no clima processualista, acabara por isolar-se do direito material e da realidade social, perdendo contato com os valores sociais e com suas finalidades essenciais⁸²⁶. Passava-se a apregoar, então, que, sem descuidar das conquistas

⁸²¹ Embora algumas situações tidas por especiais contassem com procedimentos diferenciados de tutela, postos no Livro IV do Código, que trata dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa e voluntária. Curioso é que, conforme constata Daniel Mitidiero (*O processualismo e a formação do Código Buzaid*, p. 177), Buzaid entregou o anteprojeto que elaborou com a redação apenas dos três primeiros livros: “Na sua ótica, muitíssimo provavelmente bastavam apenas o processo de conhecimento, o processo de execução e o processo cautelar para a organização de um Código de Processo Civil. Intimamente Alfredo Buzaid considerava finda a sua missão com a redação dos três primeiros livros do Anteprojeto. O que interessava para o direito processual civil eram apenas os conceitos puramente processuais, impermeáveis ao direito material” (p. 177/178).

⁸²² Cf. Daniel Mitidiero, *O processualismo e a formação do Código Buzaid*, p. 182 e ss.

⁸²³ Mauro Cappelletti (*Processo e ideologie*, Bologna: Il Mulino, 1969, p. VII), em 1969, referindo-se, porém, ao conjunto de ensaios escritos por ele ao longo dos oito anos anteriores, dava a tônica dessa nova tendência metodológica do processo civil: “Si tratta, da un lato, di mettere radicalmente in contestazione un metodo di studio tipicamente scolastico, dogmatico e formalistico, inteso alla ricerca di una scienza ‘pura’ e ideologicamente neutrale, metodo che per tanto tempo è stato e, entro certi limiti, è tuttora prevalente nella dottrina giuridica del nostro Paese; dall’altro lato, di concepire il diritto come fenomeno sociale e conseguentemente la scienza giuridica come scienza sociologico-valutativa, e non formale, scienza di problemi pratici e non di astratte sistemazioni concettuali, scienza di risultati concreti e non di aprioristiche deduzioni, scienza – infine – di scelte criative e quindi responsabili, e non di automatiche conclusioni”.

⁸²⁴ Cf. Daniel Mitidiero (*Colaboração no processo civil*, p. 37, nota 64), já em 1953, com Galeno Lacerda (*Despacho saneador*, Porto Alegre: La Salle, 1953, p. 6), era possível notar algumas preocupações que caracterizariam a fase instrumentalista do processo: “A função da economia no processo transcende, assim, a mera preocupação individualista de poupar trabalho a juízes e partes, de freiar gastos excessivos, de respeitar o dogmatismo dos prazos. Não visa à comodidade dos agentes da atividade processual, mas à ânsia de perfeição da justiça humana – reconhecer e proclamar o direito, com o menor gravame possível”.

⁸²⁵ Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, volume I, p. 278.

⁸²⁶ Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 37. Galeno Lacerda (*O Código e o formalismo processual*, Revista da AJURIS, nº 28, 1983, p. 8) advertia que “subverteu-se o meio em fim”, “tão fascinante é o estudo do direito processual no seu dinamismo”. Luiz Guilherme Marinoni (*Técnica processual e tutela dos*

dogmáticas, as atenções se voltassem também para os resultados proporcionados pelo processo, para a sua efetividade, perdida em meio à técnica excessiva.

“A negação da natureza e objetivo puramente técnicos do sistema processual”, afirma Cândido Rangel Dinamarco, “é ao mesmo tempo afirmação de sua permeabilidade aos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material (os quais buscam efetividade através dele) e reconhecimento de sua inserção no universo axiológico da sociedade a que se destina”⁸²⁷⁻⁸²⁸. A crescente e generalizada preocupação com o processo como fenômeno de massa, do processo como instrumento de política social⁸²⁹, gerou o importante movimento pela difusão do acesso à justiça⁸³⁰, aí compreendida a efetividade⁸³¹ – isso é, a aptidão do processo para realizar os fins a que se presta e produzir os efeitos a que se ordena⁸³². A preocupação com a instrumentalidade do processo ecoa o desejo de que “se preste ele a meio eficaz para definição e realização concreta do direito material”⁸³³, para a satisfação dos direitos mais sensíveis da população, de forma rápida e eficiente⁸³⁴. A disciplina do direito processual civil abria-se, então, para uma nova postura metodológica, a instrumentalidade, que, no Brasil, na obra de Dinamarco encontrou guarida em termos conceituais⁸³⁵. Com a ideia da instrumentalidade, o processo civil brasileiro abandona – ao menos teoricamente – a postura introspectiva que, com apoio de boa parte da doutrina, passara a lhe caracterizar desde a abertura para o processualismo científico. O direito processual civil deixa de ser encarado como um objetivo em si mesmo para assumir a feição de sistema com escopos sociais e políticos, além de jurídicos. Um processo civil de

direitos, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 27) destaca que o processo, visto como “apenas um meio para alcançar a atuação da lei”, “não era visto como algo que deveria se adequar às necessidades do direito material, nem como um componente importante à sua efetiva realização”.

⁸²⁷ Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, p. 21.

⁸²⁸ Para uma crítica tão incisiva quanto correta à particular visão axiológica defendida pelo instrumentalismo apregoado por Cândido Rangel Dinamarco, Guilherme Rizzo Amaral, *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 29/35.

⁸²⁹ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual*, Revista da AJURIS, nº 33, 1985, p. 80.

⁸³⁰ “A expressão ‘acesso à Justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos” (Mauro Cappelletti e Bryant Garth, *Acesso à justiça*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 8, tradução de Ellen Gracie Northfleet).

⁸³¹ “A justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo” (Mauro Cappelletti e Bryant Garth, *Acesso à justiça*, p. 8).

⁸³² José Carlos Barbosa Moreira, *Notas sobre o problema da efetividade do processo*, Revista da AJURIS, nº 29, 1983, p. 77.

⁸³³ Galeno Lacerda, *O Código e o formalismo processual*, p. 10.

⁸³⁴ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual*, p. 84.

⁸³⁵ Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, *passim* (versão comercial da tese de titularidade apresentada em 1986).

resultados, efetivo, preocupado com os fins a realizar e que dele esperam a sociedade, o Estado e os indivíduos⁸³⁶. À tomada de consciência teleológica acompanhou a fixação dos escopos do processo, dos propósitos norteadores da instituição processual na quadra da instrumentalidade. Para Dinamarco, em termos sociais, o processo volta-se à pacificação social com justiça e à conscientização e educação da população para seus direitos e obrigações⁸³⁷. Em termos políticos, o processo abre espaço para a afirmação do poder estatal, para o culto da liberdade dos cidadãos e para a participação democrática⁸³⁸. Em termos jurídicos, o processo serve para atuar a vontade concreta do direito⁸³⁹⁻⁸⁴⁰. Em suma, a ideia de instrumentalidade coloca-se como “núcleo e síntese de movimentos pelo aprimoramento do sistema processual”⁸⁴¹.

É claro que, mesmo com todo o impacto da chegada de Liebman e do método e dos conceitos da escola histórico-dogmática, nem toda a doutrina havia se rendido plenamente a essa onda processualista, que enxertou em nossa tradição inúmeros elementos a ela estranhos⁸⁴². Alguns autores⁸⁴³, isolada e heroicamente, defenderam arduamente e desde o princípio, essencialmente a partir de bases históricas e dogmáticas⁸⁴⁴, a manutenção de institutos próprios às raízes lusas do direito brasileiro, que dotavam o nosso processo civil dos instrumentos necessários à efetivação, no plano sensível, da tutela do direito buscada pela parte. A esse setor da doutrina deve-se, em boa parte, o mérito das reformas mais importantes ocorridas em nossa legislação processual a partir da primeira metade da década de 1990⁸⁴⁵,

⁸³⁶ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, volume I, p. 108. Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, p. 213.

⁸³⁷ Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, p. 220/232.

⁸³⁸ Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, p. 233/245.

⁸³⁹ Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, p. 246/316.

⁸⁴⁰ Sobre serem esses os escopos social, político e jurídico na obra de Dinamarco, Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 38.

⁸⁴¹ Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, p. 22.

⁸⁴² Daniel Mitidiero, *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*, p. 38.

⁸⁴³ Referimo-nos aqui, precipuamente, à produção literária de Pontes de Miranda e, em continuidade e desenvolvimento, de Ovídio Araújo Baptista da Silva. Para ficar apenas com dois exemplos ilustrativos, a defesa pelas cargas de eficácia mandamental e executiva, ao lado da declaratória, constitutiva e condenatória das sentenças, bem assim das tutelas interditais e interinais satisfativas de urgência, manteve-se impassível na obra desses autores mesmo diante do isolamento em relação à quase totalidade dos processualistas brasileiros. A esse respeito, veja-se, amplamente e por amostragem, as obras de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, e Ovídio Araújo Baptista da Silva.

⁸⁴⁴ “Sem perder a hora com a processualística européia, procurei, de novo, submetê-la a reexame constante; e nunca me esqueceram os mestres portugueses do século XVI a XVIII, a cuja finura e honestidade científica tanto devo. Desde cedo, mais de sessenta anos atrás, convivi com eles, e tanto me pareceu essencial estar em dia com os edificadores da ciência nova como lembrar-me do que eles sabiam e pertence às nossas raízes. Algumas vezes adivinharam” (Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Prólogo aos Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo I, Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. XV).

⁸⁴⁵ De que é exemplo ilustrativo a Lei nº 8.952/1994, que deu nova redação aos artigos 273 e 461, possibilitando, com isso, a prestação de tutela satisfativa de urgência sem o uso deturpado da ação cautelar.

que fizeram gorar, em pouco mais de vinte anos, as linhas mestras do Código Buzaid⁸⁴⁶ e permitiram ao processo aparelhar-se de instrumentos aptos à realização de direitos e satisfação real de necessidades. O anseio pela efetividade, que passara a ser tão perseguido, encontrava finalmente vazão no plano aplicativo⁸⁴⁷.

Sem desconsiderar esse foco importantíssimo, mas isolado, de resistência, o generoso aporte teórico ao aprimoramento do processo em face de seus objetivos e de sua abertura para as preocupações éticas relacionadas à ordem processual pode ser, em geral relacionado diretamente à abertura e ao interesse da doutrina para o estudo dos temas constitucionais do processo⁸⁴⁸. Até meados do século XX, o direito constitucional podia ser compreendido como um direito político, destinado à organização política do Estado⁸⁴⁹. É notadamente a partir do segundo pós-guerra⁸⁵⁰, quando emergiu o constitucionalismo de valores, que a Constituição e o direito constitucional começaram a mais fortemente preocupar-se com a dignidade da pessoa humana, com seus direitos fundamentais e garantias⁸⁵¹. Nesse momento, as atenções da doutrina processual voltaram-se para o confronto das normas técnicas e dos institutos processuais com as grandes matrizes político-constitucionais e os princípios que as Constituições ofereciam ou passaram a oferecer⁸⁵²⁻⁸⁵³. Tem-se, aí, a primeira constitucionalização do processo, que se destinou precipuamente a ancorar o processo civil na Constituição e, com isso, salvaguardar um núcleo mínimo de garantias processuais da atuação

⁸⁴⁶ Daniel Mitidiero, *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*, p. 38.

⁸⁴⁷ Guilherme Rizzo Amaral (*Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*, p. 18) destaca que a efetividade “é o diapasão que dá o tom das reformas legislativas”.

⁸⁴⁸ Cândido Rangel Dinamarco *A instrumentalidade do processo*, p. 24. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, p. 278/279.

⁸⁴⁹ Cf. Daniel Mitidiero, *As relações entre o processo civil e a Constituição na primeira metade do século XX e sua breve evolução na doutrina processual civil brasileira*, Revista dos Tribunais, volume 915, 2012, p. 50.

⁸⁵⁰ Destaca Nicolo Trocker (*Processo civile e costituzione*, p. 92) que “non meno di cinquanta Stati provvedono a darsi nuove Costituzioni nel periodo immediatamente successivo alla fine del secondo conflitto mondiale e tutte queste Costituzioni presentano sorprendenti analogie sotto il profilo della struttura e del contenuto. L'accoglimento del principio della separazione dei poteri o delle funzioni statali e il riconoscimento di diritti fondamentali che, oltre alle libertà tradizionali, affermano ideali di giustizia sociale, sono i due temi di fondo più correnti”.

⁸⁵¹ Cf. Daniel Mitidiero, *As relações entre o processo civil e a Constituição na primeira metade do século XX e sua breve evolução na doutrina processual civil brasileira*, p. 50.

⁸⁵² Ilustrativo, a respeito, é a seguinte passagem de Eduardo Juan Couture (*Las garantías constitucionales del proceso civil*, in *Estudios de derecho procesal civil*, tomo I, 2ª edição, Buenos Aires: Depalma, 1978, p. 19): “Este estudio se propone mostrar en qué medida el Código de Procedimiento Civil y sus leyes complementarias son el teto que reglamenta la garantía de justicia contenida en la Constitución”. Ainda, a respeito, Enrico Tullio Liebman, *Diritto costituzionale e processo civile*, in *Problemi del processo civile*, Napoli: Morano, 1962, p. 149 e ss.

⁸⁵³ Exceção a ser feita, na doutrina brasileira, a João Mendes Júnior, que, antecipando “com grande descortino, futuras elaborações da doutrina (...) do século XX”, desde o final do século XIX já havia manifestado preocupação em trabalhar o processo a partir da perspectiva constitucional, embora o fizesse com as limitações próprias de seu tempo (Cf. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*, Revista da AJURIS, nº 87, 2002, p. 38).

do Estado, colocando-as fora do alcance do constituinte derivado, do legislador infraconstitucional e do órgão jurisdicional⁸⁵⁴. As normas processuais constitucionais passam a ser vistas como garantia de liberdade⁸⁵⁵, como limites ao arbítrio do Estado⁸⁵⁶. Nesse contexto, insere-se a obra de Dinamarco sobre a instrumentalidade, que tem como pressuposto metodológico o direito processual constitucional assim compreendido⁸⁵⁷.

A primeira constitucionalização do processo conduziu, contudo, a uma simples constitucionalização formal de princípios processuais preexistentes, cujos efeitos se exauririam em um enquadramento garantístico, mas sem chegar a interferir diretamente, de forma inovativa, sobre a realidade do processo⁸⁵⁸. A instrumentalidade, com efeito, em que pese seja indubitavelmente fecunda em suas ideias, ainda articulava timidamente as soluções no que concerne às relações entre direito e processo, entre processo e Constituição e ao papel da jurisdição⁸⁵⁹. A ideia de que a regra do caso concreto já existe perfeita e acabada antes do processo, ao qual interesse apenas dar-lhe efetividade⁸⁶⁰, por exemplo, mal se manteria hoje com os progressos da teoria do direito e a noção de que, não se confundindo texto e norma, essa última é (re)construída pelo intérprete no decorrer do processo de concretização e de aplicação do direito⁸⁶¹. Da mesma forma, pretender-se que “*o clima de legalidade ditado constitucionalmente pelo Estado-de-direito*” funcione como obstáculo para a prolação de sentenças *contra legem*, “*ainda quando ‘a lei vigente conduza a resultados viciados ou injustos’*”⁸⁶², representaria, atualmente, ignorar o ideal de que o processo produza decisões justas, inserido que está não no restrito círculo da legalidade, mas no círculo maior da

⁸⁵⁴ Daniel Mitidiero, *As relações entre o processo civil e a Constituição na primeira metade do século XX e sua breve evolução na doutrina processual civil brasileira*, p. 53. Vittorio Denti (*Valori costituzionali e cultura processuale*, Rivista di Diritto Processuale, nº 3, 1984, p. 445) refere que esse movimento tem, à sua origem, “*l’art. 10 della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo, approvata dall’O.N.U. il 10 dicembre 1948: il diritto alla ‘equa e pubblica udienza davanti ad un tribunale indipendente e imparziale’*”.

⁸⁵⁵ Ada Pellegrini Grinover, *As garantias constitucionais do direito de ação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p.15 e ss.

⁸⁵⁶ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, *Curso de processo civil*, volume 1, p. 17.

⁸⁵⁷ Cf. Daniel Mitidiero, *As relações entre o processo civil e a Constituição na primeira metade do século XX e sua breve evolução na doutrina processual civil brasileira*, p. 53.

⁸⁵⁸ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica*, Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, nº 21, 2007, p. 112.

⁸⁵⁹ Cf. Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 41.

⁸⁶⁰ Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, p. 294/295.

⁸⁶¹ A propósito, entre outros, Eros Roberto Grau, *Ensaio/discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 5ª edição, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 25 e ss.. Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, 9ª edição, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 30 e ss..

⁸⁶² Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, p. 279. Nesse mesmo sentido, ainda, José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e processo*, p. 12.

juridicidade, podendo a decisão judicial “*revestir características praeter legem e eventualmente até contra legem. Nunca, porém, contrária ao direito*”⁸⁶³.

1.2. O Estado Constitucional, o direito ao processo justo e o paradigma do processo civil brasileiro contemporâneo.

Um passo adiante precisava ser dado pela doutrina processual civil brasileira e isso ocorre no embalo do advento do Estado Constitucional⁸⁶⁴ (que é Estado Democrático e é Estado de Direito⁸⁶⁵), evento que impactou de forma decisiva a cultura jurídica brasileira e representou momento de virada do paradigma de compreensão do direito e do processo no país⁸⁶⁶⁻⁸⁶⁷. O estreitamento das relações entre direito e processo, que ganha ainda mais força dentro da moldura constitucional; a superação em definitivo dos paradigmas do processo civil moderno, de um processo técnico, individual e voltado para relações privadas, preocupado com a atuação da vontade da lei, para um processo encarado como espaço de participação

⁸⁶³ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 283.

⁸⁶⁴ “A chi consideri il diritto del nostro tempo, di certo non risucirà di riscontrare in esso i caratteri che costituivano i postulati dello Stato di diritto legislativo. L’entità della trasformazione deve indurre a pensare a un vero e proprio mutamento genetico, piuttosto che a una deviazione momentanea, in attesa e nella speranza di una restaurazione. Ai grandi e gravi problemi di cui tale mutamento è conseguireza e, a sua colta, causa, la risposta è racchiusa nella formula dello ‘Stato costituzionale’. La novità che essa contiene è capitale e riguarda la posizione della legge. Questa, per la prima volta in epoca moderna, viene messa in rapporto di conformità e quindi subordinata a uno stato più alto di diritto, stabilito dalla Costituzione. Di per sé, questa innovazione potrebbe apparire, e in effetti è apparsa, come una semplice integrazione dei principî dello Stato di diritto che porta a terminare il programma dell’integrale soggezione al diritto di tutte le funzioni ordinarie dello Stato, compresa la legislazione (con eccezione quindi solo della funzione costituente). Con ciò, si potrebbe dire, viene a realizzarsi nella sua forma più piena possibile il principio del governo delle leggi, in luogo del governo degli uomini, principio frequentemente considerato una delle basi ideologiche fondative dello stesso Stato di diritto. Tuttavia, se dalle affermazione generiche si passa alla considerazione comparativa dei caratteri concreti dello Stato di diritto dell’Ottocento e dei caratteri dello Stato costituzionale attuale, ci si accorge che, altro che un completamento, si tratta di una profonda trasformazione che coinvolge necessariamente perfino la concezione del diritto” (Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mite*, 13ª reimpressão, Torino: 2005, p. 39).

⁸⁶⁵ Cf. José Joaquim Gomes Canotilho (*Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7ª edição, Coimbra: Almedina, 2003, p 100), “o Estado constitucional é ‘mais’ do que o Estado de direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para ‘travar’ o poder (...); foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder”. A fórmula é igualmente referida por Daniel Mitidiero, *Cortes superiores e cortes supremas: da uniformização da jurisprudência à formação do precedente* (no prelo).

⁸⁶⁶ Cf. Luiz Guilherme Marinoni (*Teoria geral do processo*, 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 23), “A assunção do Estado constitucional deu novo conteúdo ao princípio da legalidade. Esse princípio agregou o qualificativo ‘substancial’ para evidenciar que exige a conformação da lei com a Constituição e, especialmente, com os direitos fundamentais. (...) o princípio da legalidade substancial significa uma ‘transformação’ que afeta as próprias concepções de direito e de jurisdição e, assim, representa uma quebra de paradigma”.

⁸⁶⁷ Obviamente, há que se atentar para os exageros, cf. Humberto Ávila, que analisa criticamente à luz do direito brasileiro muitas das “*supostas mudanças fundamentais – ocorridas ou meramente desejadas, em maior ou menor intensidade – desse movimento de teorização e aplicação do Direito Constitucional denominado de ‘neoconstitucionalismo’*” (“*Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”*”, Revista Eletrônica de Direito do Estado, nº 17, 2009, p. 2).

democrática, sensível às necessidades sociais e ao coletivo, preocupado com tutelar situações jurídicas concretamente deduzidas e com fazer justiça; a abertura para a adequação do processo no seu curso; e a (re)construção da norma pelo juiz diante do caso, levando em conta normas de segundo grau (postulados normativos aplicativos) que atuam como forma de controle e correção do exercício do poder de julgar; todos são fenômenos que, conforme a doutrina, podem ser em sua maioria reconectados ao impacto da Constituição de 1988, que operou verdadeira revolução jurídico-cultural e deu origem a uma renovada maneira de pensar o direito e o processo civil⁸⁶⁸. Algumas das notas essenciais desse movimento próprio do implemento do Estado Constitucional, cuja normatividade modificou as bases metodológicas de compreensão do fenômeno processual, singularizam a experiência jurídica brasileira no que concerne ao direito processual civil⁸⁶⁹, pelo que merecem ser examinadas com maior cuidado.

A Constituição da República de 1988 inaugura, no direito brasileiro, a segunda constitucionalização do processo civil⁸⁷⁰, inserindo-o na perspectiva dos direitos fundamentais⁸⁷¹. Um dos esteios da própria fundamentalidade consiste na força jurídica privilegiada das normas de direitos fundamentais, autoaplicáveis (embora normalmente de tipo princípio), conforme o artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição da República⁸⁷², a exigir do intérprete/aplicador esforço significativamente maior, em termos de método interpretativo e de argumentação por lidar muitas vezes com normas de tipo aberto⁸⁷³. Esse talvez seja o fator determinante para a importante modificação da forma de pensar e trabalhar o direito e o processo⁸⁷⁴.

Superada a preocupação voltada tão somente para a possibilidade de arbítrio estatal, mas obviamente sem descurar desse aspecto, a segunda constitucionalização marca um

⁸⁶⁸ Cf. Hermes Zaneti Júnior, *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*, p. 6.

⁸⁶⁹ Para Daniel Mitidiero (*Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*, p. 11), três são as características que distinguem o processo civil brasileiro atual: “a sabença de que o direito pertence à cultura do povo, sujeito aos fluxos e contrafluxos da vida social, a constitucionalização das normas jurídicas fundamentais do processo e a consciência de que esse tem de reagir ao direito material, instrumentalizando-o a contento, superando-se a vazia autonomia que o direito moderno impôs ao processo”.

⁸⁷⁰ Sobre a segunda constitucionalização do processo, veja-se Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, *Curso de processo civil*, volume 1, p. 17/18; e Daniel Mitidiero, *As relações entre o processo civil e a Constituição na primeira metade do século XX e sua breve evolução na doutrina processual civil brasileira*, p. 54/56.

⁸⁷¹ A propósito do assunto, por todos, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*, *passim*.

⁸⁷² Ingo Wolfgang Sarlet, *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 313, em coautoria com Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero

⁸⁷³ Sendo farta a doutrina a respeito, veja-se, por todos, José Joaquim Gomes Canotilho, p. 1.159 e ss.

⁸⁷⁴ Ingo Wolfgang Sarlet (*Curso de direito constitucional*, p. 313) destaca que “nas Constituições brasileiras anteriores, não houve precisão de dispositivo similar, cuidando-se de inovação trazida pela CF de 1988”.

momento em que a metodologia dos direitos fundamentais⁸⁷⁵ e, com isso, a nova teoria das normas⁸⁷⁶ são “*incorporadas ao discurso processual*”⁸⁷⁷. Isso quer dizer, de um lado, que o processo civil “*outorga importância à autoaplicabilidade dos direitos fundamentais, à proibição de proteção insuficiente, de proteção excessiva e de retrocesso na proteção dos direitos fundamentais, além de atentar para dimensão objetiva desses, cuja eficácia irradiante impõe o dever de interpretação da legislação de acordo com os direitos fundamentais*”⁸⁷⁸; de outro, e por consequência, que o processo civil “*passa a emprestar relevo à normatividade dos princípios, das regras e a reconhecer a aplicabilidade dos postulados normativos, trabalha com textos redigidos com termos jurídicos indeterminados e como cláusulas gerais*”⁸⁷⁹.

Resgatada a necessidade de imprimir-se substância à legislação e de impor-lhe conformação aos princípios de justiça, tal substância e esses princípios, para serem alçados a uma posição superior, foram infiltrados nas Constituições, gravados de forma rígida e elevados à condição de direitos fundamentais. Para não restarem como monumental construção teórica e formal, dotaram-se-lhe de plena eficácia normativa e, com isso, alçaram-se essas normas constitucionais a uma posição de inigualável superioridade⁸⁸⁰. Essa supremacia, de um lado, faz com que não sejam os direitos fundamentais a moverem-se no âmbito da lei, mas a lei a se mover no âmbito dos direitos fundamentais⁸⁸¹; de outro, permite que os direitos fundamentais, como os de caráter processual, por exemplo, não tivessem a sua plena eficácia condicionada à concretização ou regulação infraconstitucional. Os direitos fundamentais impõem diretivas materiais permanentes, vinculando positivamente todos os órgãos concretizadores, inclusive aqueles encarregados da jurisdição, que devem tomar essas normas em consideração em qualquer dos momentos da atividade concretizadora⁸⁸². Se a lei passa a estar subordinada aos direitos fundamentais e mesmo às demais disposições constitucionais, a tarefa do jurista, da doutrina e do intérprete/aplicador do direito deixa de ser tão somente a descrição da lei e passa a ser a sua compreensão à luz das normas

⁸⁷⁵ Sobre a teoria dos direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet, *Curso de direito constitucional*, p. 247/347.

⁸⁷⁶ Sobre a nova teoria das normas, Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, *passim*.

⁸⁷⁷ Daniel Mitidiero, *As relações entre o processo civil e a Constituição na primeira metade do século XX e sua breve evolução na doutrina processual civil brasileira*, p. 55.

⁸⁷⁸ Daniel Mitidiero, *As relações entre o processo civil e a Constituição na primeira metade do século XX e sua breve evolução na doutrina processual civil brasileira*, p. 55.

⁸⁷⁹ Daniel Mitidiero, *As relações entre o processo civil e a Constituição na primeira metade do século XX e sua breve evolução na doutrina processual civil brasileira*, p. 55.

⁸⁸⁰ Luiz Guilherme Marinoni, *Teoria geral do processo*, p. 46.

⁸⁸¹ Cf., entre outros, Ingo Wolfgang Sarlet, *Curso de direito constitucional*, p. 316, com referência à formulação clássica de Herbert Krüger, *Grundgesetz und Kartellgesetzgebung*.

⁸⁸² Cf. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*, p. 40.

constitucionais e, sobretudo, dos direitos fundamentais: “a obrigação do jurista não é mais a de revelar as palavras da lei, mas de projetar uma imagem, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça”⁸⁸³. A interpretação das disposições normativas passa a ser concebida como uma tarefa de atribuição de significado a textos normativos⁸⁸⁴, no que o intérprete necessariamente deverá considerar as disposições constitucionais. Essa nova forma de lidar com o direito a partir da vinculatividade das normas constitucionais na interpretação das leis exige a compreensão crítica dessas últimas em face daquelas. Ao final, o que surge é a projeção ou cristalização da norma adequada (conformação da lei)⁸⁸⁵. O juiz abandona a tarefa de apenas declarar a lei aplicável ao caso⁸⁸⁶, assumindo a função de reconstruir soluções a partir de todo o ordenamento jurídico. Como se vê, há um nítido distanciamento da tradicional concepção que via nos direitos fundamentais simples garantias, mero direito de defesa do cidadão em face do arbítrio estatal. A compreensão do papel dos direitos fundamentais e da vinculatividade e plena eficácia das normas constitucionais aponta para o caráter positivo, constitutivo desses direitos, com ampla potencialização conformadora. A interpretação há de ser sempre a mais favorável aos direitos fundamentais, a que o restrinja menos, dê-lhe maior proteção, amplie mais o seu âmbito, satisfaça-o em maior grau⁸⁸⁷.

A premência (quase obrigação) de o jurista (re)construir – e não mais simplesmente revelar – normas a partir de dispositivos normativos, tarefa de complexidade e responsabilidade incomensuravelmente maior, é acompanhada do resgate, em termos de metodologia do direito, da dimensão tópico-problemática perdida na passagem para a modernidade. Como contraposição ao paradigma legalista do Estado Legislativo⁸⁸⁸, apresenta-se a necessidade de o jurista – que não mais aceita a lei e o direito como um dado prévio, pronto e indiscutível, mas como algo a ser (re)construído – lidar com uma renovada racionalidade em seu discurso. Se *in claris non fit interpretatio* – e, como se sabe, o paradigma legalista tinha por base a ideologia da clareza e completude do texto de lei, entendido como norma⁸⁸⁹ –, a superação desse momento metodológico, com a abertura do discurso jurídico para retirar normas de textos de sentido não unívoco, contendo conceitos

⁸⁸³ Luiz Guilherme Marinoni, *Teoria geral do processo*, p. 47. Destaca o autor, em continuação, que “quando esa correção ou adequação não for possível, só lhe restará demonstrar a inconstitucionalidade da lei – ou, de forma figurativa, comparando-se a sua atividade com a de um fotógrafo, descartar a película por ser impossível encontrar uma imagem compatível” (p. 47).

⁸⁸⁴ Giovanni Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano: Giuffrè, 1980, p. 102.

⁸⁸⁵ Luiz Guilherme Marinoni, *Teoria geral do processo*, p. 48.

⁸⁸⁶ Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 37.

⁸⁸⁷ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*, p. 40 e 44.

⁸⁸⁸ Sobre o Estado Legislativo e suas diferenças em relação ao Estado Constitucional, Gustavo Zagrebelski, *Il diritto mite*, p. 20/56.

⁸⁸⁹ A esse propósito, Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mite*, p. 33 e ss.

indeterminados e cláusulas gerais, faz com que necessariamente se tenha que recuperar, adaptar e reconstruir um método prático – problemático e discursivo – apto a lidar com a complexidade inerente a essa forma de pensar. Nesse contexto, inserem-se as importantes modificações decorrentes da retomada da filosofia prática no âmbito da teoria do direito. A revalorização do pensamento sobre problemas a partir de modelos clássicos de corte tópico-retórico com base aristotélica; a revelação da inadequação da utilização exclusiva da lógica formal dedutiva; a melhor compreensão da argumentação jurídica e de sua função na estrutura do raciocínio judicial; as discussões em torno do problema da verdade e de seu tratamento em juízo; as relações entre linguagem e conhecimento, são algumas das preocupações de diversos autores que influenciaram decisivamente, a partir da metade do século XX, os estudos de teoria do direito e de metodologia jurídica, fazendo a disciplina caminhar em busca de uma nova hermenêutica, apta a lidar com o momento jurídico-cultural que se anunciava⁸⁹⁰. Conforme bem sintetiza a doutrina, “*propondo uma retomada da dialética que opera na base de uma ‘virada linguística’ caracterizada pela retomada do estudo dos processos argumentativos, com ênfase tópico-retórica, a renovada ‘filosofia prática’ foi-se afastando dos postulados racionalistas, buscando novas formas de compreender as relações entre o pensar e o agir, uma racionalidade dirigida à ética e à fundamentação das normas de conduta. Tal transformação se estendeu à teoria do direito*”⁸⁹¹. A conscientização, novamente, da problematicidade do fenômeno jurídico, fez com que o direito novamente pudesse se abrir a esse modo de tratamento dialético de seu objeto, sem desprezar, por óbvio, as conquistas importantes em termos de estrutura esquemática de sua compreensão. Obviamente esse *turning point* não foi totalmente realizado; a concepção logicista do direito ainda hoje marca severamente a ciência jurídica⁸⁹².

A teoria geral do processo não poderia ficar imune a essas mudanças⁸⁹³. Recobrada a consciência de que o problema e o correlato método tópico de resolução⁸⁹⁴ são elementos

⁸⁹⁰ Cf. Daisson Flach, *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*, p. 19 e ss., com referência aos trabalhos de Theodor Viehweg (*Tópica e jurisprudência*), Luis Recaséns Siches (*Nueva filosofía de la interpretación del derecho*), Chaim Perelman e Olbrecht Tyteca (*Nova retórica*) e Hans-Georg Gadamer (*Verdad y método: fundamentos de una hermenéutica filosófica*), entre outros.

⁸⁹¹ Daisson Flach, *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*, p. 21.

⁸⁹² Cf. Danilo Knijnik, *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*, p. 31.

⁸⁹³ Fredie Didier Júnior, *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*, Salvador: JusPodivm, 2012, p.149.

⁸⁹⁴ “O aspecto mais importante na análise da tópica constitui a constatação de que se trata de uma técnica do pensamento que está orientada para o problema” (Theodor Viehweg, *Tópica e jurisprudência*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 33, tradução de Kelly Susane Alflen da Silva).

naturais ao direito e ao pensamento jurídico⁸⁹⁵, o processo apresenta-se como um ambiente potencialmente propício para o debate direcionado à resolução de problemas jurídicos, para a dialética que necessariamente deve acompanhar o modelo tópico-argumentativo de ciência. Para que isso se concretize, é preciso dotar o processo de técnicas e instrumentos que o elevem à condição de ser meio para a consecução desse fim.

Nesse contexto, inserem-se o atual modo de pensar o direito e o momento metodológico do processo civil brasileiro contemporâneo. A consciência da normatividade do direito fundamental e do abalo do modelo lógico-formal concorrem para que o processo seja redimensionado e assuma feições um tanto quanto diversas da proposta instrumentalista. Embora obviamente não se desprezem as conquistas absorvidas, muitos dos pressupostos teóricos que subjazem a essa forma de pensar a organização do processo foram depurados.

A premissa de que o processo serve à realização do direito material e a ele deve conformar-se, para ficar em apenas um exemplo, é importantíssima⁸⁹⁶ e não pode ser desconsiderada, mas temperada e desenvolvida. Na esteira das relações entre direito e processo, não cabe mais dizer, por exemplo, que “*a regra do caso já existia perfeita e acabada, interessando agora dar-lhe efetividade, ou seja, promover a sua atuação*”⁸⁹⁷. De verdade absoluta, semelhante afirmação passa a verdade contingente – diante da normatividade dos direitos fundamentais e da diferenciação entre texto e norma, que convertem o exercício de interpretação/aplicação em uma tarefa a ser executada e completada tão somente diante do caso, muitas vezes o processo proporcionará a (re)construção de uma solução que dificilmente poderia ser alcançada fora desse ambiente. A pronúncia jurisdicional emergida do processo tem sim o condão de interferir no próprio direito material afirmado em juízo. O processo, embora labore em função do direito material, recebe-o em “*estado puro*”, toma-o como matéria-prima, devolvendo, com a prolação da sentença, um “produto” diferenciado, remodelado a partir do direito material que ao processo adentrou⁸⁹⁸. A partir dessa perspectiva, a jurisdição não apresenta um viés tão somente declaratório (no sentido de simplesmente verificar a existência ou não de um direito subjetivo exigível existente no plano

⁸⁹⁵ Cf. Hermes Zaneti Júnior (*Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*, p. 86), “*para livrar o direito da tópica, seria necessária uma rigorosa sistematização dedutiva com meios exatos, que pressupõe que os problemas do direito possam ser mais bem resolvidos por essa técnica*”.

⁸⁹⁶ Fábio Cardoso Machado, *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 113.

⁸⁹⁷ Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, p. 295.

⁸⁹⁸ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *O problema da eficácia da sentença*, in *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 50.

material), mas assume também características de constitutividade⁸⁹⁹, porquanto o direito material, ao receber os influxos dos elementos processuais, invariavelmente acaba sendo remexido, o que torna o produto dessa experiência processual, devolvido ao direito material, algo ontologicamente diverso da matéria que no processo adentrou, embora tenha nele a sua procedência. No dizer da doutrina, “a tutela jurisdicional efetiva gerará (...) eficácia e efeitos próprios destinados a substituir a eficácia e os efeitos prometidos pelo direito material e, num segundo momento restabelecê-los”⁹⁰⁰. Contudo, essa devolução ou restabelecimento de efeitos dar-se-á com provável modificação qualitativa – maior ou menor, a depender do grau de concretude do próprio dispositivo normativo – em relação ao efeito prometido pelo próprio direito material antes de adentrar o reino de incertezas do processo.

A obtenção de uma decisão justa, nesse contexto, dificilmente poderia prescindir do alinhamento de seu conteúdo a um fundamento material que lhe dê validade (racionalidade prática substancial ou material, que tem por base as normas de direito material constitucional e infraconstitucional) e da sua obtenção a partir de um processo de justificação ou de legitimação que igualmente lhe dê validade (racionalidade prática processual, procedimental ou formal, que tem por base as normas de direito processual constitucional e infraconstitucional)⁹⁰¹. A supressão tanto de um quanto de outro fator legitimante é capaz, por si só, de retirar a justiça da decisão⁹⁰².

Ocupando-nos do fenômeno processual, obviamente nosso interesse recai sobre o exame desse segundo elemento. Afirma-se, então, que o que legitima processualmente as decisões racionais é a observância de um esquema funcional, de um procedimento orientado por normas convencionadas ou institucionalizadas que leva à justificação, legitimação e validade da atitude prática racional⁹⁰³. Essas normas, obviamente e imediatamente, provêm dos direitos fundamentais e da Constituição e, em seguida, da legislação infraconstitucional. As primeiras norteiam tanto o legislador processual como também a conduta das partes e do órgão judicial no processo concreto, para o que contam com as segundas⁹⁰⁴. A organização e observância de um processo apto ao conseguimento de uma decisão justa é, portanto, um dos

⁸⁹⁹ A propósito, Nicola Picardi, *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, nº 1, 2004, p. 51 e ss.

⁹⁰⁰ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, p. 14.

⁹⁰¹ Sobre os diferentes tipos de racionalidade prática, António Castanheira Neves, *Metodologia jurídica*, p. 42 e ss.

⁹⁰² Hermes Zaneti Júnior (*Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*, p. 70/71) propõe a adoção, como racionalidade para o direito, da racionalidade prática procedimental em predomínio à “racionalidade prática material exacerbada” e à “racionalidade abstrata puramente teórica”.

⁹⁰³ Hermes Zaneti Júnior, *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*, p. 71. António Castanheira Neves, *Metodologia jurídica*, p. 43.

⁹⁰⁴ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*, p. 41.

fatores legitimantes da própria justiça da decisão. Esse processo deve ser, em face do que disposto no artigo 5º, inciso, LIV, da Constituição da República, um processo justo: “*Como processo justo ou adequado, o devido processo legal é (...) um processo materialmente informado por direitos fundamentais, expressos ou implícitos na Constituição. O direito fundamental a um processo justo compreende, portanto, o direito a um processo legal, porém, informado por direitos fundamentais, especialmente direitos fundamentais processuais, como, por exemplo, o contraditório e ampla defesa, o juiz natural, a igualdade das partes, o direito à prova, etc*”⁹⁰⁵. Desse modo, “*justo (...) não é qualquer processo regido por lei. Justo é o processo legal e informado por direitos fundamentais*”⁹⁰⁶. Realmente, o direito ao processo justo constitui princípio fundamental para a organização do processo no Estado Constitucional. É o processo justo o modelo mínimo de atuação processual do Estado, de modo que a sua observância é condição para a obtenção de decisões justas⁹⁰⁷.

Assim, no contexto do Estado Constitucional o simples processo legal cede às exigências do devido processo constitucional, o que faz com que o processo esteja em permanente construção e adaptação diante da riqueza inesgotável dos casos, não se podendo acorrentá-lo sempre e aprioristicamente a prévias e abstratas soluções legais, pena de proporcionarem-se evidentes inapropriações⁹⁰⁸. Por isso, é a partir das normas que ressaem da Constituição, imediatamente ou mediadamente, que deve se dar a organização do processo⁹⁰⁹.

Dentre essas normas despontam, entre outros, os direitos fundamentais à segurança jurídica e à efetividade do processo, os quais, embora muitas vezes em conflito, devem informar em conjunto a organização do processo, a sua estruturação técnica e mesmo a interpretação e aplicação das demais normas processuais⁹¹⁰. A efetividade – que tem como alguns de seus corolários a economia processual (obtenção do maior resultado com o mínimo de atividade processual), a simplicidade (minoração dos pressupostos formais do ato processual), a celeridade (tramitação e demora apenas no limite do necessário) e a primazia da tutela específica (proteção *in natura* do direito)⁹¹¹ – traduz-se na aptidão do processo para

⁹⁰⁵ Sérgio Luís Wetzel de Mattos, *Devido processo legal e proteção de direitos*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 194.

⁹⁰⁶ Sérgio Luís Wetzel de Mattos, *Devido processo legal e proteção de direitos*, p. 194.

⁹⁰⁷ Cf. Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, *Curso de direito constitucional*, p. 616.

⁹⁰⁸ Cf. Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 45.

⁹⁰⁹ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, *Curso de processo civil*, volume I, p. 18.

⁹¹⁰ Sobre os direitos à segurança e à efetividade do processo e suas relações, veja-se Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica*, p. 109 e ss.; e Guilherme Rizzo Amaral, *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*, p. 47 e ss.

⁹¹¹ Cf. Guilherme Rizzo Amaral, *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*, p. 49/56.

produzir resultados⁹¹². O processo, porém, como instrumento, pode ser efetivo e ainda assim produzir resultados injustos ou maléficos. Com vistas a evitar esse indesejado desequilíbrio, a efetividade é contrabalanceada pela segurança jurídica. A segurança jurídica – que tem como alguns de seus corolários a cognoscibilidade (capacidade de acesso material e intelectual ao conceito normativo), a confiabilidade (a assegurar estabilidade e continuidade normativas) e a calculabilidade (como capacidade de antecipar os conteúdos normativos e a modificabilidade normativa)⁹¹³ – é elemento inerente ao Estado de Direito, garantindo o cidadão, notadamente, entre outras coisas, contra o arbítrio estatal. A resultante desse conflito entre efetividade e segurança deve necessariamente informar o intérprete/aplicador em suas escolhas, apontando para a adoção de soluções que, equilibrando essa disputa, potencialmente tendam a promover a justiça na resolução do caso⁹¹⁴.

Nesse ambiente, “a conformação e a organização do processo e do procedimento nada mais representam do que o equacionamento de conflitos entre princípios constitucionais em tensão, de conformidade com os fatores culturais, sociais, políticos, econômicos e as estratégias de poder em determinado espaço social e temporal”⁹¹⁵. Busca-se, então, estabelecer o âmbito da atividade do órgão judicial e das partes, tanto no terreno dos fatos quanto no do direito, regulando os poderes, deveres, faculdades e ônus processuais, bem como os poderes e deveres do órgão judicial, e ordenar a sequência dos atos do procedimento, com observância das normas fundamentais do processo civil, especialmente de origem constitucional, tais como o respeito à dignidade humana, o processo justo, o acesso à jurisdição, a igualdade das partes, o contraditório, a segurança e a efetividade, entre outros, tudo em permanente adequação com o fim buscado pelo processo⁹¹⁶. Como corretamente assinala Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que teve o reconhecido mérito de formular a proposta do formalismo-valorativo como método de tratamento do direito processual civil na atualidade, é “equivocada (...) a tentativa de enfocar o problema do formalismo processual tão somente sob um prisma determinado”⁹¹⁷. A escolha, entre diversas técnicas, daquelas

⁹¹² Guilherme Rizzo Amaral, *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*, p. 49.

⁹¹³ Cf. Humberto Ávila, *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*, p. 250/256.

⁹¹⁴ Michele Taruffo (*Idee per una teoria della decisione giusta*, in *Sui confini: scritti sulla giustizia civile*, Bologna: Il Mulino, 2002, p. 224) ressalta que “la giustizia della decisione assume la forma di un algoritmo che ricomprende e collega tre ordini di valori. I tre criteri ai quali si allude sono i seguenti: a) correttezza della scelta e dell’interpretazione della regola giuridica applicabile al caso; b) accertamento attendibile dei fatti rilevanti del caso; c) impiego di un procedimento valido e giusto per giungere alla decisione”.

⁹¹⁵ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*, p. 37.

⁹¹⁶ Cf. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, *Curso de processo civil*, volume I, p. 18.

⁹¹⁷ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 116.

mais apropriadas para atingir-se um determinado resultado há sempre de respeitar e ter em vista esse arquétipo normativo, que permanentemente informa a estruturação do processo.

A compreensão e a aplicação do direito processual civil não poderiam prescindir de toda essa nova metodologia, desse novo repertório teórico que municia o jurista contemporâneo⁹¹⁸. Isso não significa, por óbvio, desprezar as conquistas passadas, como as “velhas” construções da ciência processual (processualismo) e as propostas de importância ímpar do instrumentalismo. Diferentemente disso, significa absorvê-las para, diante das mudanças ocorridas, estruturar uma forma de pensar o processo consentânea com o atual momento do direito e da sociedade brasileira. O processo civil brasileiro, portanto, conforma-se hoje pelo que se convencionou chamar de paradigma do formalismo-valorativo⁹¹⁹, denominação que indica a vivência dessa renovada fase metodológica do processo civil⁹²⁰⁻⁹²¹.

1.2.1. Em especial: a tutela dos direitos como função precípua da jurisdição no Estado Constitucional.

Se não é possível pensar o direito desligado de seu contexto cultural, a definição dos escopos da função jurisdicional não poderia escapar a essa contingência histórica, na medida em que seu delineamento depende necessariamente da natureza do Estado em que se insere⁹²². Expressão do poder, a jurisdição é canalizada para a realização dos fins do próprio Estado⁹²³, de modo que não é mais possível utilizar a noção de jurisdição criada a partir de um ambiente jurídico cultural e para um modelo de Estado que não mais existem⁹²⁴.

No Estado Constitucional, a jurisdição não pode mais ser entendida como uma atividade substitutiva, destinada a atuar a “*volontà concreta della legge*”⁹²⁵ ou – o que é o

⁹¹⁸ Cf. Fredie Didier Júnior, *Curso de direito processual civil*, volume 1, 12ª edição, Salvador: JusPodivm, 2010, p. 24.

⁹¹⁹ Hermes Zaneti Júnior, *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*, p. 44.

⁹²⁰ Cf., entre outros, Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 41 e ss.. Hermes Zaneti Júnior, *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*, p. 44 e ss.. Guilherme Rizzo Amaral, *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*, p. 28 e ss.. Sérgio Luís Wetzel de Mattos, *Devido processo legal e proteção de direitos*, p. 131 e ss..

⁹²¹ Como ressalta Daniel Mitidiero (*Colaboração no processo civil*, p. 51), outros autores importantes também concordam com a superação do instrumentalismo como fase metodológica do processo civil brasileiro no contexto do Estado Constitucional. Esse setor da doutrina, porém, trabalhando sob bases muito semelhantes, prefere falar em neoprocessualismo no lugar de formalismo-valorativo (assim, por exemplo, Fredie Didier Júnior, *Curso de direito processual civil*, volume 1, p. 21 e ss.).

⁹²² Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, *Curso de processo civil*, volume 1, p. 121.

⁹²³ Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, p. 207.

⁹²⁴ Fredie Didier Júnior, *Curso de direito processual civil*, p. 83.

⁹²⁵ Para Giuseppe Chiovenda (*Instituições de direito processual civil*, volume II, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1965, p. 3, tradução de José Guimarães Menegale), “*pode definir-se a jurisdição como a função do Estado que*

mesmo – o “*diritto oggettivo*”⁹²⁶, como propunha parcela da doutrina italiana do início do século passado⁹²⁷. Essa compreensão do fenômeno jurisdicional parte de uma perspectiva estatista⁹²⁸ que já não pode mais ser aceita no atual direito processual civil, sobretudo no Brasil. Com efeito, esse pensamento decorre de um particular ambiente jurídico-cultural⁹²⁹. Afora a ideia imperante de legalidade, própria do Estado Legislativo⁹³⁰, a recém criada ciência processual laborava na quadra da tentativa de superação do pensamento imanentista, que enxergava os institutos processuais como simples instrumentos de reintegração de direitos subjetivos violados. Obcecada por superar esse primeiro momento metodológico, durante o qual o processo era visto tão apenas como meio de exercício e satisfação de direitos subjetivos, e a ação era a expressão dinâmica desses próprios direitos – orientação nitidamente privatista e individualista –, a doutrina processual desviou a jurisdição do seu fim principal e natural e passou a identificar a sua função na atuação da vontade da lei, fórmula que eliminava o vínculo do processo com o direito material⁹³¹ e que o alinhava à visão publicista e estatista que tomava assento na doutrina processual civil.

Essa é a ideia de jurisdição pressuposta pelo Código Buzaid – que fez da jurisdição uma atividade plenamente vinculada à lei (art. 126, CPC⁹³²)⁹³³ – e por boa parte da doutrina

tem por escôpo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva”.

⁹²⁶ “*Il carattere giurisdizionale è dato dallo scopo che lo Stato persegue attraverso il compimento di esse: che è quello di garantire l’osservanza pratica del diritto oggettivo*” (Piero Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile*, parte 1ª, p. 63).

⁹²⁷ A esse respeito, Ovídio Araújo Baptista da Silva, *Curso de processo civil*, volume 1, 7ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 14 e ss.

⁹²⁸ A esse respeito, é ilustrativo que Calamandrei, analisando a ideia de jurisdição que o *Codice di Procedura Civile* italiano de 1940 teve por base, estimule, “*per intraprendere lo studio del diritto processuale, considerare prima di tutto i problemi dal punto di vista dello Stato che amministra giustizia*” (*Istituzioni di diritto processuale civile*, parte 1ª, p. 24).

⁹²⁹ Para uma crítica dessa concepção, Luiz Guilherme Marinoni, *Teoria geral do processo*, p. 94 e ss..

⁹³⁰ “*Oggi, nelle principali legislazioni dell’Europa continentale, il contenuto della funzione giurisdizionale non può essere inteso se non in relazione col sistema della legalità: e il nuovo Codice vuol essere appunto una riaffermazione della giurisdizione come complemento e come strumento della legalità. Lo Stato, di cui è fine fondamentale il mantenimento dell’ordine nella società, regola a tale scopo la convivenza dei consociati ponendo il diritto oggettivo, cioè le norme alle quali i singoli devono, nei loro rapporti sociali, conformare la loro condotta*” (Piero Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile*, parte 1ª, p. 24).

⁹³¹ Cf. Fábio Cardoso Machado, *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*, p. 140/141. O autor continua explicando que, assim, a ideia de jurisdição “*se adequava à ‘ação’ processual autônoma, que como tal não poderia conceitualmente corresponder a um direito material nem visar à defesa do autor que ostentasse o direito afirmado*” (p. 141).

⁹³² Artigo 126: O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

⁹³³ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, *Curso de processo civil*, volume 1, p. 124.

brasileira dedicada ao processo civil⁹³⁴. Mesmo o instrumentalismo, em que pese haja representado um movimento de reaproximação do processo ao direito material e aos seus fins sociais, ainda se filiou em boa parte a essa mesma ideia de jurisdição. Com efeito, a recusa à ideia de que a jurisdição sirva, antes que à atuação do direito objetivo, à tutela dos direitos⁹³⁵, enxergando nisso vinculação a ideias imanentistas, denota a permanência, nessa concepção, de traço excessivamente estatalista, próprio do processualismo: *“Na criticada visão estritamente jurídica do fenômeno político que é a jurisdição, os estudiosos do processo conformaram-se inicialmente com afirmações extremamente individualistas, ligadas ao sincretismo privatista em que o sistema processual aparece como meio de exercício dos direitos e institucionalmente destinado à sua satisfação. Dizia-se, então, que o escopo do processo era a tutela dos direitos, naquela visão pandectista que colocava a ação como centro do sistema e a descrevia como o próprio direito subjetivo em atitude de repulsa à lesão sofrida. Hoje, com o reconhecimento da autonomia da ação (repudiada sua visão imanentista) e independência científica e conceitual do próprio direito processual, sabe-se que só se tutela o direito subjetivo material quando existente e a tutela dos direitos não é o escopo institucionalizado nem da jurisdição, nem do sistema processual; constitui grave erro de perspectiva a crença de que o sistema gravite em torno da ação ou dos direitos subjetivos materiais”*⁹³⁶. Para essa linhagem doutrinária, *“mediante a utilização do sistema processual, propõe-se o Estado, antes de tudo, a realizar objetivos que são seus”*⁹³⁷, entre eles, reafirmar a sua autoridade. A jurisdição, então, enquanto função do Estado, enquanto manifestação do poder estatal para consecução dos fins do próprio Estado, destinar-se-ia à atuação da *“vontade do direito”*⁹³⁸. Essa visão publicista e estatalista de processo chega mesmo a colocar a jurisdição como centro ou polo metodológico do direito processual civil⁹³⁹.

O contexto do Estado Constitucional e o atual momento da dogmática processual civil, contudo, impõem uma mudança de perspectiva na análise desse problema. Superada a necessidade de isolar o direito processual em face do direito material e já madura a ciência processual para reconhecer as diferenças entre essas duas esferas do direito, é necessário pensar o direito processual, instrumento que é, à luz da estrutura e das necessidades do direito

⁹³⁴ Por todos, Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, 1º volume, 13ª edição, São Paulo: Saraiva, 1987, p. 67, para quem a função jurisdicional do Estado *“atua o direito objetivo na composição dos conflitos de interesses ocorrentes”*.

⁹³⁵ Cf. Fábio Cardoso Machado, *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*, p. 141.

⁹³⁶ Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, 209/210.

⁹³⁷ Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, p. 105.

⁹³⁸ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, volume I, p. 305.

⁹³⁹ Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, p. 106. Para uma crítica a essa concepção, Daniel Mitidiero, *colaboração no processo civil*, p. 48 e ss.

material⁹⁴⁰. Em termos de jurisdição, isso significa que é possível novamente aproximá-la de seu foco primordial: a tutela dos direitos proclamados pela ordem jurídica⁹⁴¹. Com efeito, se “*em face de uma situação de direito material, o cidadão – ou mesmo o Estado – assume uma posição jurídica, da qual decorre um complexo de direitos e deveres*”, a jurisdição não poderia ter outro fim se não o de tutelar essa posição juridicamente protegida⁹⁴². A titularidade de uma posição juridicamente protegida dá ao respectivo titular o direito à obtenção de tutela jurisdicional para a proteção dessa posição – um direito à tutela que decorre do próprio direito material, que do contrário seria mero *flatus vocis*, simples proclamação, a depender da boa vontade alheia para realizar-se. A jurisdição, portanto, tem justamente a função de outorgar proteção aos direitos saídos do plano substancial, de modo que é inegável que a jurisdição, em primeiro lugar, além de outras finalidades, é exercida sempre com o objetivo de proteger os direitos cuja tutela é buscada pelo respectivo titular⁹⁴³.

Dizer que a jurisdição tem por escopo a tutela dos direitos não significa, evidentemente, um retorno às concepções privatistas próprias do século XIX, que percebiam na jurisdição simples meio para realização de direitos subjetivos⁹⁴⁴. Tampouco significa negar o caráter público do processo. A ideia de que a jurisdição se presta à tutela dos direitos revela tão somente uma proposta conceitual atenta para os fins do processo no Estado Constitucional – centrados na pessoa, e não no Estado – e uma postura dogmática preocupada em resgatar as ligações entre direito material e processo⁹⁴⁵, proposta que é perfeitamente conciliável com a autonomia científica conquistada pelo direito processual⁹⁴⁶. Demais disso, a proposta de enxergar como fim precípua da jurisdição a tutela dos direitos abarca, no momento atual, todas as situações jurídicas merecedoras de proteção jurisdicional, isto é, toda e qualquer situação jurídica ativa, individual ou coletiva, simples ou complexa, direito potestativo ou direito a uma prestação, faculdades e poderes⁹⁴⁷, o que é muito diferente da proposta praxista, ligada mormente à categoria dos direitos subjetivos.

⁹⁴⁰ “*Os institutos do processo dependem da estrutura não apenas das normas que instituem direitos, mas também das formas de proteção ou de tutela que o próprio direito substancial lhes confere*” (Luiz Guilherme Marinoni, *Teoria geral do processo*, p. 240). Nesse sentido, ainda, Fábio Cardoso Machado, *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*, p. 143.

⁹⁴¹ Por todos, Luiz Guilherme Marinoni, *Teoria geral do processo*, p. 240.

⁹⁴² Luiz Guilherme Marinoni, *Teoria geral do processo*, p. 139.

⁹⁴³ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, p. 95. Luiz Guilherme Marinoni, *Teoria geral do processo*, p. 139/140.

⁹⁴⁴ Luiz Guilherme Marinoni, *Teoria geral do processo*, p. 140.

⁹⁴⁵ Daniel Mitidiero, *Cortes superiores e cortes supremas: da uniformização da jurisprudência à formação do precedente* (no prelo).

⁹⁴⁶ Fábio Cardoso Machado, *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*, p. 144.

⁹⁴⁷ Cf. Fredie Didier Júnior (*Curso de direito processual civil*, volume 1, p. 90) e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero (*Curso de processo civil*, volume 1, p. 2/3).

1.2.2. Em especial: o direito material e sua influência na estruturação do processo civil atual.

Pelo exposto até aqui, fica claro que o processo e, nessa esteira, a jurisdição põem-se em relação teleológica com a realização dos direitos prometidos pela ordem jurídica substancial. Trata-se, essa, de perspectiva que evidentemente pressupõe a aceitação da existência desses dois planos do ordenamento jurídico – direito material e processo –, cada um com atribuições específicas e próprias⁹⁴⁸, o que de resto é concepção difundida e aceita pela quase unanimidade da doutrina. Se não há dúvidas quanto à existência dos dois planos, material e processual, “*o difícil é estabelecer as relações entre eles, sem realçar ou apoucar demasiadamente o papel de um e outro, fazê-los enfim conviver em harmonia, em consonância com a função que cada um deles deve desempenhar consoante as diretivas do ordenamento, principalmente de ordem constitucional*”⁹⁴⁹.

Como tautologicamente já se referiu, a autonomização do processo em relação ao direito material foi de tal modo levada a sério pelos autores da antes mencionada fase processualista de nossa ciência que se chegou mesmo a exagerar na medida, caminhando-se, ao final, para uma excessiva separação entre esses dois planos. O processo civil, em certo momento, passou a articular-se totalmente a despeito do direito substancial, encarando-o com neutralidade e total indiferença. Pretendeu-se mesmo abstrair completamente o valor do direito material para a teoria do processo⁹⁵⁰, e qualquer proposta ou tentativa de articulação do processo tendo por inspiração a ordem substancial era vista como odiosa reminiscência praxista. Nesse contexto, a própria noção de instrumentalidade, inerente ao direito processual, ficou na penumbra. Direito material e processo organizavam-se de modo autônomo e sem influência recíproca.

Conforme ressalta a doutrina, um dos pontos de contato mais vetustos e evidentes entre direito e processo sempre foi aquele ligado à teoria da ação, e por aí foram propostas e articuladas diversas teses para solucionar o problema das relações entre as esferas do direito

⁹⁴⁸ “*De um lado, o direito material, enquanto sistema de normas dirigidas a resolver os conflitos de interesses contrapostos, determinando os interesses prevalentes por meio da precisão de poderes, deveres e faculdades. De outro, o direito processual, constituído, por sua vez, de um sistema de normas destinadas a disciplinar mecanismos mais ou menos complexos (processos), com vistas a garantir o reconhecimento e o cumprimento do direito material mesmo na hipótese de ausência de cooperação espontânea por parte de quem assim deve agir*” (Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, p. 7).

⁹⁴⁹ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Direito material, processo e tutela jurisdicional*, in *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 294/295.

⁹⁵⁰ Hermes Zaneti Júnior, *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*, p. 207.

material e do direito processual⁹⁵¹. As seculares polêmicas em torno do conceito de ação, retratadas mais recentemente no embate teórico em torno da proposta da ação de direito material, são exemplo ilustrativo do sem número de discussões que se levantaram e ainda atualmente se levantam na tentativa de equacionar esse difícil problema⁹⁵²⁻⁹⁵³. Pouco a pouco, porém, com o realce crescente da perspectiva instrumental do processo, tornou-se paulatinamente corrente – para hoje ser, na prática, um consenso – a noção de que entre processo e direito material existe evidente nexos de meio e fim⁹⁵⁴. Nesse momento, percebeu-se que os chamados “pontos de estrangulamento”⁹⁵⁵ entre os dois planos, antes restritos a alguns poucos institutos – como a ação – iam muito além disso. Eram por demais variados e permeavam o procedimento em muitos outros momentos⁹⁵⁶. Em verdade, notou-se que todo o processo estava impregnado do direito material⁹⁵⁷.

Desse modo, viu-se que o direito material era capaz de influenciar diretamente e com grande intensidade a estruturação e muitas das soluções dispostas pelo processo, que se coordenava diretamente em sua função. A conformação do formalismo processual, por exemplo, hoje se sabe, não prescinde de elementos buscados no plano do direito material⁹⁵⁸. Recobrada a consciência de que a ordem jurídica substancial é pressuposto do processo, ficava claro que todo o processo civil deveria reagir ao direito material e ser pensado, compreendido, e estruturado tendo em vista a situação jurídica material para a qual serve de

⁹⁵¹ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, p. 7.

⁹⁵² A propósito da polêmica sobre a ação de direito material, vejam-se os ensaios organizados por Fábio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral na obra *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

⁹⁵³ Em que pese a todos os pontos falhos que apresente e a todas as críticas que possa merecer (veja-se, a respeito, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, p. 40 e ss.), não se pode deixar de reconhecer que a tese da ação de direito material trouxe benefícios assaz profícuos na aproximação entre direito e processo e na recuperação do caráter instrumental do direito processual. Não seria exagero, com efeito, atribuir-se às propostas teóricas dos autores dessa linhagem o despertar da doutrina brasileira para a existência de cinco, e não apenas três, eficácias de sentença – lá compreendidas as eficácias mandamental e executiva *lato sensu* – e, assim, as reformas que incluíram os artigos 461 e 461-A no Código de Processo Civil de 1973, cujo papel importantíssimo no quotidiano forense atual não pode mais ser questionado seriamente. A respeito da teoria da ação de direito material, veja-se, em especial, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (*Tratado das ações*, tomo I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 33 e ss.) e Ovídio Araújo Baptista (*Curso de processo civil*, volume I, p. 62 e ss.; *Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação* e *Direito material e processo*, ambos recolhidos em *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*, p. 15 e ss. e p. 55 e ss.).

⁹⁵⁴ José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e processo*, p. 18.

⁹⁵⁵ Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, p. 254 e ss.. O autor aponta em especial rês momentos de aproximação entre direito e processo: “*trata-se das condições da ação, da disciplina da prova e da responsabilidade patrimonial*” (p. 255).

⁹⁵⁶ Elio Fazzalari, *Note in tema di diritto e processo*, p. 109.

⁹⁵⁷ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, p. 95.

⁹⁵⁸ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, *Curso de processo civil*, volume 1, p. 8.

instrumento de tutela⁹⁵⁹, o que permitiria emprestar maior efetividade ao direito processual no desempenho de sua tarefa básica de realização do direito material⁹⁶⁰. A partir do momento que se aceitava a natureza instrumental do direito processual tornava-se imprescindível rever muitos dos seus institutos fundamentais a fim de adequá-los a essa nova visão – a ampla maioria dessas construções dogmáticas tivera por base conceitos e princípios próprios do processualismo, em que a necessidade de afirmação da independência do direito processual sobrepunha-se a qualquer outro valor, exaltando a técnica e pouco se preocupando com as repercussões sensíveis das propostas que surgiam. Uma renovada perspectiva, atenta para a influência do direito material sobre o processo, é realmente essencial para bem compreender atualmente uma série de institutos processuais – entre os quais alguns daqueles que interessam mais diretamente para a aplicação da máxima *iura novit curia*, como, por exemplo, a estruturação objetiva da demanda e o modo de funcionamento da *causa petendi*. Como ressalta a doutrina, “*é impossível compreender esses temas sem analisar a relação que cada um desses institutos mantém com o direito material processualizado*”⁹⁶¹.

É inegável que em todo o processo há uma situação jurídica substancial (direito material) afirmada pelo autor e cuja realização, por meio desse instrumento, ele pretende⁹⁶². A ligação primeira entre os planos do direito material e do direito processual, então, dá-se logo no início do processo, “*pela afirmação realizada pelo demandante da existência do direito que diz lhe pertencer e da lesão causada em decorrência do ilícito, ou da possibilidade de lesão, na hipótese de tutela preventiva. Trata-se, pois, do fato jurídico do qual se pretende extrair a consequência jurídica consubstanciada no pedido. O direito material, assim entendido, incide como componente da situação a legitimar tanto os atos das partes quanto os do ofício judicial*”⁹⁶³. Com efeito, se a jurisdição caracteriza-se por tutelar situações jurídicas concretamente deduzidas em um processo, fica evidente que são essas situações jurídicas substanciais que perfazem, grosso modo, o objeto do processo⁹⁶⁴ e que serão, se reconhecidas existentes, levadas a efeito no plano sensível conforme a forma de tutela jurisdicional requerida e concedida. A pretensão à tutela jurisdicional, embora de natureza

⁹⁵⁹ Fredie Didier Júnior, *Curso de direito processual civil*, p. 22.

⁹⁶⁰ Carlos Alberto Alvaro de oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 160/161.

⁹⁶¹ Fredie Didier Júnior, *Curso de direito processual civil*, volume 1, p. 23.

⁹⁶² Cumpre sempre ressaltar, com Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (*Teoria e prática da tutela jurisdicional*, p. 93), “*que o processo (...) não é meramente instrumental (aí o limite da concepção instrumentalista do processo, assim como concebida em meados do século passado), pois revela um valor próprio, ao estabelecer (...) inclusive as formas de tutela, com que se pode tornar efetivo o direito material, além da eficácia e dos efeitos próprios da atividade jurisdicional*”.

⁹⁶³ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, *Curso de processo civil*, volume 1, p. 9.

⁹⁶⁴ Fredie Didier Júnior, *Curso de direito processual civil*, volume 1, p. 23.

processual, estrutura-se invariavelmente a partir do direito material afirmado e apenas tem sentido em sua função⁹⁶⁵. A própria função jurisdicional coordena-se em relação a uma situação jurídica substancial afirmada. A esse respeito, duas questões merecem destaque: a incerteza do direito material pressuposto no processo, meramente afirmado; e a incompletude da ordem jurídica substancial.

Em relação ao primeiro aspecto, “*é claro que, dada a incerteza consubstancial ao direito litigioso e a dinamicidade própria do processo, que é sempre marcha para frente, o fato jurídico constitui, em primeiro lugar, objeto de afirmação, depois objeto da controvérsia e da prova a ser produzida e finalmente objeto do reconhecimento ou não do direito alegado, o que se dará no comando contido na sentença ou na decisão judicial, comando este que deverá ser realizado praticamente (o direito parte do fato e ao fato retorna)*”⁹⁶⁶. Essa situação jurídica afirmada, a ser eventualmente confirmada em sentença, consiste, portanto, em direito material colocado sob o signo da incerteza, isso é, em direito material processualizado⁹⁶⁷.

Em relação ao segundo, é cada vez mais intuitivo que no processo não se trata de realizar simplesmente o direito material não satisfeito espontaneamente. Afirmar isso seria o mesmo que pretender que a jurisdição tem função meramente substitutiva, que o processo se pauta sempre por uma ordem jurídica substancial pura ou que faz atuar um direito material pronto e acabado fora e previamente. “*Não há como equiparar*”, contudo, conforme a lúcida colocação da doutrina, “*a eficácia do direito material com a eficácia jurisdicional*”⁹⁶⁸. Com efeito, como ventilado anteriormente, “*o processo devolve (sempre) algo diverso do direito material afirmado pelo autor na inicial, algo que por sua vez é diverso mesmo da norma expressa no direito material positivado*”⁹⁶⁹. Desse modo, embora o direito processual parta do direito material, da realidade substancial, e a esse campo retorne, é mais do que claro que esse regresso dá-se já a partir de outro grau qualitativo, com o direito material, antes bruto, agora já tocado pela atividade jurisdicional, o que lhe outorga outra dignidade perante a ordem

⁹⁶⁵ José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e processo*, p. 15/16. A esse respeito, veja-se por exemplo que a teoria da tutela jurisdicional do direito articula suas soluções (inibição e remoção de ilícito, restituição, ressarcimento, etc) sempre a partir do direito material. A esse respeito, Luiz Guilherme Marinoni, *Teoria geral do processo*, p. 277. Ainda sobre a tutela jurisdicional, destacando precipuamente o exame a classificação das espécies de tutela a partir do plano processual, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *teoria e prática da tutela jurisdicional*, p. 103 e ss.

⁹⁶⁶ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, *Curso de processo civil*, volume 1, p. 9.

⁹⁶⁷ Fredie Didier Júnior, *Curso de direito processual civil*, volume 1, p. 22.

⁹⁶⁸ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Direito material, processo e tutela jurisdicional*, p. 299.

⁹⁶⁹ Hermes Zaneti Júnior, *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*, p. 204/205. Esclarece o autor que “*diverso está aí como elemento de substituição, mesmo que idêntica à previsão legal: a norma do caso passou pela verificação (pelo accertamento, como se diz na Itália) do Poder Judiciário*”.

jurídica⁹⁷⁰. Esse retorno, é bem verdade, pode-se dar com maior ou menor modificação em relação à matéria prima tomada como ponto de partida. O mais próximo do correto aqui, então, na esteira de proposta argutamente formulada, seria falar em “*momentos de atuação, ora atuando o direito por meio da norma material, ora atuando o direito pelo debate judicial, sendo que esse último, na teoria da circularidade dos planos, leva em consideração a norma material afirmada, mas não pressupõe a sua veracidade e incidência fora e antes do processo. Pelo contrário, possibilita a construção de uma solução pelo processo ‘prospectivo’, voltada a criar a norma material (no sentido de defini-la melhor como o direito subjetivo, mas também universalizável) em uma metodologia tópica (sem distanciamento do trabalho)*”⁹⁷¹. Desse modo, o processo, embora preserve o seu caráter instrumental, manifesta também ser veículo de substância própria⁹⁷². Negar essa segunda perspectiva seria o mesmo que recusar o caráter híbrido, o paradoxo metodológico de nosso direito processual civil, a perspectiva constitucional que, abarcando os conceitos de princípios, regras e postulados, faz com que o processo atue para a realização dos direitos fundamentais e não fique restrito e manietado por uma pré-compreensão rígida do direito⁹⁷³. Isso não significa negar que continuarão existindo dois planos distintos, mas antes os colocar imbricados pelo nexo de finalidade que os une⁹⁷⁴.

Em que pese a essa circularidade, mantém-se a noção de que o processo estrutura-se a partir de uma situação jurídica afirmada, que ora se apresenta mais acabada, ora aparece mais como um topos argumentativo da decisão que (re)criará com maior grau de novidade a norma material. Essa noção terá repercussões significativas mais adiante.

1.2.3. Em especial: a colaboração como modelo de organização do processo civil brasileiro contemporâneo.

Como bem destaca a doutrina, “*a ‘divisão do trabalho’, no processo, entre juiz e partes constitui problema cujo tratamento, à evidência, pode e costuma variar no tempo e no espaço, sob a influência de numerosos fatores*”⁹⁷⁵. Do que já se viu a respeito do substrato jurídico-cultural do processo civil brasileiro contemporâneo, é possível notar que sua estrutura

⁹⁷⁰ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, *Curso de processo civil*, volume 1, p. 9.

⁹⁷¹ Hermes Zaneti Júnior, *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*, p. 229.

⁹⁷² Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Direito material, processo e tutela jurisdicional*, p. 299.

⁹⁷³ Hermes Zaneti Júnior, *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*, p. 230.

⁹⁷⁴ Hermes Zaneti Júnior, *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*, p. 230.

⁹⁷⁵ José Carlos Barbosa Moreira, *O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos*, p. 7.

é composta por elementos assaz diversos daqueles que caracterizam os modelos isonômico e assimétrico de processo, estudados na primeira parte do trabalho. Essa diferença é notada em definitivo ao examinar-se os pressupostos já antes descritos, que caracterizam esses dois modelos, e confrontá-los com a realidade de nosso processo atual. Natural, portanto, que sua organização se dê de modo diverso. Se o Estado Constitucional é um Estado não só assentado sobre o primado normativo da Constituição, mas é, sobretudo, apoiado por direitos fundamentais que intervêm ativamente no plano prático e funcional da estruturação e exercício de poderes⁹⁷⁶, a organização do processo, nesse ambiente, não pode senão atender às legítimas expectativas de oferecer um modelo capaz de possibilitar a incidência e fruição plena de todos os elementos próprios ao processo justo. O processo civil brasileiro contemporâneo bebe em fontes próprias, resultantes da afluência de diversas correntes: o seu método é o do formalismo-valorativo; a sua organização é de tipo cooperativa⁹⁷⁷.

Do ponto de vista social, o processo civil de corte cooperativo ou colaboracional não ignora a distinção entre sociedade, indivíduo e Estado, mas organiza essas relações de maneira bastante diversa em relação ao Estado Moderno⁹⁷⁸. O Estado Constitucional atual tem por base uma sociedade que *“pode ser considerada ela mesma um empreendimento de cooperação entre os seus membros em vista da obtenção de proveito mútuo (...), um verdadeiro ‘Estado Constitucional Cooperativo’”*⁹⁷⁹. Sob o influxo dessa matriz cultural, *“o juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na condução do processo e assimétrico no quando da decisão das questões processuais e materiais da causa. Desempenha duplo papel, pois ocupa dupla posição: paritário no diálogo, assimétrico na decisão”*⁹⁸⁰. Essa dupla posição do juiz tem em vista alcançar o equilíbrio de forças na organização do formalismo processual. De um lado, preserva-se a isonomia uma vez que, sem embargo de se alçar a uma posição ativa na condução do processo, o juiz dialoga abertamente com as partes, colhendo suas impressões a respeito dos caminhos a serem percorridos e do próprio ponto de chegada, possibilitando amplamente a sua participação e influência nas decisões⁹⁸¹. É evidente, aqui, a importância e o alcance do papel exercido pelo contraditório, que ultrapassa o simples momento inicial de contraposição à demanda para constituir um atributo inerente a todos os

⁹⁷⁶ Humberto Theodoro Júnior, *Juiz e partes dentro de um processo fundado no princípio da cooperação*, Revista Dialética de Direito Processual, nº 102, 2011, p. 62.

⁹⁷⁷ Por todos, Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, *passim*.

⁹⁷⁸ Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 79.

⁹⁷⁹ Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 80, com referência a Peter Häberle, *Estado constitucional cooperativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, *passim*.

⁹⁸⁰ Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 81.

⁹⁸¹ Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 8.2

momentos relevantes do processo⁹⁸². De outro, a assimetria faz-se necessariamente presente no momento da decisão⁹⁸³. Essa, embora guarde o dever de ser justa e, por consequência, de ser gerenciada em um ambiente democrático e participativo, é imposta pelo Estado-juíz em razão do poder e de sua natural imperatividade, próprios da atividade jurisdicional⁹⁸⁴. Não se perde a noção, assim, de que o juiz é um agente político do Estado, portador de seu poder⁹⁸⁵. Chega-se, dessa forma, a um “*ponto de equilíbrio*”: ao mesmo tempo em que se fortalecem os poderes das partes, garantindo a sua participação ativa e leal no processo de formação da decisão, garante-se a posição imperativa – mas não autoritária – ocupada pelo juiz, em consonância com a visão contemporânea do processo⁹⁸⁶.

Do ponto de vista da lógica que subjaz ao modelo cooperativo, tem-se, como visto, a retomada do sentido problemático do direito e o resgate da antiga dimensão retórica e dialética do processo⁹⁸⁷, após o atropelamento do caráter argumentativo do discurso jurídico sofrido com o advento do Estado Moderno e o definitivo estabelecimento de uma lógica apodítico-demonstrativa. A guinada em direção de novos rumos, em busca da reaproximação a uma forma de compreensão mais consentânea com a “*epistemologia das ciências culturais*”⁹⁸⁸, fez com que a metodologia do direito deixasse de ser uma operação de simples subsunção, como se de ciência exata se tratasse, para (voltar a) ser um exercício de identificação de casos individuais, de comparação de semelhanças e diferenças, aproximando-se (também) ao raciocínio analógico, além daquele meramente lógico-substantivo⁹⁸⁹. Nesse contexto, como assinala a doutrina, “*o emprego de lógicas mais adequadas à especificidade do fenômeno jurídico e o freqüente emprego de princípios, conceitos jurídicos indeterminados e juízos de equidade, em detrimento de uma visão puramente formalista na aplicação do direito, haveria obviamente de se refletir no processo*”⁹⁹⁰.

Tem-se, então, em função de um novo tipo de organização social e de uma nova maneira de conceber o fenômeno jurídico, uma diferente organização do formalismo

⁹⁸² Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *A garantia do contraditório*, p. 10.

⁹⁸³ Fredie Didier Júnior, *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 48.

⁹⁸⁴ Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 85/86. Fredie Didier Júnior, *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*, p. 49.

⁹⁸⁵ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *A garantia do contraditório*, p. 12.

⁹⁸⁶ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*, Revista da AJURIS, nº 90, 2003, p. 62.

⁹⁸⁷ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 190.

⁹⁸⁸ Ovídio Araújo Baptista, *Epistemologia das ciências culturais*, Porto Alegre: Verbo jurídico, 2009, *passim*.

⁹⁸⁹ “*Derecho es la correspondencia de ‘deber ser’ y ‘ser’; se dice que ‘ser’ y ‘deber ser’ en el derecho no son idénticos ni diferentes, son análogos*” (Arthur Kaufman, *Analogia y naturaleza de la cosa*, p. 58, *apud* Ovídio Araújo Baptista, *Epistemologia das ciências culturais*, p. 122).

⁹⁹⁰ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 191.

processual. Como resultado da superação história e cultural dos modelos de processo isonômico e assimétrico⁹⁹¹, a noção de cooperação representa a busca por um ponto de equilíbrio que legitime plenamente, no marco do Estado Constitucional, o exercício da função jurisdicional a partir de uma mais acabada e desenvolvida comunicação entre os atores do processo⁹⁹². É ilustrativo, a esse respeito, que o modelo colaboracional rejeite a colocação da jurisdição como polo metodológico⁹⁹³, preferindo, em seu lugar, a própria ideia de processo, “*concepção mais pluralista e consentânea à feição democrática ínsita ao Estado Constitucional*”⁹⁹⁴. A ideia de colaboração do juiz para com as partes é inafastável do propósito de impregnar a atividade jurisdicional de um cunho verdadeiramente democrático⁹⁹⁵. Recuperado o valor essencial do diálogo judicial na conformação do juízo, frutifica-se a cooperação do órgão judicial para com as partes. É esse o modelo mais adequado para um Estado que valorize a democracia participativa⁹⁹⁶. Por congregarem as propostas que melhor dialogam com o manancial teórico do processo justo e do formalismo-valorativo, a organização do processo civil no direito brasileiro contemporâneo há de pautar-se pelo modelo da colaboração. Quanto a isso, não pode haver dúvida e não é preciso que um dispositivo constitucional ou mesmo infraconstitucional o diga expressamente. É o próprio sistema do processo que a Constituição projetou para ser justo que exige o juiz cooperativo, comprometido com a ideia de assegurar às partes um processo justo⁹⁹⁷.

Além de ser um modelo paradigmático de estruturação do processo no Estado Constitucional, a colaboração também apresenta conteúdo normativo próprio⁹⁹⁸. Isso é particularmente visível quando se percebe que a colaboração atua no processo civil de modo objetivo, a partir de regras que ditam condutas a serem seguidas pelo juiz na condução do processo⁹⁹⁹. Esclarecimento, prevenção, diálogo e auxílio são os quatro deveres de que se trata quando se fala em colaboração no processo civil: “*O dever de esclarecimento constitui*

⁹⁹¹ *Colaboração no processo civil como prêta-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck*, Revista de Processo, nº 194, 2011, p. 58.

⁹⁹² Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 191/192.

⁹⁹³ A esse respeito, Eduardo Cambi, *Jurisdição no processo civil: compreensão crítica*, Curitiba: Juruá, 2003, p. 15 e ss.

⁹⁹⁴ Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil como prêta-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck*, p. 58.

⁹⁹⁵ Humberto Theodoro Júnior, *Juiz e partes dentro de um processo fundado no princípio da cooperação*, p. 64.

⁹⁹⁶ Fredie Didier Júnior, *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*, p. 48.

⁹⁹⁷ Humberto Theodoro Júnior, *Juiz e partes dentro de um processo fundado no princípio da cooperação*, p. 64.

⁹⁹⁸ Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil como prêta-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck*, p. 61. Fredie Didier Júnior, *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*, p. 50/51.

⁹⁹⁹ Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil como prêta-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck*, p. 63. Humberto Theodoro Júnior, *Juiz e partes dentro de um processo fundado no princípio da cooperação*, p. 65.

‘o dever de o tribunal se esclarecer junto das partes quando às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo’. O de prevenção, o dever de o órgão jurisdicional prevenir as partes do perigo do êxito de seus pedidos ‘ser frustrado pelo uso inadequado do processo’. O de consulta, o dever de o órgão judicial consultar as partes antes de decidir sobre qualquer questão, possibilitando antes que essas o influenciem a respeito do rumo a ser dado à causa. O dever de auxílio, ‘o dever de auxiliar as partes na superação de eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais”¹⁰⁰⁰.

Por meio desses deveres, atua a colaboração para a construção de um processo fundado na participação, que equilibra poderes e deveres do juiz com direitos e deveres das partes e, sobretudo, veda a decisão surpresa.

1.3. A necessidade de releitura da máxima *iura novit curia* diante do paradigma metodológico e do modelo de organização do processo civil brasileiro contemporâneo.

Dentro do contexto jurídico-cultural do formalismo valorativo e tendo em conta uma estrutura cooperativa de processo é que se há de (re)avaliar o modo de aplicação do direito pelo juiz no processo e, nessas circunstâncias, o funcionamento da máxima *iura novit curia*. Como bem afirma a doutrina, “*cumprе submeter a uma revisão crítica os brocardos Da mihi factum, dado tibi ius e Iura novit curia, próprios de um processo assimétrico, alimentado por uma lógica apodítico mecanicista acerca do que é o direito*”¹⁰⁰¹.

Em primeiro lugar, porque a rigorosa aplicação da máxima *iura novit curia* (conjugada com o aforismo *da mihi factum, dabo tibi ius*) pressupõe uma rigorosa separação entre a questão de fato e a questão de direito da causa, a demarcar precisamente o que pertence a uma e outra esfera¹⁰⁰². Essa divisão estrita – que chega a ser apontada geralmente como pressuposto fundamental de boa parte da organização estrutural do processo¹⁰⁰³ – é já de

¹⁰⁰⁰ Cf. Daniel Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil como prêta-a-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck*, p. 63, com referência à elaboração original de Miguel Teixeira de Sousa, *Estudos sobre o novo processo civil*, Lisboa: Lex, 1997. A esse respeito, José Carlos Barbosa Moreira, já algum tempo antes, cogitava de “*conferir ao juiz a faculdade (ou mesmo o dever) de prestar-lhes informações sobre os ônus que lhes incumbem, convidando-as, por exemplo, a esclarecer e a complementar suas declarações acerca dos fatos, ou chamando-lhes a atenção para a necessidade de comprovar alegações*” (*A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo*, in *Temas de direito processual*, 3ª série, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 52).

¹⁰⁰¹ Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 101.

¹⁰⁰² Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 101/102.

¹⁰⁰³ Cf. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, *Iura novit curia y aplicación judicial del derecho*, Valladolid: Lex Nova, 2000, p. 63/64.

algum tempo questionada pela doutrina e tida como impraticável, porque fundada em um “*indisfarçável artificialismo*”¹⁰⁰⁴. Com efeito, com a superação dos juízos meramente silogísticos e a retomada do método tópico-analógico, fica hermeneuticamente evidente a impossibilidade de ser proposta “*uma distinção monolítica entre a questão de fato e a questão de direito, como se fossem elementos heterogêneos, de tal modo que toda a questão pudesse ser ou ‘de fato’ ou ‘de direito’ e, mais do que isso, de tal modo que fosse sempre possível separá-las*”¹⁰⁰⁵. No litígio (e, de resto, na disciplina jurídica, em geral), fato e direito se interpenetram, de modo que, de um lado, se tem necessidade do fato na construção do direito (*ex facto oritur ius*) e, correlativamente, de outro lado, é indispensável estar atento à norma jurídica para determinar a relevância do fato¹⁰⁰⁶. Isso fica tão ou mais evidente diante do modelo legislativo contemporâneo, pleno de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados¹⁰⁰⁷, normas vagas cujo preenchimento e concreção demandam a atuação conjunta do fato e do direito¹⁰⁰⁸. A máxima *iura novit curia* – que está conectada diretamente com o princípio de vinculação do juiz à lei e à estrutura formal-silogística da norma jurídica e da decisão judicial¹⁰⁰⁹ – perde muito de sua lógica e significado a partir do momento em que se passa a compreender o direito não mais como algo totalmente pré-dado pela legislação, como propunha o positivismo-legalista do racionalismo, mas como um problema para cuja solução pode pesar o aporte argumentativo que as partes trazem para o processo¹⁰¹⁰. O fato não fala por si mesmo, ditando automaticamente as consequências jurídicas, permitindo ao juiz a desconsiderar o quanto debatido juridicamente pelas partes ao prolatar sentença, como indica a máxima *iura novit curia*¹⁰¹¹. O próprio processo passa a ter um peso maior na configuração da questão de direito, na configuração do direito material nele deduzido e na (re)criação da norma jurídica aplicável¹⁰¹², e isso não pode ser desconsiderado.

¹⁰⁰⁴ Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 102.

¹⁰⁰⁵ Danilo Knijnik, *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*, p. 78/79.

¹⁰⁰⁶ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *A garantia do contraditório*, p. 13.

¹⁰⁰⁷ A propósito das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, veja-se, por todos, Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado*, p. 273 e ss.

¹⁰⁰⁸ Danilo Knijnik, *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*, p. 79.

¹⁰⁰⁹ Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, *Iura novit curia y aplicación judicial del derecho*, Valladolid: Lex Nova, 2000, p. 67/68.

¹⁰¹⁰ Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 103., reconhecendo o “*abandono de uma lógica apodítica*” em prol de reconhecer-se o direito “*cada vez mais como juris prudentia e não somente como scientia juris*”.

¹⁰¹¹ Cf. Hermes Zaneti Júnior, *Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*, p. 81.

¹⁰¹² Danilo Knijnik, *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*, p. 79.

Naturalmente, então, quando se percebe que a separação entre fato e direito não é tão clara como um dia já se imaginou e suas inter-relações mostram-se assim tão complexas, a função que a máxima *iura novit curia* desempenha no processo deve ser reeditada. Como exemplo paradigmático, e adiantando brevemente o próximo tópico a ser trabalhado, se a *causa petendi* no processo civil é composta por fatos qualificados juridicamente, quando se afirma que o juiz vincula-se aos fatos alegados, mas pode alterar a sua qualificação jurídica – e, em qualquer caso, não pode modificar a *causa petendi* da demanda –, não se compreende muito bem até onde vão os pretensos poderes que lhe são atribuídos pela máxima *iura novit curia* e onde estão os seus limites¹⁰¹³. Os próprios fatos alegados pelas partes exercem evidente influência na seleção da norma jurídica aplicável, da mesma forma que a norma jurídica a ser aplicada é que indicará quais serão os fatos relevantes para o caso, de modo a ser complicado imaginar-se que a alteração do elemento de direito não terá maiores repercussões sobre a situação jurídica debatida em juízo.

Em segundo lugar, porque, como consequência do abandono da lógica apodítica, a que corresponde o processo caracterizado pela prevalência do juiz e pelo solilóquio judicial, percebe-se que a interpretação da *regula iuris* no mundo atual só pode nascer de uma compreensão integrada entre sujeito e norma, geralmente não unívoca e com forte carga de subjetividade¹⁰¹⁴. Nesse contexto, caminha-se em direção a um processo participativo, entendido, entendido como um colóquio de todos aqueles que nele tomam parte¹⁰¹⁵. À máxima *iura novit curia*, na contramão dessa tendência, subjaz a ideia de que “às partes pertence o domínio sobre os fatos (sobre as questões de fato), ao passo que ao órgão jurisdicional toca a senhoria a respeito do direito (isto é, daquilo que comumente os juristas chamam de questão de direito)”¹⁰¹⁶. Essa proposição fica ainda mais evidente ao se ter em conta que o significado mais evidente da máxima *iura novit curia* está em que o juiz conhece o direito, indicando ser “tão-somente sua a função de valorar juridicamente os fatos alegados pelas partes”¹⁰¹⁷. Acontece que exatamente em razão da atual visão sobre o fenômeno jurídico, apenas descrita, ostenta-se no mínimo inadequada a investigação solitária do direito pelo órgão judicial. Como bem refere a doutrina, “o monólogo apouca necessariamente a perspectiva do observador e em contrapartida o diálogo, recomendado pelo método dialético,

¹⁰¹³ Cf. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, *Iura novit curia y aplicación judicial del derecho*, Valladolid: Lex Nova, 2000, p. 87.

¹⁰¹⁴ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 192/193.

¹⁰¹⁵ Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 103

¹⁰¹⁶ Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 101.

¹⁰¹⁷ Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 101.

*amplia o quadro de análise, constrange à comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado*¹⁰¹⁸.

No ambiente do processo civil brasileiro contemporâneo, de viés cooperativo, todo o trabalho em juízo desenvolve-se em ampla colaboração do juiz com as partes, em várias frentes, tanto na investigação das alegações de fato quanto na valorização jurídica da causa¹⁰¹⁹. Pressupondo o direito ao contraditório como direito a participar do processo, a influir positivamente sobre o convencimento judicial, deve-se entender que no mínimo as partes têm o direito de se pronunciar sobre a valoração jurídica da causa previamente à decisão final, tendo o juiz o dever de submeter ao diálogo a sua visão jurídica das questões postas em juízo, com vista a evitar decisões que apanhem as partes de surpresa¹⁰²⁰. Verifica-se desde logo, então, nesse ponto, um incremento dos “*poderes das partes a respeito da valoração do material jurídico da causa*”¹⁰²¹, em decorrência da permanente comunicação entre juízos históricos e valorizações jurídicas capazes de serem empregados convenientemente na decisão¹⁰²². Essa faculdade concedida aos litigantes de pronunciar-se e intervir de forma prévia e ativa no processo impede que se imagine possa haver simples sujeição passiva dos litigantes à definição jurídica da causa efetuada pelo órgão judicial¹⁰²³.

Como fica claro, então, sob a ótica de um processo de corte cooperativo e informado pelo paradigma metodológico do formalismo-valorativo, não pode subsistir a conclusão de que, por força da máxima *iura novit curia*, o juiz detenha controle absoluto no exame da questão de direito da demanda. É certo que, nessa tarefa, o magistrado não está livre ao menos da influência ocasionada pela fundamentação jurídica esboçada pela partes a respeito da controvérsia, devendo com elas dialogar sobre a construção da solução jurídica para o caso posto a seu exame.

Cumprido, então, investigar dogmaticamente, à luz desse substrato jurídico-cultural – as ideias que serão expostas têm por base a premissa de que “*o direito processual civil contemporâneo deve ser compreendido a partir da resultante das relações entre o direito processual e a teoria do direito, o direito constitucional e o direito material*”¹⁰²⁴ – até que ponto a atuação das partes na propositura de um enquadramento jurídico para a alegação de

¹⁰¹⁸ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 193.

¹⁰¹⁹ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 192.

¹⁰²⁰ Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 102. Observa o autor que isso é resultado de “*evidente concretização da cooperação no processo pela mão do dever de consulta às partes que toca ao órgão jurisdicional inerente à construção de um processo civil pautado pela colaboração*” (p. 103).

¹⁰²¹ Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 100.

¹⁰²² Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 192.

¹⁰²³ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 193.

¹⁰²⁴ Fredie Didier Júnior, *Curso de direito processual civil*, volume I, p. 21.

fato realizada sirva apenas como um elemento de influência da decisão a ser proferida ou se, mais fortemente, essa fundamentação quanto à questão de direito balize e, eventualmente, vincule a atuação do juiz no manejo do material jurídico da demanda. É o que será feito a seguir.

2. O Objeto Litigioso no Processo Civil Brasileiro e no Sistema do Atual Código de Processo Civil.

Como visto na segunda parte do trabalho, em termos dogmáticos, a aplicação da máxima *iura novit curia* está diretamente relacionada à problemática da demanda e de seu conteúdo. Com efeito, ao expressar a noção de que “*el juez es libre para decidir la norma jurídica que, a su juicio, proporciona la solución al litigio planteado, sin que las partes del proceso posean capacidad alguna para incidir en esa decisión, debido a que el juez conoce el Derecho*”¹⁰²⁵, a nossa máxima pode interferir, potencial e diretamente, em um dos possíveis elementos da demanda, qual seja, o seu fundamento jurídico, o que pode ter repercussões mais ou menos relevantes para o objeto litigioso, conforme se configure a estruturação da demanda e de seu conteúdo em um dado ordenamento jurídico.

Assentado, no direito brasileiro, por emanção do princípio da demanda, que “*o processo civil começa por iniciativa da parte*” (art. 262, CPC), que “*nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer*” (art. 2º, CPC) e que, por consequência, “*o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte*” (art. 128, CPC), fica claro que é precipuamente na demanda do autor – isto é, em sua petição inicial – que há de se buscar os elementos que determinarão o conteúdo e os limites da discussão de fundo travada no processo, o chamado objeto litigioso ou, o que é o mesmo, mérito da causa¹⁰²⁶. O advérbio de modo “*precipuamente*” foi utilizado propositadamente no

¹⁰²⁵ Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, *Iura novit curia y aplicación judicial del derecho*, p. 24.

¹⁰²⁶ Cf. Cândido Rangel Dinamarco (*O conceito de mérito em processo civil*, p. 24), “*confrontando-se a linguagem tradicional, que fala no mérito da causa, com a dos processualistas que investigam acerca do objeto do processo, ver-se-á que o problema é um só e a busca do objeto do processo outra coisa não é, senão a busca do conceito do mérito*”. Do mesmo modo, Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, volume II, p. 187. Assim, também, entre outros, José Manoel Arruda Alvim (*Código de Processo Civil*

lugar de “exclusivamente”, expressão que alguém poderia imaginar como mais apropriada. A justificativa para tanto tem raiz no conceito de objeto litigioso ou de mérito de que se vale o nosso atual Código de Processo Civil e na estruturação que se lhe é dada¹⁰²⁷. A discussão a respeito dessa temática serve como mote e porta de entrada para enfrentamento do problema dogmático principal que cerca a questão de que nos ocupamos no presente trabalho.

Como já mencionado antes, disse Alfredo Buzaid, na Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973 que “o Anteprojeto só usa a palavra ‘lide’ para designar o mérito da causa”; que “lide é, consoante a lição de Carnelutti, o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro”; que “o julgamento dêsse conflito de pretensões, mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a à outra, constitui uma sentença definitiva de mérito”; e que “a lide é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes”¹⁰²⁸. Por essa explicação, e mesmo pela análise de diversos dispositivos do Código, pode-se dizer que, salvo raras e isoladas exceções, “lide” e “mérito” são expressões utilizadas como sinônimas pelo legislador de 1973¹⁰²⁹. Isso quer dizer que o mérito, no sistema do Código Buzaid, há de ser entendido a partir da teoria carneluttiana da lide?¹⁰³⁰ A resposta a essa indagação, parece-nos, há de ser necessariamente negativa.

Com efeito, em que pese à explicação prévia do autor de nosso atual Código de Processo Civil¹⁰³¹, o conceito de lide, tal como proposto por Carnelutti, não pode nem de

comentado, São Paulo: Revista dos Tribunais, volume I, 1975, p. 387), Sydney Sanches (*Objeto do processo e objeto litigioso do processo*, p. 155), Milton Paulo de Carvalho (*Do pedido no processo civil*, p. 52) e Fábio Peixinho Gomes (*O objeto litigioso no processo civil brasileiro*, p. 29).

¹⁰²⁷ Como destaca Ovídio Araújo Baptista da Silva (*Conteúdo da sentença e mérito da causa*, in *Sentença e coisa julgada*, 4ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 231), o conceito de mérito é “uma categoria fundamental, tanto do ponto de vista teórico, quanto no nível da experiência dogmática”: “na verdade, o conceito de mérito, mais do que uma categoria simplesmente operativa, representa talvez o núcleo teórico de que a ciência do Direito Processual Civil partiu, para constituir-se como disciplina jurídica autônoma”. Esse último ponto é igualmente assinalado por Alfredo Buzaid, *Do agravo de petição do sistema do Código de Processo Civil*, p.82/83.

¹⁰²⁸ Exposição de Motivos ao Anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973, item 14.

¹⁰²⁹ É o que afiança Cândido Rangel Dinamarco, *O conceito de mérito em processo civil*, p. 20/21. Como aponta o autor, o exemplo de utilização da palavra “lide” querendo significar o “mérito” pode ser encontrado nos artigos 5º, 22, 47, 110, 126, 132, 325, 462, 468, 470 e 798. Com significação diversa de “mérito”, o vocábulo “lide” é utilizado nos artigos 70 a 76, 1.179 e 1.182, §1º.

¹⁰³⁰ A esse respeito, questiona argutamente Ovídio Araújo Baptista da Silva (*Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro*, p. 104): “O conceito carneluttiano de lide é o centro do sistema de nosso direito positivo e, como tal, deve ser preservado, de modo que em torno de si gravitem todos os demais conceitos e através dele se solucionem todos os demais problemas; ou o próprio conceito de lide está subjugado e há de conformar-se com as outras proposições aceitas pelo legislador?”

¹⁰³¹ As palavras da Exposição de Motivos, como explica Cândido Rangel Dinamarco (*O conceito de mérito em processo civil*, p. 31/32), foram extraídas por Alfredo Buzaid de escrito doutrinário anterior do autor do anteprojeto (*Do agravo de petição do sistema do Código de Processo Civil*, p. 103/104).

longe servir para a identificação do mérito da causa em nosso sistema processual civil. Aliás, como assinala a doutrina, “*a identificação entre mérito e lide (...), apesar de sua inspiração carneluttiana, salvo engano jamais foi feita assim, em termos tão claros e radicais, pelo próprio Carnelutti*”¹⁰³². Laborando sobre o Código de Processo Civil de 1939, Alfredo Buzaid definia o mérito da causa como o objeto do processo: “*o autor, tomando uma realidade social submete-a através da ação à apreciação do juiz, para que a conheça e decida; e este que, sem a atividade provocadora do autor, permanece inerte, passa então a examinar, como tema da sentença, aquela realidade social, mas tão-só dentro dos limites da proposta feita pelo autor. É este o objeto do processo, o mérito*”¹⁰³³. Pela passagem transcrita, pode-se ver que, ao mencionar que o “*o conceito de lide se presta de modo fecundo a caracterizar o mérito da causa*”¹⁰³⁴ e que “*o mérito é a lide*”¹⁰³⁵, o emérito professor paulista, em realidade, tem em mente muito mais o conceito de lide tal como lapidado a partir da crítica acertada de Calamandrei¹⁰³⁶, depois seguida por Liebman¹⁰³⁷⁻¹⁰³⁸, do que propriamente o conceito bruto extraído do sistema de Carnelutti. Relembre-se, brevemente, que Calamandrei explicava ser o conceito de lide proposto por Carnelutti imprestável para delimitar a cognição de mérito do juiz, na medida em que a lide, além de existir antes e fora do processo, formava-se mesmo à sua revelia, sendo nesse sentido um conceito muito mais sociológico do que jurídico¹⁰³⁹.

Liebman, nessa mesma linha, nega que a definição de lide proposta por Carnelutti possa servir para expressar o mérito da causa. Segundo afirma, semelhante definição “*pode ser aceita (...) só com alguns importantes reparos*”¹⁰⁴⁰. Seguindo a trilha de Calamandrei e afirmando que “*as partes são soberanas na decisão de submeter ou não ao julgamento da autoridade judiciária o conflito de interesses que surgiu entre elas, e assim também podem submeter-lhe só uma parte desse conflito*”¹⁰⁴¹, caso em que “*constitui objeto do processo só aquela parte do conflito de interesses, a respeito da qual pediram as partes uma decisão*”¹⁰⁴², Liebman afirma que “*o elemento que delimita em concreto o mérito da causa não é (...) o conflito existente entre as partes fora do processo e sim o pedido feito ao juiz em relação*

¹⁰³² Cândido Rangel Dinamarco, *O conceito de mérito em processo civil*, p. 32.

¹⁰³³ Alfredo Buzaid, *Do agravo de petição do sistema do Código de Processo Civil*, p. 101.

¹⁰³⁴ Alfredo Buzaid, *Do agravo de petição do sistema do Código de Processo Civil*, p. 103.

¹⁰³⁵ Alfredo Buzaid, *Do agravo de petição do sistema do Código de Processo Civil*, p. 104.

¹⁰³⁶ Piero Calamandrei, *Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti*, p. 220 e ss.

¹⁰³⁷ Enrico Tullio Liebman, *O despacho saneador e o julgamento de mérito*, p. 114 e ss., em especial p. 117/118.

¹⁰³⁸ Cf. Araken de Assis, *Cumulação de ações*, p. 121.

¹⁰³⁹ Piero Calamandrei, *Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti*, p. 220 e ss.

¹⁰⁴⁰ Enrico Tullio Liebman, *O despacho saneador e o julgamento de mérito*, p. 114.

¹⁰⁴¹ Enrico Tullio Liebman, *O despacho saneador e o julgamento de mérito*, p. 114.

¹⁰⁴² Enrico Tullio Liebman, *O despacho saneador e o julgamento de mérito*, p. 114.

àquele conflito”¹⁰⁴³, de modo que “o conflito de interesses não entra para o processo tal como se manifestou na vida real, mas só indiretamente, na feição e configuração que lhe o autor em seu pedido”¹⁰⁴⁴. Para Liebman, assim, o elemento da demanda que desempenha papel decisivo na determinação do objeto do processo é o pedido¹⁰⁴⁵, razão pela qual o processualista italiano afirma categoricamente que “o pedido do autor é o objeto do processo”¹⁰⁴⁶. Esse pedido, que conforma o objeto do processo, normalmente é objetado pelo réu em contestação, de modo que, segundo Liebman, “naturalmente a improcedência do pedido do autor equivale à procedência da contestação do réu, que pediu a rejeição da ação proposta”¹⁰⁴⁷. Sendo assim, “pedido e contestação representam dois pedidos em conflito e a função do juiz consiste, justamente, em julgar qual dos dois é conforme ao direito”. Nesse contexto, portanto, arremata Liebman asseverando que a “lide é (...) o conflito efetivo ou virtual de pedidos contraditórios, sobre o qual o juiz é convidado a decidir. Assim modificado, o conceito de lide torna-se perfeitamente aplicável na teoria do processo e exprime satisfatoriamente o que se costuma chamar de mérito da causa”¹⁰⁴⁸. A lide que Liebman aceita como objeto do processo ou mérito da causa¹⁰⁴⁹ – e a que se refere Buzaid –, portanto, é bastante diferente daquela modelada por Carnelutti¹⁰⁵⁰.

O que dito até aqui é provavelmente suficiente para que se rejeite a ideia de que o mérito da causa (ou objeto litigioso) no processo civil brasileiro possa ser definido a partir do conceito carneluttiano de lide¹⁰⁵¹. Isso não esgota, porém, obviamente, o debate em torno da questão. Pela notória e natural influência dos ensinamentos de Liebman sobre a literatura processual civil brasileira – chega-se mesmo a dizer que seu pensamento “é em verdade a matriz teórica que alimenta a nossa doutrina”¹⁰⁵² –, as bases teóricas do conceito de mérito

¹⁰⁴³ Enrico Tullio Liebman, *O despacho saneador e o julgamento de mérito*, p. 114.

¹⁰⁴⁴ Enrico Tullio Liebman, *O despacho saneador e o julgamento de mérito*, p. 117.

¹⁰⁴⁵ Cf. anota Cândido Rangel Dinamarco (*O conceito de mérito em processo civil*, p. 39/40), “na idéia de Liebman, o objeto do processo é, substancialmente, representado pelo petitum e a causa de pedir tem, quanto a ele, apenas a função de identificá-lo”.

¹⁰⁴⁶ Enrico Tullio Liebman, *O despacho saneador e o julgamento de mérito*, p. 118.

¹⁰⁴⁷ Enrico Tullio Liebman, *O despacho saneador e o julgamento de mérito*, p. 120.

¹⁰⁴⁸ Enrico Tullio Liebman, *O despacho saneador e o julgamento de mérito*, p. 122.

¹⁰⁴⁹ Em outra sede, o autor afirma: “lide é o ‘fundo da questão’ (...) o que equivale dizer: o mérito da causa” (Enrico Tullio Liebman, *Recurso da decisão que declara prescrita a ação*, in *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, São Paulo: José Buschatsky, 1976, p. 196).

¹⁰⁵⁰ Cândido Rangel Dinamarco, *O conceito de mérito em processo civil*, p. 32.

¹⁰⁵¹ Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de direito processual civil*, volume II, p. 188/189) afirma que alçar a lide à condição de objeto do processo é inadequado, a uma, “porque nem sempre existe um conflito de interesses entre as partes” e, a duas, “porque nem sempre toda a lide existente na vida das pessoas é trazia a juízo”.

¹⁰⁵² Ovídio Araújo Baptista da Silva, *Conteúdo da sentença e mérito da causa*, p. 233. Adroaldo Furtado Fabrício (“*Extinção do processo*” e mérito da causa, in *Ensaio de direito processual*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 366) fala na “poderosa, inocultável e inocultada influência das idéias de Liebman”.

assim cunhado pelo processualista italiano, identificado pelo pedido, haveriam de repercutir sobre a compreensão da doutrina que lhe seguiu. Nossa investigação, então, apenas se desloca para que se examine a propriedade da definição proposta. Interessa-nos aqui analisar menos se o conceito de mérito há de pressupor ou não a lide, no sentido de um conflito entre proposições¹⁰⁵³, e mais a escolha dos elementos que o compõem e o delimitam – para Liebman, exclusivamente o pedido do autor.

Cândido Rangel Dinamarco, em clássico e muito bem articulado ensaio sobre o tema, após afirmar que “*é a demanda que define o objeto do processo, ou ‘objeto litigioso do processo’, em torno do qual será exercida a jurisdição em cada caso concreto, ao juiz não sendo lícito desconsiderá-lo, ampliá-lo por iniciativa própria ou pronunciar-se acerca de outro objeto*”¹⁰⁵⁴, e de afirmar que “*o objeto do processo é (...) o mérito da causa (meritum causae)*”¹⁰⁵⁵, rejeita que esse seja confundido com as questões de mérito¹⁰⁵⁶ ou que seja identificado com a demanda¹⁰⁵⁷, com a relação ou situação jurídica discutidas¹⁰⁵⁸ ou mesmo com a lide¹⁰⁵⁹. Recuperando as raízes do vocábulo mérito (*meritum*) – e assinalando, nesse sentido, que etimologicamente o mérito é “*a exigência que, através da demanda, uma pessoa apresenta ao juiz para seu exame*”¹⁰⁶⁰ –, Dinamarco afirma, com invocação da lição de Carnelutti, que “*a pretensão que a pessoa vem expor ao juiz, sendo uma exigência, por isso mesmo vem ao encontro do conceito de mérito*”¹⁰⁶¹. Dessa, e “*falhando todas as demais tentativas de determinação do conceito de mérito (relação litigiosa, lide)*”¹⁰⁶², para o autor fica a certeza de que a pretensão, excluídas as questões, é que consubstancia o mérito da

¹⁰⁵³ Anota Cândido Rangel Dinamarco (*O conceito de mérito em processo civil*, p. 33), a esse respeito, o seguinte: “*De minha parte, cada vez mais me convenço da inadequação da colocação da lide como pólo metodológico, na teoria do processo. Nem creio que esse brilhante raciocínio de Liebman haja logrado salvar a idéia de ser a lide o objeto do processo, o meritum causae. A meu ver, não está satisfatoriamente explicada a hipótese de revelia ou de reconhecimento do pedido (CPC, arts. 319 e 269, II), em que não há contraposição de pedido e se fica com a impressão de que o processo não teria objeto nesse caso; o mesmo, antes do momento para a contestação do réu e, também, no processo executivo, em que não se contrapõem demandas. Como conceito sociológico, a lide presta-se com muita utilidade para justificar didaticamente a necessidade do processo e do exercício de jurisdição, quando se trata de matéria disponível (especialmente, direito das obrigações), sendo possível a satisfação da pretensão pela pessoa a quem dirigida e, portanto, sendo relevante a sua resistência. Fora disso, o conceito se mostra inadequado e, mesmo com as adaptações que vão sendo tentadas, não serve para figurar assim ao centro da ciência do processo*”.

¹⁰⁵⁴ Cândido Rangel Dinamarco, *O conceito de mérito em processo civil*, p. 23.

¹⁰⁵⁵ Cândido Rangel Dinamarco, *O conceito de mérito em processo civil*, p. 24.

¹⁰⁵⁶ Cândido Rangel Dinamarco, *O conceito de mérito em processo civil*, p. 25/28.

¹⁰⁵⁷ Cândido Rangel Dinamarco, *O conceito de mérito em processo civil*, p. 28/29.

¹⁰⁵⁸ Cândido Rangel Dinamarco, *O conceito de mérito em processo civil*, p. 29/31.

¹⁰⁵⁹ Cândido Rangel Dinamarco, *O conceito de mérito em processo civil*, p. 31/33.

¹⁰⁶⁰ Cândido Rangel Dinamarco, *O conceito de mérito em processo civil*, p. 33.

¹⁰⁶¹ Cândido Rangel Dinamarco, *O conceito de mérito em processo civil*, p. 34.

¹⁰⁶² Cândido Rangel Dinamarco, *O conceito de mérito em processo civil*, p. 34.

causa¹⁰⁶³. No ensaio referido, Dinamarco propositadamente não evidencia no que consista exatamente a pretensão de que trata ao se referir ao mérito – se é ela representada apenas pelo pedido ou se, para esse efeito, também deve ser incluída a *causa petendi*¹⁰⁶⁴.

Posteriormente, contudo, o insigne processualista precisa essa definição. Para sua doutrina, a pretensão que constitui o mérito da causa “*preexiste ao processo e consiste na aspiração a obter um dado bem material ou imaterial*”¹⁰⁶⁵; “*não é uma situação jurídica mas um fato que ocorre na vida das pessoas; não é um direito, mas uma exigência*”¹⁰⁶⁶. A pretensão a que alude Dinamarco e que, em seu pensamento, conforma o objeto do processo, “*é aquela que vem da vida comum das pessoas. A pretensão ao provimento jurisdicional tem por titular passivo o Estado-juiz e está, em relação a ela, como os meios estão em relação ao fim*”¹⁰⁶⁷. O mérito do processo de conhecimento, nessas condições, “*é a pretensão trazida com pedido de julgamento que a reconheça e, portanto a acolha*”¹⁰⁶⁸. A partir dessa conceituação e dizendo ter em vista um “*processo civil de resultados*”¹⁰⁶⁹, Dinamarco afirma: “*o objeto do processo consiste exclusivamente no pedido formulado pelo demandante. É ali que reside a pretensão cujo reconhecimento e satisfação o demandante quer. A utilidade do processo reside precisamente nisso, na capacidade de absorver pedidos e dar-lhes afinal a solução prática conveniente segundo o direito. Prover o pedido é dar a tutela jurisdicional ao autor; desprovê-lo, ao réu. Os fundamentos de fato e de direito que o demandante inclui na demanda têm o objetivo de construir o raciocínio lógico-jurídico que, segundo ele, 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*”¹⁰⁷⁰. O objeto litigioso ou mérito da causa, portanto, para Dinamarco, é delimitado segundo a vontade do demandante expressa no pedido: “*o juiz proverá, julgando ou executando, nos limites precisos do pedido, ou seja, do objeto do processo (arts. 128 e 460)*”¹⁰⁷¹.

O arranjo do professor das arcadas, que segue o pensamento de Liebman no sentido de que o mérito da causa é identificado pelo pedido formulado pelo autor, é representativa, em grandes linhas, com menor ou maior variação, da posição da maior parte da doutrina processual civil brasileira, para a qual o objeto litigioso é identificado exclusivamente pelo

¹⁰⁶³ Cândido Rangel Dinamarco, *O conceito de mérito em processo civil*, p. 34 e 45.

¹⁰⁶⁴ Cândido Rangel Dinamarco, *O conceito de mérito em processo civil*, p. 34 e 45.

¹⁰⁶⁵ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, volume II, p. 185.

¹⁰⁶⁶ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, volume II, p. 185/186.

¹⁰⁶⁷ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, volume II, p. 186.

¹⁰⁶⁸ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, volume II, p. 187.

¹⁰⁶⁹ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, volume II, p. 189.

¹⁰⁷⁰ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, volume II, p. 189/190.

¹⁰⁷¹ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, volume II, p. 193.

pedido¹⁰⁷². Representativamente, além de Liebman (obviamente, quando o autor examina o processo civil brasileiro) e Buzaid, como já visto, é essa a posição defendida nas doutrinas de José Frederico Marques¹⁰⁷³, Moacyr Amaral Santos¹⁰⁷⁴, José Manoel de Arruda Alvim Netto¹⁰⁷⁵, Sydney Sanches¹⁰⁷⁶, José Carlos Barbosa Moreira¹⁰⁷⁷, Ovídio Araújo Baptista da Silva¹⁰⁷⁸, Milton Paulo de Carvalho¹⁰⁷⁹, entre tantos outros processualistas de prestígio¹⁰⁸⁰.

É a premissa de que o mérito da causa é delimitado exclusivamente pelo pedido o que permite a esses autores concluir que a demanda inicial é que coloca estrita e inteiramente o objeto litigioso, sendo irrelevante, para a fixação de seus limites objetivos, a postura defensiva do réu – quer ele se defenda por simples contestação, quer oponha as chamadas defesas indiretas ou exceções substanciais¹⁰⁸¹. A razão para isso é clara: nenhum desses comportamentos do demandado terá condições de aumentar, excluir ou modificar os pedidos formulados pelo autor. O réu não pede, mas somente impede ou oferece resistência¹⁰⁸². Apenas haverá acréscimo de pedido no caso de reconvenção – e não por acaso, nessa situação, admite essa mesma doutrina, como não poderia deixar de ser, a ampliação do mérito da causa¹⁰⁸³.

Todavia, ao firmar essa posição, os autores dessa corrente – que estariam, tal como esteve Schwab, sujeitos a críticas de toda ordem pela demasiada amplitude e abertura do conceito, o qual se revelaria, nesses moldes, imprestável tanto na dinâmica da dogmática quanto na prática processual –, veem-se de imediato obrigados a emendar suas construções. É o caso de Dinamarco: *“isoladamente, o objeto do processo não é suficiente para traçar os limites do provimento jurisdicional a proferir. A regra de correlação entre o provimento e a demanda exige que também sejam respeitados os limites da causa de pedir e da composição*

¹⁰⁷² Cf. informa Fredie Didier Júnior, *Curso de direito processual civil*, volume 1, p. 308.

¹⁰⁷³ José Frederico Marques, *Manual de direito processual civil*, São Paulo: Saraiva, 1974, p. 114/115.

¹⁰⁷⁴ Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, 3º volume, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 1985, p. 64.

¹⁰⁷⁵ José Manoel Arruda de Alvim Netto, *Dogmática jurídica e o novo Código de Processo Civil*, Revista de Processo, nº 1, 1976, p. 111.

¹⁰⁷⁶ Sydney Sanches, *Objeto do processo e objeto litigioso do processo*, p. 153.

¹⁰⁷⁷ José Carlos Barbosa Moreira, *O novo processo civil brasileiro*, p. 10.

¹⁰⁷⁸ Ovídio Araújo Baptista da Silva, *Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro*, p. 134.

¹⁰⁷⁹ Milton Paulo de Carvalho, *Do pedido no processo civil*, p. 97.

¹⁰⁸⁰ Araken de Assis (*Cumulação de ações*, p. 115/116, nota 58) afirma que *“é largamente aceita a teoria de Schwab no Brasil”* e que isso se deve *“sem dúvida, à posição de Liebman, no clássico e já citado estudo ‘O despacho saneador...’, em que afirma, em negrito, que o pedido do autor é o objeto do processo”*.

¹⁰⁸¹ Nesse sentido, representativamente, Ovídio Araújo Baptista da Silva (*Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro*, p. 122) e Cândido Rangel Dinamarco (*O conceito de mérito em processo civil*, p. 34/35; *Instituições de direito processual civil*, volume II, p. 195).

¹⁰⁸² Ricardo de Barro Leonel, *Objeto litigioso e duplo grau de jurisdição*, in *Causa de pedir e pedido no processo civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 364.

¹⁰⁸³ Ovídio Araújo Baptista da Silva (*Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro*, p. 122) e Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de direito processual civil*, volume II, p. 195).

subjetiva desta (...)”¹⁰⁸⁴. Mesmo assim, o autor insiste: “*essa observação, contudo, não leva a incluir a causa de pedir ou os sujeitos no conceito ou no âmbito do objeto do processo. Uma coisa é definir os lindes da sentença a proferir (art. 128), que incluem os fundamentos suscetíveis de integrar a motivação da sentença; outra, saber qual a matéria que está sendo julgada, ou seja, qual a pretensão*”¹⁰⁸⁵. Nessa mesma senda, Ovídio Baptista, invocando Schwab, afirma: “*para a doutrina de Schwab, que nos parece na essência correta e conforme à nossa lei – ao contrário do que seguidamente imaginam seus opositores – não é o pedido só que importa, mas o pedido convenientemente interpretado. E para interpretá-lo, diz o processualista de Nüremberg, deve recorrer-se aos fatos, ou ao que ele denomina ‘estado de coisas’, que abrange fatos e relações jurídicas deduzidas ou deduzíveis*”¹⁰⁸⁶. Ainda, Milton Paulo de Carvalho, que afirma que “*o pedido tem um fundamento, que é a causa de pedir*”¹⁰⁸⁷ e mais adiante completa dizendo que “*na identificação do pedido utilizam-se os seus elementos e o seu fundamento*”¹⁰⁸⁸. Destaca-se, dessa forma, a importância da causa de pedir, dos fundamentos da demanda, para a correta compreensão do objeto litigioso¹⁰⁸⁹. Nenhum desses autores brasileiros nega que a causa de pedir desempenhe papel decisivo na identificação dos limites objetivos da controvérsia, mas relutam em aceitar que a *causa petendi* possa integrar o objeto litigioso.

Já tivemos a ocasião de examinar a doutrina de Schwab, discutir os seus pontos falhos (notadamente, a sua incoerência e seu excessivo distanciamento do direito material na determinação do conteúdo do objeto litigioso) e sua injustificada resistência em aceitar que os fundamentos integrem e conformem o *objeto litigioso* – muito embora os reconheça importantes para a delimitação da coisa julgada e assumam que o próprio conceito de objeto litigioso diz respeito à demarcação precisa dos limites do litígio mantido entre as partes em um determinado processo¹⁰⁹⁰. Ora, se o objeto litigioso tem essa função, e se os autores que defendem a prevalência exclusiva do pedido igualmente reconhecem a importância fulcral dos fundamentos da demanda para assinalar as fronteiras da discussão e da futura decisão, qual a razão para a exclusão da *causa petendi* do núcleo do conceito de mérito da causa? Mais: se não compõem o núcleo do instituto, de que maneira e porque razão os fundamentos conformam o objeto litigioso? Justificar que isso decorre do princípio da adstrição, como se a

¹⁰⁸⁴ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, volume II, p.193.

¹⁰⁸⁵ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, volume II, p. 193/194.

¹⁰⁸⁶ Ovídio Araújo Baptista da Silva, *Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro*, p. 134.

¹⁰⁸⁷ Milton Paulo de Carvalho, *Do pedido no processo civil*, p. 97.

¹⁰⁸⁸ Milton Paulo de Carvalho, *Do pedido no processo civil*, p. 98.

¹⁰⁸⁹ Junior Alexandre Moreira Pinto, *A causa petendi e o contraditório*, p. 32.

¹⁰⁹⁰ Karl Heinz Schwab, *El objeto litigioso en el proceso civil*, p. 4.

congruência não operasse em função justamente do objeto litigioso, não nos parece seja explicação coerente e convincente. Haveria, então, outro instituto implicado? Não encontramos na doutrina desses autores resposta consistente para esses questionamentos. A crítica que, naquele momento, fizemos à doutrina de Schwab, portanto, parece-nos aqui aplicável, em linhas gerais, à construção desses grandes processualistas brasileiros.

Na demanda, a *causa petendi* é elemento indissociável do pedido; o correto entendimento desse último é impraticável sem a concorrência da primeira, de modo que o pedido, por si só, é insuficiente para determinar o mérito da causa¹⁰⁹¹. Se, nesse contexto, a aceitação conceitual da tese de que o pedido constitui o objeto litigioso já se mostra bastante criticável do ponto de vista meramente conceitual – todo o vivo debate que o tema provocou na doutrina alemã foi decisivo para mostrar que não mais se discute o fato de que o mérito da causa vai delimitado pela causa de pedir e pelo pedido –, tanto mais o é na ótica da disciplina legal do vigente Código de Processo Civil. Como evidencia o disposto no artigo 301, §2, do diploma apenas citado, o nosso ordenamento processual busca resolver a questão atinente à demanda e seu conteúdo alçando mão da teoria dos *tria eadem* do direito romano clássico, acolhida e impulsionada por Chiovenda. Importam, assim, na identificação da demanda em seu aspecto objetivo – e, por consequência, na identificação do mérito da causa¹⁰⁹² – a *causa petendi* e o pedido, conjuntamente. Por aí se articula, por exemplo, a identificação de identidade (art. 301, §2º, CPC) ou semelhança (arts. 103 e 104, CPC) de causas, a modificação da demanda (art. 264, CPC) e a abrangência objetiva da coisa julgada (arts. 468 e 474, CPC). Para o direito brasileiro, é certo, a definição de mérito da causa não prescinde da noção de causa de pedir¹⁰⁹³.

De que modo se estruture a demanda e a causa de pedir no direito brasileiro é assunto para o tópico seguinte. Nesse, cabe ainda uma última observação sobre o mérito da causa e sua conformação. Quando, ao começo desse tópico, se disse que é “precipualemente”, e não “exclusivamente”, pela demanda do autor que se fixa o mérito da causa, tinha-se por base

¹⁰⁹¹ Junior Alexandre Moreira Pinto, *A causa petendi e o contraditório*, p. 33/34.

¹⁰⁹² Aqui, mostra-se a nosso ver acertada a crítica de Cândido Rangel Dinamarco (*O conceito de mérito em processo civil*, p. 20) no sentido de que não é a demanda, propriamente dita, o mérito da causa. A demanda é, antes, veículo para a definição do mérito.

¹⁰⁹³ Cf. Araken de Assis, *Cumulação de ações*, p. 116. Da mesma forma, José Ignacio Botelho de Mesquita, *A “causa petendi” nas ações reivindicatórias*, p.167/168, para quem “no atual estágio da concepção da ação como direito autônomo, não pode padecer dúvida alguma que a matéria a ser identificada seja objeto do processo constituído pela causa petendi e pelo petitum desde o momento em que são introduzidos em juízo por via da petição inicial. E daí decorre outra afirmação que não se pode perder de vista; causa petendi e petitum, intimamente ligados, qual verso e reverso da mesma medalha, ou alicerces e paredes do mesmo edifício, são por excelência os elementos identificadores do objeto do processo, pois o petitum é condição da existência da causa petendi e esta, por sua vez, não se limita a qualificá-lo ou restringi-lo, mas o individua plenamente”.

justamente a noção de que o objeto litigioso é conformado não apenas pelo pedido, mas também pela *causa petendi* – classicamente entendida como os fatos jurídicos constitutivos do pedido formulado. A noção, antes vista, do pedido como elemento exclusivo de identificação do mérito da causa não permitia que se oferecesse ao réu qualquer possibilidade de interferir na conformação do objeto litigioso – o réu não formula pedido, salvo em caso de haver demandas subsidiárias (reconvenção, denúncia da lide, chamamento ao processo, ação declaratória incidental)¹⁰⁹⁴. Tendo por superado esse entendimento, e assentado que o mérito da causa é definido tanto pela *causa petendi* quanto pelo pedido, modifica-se a compreensão. Se ao demandante cumpre expor as suas alegações fáticas e fundamentá-las juridicamente, formulando o pedido, ao réu abre-se a possibilidade de engendrar defesa direta de mérito – baseada na negativa dos fatos constitutivos ou de suas consequências jurídicas –, com o que, a princípio, não ampliará o objeto litigioso; e/ou oferecer defesa indireta de mérito – lastreada na invocação de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do demandante, incluída aí a exceção substancial –, o que inevitavelmente levará à ampliação do mérito da causa¹⁰⁹⁵.

¹⁰⁹⁴ Ricardo de Barros Leonel, *Objeto litigioso e duplo grau de jurisdição*, p. 365.

¹⁰⁹⁵ Cf. Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 121/122. Nesse sentido, também, Araken de Assis, *Cumulação de ações*, p. 121. Interessante, aqui, destacar a posição de Heitor Vitor Mendonça Sica (*O direito de defesa no processo civil brasileiro*, São Paulo: Atlas, 2011, p. 87/88). Em entendimento que nos parece a princípio correto, assevera o processualista paulista que “quando o réu apresenta resposta à demanda do autor, atacando-a quanto ao mérito, suscitando razões fáticas ou jurídicas, novas ou não, formula um pedido de tutela jurisdicional, baseada numa afirmação de um direito seu, a qual seria plenamente suficiente para embasar uma demanda autônoma. Não vemos razão para negar que haja aí uma verdadeira pretensão processual, antitética à do autor” (p. 252). E continua, rejeitando a ideia de que o réu tão somente resista à demanda intentada pelo autor: “Isso ocorre mesmo que o réu parta da mesma base fática da demanda inicial e discorde, por exemplo, da interpretação de determinada norma que apoia a pretensão do autor (...). (...) superadas as concepções carneluttianas e sopesadas a devida distinção entre pretensão material e processual, tem-se que essa última pode perfeitamente ter cunho declaratório ou constitutivo, e ser negativa, de tal modo que o réu tem igual possibilidade e direito de subordinar o autor ao seu próprio interesse, mediante provimento jurisdicional que reconheça, pelo menos, que inexistente o direito afirmado pela demanda inicial. Atacando quanto ao mérito a demanda do autor, estará exercendo pretensão processual (...). Descartado o conceito de resistência, e assumido que a afirmação contida na resposta de mérito do réu à demanda inicial constitui pretensão processual, é forçoso reconhecer que, ao contrário do entendimento francamente majoritário da doutrina, tem ela aptidão de ampliar o objeto litigioso. A solução da demanda do réu passará a fazer, portanto, parte do *meritum causae*, e isso tem repercussões significativas na relação processual” (p. 253/257). A esse propósito, completa, com alusão ao tema que aqui mais nos interessa: “Poderá ocorrer que os fatos em que se baseia a demanda do réu sejam exatamente os mesmos que aqueles já narrados pelo autor, mas com interpretação distinta. Mostra-se também igualmente possível que a versão fática delineada pelo autor seja acatada in totum pelo réu ao formular sua demanda, que se baseia em diversa interpretação ou aplicação do direito que rege a espécie. A sobreposição das causas de pedir, que pode ocorrer com relativa frequência, não é capaz de infirmar a conclusão de que há efetivamente na demanda do réu contraposta à do autor” (p. 260).

Pode-se dizer, dessa forma, que às partes – e não apenas ao autor – toca a fixação do objeto litigioso. Nunca é demais destacar, como arremate, que nessa tarefa o órgão judicial não tem – e nem poderia ter (arts. 2º e 128 e 262, CPC) – qualquer ingerência¹⁰⁹⁶.

2.1. Em especial: a demanda no processo civil brasileiro.

Todo processo possui um objeto litigioso, que retrata o tema a ser resolvido pelo ato final do processo (sentença)¹⁰⁹⁷. Do que já se examinou até aqui, decorre que esse objeto é definido precipuamente pela demanda do autor – o que, como afirmado por Friedrich Lent em passagem *retro* transcrita¹⁰⁹⁸, é uma das mais notáveis consequências do princípio da demanda (dispositivo em sentido material) –, podendo ser dilatado pela conduta do réu no exercício de seu direito de defesa. A demanda, assim, uma vez que assinala o momento mais importante, no procedimento, para a definição do objeto litigioso, torna-se o primeiro e um dos mais relevantes atos de todo o processo, sem o qual não ocorre sua instauração e não se tem como conhecer, nem precisar, o seu objeto¹⁰⁹⁹.

Com efeito, se o Estado só pode prestar o tipo de tutela jurisdicional pedida, e só o pode fazer atendo-se aos fundamentos pelos quais foi solicitada, é fácil compreender a importância teórica e prática da determinação do conceito de demanda¹¹⁰⁰. Já examinadas as principais teorias a respeito da demanda e de seu conteúdo, inclusive na tríplice perspectiva a que se fez referência – objeto litigioso, ação e lide –, a intenção nessa parte do trabalho é verificar de que modo se estrutura a demanda no processo civil brasileiro atual, para que possamos, logo a seguir, analisar de que forma a aplicação da máxima *iura novit curia* interfere nessa estrutura. Com isso, teremos condições de fixar limites para a aplicação da máxima e determinar as condições de sua utilização pelo órgão jurisdicional.

Seguindo a lição de Chiovenda – que, como visto, pugnava que a ação resulta de três elementos, oferecidos à análise tão logo seja proposta a demanda judicial (*personae, causa petendi e petitum*) –, nosso atual Código de Processo Civil, para a individualização da demanda, adotou a teoria da identificação das ações e, por decorrência, positivou o critério da

¹⁰⁹⁶ Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 12

¹⁰⁹⁷ Fredie Didier Júnior, *Curso de processo civil*, volume 1, p. 308.

¹⁰⁹⁸ Parte II, item 3.1.2.1., *supra*.

¹⁰⁹⁹ Cf. Heitor Vitor Mendonça Sica, *O direito de defesa no processo civil brasileiro*, p. 85.

¹¹⁰⁰ Cf. Ovídio Araújo Baptista da Silva, *Curso de processo civil*, volume I, p. 211. Sérgio Cruz Arenhart (*Reflexões sobre o princípio da demanda*, p. 590), com razão, afirma que “o princípio da demanda (*Verhandlungsmaxime*) associa-se sobretudo ao objeto do processo, indicando o momento em que a atuação jurisdicional é exercida e determinando sobre o que deverá ela incidir (*ne procedat iudex ex-officio et siene actore*)”.

tríplice identidade, proclamando que “*uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido*” (art. 301, §2º, CPC). Cuida-se aqui, obviamente, da ação já exercitada, e por tal motivo identifica-se a demanda individualizando-se a ação proposta¹¹⁰¹. Tendo por pressuposto evidente que a demanda é veiculada por meio da petição inicial, o artigo 282 do Código arrola os requisitos que esse documento, enquanto ato que materializa a demanda do autor, há de ter. Nos incisos desse dispositivo ratifica-se a necessidade de que a demanda explicita, entre outras coisas, “*os nomes (...) do autor e do réu*” (*personae* – inciso II), “*o fato e os fundamentos jurídicos do pedido*” (*causa petendi*, inciso III) e o “*pedido, com as suas especificações*” (*petitum*, inciso IV). Ratifica-se, assim, a ideia de que a demanda se determina, no processo civil brasileiro atual, pelo critério dos *tria eadem*, vinculado à teoria da identificação das ações.

O modelo legal, isoladamente visualizado, contudo, pouco nos diz a respeito do encaminhamento da solução de boa parte das inúmeras questões que vêm à tona com o debate sobre o conteúdo da demanda. Com efeito, como se teve a oportunidade de verificar precedentemente, muitas são as construções doutrinárias que se formaram a partir de disposições legislativas idênticas – algumas semelhantes à brasileira, como é o caso italiano –, colocando, muitas vezes, em frontal contraposição a doutrina de autores que trabalhavam a partir do mesmo texto de lei – o exemplo mais claro disso pode ser verificado, ilustrativamente, nas construções de Lent e Schwab na Alemanha; ou, mais próximos da realidade, com menor discordância, mas mesmo assim com divergências importantes, Zanzucchi e Heinitz, na Itália. Daí porque falar que a demanda se identifica pela *causa petendi*, e não dizer exatamente o que por *causa petendi* se entende ou se tem em mente, é o mesmo que retratar a pintura do quadro descrevendo a sua moldura. Como bem nota a doutrina, “*o ponto (...) em que se inicia verdadeiramente a controvérsia sobre a causa petendi reside naquilo, precisamente, que se há de entender como sendo seu conteúdo*”¹¹⁰². É claro que a nossa legislação coloca balizas para estreitar a amplitude das cogitações a esse respeito, mas mesmo assim não evita – e nem poderia – interpretações, das mais diversas, por parte dos estudiosos, que muitas vezes se colocam em choque vertical. Sendo assim, na esteira do que acontece com a generalidade dos modelos teóricos provenientes da doutrina dos *tria eadem* – e dos ordenamentos que a adotam –, a compreensão correta da demanda e de seu conteúdo no

¹¹⁰¹ Cf. Araken de Assis, *Cumulação de ações*, p. 122. Consoante anota Fredie Didier Júnior (*Curso de processo civil*, volume I, p. 195), “*o vocábulo demanda tem duas acepções: a) é o ato de ir a juízo provocar a atividade jurisdicional e b) é também o conteúdo dessa postulação. Neste último sentido (demanda-conteúdo), demanda é sinônimo de ação concretamente exercida*”.

¹¹⁰² José Ignácio Botelho de Mesquita, *A “causa petendi” nas ações reivindicatórias*, p. 168.

processo civil brasileiro depende da fixação clara e precisa do conceito e da estrutura da *causa petendi* e do pedido¹¹⁰³. Notadamente da *causa petendi*, que, como já referido, dentre os três componentes da ação, é certamente o mais delicado e problemático¹¹⁰⁴.

Em tal contexto, o único caminho para tentar desatar esse apertado nó, formado em torno do conceito de demanda e de seu conteúdo, é o recurso à interpretação lógico-sistemática¹¹⁰⁵, dando-se devida atenção tanto para as conquistas obtidas pela dogmática processual ao longo dos anos, a partir das inúmeras discussões mantidas a respeito do tema – ao se aludir ao critério da trílice identidade e à teoria das ações é inevitável que se despeje no campo de exame toda a pesada carga doutrinária, que sistematicamente parte de Chiovenda, mas encontra posteriores e interessantes desenvolvimentos –; como, também e precipuamente, para o caldo jurídico cultural do direito brasileiro contemporâneo, inserido no Estado Constitucional – que modela a assunção dessas doutrinas estrangeiras pelo estudioso brasileiro, ao qual não é dado simplesmente transpor, modo pronto, de outro contexto jurídico-cultural, soluções que nem sempre se mostram consentâneas e aplicáveis ao nosso sistema. Duas condicionantes do debate que, não por acaso, foram trabalhadas como pressupostos para a discussão que agora se pretende levar a cabo e que pautarão o modo como deverá ser trabalhada a aplicação da máxima *iura novit curia* entre nós, nesse momento de nossa compreensão jurídica.

2.1.1. A necessidade de identificação da demanda e de seu conteúdo a partir do direito material.

A demanda, como bem já disse Mandrioli, “*si tratta di un tema nel quale appare particolarmente evidente uno dei tipici limiti della scienza giuridica e di quella processualistica in particolare: l’insofferenza della realtà concreta, nel suo multiforme e variegato atteggiarsi, nelle sue mille sfaccettature, ad essere ingabbiata in schemi concettuali; mentre, d’altra parte, la scienza, se vuol essere tal, di questi schemi concettuali non può fare a meno, perché i concetti sono gli strumenti indispensabili con i quali noi studiosi tentiamo di assolvere al nostro compito di offrire ai pratici soluzioni coerenti ed armoniche*”¹¹⁰⁶.

¹¹⁰³ Cf. Bruno Silveira de Oliveira, *Conexidade e efetividade processual*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 33.

¹¹⁰⁴ Araken de Assis, *Cumulação de ações*, p. 135. José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 17.

¹¹⁰⁵ José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 153.

¹¹⁰⁶ Crisanto Mandrioli, *Riflessioni in tema di “petitum” e di “causa petendi”*, p. 470.

Diretamente proporcional a toda essa dificuldade de definição conceitual da demanda em face da realidade dinâmica da vida, de que nos dá notícia o processualista italiano, é a importância de bem identificar, no sistema, a estrutura adequada do instituto¹¹⁰⁷.

Alçando mão de uma figura de linguagem, poder-se-ia dizer que, sem descuidar dos demais afluentes que dão formação ao curso principal, a base mais significativa para o correto tratamento do tema da identificação da demanda e de seu conteúdo no processo civil brasileiro, bem assim para a discussão que a partir daí se propõe, está na adequada impositação do problema no seio das relações entre direito e processo. O equacionamento da questão há sempre de levar em conta uma ideia à qual já se fez aceno anteriormente e que aqui se vê materializada na eloquente lição de Carnelutti: “*tra diritto e processo esiste un rapporto logico circolare: il processo serve al diritto, ma affinché serva al diritto, deve essere servito dal diritto*”¹¹⁰⁸. Propriamente a circularidade dessa relação, a mútua e recíproca implicação entre direito e processo, que é elemento de grande relevância para bem entender as interações entre um e outro plano jurídico em relação aos mais diversos institutos processuais¹¹⁰⁹, é tanto mais importante – é mesmo o fator fundamental – para compreender a verdadeira *ratio* que informa a estruturação da demanda e auxilia decisivamente no entendimento das soluções que a partir daí são propostas.

A influência do direito material sobre o processo é óbvia¹¹¹⁰ e a necessidade de aproximação entre essas duas esferas – a bem de ambas – no contexto do direito brasileiro contemporâneo já foi devidamente sinalizada. A começar pela ideia de que a função jurisdicional tem como escopo definido a tutela do direito, isso é, da posição jurídica (substancial) de vantagem alegadamente ocupada pela parte que vem a juízo pleitear a sua proteção. Some-se a isso a noção, hoje vencedora em termos de teoria geral e metodologia do processo, de que o fenômeno processual existe tão somente em razão do direito material, com o qual se põe em relação de meio e fim¹¹¹¹, gerando a necessidade de pensar a organização do

¹¹⁰⁷ José Roberto dos Santos Bedaque, *Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório*, in *Causa de pedir e pedido no processo civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 28.

¹¹⁰⁸ Francesco Carnelutti, *Profilo dei rapporti tra diritto e processo*, Rivista di Diritto Processuale, n° 4, 1960, p. 544/545.

¹¹⁰⁹ Cf. adverte Elio Fazzalari (*Note in tema di diritto e processo*, p. 109), a coordenação entre direito e processo deve ser colocada e resolvida “*con firerimento a tutti gli atti della serie procedurale e non soltanto ad alcuni di essi*”.

¹¹¹⁰ “*As questões maiores do processo são solucionadas com dados inerentes à relação da vida e ao direito substancial que a regula (...). Quanto mais consciência tiver o processualista desse fenômeno, maiores serão as possibilidades de construção de mecanismos aptos a alcançar os escopos do processo*” (José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e processo*, p. 17/18).

¹¹¹¹ Cf. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (*Teoria e prática da tutela jurisdicional*, p. 94), essa tomada de consciência “*põe a descoberto a indispensabilidade do direito material para o direito processual, no sentido de que este último não teria razão de ser ou mesmo possibilidade de existir se não contasse com o direito*

processo (meio) em função do direito material (fim). Não há como lutar contra essa realidade, descortinada por esses dois pressupostos de compreensão. A demanda não pode ser pensada senão a partir do direito material. Como bem já disse a doutrina, “*a partir do momento em que se aceita a natureza instrumental do direito processual, torna-se imprescindível rever seus institutos fundamentais a fim de adequá-los a essa nova visão*”, já que, em sua maior parte, “*a construção científica desse ramo do direito deu-se na denominada fase autonomista, em que, devido à necessidade de afirmação da independência do direito processual, valorizou-se demasiadamente a técnica*”¹¹¹² e a purificação do processo da influência, então odiosa, que recebia do direito material. Mudados os ventos, há que se tolher também da construção do conceito de demanda os hiatos injustificáveis entre os dois planos – material e processual –, que nada mais são do que reminiscências de um tempo superado, em que distanciamento e neutralidade eram entendidos, falsamente, como expressão da autodeterminação. O desafio para a boa compreensão da temática e para a construção de uma ideia de demanda que corresponda às atuais expectativas do direito processual civil brasileiro, portanto, está muito em encontrar ou aproximar-se o mais possível de um ponto de equilíbrio entre as duas esferas¹¹¹³ – e isso não se mostra tarefa fácil.

Embora fenômeno processual, a demanda estrutura-se necessariamente a partir de uma situação jurídica¹¹¹⁴ substancial afirmada (“*fatta valere*”) em juízo. Sem explorar a fundo e simplificando bastante, nesse momento, um universo de fenômenos assaz mais complexos, pode-se dizer que todo aquele que coloca em funcionamento o processo para pedir tutela jurisdicional o faz porque se crê titular de um determinado direito ou situação jurídica material que, a seu ver, ampara a sua pretensão. Com efeito, como se viu com Lent¹¹¹⁵, dificilmente alguém apresentaria comportamento tão temerário perante um juiz a ponto de

material”. A par disso, o mesmo autor muito bem destaca que “*sem o direito processual não poderia existir um ordenamento que é caracterizado pela proibição de autotutela*”.

¹¹¹² José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e processo*, p. 18.

¹¹¹³ Replicando lição que se mostra perfeitamente aplicável no contexto de nosso debate – nada obstante exposta em face de outro instituto jurídico-processual –, pode-se dizer que “*qualquer tentame de resolver o problema, somente do ponto de vista processual, está tão fadado ao insucesso, como as propostas daqueles que se colocam apenas numa perspectiva de direito material, porque, em verdade, estamos diante de um fenômeno complexo, que resulta da interação dialética entre os dois planos*” (Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Alienação da coisa litigiosa*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 46).

¹¹¹⁴ Aí compreendido, como já se disse, toda e qualquer situação jurídica ativa, individual ou coletiva, simples ou complexa, direito potestativo ou direito a uma prestação, faculdades e poderes. A esse respeito, tendo embora em vista o direito italiano, Elio Fazzalari (*Istituzioni di diritto processuale*, p. 264) alude aos seguintes arquétipos com que se apresentam as situações jurídicas no plano material: “*il diritto realizzato da una facoltà del titolare*”; “*il diritto realizzato da un potere del titolare (‘diritto potestativo’)*”; “*il diritto realizzato da un obbligo altrui*”; “*il diritto realizzato da facoltà del titolare e da doveri (di astensioni) di tutti i consociati*”; “*il diritto realizzato soltanto dai doveri (di astensione) di tutti i consociati*”.

¹¹¹⁵ Parte II, item 3.1.2.1., *supra*.

intentar ação sem considerar – e, sobretudo, afirmar – ser titular de um determinado direito material. É justamente o reconhecimento desse direito afirmado¹¹¹⁶ e a realização, no plano sensível, da consequência jurídica *prima facie* prevista pela ordem substancial o que a parte postula e espera alcançar por meio do processo. Não obstante a pretensão à tutela jurisdicional tenha evidente natureza processual, seu conteúdo é informado por dados (virtuais) provenientes do plano material e só tem sentido a partir da afirmação de uma posição jurídica de vantagem que ressaí do plano material¹¹¹⁷. Não se pode negar, por isso, que, a parte exceções¹¹¹⁸, o processo volta suas atenções para uma situação jurídica substancial afirmada, em função da qual estrutura o seu funcionamento¹¹¹⁹. Esse, aliás, talvez seja o traço mais importante da aludida tomada de consciência da instrumentalidade do processo, o que permite ao direito processual trabalhar e se organizar em função da verificação e realização do direito material reclamado¹¹²⁰.

Toda ação concretamente exercida, portanto, pressupõe a crença e a afirmação da existência (ou inexistência) de uma dada situação jurídica de direito material, sobre a qual se controverte¹¹²¹. Essa situação, enquanto afirmação, comparece no processo logo no ato de introdução do juízo, que é justamente a demanda¹¹²²; torna-se, em seguida, objeto central da controvérsia e da prova, legitimando e contextualizando, no curso do processo, os atos das partes e do juiz preparatórios da sentença¹¹²³; nessa, que é a decisão final, a situação jurídica substancial, afirmada em estado bruto, controvertida e qualificada pelos influxos do processo, apresenta-se já como realidade jurídica consolidada pelo selo da jurisdição¹¹²⁴. “*A necessária processualização por que deve passar o reconhecimento e a realização do direito material*”,

¹¹¹⁶ Trata-se, a todo pano, de direito material meramente afirmado, deduzido *in status assertionis*, o que rebate de plano as críticas quanto a todo e qualquer exacerbado concretismo da proposta. Com efeito, conforme ilustra José Ignacio Botelho de Mesquita (*A “causa petendi” nas ações reivindicatórias*, p. 176), referenciando Emilio Betti, “*não se pode confundir duas coisas tão distintas como: a) a relação jurídica ou o direito particular que dela deriva, enquanto efetivamente fundados, existindo em perfeita coincidência com a norma abstrata de lei, e b) a relação jurídica ou o direito que dela se origina, segundo (usando a expressão de Betti) ‘l’apprazamento unilaterale della parte’*, sobre cuja procedência, ao início do processo, nada consta. Ou, em outras palavras, uma coisa é o direito verdadeiro e próprio, atualmente existente, e outra é o direito afirmado pelo autor na petição inicial, que entra no processo, apenas, como razão da ação e que a sentença dirá se existe ou não. Pensar de forma diversa corresponderia a uma identificação entre direito subjetivo e ação, que se oporia a tudo quanto modernamente se tem por pacífico em torno à natureza abstrata do direito de ação”.

¹¹¹⁷ Cf. José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e processo*, p. 15/16.

¹¹¹⁸ Pode-se citar, aqui, a título exemplificativo, entre outras hipóteses, as ações de controle de constitucionalidade, a ação rescisória e a ação para anulação de ato judicial.

¹¹¹⁹ Elio Fazzalari, *Note in tema di diritto e processo*, p. 151.

¹¹²⁰ Cf. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, p. 92.

¹¹²¹ Fredie Didier Júnior, *Curso de direito processual civil*, p. 195.

¹¹²² Elio Fazzalari, *Note in tema di diritto e processo*, p. 157. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, p. 98.

¹¹²³ Elio Fazzalari, *Note in tema di diritto e processo*, p. 110.

¹¹²⁴ Cf. Elio Fazzalari, *Note in tema di diritto e processo*, p. 123.

como muito bem já foi notado pela doutrina”, “*não impede (...) o processo de guardar íntima relação com o direito material*”¹¹²⁵. Essa necessária e direta relação entre a demanda e situação jurídica material afirmada não poderia se articular de outra forma.

Pode-se dizer, assim, que praticamente toda demanda pressupõe a afirmação de que ao autor corresponde um direito material, sobre cuja existência as partes litigam no processo. Chega-se a dizer, por isso, que a demanda é o “*atto in cui il diritto sostanziale è affermato*”¹¹²⁶. A própria tutela jurisdicional, portanto, tem como ponto de partida, uma determinada realidade material¹¹²⁷, de modo que inexistindo, no ajuizamento, afirmação da (in)existência de uma situação jurídica substancial controvertida, inexistirá a demanda-conteúdo; e a demanda-ato, materializada na petição inicial, será um recipiente vazio¹¹²⁸. A demanda, em definitivo, é concebida em rígida correlação com um direito, ou melhor, com uma situação jurídica deduzida no processo¹¹²⁹, razão pela qual é ela instituto especialmente afeito e imbricado com o direito material. Por meio da demanda identifica-se qual direito (ou qual dimensão do direito) foi deduzido em juízo para ser protegido pelo Estado¹¹³⁰.

Dizer que a demanda é outra coisa, desejando liberá-la de sua inseparável comunicação com uma particular situação jurídica substancial, é fechar os olhos para uma realidade que se mostra evidente. Por essa razão, como afirma a doutrina, “*não é possível aceitar as teses alemãs*” – como de Schwab e mesmo de Habscheid; ou italianas, como de Zanzucchi, Gianozzi e mesmo de Carnelutti – “*que desvinculam o conceito de pretensão processual de qualquer liame com uma situação jurídica individualizada concretamente, consoante o suporte ático contido no direito material, e individualizá-la unicamente com base no critério da ‘finalidade’, promovendo assim uma completa cisão entre direito material e processual*”¹¹³¹. É esse artificialismo injustificado, por exemplo, que se encontra por trás da proposta de que a demanda seja a simples descrição de uma circunstância de fato ou de uma situação da vida, por meio da qual o autor solicita seja efetivada a consequência jurídica buscada. Os fatos, que necessariamente devem ser narrados na demanda (*ex facto oritur ius*), não compõem o cerne do instituto. Não são objeto do juízo, mas simples instrumento para

¹¹²⁵ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, p. 92.

¹¹²⁶ Crisanto Mandrioli, *Riflessioni in tema di “petitum” e di “causa petendi”*, p. 470.

¹¹²⁷ Cf. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, p. 98, com referência a Francesco Paolo Luiso, *Diritto procesuale civile*, volume 1, 3ª edição, Milano: Giuffrè, p. 7.

¹¹²⁸ Fredie Didier Júnior, *Curso de direito processual civil*, p. 195.

¹¹²⁹ Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 127.

¹¹³⁰ Sérgio Cruz Arenhart, *Reflexões sobre o princípio da demanda*, p. 590.

¹¹³¹ Carlos Alvaro de Oliveira, *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, p. 96.

identificação desse objeto, isso é, do seu núcleo central, que é justamente o direito ou a situação jurídica material afirmada no processo¹¹³². Voltaremos ao tema logo a seguir.

Por ora, vale ainda dizer que, não trabalhasse o processo necessariamente em torno de uma determinada situação jurídica substancial deduzida em juízo, então não se teria critérios suficientes para a determinação da *legitimatío ad causam*¹¹³³, cujo controle consiste, basicamente, em verificar se o autor e réu são sujeitos da situação jurídica substancial controvertida em juízo¹¹³⁴. Tampouco haveria balizas seguras para decidir sobre a uniformidade litisconsórcio: a unitariedade ou não do tratamento a ser dado, que ademais influencia também na própria formação dos polos subjetivos da demanda, há de ter em contra a situação jurídica discutida em causa¹¹³⁵. Todavia, a prova mais contundente – e, assim, definitiva – de que a demanda veicula precipuamente a afirmação de uma situação jurídica material, em torno da qual o processo se articula, é dada com a análise do objeto da ação meramente declaratória. Conforme se sabe, e nos afiança Alfredo Buzaid, “*objeto da ação declaratória é ordinariamente uma relação jurídica. Dispõe o Código de Processo Civil: ‘Art. 4º. O interesse do autor poderá limitar-se à declaração: I – da existência ou da inexistência de relação jurídica; II – da autenticidade ou falsidade de documento’*. Por aí se vê que a lei excluiu do escopo da ação declaratória os fatos que não revistam o caráter de uma relação jurídica. Ainda que juridicamente relevante, um simples fato não pode constituir objeto da ação declaratória. ‘O objeto da ação e da sentença declaratória’, escreveu Rosenberg, ‘é um direito ou uma relação jurídica, não um fato’”¹¹³⁶. Na ação declaratória, portanto, o que o autor vem a juízo requerer é que o juiz certifique a existência ou a inexistência de uma dada relação jurídica – aí indicada em significado amplo, abarcando toda e qualquer situação jurídica. Ora, se a ação declaratória tem por objeto uma situação jurídica, e se toda decisão

¹¹³² Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 131. Como bem ressalta José Roberto dos Santos Bedaque (*Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório*, in *Causa de pedir e pedido no processo civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 26), “o objeto do processo e da tutela jurisdicional não é um ato ou fato, mas um direito, que precisa ser identificado mediante seus atos constitutivos”.

¹¹³³ Que é a “pertinência subjetiva da ação”, segundo a clássica lição de Alfredo Buzaid, *Do agravo de petição*, p. 204.

¹¹³⁴ Assim, Augusto Cerino Canova (*La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 124) e Fredie Didier Júnior, *Curso de direito processual civil*, volume 1, p. 203. Elio Fazzalari (*Istituzioni di diritto processuale civile*, p. 297), a respeito, anota que “*la situazione che legitima parti e giudice soleva identificarsi (...) col ‘rapporto sostanziale dedotto in lite’ – in sede civile, la situazione sostanziale dovere/diritto soggettivo (...). Nella versione più moderna, si ritengono legittimati al processo civile colui che afferma, in limine litis, un proprio diritto soggettivo leso e colui che viene indicato come titolare del dovere posto a servizio di tale diritto, e come autore della lesione*”.

¹¹³⁵ “Sempre que afirmada em juízo situação jurídica incindível todos os imediatamente atingidos pela eficácia direta da tutela jurisdicional devem participar do processo, em litisconsórcio necessário unitário” (Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, *Curso de processo civil*, volume 1, p. 187).

¹¹³⁶ Alfredo Buzaid, *Da ação declaratória no direito brasileiro*, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1986, p. 147.

judicial apta a tornar-se imutável e indiscutível pelo selo da coisa julgada, ainda que possua outras eficácias, inclusive de modo preponderante, apresenta, em alguma medida, eficácia declaratória – que é, ao final, justamente o núcleo eficaz da sentença a que corresponde a coisa julgada¹¹³⁷ –, então não é nada menos do que óbvio que a situação declarada existente ou inexistente é a particular situação jurídica, no mais das vezes de direito material, introduzida no processo por meio da demanda.

Pela última vez, portanto, e com segurança, pode-se dizer que o cerne da demanda veiculada pela parte autora no processo é composto pela afirmação de uma particular situação jurídica, que identifica o seu conteúdo essencial. Em torno desse núcleo conceitual é que orbita toda a estrutura e o modo de funcionamento do instituto. Com os temperamentos que a seguir serão vistos, essa visão do instituto mostra-se absolutamente consentânea com os pressupostos contemporâneos da teoria geral do processo e com o método do formalismo-valorativo, sobretudo porque põe em estreita relação o instrumento com o objeto de trabalho, isso é, o processo com o fim a que se direciona: a tutela do direito material. É também harmônica com a ideia de que a jurisdição tem por escopo a tutela dos direitos. Com efeito, quando o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, fala que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*” não tem em vista outra coisa senão uma posição jurídica – no mais das vezes substancial¹¹³⁸ – cuja tutela é requerida em juízo. A jurisdição é acionada sempre para dar tutela a um direito¹¹³⁹. A necessária aproximação que a doutrina processual contemporânea conclama deva haver entre direito e processo e a noção de que a jurisdição é colocada em funcionamento para a tutela de um direito convergem para “engancha” a demanda, como fenômeno processual que é, à particular situação jurídica afirmada (“*fatta valere*”) em juízo¹¹⁴⁰.

Assente essa noção, a investigação dirige-se, então, à verificação do modo pelo qual se identifica, de modo preciso, a particular situação jurídica deduzida no processo. Conforme bem refere a doutrina, “*dal rapporto giuridico (compra-vendita, proprietà) può distinguersi il singolo diritto soggettivo che ne deriva*”¹¹⁴¹. A demanda, com efeito, no mais das vezes, não

¹¹³⁷ Cf. Ovídio Araújo Baptista da Silva, *Eficácia da sentença e coisa julgada*, in *Sentença e coisa julgada*, 4ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 74.

¹¹³⁸ Conforme se aludiu, pode ocorrer de o processo pautar-se para a verificação e tutela de uma posição jurídica não propriamente decorrente do direito material, mas saída imediatamente do próprio direito processual, como acontece com os citados casos da ação de anulação de ato judicial é da ação rescisória.

¹¹³⁹ Luigi Montesano, *Diritto sostanziale e processo civile di cognizione nell'individuazione della domanda*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1993, p. 71.

¹¹⁴⁰ Nesse sentido, tendo embora em vista a realidade do direito italiano, Crisanto Mandrioli, *Riflessioni in tema di “petitum” e di “causa petendi”*, p. 467.

¹¹⁴¹ Ernesto Heinitz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, p. 154.

enquadra necessária e automaticamente a totalidade da relação jurídica substancial que vincula as partes, a ponto de fazê-la, por inteiro, objeto do processo. Diferentemente disso, a demanda isola tão somente “*una delle situazioni che ricompongono il rapporto, la astraе dalle altre per farne l’oggetto del processo e segna con questo i contorni della attuale controversia*”, de modo que “*ciò che viene fatto valere in giudizio sono una o più tra le situazioni elementari in cui si fraziona il complessivo rapporto tra le parti, poichè ciascuna situazione forma il contenuto minimo del processo*”¹¹⁴². Com efeito, como anota a doutrina, exemplificativamente, “*bisogna pure distinguere dal diritto di proprietà la rei vindicatio, diretta contro il possessore. Quest’ultima si estingue col soddisfacimento, mentre la proprietà perdura. Lo stesso vale per i rapporti obbligatori complessi, dai quali nascono più diritti distinti e diversi, che possono subire una diversa sorte giuridica. L’obbligazione di una parte può estinguersi col soddisfacimento, mentre resta quella dell’altra parte; il creditore, oltre al diritto principale, ha in molti casi diritti accessori, come quello di mettere fine al rapporto obbligatorio con dichiarazione unilaterale (disdetta, licenziamento, ecc.). In questo senso si può distinguere il rapporto obbligatorio quale ‘organismo’ dalla singola obbligazione che ne deriva. Non si potrà disconoscere che un rapporto unico di locazione produca molti diritti diversi che nascono e si estinguono coll’andar del tempo, e di cui alcuni – sia del conduttore, sia del locatore – possono essere controversi*”¹¹⁴³.

Há que se distinguir, portanto, a particular situação jurídica deduzida no processo do universo maior da relação jurídica que une as partes e da qual deriva. Tal não impede, é claro, que se possa pensar, ao menos teoricamente, na possibilidade de trazer para dentro do processo a totalidade da relação jurídica mantida entre as partes – uma demanda eminentemente declaratória poderia, eventualmente, muito bem comportar uma pretensão desse gênero. Admitida essa possibilidade, poder-se-ia dizer que potencialmente seria lícito deduzir, no processo, desde que afirmadas na demanda, tanto relações jurídicas integrais, quanto particulares situações jurídicas derivadas¹¹⁴⁴. Seja como for, o que se pretende dizer é que aquilo que deve preocupar e interessar às partes e ao órgão judicial no processo, o que deve guiar a sua atividade em juízo, é o tanto da situação jurídica afirmada na demanda. Foge

¹¹⁴² Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 138.

¹¹⁴³ Ernesto Heinitz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, p. 155. Prosseguindo na distinção entre a particular situação jurídica (direito) e a relação jurídica da qual deriva, o autor continua, exemplificativamente: “*Il diritto del proprietario contro il possessore alla restituzione della cosa è diverso dal diritto base (proprietà) quanto al fatto costitutivo (lesione, titolo d’acquisto), alla direzione (contro uno, contro tutti), al contenuto (lesione, titolo d’acquisto), alla direzione (contro uno, contro tutti), al contenuto (restituire la cosa, invece della signoria generale), alla durata (la prima si estingue col soddisfacimento, la seconda perdura). La proprietà è il presupposto logico necessario della rivendicazione, ma non perciò si identifica con essa*” (p. 157).

¹¹⁴⁴ Cf. Ernesto Heinitz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, p. 156.

à consideração e à atenção do processo a inteira relação jurídica substancial, enquanto parcela da realidade material não deduzida. Mantida fora do processo, as outras nuances da relação jurídica substancial assumem, para o processo, um caráter meramente eventual, já que apenas futura e hipoteticamente se poderia cogitar de uma controvérsia a seu respeito¹¹⁴⁵.

“*Se teniamo conto di tutto questo*”, conclui a doutrina, “*ci accorgiamo che il problema centrale dell’individuazione dell’azione o dell’oggetto del processo consiste nell’esaminare quale parte, quale settore della complessa e multiforme realtà giuridica sostanziale che è il ‘diritto che si fa valere’ è entrato nel processo attraverso il filtro della domanda per adattarsi allo schema giuridico che ispira e qualifica la domanda stessa*”¹¹⁴⁶. Não se trata, portanto, de identificar nem a relação processual como tal, nem a relação substancial de per si, mas a afirmação do autor em torno da situação jurídica deduzida na demanda como objeto do processo¹¹⁴⁷. Apenas agora, então, se aproxima do problema central da individualização da demanda e do objeto do processo. Munidos desse arsenal conceitual, é preciso novamente voltar as atenções para os tradicionais três elementos da ação, alçados pelo nosso Código de Processo Civil à condição de critérios de identificação da demanda, para ver de que forma pode ser organizada a atividade de individualização da demanda a partir da noção de que o seu conteúdo coincide com a afirmação de uma particular situação jurídica substancial.

Dividindo, em grandes linhas, essa mesma compreensão do fenômeno, importante setor da doutrina refere que os “*elementos da ação consistem em dados da relação jurídica material utilizados pelo processo para individualizar a demanda proposta*”¹¹⁴⁸ e que “*todos os elementos da relação jurídica discutida em juízo guardam correspondência com os elementos da demanda, numa perfeita simetria: enquanto a relação jurídica de direito substancial tem como elementos os sujeitos, o fato jurídico e o objeto, a demanda tem como elementos as partes, a causa de pedir e o pedido*”¹¹⁴⁹. Dentre esses elementos, é a *causa petendi* aquele que mais propriamente estabelece o nexó entre o direito material e o processo, entre a pretensão processual a situação jurídica material afirmada para dar amparo ao pedido

¹¹⁴⁵ Cf. Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 139. Em continuação, o autor afirma: “*niente riuscirebbe più artificioso ed arbitrario che una prevalente importanza attribuita agli sviluppi ipotetici e futuri rispetto al conflitto attuale. Una visione siffatta non corrisponde agli intenti palesati dalle parti, le quali hanno mostrato di voler disputare su quel diritto e su quel diritto soltanto. La stessa visione ancor meno corrisponde alla funzione del processo che è di statuire sulla situazione fatta valere e non di definire per sempre tutta la relazione intercorrente tra le parti*” (p. 139).

¹¹⁴⁶ Crisanto Mandrioli, *Riflessioni in tema di “petitum” e di “causa petendi”*, p. 468.

¹¹⁴⁷ Cf. José Ignácio Botelho de Mesquita, *A “causa petendi” nas ações reivindicatórias*, p. 167.

¹¹⁴⁸ José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e processo*, p. 122.

¹¹⁴⁹ Fredie Didier Júnior, *Curso de direito processual civil*, p. 195. Nesse sentido, em linhas gerais, Araken de Assis, *Cumulação de ações*, p. 123.

de tutela jurisdicional formulado ¹¹⁵⁰. Por conseguinte, continua sendo por meio da análise da causa de pedir que se há de verificar de que modo a doutrina processual civil brasileira pretende organizar, no âmbito do processo, as relações entre situação jurídica substancial controvertida e demanda.

Feitas essas observações, resta-nos ver um pouco mais demoradamente o tratamento dogmático que o nosso direito processual civil vem dispensando à causa de pedir, o que passa pela análise da estruturação dada ao instituto pela doutrina brasileira. Em especial: queremos verificar que importância essa doutrina dá para o fundamento jurídico da *causa petendi* e de que forma trabalha com a possível modificação desse elemento da causa pela aplicação da máxima *iura novit curia*. Tal enfoque nos permitirá uma análise mais aperfeiçoada sobre as repercussões da alteração do elemento de direito da causa sobre o objeto do processo em nosso direito processual civil, mostrando-se momento fulcral de nossa escalada em direção à identificação dos limites e condições de aplicação da máxima *iura novit curia* no âmbito direito brasileiro.

2.1.2. A *causa petendi* no direito brasileiro: proposta de estruturação e tratamento no âmbito das relações entre direito e processo.

A exigência de que o autor decline, na apresentação da demanda, a razão de estar em juízo, a sua causa de pedir, é traço presente no direito brasileiro desde seus primórdios. Sobre o modo de compreensão da causa de pedir ao longo das legislações que disciplinaram a matéria no país, Daniel Mitidiero formula excelente síntese histórica: “nas Ordenações Afonsinas, diziam os sabedores que convém necessariamente ao juiz saber ‘a coufa, ou quantidade, fobre que he movida a demanda, e bem affi a rezaõ, porque fe move’, devendo tudo isso ser declarado na ‘petição do Autor’ (Livro III, Título XX, §2º). No Regulamento n. 737, de 1850, exigia-se que o demandante declarasse na petição inicial ‘o contracto, transação ou facto dos quaes resultar, segundo o Codigo, o direito do autor e a obrigação do reo’ (art. 66, §2º). No Código de Processo Civil de 1939, tinha o autor o ônus de indicar ‘os fatos e fundamentos jurídicos do pedido, expostos com clareza e precisão, de maneira que o réu possa preparar a defesa’ (art. 158, III)”¹¹⁵¹.

¹¹⁵⁰ José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e processo*, p. 123/124.

¹¹⁵¹ Daniel Mitidiero, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo III, São Paulo: Memória Jurídica, 2006, p. 153.

De imediato, o que ressaí desse breve notícia histórica é a constatação de que o Código de Processo Civil de 1973 manteve-se fiel à tradição legislativa inaugurada pelo seu antecessor. Com efeito, conforme já mencionado, o atual diploma, em seu artigo 282, inciso III, determina que “*a petição inicial indicará (...) o fato e os fundamentos jurídicos do pedido*”, reprisando em boa parte a disciplina legal anterior a respeito da matéria. Analisando o dispositivo em questão, é moeda corrente entre a maioria da doutrina processual civil brasileira a afirmação de que, ao propor esse tratamento, a nossa legislação teria encampado a teoria da substanciação. Em realidade, esse entendimento é apresentado não apenas em relação ao Código atual, mas também no tocante aos Códigos anteriores, aí incluídos a generalidade dos Códigos estaduais do período da “dualidade processual” e o Código de 1939¹¹⁵². A posição é praticamente uníssona, a ponto de se dizer que, a esse respeito, “reina total harmonia”¹¹⁵³.

Realmente, para a vasta maioria da doutrina especializada, historicamente o legislador brasileiro teria optado por filiar-se à teoria da substanciação da *causa petendi*, dando prevalência aos fatos narrados. Esse é o entendimento, por exemplo, de Pontes de Miranda: “*A lei acolheu a teoria da substanciação do pedido, que exige mais do que a simples alegação de existir a relação jurídica (teoria da individualização): a parte tem de expor os fatos (da mihi factum!)*”¹¹⁵⁴. É também o pensamento de José Joaquim Calmon de Passos: “*O art. 282, III, exigindo como requisito da inicial a indicação dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido, põe o nosso sistema entre os que reclamam a substanciação da causa de pedir, aliás como já o fazia o Código de 1939, dispondo em igual sentido em seu art. 158*”¹¹⁵⁵. Nesse mesmo sentido estão as doutrinas de inúmeros outros processualistas de prestígio, a exemplo de Moacyr Amaral Santos, José Frederico Marques, Cândido Rangel Dinamarco, José Manoel

¹¹⁵² José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 153.

¹¹⁵³ Cf. notícia Araken de Assim, *Cumulação de ações*, p. 138. No mesmo sentido, Ricardo de Barros Leonel, *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*, p. 90.

¹¹⁵⁴ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo IV, Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 17. É bem verdade que o autor alude a uma “substanciação atenuada”, com isso querendo dizer que a lei exige (e dá importância) apenas para os fatos essenciais (Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 354/356). Esse, ademais, também era o posicionamento do autor diante do Código de 1939 (*Comentários ao Código de Processo Civil*, volume 2, Rio de Janeiro: Forense, 1947, p. 28, segundo informa José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 119). Nada obstante a afirmação categórica, no parágrafo imediatamente anterior ao trecho reproduzido o autor consigna que “*nas ações reais, basta a afirmação de relação jurídica para que se identifique a ação (...). Nas ações nascidas de direitos de obrigação, nem sempre a indicação da relação jurídica identifica a ação*”, razão pela qual quer parecer que sua posição pessoal é diversa da que entende ter sido a alternativa legal.

¹¹⁵⁵ José Joaquim Calmon de Passos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, volume III, 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 217.

de Arruda Alvim, Vicente Greco Filho e Humberto Theodoro Júnior¹¹⁵⁶. A razão para essa tomada de posição costuma ser justificada, na linha do que já descrito, pela exigência legislativa de que o autor decline, na petição inicial, os fatos que fundamentam o pedido formulado. Nesse sentido, percebe-se que José Manoel de Arruda Alvim Netto proclama que “*a nossa lei adotou a teoria da substanciação, dado que exige a menção do fato*”¹¹⁵⁷. Ao lado dele, Moacyr Amaral Santos menciona que “*o Código exige que o autor exponha na inicial o fato e os fundamentos jurídicos do pedido. Por esse modo faz ver que na inicial se exponha não só a causa próxima – os fundamentos jurídicos, a natureza do direito controvertido – como também a causa remota, o fato gerador do direito. Quer dizer que o Código adotou a teoria da substanciação*”¹¹⁵⁸. Do mesmo modo, Humberto Theodoro Júnior assevera que “*quando o Código exige a descrição do fato e dos fundamentos jurídicos do pedido, torna evidente a adição do princípio da substanciação da causa de pedir, que se contrapõe ao princípio da individuação*”¹¹⁵⁹. Por fim, para não alongar a exposição, diga-se que Cândido Rangel Dinamarco afirma que “*vige no sistema processual civil brasileiro o sistema da substanciação, pelo qual os fatos narrados influem na delimitação objetiva da demanda e consequentemente da sentença (art. 128) mas os fundamentos jurídicos não*”¹¹⁶⁰.

Em que pese a esse entendimento, manifestado pela vasta maioria da doutrina, formada por esses e outros tantos autores, alguns dos mais brilhantes processualistas do país, não se pode deixar de dizer que as justificativas dadas em torno da assertiva não convencem. Por duas razões, em especial.

A primeira, diz respeito ao próprio direito positivo. A tese de que o direito brasileiro teria absorvido a teoria da substanciação não decorre do texto legislativo e nem parece estar por ele plenamente autorizada. Com efeito, bem examinado o teor do artigo 282, inciso III, do Código de Processo Civil de 1973 – e o mesmo poderia ser dito em relação ao Código de 1939 –, fica evidente que o dispositivo normativo em questão formula exigência ulterior à simples “substanciação”: além dos fatos, exige que o autor aponte em sua petição inicial também os fundamentos jurídicos que amparam a sua pretensão, como referido por alguns dos juristas citados. Vale dizer: segundo dispõe a legislação, não é somente o conjunto fático narrado pelo demandante o que tem relevo na determinação da causa de pedir; ao lado disso,

¹¹⁵⁶ Cf. informa José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 153/155.

¹¹⁵⁷ José Manoel de Arruda Alvim, *Direito processual civil*, volume 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 47.

¹¹⁵⁸ Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, 1º volume, p. 166.

¹¹⁵⁹ Humberto Theodoro Júnior, *Curso de direito processual civil*, volume I, 41ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 326.

¹¹⁶⁰

deve ele explicitar também as razões jurídicas pelas quais afirma ser fundado o pedido que formula. Com efeito, ao alçar mão da conjunção coordenativa aditiva “e”, para logo em seguida completar com a expressão “*fundamentos jurídicos*”, o texto de lei indica uma tomada de posição por parte do legislador que ultrapassa a simples substanciação e que não pode ser simplesmente desconsiderada. Exige-se não somente a declinação dos fatos (com o que se teria, se assim o fosse, inequívoca adoção da teoria da substanciação), mas também a indicação dos fundamentos jurídicos que dão causa ao pedido.

É justamente essa exigência dúplice, de exposição tanto do fato quanto do direito que fundamenta a pretensão deduzida, elementos colocados em pé de igual importância pelo legislador na identificação e determinação da *causa petendi*, a circunstância responsável por dar-nos a ideia de que, à diferença do que normalmente se proclama, não houve a encampação total da teoria da substanciação pelo direito brasileiro. Para essa teoria, como detidamente se viu, a relevância está exclusivamente nos fatos narrados e que dão causa ao pedido, não tendo grande valor, a princípio, os fundamentos jurídicos. Nosso direito positivo, contudo, sem escalonar ou graduar a importância destes elementos¹¹⁶¹, exige a exposição tanto dos fatos quanto dos fundamentos jurídicos, o que torna difícil a defesa a respeito da encampação da teoria da substanciação. Isso não houve, é certo, ao menos de modo pleno.

Em grandes linhas, essa crítica é também compartilhada por José Rogério Cruz e Tucci: “*Entendemos (...) que tais posicionamentos [refere-se o autor à doutrina que defende a encampação da teoria da substanciação pelo direito brasileiro] delineiam-se deveras simplistas, no mínimo parciais, porquanto se atêm exclusivamente à letra do art. 282, III, do Código de Processo Civil*”¹¹⁶². O mesmo autor, em seguida, observa que, ao se ter por correta a afirmação de que o Código de Processo Civil em vigor, por conta da redação do citado dispositivo de lei, teria encampado a teoria da substanciação, “*seria lícito, e mais do que lícito, forçoso concluir que, dada a sua similitude com o disposto no §253, 2, do ZPO alemão e no art. 163, 4, do atual Codice di Procedura Civile italiano, a teoria da substanciação também teria sido acolhida em tais legislação... E isso seria um verdadeiro absurdo...*”¹¹⁶³.

¹¹⁶¹ Bem observa Ricardo de Barros Leonel (*Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*, p. 91) que “*a exigência de indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos do pedido não especifica em que medida tal narrativa deva ser feita*”.

¹¹⁶² *A causa petendi no processo civil* p. 155. Nossa discordância em relação à arguta percepção crítica do autor apenas se dá em relação à última parte do trecho transcrito, porquanto nos parece que ser justamente a “*letra*” do referido artigo de lei o que comprova o balanceamento da importância não só dos fatos, mas também dos fundamentos jurídicos.

¹¹⁶³ José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 157.

Ainda nessa linha de análise, as razões manifestadas pelos autores que formam essa linhagem dissidente minoritária, que destoa da ideia da adoção da teoria da substanciação pelo nosso direito legislado, parecem justificar plenamente os motivos de nossa perplexidade e desconfiança com relação ao alvitre alcançado pela maioria. Nesse sentido, vale a pena transcrever o que diz José Ignácio Botelho de Mesquita a esse respeito, em análise de aguçado senso crítico. Ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1939, assim escreveu o mérito professor paulista: *“Os processualistas brasileiros, que trataram desta controvérsia [refere-se o autor à causa de pedir em geral, e nas ações reivindicatórias, em especial], são levados, em geral, a afirmar que o direito nacional seguiu a teoria da substanciação (Pontes de Miranda e José Frederico Marques). É bem verdade que a nossa lei processual exige que conste da petição inicial a indicação dos fatos constitutivos mas isto, a meu ver, não leva a conclusão de que tenhamos aderido àquela corrente doutrinária. Com efeito, a nossa lei exige igualmente que se indiquem na petição inicial os fundamentos jurídicos do pedido. Estes, evidentemente (...) não são nem a norma da lei, nem tampouco as deduções jurídicas, salvo quando, excepcionalmente, a norma legal sirva, à falta de outros elementos, para individuar o direito individual feito valer pelo autor no processo. Parece-me que se deva entender por ‘fundamento jurídico do pedido’ a relação jurídica controvertida e o direito particular dela decorrente. E não vejo nisto filiação à teoria da substanciação, mas, diversamente, entendo que a lei processual brasileira adotou uma posição de grande equilíbrio entre ambas as correntes conflitantes, dando importância tanto aos fatos constitutivos, como aos elementos de direito, na medida em que sirvam para individuar a pretensão do autor, como resulta da expressão legal ‘de maneira que o réu possa preparar a sua defesa’, empregada no inc. III, do art. 158, CPC”*¹¹⁶⁴.

A segunda, e mais importante, concerne ao modo de encarar as relações entre direito e processo. Conforme já se viu com Heinitz¹¹⁶⁵, na lúcida passagem em que o jurista austríaco examina e faz notar as semelhanças e diferenças entre as propostas da individualização e da substanciação¹¹⁶⁶, a questão fulcral a observar é a diversidade do comportamento que uma e outra teoria propõem para o processo no confronto com direito material. A teoria da substanciação – na linha do que, com absoluta razão, escreve Heinitz – faz-se acompanhar de um inexorável distanciamento do processo em relação às formas jurídicas presentes no plano substancial.

¹¹⁶⁴ José Ignácio Botelho de Mesquita, *A ‘causa petendi’ nas ações reivindicatórias*, p. 179/180.

¹¹⁶⁵ Parte II, item 3.2.2.4., *supra*.

¹¹⁶⁶ No modo particular como o autor as compreende, é bem de se notar.

Basta, para isso ver, que, permanecendo idênticos o pedido e a narração fática, totalmente indiferentes seriam para o processo, segundo o que apregoa a teoria da substanciação, as diversas situações jurídicas materiais identificáveis a partir da situação de fato descrita. Sendo assim, quem veicula determinado pedido de tutela a partir da afirmação da situação jurídica “x”, e no curso do processo modifica a postura inicial para em vez afirmar existente a situação jurídica “y” em sustentação de sua pretensão, mantendo inalterados os fatos essenciais, permaneceria vinculado à mesma *causa petendi*. Isso fica muito claro a partir da transcrição de passagem da obra de um dos muitos cultores da substanciação no direito brasileiro. Sobre ser relevante tão somente do fato para a determinação da *causa petendi*, e ser pouco ou nada importante a respectiva qualificação jurídica para esse mesmo fim, escreve José Carlos Barbosa Moreira: “*Não há alteração da causa petendi, nem portanto necessidade de observar essas restrições [a referência do autor diz respeito aos artigos 264, caput e parágrafo único, e 321, do Código de Processo Civil], quando o autor, sem modificar a substância do fato ou conjunto de fatos narrados, naquilo que bastaria para produzir o efeito jurídico pretendido (...) passa a atribuir ao fato ou conjunto de fatos qualificação jurídica diferente da originariamente atribuída – v.g., chamando de ‘dolo’ ao que antes denominara ‘erro’ (haveria, ao contrário, alteração da causa petendi se o autor passasse a narrar outro fato, que continuasse, que não, a atribuir-lhe a mesma qualificação jurídica)*”¹¹⁶⁷. No exemplo citado, ainda que sejam perfeitamente distinguíveis na esfera substancial os direitos potestativos de anulação do negócio jurídico por um ou outro desses vícios, cada qual suficiente, isoladamente, para dar sustentação a eventual pretensão desconstitutiva, a proposta da teoria da substanciação é de dar-se tratamento processual uniforme a esses fenômenos. É essa a consequência mais relevante da proposta de se relegar a papel meramente secundário e despido de maior significância a qualificação jurídica da situação de fato descrita. Os mesmos defensores da substanciação costumam considerar essa tarefa como acessória, simplesmente propositiva e sugestiva, invocando a aplicação da máxima *iura novit curia* (ou da correlata *da mihi factum, dabo tibi ius*) para indicar que a qualificação jurídica da demanda pode ser confiada, sem maiores preocupações, ao órgão judicial, “*ao qual compete fazer depois os enquadramentos adequados, para o que levará em conta a narrativa de fatos contida na petição inicial, a prova realizada e sua própria cultura jurídica*”¹¹⁶⁸. Como se pode ver, anota

¹¹⁶⁷ José Carlos Barbosa Moreira, *O novo processo civil brasileiro*, p. 16/17.

¹¹⁶⁸ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, volume II, p. 132. Com essa mesma posição, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo II, p. 354/355.

a doutrina atenta, na teoria da substanciação “*o princípio jura novit curia ou sua consequência prática, da mihi factum, dabo tibi jus, [são] levados aos extremos de seu entendimento*”¹¹⁶⁹. A partir dessa proposta, deixa-se elevada “*margem de discricionarietà*” ao juiz no tocante à qualificação jurídica da demanda¹¹⁷⁰.

Note-se que, como forma (talvez inconsciente) de atenuar a importância da mudança de uma para outra situação jurídica, o insigne processualista carioca, na passagem antes transcrita, alude à possibilidade de alteração da qualificação jurídica como uma simples modificação de nomenclatura – “*chamando de ‘dolo’ ao que antes denominara ‘erro’*”. A esse respeito – e já adiantando algo que virá a ser melhor e mais detidamente examinado –, é claro que onde houver simples percepção equivocada do fenômeno substancial, tomando por uma coisa o que na realidade se crê ser outra, pouco importará a denominação dada. O *nomen iuris*, assim considerado, é, com razão, proclamado totalmente irrelevante para essa finalidade. Não o mesmo se pode dizer, contudo, da alteração deliberada e consciente do fenômeno material (situação jurídica substancial) afirmado na demanda e objeto de exame no processo. A defesa da inconsequência da alteração da situação jurídica material deduzida, tomada por simples qualificação jurídica, desde que mantidos intocados os fatos narrados, representa inversão¹¹⁷¹ que não se coaduna com o atual estágio de compreensão do direito processual civil brasileiro. Com efeito, por essa proposta a narrativa fática – que nada mais é do que instrumento, sem dúvida muitíssimo importante, para a identificação da situação jurídica substancial para a qual se requer tutela – torna-se ela própria objeto do processo, autonomizando-se em relação ao direito material¹¹⁷². Discutem-se apenas a respeito das circunstâncias de fato, e a esse respeito qualquer novidade importará em modificação da demanda. Não apenas, decidida ou não toda e qualquer possível situação jurídica que possa se originar dos fatos narrados, em prol do acolhimento ou desacolhimento do pedido formulado, impossibilita-se a propositura de nova demanda, ainda que para se afirmar e se pedir proteção a situação jurídica diversa¹¹⁷³. Nisso reside, com efeito, a característica fundamental – e, a nosso ver, problemática e equivocada – da teoria da substanciação: o exagerado afastamento

¹¹⁶⁹ José Ignácio Botelho de Mesquita, *A “causa petendi” nas ações reivindicatórias*, p. 169. No mesmo sentido, Milton Paulo de Carvalho, *Do pedido no processo civil*, p. 83. Na doutrina estrangeira, Víctor Fairen Guillén, *La transformación de la demanda en el proceso civil*, Santiago de Compostela: Porto, 1949, p. 25.

¹¹⁷⁰ Cf. Milton Paulo de Carvalho, *Do pedido no processo civil*, p. 84.

¹¹⁷¹ Como bem ressalta José Roberto dos Santos Bedaque (*Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório*, in *Causa de pedir e pedido no processo civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 26), “*o objeto do processo e da tutela jurisdicional não é um ato ou fato, mas um direito, que precisa ser identificado mediante seus atos constitutivos*”.

¹¹⁷² Milton Paulo de Carvalho, *Do pedido no processo civil*, p. 83.

¹¹⁷³ Milton Paulo de Carvalho, *Do pedido no processo civil*, p. 82.

do plano material e o esquecimento da função precípua do processo civil, que é justamente dar proteção às situações jurídicas substanciais reclamadas pelas partes¹¹⁷⁴. Decide-se mais

Reprisando o que se disse anteriormente, na análise da doutrina de Heintiz – mas essa postura tautológica aqui é válida e se justifica plenamente em face da importância da questão –, pode-se afirmar que para a substanciação, o que vale é o lado exterior, físico, da pretensão processual manifestada pelo demandante no processo. Por consequência, facilmente se é induzido a enxergar na *causa petendi* a simples motivação de fato, e não a determinação do direito, da situação jurídica material, para a qual se requer tutela. Acontece que isso vai exatamente de encontro a tudo o quanto se disse a respeito da necessidade de por em direta relação processo e direito material na conceituação e estruturação da demanda. Com efeito, na linha do que previamente foi exposto, mesmo diante da reconhecida autonomia do direito processual não se pode deixar de lado ou perder de vista que prestar tutela às situações jurídicas que ressaem do direito material é a razão de ser do processo. O direito processual destina-se a oferecer proteção a situações jurídicas materiais e a produzir certeza jurídica. Para que isso possa ocorrer de maneira racional, e para que o sistema de tutela dos direitos possa manter-se alinhado condignamente ao estágio de compreensão de nossa ciência jurídica, é imprescindível que se saiba, na propositura e desenvolvimento da causa, qual a situação jurídica tutelável e, ao final, com a prolação da decisão, qual a situação jurídica tutelada ou declarada indigna de tutela.

Rejeitada a tese da substanciação, e também afastada a correlata possibilidade da individualização – tal como a propunha a doutrina alemã, no sentido de importar para as ações reais a simples dedução do direito, desinteressando o fato constitutivo ou título que lhe dá suporte –, a verdade é que o direito brasileiro, seja no que toca à simples disposição textual do Código de Processo Civil atual, seja no que respeita às normas que a partir do dispositivo legal referido podem ser retiradas por interpretação – realizada a partir de todo o substrato jurídico-cultural que se expôs precedentemente –, segue uma *via di mezzo*, de sapiente equilíbrio entre uma e outra proposta¹¹⁷⁵, para bem individualizar o objeto da contenda¹¹⁷⁶.

¹¹⁷⁴ Algo nesse sentido, referindo, embora, a doutrina de Heintiz, José Ignácio Botelho de Mesquita, A “*causa petendi*” nas ações reivindicatórias, p. 170.

¹¹⁷⁵ Destaca Milton Paulo de Carvalho (*Do pedido no processo civil*, p. 92/93) que “o conteúdo da causa de pedir, derivado da aplicação dos preceitos legais inicialmente transcritos, foi-se definindo, no direito brasileiro, com os contributos das teorias da substanciação e da individualização, à margem da própria letra da lei (haja vista a conclusão de mesquita com apoio no art. 158, III, do Código de 39), no sentido de ser apurada a chamada causa próxima, ou fundamento jurídico, da conjugação da descrição do fato (causa remota) com a pretensão formulada. Do fato constitutivo somado ao fato particular, vai-se ao pedido: imprescindível o liame jurídico entre uns e outro, o que constitui a causa de pedir próxima, sem necessidade de precisão na sua qualificação das categorias jurídicas, nem na indicação do inciso legal”. Ovídio Araújo Baptista da Silva (*Limites objetivos*

Para a determinação da causa petendi, importam sim os fatos – isso é óbvio e elementar¹¹⁷⁷. Mas importa igualmente a sua qualificação jurídica, tanto mais quando esse enquadramento se mostrar essencial para identificar, de forma precisa, a situação jurídica material para a qual se pede tutela no processo, de modo a distingui-la de toda e qualquer outra situação correlata – sem prejuízo de que haja dedução de mais de uma dessas situações substanciais. É imprescindível, para isso, levar em conta as peculiaridades da situação jurídica material deduzida em juízo. A maior ou menor substanciação da *causa petendi* está ligada, invariavelmente, à suficiência da descrição dos fatos, com maior ou menor detalhamento, e a necessidade maior ou menor de bem determinar de modo específico a sua qualificação jurídica para identificar a situação jurídica descrita *in status assertionis*.¹¹⁷⁸

A esse respeito, anota a doutrina que “*não é de temer-se a variedade dos componentes da causa petendi, eis que todos eles podem ser coordenado com atenção ao fim que devem servir*”¹¹⁷⁹. Esse fim, já se viu, é a identificação da situação jurídica material afirmada na demanda, para o que concorrem a narrativa fática e a respectiva fundamentação jurídica. É necessário, pois, em definitivo, deslocar as atenções e o ponto de partida no tratamento do tema para a situação jurídica material afirmada em juízo, para a qual se requer tutela¹¹⁸⁰. É com vistas nela que se há de trabalhar a enunciação da *causa petendi* no direito brasileiro¹¹⁸¹. Fatos e fundamentos jurídicos importarão tanto quanto forem necessários para permitir a correta identificação da situação jurídica carente de proteção.

2.1.2.1. Fatos e fundamentos jurídicos: o papel de cada elemento.

da coisa julgada no direito brasileiro atual, p. 134), nessa mesma linha, afirma que “*ao contrário (...) do que se possa imaginar, nosso Código não se filia a corrente doutrinária da substanciação, como de resto não acolhe a doutrina contrária, radical, da individualização, mesmo porque, modernamente, as duas posições radicais são rejeitadas*”.

¹¹⁷⁶ A esse respeito, destaca Víctor Fairen Guillén (*La transformación de la demanda en el proceso civil*, p. 71) que “*en realidad, las doctrinas de la substanciación y de la individualización no se excluyen; (...), ambas tienden a conseguir la necesaria individualización del objeto del proceso, si bien tratan de conseguirlo por métodos distintos; la primera lo hace por medio de la diferenciación de los hechos, y la segunda a través de la del derecho. Necesarias pues individualización y substanciación para el proceso*”

¹¹⁷⁷ Conforme assevera Mauro Cappelletti (*La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità*, tomo I, p. 329), “*sembra sicuro che perfino per chi rifiutando la ‘teoria della sostanziazione’ accetti invece la ‘Individualisierungstheorie’, l’allegazione dei fatti giuridici costituisce un elemento essenziale della domanda giudiziale*”.

¹¹⁷⁸ Cf. Ricardo de Barros Leonel, *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*, p. 91.

¹¹⁷⁹ José Ignacio Botelho de Mesquita, *A causa petendi nas ações reivindicatórias*, p. 170.

¹¹⁸⁰ Cf. Ricardo de Barros Leonel, *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*, p. 91.

¹¹⁸¹ Cf. Fredie Didier Júnior (*Curso de direito processual civil*, volume 1, p. 426) e José Roberto dos Santos Bedaque (*Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório*, p. 30).

Cumpra ver, então, de que forma interagem fato e fundamentos jurídicos na determinação da *causa petendi*. A tarefa, pode-se imaginar, é das mais difíceis. A temática que surge como pano de fundo dessa discussão – questão de fato e questão de direito – é tormentosa¹¹⁸² e não seria possível, quanto menos desejável, nessa sede, pretender enfrentá-la de modo vertical e em toda a sua extensão. Isso exigiria esforço hermenêutico hercúleo, um longo e duro caminhar pelos corredores da teoria do direito, da epistemologia e da metodologia jurídicas perseguindo solução definitiva que sequer os mais notáveis juristas e estudiosos dedicados a essas disciplinas conseguiram alcançar. Em que pese a isso e ao perigo de lançar-se a empresa deste gênero sem estar bem acompanhado do instrumental teórico adequado, mostra-se necessário, nesse momento, fazer análise ao menos um pouco mais detida de cada um dos elementos que compõem a *causa petendi* – fatos e fundamentos jurídicos – para que se possa esboçar melhor compreensão a respeito do papel das alegações de fato e das alegações de direito na individualização da demanda. Com efeito, rejeitada a ideia de que o direito brasileiro haja se filiado aos pressupostos da teoria da substanciação, é preciso examinar com olhar mais crítico e aguçado as considerações normalmente feitas pela doutrina a respeito da função de cada um desses elementos na definição da *causa petendi*. Isso, obviamente, não com a pretensão de esgotar a temática, mas com a motivação e o interesse de investigar mais a fundo, sobretudo, as funções exercidas pela fundamentação jurídica da causa de pedir na individualização da demanda, correlacionando-a à aplicação da máxima *iura novit curia*, objeto final do presente estudo.

Sendo assim, ainda que de passagem, é imprescindível dedicar algumas linhas ao exame das relações entre fato, norma e estrutura do juízo. Com efeito, conforme bem já fez notar a doutrina, “*el proceso como tal y cada uno de los actos que se llevan a cabo en el mismo toman como una división estructural fundamental de los hechos, por un lado, y el Derecho, por otro*”¹¹⁸³. Exemplo claro disso é dado, justamente, pela pelo citado artigo 282, inciso III, de nosso Código de Processo Civil. Fato e direito, encarados como realidades distintas, oferecem o material de trabalho para a enunciação da *causa petendi*. Mais do que isso, é o pressuposto de organização de boa parte da estrutura do procedimento e, em geral, do formalismo processual – aí compreendida, evidentemente, também a divisão do trabalho entre juízes e partes no âmbito de todo processo. Essa constatação, da separação entre fato e direito na estruturação do processo, torna-se tão ou mais importante para o escopo de nosso estudo

¹¹⁸² Basta, para isso ver, um breve folhear de páginas da obra de António Castanheira Neves (*Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade*, Coimbra: Almedina, 1967).

¹¹⁸³ Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, “*Iura novit curia*” y aplicación judicial del derecho, p. 63/64.

quando se percebe, conforme antes referido, que a vasta maior parte da doutrina processual, assentada nessa distinção – e, mais do que isso, imaginando-a de modo estanque –, afirma estar à exclusiva disposição das partes o aporte do elemento fático da causa, ao passo que o seu tratamento jurídico estaria entregue, de modo absoluto e incontrolável, ao órgão judicial – *iura novit curia*. Em outras palavras, repetindo o que já se disse: apenas os fatos introduzidos no processo pelas alegações das partes vinculariam o juiz; a qualificação jurídica dos fatos, do modo como proposto pela parte na demanda, não passaria de simples sugestão de enquadramento das circunstâncias de fato narradas, incapaz de atrelar o julgador à perspectiva de exame proposta. Há que se ver de que modo isso pode funcionar.

É preciso partir, então, da constatação de que a separação entre fato e direito na estruturação do processo, e o distinto regime de tratamento que normalmente é atribuído a cada um desses elementos, é tributária da estrutura típica de muitas normas jurídicas – suporte fático e consequência jurídica¹¹⁸⁴ – e da forma como se concebe a decisão judicial que a aplica: um silogismo formado por uma premissa maior de direito (elemento jurídico da decisão), uma premissa menor de fato (elemento fático da decisão) e uma conclusão que as combina, assinalando a consequência jurídico-normativa para o caso¹¹⁸⁵. A arquitetura desse silogismo é dada, justamente, pela norma jurídica¹¹⁸⁶. A estrutura da norma, enquanto regra de direito – “proposição jurídica”¹¹⁸⁷ –, é entendida como um enunciado que correlaciona casos com soluções, sendo retratada, no mais das vezes, a partir de um esquema lógico-condicional do tipo “se A, então B”. O elemento “A” é representado por um conjunto de circunstâncias condicionantes, fatos ou conjunto de fatos, previstos pela norma, a que se chama “suporte fático normativo”. O elemento “B”, a consequência jurídica prevista para o caso de se verificar a conduta “A”. Não há aí novidades, e essa é, como bem se sabe, uma das primeiras lições passadas em qualquer curso de bacharelado em direito.

¹¹⁸⁴ Trata-se, notadamente, de normas jurídicas do tipo regra. “As regras”, conforme leciona Humberto Ávila (*Teoria dos princípios*, p. 78), “são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos”.

¹¹⁸⁵ Cf. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, “*Iura novit curia*” y aplicación judicial del derecho, p. 65/66.

¹¹⁸⁶ Parte III, item 1.2., *supra*. É de observar que a referência que se faz à norma jurídica tem sempre por pressuposto de que não se trata do simples dispositivo normativo, mas da norma que dele se retira por meio do exercício de interpretação/aplicação do direito. Na lição de Humberto Ávila (*Teoria dos princípios*, p. 30), “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte”.

¹¹⁸⁷ Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, 3ª edição, Lisboa: Calouste Gulbenkian, p. 350.

A partir desse esquema lógico, a aplicação da norma jurídica a um caso consistiria basicamente em determinar se os fatos que compõem o suporte fático normativo ocorreram na realidade e, verificado isso, declarar a consequência jurídica prevista nas normas para a situação em referência¹¹⁸⁸. Essa é a razão pela qual o funcionamento do processo estaria orientado, precipuamente, para a averiguação, mediante instrução probatória, dos fatos; a aplicação das consequências jurídicas aos fatos provados seria operação simplesmente mecânica, quase automática. Com efeito, vinculado à disposição de lei¹¹⁸⁹, o juiz apenas aplicaria as consequências jurídicas descritas pelo legislador para os fatos verificados ao longo do processo, dando ao caso concreto a solução abstratamente prevista pelo legislador. De acordo, portanto, com essa concepção, amplamente aceita, a decisão judicial consistiria na realização de um silogismo: a todos os suportes fáticos do tipo “A”, atribui-se a consequência “B”; os fatos do caso são do tipo “A”; logo, a consequência jurídica para esses fatos é “B”¹¹⁹⁰.

Sem nos atermos, nesse momento, às muitas falhas e questões problemáticas dessa estrutura de raciocínio¹¹⁹¹ – mormente no momento atual de nossa ciência jurídica, em que, para focar apenas em um aspecto, se tem plena consciência de que nem toda a norma jurídica possui estrutura semelhante àquela recém-descrita¹¹⁹² –, vale apenas admitirmos essa proposta de conformação do juízo, que, sem dúvida, é levada em conta, ao menos, na estruturação do formalismo processual em nosso Código de Processo Civil, e prosseguir na análise. Mantendo-se fiel à proposta silogística da decisão judicial, dois problemas potencialmente

¹¹⁸⁸ Cf. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, “*Iura novit curia*” y aplicación judicial del derecho, p. 66/67.

¹¹⁸⁹ Cf. ressalta Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas (“*Iura novit curia*” y aplicación judicial del derecho, p. 67/68, um princípio estrutural básico de sustentação desse tipo de raciocínio, sobre o qual se erige a ideia expressa pela máxima *iura novit curia*, “*establece la vinculación del Juez a la Ley*”).

¹¹⁹⁰ Cf. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, “*Iura novit curia*” y aplicación judicial del derecho, p. 68.

¹¹⁹¹ Ilustrativamente, a esse respeito, vale a pena reproduzir a seguinte passagem de Michele Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, p. 76: “*Le ragioni per cui il modo sillogistico di rappresentare la determinazione della rilevanza giuridica del fatto è assai discutibile sono numerose. Alcune di esse (che non possono essere qui considerate analiticamente) risalgono ai vari motivi per cui da tempo, anche nell’ambito di concezione razionalizzatrici del ragionamento del giudice, si ritiene inadeguato lo schema sillogistico, o se ne riduce drasticamente la funzione e la capacità rappresentativa. Altre possono essere qui richiamate in quanto attengono direttamente al problema in discussione. Si tratta essenzialmente di constatare che la concezione sillogistica dà per scontato ciò che bisognerebbe spiegare, ossia l’individuazione del significato della norma in particolare con riguardo alla definizione della fattispecie astratta, e la qualificazione giuridica del fatto concreto in modo da stabilire se esso rientra o no nel campo di applicazione della norma. In altri termini, se il ragionamento sillogistico funziona, funziona se ed in quanto siano stabilite premesse adeguate, di fatto e di diritto, poste nella correlazione logica che fonda la deduzione sillogistica. Ma il problema vero, rispetto al quale lo schema sillogistico non fornisce alcuna risposta, è quello che riguarda la fissazione delle premesse, ossia l’interpretazione della norma, da un lato, e la determinazione del fatto dall’altro lato. Bisogna poi tener conto che, come si è appena visto, nessuna determinazione adeguata del fatto è data a priori, così come non è fatto a priori alcun significato ‘proprio’ della norma*”.

¹¹⁹² “*Os princípios*”, conceitua Humberto Ávila (*Teoria dos princípios*, p. 78/79), “*são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção*”.

relevantes, entre muitos outros, surgem para o intérprete/aplicador: o primeiro, ligado o exame da correção lógica da inferência; o segundo, referente à determinação das premissas do silogismo¹¹⁹³. Esse último, no momento, é o que mais nos interessa e precisa ser examinado com maior cuidado.

Da forma pela qual normalmente se propõe o esquema silogístico – e do modo como a doutrina recomenda seja encaminhada a solução judicial da controvérsia e a proclamação da decisão que a resolve –, instintivamente se é levado a pensar e encarar a questão de fato e a questão de direito no processo como duas realidades completamente distintas, a merecer tratamento isolado. Todavia, nada poderia ser mais enganoso. Fato e direito, notadamente enquanto premissas da decisão judicial, encontram-se intimamente imbricados na dinâmica do processo, a ponto de não se poder tratar do fato separando-o completamente do direito ou desconsiderado suas dimensões jurídicas¹¹⁹⁴. A presença do direito na determinação do fato é importantíssima, e o mesmo se pode dizer do fato para a obtenção da norma jurídica¹¹⁹⁵. Essa é uma realidade no mais das vezes desconsiderada, mas não se pode perdê-la de vista, principalmente no momento aplicativo do direito. No silogismo da decisão judicial, entre *quaestio iuris* e *quaestio facti*, propõem-se ao intérprete/aplicador duas questões “fatuais”: uma ligada à determinação do suporte fático normativo e outra vinculada à verificação dos fatos do caso. Na primeira situação, tem-se uma determinação realizada em termos gerais, ou seja, referida a uma classe ou categoria de fatos, que funciona como critério de atribuição de relevância jurídica e, portanto, de seleção das circunstâncias fáticas que assumem relevância para a aplicação da norma. Na segunda, trata-se de enunciados versando sobre eventos concretos e particulares, que se afirmam ocorridos com certas características materiais¹¹⁹⁶. Ambas as questões, na trilha do que se disse, estão mutuamente imbricadas e intimamente relacionadas, a ponto de não se conseguir livrar totalmente uma da influência da outra¹¹⁹⁷.

Quanto à chamada *quaestio iuris*, premissa maior do silogismo, superada, como já referido, a noção de equivalência entre texto e norma e considerada essa última enquanto proposição jurídica, os problemas interpretativos decorrentes podem muito bem estar

¹¹⁹³ Cf. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, “*Iura novit curia*” y aplicación judicial del derecho, p. 69.

¹¹⁹⁴ Michele Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, Milano: Giuffrè, 1992, p. 68.

¹¹⁹⁵ Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, “*Iura novit curia*” y aplicación judicial del derecho, p. 78. Isso não quer dizer, contudo, conforme bem anota Michele Taruffo (*La prova dei fatti giuridici*, p. 69/70), que se deva confundir as realidades ou anular a necessária diferença existente entre esses elementos, diluindo injustificadamente a sua autonomia.

¹¹⁹⁶ Cf. Michele Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, p. 99.

¹¹⁹⁷ Cf. explica Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas (“*Iura novit curia*” y aplicación judicial del derecho, p. 71), isso também demonstra que “*las referencias a hechos no sólo están presentes en la premisa menor del silogismo judicial, sino también, aunque de modo distinto, en la premisa mayor, que, sin embargo, suele ser considerada una premisa normativa y los problemas que plantea como una pura quaestio iuris*”

relacionados a qualquer um dos elementos que compõem a norma – o suporte fático e a consequência jurídica –, ou a ambos¹¹⁹⁸. O primeiro desses componentes é o que, agora, mais interessa, na medida em que, ao longo do processo – e, notadamente, na propositura da demanda e na decisão judicial –, o enunciado que decorre do suporte fático normativo possui importância fundamental e guia a atividade de todos os sujeitos no processo¹¹⁹⁹. A reconstrução de sentido normativo, enquanto ato de atribuição de “um” (não “o”) possível significado ao texto, não envolve atividade de subsunção de conceitos prontos, tampouco inteiramente pré-dados, mas sim de construção de significações (possíveis) por tentativas, passível de ser realizada de modo pleno apenas quando da análise de uma particular situação concreta¹²⁰⁰. Quando isso ocorre, é bem de se notar, os fatos do caso têm importância fundamental, revelando-se, portanto, de importância fundamental não apenas para selecionar a disposição normativa que, *prima facie*, os contempla, mas também para lhe atribuir um significado adequado na situação em exame – “*es decir, para obtener, por medio de la interpretación de la disposición elegida, una norma jurídica apropiada para resolver el asunto debatido*”¹²⁰¹. Nesse sentido, “*puede señalarse que, del mismo modo que, en general, las disposiciones no poseen un único significado ‘proprio’ o ‘correcto’, el establecimiento del supuesto de hecho, es decir, la determinación de las propiedades que una clase de hechos debe poseer para que se les asignen las específicas consecuencias jurídicas indicadas por la norma, tampoco está realizada a priori, sino que también depende, en buena medida, de los hechos del caso, del asunto concreto que ha sido debatido en el proceso y que debe ser resuelto*”¹²⁰². Isso se torna bastante evidente quando se percebe que a dificuldade de determinação do suporte fático normativo muitas vezes é potencializada por uma questão semântica, de vagueza, pouca clareza ou indeterminação linguística, o que é uma complicação sempre presente¹²⁰³ e que pode encontrar solução somente diante do caso concreto.

Quanto à chamada *quaestio facti*, premissa menor do silogismo, imaginá-la e representá-la como uma questão meramente fatural é ou tremenda ingenuidade ou falácia tão evidente quanto enganosa. Com efeito, há de se convir que os fatos narrados na demanda não

¹¹⁹⁸ A esse respeito, anote-se que os conceitos jurídicos indeterminados dizem respeito à indeterminação do suporte fático normativo, sendo certa a consequência jurídica; as cláusulas gerais, por sua vez, dizem com a indeterminação tanto do suporte fático quanto da consequência jurídica da norma. A propósito das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, veja-se, por todos, como já indicado, Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado*, p. 273 e ss.

¹¹⁹⁹ Cf. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, “*Iura novit curia*” y aplicación judicial del derecho, p. 72/73.

¹²⁰⁰ Cf. Humberto Ávil, *a Teoria dos princípios*, p. 31/32.

¹²⁰¹ Cf. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, “*Iura novit curia*” y aplicación judicial del derecho, p. 73.

¹²⁰² Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, “*Iura novit curia*” y aplicación judicial del derecho, p. 73.

¹²⁰³ Michele Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, p. 86.

são trazidos para o processo do modo como acontecem na realidade. Imaginar que a narrativa fática que tem lugar no processo faça as vezes de uma representação policênica, capaz de retratar, em uma tomada, todo o dinamismo da vida, refletindo, de modo puro, todo um emaranhado de acontecimentos que se contrapõem, se coordenam, se implicam, se contradizem, se ignoram, se repetem, em um fluir contínuo, do qual, no mais das vezes, nem mesmo os seus protagonistas estão plenamente conscientes¹²⁰⁴, é delinear qualquer coisa outra que não a descrição de fato levada a efeito pelos litigantes no processo¹²⁰⁵. A descrição de uma situação de fato em estado puro, que mescla acontecimentos relevantes para a obtenção da providência buscada em juízo com outros tantos absolutamente irrelevantes para esse fim, não é exatamente o que vem estampado, por exemplo, na petição inicial.

Longe disso, a narrativa fática apresentada na demanda, enquanto serve para dar sustentação à pretensão manifestada pelo autor no processo, assume um perfil muito mais fotográfico, sobre ser um retrato estático de algumas poucas facetas da situação de fato ocorrida no plano sensível¹²⁰⁶. Como bem descreve a doutrina, *“quando operiamo come pratici, e ci accingiamo a stendere un atto di citazione, siamo i primi a renderci conto che i fatti che affermiamo, pur essendo veri, almeno nella nostra convinzione, non sono tutta quella verità e neppure tutta quella verità che potrebbe in qualche modo influire su quel diritto di cui chiediamo la tutela, ma sono solo quella parte di verità che riteniamo necessaria e*

¹²⁰⁴ Cf. Crisanto Mandrioli, *Riflessioni in tema di “petitum” e di “causa petendi”*, p. 468.

¹²⁰⁵ A esse propósito, ressalta Michele Taruffo (*La prova dei fatti giuridici*, p. 71) que *“nessuna proposizione descrittiva è a priori idonea a cogliere e ad esaurire il ‘fatto’, e neppure si può ritenere che questo sia completamente descrivibile da una serie sia pure estesa di proposizione”*. Por essa razão, complementa o autor, *“l’idea del senso comune oer cui di ogni fatto esiste una descrizione ‘oggettiva’ ed appropriata appare dunque evidentemente inattendibile non sulla base di atteggiamenti soggettivistici, ma perché i livelli di analisi della stessa situazione possono essere fortemente (in teoria: illimitatamente) differenziati”* (p. 72).

¹²⁰⁶ A propósito, leciona Michele Taruffo (*La prova dei fatti giuridici*, p. 71/72) que *“è intuitivo (...) che qualunque situazioni di fatto può essere sottoposta ad un processo di scomposizione che muove in due direzioni: qualitativa e quantitativa. Si ha una scomposizione qualitativa quando si individuano aspetti diversi della situazione in questione: così ad es. discrevendo un incidente stradale si possono via via distinguere diversi ‘pezzi’ della situazione: il tipo dell’auto, la velocità, la marca, il colore, l’altezza del conducente, il colore della sua cravatta, e così via distinguendo. Non ocorre sottolineare poi che questa scomposizione o multiplicazione aumenta se si prendono in considerazione più punti di vista, ossia descrições della stessa situação de facto fornite da soggetti diversi o in prospettive diverse. Per scomposizione quantitativa si può intendere il procedimento con cui, posta una certa circostanza, questa viene analizzata in dettagli sempre più precisi: così ad es. la dinamica di un’automobile può essere scomposta pensando al funzionamento del motore, poi a quello singoli pezzi, poi alla loro composição, poi alla loro estrutura molecular, e così via approfondendo il livello di análise della singola circostanza”*. “Su questo sfondo teorico”, continua o autor, *“si colloca la prassi, nella quale a seconda delle circostanze e delle necessità si usano descrições dotate di livelli di precisione stremamente diversi e spesso tali da non poter essere neppure paragonati tra loro”* (p. 72). Arremata, então, dizendo que *“l’infinità teorica delle possibili descrições, e il conesso problema del livello di descrição adeguata del fatto, si risolvono sulla base di scelte dettate dal contesto pratico in cui si colloca la necessità di descrivere quel fatto. Da ciò deriva che la soluzione concreta può essere diversa, anche quando si tratti della medesima situação, in funzione di contesti diversi che richiedano l’individuazione di diverse ‘settori della realtà’ o diversi livelli di precisione”* (p. 73).

sufficiente per l'accoglimento della domanda e che scegliamo proprio a questo scopo"¹²⁰⁷. Em outras palavras, pode-se dizer que o esboço fático delineado na demanda, antes de descrever a situação de fato tal como empiricamente verificada, relata apenas ocorrências selecionadas a partir de determinado critério, que é, justamente, o da sua relevância para o direito – notadamente, da sua relevância para amparar a pretensão jurídica deduzida pelo autor e justificar a obtenção da providência por ele perseguida em juízo. No processo, portanto, narra-se e busca-se demonstrar a existência de fatos *“non per soddisfare l'esigenze di conoscenza allo stato puro, ma per risolvere controversie giuridiche vertenti sull'esistenza di diritti: si accerta cioè il fatto non in sè, ma in quanto esso è il presupposto per l'applicazione di norme nel caso concreto*"¹²⁰⁸.

Se a narrativa fática gravada na demanda não é outra coisa senão isso, a exposição simplificada e recortada de alguns fatos pinçados da realidade assaz mais complexa, extensa e irreduzível da vida, cabe então examinar o que influencia essa seleção que antecede imediatamente a descrição. Há poucas linhas se disse que o critério de escolha é o da relevância para o direito. Mas qual direito? A resposta óbvia aponta para a norma jurídica levada em conta pelo demandante, a qual, prevendo em seu suporte fático um evento “A”, a isso correlaciona a consequência jurídica “B” – consequência essa que possivelmente satisfaz o interesse do autor. *“È la norma, in altri termini”*, como bem anota a doutrina, *“che funziona come criterio di selezione nel senso di individuare, tra gli infiniti accadimenti del mondo reale, quelli che assumono rilevanza specifica per la sua applicazione*"¹²⁰⁹. Logo, a verdade é que a norma jurídica, ou, mais especificamente, o suporte fático normativo, é o guia, o paradigma de escolha dos fatos que serão narrados pelo autor na propositura da demanda¹²¹⁰. Recuperando a lição de Fazzalari a que antes se fez alusão¹²¹¹, deve-se notar que, na demanda, o autor não alega alguns fatos quaisquer, um mero episódio da vida, mas sim fatos que, preenchendo o suporte fático de uma determinada norma já previamente identificada, possibilitam seja implementada determinada consequência jurídica prestabelecida para a situação de fato descrita.

Não pode haver dúvida, assim, de que o autor, ao propor a demanda, descreve os fatos da causa enquanto constitutivos de uma determinada situação jurídica substancial, individualizada de antemão a partir da norma jurídica – norma essa que lhe coloca em uma

¹²⁰⁷ Crisanto Mandrioli, *Riflessioni in tema di “petitum” e di “causa petendi”*, p. 468.

¹²⁰⁸ Michele Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, p. 68.

¹²⁰⁹ Michele Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, p. 75.

¹²¹⁰ Cf. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, *“Iura novit curia” y aplicación judicial del derecho*, p. 70.

¹²¹¹ Parte II, item 3.2.2.4., *supra*.

posição de proeminência relativamente ao bem da vida perseguido. O direito opera de modo decisivo na determinação dos fatos relevantes do caso¹²¹², “*poichè (...) è proprio la dimensione giuridica del ‘fatto della causa’ a consentire di individuarlo, distinguendolo ed estraendolo alla illimitata variabilità e indeterminatezza della realtà*”¹²¹³. A determinação do fato que se apresenta à base da controvérsia é fruto de escolhas determinadas, feitas à luz de elementos valorativos – porque frequentemente é valorativa a interpretação normativa, que, ao fim, permite individualizar o critério de relevância jurídica dos fatos¹²¹⁴.

Essa breve explanação introdutória – que apanha apenas as linhas gerais do problema e, por isso, abre oportunidade para equívocos, o que é tanto mais provável de acontecer em se tratado de uma abordagem rarefeita e generalizante de questão de incomensurável complexidade e refinamento – pode já ser suficiente para se perceber que os fatos são narrados no processo não de qualquer forma, mas à luz de uma determinada norma jurídica, a qual, de um lado, na percepção do demandante, garante a sua posição jurídica e, portanto, dá condições para que a sua pretensão seja acolhida pelo órgão judicial; e, de outro, estabelece as circunstâncias de fato que são juridicamente relevantes para a definição do caso concreto. Os fatos, nesse contexto, não são nunca fatos puros, mas sempre fatos valorados e selecionados pelo demandante a partir dessa valoração, que importa tanto para a determinação do suporte fático normativo, quanto para a própria seleção fática da narrativa.

Disso tudo, e esse é o ponto principal, ressaí de forma evidente que os fatos da causa, tal como expostos na demanda, não podem ser considerados como entidades autônomas, isoladas e independentes. A narração fática só ganha sentido diante de uma determinada proposição normativa, perdendo significação – ou, ao menos, perdendo fidedignidade – diante de contexto normativo diverso do imaginado. Os fatos, por isso, têm sempre função instrumental em relação à identificação da situação jurídica substancial isolada na demanda¹²¹⁵ – essa sim o objeto de discussão entre as partes e de apreciação do órgão judicial. Não há, então, como negar essa realidade no momento de propor uma forma de tratamento os elementos da *causa petendi*. O fato narrado na demanda deve ser considerado não isoladamente, mas enquanto elemento da causa diretamente relacionado à norma jurídica que lhe atribui relevância e, por isso, justifica a sua invocação pela parte, sob pena de haver manipulação e distanciamento da realidade fático-jurídica discutida no processo.

¹²¹² Cf. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, “*Iura novit curia*” y aplicación judicial del derecho, p. 78.

¹²¹³ Michele Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, p. 70.

¹²¹⁴ Cf. Michele Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, p. 80.

¹²¹⁵ Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 131.

À luz dessas considerações, e tendo em conta, sobretudo, as “*operações componentes do fenômeno jurídico substancial*”¹²¹⁶, é que se há de examinar o funcionamento dos dois elementos que compõem a causa de pedir no direito brasileiro – os fatos e os fundamentos jurídicos. Para facilitar a compreensão de nosso ponto, a análise que a partir de agora se faz entremeará, de forma dialética, a exposição das principais nuances da problemática relacionada aos componentes da *causa petendi*, do modo como as compreende a doutrina, com observações e críticas pontuais, procurando alinhar o tratamento dessas questões aos pressupostos teóricos antes expostos.

A dupla composição da *causa petendi*, em *causa proxima* e *causa remota*, é secular, remontando à época dos glosadores¹²¹⁷. Por *causa petendi remota*, entendem-se, normalmente, os “*fatos que fazem emergir a pretensão do demandante*”; por *causa petendi proxima*, no mais das vezes, alude-se ao “*enquadramento da situação concreta, narrada in status assertionis, à previsão abstrata contida no ordenamento de direito positivo, da qual decorre a juridicidade daquela*”¹²¹⁸. Trata-se, conforme referenciado, de divisão inspirada pela estrutura silogística imaginada para a decisão judicial – e, mais do que isso, para o próprio raciocínio jurídico. A exposição levada a cabo pelo autor na propositura da demanda, portanto, há de indicar “*a descrição fática e jurídica dos fundamentos da pretensão deduzida, cujo objeto deve ser efetiva e positivamente indicado no petitório (art. 282, IV)*”¹²¹⁹.

Quanto à primeira exigência – de que o autor narre na petição inicial os fatos (*causa petendi remota*) –, Pontes de Miranda afirma que “*a narração há de ser clara e precisa; convém, outrossim, que seja exaustiva, mas concisa; e subentende-se que há de conter a verdade dos fatos, expostos com probidade e encadeamento, tal como se passaram*”¹²²⁰. Em relação ao conteúdo da narrativa, a doutrina costuma afirmar que não é qualquer fato que terá interesse para a determinação da *causa petendi*, já que “*nem todo o fato é jurígeno*”¹²²¹.

O fato ou o conjunto de fatos reputados relevantes para a delimitação da *causa petendi* seriam apenas aqueles que, por afeiçoarem-se ao suporte fático de uma norma potencialmente aplicável ao caso, emergem carregados de potenciais efeitos atribuídos pelo direito,

¹²¹⁶ Daniela Santos Bomfim, *A causa de pedir à luz da teoria do fato jurídico*, Dissertação de Mestrado, Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2012, p. 77.

¹²¹⁷ Milton Paulo de Carvalho, *Do pedido no processo civil*, p. 81.

¹²¹⁸ José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 161.

¹²¹⁹ José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 162.

¹²²⁰ Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo IV, p. 14

¹²²¹ Milton Paulo de Carvalho, *Do pedido no processo civil*, p. 81

delimitando a pretensão¹²²². São chamados de “fatos essenciais”, porque, justamente, constituem o “*pressuposto inafastável da existência do direito submetido à apreciação judicial*” e formam, por isso, o objeto fulcral da prova a ser produzida no processo¹²²³. Nesse sentido, a título ilustrativo, “*o contrato celebrado entre Tício e Caio corresponde a um evento, um fato, tangível mesmo fora do campo do direito*”¹²²⁴, mas especialmente relevante, por hipótese, para suportar eventual pretensão indenizatória de um dos contratantes em face do outro fundada em responsabilidade contratual.

Ao lado dos fatos essenciais poderiam apresentar-se outros fatos, que são ditos “simples” ou secundários porque, a princípio, não revelariam uma ocorrência por si só relevante, na medida em que inapta a preencher, de per si o suporte fático da norma levada em consideração no caso¹²²⁵. No eloquente exemplo mencionado pela doutrina, saber “*se o adultério se consumou de manhã, ou à noite; se o dia estava ensolarado ou chovia, se o marido embriagou-se nessa ou naquela bodega; se o acidente ocorreu no início desta rua, ou no fim daquela; se numa sexta-feira, ou num sábado*” é questão que, a princípio, tangencia a *causa petendi*, “*completa-a, esclarece-a, mas não a constitui, nem a distingue*”, de modo que, mesmo na omissão de uma dessas circunstâncias, o fato essencial mostra-se reconhecível e apto para individualizar a pretensão veiculada¹²²⁶.

Tradicionalmente, os fatos essenciais são definidos como “fatos jurídicos”¹²²⁷, na medida em que são apontados como objeto de incidência da regra jurídica que, prevendo determinadas consequências jurídicas, potencialmente amparam a postulação formulada pelo autor em face do réu, consubstanciada no pedido¹²²⁸. Tendo sempre presente a estrutura silogística do juízo, diz-se que os fatos jurídicos, assim qualificados, compõem a premissa menor do esquema lógico-dedutivo da decisão, devendo necessariamente ser indicados pelo autor para favorecer a inteligência da categoria jurídica controvertida¹²²⁹ –situação jurídica material – que dá sustentação à pretensão manifestada. Consoante se destaca, “*a communis opinio da doutrina universal, inclusive de época contemporânea, afirma que o fato jurídico*

¹²²² José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 162/163. Milton Paulo de Carvalho, *Do pedido no processo civil*, p. 81.

¹²²³ José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 163.

¹²²⁴ José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 27.

¹²²⁵ Araken de Assis, *Cumulação de ações*, p. 142.

¹²²⁶ Cf. Araken de Assis, *Cumulação de ações*, p. 142.

¹²²⁷ Giuseppe Chiovenda (*Instituições de direito processual civil*, volume I, p. 7) definia o “fato jurídico” como aquele “*de que deriva a existência, modificação ou cessação de uma vontade concreta de lei*”, no que vão distinguidos dos “*fatos simples ou motivos, que só têm importância para o direito enquanto possam servir a provar a existência de um fato jurídico*”.

¹²²⁸ Araken de Assis, *Cumulação de ações*, p. 141.

¹²²⁹ Araken de Assis, *Cumulação de ações*, p. 142.

integra o núcleo central da causa petendi, concebido como fato ocorrido e enquadrável sub specie iuris”¹²³⁰. A *causa petendi remota* é o “nó górdio da causa de pedir”¹²³¹.

A lição assim apresentada, que, exposta já com alguns temperamentos, reflete a compreensão geral da doutrina a respeito do elemento fático da causa de pedir, não merece ser reparada, mas tão somente aprofundada e clareada em alguns de seus aspectos. Não pode haver dúvidas, realmente, de que a *causa petendi remota* é composta pela afirmação do fato jurídico, assim entendido o fato qualificado pela incidência normativa. Conforme se viu, não se trata de qualquer fato, mas de fato apto a preencher o suporte fático da norma jurídica que resolverá o caso. O conceito, assim exposto, satisfaz de modo bastante razoável as exigências teóricas; mas não apresenta fácil concretização.

Atendo-se ao que mais interessa para o escopo de nosso estudo, veja-se, circunstancialmente, a questão concernente à distinção entre fatos essenciais – jurídicos – e fatos simples. Cuida-se de distinção absolutamente relativa¹²³², na medida em que um determinado fato pode perfeitamente receber uma ou outra etiqueta, a depender do que se considera relevante e irrelevante no caso em análise; isto é, a depender da norma jurídica e do suporte fático normativo que tido em conta. Um exemplo pode esclarecer e ilustrar melhor a situação.

Inspirando-se em hipótese já clássica desenhada por Ovídio Araújo Baptista da Silva¹²³³ a respeito de situação em que o demandante, dono da terra, busca obter o despejo do colono sob a alegação de que este infringira o artigo 32, inciso IV, do Decreto nº 59.566, de 1966¹²³⁴, causando, culposamente, dano à gleba. Imagine-se que, nessa hipótese, ao propor a petição inicial, o autor alegue que o demandado, visando a obter melhor rendimento em sua colheita, espalhou sobre a porção de terras objeto do contrato componente químico de determinada espécie que, embora potencializasse a produção da safra, por sua composição teria o condão de causar danos permanentes ao solo, tornando-o inapto para receber futuros cultivos. Demoradamente, então, em sua petição inicial, o autor concentra-se em demonstrar como o produto químico em questão tornaria o solo infértil. Ninguém poderá duvidar, nessa hipótese, de que o fato jurídico da demanda proposta pelo dono da terra diz com a utilização de produto químico que, por sua nocividade, teria causado dano à gleba, possibilitando o

¹²³⁰ José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 163.

¹²³¹ Araken de Assis, *Cumulação de ações*, p. 141.

¹²³² Daniela Santos Bomfim, *A causa de pedir à luz da teoria do fato jurídico*, p. 110.

¹²³³ Ovídio Araújo Baptista da Silva, *Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro*, p. 118.

¹²³⁴ “Art 32. Só será concedido o despejo nos seguintes casos: (...) IV - Dano causado à gleba arrendada ou às colheitas, provado o dolo ou culpa do arrendatário”.

acolhimento do pedido despejo. As questões relativas, por exemplo, à marca do produto químico, ao dia em que foi aplicado e às circunstâncias do tempo naquele momento seriam, possivelmente, secundárias ao fato essencial narrado pelo autor, qual seja, o dano causado pelo produto em referência ao solo. Igualmente o seria a forma de aplicação – no caso, imagine-se, com a utilização de tratores para borrifar o produto sobre a lavoura. Suponha-se, porém, que, da descrição realizada com a intenção de demonstrar que o demandado realmente ordenara a aplicação do produto sobre a porção de terras, ressaia, circunstancialmente, a informação de que os veículos utilizados na tarefa eram demasiadamente grandes para transitar pelas veredas da plantação e, ademais, estavam equipados com rodagem inapropriada, o que teria provocado, igualmente, alguns danos à lavoura. Nessa situação, levando-se em conta a citada argumentação do autor, esse último fato permaneceria sendo secundário em relação ao fato jurídico descrito. Embora de dimensões exageradas em com rodagem indelicada, o trânsito dos veículos em questão não seria capaz de causar dano ao solo a ponto de justificar o despejo por dano à gleba – que é justamente a situação jurídica afirmada pelo autor. Esse mesmo fato, contudo, trocada a perspectiva para iluminar a hipótese normativa de dano à colheita, passaria de secundário a essencial – ao mesmo tempo em que o fato jurídico tido por essencial na demanda fundada em dano à gleba, tornar-se-ia secundário e irrelevante para eventual demanda fundada em dano à colheita.

O exemplo em questão é eloquente e ilustra bem o que se pretende aqui esclarecer. A essencialidade do fato e sua proclamada juridicidade, bem assim a sua secundariedade e irrelevância, não podem ser valoradas a despeito da singular norma jurídica levada em conta nessa operação. Alterada a perspectiva normativa, modificado o suporte fático normativo que ilumina a qualificação dos fatos, a narrativa, ainda que permaneça genuinamente idêntica, mudará completamente a sua significância. Isso porque o chamado fato jurídico outra coisa não é senão produto da relação fato e norma. O fato definido como fato jurídico apenas merece essa roupagem porque o suporte fático da norma invocada comporta a ocorrência descrita. Alterada a norma, modificado o suporte fático, as peças trocam de lugar no tabuleiro, e circunstância antes tida por essencial, como que por mágica, torna-se secundária. Essa realidade se afigura mais do que evidente e não pode ser desconsiderada no momento de aplicação da máxima *iura novit curia*. Reservemos, no entanto, ulteriores considerações para um momento seguinte, porquanto ainda há questões relativas à *causa petendi remota* que merecem destaque.

Tratando, ainda, do elemento dito fático da causa de pedir, é interessante destacar que nem sempre esse componente dirá respeito a uma circunstância propriamente de fato. Assim, por exemplo, na ação rescisória fundada, por hipótese, no inciso V do artigo 485 do Código de Processo Civil¹²³⁵, é o “fato” a ser narrado e demonstrado para a obtenção da desconstituição da sentença é violação que a decisão cometer a literal disposição de lei. Daí se vê que mesmo questões eminentemente jurídicas, com se tem na hipótese, podem ser previstas pela norma jurídica como aptas em seu suporte normativo e aptas, portanto, a dar origem a fatos jurídicos afirmados no processo. Entre o fato propriamente dito e o direito tomado por fato estão situações intermediárias, como, por exemplo, o “justo receio” para a tutela da posse de que trata o artigo 1.210 do Código Civil¹²³⁶, conceito indeterminado que ganha significação simultaneamente a partir do fato e do direito, razão pela qual merece da doutrina a denominação de “questão mista”¹²³⁷.

A respeito da *causa petendi remota*, interessa, ainda, destacar a importância de se considerar a existência daquilo que, conforme já se fez aceno, a doutrina costuma chamar de aspecto ativo e passivo do elemento fático da causa, distinção que tem relevo em diversas hipóteses, sobretudo naquelas ligadas a direitos a uma prestação. Assim, o aspecto ativo diria respeito ao fato constitutivo do direito ou situação jurídica afirmados, enquanto o aspecto passivo estaria associado ao fato que nega ou viola esse direito ou essa situação, do qual se originaria o interesse de agir do demandante¹²³⁸. Desse modo, para dar suporte à pretensão veiculada, o autor está obrigado a evidenciar, além do fato jurídico que dá origem ao direito a uma prestação, também a resistência do demandado em comportar-se de acordo com a situação jurídica em questão.

Nesse cenário, portanto, entre essas e outras várias questões relevantes, pode-se afirmar que, para a individualização da *causa petendi remota*, releva a indicação, de maneira precisa, dos fatos jurídicos da demanda, de modo a possibilitar a correta identificação da situação jurídica material afirmada idônea a sustentar a postulação formulada¹²³⁹, extremando-a de outras situações análogas e potencialmente concorrentes, mas não deduzidas no processo.

¹²³⁵ “Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...) V - violar literal disposição de lei”.

¹²³⁶ “Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado”.

¹²³⁷ Por todos, Danilo Knijnik *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*, p. 169 e ss.

¹²³⁸ A esse respeito, por todos, José Carlos Barbosa Moreira, *O novo processo civil brasileiro*, p. 15 e ss. Também destacando a importância dos aspectos ativo e passivo da *causa petendi remota*, José Rogério Cruz e Tucci (*A causa petendi no processo civil*, p. 165/166) e Milton Paulo de Carvalho (*Do pedido no processo civil*, p. 94).

¹²³⁹ Daniela Santos Bomfim, *A causa de pedir à luz da teoria do fato jurídico*, p. 113.

Isso ocorrerá quando o fato deduzido como fato essencial (jurídico) se mostrar isoladamente apto para fundamentar a consequência jurídica objetivada pelo autor¹²⁴⁰. Retomaremos o tema adiante

Em relação à segunda exigência – de que o autor narre na petição inicial os fundamentos jurídicos do pedido (*causa petendi proxima*) –, o que se diz, normalmente, é que a petição inicial deve explicar de que maneira os fatos jurídicos narrados justificam que o autor peça o que pede. Essa tarefa consistiria, basicamente, segundo se aponta, em relatar a forma pela qual a situação concreta narrada se enquadra na previsão normativa abstrata¹²⁴¹, que determina a sua juridicidade¹²⁴². A referência, aqui, como não poderia deixar de ser, é à premissa maior do esquema silogístico do raciocínio jurídico.

Tendo em conta a necessidade de enunciar o fundamento jurídico que dá suporte à pretensão, já a doutrina clássica afirmava que deveria ser excluída a noção segundo a qual a *causa petendi proxima* fosse a disposição de lei invocada pela parte¹²⁴³. Diferenciava-se, assim, “fundamento legal” de “fundamento jurídico” da *causa petendi*

Quanto ao primeiro, corretamente se diz que o “*fundamento legal apontado pelo autor ou o nomen iuris por ele utilizado (v.g., ação de ‘rescisão do negócio, fundada em inadimplemento do parceiro, em lugar de ação de ‘resolução’), se ostentam inteiramente irrelevantes na caracterização da causa petendi*”¹²⁴⁴. É bem de se ressaltar, desde logo, que, em nossa ótica, aqui se deve considerar estritamente o particular problema retratado. Realmente, quando se refere à irrelevância do fundamento legal utilizado, quer-se dizer que não possui qualquer pertinência, por exemplo, o fato de o autor, ao invocar determinada qualificação jurídica, aludir ao dispositivo “x” ou “y”, desse ou daquele diploma legal, como base dispositiva que da qual se extrai a norma jurídica levada em consideração. A indicação do que, nesse sentido, se caracteriza como fundamento legal, e o eventual equívoco nesse apontamento, não tem o condão de beneficiar ou prejudicar a parte, tampouco confere individualidade à *causa petendi*. Por esse motivo, a alusão ao dispositivo legal por parte do autor – que não se confunde com a qualificação jurídica, ressalte-se – não tem maior importância¹²⁴⁵. A esse respeito, costuma-se referir que a irrelevância do fundamento legal ou

¹²⁴⁰ Cf. Araken de Assis, *Cumulação de ações*, p. 144.

¹²⁴¹ Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo IV, p. 14.

¹²⁴² José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 166.

¹²⁴³ Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, volume I, p. 358.

¹²⁴⁴ Araken de Assis, *Cumulação de ações*, p. 139/140.

¹²⁴⁵ Nesse sentido (e apenas neste, pois o autor, inapropriadamente, estende essas conclusões para além dos fundamentos legais) é que entendemos ser correto o esbravejo de Pontes de Miranda: “*Forremo-nos de interpretar o art. 282, III, como volta ao jurismo bizantino, a fórmulas inamalgáveis, à transformação das lides*

nomen iuris apontado pelo demandante “*deriva (...) de antigo e obscuro brocardo – iura novit curia*”¹²⁴⁶. Realmente, por conta da incidência da máxima, é plenamente possível, tanto às partes quanto ao juiz, alterar a indicação da base dispositiva eventualmente invocada, desde que isso não implique, pelas razões que pretendemos deixar claras a seguir, a mudança da qualificação jurídica da demanda.

Quanto ao segundo, o fundamento jurídico, afirma-se, normalmente, que esse sim consiste no “*enquadramento em determinada moldura jurídica (fattispecie da qual pretende o demandante extrair certa consequência jurídica)*”¹²⁴⁷, correspondendo, em síntese, à demonstração da repercussão jurídica que os fatos (jurídicos) têm para que se considere fundada a pretensão delineada pelo autor. Doutrina atilada afirma que “*o fundamento jurídico constitui a valoração, a relevância que o fato tem para o direito, a estimação de que de tal fato decorre o efeito jurídico pretendido*”¹²⁴⁸. Trata-se, nesses termos, da ligação que une a *causa petendi remota* e o pedido por um nexo de causa e efeito¹²⁴⁹, daí o seu adjetivo “*próxima*”: “*os termos ‘remota’ e ‘próxima’ têm, aqui, o pedido como referência*”¹²⁵⁰. Nas análises mais correntes, diz-se que, fazendo referência ao fundamento jurídico, se estaria aludindo à afirmação da coincidência dos fatos narrados (premissa menor) com o suporte fático da norma jurídica invocada (premissa maior), resultando na afirmação do efeito jurídico que dará suporte ao pedido formulado¹²⁵¹.

O quadro desse modo apresentado, novamente, aqui, descrito com filtragem realizada a partir de nossos pressupostos de trabalho, desnuda o entendimento corrente da generalidade da doutrina acerca do elemento jurídico da causa de pedir. Tal como já se disse em relação ao componente fático, a abordagem assim feita da *causa petendi proxima* não necessita ser inteiramente reproposta; apenas merece ser devidamente considerada em suas nuances mais sensíveis. Um ponto importante a considerar desde a partida é que a questão ligada à estruturação do fundamento jurídico da causa não é, nem de longe, tão singela quanto possa

em chinesices de advogados ladinos, ao pedantismo que esquece a função popular da justiça”. Da mesma forma, é apenas nesse sentido que se deve aceitar a afirmação de José Rogério Cruz e Tucci (*A causa petendi no processo civil*, p. 166) no sentido de que ser “*de todo irrelevante, sob esse aspecto, a indicação do fundamento legal da demanda, bem como de seu respectivo nomen iuris*”.

¹²⁴⁶ Araken de Assis, *Cumulação de ações*, p. 140. É de se ressaltar, porém, que o autor estende suas conclusões – inadvertidamente, segundo pensamos – para dizer, com a maioria da doutrina, que a máxima “*atribui exclusivamente ao órgão jurisdicional o dever de joeirar os fatos e encontrar a regra jurídica na qual, supostamente, incidiram*” (p. 140).

¹²⁴⁷ Ricardo de Barros Leonel, *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*, p. 104.

¹²⁴⁸ Milton Paulo de Carvalho, *Do pedido no processo civil*, p. 95.

¹²⁴⁹ Araken de Assis, *Cumulação de ações*, p. 149.

¹²⁵⁰ Daniela Santos Bomfim, *A causa de pedir à luz da teoria do fato jurídico*, p. 117.

¹²⁵¹ Araken de Assis, *Cumulação de ações*, p. 150.

parecer, de modo que o seu tratamento não pode ser demasiadamente simplificado, porque a realidade com que se lida é das mais complexas. Isso não quer dizer, obviamente, que a problemática não possa ser abordada de uma forma clara e inteligível, mas apenas evidenciar que a tentativa de sistematização não pode chegar ao ponto de, em prol de oferecer um esquadramento mais didático, negligenciar aspectos intrincados da realidade jurídica em exame.

A enunciação do fundamento jurídico versa sobre a demonstração da relevância dos fatos narrados para o direito, que promete tutela à situação deduzida em causa, amparando o pedido. Gira em torno de uma previsão de direito – norma jurídica – que associa ou ajunta certas consequências ou efeitos jurídicos a um conjunto de fatos, a um certo suporte fático concreto¹²⁵². De imediato, portanto, se oferecem os dois aspectos fulcrais da questão.

O primeiro diz com o problema do fundamento jurídico da causa enquanto qualificação jurídica dos fatos, isto é, de identificação de uma norma jurídica e de qualificação de um fato como jurídico porque correspondente ao suporte fático (abstrato) dessa norma, a qual, por isso, lhe empresta relevância e o identifica como potencialmente apto ocasionar a produção de determinado efeito jurídico. A esse respeito, é evidente que tal pode ser feito, por exemplo, pela demonstração de que a situação fática descrita preenche o suporte fático normativo de uma regra que ressaí de um determinado dispositivo legislativo, dando azo a certa solução prevista pela norma jurídica incidente. Essa é a hipótese mais corriqueira e mesmo mais provável de ocorrer num ordenamento composto de um vasto arsenal legislativo. Mas não só. Diante da complexidade crescente das disposições normativas, permeadas por conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, também é possível imaginar que o autor qualifique juridicamente os fatos narrados a fim de demonstrar que o seu caso é análogo a outro examinado por um precedente judicial, que, oferecendo solução normativa a situação de fato semelhante, prestou tutela àquela posição entendida como juridicamente protegida, permitindo a obtenção de um certo resultado pretendido. Da mesma forma, pode-se imaginar que a fundamentação jurídica da demanda, enquanto qualificação jurídica do fato, consista na demonstração de que a situação narrada pode ser solucionada favoravelmente pela concretização de um determinado princípio jurídico, mediante o emprego de certo raciocínio argumentativo que permita a construção de uma dada norma jurídica de tipo lógico-condicional capaz de tutelar, de maneira ótima e tal como pretendida, a posição jurídica arquitetada. As possibilidades, a esse respeito, são extremamente variadas. Seja como for,

¹²⁵² Guillermo Ormazabal Sánchez, *Iura novit curia*, p. 98.

importa, aqui, notar que, em qualquer dessas hipóteses, a fundamentação jurídica delineada na *causa petendi proxima* revela-se, mais diretamente, como qualificação jurídica.

A identificação da qualificação jurídica do fato como aspecto da problemática ligada à *causa petendi proxima*, isto é, ao fundamento jurídico da causa de pedir, já foi contrariada pela doutrina¹²⁵³, tendo-se asseverado que “a qualificação jurídica do fato compõe a causa de pedir remota”¹²⁵⁴. Na defesa dessa posição, justificou-se que “qualificar um fato como jurídico é afirmar a existência de um fato jurídico, decorrente da incidência normativa. O fato jurídico é o fato – ou o conjunto de fatos – da vida que se insere no mundo jurídico por força da incidência normativa. Assim Pontes de Miranda define a juridicização como processo peculiar ao direito: ‘o direito adjetiva os fatos para que sejam jurídicos (=para que entrem no mundo jurídico)’. O processo de qualificação jurídica do fato é o processo de juridicização, do qual decorre o fato jurídico. Tal operação, componente do fenômeno jurídico, compõe o conteúdo da causa de pedir remota, e não da causa de pedir próxima”¹²⁵⁵. A argumentação é muitíssimo razoável e a compreendemos plenamente, mas com ela não podemos concordar. Com efeito, se o processo de identificação de fatos jurídicos ocorre necessariamente levando-se em conta uma determinada norma jurídica – a qual, é bem verdade, no processo de significação, pode depender mais ou menos dos fatos da causa para ser devidamente (re)construída –, é de se considerar que é a partir do direito que são identificados os fatos relevantes para o caso, os quais, por isso, são qualificados como jurídicos. Essa operação só é possível quando identificada, pela construção a partir do dispositivo, a norma jurídica, que servirá de critério para a seleção dos fatos relevantes. Ora, se é assim, e se “a norma compõe o fenômeno substancial afirmado, como (i) elemento que incide sobre os fatos; (ii) elemento que identifica os elementos fáticos que serão apreendidos pelo direito para irradiar os efeitos jurídicos feito valer; (iii) elemento que prevê as situações jurídicas afirmadas”¹²⁵⁶ – se tudo isso é dado pela norma, que obviamente é jurídica –, então parece claro que a enunciação da norma jurídica e a identificação de quais serão os fatos apreendidos pelo direito para irradiar a consequência jurídica – as duas tarefas que compõem a qualificação jurídica – estão vinculadas com maior força à *causa petendi proxima*, isto é, ao fundamento jurídico da causa de pedir. A mesma norma que serve de critério de seleção de fatos relevantes é a norma que enuncia a consequência jurídica, não se justificando sustentar

¹²⁵³ Sobre isso, contundentemente Daniela Santos Bomfim (*A causa de pedir à luz da teoria do fato jurídico*, p. 117) afirma que “o fundamento jurídico não é ‘qualificação jurídica do fato’”.

¹²⁵⁴ Daniela Santos Bomfim, *A causa de pedir à luz da teoria do fato jurídico*, p. 117.

¹²⁵⁵ Daniela Santos Bomfim, *A causa de pedir à luz da teoria do fato jurídico*, p. 117.

¹²⁵⁶ Daniela Santos Bomfim, *A causa de pedir à luz da teoria do fato jurídico*, p. 118.

que a primeira operação esteja afeita ao elemento fático da *causa petendi* e a segunda ao seu elemento jurídico. Seja como for, é de se notar que a questão está situada exatamente sobre a área hachurada ilustrativamente formada pela intersecção dos halos conceituais *quaestio facti* e *quaestio iuris*, o que, por si serviria para justificar qualquer das posições defendida. E, de qualquer forma, trata-se de discussão eminentemente conceitual, que não terá maior repercussão aplicativa.

O segundo aspecto relacionado à enunciação do fundamento jurídico, de certa forma já adiantado, diz, esse sim, com a afirmação da situação jurídica irradiada da verificação da ocorrência do fato jurídico – isto é, o fato que preenche o suporte fático da norma jurídica aplicável ao caso. Trata-se da enunciação de que, verificada certa ocorrência, daí decorre determinada situação jurídica, apta a produzir uma dada consequência. Conforme bem se explica, “*dos fatos jurídicos decorrem as consequências jurídicas (situações jurídicas em sentido lato). Por meio da demanda pretende o autor exercer uma posição de vantagem (...) que lhe é atribuída por conta da incidência normativa*”¹²⁵⁷. Sendo assim, “*não basta afirmar o fato jurídico; é preciso que se afirme a relação jurídica eficaz (...). É a afirmação da relação jurídica eficaz (...) que compõe a causa de pedir próxima da demanda. Este é o seu fundamento jurídico*”¹²⁵⁸. Diríamos nós: esse é o segundo aspecto do fundamento jurídico, justamente, a afirmação da situação jurídica irradiada.

Em última análise, portanto, o fundamento jurídico consiste na qualificação jurídica e na afirmação da situação jurídica decorrente. O que importa, disso tudo, é que a fundamentação jurídica consiga individualizar, a partir da identificação dos fatos jurídicos, a posição jurídica ocupada pelo autor, para a qual se pede tutela por meio da demanda ajuizada e que, assim, dá sustentação ao pedido. Essa situação jurídica, a que o ordenamento jurídico promete dar proteção (posição juridicamente protegida), é percebida e identificada pela narração fático-jurídica feita delineada na petição inicial.

A nível mundial – e há que se levar em conta, aqui, as peculiaridades de cada ordenamento, muitos dos quais, todavia, apresentam em suas legislações processuais dispositivos semelhantes ao nosso citado artigo 282, inciso III – raros são os autores que defendem que a delimitação da causa de pedir depende, necessariamente, da fundamentação jurídica e, assim, se esgota na narração dos fatos que dão sustentação ao pedido. Leonardo Prieto Castro é partidário dessa tese. Para o processualista espanhol “*el juez no es libre en el manejo del Derecho en tanto en cuanto su libertad pudiera atender contra dicho principio*

¹²⁵⁷ Daniela Santos Bomfim, *A causa de pedir à luz da teoria do fato jurídico*, p. 116.

¹²⁵⁸ Daniela Santos Bomfim, *A causa de pedir à luz da teoria do fato jurídico*, p. 116.

*dispositivo, concebido como una indicación de límites puestos por las partes a la función jurisdiccional*¹²⁵⁹. Concretamente, segundo esse autor, se a máxima *iura novit curia* se entendesse no sentido de outorgar ao julgador plena autonomia para sustentar juridicamente seu pronunciamento, estar-se-ia incorrendo em uma transgressão ao princípio dispositivo¹²⁶⁰. Essa observação já anuncia a problemática principal a ser examinada no próximo item.

Interessante a respeito, mais uma vez, as observações da doutrina: *“Talvez dos mesmos fatos, ou seja, da mesma causa de pedir, a parte retire duas conclusões. Por exemplo, se dos fatos conhecidos e expostos se afigurar reconhecível o adultério, ou seja, a quebra do dever de fidelidade conjugal através da prática de relações sexuais com outro parceiro, e injúria grave. Decerto, um encontro às escondidas constitui tanto adultério, seguindo-se o coito, quanto injúria, ambas reduzíveis à causa genérica ‘grave violação dos deveres conjugais’, presumindo a ‘impossibilidade da comunhão de vida’ (art. 1.573, caput, e incs. I e III, in fine, do Cód. Civil de 2002)”*¹²⁶¹. Assim, ante a essa diversidade de possíveis fundamentos, constata-se que *“um mesmo complexo de fatos origina, às vezes, dois direitos subjetivos, e, em seguida, duas ações materiais, que o asseguram”*. Nesses casos, realça o papel da fundamentação jurídica levada a cabo pelo autor. Com efeito, hipóteses existem em que a situação jurídica material que se busca proteger somente poderá ser corretamente individualizada após a fundamentação jurídica, isto é, após a qualificação jurídica dada aos fatos e a afirmação da situação jurídica decorrente - no exemplo apenas dado, injúria grave ou adultério; no exemplo já há algumas linhas citado, dano à colheita ou dano à gleba. Em tais situações, a individualização da situação jurídica invocada na demanda será feita não apenas pelos fatos narrados, por si só insuficientes para o sucesso pleno dessa tarefa, mas será completada também pela fundamentação jurídica levada a cabo pelo autor no momento da propositura da demanda.

Pelo exposto até aqui, o importante é ter bem firme a noção de que o nosso Código de Processo Civil, ao elencar como necessária a descrição dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido, lançou mão da conjugação desses dois elementos para a conformação da *causa petendi* da demanda. O dispositivo legal em referência, ainda que talvez não propositalmente, propõe-se apto a suportar arquitetura normativa consentânea com a ideia de que a construção do caso se realiza por meio de um permanente diálogo entre os fatos jurídicos invocados pelo demandante (que, como dito, naturalmente tem que ver com a proposição da norma aplicável)

¹²⁵⁹ Leonardo Prieto Castro, *El cambio del punto de vista jurídico*, p. 49.

¹²⁶⁰ Guillermo Ormazabal Sánchez, *Iura novi curia.*, p. 48/49.

¹²⁶¹ Araken de Assis, *Cumulação de ações*, p. 150.

e a sua fundamentação jurídica (que condiciona os aspectos factuais juridicamente relevantes do caso e suporta a produção do efeito jurídico). Isso é tão ou mais verdade quando se retoma a ideia, já mencionada, de que em nenhum momento o referido dispositivo normativo dá prevalência a qualquer dos dois componentes, do que se conclui que não há como sobrelevar a importância apenas dos fatos ou apenas do direito na identificação da causa de pedir no direito brasileiro. É evidente que ambos apresentam elevada importância e se encontram intimamente conectados, pois, no mínimo, parece assente que a seleção e prova dos fatos do caso sofrem influência da qualificação jurídica que se lhes pretenda dar (para ser mais simples, da norma jurídica que se pretenda invocar) e vice-versa.

Não se abona, portanto, a menor atenção que, normalmente, é dada aos fundamentos jurídicos do pedido (*causa petendi proxima*) na individualização da causa de pedir invocada. Tampouco se justifica o menor sentimento de vinculação que, no mais das vezes, nutre o órgão judicial à fundamentação jurídica da demanda. Isso decorre menos da lei e muito mais da influência que exerce a máxima *iura novit curia* sobre a questão. Essa posição, no entanto, não pode encontrar respaldo perante o processo civil brasileiro. Fato e direito desempenham papéis individualmente importantes e são assim protagonistas, em conjunto, na individualização da *causa petendi* invocada pelo autor para amparar o pedido formulado.

Na verdade, diante das circunstâncias expostas, é realmente um paradoxo que se afirme correntemente que os fatos jurídicos alegados e provados no processo vinculem o juiz, mas que, por força da máxima *iura novit curia*, o julgador estaria totalmente livre na apreciação do material jurídico da causa, quando se sabe que toda a vez que uma demanda é proposta seu conteúdo é identificado por fatos juridicamente qualificados, fatos cuja seleção está intrinsecamente conectada com a fundamentação jurídica que se lhes oferece. Ora, é possível afirmar, simultaneamente, que o juiz é livre para eleger os materiais jurídicos (porque *iura novit curia*), mas se encontra vinculado pelo material fático essencial aportado pelas partes, quando se sabe que tanto o fato quanto o direito se implicam reciprocamente e têm função determinante na individualização da causa? Essa nos parece, sem dúvida, uma contradição insuportável.

Daí porque a exigência conjunta de exposição dos fatos e dos fundamentos jurídicos, segundo nos parece, faz com que a *causa petendi* no direito brasileiro possa ser caracterizada como a identificação de uma dada posição jurídica cuja proteção é prometida pelo direito e cuja tutela se busca no processo. Por isso, a causa de pedir deve ser descrita de forma a suficientemente individualizar essa posição jurídica de vantagem subjacente à demanda

ajuizada pelo autor. Por vezes, essa tarefa será passível de ser cumprida pela simples narração dos fatos jurídicos invocados, que darão lugar tão somente a uma qualificação jurídica e, portanto, a uma situação jurídica tutelável. Por outras, os fatos narrados poderão dar lugar a mais de uma situação jurídica potencialmente tutelável. Nessa hipótese, a correta individualização da situação jurídica deduzida *in status assertionis* pelo autor apenas será possível após a análise do enfoque jurídico dado à situação de fato descrita, isto é, a sua fundamentação jurídica.

Impõe-se analisar melhor essa última possibilidade, que raramente é enxergada pela doutrina conjuntamente a toda a problemática que lhe acompanha.

2.1.2.2. O fundamento jurídico da causa petendi e a identificação da situação jurídica afirmada. Análise a partir da problemática relativa à estabilização objetiva da demanda.

Pode-se dizer, com apoio no quanto se viu até aqui, que a causa de pedir exerce influência determinante na identificação do objeto litigioso do processo, porque delimita os contornos e fronteiras da demanda, seu elemento fulcral. No direito brasileiro, que não se filiou nem aos pressupostos da teoria da individualização, tampouco àqueles da teoria da substanciação, a causa de pedir é identificada, conjuntamente, pelos fatos e fundamentos jurídicos, elementos que, conjugados, interagem para permitir a identificação da situação jurídica material veiculada na demanda e afirmada em sustentação ao pedido formulado. Ambos os componentes da *causa petendi*, fatos e fundamentos jurídicos, deverão ser indicados pelo autor na propositura da demanda (art. 282, III, CPC), sob pena de considerar-se inepta a petição inicial (art. 295, incisos I e II, CPC).

A necessidade de individualizar, de modo preciso e correto, a *causa petendi* da demanda no processo civil brasileiro impõe-se, entre tantos motivos já indicados, em especial em razão da vigência, em nosso direito, da regra da estabilização objetiva da demanda¹²⁶², que proporciona o enrijecimento gradual e sucessivo do objeto litigioso ao longo da fase postulatória (art. 264, *caput*, CPC) até firmá-lo, de modo definitivo e inflexível, após o saneamento do processo (art. 264, parágrafo único, CPC). A restrição, assim imposta, à

¹²⁶² Cf. destaca Ricardo de Barros Leonel (*Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*, p. 223), “é pacífico, dispensando maiores digressões, que o direito processual positivo brasileiro adotou regras determinantes da estabilização da demanda, com seu indispensável consectário lógico, que consiste em um sistema rígido de preclusões”.

modificação dos limites objetivos¹²⁶³ da discussão, seja para alterar os termos, seja para ampliar espectro da discussão, é diretamente informada pela regra da eventualidade. Essa, segundo aponta a doutrina, tem forte presença na tradição jurídica brasileira, conforme esclarece Enrico Tullio Liebman, em nota de adaptação das “Instituições de direito processual civil” de Giuseppe Chiovenda ao nosso ordenamento: “*No processo brasileiro a preclusão recebe aplicação ainda maior que no processo italiano, por ser o meio que serve a garantir a observância de dois princípios que herdou do processo comum medieval: o de uma ordem legal necessária das atividades processuais, como uma sucessão de estádios ou fases diversas, nitidamente separadas entre si (...); e o princípio de eventualidade, que obriga as partes a propor ao mesmo tempo todos os meios de ataque ou de defesa, ainda que contraditórios entre si*”¹²⁶⁴. A preclusão que, dessa forma, está associada ao princípio da eventualidade, recai sobre os dois principais direitos assegurados às partes no processo: articular a demanda e a defesa¹²⁶⁵. O princípio da eventualidade, assim identificado, decorre do ônus imposto aos demandantes de “*propor, em um mesmo momento todos os meios de ataque e de defesa*”¹²⁶⁶, o qual resulta do que se poderia chamar de “*princípio da concentração do ataque e da defesa*”¹²⁶⁷, vinculado à ideia de preclusão. Por esse princípio, oferece-se uma única oportunidade para os demandantes alegarem as suas razões de ataque e de defesa, situação que, por consequência, obriga o legislador a tolerar possíveis contradições e incompatibilidades lógicas entre alegações formuladas pela mesma parte, as quais decorrem, justamente, da necessidade de os litigantes declinarem, nessa única oportunidade postulatória, todas as possíveis razões que possam levar ao acolhimento ou desacolhimento do pedido, encadeadas – se for o caso – de forma subsidiária, para a eventualidade das alegações anteriores não serem acatadas¹²⁶⁸.

Em relação à estabilidade objetiva da demanda, interessa-nos, mais propriamente, nesse momento, o citado princípio de concentração, esteio da eventualidade. Ao demandante, o princípio da concentração impõe a dedução, de uma só vez, na propositura da demanda, de todos os fatos e fundamentos jurídicos – é dizer, de todas as possíveis causas de pedir – que possam levar, no âmbito do processo em questão, ao acolhimento do pedido formulado. O atual Código de Processo Civil, a exemplo daquele em conta por Liebman, de 1939, recolheu

¹²⁶³ Destaque-se que também há limitação à modificação subjetiva: o mesmo artigo 264 prevê que deverão ser mantidas as partes do processo após a citação.

¹²⁶⁴ Notas às *Instituições...* de Giuseppe Chiovenda, 3º volume, p. 158, nota 1.

¹²⁶⁵ Heitor Vitor Mendonça Sica, *Preclusão processual civil*, p. 165.

¹²⁶⁶ José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 158.

¹²⁶⁷ Heitor Vitor Mendonça Sica, *Preclusão processual civil*, p. 165.

¹²⁶⁸ Heitor Vitor Mendonça Sica, *Preclusão processual civil*, p. 165.

com extremo rigor esse princípio, ao lado da regra da eventualidade e da estabilidade objetiva da causa, em relação às posições de autor e réu, o que é comprovado, por exemplo, pelo disposto nos seus artigos 264, 282, incisos III e IV, 286, inciso II, 290, 294, 300, 303, incisos I, II, e III, 321, 462, 474 e 517¹²⁶⁹. Assim como em relação ao pedido, a alteração da causa de pedir – aí compreendida a modificação de *causa petendi* já deduzida ou a adição de nova causa de pedir – é possível ao autor apenas das seguintes formas e nas situações: livremente, antes da citação do réu; feita a citação, apenas com a sua concordância; e, após o saneamento do processo, nem com a concordância. Fora das hipóteses arroladas – e a parte algumas poucas exceções, a exemplo da hipótese relativa aos fatos ou direito superveniente –, não há o que cogitar: o autor está impedido de postular, e o órgão jurisdicional de acolher, o atendimento do pedido a partir de *causa petendi* não identificada na petição inicial¹²⁷⁰.

Tendo presente essa realidade, que desenha a existência de rígido sistema preclusivo em nosso atual processo civil, é que se deve partir para a análise relativa ao fundamento jurídico da *causa petendi* e à identificação da situação jurídica objeto da demanda, de modo a permitir algumas considerações relativamente às possíveis repercussões que a aplicação da máxima *iura novit curia*, do modo como tradicionalmente se a concebe, pode ter sobre esses institutos.

Repisando-se o que se disse, pode-se afirmar que, em nosso processo civil, servem à individualização da *causa petendi* não só os fatos, mas também os fundamentos jurídicos. É apenas a partir da união desses dois componentes que poderá ser identificada exatamente a *causa petendi*. Essa dupla exigência, conforme se trabalhou, decorre na necessidade de identificar, a partir da narração fático-jurídica, a situação jurídica material que subjaz à demanda e que, enquanto posição jurídica de vantagem reconhecida pelo direito, tem sua proteção prometida pelo ordenamento e serve de sustentação para a pretensão veiculada no processo. Em outros termos, a causa de pedir, no direito brasileiro, funciona como instrumento de identificação da posição juridicamente protegida – situação jurídica material afirmada – para a qual se pede tutela.

Disso decorre que, se múltiplas forem as situações jurídicas materiais identificadas e afirmadas pelo demandante na petição inicial, múltiplas serão as causas de pedir – e, em última análise – múltiplas serão as demandas. Nessa esteira, se é tranquilo dizer que o processo civil brasileiro, informado pela regra da estabilidade objetiva estrita da demanda,

¹²⁶⁹ Cf. José Rogério Cruz e Tucci (*A causa petendi no processo civil*, p. 158/161) e Ricardo de Barros Leonel (*Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*, p. 223/224).

¹²⁷⁰ Heitor Vitor Mendonça Sica, *Preclusão processual civil*, p. 166.

não admite que um fato jurídico inicialmente não invocado pelo autor possa, ao longo do processo, fora das hipóteses e condições previstas, vir a ser acrescido aos já indicados, ou vir a substituir a outro que desde o começo da ação esteja presente, então é preciso bem entender essa vedação para, em harmonia com a ideia de *causa petendi* que desenhamos até aqui, apurar o seu significado. À luz das considerações feitas, a regra atinente à estabilidade objetiva da demanda (art. 264, CPC), mais do que impedir o acréscimo ou a alteração dos fatos jurídicos afirmados, impossibilita a alteração da situação jurídica afirmada na propositura, bem assim a individualização e afirmação de novas situações jurídicas ao longo do processo. É dizer: uma determinada situação jurídica inicialmente não invocada para amparar o pedido formulado pelo autor, ainda que, potencialmente, passível de tutela fosse desde o início ou assim venha a se mostrar no decorrer do processo, não poderá, a princípio, ser identificada pelo demandante, em acréscimo ou para tomar o lugar da situação jurídica inicialmente afirmada, após a propositura da demanda. A eventualidade impõe que o autor decline, desde logo, na petição inicial, todas as razões para a procedência do pedido – isto é, todas as situações jurídicas que, a partir das circunstâncias descritas, podem ser identificadas como posições de vantagem, aptas a suportar o pedido –, sob pena de não mais poder fazê-lo naquele processo, pela estabilização da demanda¹²⁷¹.

Nessa tarefa de identificação da situação jurídica afirmada pelo autor, que ampara a pretensão veiculada no processo, importa, em boa parte dos casos, essencialmente, a indicação do fato jurídico, porque dele, necessariamente, ressaí a situação jurídica que justifica a existência de uma posição de vantagem para a qual se busca proteção. Realmente, é a partir na narrativa “fática” – que, nada obstante, como se viu, é sempre delineada a partir de dada qualificação jurídica, previamente identificada – que se consegue individualizar, na generalidade das situações, a situação jurídica afirmada. É dizer: em diversas situações, a circunstâncias de fato descritas, essenciais e simples, indicam a existência de uma só possível situação jurídica tutelável. Nesse caso, a fundamentação jurídica do caso se mostrará, por assim dizer, evidente, e não haverá problemas que requeiram exagerado cuidado com o manejo da *causa petendi proxima*.

¹²⁷¹ A esse propósito, vejam-se as considerações de Giancarlo Gianozzi (*La modificazione della domanda*, p. 21 e ss.), examinadas criticamente, diante do contexto brasileiro, por Ovídio Araújo Baptista da Silva (*Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro*, p. 118). Ainda, sobre os pressupostos de compreensão que informam a ideia de que o autor deve propor a demanda por inteiro, logo ao início, como se lhe fosse dado sempre perceber de antemão as situações jurídicas decorrentes, vejam-se as considerações de Augusto Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 135 e ss.

Em outras muitas situações, contudo, a partir do mesmo fato ou conjunto de fatos enunciados pelo autor, poderão ser identificadas duas ou mais situações jurídicas potencialmente tuteláveis, derivadas da narrativa realizada com o intuito de revelar um determinado fato jurídico – isto é, tendo em conta, previamente, determinada qualificação jurídica e, porque não, determinada situação jurídica. Enquanto potenciais situações jurídicas identificáveis, essas situações devem ser obviamente suficientes, de per si, para sustentar a pretensão veiculada na demanda. Nessa hipótese, então, diversamente da anterior, há que se operar com extrema cautela relativamente à *causa petendi próxima*, isto é, aos fundamentos jurídicos da demanda. É que, em situações que tais, a correta identificação da *causa petendi* dependerá da precisa indicação da situação jurídica que o autor afirma como existente e capaz de dar amparo à pretensão exposta na demanda. Nada impede, obviamente, que havendo mais de uma situação jurídica identificável, o autor indique (afirme) desde logo mais de uma ou mesmo todas essas situações, que, nessas condições, aparecerão cumuladas¹²⁷².

Note-se que, nesse segundo conjunto de casos, a precisa identificação da situação jurídica que justifica a existência de uma posição de vantagem juridicamente tutelável pelo processo dependerá decisivamente da *causa petendi próxima*, dos fundamentos jurídicos, que, dependendo do modo como construída, iluminará determinados fatos (jurídicos) em detrimento de outros, potencialmente jurídicos. É claro que quando o autor identifica e afirma apenas uma entre tantas possíveis situações jurídicas, sua narrativa focará nos fatos que, para aquela situação, são essenciais – o que não impede a identificação o potencial de juridicidade, em relação a outras situações jurídicas, de fatos tomados por simples. A identificação e afirmação, desde logo, de todas as situações jurídicas que amparam a pretensão provavelmente fará, possivelmente, com que o autor se dedique, em sua narrativa – e também, notadamente, na instrução probatória – à demonstração da existência de todos os fatos jurídicos, com o que será possível um maior relaxamento na atenção à identificação da precisa fundamentação jurídica esboçada. Finalmente, haverá ainda a hipótese – sempre presente – de um mesmo fato jurídico – é dizer, um fato já previamente qualificado e selecionado a partir de determinada norma jurídica – servir à identificação de mais de uma situação jurídica tutelável. Nessa situação, tem-se novamente a necessidade de bem precisar, a partir da fundamentação jurídica, qual a situação jurídica indicada e afirmada pelo demandante em suporte à pretensão.

Um exemplo, facilmente verificável na realidade, pode ajudar a consolidar a ideia. Imagine-se a hipótese em que a empresa “A” contrata o escritório de advocacia “B” para

¹²⁷² Hipótese de “*cumulação de causas*”, como conceitua Araken de Assis, *Cumulação de ações*, p. 205 e ss.

gerenciar todo o seu passivo judicial tributário, aí compreendida tanto a consultoria tributária, com a sugestão de rotinas e planejamentos visando à otimização da carga tributária, como o contencioso tributário, com a organização da representação e defesa da empresa contratante em processos administrativos e judiciais. “A” e “B” regulam essa relação jurídica por contrato escrito, no qual se prevê ser possível ao escritório de advocacia contratar eventuais fornecedores de serviços para a execução do contrato, caso em que adiantará o pagamento, sendo reembolsado mediante a apresentação de recibos de pagamento. A partir dessa possibilidade, o escritório de advocacia “B” acerta acordo verbal com o prestador de serviços contábeis “C”, para que este auxilie na organização de livros fiscais, fluxos de caixas e planilhas de acompanhamento, material que serve frequentemente de subsídio para a defesa administrativo-judicial da empresa em processos tributários. Esse trabalho é mensalmente remunerado mediante a apresentação de contas pelo prestador “C” ao escritório de advocacia “B”, que paga pelo serviço e depois se reembolsa com a empresa “A”. Suponhamos, então, que, ao longo de meses sucessivos, por algum motivo, o prestador de serviços “C” acumule a prestação de serviços cuja remuneração não requereu, ou ao menos não requereu por inteiro, acumulando crédito passível de ser exigido a qualquer momento.

Nesse ínterim, pendente a cobrança de serviços prestados por “C”, mas não remunerados, a empresa e o escritório de advocacia põem fim a relação contratual, mediante distrato pelo qual, entre outras coisas, se dá quitação de uma parte a outra, reciprocamente. Tomando ciência do fim dessa relação, e acumulando créditos exigíveis, mas não cobrados, “C” ajuíza demanda contra “A” e “B”, postos em litisconsórcio passivo, visando à cobrança do crédito acumulado pela prestação de serviços não remunerada. Alega, em suas razões, que prestou os serviços em questão e que, por isso, em razão do acerto verbal mantido e da relação jurídica que se desenvolveu, tem direito a receber os valores impagos. Afirma a possibilidade de exigência dos valores de qualquer um dos demandados, na medida em que, segundo alega, mesmo que tenha mantido relação jurídica negocial em virtude do acerto verbal com “B”, “A” tinha conhecimento da relação e com ela anuiu, tendo por vezes inclusive interferido diretamente no negócio jurídico, fazendo exigências e pagamentos diretos, além de beneficiar-se pelo serviço prestado. Afirma, então, seu direito ao recebimento pelo serviço em razão da existência de obrigação derivada de negócio jurídico verbal, do qual todos participaram.

Fica claro, de semelhante situação hipotética, que a partir dos fatos narrados, o autor afirma a existência de situação jurídica consistente no seu direito subjetivo (pretensão) ao recebimento de valores, e correspectiva obrigação de pagamento que recai sobre os

demandados, derivada de negócio jurídico alegadamente mantidos entre eles. A demanda funda-se, portanto, em uma posição jurídica de vantagem, cujo reconhecimento o autor pretende, derivada de relação jurídica negocial. A posição jurídica de vantagem é garantida, em tese, pelo ordenamento jurídico, na medida em que esse garante a incolumidade de direito e força o cumprimento de obrigação derivada de fonte negocial. Identifica o autor, assim, como fatos jurídicos, a existência de acerto verbal com “B” para a prestação de serviços e intervenção de “A” na relação, com atos próprios de parte participante do negócio, objetivando demonstrar a sua anuência com o negócio de que deriva o direito subjetivo afirmado.

Em que pese essa seja a situação jurídica hipoteticamente identificada e afirmada pelo autor na demanda aqui ilustrada, o leitor mais atento não deixará de perceber que, ao menos em face de “A”, “C” potencialmente teria condições de também afirmar, em caráter ao menos subsidiário, em substituição à situação jurídica negocial, a existência de situação jurídica – direito subjetivo e obrigação de pagar – derivada não de relação negocial, mas de fonte obrigacional restitutória, consistente na vedação do enriquecimento ilícito. Com efeito, veja-se que pode ser perfeitamente identificável, na hipótese, situação jurídica – direito subjetivo (pretensão) – decorrente de fato narrado não em caráter essencial (fato jurídico), mas de forma periférica e secundária nessa situação, consistente na alegação de que a empresa “A” beneficiou-se (enriqueceu) pela prestação do serviço para o qual não houve pagamento.

Veja-se que, na hipótese de ser afirmada a situação jurídica que tem por base o direito restitutivo (enriquecimento ilícito, sem causa), o fato “enriquecimento pelo serviço”, secundário para a demanda fundada em situação jurídica de fonte negocial, assume automaticamente caráter essencial – isto é, torna-se fato jurídico. Essas variações, e a diferença de categorização de situações de fato, em tese, idênticas, que, potencialmente, podem apresentar-se essenciais ou secundárias em um mesmo processo, estão ligadas apenas e exclusivamente a forma de indicação da *causa ptendi proxima*, é dizer, à fundamentação jurídica da demanda.

Fica definitivamente clara, assim, conforme de alguma forma se viu, que “*ao mesmo fato histórico o direito pode atribuir uma pluralidade de qualificações tomando-o em consideração em várias normas e para diversos fins*”¹²⁷³. É dizer: a partir de uma mesma circunstância de fato, e, indo além, mesmo a partir de fatos, ditos jurídicos, já selecionados, é possível identificar diversas situações jurídicas tuteláveis, conducentes ou não ao mesmo fim.

¹²⁷³ Pietro Perlingieri, *O direito civil na legalidade constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 640, tradução de Maria Cristina De Cicco.

A adoção de um ou outro enfoque jurídico a partir dessa enunciação fática, que dá lugar à identificação de diferentes situações jurídicas, é capaz de traduzir diferentes causa de pedir – enquanto tais, obviamente suficientes e autônomas para sustentar a postulação formulada.

Essa hipótese se delineia mais didaticamente visível nas situações em que, a partir da narração de um conjunto de fatos, com enfoque, ou não, de uns (tidos por essenciais) em detrimento de outros (tidos por secundários), tenha-se condições de, pelo prisma de diferentes normas jurídicas – não apenas, é óbvio, de diferentes dispositivos normativos, como ficará claro adiante –, seja possível afirmar a existência de diversas situações jurídicas. O papel do fundamento jurídico da *causa petendi*, nesse caso, é individualizar exatamente a causa de pedir invocada – isto é, a situação jurídica material para a qual se busca proteção e que ampara o pedido consignado¹²⁷⁴. A partir da “mesma” circunstância de fato, portanto – e em definitivo –, poderemos ter diversas causas de pedir e, assim, diferentes demandas, ainda que todas ou algumas possam vir cumuladas, se invocadas simultaneamente.

3. A Aplicação da Máxima *Iura Novit Curia* no Processo Civil Brasileiro Atual: Limites e Condições.

Fazendo uma grande junção de tudo o quanto se disse nos itens anteriores e procurando alinhar as questões trabalhadas, é chegada a hora de tentarmos oferecer uma proposta de compatibilização da aplicação da máxima *iura novit curia* com as principais linhas do processo civil brasileiro contemporâneo, de modo a que, de um lado, não sejam anulados ou reduzidos além da conta os poderes do juiz relativamente ao tratamento jurídico das questões colocadas à sua análise, nem seja restringida, mais do que o necessário, a liberdade que se lhe reconhece na apreciação e valoração jurídica da controvérsia; nem isso represente, de outro lado, via aberta para que o juiz interfira, da forma como bem entender e

¹²⁷⁴ Essa constatação acerca da insuficiência dos fatos para a definição da causa de pedir e, assim, do valor da fundamentação jurídica para a correta individualização do objeto litigioso do processo já fora feita por Ernesto Heinitz, na obra citada, quando tratou da variedade dos componentes da *causa petendi* com vistas à identificação dos limites objetivos da coisa julgada. José Ignacio Botelho de Mesquita (*A “causa petendi” nas ações reivindicatórias*, p. 170/171), esclarecendo de forma precisa o pensamento do jurista austriaco quanto ao ponto, assim anota: “O erro fundamental da teoria da substanciação reside, para Heinitz, no exagerado afastamento (distaco) do direito subjetivo, esquecida a função do processo civil de realizar o direito material; (...) Com efeito, do ponto donde parte, a teoria da substanciação é levada a afirmar que a ação se identifica apenas pelo fato constitutivo e pelo petitum, quando, na realidade, pode-se, com base no mesmo fato constitutivo, pretender a mesma conclusão através da reivindicação ou da ação de enriquecimento ilícito, sem que se possa afirmar que ambas as ações sejam idênticas, no sentido de uma prejudicar a outra. (...) Heinitz conclui que a cada direito corresponde apenas uma pretensão processual e a sentença que, apreciando apenas um direito, julgar a ação, deixará ainda aberta a via para nova pretensão, nascida do mesmo fato, mas com diverso suporte jurídico, donde não se poder prescindir, na definição da causa petendi, de todos os elementos de direito”.

indo até onde achar conveniente, na fundamentação jurídica da demanda, extrapolando de seus poderes e atribuições e invadindo, de forma indesejada, a esfera de disposição das partes. Há que se definir, em outras palavras, de modo razoavelmente satisfatório, um campo de atuação da máxima *iura novit curia*, estabelecendo, em contrapartida, limites para a sua aplicação. Não apenas, identificadas as limitações de utilização da máxima e suas possibilidades, é preciso que sejam prescritas formas de aplicação da regra enunciada pela máxima, formas de exercício desse poder reconhecido, estabelecendo-se determinadas condições procedimentais para a sua utilização pelo juiz.

Limites e condições de aplicação da máxima *iura novit curia* no processo civil brasileiro atual. É isso o que pretendemos propor nesse último momento do estudo.

3.1. Limites

A problemática que toca à aplicação da máxima *iura novit curia* está diretamente vinculada, conforme visto, à divisão do trabalho entre juiz e partes no processo. Com efeito, com o sentido que normalmente se lhe atribui, a máxima informa a ideia de que o juiz não está vinculado à fundamentação jurídica da demanda, dizendo com a possibilidade de livremente desconsiderá-la, modificá-la em alguns de seus termos ou alterá-la completamente, em consequência de seu dever de estimar a controvérsia, e a respectiva questão jurídica envolvida, de maneira livre e desembaraçada, do modo como entender mais adequado e correto à luz dos fatos expostos, visando à prolação de decisão que componha da melhor forma possível o litígio. Trata-se, assim, de regra que dota o juiz de poderes de interferir na qualificação jurídica do fato ou conjunto de fatos narrados pelo demandante, bem assim na derivação das consequências jurídicas retiradas desses fatos juridicamente identificados, para engendrar a solução jurídica que lhe parecer mais propícia e acertada para o caso, observada a limitação imposta pelo pedido. É com esse conteúdo normativo, portanto, que a máxima diretamente se vincula à temática relativa ao formalismo processual¹²⁷⁵.

Consoante igualmente já trabalhado, a distribuição de tarefas – poderes, ônus, deveres, faculdades *etc* – entre juiz e partes no processo é definida levando-se em conta, entre outras questões, o princípio da demanda. É o princípio da demanda, com efeito, que atribui às partes o poder de iniciativa do processo e de fixação dos contornos da discussão – isto é, de seu objeto litigioso –, determinando, ao mesmo tempo, a exclusão de qualquer ingerência possível

¹²⁷⁵ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 184.

do órgão judicial nessa tarefa. O respeito às diretrizes do princípio da demanda há de ser – e, no mais das vezes, o ponto é percebido com cuidado – preservado na estruturação do formalismo processual. Além de ser a norma jurídica estruturante¹²⁷⁶ responsável por consagrar, no processo, a ideia de liberdade e de livre disposição e iniciativa da parte quanto à solicitação de proteção jurisdicional para um determinado direito de que se julga titular – livre iniciativa essa que se faz presente mesmo em se tratando de direitos indisponíveis –, o princípio da demanda está lastreado na incontornável necessidade de se preservar a imparcialidade do julgador, que – ninguém discorda – deve ser cultivada e garantida a todo custo na estruturação do processo¹²⁷⁷. Para se ter ideia do grau de influência do princípio da demanda na organização do formalismo processual – não que essa demonstração seja necessária a essa altura do estudo, pois certamente já é bem compreendida e intuída –, basta ter presente que foi apenas quando a doutrina processual conseguiu bem diferenciar e separar os campos de incidência do princípio da demanda (princípio dispositivo em sentido material) e do princípio dispositivo em sentido processual que se reconheceu a possibilidade de o juiz inserir-se, ativamente, nas atividades relacionadas à instrução da causa, participando com iniciativa probatória e munido de poderes instrutórios. Para isso, foi preciso antes perceber que a boa instrução relacionava-se à técnica do processo, e não à disposição da tutela jurisdicional.

Sendo assim, pelo fato de a máxima *iura novit curia* estar relacionada à atribuição de poderes ao juiz na dinâmica do processo, e pela circunstância de que um dos principais elementos de estruturação do formalismo processual é justamente o princípio da demanda¹²⁷⁸, a mais importante limitação existente à aplicação da máxima *iura novit curia*, no sentido antes exposto, em nosso processo civil, é derivada do princípio da demanda.

¹²⁷⁶ Na eloquente expressão de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero (*Curso de processo civil*, volume I, p. 58 e ss.), que resolve semanticamente o uso inadequado, atécnico, à luz da contemporânea teoria das normas, da expressão “princípio” (sobre o assunto ver, por todos, Humberto Ávila, *Teoria dos princípios, passim*) quando são trabalhados os institutos formadores do processo civil, entre os quais se enquadra o chamado “princípio” da demanda. Sobre as, assim definidas, “normas jurídicas estruturantes do processo civil” ver o clássico ensaio de Robert Wyness Millar, *The formative principles of civil procedure*, in Arthur Engelmann *et alli*, *A history of continental civil procedure*, Tradução de Robert Wyness Millar *et alli*, New York: Kelley, 1969.

¹²⁷⁷ Cf. parte II, item 2., *supra*.

¹²⁷⁸ Cf., por todos, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 196. A esse respeito, destaca o autor que “quando se pensa no formalismo processual em relação ao órgão judicial, logo assume papel a relevante a questão do poder de que investido para dispor, mais ou menos livremente, sobre o direito da parte” (p. 196), em clara referência ao princípio da demanda.

O princípio da demanda, como recém-dito, concerne ao alcance da atividade jurisdicional, representando o maior limite a essa atividade¹²⁷⁹. Enuncia, por isso, a noção basilar de que somente à parte pode ser reconhecido o poder de requerer proteção (tutela jurisdicional), no processo, para os direitos de que se julga titular. Adequando-se a linguagem para falar-se, em vez de direitos, em situações jurídicas tuteláveis – termo mais abrangente –, pode-se construir a ideia de que cabe à parte, e somente a ela, a indicação da situação jurídica material para a qual requer tutela no processo. O órgão judicial, na aplicação da máxima *iura novit curia*, não pode interferir na identificação da situação jurídica para a qual o autor solicita proteção, mesmo que identifique outra situação jurídica potencialmente tutelável, mas não deduzida (afirmada) pela parte demandante. Em outras palavras, no que diz respeito à determinação da situação jurídica para a qual se requer tutela no processo, não pode, aí, o juiz intervir, causando alteração que interfira na indicação realizada pelo demandante, substituindo-a em prol da consideração de situação jurídica não afirmada na demanda. Se a proteção de determinada situação jurídica não foi requerida pelo seu titular, não cumpre ao órgão judicial tomar essa iniciativa. Se o fizer, haverá infração aos artigos 2º, 128 e 460, do Código de Processo Civil, que são o esteio normativo do princípio da demanda no âmbito de nossa legislação, e será nula a decisão prolatada, por incongruência.

A ideia que está por detrás de toda a construção a respeito do princípio da demanda – a de que não é dado ao órgão jurisdicional, visando a tornar possível o acolhimento do pedido, dispor do direito da parte, oferecendo-lhe tutela quando não solicitado – não é, de modo geral, objetada pela doutrina¹²⁸⁰. Ao indicar-se a correta ideia de que, por razões de política judiciária ligadas à preocupação com a manutenção da necessária imparcialidade do órgão judicial na apreciação da controvérsia, convém ao julgador afastar-se totalmente tanto da formulação do pedido quanto da indicação da causa de pedir, há que se perceber a limitação em toda a sua extensão inteireza¹²⁸¹. O que acontece, todavia, conforme se aludiu, é que se costuma enxergar apenas um lado ou parcela do problema.

Com efeito, é lugar comum na doutrina dizer-se que o princípio da demanda afasta o órgão judicial da tarefa de aportar o material fático da causa, iniciativa que é

¹²⁷⁹ Por todos, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*, 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 175.

¹²⁸⁰ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (*Do formalismo no processo civil*, 3ª edição, p. 170/171), a esse respeito, em excerto já referido, confirma que “*constitui princípio assentado de longa data caber à parte a exclusiva iniciativa de iniciar o processo e determinar a res in iudicium deducta, razão para já no direito romano medieval ter assumido foros de cidadania a máxima tradicional nemo iudex sine actore*”. Ainda, a respeito de competir somente à parte indicar o direito a ser protegido no processo, Ovídio Araújo Baptista da Silva, *Curso de processo civil*, volume I, p. 50.

¹²⁸¹ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 197.

reconhecidamente reservada às partes. Essa a razão pela qual o princípio da demanda vai normalmente indicado como a norma que outorga às partes, de modo exclusivo, a tarefa de indicar os fatos essenciais ao processo, no que é vedada a intervenção ou participação do juiz¹²⁸². Espera-se, com isso, que esteja o problema resolvido, mas tal solução, conforme apurado, é insuficiente. Ao estabelecer-se a ideia de que, pelo princípio da demanda, o juiz é deixado de fora da tarefa de fixar os fatos essenciais (jurídicos) da controvérsia, estando de outro lado livre para a determinação de sua qualificação jurídica, revela-se presente a ideia, já combatida anteriormente, de que apenas os fatos seriam importantes para o delineamento da *causa petendi* que identifica a situação jurídica afirmada na demanda e de que os fatos são narrados de forma pura e independente, sem receber influência seletiva do direito. Ocorre que, como se viu, nem apenas os fatos são determinantes para a individualização da *causa petendi*, nem eles se determinam de modo afastado do direito. Essa visão é absolutamente parcial e afastada da realidade. O que interessa, em verdade, conforme se viu, é o produto da conjunção entre fatos e fundamentos jurídicos invocados pelo autor, que propiciará a identificação da situação jurídica material para a qual o autor requer tutela e que serve de amparo para a pretensão veiculada na demanda.

Ao se falar no princípio da demanda, portanto, deve-se ter presente a noção de que essa norma atribui às partes não apenas a exclusividade na indicação dos fatos da causa – o que seria uma visão apenas parcial do problema –, mas, de modo mais próprio, a soberania na indicação da situação jurídica material cuja proteção se requer no processo – esse sim o cerne do princípio da demanda. Não é lícito, dessa forma, ao órgão judicial, no exercício de seus poderes, engendrar nenhuma modificação que interfira na determinação da situação jurídica material deduzida em juízo, de modo a manter incólume o poder de livre disposição da parte.

Delineado desse modo o problema, tem-se plena possibilidade de perceber que o princípio demanda é, realmente, o mais importante limite existente, no direito brasileiro, à aplicação da máxima *iura novit curia* pelo órgão jurisdicional para alterar a fundamentação jurídica estampada na demanda. Com efeito, quando a modificação da fundamentação jurídica puder afetar a indicação da situação jurídica tutelável afirmada pelo demandante, fazendo o processo redirecionar suas atenções para situação jurídica que, embora potencialmente passível de proteção, não fora indicada em juízo na demanda, não será possível ao órgão judicial alçar mão da máxima *iura novit curia* para acolher o pedido formulado por fundamentos jurídicos não articulados. Concretizando a ideia por meio do exemplo já

¹²⁸² Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, volume II, p. 343 e ss.

avertado no item anterior – da hipótese do prestador de serviços contábeis “C” que propõe demanda contra o escritório de advocacia “B” e contra a empresa “A” requerendo condenação de ambos ao pagamento de valores devidos pela prestação de serviço, fundando sua pretensão em responsabilidade contratual –, instruída a causa e não comprovada a intervenção da empresa “A” no negócio jurídico entabulado entre “C” e “B”, o pedido formulado contra “A” haverá de ser rejeitado, por ausência de prova da situação jurídica afirmada em face de si. Não poderá o juiz, entendendo provado o fato (até então) secundário relativo ao beneficiamento da empresa pelo serviço prestado, invocar a máxima *iura novit curia* para julgar procedente o pedido com base na constatação da existência de situação jurídica tutelável – direito subjetivo – ligada à pretensão ao recebimento de remuneração com base em responsabilidade restitutória, porque isso representaria afronta clamorosa ao princípio da demanda. O processo cuidou de verificar a existência da situação jurídica – direito subjetivo – afirmado pelo demandante contra o demandado e chegou-se à conclusão de que semelhante direito não existe. Não é o caso, então, de verificar a existência de outro direito, cuja proteção não foi requerida, para dar condições de acolhimento da pretensão veiculada. Haveria, aí, não há como se negar, indesejada iniciativa oficiosa do órgão jurisdicional para proteger direito subjetivo não invocado pelo demandante, o que é insuportável no direito brasileiro.

Há que se perceber, ainda, que, proposta nesses termos a limitação de aplicação da máxima *iura novit curia* por decorrência do princípio da demanda, essa norma jurídica estruturante do processo, além de concretizar a ideia de liberdade de disposição do autor quanto ao pedido de tutela dos direitos (situações jurídicas) de que se entende titular, representa, para o problema aqui examinado, importante garantia de segurança para o réu no resultado do processo. Esse, com efeito, poderá confiar plenamente em que a situação jurídica discutida em causa e apta para suportar o julgamento de procedência da demanda é apenas aquela indicada pelo demandante, e não outra eventualmente identificável pelo juiz na apreciação do caso. Novamente aqui outro interessante exemplo, colhido, dessa vez, do direito tributário, pode ajudar a consolidar a percepção.

Não raro em execuções fiscais levadas adiante em face de uma determinada empresa, pode acontecer de o executado original não possuir patrimônio suficiente para fazer frente ao crédito tributário cobrado. Em casos tais, o Fisco costuma colocar em funcionamento investigação visando a arrecadar elementos de fato que deem amparo à eventual responsabilização solidária de outros sujeitos em face do débito cobrado, a partir do que lhe será possível solicitar o redirecionamento da execução fiscal em face do responsável solidário.

Duas são as possibilidades normativas de engendrar o reconhecimento dessa responsabilidade no direito brasileiro: a do inciso I e a do inciso II do artigo 124 do Código Tributário Nacional¹²⁸³. Em se tratando de tributos previdenciários, essa tarefa investigativa é cumprida, muitas vezes, visando a demonstrar a ligação da pessoa jurídica originariamente executada com outras pessoas jurídicas, de modo a caracterizar o assim chamado “grupo econômico de empresas”, em razão do que, pela regra inserta no artigo 30, inciso IX, da Lei nº 8.212, de 1991¹²⁸⁴, que veio a preencher a possibilidade aberta pelo artigo 124, inciso II, do Código Tributário Nacional e indicar, por lei, sujeitos passivos responsáveis, fica viabilizado o acolhimento da solicitação de redirecionamento da execução.

É uma possibilidade, no entanto, que, solicitado o redirecionamento pelo Fisco contra pretenso responsável a partir da possibilidade de responsabilização solidária que ressaí, em conjunto, do artigo 124, inciso II, do Código Tributário Nacional, e do artigo 30, inciso IX, da Lei nº 8.212, de 1991, não se consiga provar, de modo suficiente, a formação do dito “*grupo econômico*” de que fala esse último dispositivo, com o que estaria inviabilizado o redirecionamento da cobrança em face do sujeito apontado como responsável solidário. Pode-se imaginar, contudo, a hipótese de que, dos mesmos fatos carreados aos autos com o intuito de demonstrar a existência do grupo econômico, o juiz vislumbre a ocorrência de situação que configura existência de interesse comum na situação que constitui o fato gerador, autorizando, o que, em tese, autorizaria o acolhimento do pedido de redirecionamento a partir de outro fundamento jurídico, qual seja, aquele constante do inciso I do mesmo artigo 124. Nesse caso, será possível ao juiz, não convencido da efetiva existência do grupo econômico, baseado nos fatos alegados, modificar a fundamentação jurídica esboçada pelo Fisco diante da situação descrita para admitir o redirecionamento do feito executivo, não já por conta da norma do inciso II (configuração de grupo econômico), mas sim por aquela do inciso I (interesse comum no fato gerador), do artigo 124 do Código Tributário Nacional?

Segundo nos parece, essa alteração da fundamentação jurídica dos fatos, supostamente permitida pela máxima *iura novit curia*, não poderá ser levada a cabo pelo julgador. Isso porque, percebe-se, o pedido de redirecionamento formulado pelo Fisco não veio amparado na situação jurídica – esse é o ponto – identificada como possivelmente existente e tutelável pelo juiz, mas em outra, afirmada existente pelo demandante, mas que, após a instrução,

¹²⁸³ “Art. 124. São solidariamente obrigadas: I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal; II - as pessoas expressamente designadas por lei”.

¹²⁸⁴ “Art. 30. (...). IX - as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta Lei”.

revelou-se inexistente. Veja-se bem que, nesse caso – como, *mutatis mutandi*, no caso anteriormente descrito, e em outros tantos casos inimagináveis – o demandante (sujeito ativo) não se valeu da possibilidade que lhe assistia – isto é, não requereu a tutela de situação jurídica que se revelaria apta a suportar o pedido formulado. Nessa hipótese, em que a parte deixa de usufruir de situação jurídica que se mostra desde logo identificável para justificar a existência de determinada posição jurídica de vantagem, que se mostrou, ao longo do processo, em condições de amparar a sua pretensão, o juiz não poderá tomar iniciativa no lugar da parte, protegendo a situação jurídica não deduzida no processo pelo seu titular a pretexto de dar aplicação à máxima *iura novit curia*. Ora, se o sujeito ativo deixa de invocar a eficácia jurídica que pode ser retirada de um determinado conjunto fático a partir de uma dada qualificação jurídica, identificando uma situação jurídica passível de tutela, não é dado ao juiz – notadamente não pela máxima *iura novit curia* – invadir essa esfera de disposição e proteger o direito não deduzido. E isso porque no processo não se discute sobre fato, nem tampouco sobre fatos brutos juridicamente qualificáveis de qualquer forma, mas sobre situações jurídicas identificadas por fundamentos jurídicos¹²⁸⁵. A troca do fundamento jurídico, nessa situação, significará um afastamento das consequências jurídicas derivadas pelo autor de uma determinada situação de fato e que indicam a afirmada existência de determinada situação jurídica para a qual se requereu tutela, revelando odiosa intromissão do órgão judicial na própria esfera de disposição das partes, razão pela qual não poderá ser admitida.

Veja-se que, além disso, conforme se dizia, a violação, assim provocada, ao princípio da demanda, pela aplicação da máxima *iura novit curia* da forma como normalmente autoriza a doutrina, proporcionaria, também e muito provavelmente, surpresa e perplexidade ao demandado, induzido pela fundamentação jurídica esboçada pelo demandante a defender-se da situação jurídica relativa à afirmada existência de grupo econômico, e não àquela concernente à eventual existência de interesse comum no fato gerador. Ora, imaginar-se que a aplicação da máxima *iura novit curia*, nos termos em que ventilada, possa estar autorizada por ser motor de efetividade e de busca pelo resultado do processo, para o autor, é desconsiderar a posição jurídica do réu, conduzido a arquitetar a sua defesa em face de determinada situação e arriscando ver a sua construção defensiva ignorada ou completamente contornada pela modificação da fundamentação jurídica da demanda pelo órgão judicial, que busca o acolhimento do pedido a partir do atendimento de outra situação jurídica. Essa solução, é de

¹²⁸⁵ Guillermo Ormazabal Sánchez, *Iura Novit Curia*, p. 103.

se perceber, não pode ser admitida, porque, a bem de garantir efetividade, para o autor, desconsidera a segurança jurídica, que protege a posição do réu¹²⁸⁶.

Não seria suficiente, para contornar esse problema, cogitar de que o órgão judicial indicasse ao réu, previamente à decisão, da possibilidade de acolhimento da pretensão por outro fundamento jurídico, dando-lhe a oportunidade de reestruturar a sua defesa em face dessa nova perspectiva de análise jurídica da controvérsia. É que, ainda aqui, haveria desconsideração do princípio da demanda, agora no primeiro sentido, porque se ventila com a possibilidade de reconhecimento e tutela de situação jurídica cuja proteção não foi solicitada pelo seu titular. Mesmo nessa hipótese, portanto, haveria violação ao princípio da demanda.

Poder-se-ia imaginar, então, que a solução, diante de um processo estruturado a partir da ideia de cooperação e que respeita o princípio da demanda, seria o juiz alçar mão do “dever de prevenção”¹²⁸⁷, indicando ao autor a insuficiência da fundamentação jurídica por ele engendrada na propositura da demanda e a possibilidade de exercício de outra situação jurídica, igualmente tutelável no caso, até então não exercida, mas com maiores condições de sustentar o acolhimento do pedido formulado, instigando-o, então, a solicitar a sua proteção, a isso seguindo-se a possibilidade de o réu apresentar nova defesa e, sendo o caso, solicitar a reabertura da instrução – para, por exemplo, comprovar a existência de fato impeditivo do exercício da posição jurídica de vantagem recém-indicada. Essa nos pareceria, realmente, a solução ótima e mais correta, de *lege ferenda*, para a situação, pois é a que melhor acomoda soluções para os inúmeros problemas antes aventados. O grande óbice ao acolhimento dessa solução, contudo, diante do direito positivo brasileiro atual, é colocado pela regra da estabilização objetiva, estrita e inflexível, da demanda, que não abre hipótese para a modificação da causa de pedir nesse ponto (pós-instrução) do processo. Isso inviabiliza a saída proposta.

A aplicação da máxima *iura novit curia*, portanto, nessas situações descritas, e em todas as que, *mutatis mutandi*, a elas se afeiçoarem, é inviabilizada pela vigência do princípio da demanda. E mesmo que isso tentasse ser contornado, pelo estímulo o autor do exercício da posição jurídica de vantagem que possibilitaria, com maiores chances, o acolhimento do

¹²⁸⁶ Tem-se, aqui, demonstração clara de como o confronto entre efetividade e segurança jurídica, defendido por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (*Do formalismo no processo civil, passim*) se verifica na prática processual e exige resolução tópica.

¹²⁸⁷ Relembre-se, conforme já acenado *supra*, que o “dever de prevenção” institui “o dever de o órgão jurisdicional prevenir as partes do perigo do êxito de seus pedidos ‘ser frustrado pelo uso inadequado do processo’”. Cf. Daniel Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil como præt-a-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck*, p. 63).

pedido formulado, a vedação à alteração dos contornos objetivos da demanda após o saneamento impediria, diante do direito posto, o acolhimento da solução proposta.

Não nos parece, a constatação da existência dessas limitações, a apologia do rigorismo técnico formal pernicioso, ou preciosismo de relevância apenas teórica e praticamente injustificável. As limitações anunciadas nas linhas imediatamente anteriores, longe disso, apenas inserem a máxima *iura novit curia* dentro da realidade do processo civil brasileiro atual. Trata-se de nos mantermos fiéis aos pressupostos, antes detalhadamente expostos, de nosso direito processual, bem assim à lógica de funcionamento por que optou o legislador brasileiro na estruturação do formalismo de nosso processo civil. É evidente que a maior atenção para o problema, a ponto de permitir a diferenciação dessas limitações descritas, ganha maior relevância no contexto de um sistema jurídico rígido, tal como o nosso, que acolhe, com destacado – e excessivo – entusiasmo, as regras da estabilidade objetiva da demanda e da eventualidade. Em que pese nos pareça injustificada toda essa rejeição, por parte de nosso direito positivo, à possibilidade de flexibilização da demanda estabilizada, não se pode ignorar essa realidade – e perversidade – sistêmica de nosso processo civil, e, a pretexto de torná-lo mais efetivo, turvar os conceitos e subverter o funcionamento de instituições jurídicas que são afetadas diretamente pela rigidez imposta pelo ordenamento, como é o caso da máxima *iura novit curia* e das limitações que lhe são impostas pelo princípio da demanda¹²⁸⁸. A vantagem ou desvantagem de uma maior ou menor flexibilidade do processo para permitir alterações e adequações no curso da causa não é o que está sendo colocado em jogo por nossa análise. Particularmente, inclusive, somos da opinião de que seria mesmo desejável uma flexibilização maior, o que deve ser feito às claras, mediante alteração do direito objetivo pelo legislador – ou, no limite, pela concretização direta do princípio da efetividade pelo julgador, que construiria um procedimento apto a atender e acomodar a solução de equilíbrio antes exposta. Não há mais espaço, contudo, para distorções e disfarces de solução, como muitas vezes se propõe – e exemplo paradigmático disso é a utilização, variada e desmedida, sem respeitar nenhuma condição de procedimentabilidade, da máxima *iura novit curia*, como forma de contornar os problemas decorrentes da excessiva rigidez do

¹²⁸⁸ A esse respeito, é eloquente a observação de Ernesto Heintz (*I limiti oggettivi della cosa giudicata*, p. 137) a respeito das críticas quanto à adoção de teoria que valoriza a importância do fundamento jurídico na individualização da *causa petendi*, restrições essas esteadas na parcialização e rigidez que a supostamente solução propiciaria: “Un alto problema è poi quello se sia opportuno vietare rigidamente qualsiasi mutamento della domanda, sia in corso del giudizio, sia durante il procedimento d’appello. Infatti chi nega l’identità del concetto della causa petendi in questi casi, intende quasi sempre allargare la nozione sudetta per le nuove domande in appello, nell’interesse dell’economia dei giudizi. In tal caso ci pare però più esatto dal punto di vista teorico di ammettere apertamente che si tratti di un mutamento della causa petendi, e quindi dell’oggetto del processo, ma che tale cambiamento debba ritenersi ammissibile entro determinati limiti”.

sistema, o que, embora possa facilitar a resolução dessa dificuldade, proporciona outras tantas, de idêntica ou maior proporção em outros setores. O que se está a analisar, aqui, é o sistema atual, e este é invariavelmente marcado pela homenagem à eventualidade, constatação da qual não se pode fugir. À falta de reforma nessa estrutura, o que depende de uma modificação *ope legis*, não se pode trabalhar desprezando as suas características essenciais. E, diante disso, não se pode admitir a aplicação invariada da máxima *iura novit curia*, com malferimento do princípio da demanda e desconsiderada da posição jurídica do réu.

Diante disso, e das evidentes limitações impostas – que, se efetivamente existem e são importantes, parecem, ao mesmo tempo, pelas razões expostas, plenamente justificadas –, seria de se questionar se resta algum espaço de aplicação da máxima *iura novit curia* no direito brasileiro. Dois grupos de situações, potencialmente verificáveis na realidade jurídica atual, inclusive com aptidão de recorrência bastante considerável, dão indícios de uma resposta positiva a esse questionamento, porque parecem justificar a necessidade de se preservar a vigência da regra decorrente da máxima *iura novit curia* e a manutenção de sua utilização, dentro desses limites, no processo civil brasileiro contemporâneo.

Um primeiro grupo de situações diz respeito à necessidade-possibilidade de alteração e adequação, pelo juiz, mediante invocação da máxima *iura novit curia*, da fundamentação jurídica engendrada pelo demandante quando isso, ao tempo em que for necessário para justificar o acolhimento do pedido, não importar em modificação da situação jurídica afirmada pelo autor na propositura da demanda. Tais situações podem variar desde a hipótese, mais simples, de simples correção da indicação da norma aplicável ao caso, quando o autor, embora identificando perfeitamente a situação jurídica invocada, comete equívoco na enunciação da norma jurídica aplicável, tomando uma norma jurídica aplicável por outra; passando por situações em que o autor imagina ser aplicável uma determinada norma jurídica, mas a situação jurídica de vantagem afirmada existe e se justifica, mas não pela norma jurídica invocada, senão por outra; até chegar a situações em que o autor deixa de invocar a aplicação de norma jurídica que assegura a posição de vantagem decorrente da situação jurídica afirmada como existente, propondo, porém, solução jurídica idêntica ou análoga à garantida pela norma jurídica. Exemplo para a primeira situação é a hipótese em que o autor, para justificar a existência de direito ao recebimento de indenização por ato ilícito, não relacionado ao exercício abusivo de direito, indica a proteção de sua posição invocando aplicação da norma que recai do artigo 187 do Código Civil. Para a segunda, da hipótese em que o autor, julgando-se inserido em relação de consumo, invoca aplicação do artigo. 18, §1º,

do Código de Defesa do Consumidor em demanda que veicula pretensão de enjeitar a coisa viciada com a repetição do preço pago. Mesmo que entenda inexistente a relação de consumo, ao juiz é dado acolher o pedido pela aplicação do artigo 441 do Código Civil, na medida em que isso não modifica a situação jurídica material afirmada. Para a terceira, a hipótese de o autor propor ação declaratória de inexistência de débito tributário afirmando inexigível a cobrança de determinado tributo porque, em violação ao princípio da segurança jurídica e da separação de poderes, foi instituído por decreto em vez de lei. Nessa hipótese, a argumentação que visa a argumentação eventualmente construída para concretizar os princípios invocados e justificar a existência de norma jurídica que veda a instituição de tributo senão por meio de lei pode ser abreviada pela mera invocação da regra de que trata o artigo 150, inciso I, da Constituição da República, a qual pode ser aplicada pelo juiz mesmo ante a sua não invocação, porque mantida inalterada a situação jurídica afirmada e para a qual se requer tutela. Mesmo nesses casos, contudo, embora as repercussões da aplicação da máxima *iura novit curia* pareçam singelas, especialmente em relação à posição jurídica do réu, a aplicação da máxima deve ser levada a efeito, sempre considerada a razoabilidade e o bom senso, cumpridas as condições de procedimentabilidade que logo adiante serão enunciadas.

Um segundo grupo de casos – e aqui já se trata de situações assaz mais sofisticadas, com ampla verificabilidade no contexto jurídico atual, razão pela qual se dilata, expressivamente, o âmbito de aplicação da máxima – diz com hipóteses em que a situação jurídica deduzida na demanda, da qual decorre a posição jurídica de vantagem afirmada pelo autor, não se mostra, previamente ao processo, necessariamente existente da forma como a argumentação jurídica construída na petição inicial a retrata, havendo grande espaço de indeterminação. A identificação da situação jurídica tutelável, com contornos razoavelmente precisos, não se mostra possível desde logo em sua plenitude, e apenas poderá ser realizada no processo, dentro do espiral hermenêutico fato-direito, direito-processo, que permita a sua (re)construção em vai-e-vém. Em tais hipóteses, em que a circularidade jurídica – sempre presente, de forma mais ou menos forte – é explorada em níveis máximos ou próximo a isso, não seria exigível da parte que não conta com bases normativas (dispositivas) suficientemente inteligíveis um prodígio, em muitos casos quase lotérico e advinhativo, de estruturação, já na propositura da demanda, da situação jurídica acabada, tal como essa será percebida (*rectius*: construída) ao longo do processo. Trata-se das hipóteses típicas de afirmação de posições jurídicas tuteláveis decorrentes de argumentação do demandante visando à obtenção de norma jurídica aplicativa decorrente da concretização, direta, de princípios; de obtenção de norma

pela concretização de cláusulas gerais; e, mesmo, em alguns casos – não certamente em todos – de obtenção de normas a partir de dispositivos que lançam mão de conceitos jurídicos indeterminados. Inclua-se, aí, ainda, as situações jurídicas derivadas de normas que ressaem da *ratio decidendi* de precedentes judiciais que as constroem na ausência de dispositivos normativos, com alto potencial de sugestão normativa de forma mais ou menos inteligível previamente. Nesses casos, a utilização da máxima *iura novit curia* pelo órgão judicial terá seus limites bastante restringidos, alcançado potencial máximo de aplicação. Diante de todas essas conjecturas, é premente o recurso a algum exemplo que ajude a concretizar a ideia que se quer transmitir.

Imagine-se hipótese em que proposta ação rescisória fundada no artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil¹²⁸⁹, visando à redução de honorários advocatícios tidos por exorbitantes, fixados pela decisão rescindenda a partir da norma que ressaí do artigo 20, §4º, do Código de Processo Civil¹²⁹⁰. Pela excessividade da condenação em honorários – por hipótese, digam tenha sido fixada à razão de 10% sobre o valor da causa, após a rejeição de demanda condenatória envolvendo valores milionários –, argumenta o autor sobre a existência de “violação à equidade pela exorbitância” dos honorários fixados, o que demonstraria a existência de violação ao citado dispositivo de lei, configurando-se, dessa forma, hipotética e afirmada situação jurídica tutelável consistente no direito à desconstituição de decisão que fixa honorários exorbitantes, sem observar a equidade resultante do artigo 20, §4º, do Código de Processo Civil. A construção, assim realizada pelo autor, de semelhante hipótese normativa – que não é inspirada por nenhum dispositivo normativo que diretamente a sugira, mas é fruto de pura argumentação jurídica a partir de bases dispositivas rarefeitas e incertas –, demonstraria a existência de situação jurídica tutelável apta a sustentar o pedido rescisório formulado. Para tornar a situação mais palpável, suponha-se que a fundamentação jurídica esboçada pelo demandante é feita despida de paradigma normativo legislativo, sendo construída a partir de alguns julgados esparsos, que acolheram tese semelhante.

Nessa hipótese, se ao longo do processo ou mesmo no momento de decisão, o julgador não se convencer da existência da situação jurídica desenhada pelo demandante, mas, em seu lugar, enxergar a possibilidade de ser (re)construída outra situação jurídica tutelável, essa sim

¹²⁸⁹ “Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...)V - violar literal disposição de lei”.

¹²⁹⁰ “Art. 20. (...). § 4º. Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior”.

apta a suportar o pedido rescisório formulado, mas construída a partir de esteio fático-jurídico diferente, embora semelhante, ao que se valeu o autor, então não seria de se negar ao órgão jurisdicional a possibilidade de, aplicando a máxima *iura novit curia*, alterar a fundamentação jurídica realizada para sugerir a existência da situação jurídica tutelável que recém-construiu, consistente, por hipótese, no direito à rescisão por violação à equidade, resultante não da excessividade dos valores, o que seria insuficiente para configurar violação a literal disposição de lei, mas da utilização injustificada – iníqua – de critérios de fixação de honorários pela decisão rescindenda pela atribuição, pura e simples, de percentual próprio às hipóteses descritas no artigo 20, §3º, do Código de Processo Civil, não se justificando no caso. A situação jurídica de vantagem (re)construída ao longo do processo, com a intervenção do órgão judicial, seria nesses casos sugerida às partes e, se mantida, acolhida pelo órgão jurisdicional, sem cogitar-se de violação ao princípio da demanda ou a desconsideração da estabilidade objetiva.

Perceba-se, assim, que, em hipóteses que tais, seria realmente um excessivo rigor formal postular pudesse a parte identificar, de modo pronto, previamente ao processo, semelhante situação jurídica tutelável, ante a indeterminação normativa que circunda a hipótese. Mostra-se, nesse caso, plenamente possível a aplicação da máxima *iura novit curia* para permitir ao órgão judicial interferir de modo mais forte na fundamentação jurídica da demanda, arquitetada sem base clara de referibilidade dispositivo-normativa. Nesse grupo de situações, como referido, as restrições antes enunciadas para limitar a utilização da máxima *iura novit curia* não mais se justificam. Com efeito, o princípio da demanda não se pode dizer afetado na hipótese, porque não seria razoavelmente sustentável a ideia de que o autor deixou de valer-se de posição jurídica de vantagem decorrente de situação jurídica identificável previamente mas, por alguma razão, não afirmada. Ora, na hipótese ventilada, com muito custo ao autor foi possível arquitetar, sem referência dispositivo-normativa suficiente, que lhe guiasse na tarefa, situação jurídica apta a ser tutelada – a qual, não obstante, foi tida por inviável pelo órgão judicial, o que não seria imaginável por parte do demandante, a ponto de provocá-lo a exercer, em lugar desta ou ao seu lado, outra situação jurídica de vantagem. Tampouco se justificaria a ideia, antes delineada, de desconsideração da posição jurídica do réu – e, assim, de menoscabo da segurança jurídica – em prol da efetividade. Aqui ocorre justamente o contrário: restringir a atuação do órgão judicial relativamente à aplicação da máxima *iura novit curia* para vedar a sua intervenção no que se refere à fundamentação jurídica da demanda seria desconsiderar, em prol da preservação de pretensa segurança

jurídica que não se mostra amparada por base suficientemente sustentável, a necessidade de dar efetividade ao processo mediante a tutela de modo mais forte e atento da posição jurídica do autor, sem, contudo, com isso, haver prejuízos em termos de imparcialidade¹²⁹¹.

Em hipóteses como essas, e em outras tantas, *mutatis mutandi*, a essas identificáveis, sustenta-se plenamente a aplicação da máxima *iura novit curia* nos termos propostos. Nessas hipóteses, razão justificável não haveria para vedar ao órgão judicial que ofereça o seu ponto de vista sobre a questão, o que decorre mesmo do ambiente renovado de diálogo constante próprio de um processo cooperativo, inserido no contexto do Estado Constitucional e informado pelo plano metodológico do formalismo-valorativo. Tudo isso desde que, é claro, sejam observadas determinadas condições de procedimentabilidade, já em parte ventiladas nas linhas anteriores, mas que a seguir serão melhor descritas descritas.

3.2. Condições

Reconhecido um limitado, mas mesmo assim vasto campo de aplicação para a máxima *iura novit curia*, é necessário, como se anunciou, fixar condições de procedimentabilidade que permitam a sua aplicação sem surpresas e sem restrição a direitos fundamentais processuais do litigante potencialmente prejudicado pela alteração da fundamentação jurídica esboçada na demanda. Essa variação, portanto, como é de se presumir, não pode ser levada a cabo pelo órgão judicial de qualquer forma, de modo a surpreender os litigantes e sem contar com a possibilidade de sua participação, influência e adequada defesa. Daí porque, diante dessas considerações, é preciso estabelecer condições procedimentais que, ao tempo em que garantem a aplicação da máxima *iura novit curia*, preservam a incolumidade das posições jurídicas processuais dos envolvidos

Papel decisivo na aplicação da máxima *iura novit curia*, assim, é reservado ao princípio do contraditório. Com efeito, quando for admitida a aplicação da máxima *iura novit curia* para alterar ou, de qualquer forma, readequar a fundamentação jurídica da demanda em relação ao que fora previamente esboçado na demanda, o julgador não estará totalmente livre para realizar essa tarefa da forma e no momento em que bem entender. Pelo contrário, haverá o órgão judicial respeitar determinado procedimento. Nesse caso, portanto, as condições de

¹²⁹¹Solução análoga, embora diante de outras condições, propunha Ernesto Heinitz (*I limiti oggettivi della cosa giudicata*, p. 188/189) para hipóteses análogas : “*Se dallo stesso fatto potevano sorgere più diritti concorrenti, deve presumersi che l’attore li abbia voluti far valere tutti, in mancanza di motivi ragionevoli per una limitazione ad un solo diritto. Ciò vale soprattutto quando l’attore abbia fatto a meno di ogni deduzione giuridica, iura novit curia*”.

seu proceder – o que, nesse sentido, não deixa de perfazer um limite igualmente intransponível ao órgão judicial – já não serão mais dadas pelo princípio da demanda, mas sim pelo âmbito de proteção normativo decorrente do princípio do contraditório¹²⁹². A esse respeito, assevera a doutrina que “*a atividade judicial de livre dedução do direito está limitada por princípios processuais de inescusável cumprimento, para que não seja sacrificado o direito ao contraditório efetivo. Nesta linha, o contraditório representa elemento limitador do aforismo iura novit curia*”¹²⁹³.

Realmente, uma das mais importantes condições para o exercício do poder de o juiz “livremente” – isto é, no âmbito antes definido – controlar o direito aplicável ao caso – *iura novit curia* – é aquela oferecida pelo respeito ao princípio do contraditório, considerado princípio estrutural em qualquer tipo de processo¹²⁹⁴, e condição *sine qua non* para a existência de um processo justo¹²⁹⁵. Na sua visão atual, “*o direito fundamental do contraditório situa-se para além da simples informação e possibilidade de reação, conceituando-se de forma mais ampla na outorga de poderes para que as partes participem no desenvolvimento e no resultado do processo, da forma mais paritária possível, influenciando de modo ativo e efetivo a formação dos pronunciamentos jurisdicionais. Este último elemento não se circunscreve ao ato que resolve a controvérsia, mas compreende todas as decisões do órgão judicial, digam respeito ao mérito da controvérsia, às chamadas condições da ação, aos pressupostos processuais, ou à prova. Estendendo-se, ademais, à matéria fática ou de puro direito, e em qualquer fase do processo (conhecimento ou execução), abrangendo também a fase recursal, em qualquer grau de jurisdição ou no âmbito de recurso especial ou extraordinário, e a fase ou processo destinado á obtenção de tutela de urgência*”¹²⁹⁶.

Obviamente que tamanha amplitude e importância do princípio do contraditório somente é possível de ser imaginada dentro de um processo marcado por uma veia dialogal, própria de uma estrutura cooperativa de processo, estruturado a partir da equitativa distribuição, entre os sujeitos processuais, de poderes, faculdades e ônus, com efetiva correspondência e equivalência entre as posições contrapostas, porquanto somente assim será viável, realmente, proporcionar a participação adequada e efetiva dos interessados no *iter* de

¹²⁹² A respeito do âmbito de proteção normativo do princípio do contraditório no Estado Constitucional brasileiro, veja-se, por todos, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, *Curso de direito constitucional*, p. 646 e ss.

¹²⁹³ Junior Alexandre Moreira Pinto, *A causa petendi e o contraditório*, p. 83.

¹²⁹⁴ Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, “*Iura novit curia*” y aplicación judicial del derecho, p. 33.

¹²⁹⁵ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *A garantia do contraditório*, p. 10.

¹²⁹⁶ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, *Curso de processo civil*, volume I, p. 36.

formação do provimento judicial destinado a interferir em sua esfera jurídica¹²⁹⁷. A constatação de que o processo – ao menos o processo civil brasileiro atual – não é um monólogo, mas sim um diálogo, uma troca de propostas e respostas com estrutura marcadamente dialética, faz com que mesmo a vontade do juiz – vale dizer, mesmo os atos que decorrem de sua esfera de poder – não se exiba livre e totalmente autônoma e autossuficiente, pois condicionada, de um ou outro modo, à influência das partes¹²⁹⁸. Como destaca a doutrina a respeito, “*dentro de um processo organizado a partir da necessidade de colaboração é absolutamente indispensável tenham as partes a possibilidade de se pronunciar sobre tudo que pode servir de ponto de apoio para a decisão da causa, inclusive quanto àquelas questões que o juiz pode apreciar de ofício*”¹²⁹⁹.

A partir da lógica do processo civil contemporâneo, a exigência é de que qualquer pronunciamento jurisdicional tenha apoio apenas em elementos sobre os quais as partes tenham tido efetiva oportunidade de se manifestar, o que significa evitar a decisão surpresa no processo¹³⁰⁰. Se assim é, resta evidente que qualquer modificação operada no enquadramento jurídico dado aos fatos narrados pela petição inicial só será possível ser imaginada a partir da oportunização do exercício do contraditório aos litigantes. Isso porque, em muitas ocasiões, a alteração do enfoque jurídico dado à descrição fática feita pelo autor pode acabar maculando o próprio direito de defesa do réu, conforme já referido. Com efeito, o julgador, ao se valer de enquadramento jurídico diverso daquele alvitado na petição inicial, e não discutido na causa, acabará surpreendendo as partes com a invocação de argumentos jurídicos não imaginados pelo autor e/ou pelo réu, e, ainda, por este não combatidos. Essa prática, se levada a cabo sem a prévia participação das partes, obviamente levará a inevitável desprezo e, com isso, violação ao princípio do contraditório. Também por esse motivo, aliás, conforme se viu, é que o Código de Processo Civil brasileiro não dispensou o autor da apresentação da *causa petendi proxima*, cuja exposição é exigida, também para que o réu tenha condições de saber do que, exatamente, se defende. A aplicação da máxima *iura novit curia*, assim, não pode anular a possibilidade de que a parte, debatendo a situação recém-proposta no processo, tenha condições de influenciar a futura decisão, direito que é, mesmo, indeclinável por força do princípio do contraditório¹³⁰¹.

¹²⁹⁷ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 158/159.

¹²⁹⁸ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 158.

¹²⁹⁹ Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 151.

¹³⁰⁰ Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 151.

¹³⁰¹ Junior Alexandre Moreira Pinto, *A causa petendi e o contraditório*, p. 86/87.

É evidente a impossibilidade de que “os litigantes sejam surpreendidos por decisão que se apoie, em ponto fundamental, numa visão jurídica de que não se tenham apercebido”¹³⁰². Na quadra do Estado Constitucional e tendo em conta a linhagem metodológica do formalismo-valorativo, o direito ao contraditório indica a necessidade de um dever de o juiz propiciar às partes o debate a respeito do material jurídico recolhido ao longo do processo, o que decorre da própria estrutura democrática do processo justo¹³⁰³. Daí porque, dentro dessa orientação, “a liberdade concedida ao julgador na eleição da norma a aplicar, independentemente da sua invocação pela parte interessada, consubstanciada no brocardo *iura novit curia, não dispensa a prévia ouvida das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos ao litígio, em homenagem ao princípio do contraditório*”¹³⁰⁴.

Essas considerações, ademais, conectam-se intimamente com a própria ideia de segurança jurídica, visto que qualquer surpresa, qualquer acontecimento inesperado, só faz diminuir a fé do cidadão na administração da justiça¹³⁰⁵. Bem presente essa noção, não há como se negar que qualquer tomada de decisão tem de ser precedida de prévia oportunidade de manifestação pelas partes, tanto a respeito do que se convencionou chamar questões de fato, “como no que atine a eventual visão jurídica do órgão jurisdicional diversa daquela aportada por essas ao processo. Fora daí há evidente violação à cooperação e ao diálogo no processo, com afronta inequívoca ao dever judicial de consulta, e ao contraditório”¹³⁰⁶.

Na esteira dessas considerações, ulteriores ressalvas devem ser feitas ao posicionamento da maioria da doutrina e da jurisprudência a respeito da utilização do brocardo. Com efeito, a troca do enquadramento jurídico, quando não estiver impedida pelo princípio da demanda, dependerá da inexistência de prejuízo para as partes, principalmente para a defesa do réu. Essa limitação passa pela oportunização pelo órgão judicial do efetivo exercício do direito fundamental ao contraditório pelas partes. Mas não é só. E as razões são singelas. É até mesmo natural que, a partir de um novo enfoque de direito dado pelo órgão judicial aos fatos postos em causa, abram-se tanto para o autor quanto para o réu novas perspectivas a respeito da situação litigiosa. Disso poderá decorrer o surgimento de inúmeras novas indagações, argumentação e mesmo objeções a essa renovada perspectivas. Não raro, nesses casos, será possível imaginar também que, diante do novo enquadramento jurídico oferecido, as manifestações das partes provoquem a necessidade de ulterior produção de

¹³⁰² Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *A garantia do contraditório*, p. 15.

¹³⁰³ Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 150/151.

¹³⁰⁴ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *A garantia do contraditório*, p. 15.

¹³⁰⁵ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *A garantia do contraditório*, p. 15.

¹³⁰⁶ Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, p. 151/152.

provas, levando à necessidade de instrução adicional da causa. E isso poderá ocorrer quando já superada a fase instrutória do processo. Ora, parece-nos evidente que, acaso isso ocorra, a troca do enfoque jurídico apenas poderá ser levada a cabo se vier acompanhada da possibilidade de as partes exercerem amplamente os direitos fundamentais ao contraditório, à ampla defesa e à prova também frente a essa nova situação. Caso contrário, alterado o enquadramento jurídico da causa e impossibilitado às partes a renovação da instrução do processo, haverá iniludível violação a esses direitos fundamentais processuais. A aplicação da máxima, assim, não poderá ocorrer, portanto, sem observar essas condicionantes.

A abertura de chance para a parte manifestar-se a partir da proposta de modificação, alegando razões a ela pertinentes, somada ainda, com isso, da oportunidade de se possibilitar a prova dessas alegações, com reabertura da instrução, são, todas, por conseguinte, condições de operação da máxima *iura novit curia*, de procedimentabilidade para autorizar a sua utilização.

Diante de todas essas observações, crê-se ser possível vislumbrar que a máxima *iura novit curia* somente pode ter aplicação se respeitados limites e condicionantes de valor supremo para o processo civil brasileiro contemporâneo. Dentro dessa lógica, a preservação da esfera de disposição das partes e a asseguarção do diálogo judicial tornam-se autênticas garantias de democratização do processo, impedindo que o órgão judicial, com a utilização da máxima *iura novit curia*, tenha em mãos um instrumento de opressão e autoritarismo¹³⁰⁷. Daí porque o efetivo respeito aos princípios da demanda e do contraditório exige, quanto ao primeiro, a atenta observação das situações jurídicas tuteláveis e para as quais se requereu tutela no processo, exigindo atenta observação das possibilidades dessas situações serem percebidas previamente ao processo para serem nele exercitadas. Quanto ao segundo, a preservação da garantia de as partes de se influírem, de modo amplo, na decisão tomada a partir da nova matéria jurídica surgida na demanda. Está o julgador, assim, relativamente à aplicação da máxima *iura novit curia*, com seus poderes abreviados, por conta do princípio da demanda, e condicionados, pelo princípio do contraditório. Essa é, segudo nos parece, a única forma de equacionar toda a problemática trabalhada e garantir a vigência e a aplicação da máxima *iura novit curia* no processo civil brasileiro.

¹³⁰⁷ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *A garantia do contraditório*, p. 15.

CONCLUSÃO

Concluído, tal como visto, o nosso estudo, é aconselhável, à guisa de conclusão, recuperarmos alguns dos pontos examinados ao longo do trabalho e, colocando-os em sequência, destacarmos algumas situações que se consolidaram ao longo da pesquisa.

A partir da análise histórica realizada, fora nosso intento deixar claro que a máxima *iura novit curia* apresenta, à sua base, pressupostos jurídico-culturais alinhados a uma forma de conceber o processo largamente superada pelo nosso processo civil contemporâneo. Com efeito, demonstrou-se, de forma razoavelmente segura, que a máxima *iura novit curia* surge, com as características proclamadas, em contexto histórico em que imperava um modelo de processo de corte assimétrico, próprio de uma sociedade marcadamente dividida por estamentos sociais fixos, e caracterizado, sob a perspectiva das posições ocupadas pelos sujeitos processuais, por um juiz superpartes, eminentemente centralizador e pouco afeito ao diálogo. O direito, de mais a mais, concebido a partir de uma lógica avessa ao necessário caráter problemático do jurídico, afeiçoava-se às formas de pensar própria das ciências naturais, em função do que imperava a tentativa (infrutífera) de engendrar uma estanque divisão entre fato e direito, aquele sob o domínio das partes, esse sob o domínio de juiz (*da mihi factum, dabo tibi ius*). Dentro dessa lógica, a aplicação do direito ao caso – concebido como o simples exercício de “catalogar fatos”, de “metê-los nas caixetas das categorias jurídicas”, na ilustrativa figura de Pontes de Miranda¹³⁰⁸ – era tarefa entendida como apartada da narração dos fatos da causa – que, pensava-se, por si só bastaria para individualizar o caso colocado *sub examine* pela demanda –, sendo, de tal forma, confiada exclusivamente ao órgão judicial. Dentro desse contexto, mostrava-se plausível que se imaginasse que a livre qualificação jurídica da causa pelo julgador, encarada como o simples caminhar pelo mundo do direito na busca de uma regra cujo suporte fático se encontrasse perfeitamente previsto pelos fatos narrados, não teria o condão de interferir, de qualquer forma, na esfera de disposição das partes.

O processo civil brasileiro contemporâneo, no entanto, conforme procurou se deixar claro, não compartilha desses mesmos pressupostos. Por conta disso, pretendeu-se demonstrar que, face a uma renovada estrutura de sociedade, que se desenvolve sob a égide do Estado Constitucional, em que sobressai a valorização da democracia participativa, não se pode mais sequer cogitar da existência de juízos assimétricos e centralizadores. Pelo contrário, o

¹³⁰⁸ Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo IV, p. 17.

processo civil atual sustenta-se na equânime participação de todos os sujeitos processuais (partes e juiz) no desenvolvimento do processo. Releva, assim, o caráter marcadamente dialogal de desenvolvimento dos trabalhos, em que impera uma concepção forte do princípio do contraditório, alçado que está à condição de verdadeiro direito fundamental processual (art. 5º, LV da Constituição da República). Essa mudança decorre da própria retomada, pelos estudos da teoria geral, de uma concepção tópica do direito, que – volta-se a entender –, é resolvido caso-a-caso dentro de uma estrutura que não prescinde do pensamento dialético na construção de soluções. O processo civil do mundo contemporâneo, assim, deve ser um processo de corte cooperativo, desenvolvido a partir dos pressupostos metodológicos do formalismo-valorativo. Toda essa mudança de perspectiva certamente impõe que se encare com ressalvas o modo com que usualmente se anuncia deva – e possa – se dar a aplicação da máxima *iura novit curia*. Ora, se os pressupostos de que parte o nosso atual modelo de processo civil são diametralmente opostos àqueles adotados na época de surgimento do aforismo, é certamente intuitivo que não se poderia imaginar estivessem mantidos, tal como há séculos proclamados, o âmbito e as condições de aplicação da máxima *iura novit curia*.

Essa constatação, no entanto, carecia de maior concretude. Mostrava-se imperioso, a partir daí, verificar dogmaticamente de que forma a máxima *iura novit curia* atua no contexto do Código de Processo Civil em vigor e da proposta oferecida para a normatização e resolução dos problemas ligados à identificação da demanda e de seu conteúdo. Fizemos isso a partir da análise da *causa petendi* em nosso processo civil, mais especificamente investigando as relações entre o elemento jurídico da causa de pedir e a influência nisso potencialmente causada pela aplicação da máxima. Realmente, se a máxima vinha proclamada como o princípio de que o juiz conhece o direito e de que, por isso, seria totalmente livre na qualificação jurídica dos fatos que embasam a demanda, acabar-se-ia, invariavelmente, tocando o fundamento jurídico da causa (*causa petendi proxima*) e, assim, a própria causa de pedir, como um todo. Acontece que a causa de pedir é apontada como um dos três elementos individualizadores da demanda em nosso ordenamento (ao lado das partes e do pedido), de modo que a sua modificação, em determinadas circunstâncias, suspeitava-se, poderia invariavelmente proporcionar a mudança da própria causa de pedir e, em última análise, do próprio objeto litigioso do processo.

Passamos a investigar melhor, portanto, o modo de compreensão da *causa petendi* no ordenamento processual civil brasileiro, revisitando-o à luz do conhecimento dogmático conquistado com o exame das principais teorias a respeito, realizado na segunda parte do

trabalho. Aplicando o conhecimento adquirido à nossa realidade jurídica, acreditamos ter conseguido colocar em xeque a tradicional posição firmada pela doutrina nacional, que propugna o acolhimento, em nosso país, da teoria da substanciação da causa de pedir, para a qual a *causa petendi* é identificada apenas pelos fatos narrados pelo autor. Buscamos esclarecer que essa concepção não encontra respaldo sequer na letra fria do artigo 282, inciso III, do Código de Processo Civil de 1973, pois que o dispositivo em questão exige do autor a exposição tanto dos fatos quanto dos fundamentos jurídicos do pedido. Com efeito, os fundamentos jurídicos, que não se confundem com o fundamento legal, foram alçados, pelo legislador, a equivalente condição de importância relativamente aos fatos narrados e cumprem determinante papel para a individualização da situação jurídica invocada pelo autor na propositura da demanda e para a qual é buscada tutela por meio do processo.

Na verdade, cremos ter conseguido demonstrar que a causa de pedir cumpre essa exata função: proporcionar a identificação da situação jurídica subjacente à demanda proposta. Para essa individualização, não só os fatos, como também os fundamentos jurídicos são determinantes, visto que, muitas vezes, apenas esse elemento terá o condão de apontar, diante do conjunto fático aportado, qual os fatos jurídicos a serem considerados e qual a posição jurídica de vantagem para as quais se requer proteção. Nesse contexto, chegamos à conclusão de que a aplicação da máxima *iura novit curia* despida de limites poderá invariavelmente interferir no âmbito de vontade manifestado pelo autor no momento de propositura da demanda e, assim, invadir desavisadamente a sua esfera particular de disposição, sem falar na enorme possibilidade de provocar prejuízos para a defesa do réu e para a sua posição jurídica, como um todo, no processo.

Em razão disso, vislumbramos necessário estabelecer limites e condições de aplicação da máxima em nosso processo civil atual.

Quanto aos limites, esses são impostos pelo princípio da demanda. Com efeito, se não apenas os fatos importam para a identificação da situação jurídica subjetiva invocada (afirmada) pelo autor na demanda para amparar o pedido, dependendo também da fundamentação jurídica elaborada, mostrava-se evidente que a modificação desse elemento da *causa petendi* somente seria possível conquanto não violasse a esfera privada de disposição do pedido de tutela da parte. Caso contrário, teríamos um julgador que invariavelmente faz uso exagerado de seus poderes e cuja imparcialidade, por isso, coloca em risco. Da mesma forma, a pretexto de dar efetividade para o processo, não se poderia admitir solução que desconsidera as legítimas expectativas do réu diante da demanda e que, violando a sua

posição, viola também a segurança jurídica. Identificou-se, com tudo, um campo delimitado, mas bastante amplo de aplicação da máxima, cuja vigência em nosso ordenamento, por essa razão, encontrava-se preservada. Sua aplicação, contudo, dentro desses limites, deveria observar determinadas condições de procedimentabilidade.

Quanto a essas condições, viu-se que a aplicação da máxima *iura novit curia* deve comunicar-se, estreitamente, com a garantia constitucional do contraditório, porquanto, no processo civil do Estado Constitucional, dentro do marco teórico do formalismo-valorativo, a troca do enquadramento jurídico da causa jamais pode prescindir de oportunização de prévia manifestação das partes e de sua influência na decisão judicial a ser prolatada a partir dessa alteração. Realmente, a forma de compreender esse direito fundamental impunha que qualquer decisão devesse sofrer a influência das partes. Princípio da demanda e garantia do contraditório, assim, mostravam-se, respectivamente, como os principais limites e condições para a aplicação da máxima *iura novit curia* no processo civil brasileiro contemporâneo

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Momentos, figuras, preocupaciones y tendencias del procesalismo italiano*, in *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*. México: UNAM, 1974.

ALLORIO, Enrico. *Saggio “polemico” sulla giurisdizione volontaria*, in *Problemi del diritto*. Volume II, Milano: Giuffrè, 1957.

_____. *Significato della storia nello studio del diritto processuale civile*, in *Problemi di diritto*. Volume III, Milano: Giuffrè, 1957.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual*. **Revista da AJURIS**, nº 33, 1985.

_____. *A garantia do contraditório*. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, volume 15, 1998.

_____. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. **Revista da AJURIS**, nº 87, 2002.

_____. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*, **Revista da AJURIS**, nº 90, 2003.

_____. *O problema da eficácia da sentença*, in *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Direito material, processo e tutela jurisdicional*, in *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica*. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, nº 21, 2007.

_____. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Do formalismo no processo civil*. 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Do formalismo no processo civil*. 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. Volume 1, São Paulo: Atlas, 2010.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Las acciones en el derecho privado romano*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1945.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Reflexões sobre o princípio da demanda*, in FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.), *Processo e constituição: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Direito processual civil*. Volume 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

- _____. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, volume I, 1975.
- _____. *Dogmática jurídica e o novo Código de Processo Civil*. **Revista de Processo**, nº 1, 1976.
- ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4 edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 9ª edição, São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. “Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, nº 17, 2009.
- _____. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BAUR, Fritz. *Da importância da dicção “iura novit curia”*. **Revista de Processo**, nº 3, 1976. Tradução de: José Manoel de Arruda Alvim.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A conexão de causas como pressuposto da reconvenção*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- _____. *Notas sobre o problema da efetividade do processo*. **Revista da AJURIS**, nº 29, 1983.
- _____. *A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo*, in *Temas de direito processual*, 3ª série, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 52
- _____. *O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos*. **Revista de Processo**, nº 41, 1986.
- _____. *O novo processo civil brasileiro*. 19ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- _____. *A importação de modelos jurídicos*, in *Temas de direito processual*, 8ª série, São Paulo: Saraiva, 2004.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório*, in *Causa de pedir e pedido no processo civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. *Direito e processo*. 6ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BOMFIM, Daniela Santos. *A causa de pedir à luz da teoria do fato jurídico*. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2012.
- BOTELHO MESQUITA, José Ignácio. *A “causa petendi” nas ações reivindicatórias*. **Revista da Ajuris**, nº 20, 1980.
- BRASILEIRO, Ricardo Adriano Massara. *O objeto do processo civil clássico romano*. Belo Horizonte: Líder, 2007.
- BRAGA DA CRUZ, Guilherme. *O “jurisconsultus” romano*, in *Obras esparsas*, volume I. Coimbra: Coimbra Editora, 1979.

BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1956.

_____. *Da ação declaratória no direito brasileiro*. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. *Da lide: estudo sobre o objeto litigioso*, in *Estudos e pareceres de direito processual civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Linhas fundamentais do sistema do Código de Processo Civil brasileiro*, in *Estudos e pareceres de direito processual civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CALAMANDREI, Piero. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Parte 1ª, 2ª edição, Padova: CEDAM, 1943.

_____. *La cassazione civile*. Volume I, in *Opere Giuridiche*, Volume 6º, Napoli: Morano, 1976.

_____. *Il concetto di 'lite' nel pensiero di Francesco Carnelutti*, in *Opere Giuridiche*, Volume 1º, Napoli: Morano, 1976.

_____. *Il concetto di 'lite' nel pensiero di Francesco Carnelutti*, in *Opere Giuridiche*, Volume 1º, Napoli: Morano, 1976.

CALASSO, Francesco. *Medioevo del diritto*. Milano: Giuffrè, 1954.

_____. *Introduzione al diritto comune*. Milano: Giuffrè, 1970.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume III, 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1979.

CAMBI, Eduardo. *Jurisdição no processo civil: compreensão crítica*. Curitiba: Juruá, 2003.

CAMPITELLI, Adriana. Processo civile (diritto intermedio). **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffrè, 1987, volume XXXVI

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª edição, Coimbra: Almedina, 2003.

CANOVA, Augusto Cerino. *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile*. Livro 2º, tomo I, Torino: UTET, 1980.

CAPOGROSSI COLOGNESI, Luigi. *Storia di Roma tra diritto e potere*. Bologna: Il Mulino, 2009.

CAPONE, Arturo. *Iura novit curia: studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale*. Padova: CEDAM, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*. Tomo I, Milano: Giuffrè, 1962.

_____. *Processo e ideologie*. Bologna: Il Mulino, 1969.

_____. *Il processo civile italiano nel quadro della contrapposizione tra "civil law" - "common law"*, in *Processo e ideologie*, Bologna: Il Mulino, 1969.

_____ ; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, *passim*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet.

CARNACINI, Tito. *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*. Volume 2º, Milano: Giuffrè, 1951.

CARNELUTTI, Francesco. *Lite e processo*. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, volume V, 1928.

_____. *Lezioni di diritto processuale civile*. Volume 1º, Padova: CEDAM, 1930.

_____. *Lezioni di diritto processuale civile*. Volume 4º, Padova: CEDAM, 1930.

_____. *Sistema del diritto processuale civile*. Volume I, Padova: CEDAM, 1936.

_____. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958.

CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CARRELLI, Odoardo. *La genesi del procedimento formulare*. Milano: Giuffrè, 1946.

CARVALHO, Milton Paulo de. *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

CASTANHEIRA NEVES, António. *Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade*. Coimbra: Almedina, 1967.

_____. *Metodologia jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Volume I, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1965. Tradução de: José Guimarães Menegale.

_____. *Instituições de direito processual civil*. Volume II, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1965. Tradução de: José Guimarães Menegale.

_____. *Instituições de direito processual civil*. Volume III, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1965. Tradução de: José Guimarães Menegale.

_____. *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*. Volume 1º, Milano: Giuffrè, 1993.

_____. *Identificazione delle azioni. Sulla regola "ne eat iudex ultra petita partium"*, in *Saggi di diritto processuale civile*. Volume 1º, Milano: Giuffrè, 1993.

_____. *Romanesimo e germanesimo nel processo civile*, in *Saggi di diritto processuale civile*. Volume 1º, Milano: Giuffrè, 1993,

COGLIOLO, Pietro *Trattato teorico e pratico della eccezione di cosa giudicata secondo il diritto romano e il codice civile italiano con accenni al diritto intermedio*. Volume 1º, Torino: Fratelli Bocca, 1883.

CORRÊA, Fabio Peixinho Gomes, *O objeto litigioso no processo civil*, São Paulo: Quartier Latin, 2009.

COUTURE, Eduardo Juan. *Las garantías constitucionales del proceso civil*, in *Estudios de derecho procesal civil*. Tomo I, 2ª edição, Buenos Aires: Depalma, 1978.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Jurisdição e poder*. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. *A denominada “situação substancial” como objeto do processo na obra de Fazzalari*. **Revista de Processo**, nº 68, 1992.

_____; AZEVEDO, Luiz Carlos. *Lições de processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *A causa petendi no processo civil brasileiro*. 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DAMASKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. Yale University Press: New Heaven, 1986.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Navarra: Thomson-Civitas, 2005.

DENTI, Vittorio. *Un progetto per la giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 1982.

_____. *Valori costituzionali e cultura processuale*. **Rivista di Diritto Processuale**, nº 3, 1984.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Volume 1, 12ª edição, Salvador: JusPodivm, 2010.

_____. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. Salvador: JusPodivm, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *O conceito de mérito em processo civil*. **Revista de Processo**, nº 34, 1984.

_____. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

_____. *Instituições de direito processual civil*. Volume I, São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Instituições de direito processual civil*. Volume II, 6ª edição, São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *A formação do moderno processo civil brasileiro (uma homenagem a Enrico Tullio Liebman)*, in *Fundamentos do processo civil moderno*. Tomo I, 5ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002.

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

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “*Extinção do processo” e mérito da causa*, in *Ensaio de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FAIREN GUILLÉN, Víctor. *La transformación de la demanda en el proceso civil*. Santiago de Compostela: Porto, 1949.

FAZZALARI, Elio. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957.

_____. *Istituzioni di diritto processuale*. 5ª edição, Padova: CEDAM, 1989.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4ª edição, São Paulo: Atlas, 2003.

FIORELLI, Piero. *Allegazioni*. **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffrè, 1958. Volume II.

FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso L. (tradutor). *Cuerpo del derecho civil*. Tomo I, Barcelona: Jaime Molinas, 1892.

GIANOZZI, Giancarlo. *La modificazione della domanda*. Milano: Giuffrè, 1958.

GIULIANI, Alessandro. *Logica del diritto (teoria dell'argomentazione)*. **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffrè, 1975. Volume XXV.

_____. *L'Ordo Judicarius Medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*. **Rivista di Diritto Processuale**, nº 43, 1988.

_____. *Prova (filosofia del diritto)*. **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffrè, 1988. Volume XXXVII.

GUASP, Jaime. *Juez y hechos en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 1943.

GRANWELL; Ricardo E.. *Las legis acciones según el jurisconsulto Gayo*. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1926.

GRASSO, Eduardo. *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e le nullità da ultra e da extrapetizione*. **Rivista di Diritto Processuale**, nº 20, 1965.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio/discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5ª edição, São Paulo: Malheiros, 2009.

GROSSI, Paolo. *Motologie giuridiche della modernità*. 3ª edição, Milano: Giuffrè, 2007.

_____. *L'ordine giuridico medievale*. 6ª edição, Bari: Laterza, 2011.

HABSCHEID, Walter. *L'Oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco*. **Rivista di diritto processuale**, nº 35, 1980.

HEINITZ Ernesto, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*. Padova: CEDAM, 1937.

HENNING, Fernando Alberto Corrêa. *Ação concreta: relendo Wach e Chiovenda*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

JAUERNIG, Othmar. *Zivilprozessrecht*. 21ª edição, München: Beck, 1985.

KASER, Max. *Direito privado romano*. 2ª edição, Lisboa: Caloutse Gulbenkian, 2011, tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle.

KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*, Porto Alegre: La Salle, 1953.

_____. *Processo e cultura*. **Revista de Direito Processual Civil**, volume III, 1961.

_____. *O Código e o formalismo processual*. **Revista da AJURIS**, nº 28, 1983.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume 8, tomo I, 8ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LARENZ Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª edição, Lisboa: Calouste Gulbenkian.

LENT, Friederich. *Contributo alla dottrina dell'oggetto del processo*. **JUS – Rivista di Scienze Giuridiche**, nº 4, 1953.

_____. *Diritto processuale civile tedesco*. Parte 1ª, Napoli: Morano, 1962. Tradução de: Edoardo Ricci.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Objeto litigioso e duplo grau de jurisdição*, in *Causa de pedir e pedido no processo civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006.

LÉVY-BRUHL, Henri. *Recherches sur les actions de la loi*. Paris: Sirey, 1960.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Qualche osservazione sullo studio della storia del processo civile*, in *Problemi del processo civile*, Napoli: Morano, 1962.

_____. *Fondamento del principio dispositivo*, in *Problemi del processo civile*, Napoli: Morano, 1962.

_____. *Azioni concorrenti*, in *Problemi del processo civile*, Napoli: Morano, 1962.

_____. *Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano*, in *Problemi del processo civile*, Napoli: Morano, 1962.

_____. *Diritto costituzionale e processo civile*, in *Problemi del processo civile*, Napoli: Morano, 1962,

_____. *O despacho saneador e o julgamento do mérito*, in *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

_____. *Recurso da decisão que declara prescrita a ação*, in *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, São Paulo: José Buschatsky, 1976.

_____. *Manual de direito processual civil*. Volume I, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1985. Tradução e notas de: Cândido Rangel Dinamarco.

LIOTTA, Filippo. *Domanda giudiziale (diritto intermedio)*. **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffrè, 1964, volume XIII.

MACHADO, Fábio Cardoso. *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____.; AMARAL, Guilherme Rizzo Amaral (org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MANDRIOLI, Cristanto. *Riflessioni in tema di “petitum” e di “causa petendi”*. **Rivista di Diritto Processuale**, nº 3, 1984.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Teoria geral do processo*. 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____.; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARIOTTI, Alexandre. *Teoria do objeto do processo*. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, volume 10, 1994.

MARQUES José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1974.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

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

_____. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MICHELON JR., Cláudio. *Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo III, São Paulo: Memória Jurídica, 2006.

_____. *O processualismo e a formação do Código Buzaid*. **Revista de Processo**, nº 183, 2010.

_____. *Colaboração no processo civil*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Colaboração no processo civil como prêt-a-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck*. **Revista de Processo**, nº 194, 2011.

_____. *As relações entre o processo civil e a Constituição na primeira metade do século XX e sua breve evolução na doutrina processual civil brasileira*, Revista dos Tribunais, volume 915, 2012.

_____. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Cortes superiores e cortes supremas: da uniformização da jurisprudência à formação do precedente* (no prelo).

MONTESANO, Luigi. *Direito sostanziale e processo civile di cognizione nell'individuazione della domanda*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, 1993.

NÖRR, Knut Wolfgang. *Alcuni momenti della storiografia del diritto processuale*. **Rivista di Diritto Processuale**, n° 1, 2004. Tradução de: Rosaria Giordano.

ORESTANO, Riccardo. *L'appello civile in diritto romano*. 2ª edição, Torino: Giappichelli, 1953.

_____. *Azione (azione in generale , a) storia del problema*. **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffrè, 1959, volume IV.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. *Iura novit curia*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Tradução de: Maria Cristina De Cicco.

PICARDI, Nicola. Processo civile (diritto moderno). **Enciclopedia del diritto**, Milano: Giuffrè, 1987, volume XXXVI.

_____. *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, n° 1, 2004,

_____. *Introdução ao Code Louis (ordonnance civile, 1667)*. In: *Jurisdição e processo*, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (coord.), Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Audiat et altera pars: as matrizes histórico-culturais do contraditório*, In *Jurisdição e processo*, ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (coord.), Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PINTO, Junior Alexandre Moreira. *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Tomo I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I, Rio de Janeiro: Forense, 1974.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1974.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV, Rio de Janeiro: Forense, 1974.

PRIETO CASTRO, Leonardo. *El cambio del punto de vista jurídico*. **Revista de Derecho Procesal**, 1956.

PROTO PISANI, Andrea. *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile*. Livro 1º, tomo II, Torino: UTET, 1973.

_____. *Lezioni di diritto processuale civile*. 5ª edição, Napoli: Jovene, 2006.

PUGLIESE, Giovanni. *Il processo civile romano*. Volume I (*Le legis actiones*), Roma: Edizioni "Ricerche", 1961 (1962).

_____. *Il processo civile romano*. Volume II (*Il processo formulare*), tomo I, Milano: Giuffrè, 1963.

_____. *Istituzioni di diritto romano*. 3ª edição, Torino: Giappichelli, 1991.

_____. *Giudicato civile (storia)*. **Enciclopedia del diritto**, Milano: Giuffrè, 1968, volume XVIII.

_____. Domanda giudiziale (diritto romano). **Enciclopedia del diritto**, Milano: Giuffrè, 1964, volume XIII.

RICCI, Gian Franco. “*Individuazione*” o “*sostantazione*” nella riforma del processo civile. **Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile**, nº 4, 1995.

ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile*. Torino: Fratelli Bocca, 1906.

SANCHES, Sydney. *Objeto do processo e objeto litigioso do processo*. **Revista da AJURIS** nº 16, 1976.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 1º volume, 13ª edição, São Paulo: Saraiva, 1987.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SATTA, Salvatore. *Domanda giudiziale (diritto processuale civile)*. **Enciclopedia del diritto**, Milano: Giuffrè, 1964, volume XIII.

SCIALOJA, Vittorio. *Procedura civile romana*. Padova: CEDAM, 1936.

SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Buenos Aires: EJE, 1968. Tradução de: Tomas A. Banzhaf.

SENTÍS MELENDO, Santiago. *Iura novit curia*. **Revista de Derecho Procesal** nºs 3 e 4, 1947.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2ª edição, São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *O direito de defesa no processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, volume 1. 7ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Processo e ideologia*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação*, in *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Direito material e processo*, in *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro*, in *Sentença e coisa julgada*. 4ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Conteúdo da sentença e mérito da causa*, in *Sentença e coisa julgada*, 4ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Eficácia da sentença e coisa julgada*, in *Sentença e coisa julgada*, 4ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Epistemologia das ciências culturais*, Porto Alegre: Verbo jurídico, 2009.

SOBRINHO, Elício de Cresci. *Objeto litigioso – de Lent a Habscheid e Jauernig*. **Revista brasileira de direito processual**, volume 19, 1979.

_____. *Objeto litigioso no processo civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

TALAMANCA, Mario. Processo civile (diritto romano). **Enciclopedia del diritto**, Milano: Giuffrè, 1987, volume XXXVI.

TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976.

_____. *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980.

TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992.

_____. *Idee per una teoria della decisione giusta*, in *Sui confini: scritti sulla giustizia civile*, Bologna: Il Mulino, 2002.

_____. *La semplice verità*. Bari: Laterza, 2009.

TARZIA, Giuseppe. *Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno all'oggetto del processo*. **JUS – Rivista di Scienze Giuridiche**, nº 2, 1956.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Volume I, 41ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Juiz e partes dentro de um processo fundado no princípio da cooperação*. **Revista Dialética de Direito Processual**, nº 102, 2011.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. Tradução de: Kelly Susane Alflen da Silva.

VILLATA, Riccardo. *L'Esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*. Milano: Giuffrè, 1971.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Tradução de: Cláudia Berliner.

VOGLIOTTI, Massimo. *Tra fatto e diritto: oltre la modernità giuridica*. Torino: Giappichelli, 2007.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 4ª edição, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2010. Tradução de: Antônio Manuel Botelho Hespanha.

WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette*. Volume 1º, parte 1ª, Torino: UTET, 1902. Tradução de: Carlo Fadda e Paolo Emilio Brena.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. 13ª reimpressão, Torino: 2005.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, Milano: Società Editrice Libreria, 1916.

ZILLETTI, Ugo. *Studi sul processo civile giustiniano*. Milano: Giuffrè, 1965.