



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Cintia Regina Guedes

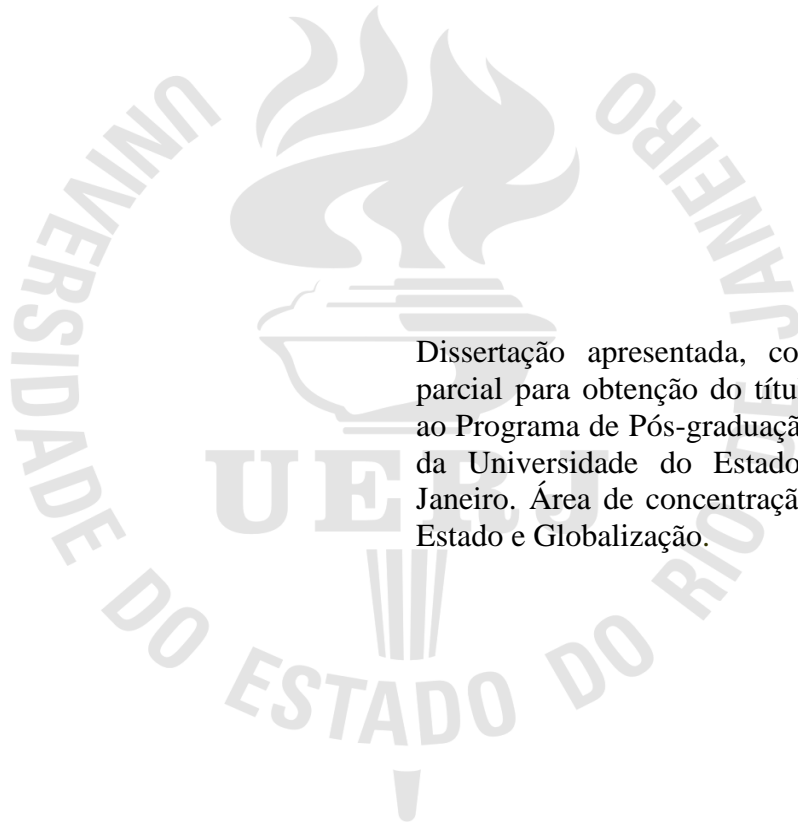
A estabilização objetiva da demanda : novas perspectivas

Rio de Janeiro

2012

Cintia Regina Guedes

A estabilização objetiva da demanda : novas perspectivas



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Fux

Rio de Janeiro

2012

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

G924

Guedes, Cintia Regina.
A estabilização objetiva da demanda : novas perspectivas / Cintia
Regina Guedes. - 2012.
260 f.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Fux.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Processo civil - Teses. 2. Direito processual - Teses. 3. Direito
comparado - Teses. I. Fux, Luiz. Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.91/.95

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Cintia Regina Guedes

A estabilização objetiva da demanda: novas perspectivas

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Aprovada em 26 de outubro de 2012.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Luiz Fuz (Orientador)

Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Leonardo Greco

Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dra. Teresa Arruda Alvim Wambier

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Rio de Janeiro

2012

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, pelo incentivo em todos os momentos da minha vida. Ao meu marido, pelo companheirismo e apoio incondicional recebido durante o curso de mestrado. A minhas filhas, razão de todos os meus esforços.

AGRADECIMENTOS

Ao professor Luiz Fux, pela orientação desta dissertação de mestrado, e pelo exemplo de conduta profissional e dedicação acadêmica.

Ao professor Leonardo Greco, por todas as lições, conselhos e sugestões generosamente oferecidos para a conclusão deste trabalho.

A todos os amigos do curso de mestrado em direito processual da UERJ, pelo incentivo, troca de idéias e ajuda em todos os momentos.

RESUMO

GUEDES, Cintia Regina. **A estabilização objetiva da demanda**: novas perspectivas. 2012. 260f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

A presente dissertação trata do tema da estabilização da demanda, iniciando com um estudo dogmático das teorias usualmente utilizadas para a individualização das ações, tratando em especial dos conceitos de pedido, causa de pedir e objeto litigioso do processo, tanto na perspectiva da doutrina nacional quanto estrangeira, incluindo o estudo da causa de pedir no direito norte-americano, por ter perspectiva bastante diversa daquela originária dos países de tradição romano-germânica. É realizado também amplo estudo de direito comparado, com a análise das regras legais acerca do tema da estabilização objetiva da demanda no direito italiano, francês, espanhol, português e alemão, a fim de se buscar subsídios que possam orientar uma interpretação contemporânea das normas legais sobre o tema, assim como subsidiar sugestões de eventuais alterações legislativas a serem introduzidas no código de processo civil brasileiro. Em capítulo próprio, aborda-se também o direito positivo brasileiro, com as normas legais pertinentes ao tema, assim como as suas variadas interpretações dadas pela doutrina nacional. Faz-se uma análise, ainda, da jurisprudência brasileira, a fim de demonstrar, pelo exame dos casos concretos, a insuficiência das normas legais que disciplinam a matéria em vista dos escopos do processo, bem como a necessidade de se proceder a uma revisão legislativa do tema. Por fim, procura-se apontar soluções e idéias para uma nova interpretação do tema da estabilização da demanda, conciliando as possibilidades de alteração que se apresentam úteis ao processo com as garantias constitucionais dos litigantes.

Palavras-chave: Processo civil. Demanda. Modificação. Pedido. Causa de pedir. Direito comparado. Jurisprudência.

ABSTRACT

GUEDES, Cintia Regina. **The objective stabilization of the original complaint:** new perspectives. 2012.260 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

The following study examines the prohibition against the modification of the original complaint during the proceeding, in order to demonstrate its correction or its failure. We begin by studying the various theories usually adopted for the individualization of the civil actions, giving special attention to the concepts of the claim and the cause of action. This essay analyses the theme in comparative perspective, by studying the procedure systems and the specific rules adopted in Italy, France, Spain, Germany and Portugal, with the scope of giving an account of great procedural systems throughout the world. The comparative exam has the purpose of trying and catching new ideas, in order to offer suggestions to modernize the Brazilian procedure. Following this, we examine also the legal dispositions that are in the Brazilian code of civil procedure as regard this specific issue, the scholastic opinions about them, and the position of the jurisprudence, so as to demonstrate, by the analysis of the real cases, that the Brazilian rules are not the most adequate, and that 's necessary to introduce modifications in the legislation, with the goal of increasing flexibility, conferring prestige on the principle of access to justice. We seek above to comprehend that procedure is not an end in itself, but an instrument to guarantee effectively the protection of rights. Finally, the proposed work tries to provide, to the extent possible, theoretical support to set certain premisses, as to give suggestions to a modern interpretation about the theme, in order to guarantee an appropriate balance between flexible rules about the modifications of the complaint during the process, and the constitutional guarantees of the parties.

Keywords: Civil procedure. Complaint. Modification. Claim. Cause of action. Comparative Perspective. Jurisprudence.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ag	Agravo
AgRg	Agravo Regimental
CDA	Certidão da dívida ativa
CF/88	Constituição Federal de 1988
CPC	Código de Processo Civil em vigor (Lei 5869/1973 e alterações posteriores)
D.J.	Diário da Justiça
DL	Decreto Lei
D.O.E.R.J.	Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro
j.	Julgado
JECs	Juizados Especiais Cíveis
LEC	Ley de Enjuiciamento Civil
Min.	Ministro
p.	Página
REsp	Recurso Especial
rel.	Relator
RT	Revista dos Tribunais
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
Vol.	Volume

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	12
1	ASPECTO DOUTRINÁRIO : CRITÉRIOS PARA A IDENTIFICAÇÃO DA DEMANDA	15
1.1	A teoria da tríplice identidade	18
1.1.1	<u>O pedido</u>	18
1.1.2	<u>A causa de pedir</u>	22
1.1.2.1	As teorias da substanciação e da individualização	22
1.1.2.2	Demandas autodeterminadas e demandas heterodeterminadas	30
1.1.2.3	A posição do tema na doutrina brasileira	32
1.1.2.4	Elementos que integram a <i>causa petendi</i> : somente a descrição dos fatos ou a qualificação jurídica destes	37
1.1.2.5	Fatos jurídicos e fatos secundários	43
1.2	A teoria do objeto litigioso do processo	44
1.3	A identificação da demanda no direito norte-americano	55
1.4	Síntese do tema	60
2	SISTEMAS RIGIDOS E FLEXÍVEIS	62
2.1	Fundamentos do modelo rígido de estabilização da demanda	64
2.1.1	<u>Celeridade e preclusão</u>	64
2.1.2	<u>O direito de defesa do réu</u>	68
2.1.3	<u>A boa-fé processual</u>	70
2.2	Fundamentos do modelo flexível de estabilização da demanda	71
2.2.1	<u>A economia processual</u>	71
2.2.2	<u>A busca pela decisão mais justa</u>	72
2.3	Confronto entre os dois modelos	73
3	PERSPECTIVA DO TEMA NO DIREITO COMPARADO	77
3.1	Direito Italiano	77
3.1.1	<u>O código de 1942</u>	77
3.1.2	<u>A reforma de 1950</u>	80
3.1.3	<u>As reformas dos anos 90</u>	85
3.1.4	<u>A situação atual no direito italiano</u>	93
3.1.5	<u>O <i>iura novit curia</i> no direito italiano</u>	101

3.1.6	<u>Síntese conclusiva</u>	103
3.2	Direito Francês	105
3.2.1	<u>Objeto do processo, pedido e causa de pedir</u>	105
3.2.2	<u>Possibilidades de alteração da demanda</u>	109
3.2.3	<u>Alteração da demanda em recurso</u>	115
3.2.4	<u>Alterações na fundamentação jurídica e os poderes do julgador</u>	120
3.2.5	<u>Síntese crítica do direito francês</u>	126
3.3	Direito Alemão	128
3.3.1	<u>Evolução histórica</u>	128
3.3.2	<u>O modelo de Stuttgart</u>	130
3.3.3	<u>As possibilidades de modificação da demanda</u>	132
3.3.4	<u>As possibilidades de alteração em sede recursal</u>	134
3.3.5	<u>A situação atual do direito alemão</u>	136
3.3.6	<u>Síntese do tema no direito alemão</u>	138
3.4	Direito Português	139
3.4.1	<u>Os elementos objetivos da demanda</u>	143
3.4.2	<u>A estabilização da demanda e as possibilidades de alteração</u>	145
3.4.3	<u>Os fatos supervenientes</u>	152
3.4.4	<u>Síntese do direito português</u>	155
3.5	Direito Espanhol	156
3.5.1	<u>As possibilidades de alteração da demanda</u>	156
3.5.2	<u>A aplicação do brocardo <i>iura novit curia</i></u>	163
3.5.3	<u>O artigo 400 da LEC</u>	165
3.5.4	<u>Síntese do direito espanhol</u>	170
3.6	Síntese crítica do estudo de direito comparado	170
4	DIREITO BRASILEIRO	177
4.1	Regras gerais sobre a estabilização da demanda	177
4.2	O artigo 462 e os fatos supervenientes	189
4.2.1	<u>Origem do dispositivo</u>	190
4.2.2	<u>Interpretação doutrinária e jurisprudencial</u>	192
4.2.3	<u>O fato superveniente e a alteração da <i>causa petendi</i></u>	195
4.2.4	<u>O fato superveniente e o pedido</u>	203

4.2.5	<u>Aplicação da norma do artigo 462 em recurso</u>	205
4.2.6	<u>O artigo 462 e o contraditório</u>	207
4.3	O artigo 517	208
4.4	Análise da posição da jurisprudência contemporânea, em prol da efetividade do processo	215
4.5	O <i>iura novit curia</i>	224
4.5.1	<u>Interpretação e aplicação do brocardo</u>	224
4.5.2	<u>Limites à sua aplicação pelo órgão julgador</u>	229
4.6	Análise crítica da situação atual do direito brasileiro em relação às possibilidades de alteração objetiva da demanda	236
4.7	Sugestões de novas possibilidades	239
4.7.1	<u>A possibilidade de modificação da demanda antes do saneador</u>	239
4.7.2	<u>Hipóteses em que se justifica a alteração da demanda após o saneador</u>	242
4.7.3	<u>Parâmetros para se admitir a modificação da demanda após o saneador</u>	249
	CONCLUSÃO	254
	REFERÊNCIAS	255

INTRODUÇÃO

O tema da estabilização da demanda constitui ponto extremamente relevante em qualquer sistema processual. Tendo por escopo a necessidade de assegurar a duração razoável dos processos, todas as legislações determinam que, em algum momento, a demanda posta em juízo seja definitivamente estabilizada, não se admitindo, então, que as partes possam realizar mais nenhuma alteração do objeto litigioso. Os diversos sistemas processuais apresentam diferenças apenas em relação ao momento do procedimento em que esta estabilização vai ocorrer, o que os torna mais ou menos rígidos em relação ao tema.

Por outro lado, não há como negar que o tempo sempre influencia o processo, de modo que, se a realidade sobre a qual o processo deverá operar seus efeitos sofreu modificação relevante, tais alterações fáticas devem, dentro do possível, ser levadas em consideração na decisão final, ainda que isto implique em reconhecer a necessidade de admitir a alteração da configuração inicial dada à demanda após o início do processo. Também em diversas outras hipóteses se torna patente a utilidade de se admitir alteração dos elementos da ação após a sua propositura, a fim de obter uma solução mais justa e efetiva para o litígio, além de evitar a multiplicidade de ações entre as mesmas partes. À guisa de exemplo, pode-se citar as hipóteses em que a demanda seja deflagrada de forma incorreta, ou as situações em que a prova surgida na instrução demonstre a ocorrência de fatos diversos daqueles inicialmente narrados como fundamentos do pedido, ou a permissão para formulação de novos pedidos pelo autor, cuja necessidade surja com a apresentação da defesa do réu.

Estas alterações intercorrentes do pedido e da causa de pedir não encontram respaldo na legislação nacional, posto que o vigente código de processo civil brasileiro impõe um sistema bastante rígido de estabilização da demanda, determinando a sua imutabilidade logo no início do processo, e proibindo quaisquer alterações da demanda após o saneador.

Com poucas exceções, esta rigidez legal imposta pelo atual CPC não vem merecendo atenção e críticas da maior parte dos estudos doutrinários sobre direito processual, o que dificulta a sistematização do problema e a apresentação de soluções.

Por outro lado, o tratamento legal do tema pela legislação alienígena é bastante variável, sendo possível verificar, em um estudo de direito comparado, a existência de

diversos sistemas diferentes quanto ao momento em que deva ocorrer a estabilização da demanda, bem como em relação ao conteúdo desta. Isto ocorre porque cada país possui suas próprias peculiaridades, o que acarreta na previsão de hipóteses específicas, para cada modelo, de alteração do pedido e da causa de pedir no curso do processo. Além disso, em uma perspectiva evolutiva, também se percebe que grande parte dos sistemas processuais dos países estudados vem enfrentando reformas processuais que alteram o tema da estabilização da demanda, ponto sensível de qualquer regramento processual, havendo, inclusive, mudanças tão radicais quanto difíceis de serem acatadas pela comunidade jurídica.

A jurisprudência brasileira, por seu turno, costuma manter-se fiel à regra da estabilização da demanda como regra preclusiva para os litigantes, não admitindo que as partes possam alterar nem os seus pedidos nem a causa de pedir após o momento preclusivo imposto pelo art. 264 do CPC. Contudo, em situações em que o respeito às regras preclusivas rígidas estabelecidas pelo CPC implique em negativa de acesso à justiça, ou em impossibilidade de ser proferida uma decisão justa, que componha o direito material das partes, em vários julgados, especialmente do Superior Tribunal de Justiça, são permitidos o descumprimento das regras de estabilização da demanda. Este descumprimento se dá, na maior parte das vezes, por iniciativa do próprio órgão julgador, através da realização de uma “interpretação compreensiva” dos pedidos, ou da alteração de alguns aspectos da *causa petendi* no momento do julgamento.

O amplo leque de decisões deste tipo demonstra que as regras atuais sobre a estabilização da demanda não conferem a melhor solução legal no tratamento do tema, vez que não se coadunam com a instrumentalidade do processo, e a busca pela solução mais justa do litígio.

De outro giro, ante a impossibilidade legal de alteração objetiva da demanda, as soluções construídas pela jurisprudência terminam por violar as garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, mormente por admitir modificações feitas pelo julgador (e não pelas partes) e em situações casuísticas, sem que haja sequer previsibilidade pelos litigantes.

Diante disso, faz-se necessário que o tema seja melhor examinado pela doutrina, bem como que sejam estabelecidos novos parâmetros legais pelo legislador reformista, a fim de que o código de processo civil possa se adequar a uma visão instrumental do processo, buscando sempre uma solução efetiva e justa para o conflito de interesses

levado ao Judiciário, mas sem jamais deixar de lado as garantias constitucionais dos litigantes.

À medida que um dos grandes dilemas do processo civil, atualmente, é a necessidade de convivência equilibrada entre os valores da celeridade e da efetividade do processo, de um lado, e a proteção das garantias constitucionais das partes, de outro, nenhuma solução processual será realmente boa, se não houver um razoável equilíbrio entre esses dois vetores. Para que haja um processo justo, que atenda ao interesse do autor de obter uma sentença útil, sem prejudicar o direito do réu ao contraditório, faz-se necessário, portanto, que existam regras claras que determinem as hipóteses de alteração do pedido e da *causa petendi*. Somente assim é possível que se resguarde expressamente o direito do autor de promover tais modificações, assim como o direito do réu ao contraditório, incluindo neste o direito de ter conhecimento de todos os fatos e fundamentos jurídicos que podem ser levados em conta pelo julgador no julgamento da lide, assim como de impugná-los e de produzir prova sobre eles.

O objetivo principal da dissertação, portanto, é aperfeiçoar o estudo de um tema que, apesar de perceptível a todos – autores, réus, advogados, promotores, juízes e defensores –, não vem merecendo a devida atenção da doutrina nem da jurisprudência dos tribunais superiores. Busca-se, destarte, tentar estudar as soluções possíveis para as hipóteses em que se faz necessária a alteração do pedido ou da causa de pedir, antes e após o saneador, compatibilizando as normas legais existentes com as garantias constitucionais de natureza processual.

1 ASPECTO DOUTRINÁRIO : CRITÉRIOS PARA A IDENTIFICAÇÃO DA DEMANDA

A identificação da demanda é essencial ao estudo realizado, haja vista que somente se pode iniciar o exame das possibilidades de alteração da demanda se for possível, de alguma forma, estabelecer critérios para a sua individualização e identificação precisa. No estudo das possibilidades de modificação da demanda, deve-se, em um primeiro momento, procurar critérios para individualizar as ações, de modo a se precisar quais elementos podem ser livremente alterados, e quais são as alterações relevantes a ponto de configurarem uma mudança da própria ação. Em um segundo momento do estudo, busca-se identificar em quais etapas processuais e dentro de quais limites o sistema processual admite esta modificação. Este capítulo tem por escopo, portanto, a análise do primeiro ponto antes referido, qual seja, o estudo das teorias doutrinárias usualmente utilizadas, no Brasil e em outros países, na tentativa de identificação dos elementos que são essenciais para se individualizar uma demanda.

Historicamente, nos países tradicionalmente incluídos no sistema jurídico da *civil law*, duas teorias doutrinárias costumam ser usadas como critérios para se identificar uma demanda posta em juízo, sendo uma de caráter predominantemente italiano, por ser seguida pela maior parte da doutrina italiana (e pela doutrina dos países que sofrem a sua influência), e outra de caráter predominantemente alemão, por ter sido criada por Savigny, sendo posteriormente estudada e desenvolvida por doutrinadores que, em sua maioria, eram também alemães, sendo adotada, até hoje, pela ampla maioria dos autores germânicos.

O critério mais antigo é o que estabelece a identificação das demandas a partir do conceito de ação e de seus elementos identificadores, e consiste em individualizar a ação a partir de três elementos que lhe são considerados essenciais, quais sejam, o *petitum*, a *causa petendi* e as *personae*. Parte da doutrina afirma que este critério teria tido origem no direito romano, vez que no período romano clássico já se conheceria, ainda que de forma empírica, e sem sistematização, o critério da tríplice identidade para identificação das ações¹, sendo este usado pela jurisprudência romana com o fim de

¹ Veja-se o texto do Digesto, livro XLIV, tit. II, fr. 12, 13 e 14, Ed. Galisset pág. 1439. “ *Cum quaeritur, haec exceptio noceat, necne inspiciendum est, an idem corpus sit; Quantitas eadem, idem jus; Et an*

solucionar problemas de ordem processual, como o da litispendência, da coisa julgada e da cumulação de ações.² Há autores, contudo, que negam tal fato, afirmando que não haveria propriamente uma teoria romana sobre o tema, e que esta constatação decorreria de uma falsa interpretação dos textos romanos.³

Tal critério foi redescoberto, séculos depois, por vários estudiosos do direito romano, sendo sintetizado, com grande repercussão, por Robert Pothier em obra clássica,⁴ e veio a ser adotado, em época em que ainda não se discutia a autonomia do processo, pelo código civil francês de 1804⁵, como forma de se identificar uma ação, com o escopo de permitir a análise dos fenômenos da litispendência e da coisa julgada. O referido dispositivo legal serviu de inspiração ao código civil italiano, publicado em 1865, que praticamente o repetiu⁶, e influenciou toda a doutrina dos dois países.⁷

A teoria dos três elementos identificadores da ação parte da constatação de que uma ação somente é idêntica à outra se ambas tiverem o mesmo objeto, que venha a ser demandado em razão da mesma causa de pedir, e entre as mesmas partes (que tenham a mesma qualidade). Em outras palavras, a referida teoria elege os três elementos que, estando presentes em todas as ações, servem para identificar e diferenciar cada uma delas de outras que se apresentem com alguma similitude : o pedido, a causa de pedir e os sujeitos. Nas palavras de Chiovenda :

Analisando a demanda, vimos que se resolve em três elementos, necessários e essenciais : sujeitos, objeto e causa. Daí deriva esta primeira proposição : duas ações e duas demandas são idênticas quando têm de comum todos os três elementos. A diversidade de um só elemento acarreta diferença de ação. (...) Duas ações, pois, que tenham sequer um só elemento diverso, são dois indivíduos diversos entre si, embora a comunidade de outros elementos as torne afins. É possível haver entre duas ações, como entre dois indivíduos em

eadem causa petendi, et eadem conditio personarum.” apud ALVIM, Arruda. **Direito processual civil. Teoria geral do processo de conhecimento**. Vol. II. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1972, p. 58/59.

² Consoante TUCCI, José Rogério Cruz. **A causa petendi no processo civil**. 3ª Edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009. p. 42/49.

³ Neste sentido, os estudos de direito romano desenvolvidos por Cogliolo, e que são analisados por Arruda Alvim, em ALVIM, Arruda. **Direito processual civil. Teoria geral do processo de conhecimento**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1972, v. II, p. 58 e seguintes.

⁴ POTHIER, Robert Joseph. **Traité des obligations**. Paris : Librairie de L’Oeuvre de Saint-Paul, 1883.

⁵ **Art. 1351** : “ L’autorité de la chose jugée n’a lieu qu’à l’égard de ce qui a fait l’objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demanda 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”.

⁶ **Art. 1351** : “ 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 medesima qualità.”

⁷ Consoante TUCCI, José Rogério Cruz. **A causa petendi no processo civil**. 3ª Edição. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.86/90.

geral, mais ou menos afinidade; mas, quanto a ser ou não o mesmo indivíduo, não há graduação possível.⁸

A teoria que se contrapõe à dos três elementos da ação (*tria eadem*), como forma de identificação de uma determinada ação, em comparação a outra, é a da identidade da relação jurídica. Esta teoria também tem seus alicerces no direito romano⁹, mas foi efetivamente desenvolvida, muito tempo depois, por Savigny (e, posteriormente divulgada por Cogliolo), que passou a sustentar que duas ações são idênticas se forem fundadas na mesma relação jurídica, a qual pressupõe que sejam as mesmas partes discutindo a mesma questão jurídica. Fundamenta-se a teoria, portanto, na identidade da relação jurídica que constitui o objeto do processo, afirmando seus defensores que se duas ações tiverem identidade das partes e do objeto, se pode afirmar que são duas ações iguais.¹⁰ Esta teoria continua se desenvolvendo na Alemanha, com especial ênfase da doutrina na identificação do objeto do processo, como critério identificador das ações, como adiante se verá.

Para a teoria da relação jurídica, portanto, a identificação das ações se dá pela identificação da relação jurídica que lhe serve de substrato. Nas ações pessoais, a relação jurídica vem sempre individuada por uma causa, que lhe é necessária, ao passo que nas ações reais esta causa é dispensável, dado o caráter absoluto do direito pleiteado, razão pela qual, para a teoria da identidade da relação jurídica, no caso das ações reais, a identificação da demanda ocorre apenas em função da relação jurídica

⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas : Bookseller Editora, 2000, p. 429.

⁹ A teoria desenvolvida por Savigny também parte da interpretação dos textos romanos, entretanto, ao contrário dos estudiosos que desenvolveram a teoria da tríplice identidade, Savigny sustenta que os termos usados pelos textos romanos para traduzir a idéia da identificação das ações, que eram a *eadem res*, ou *eadem quaestio*, foram interpretados de forma equivocada. Com efeito, afirma que o termo *res* se refere não ao *objeto material* do processo, mas sim à *relação jurídica* deduzida no processo, tendo o mesmo sentido do termo *quaestio*, também utilizado em algumas passagens romanas. Assim, sua teoria usa como critério identificador não os elementos da ação, mas a relação jurídica deduzida em juízo, sendo essencial à identificação da ação a identificação da questão jurídica (“*Rechtsfrage*”, ou “*quaestio jus*”) que lhe serve de base. Sobre o assunto : ALVIM, Arruda. **Direito processual civil. Teoria geral do processo de conhecimento**.v. II. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1972, p. 58 e seguintes.

¹⁰ Esta teoria surge como uma contraposição à teoria da tríplice identidade, afirmando seus defensores que a primeira teoria não apresenta respostas satisfatórias para alguns problemas decorrentes da identificação das ações, como na hipótese em que alguém propõe ação demandando um determinado valor em juízo, tem sua demanda definitivamente rechaçada por não ter direito aquele valor, e posteriormente demanda, contra a mesma pessoa, os juros decorrentes daquele valor anteriormente pleiteado. Neste exemplo, pela teoria da tríplice identidade, a segunda ação não seria atingida pela coisa julgada decorrente da primeira, vez que o pedido mediato (o bem da vida pleiteado) é diverso, embora a relação jurídica seja a mesma, e já tenha sido definitivamente julgada. ALVIM, op. cit., p. 60.

deduzida entre as partes, independentemente de seu título.¹¹ Esta teoria conta com grande adesão entre os doutrinadores alemães, mas não encontrou eco no nosso direito positivo.

A doutrina processual civil brasileira, como regra, adota a teoria da tríplice identidade. Destarte, embora existam falhas na referida teoria, que não consegue resolver todos os problemas que decorrem da necessidade de identificação das ações, principalmente no que diz respeito à causa de pedir, os estudiosos brasileiros a admitem como sendo razoável para solucionar a maioria das hipóteses em que se faz necessária a identificação das ações, até mesmo diante da falta de outra que a suplante, razão pela qual o tema não se desenvolveu de forma plena na dogmática nacional.

1.1 A teoria da tríplice identidade

O direito brasileiro adotou, em linha de princípio, a teoria da tríplice identidade, erigindo como critério para a identificação de uma demanda a exata convergência entre os três elementos identificadores desta (partes, pedido e causa de pedir). Esta afirmação, corrente na doutrina nacional, encontra apoio na redação dada ao dispositivo inserto no artigo 301, parágrafo segundo do CPC, que não deixa margem de dúvidas ao intérprete.

Destarte, em razão de ser a teoria que maior influência exerce sobre os processualistas nacionais, passa-se a expor, com maiores detalhes, os dois elementos objetivos que servem de base para a identificação das ações, segundo a teoria da tríplice identidade, e a forma pela qual vêm sendo tratados pela doutrina (nacional e estrangeira) e pela legislação processual civil brasileira. Deixa-se de examinar o elemento subjetivo (partes) por não ser relevante para o tema do presente trabalho.

1.1.1 O pedido

¹¹ TUCCI, José Rogério Cruz. *A causa petendi no processo civil*. 3ª Edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009. p. 81/85.

Nas palavras de Cândido Dinamarco, “pedido é a manifestação da vontade de obter do Estado-juiz um provimento jurisdicional de determinada natureza, sobre determinado bem da vida. (...) É através dele que o autor externa sua pretensão.”¹²

O pedido, tradicionalmente, é dividido em dois aspectos diversos, levando-se em consideração que o processo envolve dois personagens além do autor : o pedido imediato, que é dirigido ao juiz, a quem se pede a prestação de tutela jurisdicional, que pode consistir em uma declaração acerca de um fato, documento ou relação jurídica, ou na condenação do demandado a uma determinada prestação, ou na constituição ou desconstituição de um negócio ou relação jurídica. O segundo aspecto do pedido é a identificação daquilo que é pedido em face do réu, ou seja, o bem da vida que o autor pretende obter, ou um direito subjetivo ou interesse jurídico pleiteado, e que, sob este aspecto, é comumente chamado de pedido mediato.¹³

Para a teoria da tríplice identidade, o pedido é de suma importância para a identificação da demanda, haja vista que um mesmo fato jurídico, ou uma mesma relação jurídica pode permitir ao seu titular pleitear diferentes formas de tutela jurisdicional, de modo que, a cada novo pedido (ainda que formulado entre as mesmas partes, e com base na mesma relação jurídica) haverá uma nova ação, identificada pelo pedido formulado. Pela mesma razão, alterado o pedido, haverá alteração da demanda posta em juízo.

Além disso, o pedido tem por função delimitar o julgamento da causa, uma vez que a sentença não pode conceder prestação diversa da que foi formulada, nem em quantidade maior do que foi pedido. Trata-se de regra tradicional em nosso sistema processual, contida nos artigos 128 e 460 do código de processo civil. Entretanto, essa correlação entre o pedido e a sentença não é absoluta, dado que a própria legislação admite, em casos raros, algumas exceções a esta regra.¹⁴

¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. III. 6ª Edição. São Paulo : Malheiros, 2009. p. 371.

¹³ TAPIA FERNANDEZ, Isabel. **El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa Juzgada**. Madrid : Editora La Ley, 2000. p.19.

¹⁴ A principal delas reside nas normas que permitem ao juiz impor multa cominatória ao réu, bem como alterar o seu valor, ainda que não haja pedido do autor neste sentido, como consta dos artigos 461, parágrafo quarto, do CPC, e 84, parágrafo quarto da Lei 8078/90. Da mesma forma, ainda que a sentença seja omissa, a multa pode ser arbitrada e alterada em sede executiva, consoante permite o artigo 644 do CPC.

O código de processo admite a existência de pedidos implícitos, isto é, pedidos que não precisam ser expressamente formulados pelas partes, mas que devem ser incluídos, pelo juiz, na sentença, a fim de que sejam executados pela parte vencedora. São exemplos desta espécie a inclusão de correção

Embora o pedido seja um dos elementos identificadores da ação, e definidor dos limites da sentença, admite o código de processo civil a formulação, pelo autor, de pedido genérico, ou seja, sem a especificação exata do bem ou do valor pleiteado, mas apenas em hipóteses específicas, quando não se torne possível, no momento inicial do processo, que o autor possa individualizar ou quantificar plenamente o seu pedido.¹⁵

A legislação processual civil brasileira admite, ainda, no artigo 292, que o autor possa pleitear cumulativamente dois ou mais pedidos, todos formulados simultaneamente na petição inicial. Segundo classificação doutrinária corrente, quando a pretensão dirige-se a obter todos os pedidos formulados, tem-se a cumulação própria (ou cumulação em sentido estrito), ou seja, aquela em que se permite ao autor obter o acolhimento de todas as pretensões.¹⁶ Esta cumulação pode ser simples ou sucessiva, sendo esta segunda a hipótese em que o segundo pedido somente pode ser conhecido no caso de procedência do primeiro, como nas demandas em que se busca o reconhecimento da paternidade e a condenação do suposto pai ao pagamento de alimentos.

A segunda modalidade é a chamada cumulação imprópria, em que se admite a formulação de mais de um pedido (ou um pedido com dois ou mais objetos mediatos), sabendo o autor que somente um deles poderá ser acolhido. São espécies de cumulação imprópria a cumulação alternativa e a cumulação eventual. A cumulação alternativa ocorre nos casos em que o demandante formula dois pedidos para que um deles seja atendido, de forma alternativa, como previsto no artigo 288 do CPC. Já a cumulação eventual de pedidos ocorre nas hipóteses em que se formula um segundo pedido para ser julgado apenas na eventualidade de o primeiro pedido não poder ser atendido. Ou

monetária e juros legais na sentença condenatória em dinheiro, aquela em razão da previsão do artigo 1º da Lei 6899/81, e estes por força do disposto no artigo 293 do CPC, assim como as despesas processuais e os honorários de sucumbência (consoante previsão do artigo 20 do CPC). Também em caso de prestações periódicas, aquelas vencidas após a propositura da ação devem ser incluídas no montante da condenação, ainda que não haja pedido, face ao disposto no artigo 290 do CPC. Registre-se, ainda, a possibilidade de condenação do réu ao pagamento de pensão alimentícia ao filho, que pode ser imposta pelo juiz nas ações de investigação de paternidade, ainda que não haja pedido do autor neste sentido, desde que presente a necessidade do filho reconhecido (consoante previsão do artigo 7 da Lei 8560/92).

¹⁵ Neste sentido, a doutrina de Leonardo Greco : “O pedido genérico é o pedido determinado quanto à natureza, qualidade e quantidade do bem da vida, mas indeterminado quanto ao seu montante ou quanto à sua individualização. A redação do código deixa claro que não cabe ao autor escolher entre o pedido genérico e o pedido determinado. O pedido deve ser preferencialmente determinado. Somente nas hipóteses legalmente previstas deve ser aceito o pedido indeterminado ou genérico.” (GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. vol. II. 1ª Edição. Rio de Janeiro : Forense, 2010. p. 14)

¹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 25ª edição. Rio de Janeiro : Forense, 2007. p. 14/15.

seja, trata-se da formulação de um pedido subsidiário, prevista no artigo 289 do CPC, a ser examinada apenas nos casos em que o pedido prioritário não puder ser acolhido, seja por impossibilidade ou por improcedência.¹⁷

Para o tema que interessa ao presente trabalho, releva dar destaque à possibilidade de cumulação eventual de pedidos, haja vista que, em sistemas processuais que impõem um modelo rígido quanto ao momento da estabilização da demanda, proibindo a alteração do pedido e da causa de pedir após a citação do réu, esta regra funciona como uma possibilidade de atenuação da rigidez preclusiva do sistema. Com efeito, tendo a parte autora ciência de que após a citação não poderá alterar o pedido formulado sem a concordância do demandado, e não podendo prever o conteúdo da defesa do réu e da instrução probatória, pode se assegurar de um eventual risco de não acolhimento do seu pedido formulando, desde a inicial, um pedido subsidiário, a ser julgado apenas na hipótese em que não seja possível o acolhimento do pedido principal. Consoante leciona Tucci, citando Jaime Guasp :

Partindo-se do pressuposto de que a lei fixa para a formulação da pretensão um determinado momento processual, a cumulação subsidiária opera como antídoto contra esse rigor que, em caso contrário, produziria a perda de todo o processo gerado com a dedução imperfeita ou mesmo equivocada do pedido.¹⁸

Esta solução processual, portanto, merece elogios por ampliar a possibilidade de acolhimento do pedido do autor, e, conseqüentemente, diminuir a chance de que o resultado final da demanda venha a ser inútil, do ponto de vista da efetividade da tutela prestada, ante a formulação de pedido que, no curso do processo, venha a se mostrar impossível de ser atendido, pelos mais diversos motivos.

Entretanto, embora elogiável dentro de um sistema preclusivo rígido, merece destaque o fato de que a cumulação dos pedidos, porque tem que ser formulada na inicial, demonstra, logo de início, a falta de confiança do autor em sua pretensão principal, uma vez que este já formula um pedido subsidiário porque ele próprio crê que o principal poderá não ser atendido, o que aumenta a força argumentativa da parte ré em

¹⁷ Mais uma vez a doutrina de Barbosa Moreira : “ Distinguem-se ambas, ademais, porque na cumulação alternativa, em caso de procedência, é a vontade da parte que determina qual dos possíveis resultados práticos se atingirá; na cumulação eventual, essa vontade é irrelevante, cabendo a determinação do resultado ao órgão judicial, que pode acolher o pedido principal, ficando prejudicado o subsidiário; ou, em rejeitando aquele, acolher o subsidiário, segundo sua convicção. A cumulação eventual é figura simétrica e oposta à da cumulação sucessiva.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 25ª edição. Rio de Janeiro : Forense, 2007. p. 15.)

¹⁸ TUCCI, José Rogério Cruz. **Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos**. In BEDAQUE, José Roberto dos Santos e TUCCI, José Rogério Cruz (org.). Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002. p. 284

sua defesa. Este ponto não passou despercebido à doutrina, consoante lição de Araken de Assis, também citado por Tucci :

o inconveniente desta cumulação, perfeitamente apanhado pelo tirocínio de José Alberto dos Reis, e repetido por Calmon de Passos, a crer-se na falta de ordem específica, reside na dúvida do autor sobre o acolhimento da ação principal, e, por isso, formula a outra, talvez mais sólida, para o caso de não vingar a primeira. Este aspecto frágil da inicial merecerá a crítica do réu atento, que, por certo, irá explorá-lo.¹⁹

A conceituação do pedido, como elemento essencial à individualização da demanda, não traduz maiores dificuldades, sendo certo que, em razão da sua objetividade, apresenta-se como o de mais simples identificação dentre os três elementos utilizados pela teoria da tríplice identidade.

1.1.2 A causa de pedir

Entre os três elementos habitualmente usados para a identificação e individualização da demanda, a causa de pedir sem dúvidas é o mais difícil de ser definido, ante a existência de inúmeras controvérsias doutrinárias acerca de seu conteúdo.

Para os fins deste trabalho, será apresentado um breve panorama das várias teorias que tentam explicar e definir o conteúdo da *causa petendi*, e os seus aspectos dogmáticos, assim como as suas primeiras implicações com o tema.

1.1.2.1 As teorias da substanciação e da individualização

Como visto supra, já no tempo do direito romano clássico, se entendia ser a *causa petendi* (junto com o pedido e a coincidência das partes) um elemento essencial à identificação da ação, com vistas à configuração ou não da litispendência e da coisa

¹⁹ TUCCI, José Rogério Cruz. **Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos**. In BEDAQUE, José Roberto dos Santos e TUCCI, José Rogério Cruz (org.). Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002. p. 284.

julgada. Em razão da importância atribuída à *causa petendi*, exigia-se que fosse exposta pelo autor a motivação da propositura da ação, embora também já se entendesse que o *nomen iuris* não era relevante para o conteúdo da causa de pedir.²⁰

Por outro lado, desde a época romana já se considerava que nas ações pessoais era necessária a perfeita identificação dos fatos que fundamentavam o pedido, de modo a precisar a causa da obrigação (*causa obligationis*) como fundamento da *causa petendi*. Já nas ações reais, não se entendia necessária a identificação da causa ou do título que levava à relação jurídica, bastando que se apontasse, na petição inicial, a relação de direito real de que o autor era titular, assim como o bem da vida perseguido. Esta diferença de exigência em relação às ações pessoais e reais é considerada, por muitos, a origem da posterior divisão doutrinária entre as teorias da substanciação e a da individualização.²¹

A grande divergência entre as duas teorias reside no conteúdo da causa de pedir, como elemento necessário à identificação da demanda. A adoção de uma ou de outra das duas teorias tem muita relevância para o direito processual, pois suas consequências não se limitam a identificar o conteúdo da petição inicial, mas trazem implicações também sobre a possibilidade de mudança da demanda no curso do processo, assim como sobre a litispendência e a coisa julgada.²²

O ponto de atrito entre as duas teorias diz respeito exatamente ao conteúdo da causa de pedir nas ações que versem sobre *direitos absolutos*, como aquelas que têm por fundamento os direitos reais de gozo, os direitos de família e os decorrentes do estado da pessoa.

²⁰ TUCCI, José Rogério Cruz. **A causa petendi no processo civil**. 3ª Edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009, p. 46.

²¹ Para um histórico da evolução do tema no direito romano, TUCCI, José Rogério Cruz. **A causa petendi no processo civil**. 3ª Edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009, p.32/49; ALVIM, Arruda. **Direito processual civil. Teoria geral do processo de conhecimento**. Vol. II. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1972, p. 58 e seguintes. Afirmam estes autores que as primeiras exposições doutrinárias envolvendo as duas teorias surgiram na Alemanha, após a entrada em vigor da ZPO de 1879. Em razão do disposto no parágrafo 230 da ZPO, que, ao tratar da petição inicial, exigia a exposição dos *fundamentos* da pretensão deduzida, parte da doutrina passou a sustentar que não mais seria necessária a narração dos fatos na inicial, bastando ao autor indicar o pedido e os seus fundamentos. Iniciou-se então na Alemanha grande discussão doutrinária acerca de qual deveria ser o conteúdo mínimo do ato introdutório da demanda, discussão esta que culminou com a elaboração das teorias da substanciação e da individualização, que posteriormente se espalharam e ganharam adeptos em diversos outros países, especialmente na Itália.

²² Segundo Giancarlo Giannozzi, a teoria da individualização foi formulada inicialmente por Wach, e veio a ser seguida por parte considerável dos doutrinadores alemães. Na Itália foi adotada, com certos temperamentos, por Chiovenda, Carnellutti e Betti. GIANNOZZI, Giancarlo. **La modificazione della domanda nel processo civile**. Milano : Giuffrè, 1958. p. 35.

Para os defensores da teoria da individualização, a causa de pedir é constituída unicamente pela *relação jurídica* (ou pelo estado de direito) afirmada pelo autor no momento inicial da demanda. Destarte, para os que sustentam tal tese, a narração dos fatos jurídicos que dão origem à relação jurídica mencionada, embora seja importante para a elaboração da defesa por parte do réu, não faz parte da causa de pedir e não se presta à individualização da demanda. Portanto, como consequência deste entendimento, a demanda é individualizada apenas pela relação jurídica afirmada pelo autor, sendo irrelevantes, para este fim, os fatos que vão ser discutidos ao longo do processo, razão pela qual a eventual alteração ou acréscimo de outros fatos pelo autor após a citação, desde que não implique em alteração da relação jurídica deduzida na inicial, não implica em alteração da demanda (por não haver alteração da *causa petendi*), sendo, portanto, possível de ser realizada.

Pelo mesmo motivo, os limites objetivos da coisa julgada, em se adotando a teoria da individualização, são mais amplos do que quando se segue a teoria da substanciação, à medida que se incluem na demanda julgada todos os demais fatos jurídicos (ainda que não mencionados no processo) que poderiam ter servido como causa de pedir e levado àquela decisão. Ou seja, não se pode propor nova ação, formulando o mesmo pedido, com base na mesma relação jurídica, ainda que derivada de fatos jurídicos diversos daqueles que foram narrados na primeira demanda.

Chiovenda, por exemplo, grande defensor da teoria da individualização, afirma que nas ações de conteúdo positivo, a *causa petendi* é constituída por três elementos diferentes, quais sejam : a afirmação da existência de uma relação jurídica (propriedade, compra e venda), a afirmação do fato particular que dá origem ao direito invocado (como o vencimento da prestação), e a afirmação do fato de que decorre o interesse de agir (como, por exemplo, o inadimplemento do réu).

Defende também que, nas ações oriundas de direitos obrigacionais, o simples exame da relação jurídica afirmada pelo autor não é suficiente para a individualização da demanda, sendo necessária também a análise do fato constitutivo do direito, que deve ser indicado pelo autor no início da ação. Já em relação às ações fundadas em direitos absolutos, ao contrário, sustenta o mestre ser suficiente a afirmação da relação jurídica invocada (como a propriedade de um bem) para a identificação da ação, concluindo, então, que a causa de pedir na ação de reivindicação não se relaciona com o modo de aquisição da propriedade, mas apenas com “o fato atual da propriedade”. Assim,

continua, pode o demandante alterar o título aquisitivo da propriedade no curso do processo, sem que isso implique em alteração da demanda, e a coisa julgada incide sobre todos os títulos que poderiam ter sido alegados para fundamentar aquela relação jurídica, ainda que não tenham sido mencionados, e que não podem servir de base à propositura de nova demanda real com o mesmo pedido, excetuando apenas os títulos aquisitivos posteriores à sentença.²³

A razão de ser da distinção entre a necessidade de substanciação ou não da causa de pedir nas ações fundadas em direitos absolutos reside no fato de que estes direitos, por serem oponíveis *erga omnes*, somente podem existir uma única vez entre as mesmas partes, como é o caso do direito de propriedade. Assim, ainda que exista mais de um título para a propriedade (como usucapião e direito hereditário, por exemplo), o direito que deles emana é o mesmo, razão pela qual, se o pedido do autor é julgado improcedente, o juiz declara que ele não é proprietário do bem, e esta declaração impede que ele possa propor nova ação visando ser declarado proprietário (ainda que por outro título).

Já as relações jurídicas fundadas em direitos obrigacionais podem existir várias vezes entre as mesmas partes, razão pela qual se torna necessário que o autor, ao propor a ação, identifique qual a relação obrigacional que constitui seu objeto. Em outras palavras, como podem existir várias relações de crédito diversas entre os mesmos sujeitos (por exemplo, vários contratos de mútuo entre as mesmas partes, frutos de uma relação empresarial continuada), a cobrança de um destes créditos somente se torna possível se houver a precisa identificação do contrato que lhe serve de fundamento, com a exclusão de todos os demais, que constituirão *causa petendi* autônomas, hábeis à propositura de outras ações de cobrança.

A teoria da individualização recebe severas críticas de seus opositores, que afirmam que ela se contenta com uma descrição genérica da relação jurídica feita na inicial, sem a individualização da relação pelos fatos que lhe deram origem. Como consequência da aplicação da teoria da individualização, o autor poderia se limitar a afirmar, por exemplo, no momento da propositura da ação, que é credor do réu em razão de um contrato de compra e venda, sem especificar qual seja o contrato, tendo plena

²³ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas : Bookseller Editora, 2000, p. 434 e seguintes.

liberdade para, no curso do processo, deduzir novos e sucessivos fatos que venham a comprovar um contrato de compra e venda.²⁴

Deve-se observar que a adoção da teoria da individualização encontra-se intimamente ligada a um sistema flexível de estabilização da demanda, uma vez que permite às partes acrescerem novos fatos ao processo no curso deste, sem regras preclusivas muito rígidas. Estes sistemas, de modo geral, implicam em um processo mais demorado, o que constitui o fundamento da maior parte das críticas que lhe são dirigidas, como adiante se verá. Tem como vantagem, contudo, a impossibilidade de renovação da discussão jurídica em nova ação, haja vista que a decisão final do processo gera preclusão absoluta em relação a todos os fatos que poderiam fundamentar outras demandas, tendo por base a mesma relação jurídica.

Ademais, nos sistemas que adotam a teoria da individualização, a posição do réu pode ficar, de certa forma, prejudicada, dada a possibilidade de o autor aduzir novos fatos geradores do seu direito durante a instrução processual (vez que tal não implica, como visto, em alteração da demanda), surpreendendo o demandado e diminuindo o seu espaço defensivo. Não sabendo o réu ao certo quais são os fatos que geram o direito do autor, não tem como defender-se adequadamente, bem como introduzir fatos modificativos ou extintivos do direito do demandante, não sendo suficiente a impugnação da qualificação jurídica. Tais argumentos foram usados pelos críticos da

²⁴ Giancarlo Giannozzi, por exemplo, apresenta algumas hipóteses de trabalho para justificar a crítica : na primeira, Ticio pede a condenação do réu a lhe pagar um determinado valor, afirmando ser credor dele por força de um contrato, sem especificar qual seja este. A qualquer momento pode Tício especificar a natureza do contrato, sem que isso implique em modificação da demanda. Se Ticio, no curso do processo, comprova exatamente os fatos alegados, mas estes fatos provam não a existência de um contrato, mas sim de uma outra fonte de obrigação, como um ato ilícito do réu, haveria modificação da demanda, posto que esta se identifica pela relação jurídica deduzida em juízo, e não pelos fatos. Porém, se Ticio, na instrução, aduz fatos novos, e prova tais fatos, mas estes levam à conclusão sobre a existência do contrato como afirmado na inicial, não haveria modificação da demanda. Em uma segunda hipótese, se Ticio narra o contrato como sendo um empréstimo realizado ao réu, mas o classifica de outra forma (como depósito ou venda), a correção posterior seria possível, sem que houvesse modificação da demanda, pois haveria alteração apenas do *nomem iuris*, e não na *causa petendi*. Por outro lado, se ele classifica o contrato como sendo de mútuo, e posteriormente surge prova de que não era de mútuo, mas de depósito, por exemplo, não seria possível a adequação, pois a demanda estaria identificada pela relação jurídica de mútuo, e a sua alteração implicaria em alteração da *causa petendi*, e, em consequência, da própria ação. (GIANNOZZI, Giancarlo. **La modificazione della domanda nel processo civile**. Milano : Giuffrè, 1958. p. 24-25) Conclui o autor, então, sua crítica, afirmando que “a teoria da individualização coloca na *causa petendi* o ônus de uma individualização absolutamente antecipada e inútil ao escopo funcional da demanda e da ação, por ser verdadeiro que *iura novit curia*.” GIANNOZZI, Giancarlo. Op. cit., p. 42. Tradução livre.

teoria da individualização na forma adotada pela Alemanha, destacando-se as críticas do processualista suíço Habscheid.²⁵

Já a teoria da substanciação foi defendida primeiramente por Zanzucchi e boa parte da doutrina italiana, como Calamandrei e Liebman, sendo seguida, posteriormente, por doutrinadores de outros países, como Jaime Guasp, na Espanha.²⁶

Para os que adotam a teoria da substanciação, a causa de pedir, como um dos elementos necessários à identificação da demanda, é constituída pelos fatos que dão origem ao direito alegado pelo autor. Então, como consequência da adoção desta teoria, o ato que inicia a ação deve conter a narrativa dos fatos constitutivos do direito do autor, e estes fatos não podem ser alterados no curso do processo, sob pena de se estar fazendo alteração no próprio conteúdo da demanda.

Giancarlo Giannozzi, defensor desta teoria, esclarece que, em sua opinião, o conteúdo da *causa petendi* é dado por três elementos diferentes e necessários : o fato constitutivo do direito (chamada por ele de *causa petendi* ativa), a qualificação que o enquadra em uma relação jurídica disciplinada pela lei, e o fato constitutivo do interesse de agir (chamada por ele de *causa petendi* passiva).²⁷

A adoção da teoria da substanciação traz algumas implicações no tocante à coisa julgada e à possibilidade de modificação da demanda. Com efeito, pela referida teoria, como a ação é individualizada pela *causa petendi*, e nesta se incluem os fatos jurídicos, uma vez proposta uma ação fundada em determinados fatos jurídicos, não se torna possível a propositura de outra demanda fundada nos mesmos fatos (tendo os mesmos pedidos), vez que ambas teriam a mesma causa de pedir. Neste caso, ainda que se dê aos mesmos fatos qualificação jurídica diversa, haveria o óbice da litispendência ou da coisa julgada, pois são os fatos jurídicos que identificam a demanda.

A grande diferença entre a doutrina que preconiza a teoria da substanciação e a que segue a da individualização está em que, para a primeira, mesmo nas ações que versem sobre direitos absolutos, faz-se necessária a exposição, pelo autor, na petição

²⁵ Ver sobre o tema : PINTO, Junior Alexandre Moreira. **Sistemas rígidos e flexíveis : o problema da estabilização da demanda.** In BEDAQUE, José Roberto dos Santos e TUCCI, José Rogério Cruz (org.). Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002. p. 68.

²⁶ Neste sentido, GIANNOZZI, Giancarlo. **La modificazione della domanda nel processo civile.** Milano : Giuffrè, 1958. pág. 37; GUASP, Jaime e ARAGONESES, Pedro. **Derecho Procesal Civil.** Tomo I. 6ª edição. Madrid : Civitas Ediciones, 2003. p. 250/252.

²⁷ GIANNOZZI, Giancarlo. Op. cit., p.52.

inicial (ou, ao menos, na fase inicial do procedimento) dos fatos que dão origem à relação jurídica alegada, como por exemplo, o título do qual se origina a propriedade, em uma ação reivindicatória.

Como consequência da adoção da teoria da substanciação, mesmo nas ações fundamentadas em direitos absolutos (como os direitos reais de gozo, os direitos de família e os direitos da personalidade), a descrição do fato constitutivo do direito é essencial não somente para permitir a defesa do réu, mas constitui parte integrante da causa de pedir, e, conseqüentemente, elemento identificador da demanda.²⁸ Em razão disso, se o pedido vem a ser julgado improcedente, nada obsta a que o autor possa propor nova demanda com o mesmo pedido e fundamentado na mesma relação jurídica, desde que esta tenha origem em fato jurídico (como o título aquisitivo, no caso das demandas reivindicatórias) diverso do anterior. Tal se dá porque a coisa julgada incide apenas sobre os fatos efetivamente deduzidos na demanda como sendo os fatos geradores do direito, e, por conseguinte, fatos componentes da *causa petendi* que individualiza a ação.

Por outro lado, a cognição judicial na demanda delimitada pela teoria da substanciação fica limitada aos fatos efetivamente aduzidos pelas partes, não podendo esses limites serem ampliados nem pelo magistrado nem pelos litigantes. A inclusão, pelo autor, de novos fatos geradores do seu direito ao longo do processo implica em alteração da *causa petendi*, e sua admissibilidade estará sempre condicionada aos limites temporais da estabilização da demanda.

Do ponto de vista do direito de defesa do réu, a imposição ao autor do ônus de substanciar a demanda no momento de sua propositura, imposto por esta teoria, é extremamente favorável ao demandado, haja vista que o inteiro conhecimento dos fatos que serão discutidos no processo logo em sua fase inicial facilita sua impugnação e a produção de contra prova.

²⁸ “No basta, desde luego, con proporcionar aquellos datos que sirvan para individualizar a la pretensión dentro de las categorías generales jurídicas : *teoría de la individualización*, o *del hecho jurídico*, sino que es preciso que se aporten todos aquellos elementos fácticos, históricos, que, efectivamente, jueguen tal papel delimitador : *teoría de la substanciación*, o *del hecho natural*. No bastará, pues, con que el pretendiente reclame la entrega de la cosa diciendo que ello lo hace por considerarse propietario de la misma ; tendrá que añadir los hechos concretos y particulares de que deriva tal propiedad, v. gr., la compra, la herencia, el legado. Cada pretensión procesal necesita destacarse de cualquier outra posible y este destacamiento es el que se opera el llamado fundamento de la pretensión.” (grifei) GUASP, Jaime e ARAGONESES, Pedro. **Derecho Procesal Civil**. Tomo I. 6ª edição. Madrid : Civitas Ediciones, 2003. p. 252.

Há que se destacar que o *nomem iuris* dado pelo autor na inicial não faz parte da *causa petendi*, haja vista que pode ser livremente alterado pelo julgador no momento da sentença, em razão do brocardo *iura novit curia*, sendo certo que neste ponto não há dissenso na doutrina nem entre os defensores das duas teorias examinadas.

Já há alguns anos, alguns estudiosos, mesmo defensores de uma das teorias examinadas, passaram a buscar uma aproximação entre ambas, diminuindo o antagonismo até então existente. Neste sentido, afirma Arruda Alvim, citando Rosemberg, que :

os partidários da teoria da individualização têm admitido que, na petição inicial, indiquem-se *factos*, desde que se refiram à individualização da relação jurídica. De outra parte, os partidários da teoria da substanciação, não mais exigem a referência *a todos os factos*, mas apenas aqueles reputados essenciais.²⁹

A doutrina européia mais moderna, diante das críticas a que ambas as teorias vêm sendo submetidas ao longo dos anos, vem defendendo uma posição intermediária, de aproximação entre as duas vertentes, entendendo que ambas tratam do mesmo tema, variando apenas o enfoque dado aos elementos que compõem a causa de pedir, uma vez que alguns dão maior relevo aos fatos, outros à relação jurídica que deles nasce. Comoglio, por exemplo, afirma que as duas teorias são

(...) o *direito* e o *reverso* da mesma medalha. : alegar o fato histórico e afirmar o direito ou a relação jurídica significa pôr em essência atividades processuais *compatíveis, conexas e complementares*, porque a identificação da *fattispecie* substancial se realiza exclusivamente em função dos *efeitos jurídicos* que o autor pretende obter.³⁰

Segundo Tucci, com apoio em Proto Pisani,

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 que as faces da mesma moeda, porquanto culminam por aludir ao direito substancial.³¹

Da mesma forma, discorrendo sobre o tema no direito espanhol, Isabel Tapia afirma que “em la actualidad, el enconado antagonismo entre ambas teorías está siendo

²⁹ ALVIM, Arruda. **Direito processual civil. Teoria geral do processo de conhecimento**. Vol. II. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1972. p. 87.

³⁰ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado, e TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. Vol. I. 5ª edição. Bologna : Ed. Il Mulino, 2011. p. 288. Grifos do autor. Tradução livre.

³¹ TUCCI, José Rogério Cruz. **A causa petendi no processo civil**. 3ª Edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009. p.125/126.

superado, debido a su inutilidad y errónea formulación. Y el planteamiento de lo que sea la causa de pedir viene establecido desde otras perspectivas.”³²⁻³³

Em resumo, pode-se afirmar que a adoção de uma das duas teorias, de modo expresso e inequívoco, por parte do ordenamento jurídico processual de um país, possui consequência relevante em tema de identificação e possibilidades de alteração da demanda, ainda que o mesmo ordenamento imponha a imutabilidade desta. Isto porque, como a adoção da teoria da individualização não exige a exposição dos fatos na inicial, e estes não constituem um elemento identificador da ação, a parte autora pode, a qualquer momento, acrescentar novos fatos e alterar os já narrados, sem que isso implique em alteração da demanda, devendo manter íntegra apenas a relação jurídica que serve de fundamento à pretensão. Em outras palavras, ainda que haja regra processual proibindo a alteração da demanda no curso do processo, a adoção da teoria da individualização permite ao demandante a introdução de novos fatos e fundamentos à demanda já proposta, flexibilizando tal proibição.

Já a adoção da teoria da substanciação implica na exigência de descrição dos fatos narrados na inicial e na impossibilidade de sua alteração posterior, haja vista que essa acarretaria alteração da própria ação. O acolhimento desta teoria por um ordenamento jurídico habitualmente encontra-se ligado à adoção de um modelo mais rígido de proibição de alteração da demanda a partir da alteração da causa de pedir, como se percebe do atual sistema processual civil brasileiro.

1.1.2.2. Demandas autodeterminadas e demandas heterodeterminadas

Desde um estudo pioneiro de Cerino Cenova³⁴, a doutrina italiana (e, posteriormente, também a doutrina brasileira, forte nos ensinamentos de Liebman)

³² TAPIA FERNANDEZ, Isabel. **El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa Juzgada**. Madrid : Editora La Ley, 2000. p. 22

³³ Colacionando diversos outros doutrinadores que compartilham da mesma opinião, CAZETA JUNIOR, José Jesus. **Conteúdo da causa de pedir e proposta de aplicação dessa categoria ao recurso extraordinário : um exame crítico**. In BEDAQUE, José Roberto dos Santos e TUCCI, José Rogério Cruz (org.). *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002. p. 239.

passou a apontar a diferenciação entre demandas autodeterminadas e demandas heterodeterminadas. As primeiras são aquelas fundadas em direitos absolutos, ou seja, direitos que somente podem existir uma única vez entre as mesmas partes, como os direitos reais de gozo, os de família e os direitos da personalidade. Estas demandas são identificadas unicamente pelo conteúdo do direito, sem a necessidade de especificação dos fatos geradores do direito, haja vista que quaisquer que sejam os fatos geradores, o direito que deles emerge é único.

Já as demandas heterodeterminadas são aquelas que têm por fundamento um direito relativo, do qual são exemplos os direitos de crédito, e que podem existir várias vezes entre os mesmos sujeitos. Estas demandas necessitam ser identificadas pelo fato gerador da relação jurídica, e não apenas pela relação, haja vista que podem existir várias relações jurídicas semelhantes entre as mesmas partes, somente se podendo diferenciar uma da outra pelos fatos geradores específicos de cada uma delas.³⁵

Ricardo de Barros Leonel, em arguta observação, afirma que a correspondência entre a espécie de direito material (absoluto ou relativo) e o tipo de demanda (auto ou heterodeterminada), contudo, não é absoluta, uma vez que uma demanda fundada em relação obrigacional pode ter por objeto uma prestação específica (traduzida por uma obrigação infungível), que será a única possível entre as mesmas partes, razão pela qual, em sua opinião, na propositura desta demanda não precisaria haver a especificação de todos os fatos constitutivos para diferenciá-la das demais, bastando a indicação do título de sua instituição. Ou seja, tratar-se-ia de uma demanda autodeterminada, mas relativa a um direito de crédito.³⁶

³⁴ CANOVA, Augusto Cerino. **La domanda giudiziale ed il suo contenuto**. Comentario del Codice di Procedura Civile, UTET 1980, 1.2, t.1, pagina 10 e seguintes, *apud* LEONEL, Ricardo de Barros. **A causa petendi nas ações coletivas**. In BEDAQUE, José Roberto dos Santos e TUCCI, José Rogério Cruz (org.). Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002. p. 127.

³⁵ Sobre o tema, vide COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado, e TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. Vol. I. 5ª edição. Bologna : Ed. Il Mulino, 2011, p. 288/289. Ver também GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. vol. I. 2ª Edição. Rio de Janeiro : Forense, 2010. p. 205.

³⁶ Eis a sua conclusão sobre o tema : “Desse modo, fica claro que a distinção inicial entre direitos reais e de crédito, ampliada posteriormente para a contraposição entre direitos absolutos e relativos, para fins de diversificação do modo de elaboração da demanda judicial, fica superada. Embora tenha constituído importante ponto de partida na sistematização de idéias a respeito do tema, não atingiu, de modo definitivo, o cerne da questão. O ponto essencial não é, simplesmente, a natureza ou a classificação (categoria) de determinado direito, mas sim sua estrutura e configuração. Consequentemente, a identificação da *res in iudicio deducta* pelo conteúdo do direito deduzido leva em consideração, de forma prática, não a espécie de direito, mas a *impossibilidade de repetição simultânea, da mesma situação de direito material, entre as mesmas partes*. ” (LEONEL,

Questão assaz controvertida diz respeito à identificação das demandas constitutivas. Estas traduzem um direito potestativo (ou poder jurídico) de obter a modificação, a eliminação ou a criação de uma nova relação jurídica. A doutrina italiana oferece ao menos duas soluções diversas sobre o tema : uma no sentido de que o poder - direito de obter a modificação se identifica segundo o *fato jurídico simples* que lhe serve de motivação (ou seja, a *fattispecie* de direito substancial), e não pelo efeito pretendido. Outra solução, porém, dá conta que uma demanda constitutiva se identifica *pelo efeito que produz* (anulação, por exemplo) e pela relação jurídica que vai ser modificada, e não pelo fato jurídico que a motiva. Por esta solução, então, como parece óbvio, pleiteada em uma demanda a resolução de um contrato por impossibilidade superveniente, e obtido o julgamento, não se poderá mais, em outro processo, pleitear a resolução do mesmo contrato com base em nenhum outro motivo (como a onerosidade excessiva), por se tratar da mesma demanda, incidindo o óbice da coisa julgada.³⁷

Entre nós, Arruda Alvim sustenta que mesmo nas ações constitutivas é imprescindível a identificação dos fatos que formam a *causa petendi*, e que esta é constituída pelo móvel (ou fundamento jurídico) invocado pelo autor para pleitear a rescisão ou a extinção de uma relação jurídica. Exemplifica com a mora do compromissário comprador (no caso de uma rescisão de contrato) ou o adultério (no caso de uma ação de separação judicial).³⁸

Trata-se, em última análise, da aplicação, às ações constitutivas, dos mesmos conceitos de identificação da demanda aduzidos pela teoria da substanciação ou pela teoria da individualização, com todas as consequências sobre as possibilidades de alteração da demanda já vistas no ítem anterior.

1.1.2.3 A posição do tema na doutrina brasileira

Ricardo de Barros. **Causa de pedir e pedido. O direito superveniente.** São Paulo : Método, 2006. p. 98.)

³⁷ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado, e TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile.** Vol. I. 5ª edição. Bologna : Ed. Il Mulino, 2011.p. 760. Vide mais sobre o tema no capítulo relativo ao direito italiano

³⁸ ALVIM, Arruda. **Direito processual civil.** Teoria geral do processo de conhecimento. v. II. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1972. p. 96.

A doutrina brasileira, tanto clássica quanto atual, defende, de forma majoritária, a utilização da teoria da substanciação, como sendo a mais adequada à definição do conteúdo da causa de pedir. Neste diapasão, a lição de Tesheiner, citando a clássica doutrina de Moacyr Amaral dos Santos :

Tenho como mais adequada a teoria da substanciação, mesmo com referência aos direitos reais. Julgada improcedente ação declaratória da propriedade fundada em título de domínio, não se há de obstar uma segunda ação, fundada em usucapião, ainda que consumado anteriormente à propositura daquela. Com Moacyr Amaral Santos, afirmo que "mesmo no tocante às ações reais a causa de pedir compreende não só a causa próxima, o domínio do autor (. . .), como também a causa remota, o modo de aquisição do domínio, qual o seu título de aquisição." ("Primeira Linhas", 5. ed., São Paulo, Saraiva, 1977, 1/142).³⁹

A própria legislação processual, desde o código de processo civil de 1939, já levava a doutrina processual nacional a defender tal ponto de vista, haja vista que o antigo artigo 158, inciso III, do revogado CPC, que exigia a descrição dos fatos na petição inicial,⁴⁰ não diferenciava entre as ações reais e as ações fundadas em direito obrigacional.⁴¹ Atualmente, a redação do dispositivo legal inserto no art. 282, inciso III, do CPC, também permite a conclusão, de forma quase unânime, que o estatuto processual civil também adotou a teoria da substanciação, uma vez que o mencionado dispositivo legal exige para a propositura da demanda que o autor descreva, na inicial, os fatos que fundamentam seu pedido, sob pena de inépcia.

Havendo a necessidade de descrição dos fatos jurídicos na inicial, e sendo estes fatos componentes da *causa petendi*, percebe-se que eles vão contribuir para delimitar

³⁹ TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos da Ação**. In Revista Ajuris, Porto Alegre, vol. 62. 1994. Do mesmo pensamento é Arruda Alvim, que afirma : “ É insustentável a posição de que uma ação se individua pela relação jurídica deduzida, de forma absolutamente independente dos fatos que a embasam. Isto porque, em última análise, é absolutamente inafastável a realidade de que o direito decorre dos fatos. Antes mesmo do exame da relação jurídica deduzida, isto é, *afirmada*, tem o juiz de examinar quais sejam os fatos.”(ALVIM, Arruda. **Direito processual civil**. Teoria geral do processo de conhecimento. v. II. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1972, p. 81.)

⁴⁰ Art. 158. A ação terá início por petição escrita, na qual, delimitados os termos do seu objeto, serão indicados:

I – o juiz a quem é dirigida;

II – o nome e o prenome, a residência ou domicílio, a profissão, a naturalidade e o estado civil do autor e do réu;

III – o fato e os fundamentos jurídicos do pedido, expostos com clareza e precisão, de maneira que o réu possa preparar a defesa;

IV – o pedido, com as suas especificações;

V – os meios de prova com que o autor pretende demonstrar verdade do alegado;

VI – o requerimento para a citação do réu;

VII – o valor da causa.

⁴¹ Neste sentido, pode-se citar, por todos, a posição de Frederico Marques : MARQUES, Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. vol. III. N. 668, Rio de Janeiro : Forense, 1967. p. 209.

objetivamente a demanda, além de servir para identificar a ação, em razão da adoção da teoria da tríplice identidade pelo CPC, como já visto.

De outro turno, o código de processo civil não traz nenhuma exceção, no tocante à exigência de descrição dos fatos geradores do direito, em relação às demandas autodeterminadas, razão pela qual a doutrina majoritária defende que o estatuto processual não adotou a teoria da individualização.

Neste sentido, à guisa de ilustração, traz-se a lição de Cassio Scarpinella Bueno :

Em função disso é que não há dúvida, em doutrina e em jurisprudência, de que o art. 282, III, é prova segura de que o direito processual civil brasileiro filiou-se à teoria da “substanciação”, vale dizer, que é fundamental para o autor descrever, na petição inicial, os *fatos constitutivos* de seu direito, fazendo referência não só à lesão ou ameaça ao direito que afirma sofrer (ou, se for o caso, às lesões e/ou ameaças), mas também à origem desse seu direito.”⁴²

Compartilham desta opinião, entre outros, Humberto Theodoro Junior⁴³, Cândido Dinamarco⁴⁴, Greco Filho⁴⁵ e Nelson Nery Junior.⁴⁶

Entretanto, anote-se que alguns juristas brasileiros, como Botelho de Mesquita,⁴⁷ possuem uma posição independente, no sentido de que o atual CPC, na verdade, teria atenuado a teoria da substanciação, tendo sofrido a influência de ambas as teorias, em sua concepção, defendendo que a necessidade ou não de descrição dos fatos na exordial depende sobremaneira da relação jurídica de direito material.

Botelho de Mesquita, citando doutrina de Heinitz, critica a idéia de que a causa de pedir possa ser constituída apenas pelos fatos jurídicos narrados na exordial, porque, como conseqüência deste entendimento, a demanda seria individualizada, objetivamente, apenas pelos fatos e pelo pedido. Afirma, em sua crítica, que na realidade é possível visualizar hipóteses em que a narração dos mesmos fatos com o mesmo pedido pode dar origem a duas demandas diferentes, o que faz cair por terra a

⁴² BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. vol. I. 3ª Edição. São Paulo : Saraiva, 2009. p. 380

⁴³ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. vol.I. 44ª edição. Rio de Janeiro : Forense, 2006. p. 389

⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. III. 6ª Edição. São Paulo : Malheiros, 2009. p. 285.

⁴⁵ GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. vol. I. 19ª edição. São Paulo : Saraiva, 2006. p.93

⁴⁶ NERY, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 3ª edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997. p. 566

⁴⁷ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **A causa petendi nas ações reivindicatórias**. In Revista AJURIS número 20, novembro de 1980, pag. 173.

correção da teoria da substanciação, adotada desta forma. A título de exemplo, lembra a possibilidade de, em duas demandas diversas, o mesmo autor pedir o mesmo bem da vida, fundado no mesmo fato constitutivo (por exemplo, sua aquisição por herança), mas com fundamentos diferentes (por exemplo, primeiro por uma demanda reivindicatória, e posteriormente por outra demanda, fundada no enriquecimento ilícito). Neste caso, pela teoria da substanciação, considerando que as ações são individualizadas apenas pelo fato jurídico e pelo pedido, estas ações seriam consideradas iguais, ao passo que se for considerada a necessidade de inclusão do fundamento jurídico como integrante da *causa petendi*, e, conseqüentemente, como relevante para a identificação das demandas, estas ações seriam diversas por terem fundamentos diversos (e, no caso de improcedência da primeira, poderia ser proposta a segunda).

Ainda segundo o mesmo Botelho de Mesquita, a causa de pedir deve ser composta necessariamente pela narração dos fatos relevantes ao reconhecimento do direito, pela relação jurídica que fundamenta o pedido e pelo direito particular feito valer pelo autor, mas estes elementos, embora sejam suficientes à identificação da causa de pedir na grande maioria dos casos, em outros se tornam insuficientes. Aponta, assim, a existência de uma hipótese em que, além dos elementos antes descritos, o autor deve apontar também a qualificação jurídica da relação afirmada, ou o *nomen iuris* da demanda, por ser necessário à sua correta individualização. Trata-se, em suas palavras, das hipóteses em que se tenha

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 em que é vedado ao juiz, como à parte, substituir tal relação por outra, ainda que fiquem inalterados o *petitum* e o fato constitutivo.⁴⁸

Já as deduções jurídicas formuladas pelo autor são sempre irrelevantes para o conteúdo da causa de pedir, ante a incidência do *iura novit curia*.

Conclui, assim, que o CPC adotou uma teoria intermediária, mista, entre a substanciação e a individualização, à medida que o atual artigo 282 exige a narração dos fatos que dão origem ao direito, mas também exige do autor a exposição da

⁴⁸ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A causa petendi nas ações reivindicatórias*. In Revista AJURIS número 20, novembro de 1980, pag. 173

fundamentação jurídica, entendida por ele como sendo a narração tanto da relação jurídica quanto do direito particular feito valer pelo autor.

Da mesma forma, Leonardo Greco sustenta que, embora o art. 282 tenha pretendido afirmar que o código de processo civil adotou a teoria da substanciação, tal conclusão pode ser questionada em razão da redação dos artigos 131, 462 e 474 do próprio código, que deixam dúvidas sobre o tema.⁴⁹

Já Tesheiner, embora se filie à teoria da substanciação, sustenta que a causa de pedir é elemento accidental para a identificação da demanda, porque nem todas as demandas têm causa de pedir. Cita como exemplos as ações declaratórias em que se pede a declaração de falsidade de um documento, ou a ação declaratória de uma cláusula contratual que ofenda a lei. Nestas, não há fato jurídico que fundamente a demanda. Na segunda, a fundamento do pedido é a norma jurídica apontada, mas a norma jurídica não integra a causa de pedir, até porque pode ser alterada pelo juiz.⁵⁰

Ademais, hipóteses existem, ainda, como o caso da ação de usucapião extraordinário, em que a legislação material dispensa a descrição dos fatos na inicial, haja vista que nesta hipótese, por exemplo, basta a afirmação da posse mansa, pacífica e sem oposição, com ânimo de dono, pelo prazo legalmente previsto, para se terem presentes os requisitos teóricos à configuração da usucapião, sem que seja necessário o autor afirmar os fatos que deram origem à sua posse, por serem civilmente irrelevantes.

Do acima exposto, se pode perceber que, embora seja pensamento quase unânime na doutrina brasileira a tese de que o CPC adotou a teoria da substanciação, em razão do disposto no artigo 282, inciso III, o próprio dispositivo legal exige do autor a narrativa não somente dos fatos mas também do fundamento jurídico da pretensão, razão pela qual não se pode, a princípio, e como regra geral, excluir totalmente do conceito de causa de pedir a qualificação jurídica dada aos fatos, por ser esta, em algumas hipóteses, um elemento relevante para a perfeita identificação da demanda, em comparação com outra semelhante, que apresente os mesmos fatos e o mesmo pedido, alterando apenas a qualificação dada a estes fatos. O tema será melhor analisado no próximo item.

⁴⁹ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. vol. I. 2ª Edição. Rio de Janeiro : Forense, 2010. p. 203

⁵⁰ TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos da Ação**. In Revista AJURIS, Porto Alegre, vol. 62. 1994. p. 110 e seguintes.

1.1.2.4 Elementos que integram a *causa petendi* : somente a descrição dos fatos ou também a qualificação jurídica destes

Seguindo-se então a dicção do código de processo civil, costuma-se dizer que a causa de pedir é constituída pelos fatos e pelos fundamentos jurídicos que servem de base à pretensão do autor, dividindo a doutrina estes dois elementos componentes da *causa petendi* em causa remota e causa próxima.

Cândido Dinamarco, por exemplo, afirma que a causa de pedir é integrada tanto pelos *factos constitutivos*, entendidos como aqueles que “segundo o autor, geraram a consequência jurídica pretendida”, quanto pela *fundamentação jurídica*, afirmando ser esta uma “proposta de enquadramento dos fatos em uma categoria jurídico-material”. A descrição dos fatos e sua qualificação jurídica é que devem ser necessariamente informados na petição inicial, por exigência legal, ao passo que a afirmação do dispositivo legal invocado se apresenta como desnecessária. Entretanto, afirma que, como consectário da teoria da substanciação adotada pelo direito brasileiro, mesmo a qualificação jurídica dos fatos constitui apenas uma proposta ou sugestão feita pelo autor na petição inicial, que de modo algum vincula o magistrado ao sentenciar, podendo este, portanto, acatar a qualificação apresentada pelo demandante ou fundamentar o pedido em categoria diversa, com apoio nas regras do *iura novit curia* e *narra mihi factum dabo tibi jus*.⁵¹

Há que se ressaltar, contudo, que gera certa perplexidade a afirmação corrente de que a causa de pedir de uma demanda é constituída pelos fatos qualificados juridicamente, ao mesmo tempo em que se afirma que o juiz pode alterar esta qualificação jurídica dada aos fatos, sem que com isso esteja alterando a causa de pedir, cuja escolha compete unicamente à parte autora.⁵²

Há controvérsia também na doutrina nacional sobre a denominação a ser dada aos elementos constitutivos da causa de pedir, sendo a corrente majoritária a que

⁵¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. III. 6ª Edição. São Paulo : Malheiros, 2009. p. 369-370.

⁵² A reflexão também é feita por EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. **Iura Novit Curia y aplicación judicial del derecho**. Valladolid :Lex Nova, 2000. p. 57

denomina de causa de pedir remota o complexo fático narrado pelo autor como gerador de seu direito, e causa de pedir próxima o conjunto dos fundamentos jurídicos.⁵³⁻⁵⁴

Entretanto, mesmo a afirmação de que a causa de pedir é constituída pelos fatos e fundamentos jurídicos do pedido não é consensual entre os estudiosos, pois parte relevante da doutrina afirma que a causa de pedir é constituída apenas pela narrativa dos fatos, sendo desnecessário que o autor qualifique juridicamente o seu pedido, uma vez que tal qualificação não integra a *causa petendi*. Compartilham desta opinião, entre outros, Barbosa Moreira, Marinoni⁵⁵ e Cassio Scarpinella⁵⁶. Nas palavras de Barbosa Moreira :

“Constitui-se a *causa petendi* do fato ou do conjunto de fatos a que o autor atribui a produção do efeito jurídico por ele visado. (...) Não integram a *causa petendi*: a) a qualificação jurídica dada pelo autor ao fato em que se apóia a

⁵³ Por outro lado, doutrinadores existem, como Nelson Nery Junior e Alexandre Freitas Câmara, que sustentam exatamente o oposto, qual seja, que a causa de pedir remota seria o fundamento jurídico do pedido do autor, ao passo que a causa de pedir próxima seria o fato que autoriza o autor a deduzir seu pedido em juízo. Assim, afirma Nery : “Fundamentos de fato. Compõem a *causa de pedir próxima*. É a ameaça ou violação do direito (fatos) que caracteriza o interesse processual imediato, quer dizer, aquele que autoriza o autor a deduzir pedido em juízo. Daí porque a causa de pedir próxima, imediata, é a violação do direito que se pretende proteger em juízo, isto é, os elementos de fato do pedido. Fundamentos jurídicos. Compõem a *causa de pedir remota*. É o que, mediatamente, autoriza o pedido. O direito, o título, não podem ser a causa de pedir próxima, porque enquanto não ameaçados ou violados, não ensejam ao seu titular o ingresso em juízo, ou seja, não caracterizam, *per se* o interesse processual primário e imediato, aquele que motiva o pedido.” (NERY, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 3ª edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997. p. 566). No mesmo sentido : CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Vol. I. 9ª Edição. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2004. p. 319.

⁵⁴ Outra classificação doutrinária comum é a que alude à divisão da *causa petendi* em *causa petendi* ativa e *causa petendi* passiva, ou, melhor, em aspecto ativo e aspecto passivo da causa de pedir, podendo-se afirmar que o aspecto ativo é a relação jurídica existente entre as partes, e que dá origem ao direito do autor, ao passo que o aspecto passivo seria a violação do direito do autor, praticada pelo réu ou por terceiro, sendo este responsável. Esta última seria correspondente ao que Chiovenda classificava como “o fato de que decorre o interesse de agir”, podendo-se usar como exemplo o inadimplemento do devedor nas ações de cobrança, ou o esbulho do réu nas ações possessórias.

⁵⁵ “Note-se, por outro lado, que, quando se fala em causa de pedir, alude-se ao fato que, segundo o autor, conduz a um determinado efeito jurídico. Não entram em jogo aí a norma legal invocada e a qualificação jurídica dada ao fato (se, por exemplo, o autor chama determinada conduta de dolosa).” (MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. 8ª edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010. p. 73)

⁵⁶ “Por força dessa mesma teoria, não é necessário que o autor *qualifique juridicamente* seu pedido, bastando fornecer, com a maior exatidão possível, a origem dos fatos que dão fundamento a seu pedido. É dizer : basta ao autor afirmar que há um vício que anula contrato que firmou com o réu, sendo indiferente que indique qual é, concretamente, esse vício (erro, dolo ou coação, por exemplo). Eventuais qualificações jurídicas constantes da inicial devem ser, para o nosso sistema, entendidas como meras *propostas de qualificação*. Não são essenciais, e de resto, não são vinculativas para o magistrado. O réu deve se defender dos *fatos constitutivos* do direito do autor. (...) Basta a indicação dos fatos necessários e indispensáveis à incidência da regra jurídica. Prevalecem, para o sistema brasileiro, os aforismas *da mihi factum, dabo tibi jus, e jura novit curia*, segundo os quais a *qualificação jurídica* dos fatos é dever do magistrado e não das partes”. (BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. vol. I. 3ª Edição. São Paulo : Saraiva, 2009. p. 380)

sua pretensão (v.g., a referência a “erro” ou a “dolo” na petição inicial, para designar o vício do consentimento invocado como causa da pretendida anulação do ato jurídico); b) a norma jurídica aplicável à espécie.”⁵⁷

Seguindo-se esta linha de pensamento, portanto, a causa de pedir pode ser indicada apenas como o fato jurídico que o autor sustenta como fundamento da demanda, e do qual surge o direito que pretende fazer valer, ou a relação jurídica da qual o direito deriva.⁵⁸ Como consequência desta posição, basta ao autor na inicial apresentar a narrativa dos fatos, e a sua qualificação poderá ser livremente feita pelo juiz, ao passo que, mesmo que venha a ser feita pelo autor na inicial, poderá ser alterada pelo julgador, com base no *iura novit curia*. Esta posição doutrinária, como se percebe, contribui para o abrandamento do rigor da regra de proibição da alteração da demanda, à medida que permite às partes, no curso do processo, a alteração da qualificação jurídica originariamente dada aos fatos.

José Maria Teshneider, divergindo parcialmente, sustenta que somente em alguns casos é possível que o julgador altere a qualificação jurídica dada aos fatos pelo autor, sendo o ponto relevante para esta possibilidade a ausência de prejuízo ao direito de defesa do réu. Destarte, afirma que em uma ação anulatória de um negócio jurídico, por exemplo, cada motivo alegado constitui uma causa de pedir diferente (por exemplo, a incapacidade relativa, o vício do consentimento), razão pela qual o motivo não pode ser alterado pelo juiz, mas excepciona com as hipóteses de pedido de anulação motivado por dolo e erro, que, em sua opinião, podem ser cambiados. Justifica esta última afirmação pelo fato de que, na moldura fática necessária à caracterização do dolo também estão inclusos os elementos fáticos necessários à caracterização do erro. Desta forma, quando o autor pleiteia a anulação fundamentada no dolo, ele aduz que o erro do autor foi causado pela malícia do réu; destarte, caso não comprove a malícia do réu, mas comprove o erro do autor, o juiz pode anular o ato com base em erro, porque esta

⁵⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 25ª edição. Rio de Janeiro : Forense, 2007. p. 17 .

⁵⁸ Tapia Fernández informa que também na Espanha há grande controvérsia em relação ao tema, tanto em sede doutrinária quanto na jurisprudência do Tribunal Supremo e do Tribunal Constitucional, havendo autores e julgados que entendem que a causa de pedir compreende dois elementos diversos : o elemento fático, e o elemento normativo (compreendendo aqui a subsunção dos fatos a uma norma jurídica que outorgue eficácia ao pedido), ao passo que outros autores, com apoio na maioria dos julgados do Tribunal Supremo, afirmam que a causa de pedir se reduz à fundamentação fática, ou seja, à narrativa histórica dos fatos e circunstâncias relevantes para a causa, tendo o julgador liberdade de aplicar o direito de forma nova ou diversa do invocado pelo autor. (TÁPIA FERNANDEZ, Isabel. **El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa Juzgada**. Madrid : Editora La Ley, 2000. p. 22/23).

anulação não implicaria em surpresa para o réu, à medida que os fatos que fundamentam o erro estão narrados na inicial e são discutidos no processo. Logo, a alteração da qualificação jurídica pode ser feita pelo julgador sem prejuízo ao contraditório. Situação semelhante pode ser percebida na hipótese do autor pleitear uma indenização com base em conduta culposa do réu, narrando a culpa, e o final o pedido ser julgado procedente com fulcro na responsabilidade objetiva, sendo, portanto, prescindível a culpa. Neste caso, também não há surpresa para o réu, por não ter havido a inclusão de fatos novos. Mas o contrário não seria possível.⁵⁹

Mesmo entre os autores que destacam a necessidade de ser identificada pelo autor, na inicial, a qualificação jurídica de seu pedido, como parte integrante da *causa petendi*, há grande dificuldade de se estabelecer a diferença entre as várias nuances que compõem a fundamentação da demanda. Nesta seara, a maior dificuldade consiste em se diferenciar precisamente a fundamentação jurídica (ou seja, o enquadramento jurídico, que tem que ser feito pelo autor) e a fundamentação legal, sobre a qual há um consenso de que não faz parte da causa jurídica e pode ser livremente alterada pelo julgador.

Bedaque, por exemplo, tentando lançar luz sobre o tema, afirma que a fundamentação jurídica do pedido se distingue da fundamentação legal, nos seguintes termos :

Se a valoração ou qualificação jurídica da matéria fática importa subsunção desta à norma, como distinguir fundamento jurídico de legal ? Ao formular o pedido de tutela jurisdicional, o autor atribui aos fatos por ele narrados a aptidão para produzir determinada consequência jurídica. Desde que se atenha a esses limites objetivos, ou seja, aos fatos e aos efeitos jurídicos pretendidos, o juiz pode aplicar regra diversa da invocada. Fundamento jurídico seria, portanto, a atribuição aos fatos da vida de determinada consequência estabelecida no ordenamento. Ao descrever o fato e pleitear o efeito jurídico a ele inerente, já estaria o autor deduzindo o fundamento jurídico.⁶⁰

Leonardo Greco afirma que :

o fundamento jurídico não é determinado dispositivo legal, mas o próprio direito subjetivo material do autor que resulta de um ou mais dispositivos legais, que até, às vezes, podem não estar corretamente indicados pelo autor ou terem sido por ele inteiramente omitidos.⁶¹

⁵⁹ TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos da Ação**. Revista Ajuris, vol. 62, ano 21, 1994. p. 125.

⁶⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório**. In BEDAQUE, José Roberto dos Santos e TUCCI, José Rogério Cruz (org.). Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002. p. 33.

⁶¹ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Vol.I.2ª edição. Rio de Janeiro :Forense, 2010. p. 201. Arruda Alvim tem posição semelhante, afirmando que : “No entanto, embora seja dispensável a referência ao fundamento legal ou legais da pretensão, outro tanto já não ocorre com o *fundamento ou fundamentos jurídicos*. Assim sendo, no Direito brasileiro, não serão os *fatos* suficientes para

Abordando o tema da modificação da demanda na doutrina espanhola, Joan Pico I Junoy inicialmente diferencia, na *causa petendi*, os fatos e a qualificação jurídica, e posteriormente decompõe esta última em dois elementos diversos, que seriam o *enfoque jurídico dos fatos*, ou seja, as conseqüências jurídicas que o autor pretende obter do ordenamento (por exemplo, o cumprimento de um contrato de empréstimo), e a *norma jurídica* alegada como fundamento da pretensão, ou seja, o fundamento legal do pedido do autor. A apontada diferença entre os dois aspectos da qualificação jurídica é extremamente relevante, principalmente para o tema da modificação da demanda. Ainda segundo o autor espanhol, o enfoque jurídico do pedido, dado pelo autor na inicial, não poderia jamais ser alterado pelo julgador, pois implicaria em alteração da própria *causa petendi*, o que seria vedado pelo ordenamento jurídico espanhol, por afrontar a garantia de ampla defesa do réu. Já o fundamento legal, consubstanciado na norma jurídica apontada pelo demandante, poderia ser livremente alterada pelo juiz, em razão do princípio *iura novit curia*, porque o fundamento legal não integra, em sua opinião, a causa de pedir.⁶²

Percebe-se, portanto, em conclusão, que parte da doutrina inclui na *causa petendi* apenas os fatos juridicamente relevantes, excluindo de seu conteúdo a fundamentação jurídica do pedido, ao passo que outros autores incluem no conceito de *causa petendi* também a fundamentação jurídica do pedido. Mesmo entre estes, existe

identificação da demanda; os fatos integram a ação, mas ela não se completa – para o fim de ser perfeitamente identificada – se não indagarmos qual é o seu ou os seus fundamentos jurídicos. (...) Tais elementos de direito, ou fundamentos jurídicos, implicam na obrigatoriedade do autor, ao redigir o seu libelo, de traçar o *perfil jurídico* dos fatos constantes da demanda. Isto é, deve indicar com precisão o tratamento jurídico que o ordenamento dispensa aos fatos narrados, *justamente porque e em função dos resultados que objetiva no processo, isto é, das conseqüências jurídicas pedidas*. (...) A indicação de que o bem estava com o réu a título de locação, e não e comodato, por exemplo, é o fundamento jurídico de sua pretensão. Devidamente fundada, sob o ponto-de-vista jurídico, a pretensão do autor, será dispensável invocar o direito positivo.” (ALVIM, Arruda. **Direito processual civil. Teoria geral do processo de conhecimento**. Vol. II. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1972, p. 73/74.)

⁶² Como exemplo de suas afirmações, aduz que se o autor fundamenta sua pretensão de cobrança em um contrato, afirmando se tratar de um contrato de comodato, e no curso do processo, ficar provado que o contrato celebrado entre as partes era de compra e venda, e não de comodato, não poderia o juiz condenar o réu a pagar o preço da compra e venda, porque ele estaria alterando o enfoque jurídico dado pelo autor na petição inicial. Por outro lado, se o autor afirma a existência de um contrato de empréstimo, e pede a condenação do réu ao pagamento do valor emprestado, mas fundamenta seu pedido no artigo do código civil que trata de compra e venda, tal fato não impede o juiz de corrigir a fundamentação legal e proferir sentença condenatória do valor do empréstimo, posto que, respeitando a mesma qualificação jurídica dada pelo autor, não viola o direito de defesa do réu. PICO I JUNOY, Joan. **La modificación de la demanda em el proceso civil**. Valencia : Tirant lo blanch, 2006. p. 26 a 31.

grande dificuldade em diferenciar, dentro da chamada fundamentação jurídica do pedido, a qualificação jurídica dada pelo autor aos fatos e a escolha da norma jurídica aplicável, a fim de se identificar quais os limites da causa de pedir.

As consequências de uma ou outra posição doutrinária são bastante diversas em termos de modificação da demanda, já que, não sendo a fundamentação jurídica (em nenhum de seus aspectos) parte integrante da *causa petendi*, o enquadramento jurídico dado pelo demandante pode ser livremente alterado no curso do processo, sem que isso implique em modificação da causa de pedir.⁶³ Em contrapartida, julgada improcedente uma determinada pretensão, apoiada em um determinado fundamento jurídico, a mesma pretensão não poderia ser novamente formulada, em outra ação, ainda que houvesse alteração da fundamentação jurídica, ante o óbice da coisa julgada, uma vez que a causa de pedir (evidenciada apenas pelos fatos) seria a mesma.

Por outro lado, o entendimento segundo o qual a qualificação jurídica integra a *causa petendi*, sendo, portanto, elemento individualizador da demanda, deveria levar à conclusão lógica de que esta qualificação não pode ser alterada no curso do processo, o que contribuiria para um sistema ainda mais rígido em tema de modificação da demanda. Além disso, diminuiria em muito o poder do julgador de realizar um (re)enquadramento jurídico dos fatos no momento de decidir, já que, não tendo ele o poder de alterar a *causa petendi* (que deve ser definida apenas pelo demandante), não

⁶³ Posicionando-se a respeito, leciona o ilustre Ministro Luiz Fux : “quanto à *causa de pedir*, forçoso repisar que a norma jurídica aplicável à espécie e a categorização jurídica dos fatos que compõem a razão do pedido não a integram. Assim, eventual modificação do dispositivo legal aplicável a mudança de categorização jurídica do fato base pedido não incide sobre o veto do art. 264 do CPC.” (FUX, Luiz. **Curso de direito Processual Civil**. Rio de Janeiro : Forense, 2004. p. 419)

No mesmo sentido a doutrina de Barbosa Moreira : “Não há alteração da *causa petendi*, nem portanto necessidade de observar essas restrições, quando o autor, sem modificar a substância do fato ou o conjunto de fatos narrado, naquilo que bastaria para produzir o efeito jurídico pretendido: (a) se limita a reformular a narração de *circunstâncias acidentais*, suprimindo, acrescentando ou modificando alguma – v.g., em ação de separação com fundamento em adultério, o autor, que já caracterizara substancialmente, na inicial, o fato das alegadas relações adulterinas, aduz ao propósito, no curso do processo, outros pormenores, sem que isso acarrete detrimento para o exercício do direito de defesa. (b) Passa a atribuir ao fato ou conjunto de fatos qualificação jurídica diferente da originariamente atribuída – v.g., chamando “dolo” ao que antes denominara “erro” (haveria, ao contrário, alteração da *causa petendi* se o autor passasse a narrar *outro* fato, quer continuasse, quer não, a atribuir-lhe a mesma qualificação jurídica); (c) Invoca em seu favor norma jurídica diversa da primitivamente invocada, desde que o efeito jurídico atribuído à incidência da nova norma sobre o fato ou o conjunto de fatos seja idêntico ao efeito jurídico atribuído na inicial à incidência da norma primitivamente invocada – v.g., a substituição da referência a um pela referência a outro dentre os dispositivos legais que autorizam a decretação do despejo.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 25ª edição. Rio de Janeiro : Forense, 2007. p. 14/18)

poderia alterar também a qualificação jurídica dada pelo autor, elemento integrante desta.

A linha de pensamento tradicional no direito brasileiro, contudo, afirma que a qualificação jurídica pode ser livremente alterada, fazendo parte da cultura jurídica a concessão ao julgador de amplo poder de realizar alterações no enquadramento jurídico dos fatos dado pelas partes, por força dos princípios *iura novit curia* e *narra mihi factum dabo tibi jus*, o que já não ocorre em países como a França, por exemplo, acostumados a uma tradição jurídica que concede poderes unicamente às partes para delimitar o objeto do processo, sendo bastante limitado o poder do julgador de alterar o enquadramento feito por elas.

Além disso, em relação ao tema da modificação da demanda, a tese de que a causa de pedir é constituída apenas pelos fatos vem sendo sustentada amplamente pela jurisprudência, por ser dotada de finalidade obviamente prática, por conferir maior flexibilidade ao sistema de preclusão e estabilização da demanda, à medida que permite ao autor alterar e corrigir a qualificação jurídica do seu pedido no curso do processo, assim como autoriza o juiz a conhecer do pedido com base em qualificação diversa da apontada pelo autor na inicial, impedindo, assim, a improcedência do pedido por falha no enquadramento jurídico. A questão será melhor analisada no capítulo destinado ao estudo da jurisprudência e da aplicação do *iura novit curia*.

1.1.2.5 Fatos jurídicos e fatos secundários

Por fim, há que se ressaltar que os fatos que servem de fundamento do pedido autoral, e, por conseguinte, identificam a demanda, são aqueles chamados de fatos jurídicos ou jurídicos, capazes de gerar para o autor o direito ao bem da vida objeto de sua pretensão. São os fatos essenciais da narrativa autoral, e que são capazes, por si só, de produzir a consequência pleiteada pelo autor. Em outras palavras, são aqueles fatos que se subsumem à moldura prevista na norma jurídica material invocada, e que trazem como consequência o efeito pretendido na demanda. Por isso, esses fatos constituem o fundamento da pretensão, e integram o objeto do processo.

Contudo, ao lado dos fatos jurídicos, existem sempre outros fatos, que podem ser chamados de fatos simples ou secundários, que não são capazes de levar à procedência do pedido, mas que servem para comprovar a existência do fato jurídico ou de determinadas circunstâncias dele, haja vista que, muitas vezes, a prova de vários fatos simples termina por convencer o julgador da existência do fato jurídico, cuja comprovação direta seja muito difícil.

Esta diferenciação dos fatos que integram a *causa petendi* é importante, à medida que a alteração ou inclusão de novos fatos simples no curso do processo, como regra, não implicará em alteração da *causa petendi*, dado que o fato principal permanece o mesmo. Contudo, o mesmo não se pode dizer do fato principal, que é essencial à configuração do direito pleiteado, e cuja alteração trará consigo a alteração da *causa petendi*, e da própria demanda.

1.2 A teoria do objeto litigioso do processo

A busca pela definição daquilo que constitui o conteúdo de um processo é um assunto que há cerca de um século vem tomando a atenção da doutrina, principalmente italiana e alemã, com diversos estudos sobre tema tão espinhoso. Trata-se da busca por um conceito unitário que sirva para identificar as ações, resolvendo, portanto, todos os problemas que envolvem a necessidade dessa identificação, e que nem sempre são resolvidos pela teoria da tríplice identidade. Além disso, a correta conceituação do objeto do processo impõe-se também à medida que este contém os limites da discussão levada a juízo, e, por consequência, da sentença a ser proferida. Nas palavras de Cândido Dinamarco :

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."⁶⁴

⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **O conceito de mérito em processo civil.** In Revista de Processo, vol. 34, abril de 1984. p. 20.

Tem-se, assim, que por objeto litigioso se compreende a idéia daquilo que é trazido pelo litigante, do mundo exterior, para ser decidido pelo julgador por intermédio do processo. Em outras palavras, o objeto litigioso traduz aquilo que é posto diante do juiz para ser por ele decidido. São os contornos deste objeto que vêm sendo analisados pela doutrina, sem que haja, contudo, uma definição que satisfaça integralmente todas as hipóteses em que se faz necessária a identificação das ações.⁶⁵

Como visto, a doutrina italiana, seguindo a tradição do direito romano, centrou seus estudos sobre a identificação das demandas no conceito de *ação*, buscando, como caminho para a individualização de cada ação, a teoria da tríplice identidade (*tria eadem*). A individualização de uma ação ocorre a partir da perfeita individualização de seus três elementos constitutivos, sem que haja referência ao objeto litigioso do processo pela maioria dos autores.⁶⁶

Por outro lado, a grande maioria dos estudiosos alemães focou seu estudo no objeto litigioso do processo, entendendo que precisar o conceito de objeto litigioso constituía a melhor forma de identificação de uma ação, e, conseqüentemente, de solucionar as dificuldades práticas decorrentes das hipóteses de alteração da demanda, litispendência, coisa julgada, cumulação de ações e demais problemas relacionados à identificação do processo. Trata-se, como afirma Dinamarco, de verdadeiro pólo metodológico do estudo da ciência processual civil.⁶⁷

Assim, a título de exemplo, a doutrina alemã estuda o tema da alteração da demanda sob a ótica do estudo do objeto litigioso do processo (*Streitgegenstand*), sendo afirmativa corrente entre os autores germânicos que há modificação da demanda sempre que houver modificação do objeto litigioso do processo, de modo que, permanecendo

⁶⁵ Há que se ressaltar, ainda, que mesmo o termo “objeto do processo” não é unívoco, havendo autores, como Dinamarco, que utilizam, indistintamente, as expressões objeto do processo e objeto litigioso como sinônimos (Dinamarco, op. cit. p. 20 e seguintes), ao passo que outros diferenciam uma expressão da outra, atribuindo a cada uma um significado e um papel próprio dentro da teoria processual. Cite-se como exemplos desta última posição Arruda Alvim (ALVIM, Arruda. **Direito processual civil. Teoria geral do processo de conhecimento**. Vol. II. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1972, p. 106 e seguintes, e nota 177) e Sidney Sanches (SANCHES, Sydney. **Objeto do processo e objeto litigioso do processo**. Revista de Processo, vol. 13, janeiro de 1979. p. 31)

⁶⁶ LEONEL, Ricardo de Barros. **Causa de pedir e pedido. O direito superveniente**. São Paulo : Método, 2006. p. 32 e seguintes

⁶⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 20.

este inalterado, ainda que se alterem alguns elementos do processo, não haveria *mutatio libelli*.⁶⁸

A concordância dos estudiosos em relação à importância do estudo do objeto litigioso do processo, contudo, parece constituir o único ponto de consenso em relação ao tema, haja vista que, desde a metade do século passado, vários estudos vêm se sucedendo na Alemanha, cada um conferindo ao conceito de objeto litigioso contornos próprios, não havendo, até hoje, posição de consenso na doutrina sobre o conceito ideal de objeto litigioso, bem como sobre os limites deste, para fins de identificação precisa das demandas.

Desde as primeiras discussões e lições sobre o conceito de objeto litigioso, como ponto central dos estudos desenvolvidos na fase científica do processo, formaram-se na Alemanha pelo menos três tendências diferentes que tentam explicar o que seria o objeto do processo : a primeira define o conceito de objeto litigioso como sendo a pretensão de direito material (ou a afirmação desta pretensão, feita pelo autor no início do processo); as outras duas tendências já sustentam que o objeto litigioso corresponde a uma pretensão, mas não à pretensão de direito material, e sim à pretensão de natureza processual. Estas se diferenciam em relação ao conteúdo da referida pretensão processual, já que alguns consideram que ela tem por conteúdo tanto o pedido formulado ao juiz, quanto o “estado de coisas” (ou seja, a narrativa fática) que o autor deve expor para fundamentá-la. Já a terceira tendência é de considerar que o objeto litigioso corresponde apenas ao pedido feito pelo autor, não sendo o estado de coisas, na maior parte das situações, relevante para a identificação da ação.⁶⁹

No principal estudo do direito alemão sobre o tema, elaborado por Schwab na metade do século passado (já na fase de autonomia do estudo dos institutos processuais), o autor analisa detidamente as principais teorias até então existentes sobre o objeto litigioso do processo, em especial as de Lent e de Rosenberg, tecendo críticas a elas, a fim de elaborar sua própria teoria.⁷⁰

⁶⁸ Sobre o tema, ver, com ampla indicação bibliográfica :GIANNOZZI, Giancarlo. **La modificazione della domanda nel processo civile**. Milano : Giuffrè, 1958. p.07, e SCHWAB, Karl Heinz. **El objeto litigioso en el proceso civil**. Buenos Aires : Ediciones Juridicas Europa-America, 1968.

⁶⁹ SCHWAB, Karl Heinz. Op. cit., p. 06/08

⁷⁰ SCHWAB, Karl Heinz. Op. cit. O referido autor busca um conceito uniforme de objeto litigioso, que sirva, sem distinções, para todos os tipos de ações (declaratórias, constitutivas e condenatórias), e que resolva, com razoabilidade, os problemas da acumulação de ações, da modificação da demanda, da litispendência e da coisa julgada. Não diferencia, como a maioria dos autores, as ações condenatórias em dinheiro das demais, afirmando que em todas o objeto litigioso é constituído apenas pela

Friedrich Lent, aderindo à primeira das tendências já expostas, coloca o objeto litigioso do processo na *afirmação de um direito material*, ou seja, na afirmação de um direito ou de uma relação jurídica. Para ele, o conjunto de fatos que fundamenta o direito ou a relação jurídica tem utilidade para fins de individualizar a demanda, mas não integra o conceito de objeto litigioso do processo.⁷¹ Assim, ainda que se alterem os fatos que fundamentam o pedido, se a pretensão material continua sendo a mesma, não há alteração da demanda. A única exceção apresentada por Lent ocorre em relação às ações condenatórias, que se individualizam pelo pedido formulado em juízo, e não pelas pretensões de direito material.⁷²

Tal posição era seguida por alguns autores também na Itália, como Betti, que identificava o objeto litigioso com a situação material afirmada.⁷³ Entretanto, logo sofreu severas críticas da própria doutrina alemã, à medida que, colocado o objeto litigioso como sendo a relação jurídica de direito material, no caso de improcedência do pedido autoral por ausência de direito material, ter-se-ia um processo que não teve objeto, por não ter existência a pretensão material nele afirmada.⁷⁴

Rosenberg, escrevendo sobre o tema, e aderindo à segunda tendência, também coloca o centro de gravidade do conceito de objeto litigioso no pedido, afirmando, contudo, que a causa (ou seja, o conjunto de fatos que fundamenta a pretensão) também é relevante, mas apenas nas hipóteses em que o objeto litigioso exija esta individualização. Exclui de seu raciocínio sobre a relevância da *causa petendi* as ações declaratórias, aduzindo que nestas a narração dos fatos não é relevante, pois o seu objeto litigioso é composto apenas pelo direito ou pela relação jurídica que se pretende ver declarada, não tendo importância a descrição dos fatos.⁷⁵ Em síntese, portanto, para Rosenberg, duas ações serão idênticas se tiverem as mesmas partes, as mesmas

pretensão, e que o título, ou o fundamento fático, é irrelevante para a composição do objeto litigioso da demanda.

⁷¹ “Niemals genügt ein Sachverhalt oder eine einzelne Tatsache, sondern stets nur *ein Recht oder Rechtsverhältniss*.” (“Não serve jamais um conjunto de fatos ou um único fato, porém deve figurar um direito ou uma relação jurídica”. Tradução de Arruda Alvim. **Direito processual civil. Teoria geral do processo de conhecimento**. Vol. II. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1972. p.109.)

⁷² SCHWAB, Karl Heinz. Op. cit., p. 18-20.

⁷³ BETTI, Emilio. **Ragione e azione**. Rivista di Diritto Processuale Civile 3/217, *apud* PINTO, Junior Alexandre Moreira. **A causa petendi e o contraditório**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007. p. 28.

⁷⁴ A crítica é feita pelo próprio Rosenberg, ao fundamentar seu conceito na idéia de pretensão processual, como se verá no parágrafo seguinte.

⁷⁵ SCHWAB, Karl Heinz. **El objeto litigioso en el proceso civil**. Buenos Aires :Ediciones Juridicas Europa-America, 1968.p. 45.

pretensões (tanto em relação à individualização do objeto quanto à sua extensão) e o mesmo pedido, fundamentado nos mesmos fatos.⁷⁶

Em sua teoria, portanto, (que viria a ser posteriormente abandonada⁷⁷) a modificação dos fatos que constituem o direito implica sempre em modificação do objeto litigioso (e, portanto, da demanda), salvo nas ações declaratórias de um direito ou de uma relação jurídica, quando os fatos não são relevantes para a composição do objeto litigioso.⁷⁸

Schwab, no estudo antes referido, passou a sustentar que a pretensão que constitui o objeto do litígio não é a pretensão civil, ou seja, a pretensão de direito material do autor da ação, como afirmava Lent, mas sim uma *pretensão puramente processual*. Defende, portanto, sob a ótica da autonomia científica do processo, que o objeto deste seria exclusivamente uma pretensão de natureza processual, que não correspondia à pretensão do direito material.⁷⁹ A idéia da *pretensão processual* como objeto litigioso passou a ser seguida pela maior parte dos estudiosos, sendo certo, contudo, que a maior dificuldade do tema continua residindo na fixação do conceito de pretensão, em especial dos componentes desta.

Ao definir o conteúdo da pretensão processual, contudo, contrariando a opinião da maioria dos estudiosos até então, Schwab afirma em sua monografia que o objeto litigioso, que coincide com a pretensão processual, é composto *apenas pelo pedido de tutela jurídica formulado pelo autor*, ou seja, pelo pedido de pronunciamento judicial.⁸⁰

Sustenta, portanto, que os fatos constitutivos do direito, assim como a fundamentação aduzida pelo demandante, embora devam ser narrados sempre, por serem imprescindíveis ao processo, e até mesmo, em alguns casos, à interpretação do

⁷⁶ ALVIM, Arruda. **Direito processual civil. Teoria geral do processo de conhecimento**. Vol. II. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1972. p.111.

⁸⁰ SCHWAB, Karl Heinz. Op. cit., p. 45.

⁷⁸ SCHWAB, Karl Heinz. Op. cit., p. 40-45. Vide também a resenha de DINAMARCO, Cândido Rangel. **O conceito de mérito em processo civil**. In Revista de Processo, vol. 34, abril de 1984. p.20.

⁷⁹ A doutrina alemã se preocupou, inicialmente, em distinguir a pretensão de direito material, prevista no § 194 do BGB (“Das Recht, von einem anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen (Anspruch), unterliegt der Verjährung”, ou “ O direito de exigir de um outro uma ação ou uma omissão (pretensão) está submetido à prescrição”, com tradução de Arruda Alvim, op. cit., pág. 67), da pretensão processual, prevista no § 281 da ZPO (texto anterior à reforma de 1976).

⁸⁰ “El objeto de la petición es entonces la *especie de forma de tutela jurídica*, o sea, el pronunciamiento de una sentencia de prestación (condena), declaración o constitución. *Aquí reside el significado del término “petición” para el alcance del objeto litigioso.*” Pag. 245.(...) “Todo depende pues siempre de la solitud. El estado de cosas, la fundamentación de la demanda, no son utilizables para una definición general del objeto litigioso. El estado de cosas no es elemento de este, debiendo por tal razón ser excluido de su definición.”SCHWAB, Karl Heinz. **El objeto litigioso en el proceso civil**. Buenos Aires :Ediciones Juridicas Europa-America, 1968.p. 250/251.

objeto litigioso, não fazem parte deste. Tantos os fatos quanto a fundamentação jurídica, em sua opinião, servem apenas, em alguns casos, para discernir se há apenas um objeto litigioso ou uma pluralidade deles, ou para identificar se dois objetos litigiosos são idênticos ou não, mas sempre sem integrar o conceito de objeto litigioso.⁸¹

Conclui, portanto, que, sendo o objeto litigioso que determina se houve ou não modificação da demanda, e sendo relevante para o conteúdo do objeto litigioso apenas a pretensão deduzida, mesmo que se aduzam vários fatos ou fundamentos diferentes, tanto no início do processo quanto, posteriormente, no seu desenvolvimento, em nenhuma das duas hipóteses haveria modificação da demanda que pudesse ser rechaçada pelos tribunais, uma vez que o objeto litigioso se manteve o mesmo. Aduz, ainda, que o réu sequer poderia se opôr a tal mudança de fatos ou de fundamentos, posto que não estaria havendo modificação da demanda, dada a integralidade do objeto litigioso. Conclui, portanto, que esta seria a melhor solução, posto que com isso se resolveria, em uma só demanda, toda a controvérsia entre as partes, e evitaria a posterior propositura de novas ações em face do mesmo réu, apenas alterando-se o fundamento fático. Eis suas afirmações :

¿ Por qué habría de tener aquí el demandado la posibilidad de oponerse a esa nueva alegación ? Ningún juez rechazaría en este caso por no pertinente la “modificación de la demanda.” Si lo hiciera, violaría de la manera más cruda todos los principios de economía procesal.⁸²

Walter Habscheid, também escrevendo sobre o tema, mas com postura completamente oposta à de Schwab, passou a sustentar que o objeto do processo é composto não somente pela pretensão do autor (*Rechtsbehauptung*), mas também pelo estado de fato (*Lebenssachverhalt*) que fundamenta sua pretensão, e que vai ter papel relevante para a identificação e individualização do processo, assim como para a defesa

⁸¹ Schwab fundamenta seu raciocínio partindo da premissa (aceita por quase todos os autores que escreveram antes dele), de que, se em uma determinada ação, o autor formula uma única pretensão, ainda que baseada em mais de um fato constitutivo (a que poderia corresponder mais de uma pretensão de direito material), como o pedido é único, haveria um só objeto litigioso. Contudo, se, no mesmo exemplo, o autor propõe a mesma ação, formula o mesmo pedido, mas com base em apenas uma das causas possíveis, e, no curso do processo, altera o fundamento fático de sua pretensão, ou acresce um novo (mantendo sempre a mesma pretensão), a maior parte da doutrina afirma que haveria modificação da demanda, por ter havido mudança de objeto litigioso, com a introdução ou alteração do elemento fático que fundamenta a demanda. Esta última conclusão, corrente na doutrina de então, provoca sua dissonância, posto que o conceito de objeto litigioso deve ser uniformemente deduzido, tanto para a precisão do conceito de cumulação de ações quanto de modificação da demanda. Destarte, se vários títulos, quando aduzidos no início do processo, formam um só objeto litigioso, esta concepção não pode ser alterada pelo fato de o autor deduzir as várias causas no início do processo ou no curso deste. SCHWAB, Karl Heinz. Op. cit., p.148.

⁸² SCHWAB, Karl Heinz. Op. cit., p.148.

do réu.⁸³ Passa a defender, portanto, a importância da inclusão da *causa petendi* no conceito de objeto litigioso, não somente para interpretar a pretensão (como sustentava Schwab) mas para permitir a correta identificação das demandas, assim como para que seja respeitado o direito de defesa do demandado.

Aduzia, ainda, que a causa de pedir seria composta pelo conjunto de fatos relevantes para a configuração do direito material, razão pela qual até poderiam ser acrescidos novos fatos durante o processo, sem que houvesse modificação da demanda, o que somente ocorreria se houvesse uma completa modificação da situação fática originariamente alegada.⁸⁴

As posições defendidas por Habscheid e Schwab representam, em linhas gerais, as duas principais tendências apresentadas pela doutrina germânica acerca do tema, ressaltando, contudo, que vários outros autores realizaram estudos relevantes sobre o tema, cada um apresentando o assunto sob a sua ótica, com diversas peculiaridades na abordagem do conceito de objeto do processo, e, principalmente, nas consequências práticas da aplicação do conceito sobre os institutos da litispendência, coisa julgada e modificação da demanda.⁸⁵

Na Itália, a posição defendida por Schwab foi fortemente criticada pela doutrina, por não incluir a *causa petendi* no conteúdo do objeto litigioso, o que dificultaria a solução para vários problemas decorrentes da necessidade de identificação da demanda. Giancarlo Giannozzi, por exemplo, critica a teoria de Schwab, adotada na Itália por De Stefano⁸⁶, afirmando que, segundo a opinião criticada, o fato constitutivo do direito não integra o objeto litigioso, e somente se tornaria relevante depois de qualificado pelo juiz na sentença. A dificuldade de aplicação prática desta teoria consiste em que, embora ela seja muito útil para resolver os problemas relativos aos limites objetivos da coisa julgada (posto que, para tanto, se identifica a demanda a partir da pretensão qualificada pelos fatos acolhidos na sentença), ela não serve para estabelecer os limites da

⁸³ HABSCHEID, Walter. **L'oggetto del processo nel diritto processuale tedesco**. Rivista di Diritto Processuale. Vol. 35. N. 03, 1980. p. 451-464., *apud* LEONEL, Ricardo de Barros. **Causa de pedir e pedido. O direito superveniente**. São Paulo : Método, 2006. p. 32 e seguintes. No mesmo sentido, TUCCI, José Rogério Cruz. **A causa petendi no processo civil**. 3ª Edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009, p. 105/107.

⁸⁴ HABSCHEID, Walter. *Op. cit.*, p. 451-464.

⁸⁵ Para uma resenha das principais posições sobre o assunto, vide LEONEL, Ricardo de Barros. **Causa de pedir e pedido. O direito superveniente**. São Paulo : Método, 2006. p. 31 a 118.

⁸⁶ **Per una teoria dell'oggetto del processo** (in Studi in onore di P. Calamandrei, vol. II. Padova. 1958, *apud* GIANNOZZI, Giancarlo. **La modificazione della domanda nel processo civile**. Milano : Giuffrè, 1958. p. 38 a 41.

modificação da demanda, à medida que esta ocorre antes da sentença, quando não se tem, ainda, um único fato jurídico determinante do pedido.⁸⁷ Giannozzi defende, portanto, que o objeto do processo deve ser constituído não somente pelo pedido, mas também pelo “título” deste pedido, ou seja, pela causa de pedir. Assim:

Titolo e oggetto, invero – (...) formano entrambi, indissolubilmente, *l’oggetto del processo, e, quindi, l’oggetto dell’acertamento.*⁸⁸ “ Restiamo, perciò, dell’opinione che l’oggetto del processo sia dato anche *dal fatto giuridico costitutivo del diritto controverso*, e che questo sia decisivo ai fini di stabilire il contenuto della *causa petendi*.”⁸⁹

Por outro lado, segundo a teoria de Schwab, sempre seria possível a alteração dos elementos fáticos da demanda (posto que não implicaria em alteração do objeto litigioso), o que leva a um sistema excessivamente elástico em relação à possibilidade de modificação da demanda no curso do processo, agravando bastante o direito de defesa do réu. Por tais motivos, a teoria defendida por Habscheid vem sendo considerada majoritária na Alemanha.⁹⁰

Destarte, mesmo fora do eixo Itália-Alemanha, entre os autores que incluem no conceito de objeto litigioso do processo apenas a pretensão, a maior parte reconhece a importância da *causa petendi* para a perfeita individualização da demanda. Jaime Guasp, por exemplo, mesmo afirmando que o objeto litigioso é a pretensão processual, entendida como a “declaração de vontade pela qual se solicita uma atuação de um órgão jurisdicional frente a uma pessoa determinada e distinta do autor da declaração”,⁹¹ aduz também que a causa de pedir (também chamada por ele de título ou fundamento) é um elemento essencial à pretensão, funcionando não como “o cimento em que esta se baseia, mas como os muros que a delimitam.” Afirma, assim, que :

El fundamento de la pretensión procesal no es su motivación, invocada o no, sino los acaecimientos de la vida en que se apoya, no paralo justificarla, sino para acotarla, esto es, para delimitar de un modo exacto el trozo concreto de realidade al que la pretensión se refiere.” (...) ⁹²

⁸⁷ GIANNOZZI, Giancarlo. **La modificazione della domanda nel processo civile**. Milano : Giuffrè, 1958. p. 29.

⁸⁸ GIANNOZZI, Giancarlo. Op. cit., p. 14

⁸⁹ Idem, p. 32. Grifos do autor.

⁹⁰ Neste sentido : TUCCI, José Rogério Cruz. **A causa petendi no processo civil**. 3ª Edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009, p.109.

⁹¹ ARAGONESES, Pedro e GUASP, Jaime. **Derecho Procesal Civil**. Tomo I. 6ª edição. Madrid : Civitas Ediciones, 2003.p. 242. Tradução livre.

⁹² ARAGONESES, Pedro e GUASP, Jaime. Op. cit., p. 252.

A doutrina estrangeira contemporânea também vem reconhecendo a importância da causa de pedir para a composição do objeto litigioso do processo, como um de seus elementos determinantes, em especial para a identificação das ações. Neste sentido, por exemplo, leciona Lebre de Freitas :

A esse pedido fundado na causa de pedir dá o tribunal resposta quando profere a sentença de mérito. A ele respeitam as alegações dos factos da causa, as provas e a discussão, de facto e de direito, que antecede a sentença. Ele constitui assim o objecto do processo. Por isso, a falta do pedido ou da causa de pedir, traduzindo-se na falta do objecto do processo, constitui nulidade de todo ele, o mesmo acontecendo quando, embora aparentemente existente, o pedido ou a causa de pedir é formulado de modo tão obscuro que não se entende qual seja ou a causa de pedir é referida em termos tão genéricos que não constituem a alegação de factos concretos.⁹³

No direito brasileiro, o tema da identificação do conceito de objeto litigioso não provoca tanto interesse, havendo efetivamente poucos estudos sobre o tema, sendo evidente a preferência da doutrina brasileira pela identificação das ações a partir da teoria dos três elementos (pedido, causa de pedir e sujeitos), até mesmo em razão da forte influência exercida pelos estudos dos autores italianos e pela posituação desta teoria no nosso código de processo civil.

Arruda Alvim, em longo estudo sobre a litispendência e a identificação das ações, após analisar as opiniões dos autores alemães, afirma que o objeto litigioso de um processo se identifica pela pretensão (entendida como a afirmação de um direito), e pelos fatos jurídicos, por serem estes imprescindíveis à correta identificação da ação. Em suas palavras : “ Não há, desta forma, como sustentar que os fatos sejam extrínsecos ao objeto litigioso, e desta forma, pois, mudados os fatos jurídicos, altera-se o objeto litigioso.”⁹⁴

Diante do direito positivo brasileiro, contudo, parece inegável que a causa de pedir constitui elemento essencial à identificação das demandas, razão pela qual não pode ser alijada do conceito de objeto litigioso do processo. Neste sentido, inclusive,

⁹³ FREITAS, José Lebre. REDINHA, João e PINTO, Rui. **Código de Processo Civil Anotado**. Vol. I. 2ª Edição. Coimbra : Coimbra Editora, 2008. p. 343.

⁹⁴ ALVIM, Arruda. **Direito processual civil. Teoria geral do processo de conhecimento**. Vol. II. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1972, p. 81. Em outra passagem, assim afirma : “Pensamos que o significado mais exato da pretensão (*Anspruch*, dos alemães; *pretesa*, dos italianos; *pretensión*, dos espanhóis) é o da *afirmação de um direito*. (...) A pretensão, pois, nem sequer supõe a existência de direito. Outrossim, o pedido é inconfundível com a existência do direito. (...) Abstrata como é a ação, prescinde do direito subjetivo, para atuar a jurisdição, podendo ser invocada mesmo por aquele sem direito material, *mas que terá sempre de encaixar sua pretensão no molde preestabelecido da ação*. Deverá, sempre, pois, afirmar o seu direito (pretender), justamente quando exerce a ação.” Op. cit., pág. 68.

vêm se posicionando os poucos autores que já se manifestaram sobre o tema. Sidney Sanches, em artigo específico sobre o objeto do processo, após analisar vários conceitos, conclui :

Não nos animamos a assumir integralmente a posição de Schwab, pelo menos em face do ordenamento jurídico-processual brasileiro. Parece-nos que a causa de pedir (fatos e fundamentos jurídicos do pedido) se ajunta ao pedido para com este formar, em nosso sistema, o chamado objeto litigioso do processo, pelo menos na maioria dos casos. E no processo penal isso ainda parece mais evidente.⁹⁵

Apresenta importância prática também para o tema em estudo precisar se o objeto do processo vem a ser formado apenas pela pretensão do autor, ou se neste se pode incluir também as alegações do réu, nos casos em que este venha a trazer matéria totalmente nova para o processo, como, por exemplo, em uma ação possessória em que o demandado pleiteie a compensação de eventual indenização por dano a que seja condenado com seu direito de indenização por benfeitorias realizadas de boa-fé.

A maior parte da doutrina entende que o objeto do processo é constituído apenas pelas alegações e pedidos formulados pelo autor, não tendo as alegações do réu o poder de alterar o objeto do processo, excetuando-se apenas a hipótese em que este apresenta reconvenção, caso em que o objeto do processo será objetivamente ampliado, com a inserção do pedido formulado na reconvenção, e dos seus fundamentos. Também ampliam o objeto litigioso do processo a formulação de ação declaratória incidental, por qualquer das partes, assim como o pedido contraposto formulado pelo réu, quando o rito o admite, ou nas ações dúplices. Assim, segundo entendimento amplamente majoritário, mesmo a introdução de exceções próprias pelo réu, ainda que amplie o material fático a ser desenvolvido no processo, não amplia o objeto do processo, haja vista que não há a introdução de novo pedido (ou seja, nova pretensão do réu a seu favor), posto que o réu apenas pede a improcedência do pedido do autor, ou seja, a ineficácia de sua pretensão.

⁹⁵ SANCHES, Sydney. **Objeto do processo e objeto litigioso do processo**. Revista de Processo, vol. 13, janeiro de 1979.p. 31 No mesmo sentido, reconhecendo a importância da *causa petendi* para a perfeita identificação do objeto litigioso, e, conseqüentemente, da individualização das ações, Moreira Pinto, em monografia sobre o tema, assim leciona : Um mesmo pedido pode estar fundado em diferentes causas de pedir, de modo que, se houver limitação quanto ao elemento *petitum* como componente único do objeto, não resultaria uma plena identificação da pretensão processual, tampouco seria possível distingui-la de pretensões que, fundadas em fatos distintos, contenham o mesmo pedido. PINTO, Junior Alexandre Moreira. **A causa petendi e o contraditório**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007. p. 33.

Não havendo nova pretensão, portanto, não há que se falar em alteração do objeto do processo, posto que a tutela jurídica a ser prestada é a mesma.

Sidney Sanches, por exemplo, no mencionado estudo sobre o tema, sustenta que o objeto do processo é formado apenas pelos elementos fornecidos pelo autor, acrescido dos elementos fáticos fornecidos pelo réu em demanda incidental. Neste sentido :

Só uma parte do "objeto do processo" constitui o "objeto litigioso do processo": é o mérito, assim entendido o pedido do autor formulado na inicial ou nas oportunidades em que o ordenamento jurídico lhe permita ampliação ou modificação; o pedido do réu na reconvenção; o pedido do réu, formulado na contestação, nas chamadas ações dúplices; o pedido do autor ou do réu nas ações declaratórias incidentais (sobre questões prejudiciais); o pedido do autor ou do réu contra terceiro na denúncia da lide; o pedido do réu no chamamento ao processo; o pedido do terceiro contra autor e réu, formulado na oposição;⁹⁶

Isabel Tapia, entretanto, embora reconhecendo a posição majoritária da doutrina supra (majoritária inclusive na Espanha), afirma que o réu pode ampliar objetivamente o objeto do processo, ainda que sem apresentação de reconvenção, em algumas hipóteses em que este apresente, em contestação, algumas exceções materiais. Para ela, deve ser feita uma distinção : se as exceções materiais do réu aduzem apenas fatos extintivos ou impeditivos do direito do autor, tais exceções (chamadas de exceções impróprias) não acrescem nada ao objeto do processo, e nem ampliam o seu limite de abrangência, posto que o demandado se limita a infirmar o direito do autor. Entretanto, se o réu sustenta algum fato excludente do direito do autor, aduzindo uma exceção própria, que cria para ele um contradireito (como no caso da exceção de compensação de débitos, ou de nulidade do negócio jurídico em que se funda a pretensão, dados como exemplo), haveria ampliação do objeto do processo, ante a introdução, pelo réu, de material fático novo, que não havia sido deduzido pelo autor, mas que, a partir da contestação, deve ser debatido pelas partes e decidido pelo julgador. Note-se que, neste caso, a ampliação ocorre ainda que não haja apresentação de reconvenção por parte do réu, como na

⁹⁶ SANCHES, Sydney. **Objeto do processo e objeto litigioso do processo**. Revista de Processo, vol. 13, janeiro de 1979.p. 31 Da mesma opinião é Moreira Pinto : “O demandado, enquanto se limite a resistir, não influi na determinação do objeto do processo, posto que somente traz ao feito alegações para que seja o objeto proposto pelo autor julgado de forma desfavorável a este último.” PINTO, Junior Alexandre Moreira. **A causa petendi e o contraditório**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007. p 24. Também Jaime Guasp : “Ahora bien, la oposición a la pretensión no compone ni integra el objeto del proceso, misión reservada a la pretensión procesal, sino que normalmente fija tan solo los limites de su examen. El demandado, mediante sus defensas, no puede hacer que el proceso tenga una dimensión mayor, menor o distinta que la que el actor originariamente le dio con la formulación de su declaración inicial.” ARAGONESES, Pedro e GUASP, Jaime. **Derecho Procesal Civil**. Tomo I. 6ª edição. Madrid : Civitas Ediciones, 2003. P. 259

hipótese em que este alegue a compensação apenas para não pagar o débito apontado pelo autor, mas sem formular pedido de condenação do autor a lhe restituir qualquer diferença. São as chamadas exceções reconventionais.⁹⁷

No direito francês, o atual código de processo civil define o objeto do litígio como sendo composto pelo conjunto de pretensões formuladas pelas partes⁹⁸, posto que são as partes que determinam o objeto do litígio, em consonância com o princípio da iniciativa das partes que rege o processo civil.⁹⁹

A breve análise sobre os diversos estudos do objeto litigioso do processo deixam perceber a dificuldade de conceituação doutrinária deste, bem como a influência que este conceito pode exercer nas possibilidades de modificação da demanda no curso do processo. Com efeito, se admitido como critério identificador das demandas a noção de objeto do processo, torna-se assaz relevante definir se este é constituído apenas pela pretensão ou também pelos fatos constitutivos do direito, posto que esta definição tem como consequência a possibilidade ou não de alteração do quadro fático no curso da demanda. Também a precisa definição do conceito de *pretensão*, como integrante do objeto litigioso, se faz necessária, haja vista que tudo aquilo que não estiver incluído no conceito de pretensão não faz parte do objeto litigioso, e, portanto, pode ser livremente alterado pelas partes, sem que haja modificação proibida da demanda. Em suma, o estudo do objeto do processo, embora não tenha se desenvolvido profundamente no direito brasileiro, pode se apresentar como a base de uma nova ótica para o estudo do tema da modificação da demanda.

1.3 A identificação da demanda no direito norte-americano

⁹⁷ TAPIA FERNANDEZ, Isabel. **El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa Juzgada.** Madrid : Editora La Ley, 2000. p.35/40.

⁹⁸ “**Article 4** : L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties. Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense. Toutefois l'objet du litige peut être modifié par des demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant.”

⁹⁹ Para um estudo do tema no direito francês, vide - CADIET, Loïc; NORMAND, Jacques e MEKKI, Soraya Amrani. **Théorie générale du procès.** 1ª edição. Paris : Presses Universitaires de France, 2010. p. 753.

Apresenta-se bastante interessante, para o estudo do tema da identificação das ações, a análise das teorias desenvolvidas pelo direito norte-americano, posto que neste não são utilizadas nenhuma das duas teorias já examinadas nos itens anteriores (e que tradicionalmente orientam os estudos brasileiros), mas sim formulações criadas e desenvolvidas pela jurisprudência, a partir de casos práticos, ao longo dos muitos anos de construção e desenvolvimento do processo civil. As formulações que permitem a identificação das ações no direito norte-americano, portanto, têm caráter bastante pragmático, e desenvolvimento de cunho mais prático do que baseado em estudos teóricos ou científicos.

À guisa de ilustração, o próprio instituto da coisa julgada e a sua eficácia preclusiva, que levaram ao desenvolvimento do tema da identificação das ações, têm por premissa, além do fato de que ninguém pode ser obrigado a responder duas vezes a uma mesma ação, a idéia de que os recursos materiais destinados ao julgamento dos processos são limitados, assim como a quantidade de ações que podem ser julgadas pelos tribunais. Como consequência destas premissas, cada nova causa que é admitida a ser julgada implica em demora maior no julgamento de todas as demais ações. Destarte, por razões de economia e eficiência no uso dos recursos públicos, esses institutos se desenvolveram com a clara finalidade de desencorajar múltiplas ações, e, para tanto, o sistema processual determina que o interessado em propor uma ação formule todos os seus pedidos em um único processo, de forma tão concentrada quanto a legislação processual assim o permita.

As teorias e os critérios utilizados para se identificar uma demanda, em comparação com outras semelhantes, também constituem tema bastante relevante no direito processual civil norte-americano. Este estudo possui grande relevância naquele país, especialmente em razão das regras que estabelecem a incidência do efeito preclusivo da coisa julgada, e por esta razão vem sendo desenvolvido pela doutrina e pelos julgadores.

Há que se ressaltar, contudo, que, em razão do federalismo norte-americano, tem-se a existência de regras processuais diversas em cada estado federado, além das regras processuais federais (Federal Rules) aplicáveis à jurisdição federal, razão pela qual não se pode afirmar que haja uma uniformidade de entendimentos, nem em relação

ao tema da identificação das ações, nem em relação ao procedimento e às regras sobre a estabilização da demanda, em todo o território nacional.¹⁰⁰

Entretanto, pode-se afirmar, em relação aos efeitos da coisa julgada, que, na maior parte dos estados federados norte-americanos (cuja legislação processual civil repete, de modo geral, os preceitos da legislação federal), a eficácia preclusiva da coisa julgada se estende não apenas aos pedidos que foram efetivamente formulados pelo autor ou pelo réu durante o processo, mas também a todos aqueles que poderiam ter sido formulados, posto que decorrentes da mesma causa ou origem. Logo, proposta uma ação com um determinado pedido, e tendo sido este pedido definitivamente julgado, se proposta uma segunda ação, em que sejam formulados pedidos diversos, mas que tenha a mesma causa da anterior, esta poderá ter seu seguimento obstado pela eficácia preclusiva da coisa julgada decorrente da primeira ação.¹⁰¹

Percebe-se, em consequência, que no direito norte-americano, ao contrário de tudo o que foi visto até então, o pedido (ou a pretensão) formulado não é um dado relevante para a identificação das demandas, sendo relevante apenas a identificação precisa da causa da ação (*cause of action*) para se identificar quando uma ação é idêntica a outra, já definitivamente julgada.

Nesta linha de raciocínio, duas ações que tenham a *mesma causa* são consideradas idênticas, de modo que a propositura e o julgamento da primeira impedem o seguimento da segunda. É esta ideia de *unidade de causa* que permite o confronto e a identificação das ações para fins de obstaculizar a repetição de demandas. Para se identificar quando duas ações têm a mesma origem, ou seja, uma única causa (e, portanto, são idênticas), vários testes são utilizados pelas cortes julgadoras, ao se comparar duas ações, sendo os principais aqueles que confrontam a identidade e a natureza do direito violado, a unidade dos fatos essenciais à demanda, e a unidade probatória.

O teste mais comumente aceito, contudo, estende os efeitos da coisa julgada a todos os pedidos do autor, formulados contra o mesmo réu, que decorram (ou que tenham origem), no todo ou em parte, *da mesma transação*, ou de uma série de transações conectadas. Pode-se afirmar, portanto, que essa é a tendência atual do direito

¹⁰⁰ TARUFFO, Michele e HAZARD JR., Geoffrey C. **American Civil Procedure - an introduction**, Yale : Yale University Press, 1993. p. 26 e seguintes.

¹⁰¹ TARUFFO, Michele e HAZARD JR., Geoffrey C. **American Civil Procedure - an introduction**, Yale : Yale University Press, 1993.

norte-americano, de definir a ação em termos de unidade de transação. Para aplicação deste teste, transação significa “*um grupo natural ou um núcleo comum de fatos operativos*”¹⁰². Essa determinação do conceito de transação deve ser considerada de modo pragmático, ou seja, não literal, mas analisando diversos fatores, como “se os fatos são intimamente conectados no tempo, espaço, origem e motivação; se eles formam uma unidade litigiosa; se tratá-los com uma única transação atende às expectativas das partes e à prática negocial.”¹⁰³ São estes fatores, analisados em conjunto, que vão determinar se um conjunto de acontecimentos fáticos, ou uma determinada relação negocial, constituem uma única causa para uma única ação, ou se podem ser causas diversas para ações diversas.

Destarte, havendo duas ações que decorram de uma mesma transação, ou de um mesmo evento fático, ainda que os pedidos sejam diferentes, estas ações são idênticas, e, julgada uma delas, a segunda estará coberta pela preclusão decorrente da coisa julgada (*claim preclusion*).

Esta mesma *transação*, entendida como sendo a mesma *origem* das duas demandas, tanto pode ser um mesmo contrato ou negócio jurídico, quanto um mesmo evento fático (ou uma sucessão de eventos fáticos unidos entre si por um liame qualquer). Então a identificação objetiva das ações não é dada pela perfeita identidade entre os pedido e a causa de pedir, nem pela identidade da relação jurídica que existe entre os litigantes, mas, de modo mais amplo, pelo fato de decorrerem ambas da mesma origem, seja esta origem um *negócio jurídico* ou um *evento fático*.

Diante do critério utilizado para a identificação das ações, percebe-se que, no direito norte-americano, a princípio, todos os pedidos que derivem da mesma transação (entendida nos termos supra) devem ser formulados na mesma demanda, sob pena de preclusão do direito de propor nova ação, para postulação de novo pedido, decorrente da causa já levada a debate perante os tribunais. Neste diapasão, a maior parte dos tribunais vem entendendo, por exemplo, que mesmo os pedidos de natureza diversa (como aqueles de indenização por danos pessoais e por danos patrimoniais) devem ser formulados em conjunto, posto que integram a mesma ação, de modo que, após o julgamento da causa, a propositura de outra ação em relação ao pedido que não foi

¹⁰² FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. **Civil procedure**. 3ª edição. St. Paul, MN : West group, 1999. p. 646.

¹⁰³ FRIEDENTHAL, Jack H; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. Op. cit., p. 647.

formulado passa a encontrar óbice na coisa julgada.¹⁰⁴ Apenas os pedidos cuja pretensão surja depois do julgamento podem ser admitidos em uma segunda ação, e mesmo assim se não houver sido pedida, na primeira, a condenação do réu ao pagamento de danos permanentes, o que já inclui todos os danos ocorridos e os que podem vir a ocorrer (ou não) no futuro.¹⁰⁵

Esta teoria é especialmente adequada às cortes nas quais é aplicável a legislação federal, assim como aos estados que a seguiram, pois nesta legislação há regras procedimentais permitindo ao autor, livremente, cumular ações diversas em um mesmo processo. Da mesma forma, a legislação federal e a maior parte das legislações estaduais permitem ao autor e ao réu realizar emendas ao seu pedido, tanto para corrigir defeitos que não sejam decorrentes de má-fé quanto para adequar ou incluir novos pedidos que sejam derivados de fatos ou provas surgidos durante a instrução processual.¹⁰⁶

Nestes casos, cabe ao requerente pleitear uma autorização judicial (*leave of court*) para realizar os acréscimos ou alterações da demanda, o que somente será negado se, em razão da fase adiantada do procedimento, puder causar prejuízo à outra parte, ou se não restar evidenciada a boa-fé do requerente.¹⁰⁷

Esta ampla possibilidade de alteração da demanda no curso do processo é absolutamente coerente com a teoria da identificação da demanda a partir de sua origem (ou seja, do contrato ou do acontecimento fático básico), posto que, dada a amplitude do critério usado para individualizar a ação e a imposição do dever de formular todos os possíveis pedidos decorrentes da mesma causa, faz-se necessário um sistema flexível que permita aos litigantes acrescentarem novos pedidos ao processo, à medida que surja necessidade de tanto.

Por outro lado, nos estados que adotam critério restritivo quanto à possibilidade de alteração e inclusão de pedidos no curso do processo, a abordagem do tema em relação à identificação da demanda e da eficácia preclusiva da coisa julgada deve ser diferenciada, sob pena de violação do direito de acesso à justiça.

¹⁰⁴ FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. Op. cit., p. 643

¹⁰⁵ FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. **Civil procedure**. 3ª edição. St. Paul, MN : West group, 1999. p. 653.

¹⁰⁶ Esta permissão muitas vezes transforma-se em verdadeira imposição, como nos casos em que a legislação impõe ao réu a obrigatoriedade de formular uma reconvenção para discutir sua pretensão no mesmo processo, sob pena de perda do direito de formular aquela pretensão em ação autônoma.

¹⁰⁷ Sobre o assunto, vide FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. Op. cit., p. 310 e seguintes.

Em síntese, pode-se perceber que o critério utilizado pela maior parte dos estados norte-americanos para a identificação da demanda não guarda qualquer relação com a teoria da tríplice identidade, ao mesmo tempo em que não se identifica também, plenamente, com a teoria da relação jurídica. Trata-se de critério que busca, por razões de economia processual, uma definição pragmática do conceito de ação, identificando-a a partir da idéia de conjunto de fatos essenciais à origem do direito, de modo a abranger o maior número de pedidos possíveis em uma mesma demanda, desestimulando, com isso, a multiplicidade de ações entre as mesmas partes. Como consequência desta visão, admite-se, em geral, a alteração e inclusão de pedidos no curso do processo, não somente porque estas alterações não implicam em modificação da demanda, mas, principalmente, para que se possa obter o julgamento da causa, de uma só vez, e da forma mais completa possível.

1.4 Síntese do tema

Após análise das teorias doutrinárias que versam sobre as fórmulas para a identificação das ações, pode-se concluir que nenhuma delas pode ser considerada perfeita, no sentido de oferecer solução satisfatória a todas as situações processuais que exijam a perfeita identificação das ações.

Com efeito, há que se ter em conta que ambas as teorias têm a mesma finalidade, e buscam chegar ao mesmo resultado, apenas focando em pontos diversos do tema, haja vista que a identificação do pedido e da *causa petendi* nada mais é do que uma forma mais simples (posto que apoiada em pontos mais facilmente identificáveis por quem examina a demanda) de se identificar qual a relação jurídica objeto do processo. Assim, nas hipóteses em que a utilização da teoria da tríplice identidade, pelo operador do direito, não consegue apresentar solução para o caso específico, pode-se fazer uso da teoria da relação jurídica, por serem critérios que, como dito, não se excluem.

Neste diapasão, pode-se trazer a conclusão de Arruda Alvim sobre o tema:

São dois critérios, de que se pode servir o aplicador da lei, para um fim : *identificar uma ação*. Desde que se perceba, claramente, qual é a relação jurídica e de que fato ela decorre, estará finda a tarefa de identificar uma dada

relação jurídica. O critério das três identidades, porém, fornece o mais claro esquema para esta tarefa. Constitui-se este critério, portanto, como um verdadeiro *meio*, cujo fim é, realmente, o da identificação de uma relação jurídica litigiosa.”¹⁰⁸ (...) Desta forma, se os fatos de duas demandas deixarem margem a dúvida, quanto à respectiva identificação, deverá o intérprete aprofundar-se no exame da relação jurídica deduzida em juízo, e, entendendo que são idênticas (a da primeira e a da segunda demandas), como também as consequências jurídicas pedidas, deverá obstar a segunda demanda.¹⁰⁹

Tais teorias se prestam à identificação das ações, contudo, dentro de um sistema processual como o brasileiro, que prevê expressamente a utilização da teoria da tríplice identidade, e que, junto com a adoção desta teoria, possui um sistema muito rígido de modificação da demanda (que não permite a inclusão de novas causas e pedidos no curso do processo), além de restringir os efeitos preclusivos da coisa julgada aos pedidos e causas de pedir que foram efetivamente formulados, deixando aberta a propositura de novas demandas entre as mesmas partes, com variação apenas de um dos dois elementos da causa (pedido ou causa de pedir), ainda que a relação jurídica já tenha sido definitivamente julgada.

Por outro lado, a análise das teorias utilizadas pelo direito norte-americano serve para mostrar como, ainda que sob uma outra ótica, as duas teorias que tradicionalmente influenciam o direito brasileiro são insatisfatórias. Com efeito, a adoção da teoria da tríplice identidade, aliada à rigidez na permissão de alterações da demanda, estimula, sem sombra de dúvidas, a multiplicidade de ações entre as mesmas partes, posto que com a mera alteração do pedido ou de um elemento de fato se passa a ter uma demanda diferente, obrigando as partes e os tribunais a discutirem várias vezes a mesma relação jurídica (ou o mesmo evento fático) gerando variadas decisões sobre eles, e que podem, inclusive, ter resultados diferentes (e até mesmo contraditórios entre si). Tal fato, em um país cujo sistema judicial encontra-se notoriamente abarrotado de processos, certamente precisa ser repensado.

¹⁰⁸ ALVIM, Arruda. **Direito processual civil. Teoria geral do processo de conhecimento**. Vol. II. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1972, p. 63.

¹⁰⁹ Op. cit., p. 103. Grifos do autor.

2 SISTEMAS RÍGIDOS E FLEXÍVEIS

Todo sistema processual prevê algum momento em que a demanda será objetivamente estabilizada, encerrando-se então a possibilidade de alteração dos elementos fáticos da lide, bem como a introdução de novos pedidos no processo. Considera-se estabilizada a demanda no momento em que as partes não podem mais alterar ou acrescentar novos pedidos, assim como introduzir novas alegações no processo, seja aduzindo novos fatos que caracterizem causa de pedir diversa, seja sustentando fatos defensivos diversos dos que já constam da contestação.

A estabilização da demanda se faz necessária para que o processo possa validamente “andar pra frente”, ou seja, é necessário que o procedimento tenha um termo preclusivo para a possibilidade de serem alterados os fatos da causa, assim como os pedidos formulados, a fim de que possam ser realizados os atos processuais necessários à conclusão da instrução e ao julgamento da causa. Tal estabilização é necessária para que o órgão julgador saiba exatamente qual o material que compõe o *thema decidendum*, de molde a se realizar a instrução probatória de forma eficiente, sem dispêndio de tempo e de esforços com a produção de prova sobre fatos que não serão relevantes para a solução da lide, e sem deixar de produzir prova dos fatos que serão realmente levados em consideração no julgamento. Ademais, a estabilização também é necessária para preservar o direito de defesa do réu, em especial evitando a sua surpresa com a introdução de novos fatos e pedidos na fase final do procedimento.

Destarte, todo procedimento possui um momento em que a demanda precisa ser estabilizada, para que, então, se passe à fase decisória. O que diferencia os sistemas processuais uns dos outros, neste tema, consiste, então, na determinação do momento em que esta estabilização vai ocorrer, bem como das exceções que se pode enunciar a este termo preclusivo.

Historicamente, e em uma perspectiva de direito comparado, pode-se afirmar a existência de pelo menos dois modelos bastante diversos acerca do momento processual erigido pela legislação como marco para a estabilização da demanda. Entre estes dois modelos extremos existem uma infinidade de modelos intermediários, mais usualmente

encontrados nos sistemas processuais de diversos países, como se percebe do estudo realizado no capítulo que trata do direito comparado.¹¹⁰

Os dois sistemas que se pode tomar como exemplo para estudo seriam o modelo chamado de rígido, que estabelece regras preclusivas para a estabilização da demanda logo no início do processo, e o modelo chamado de flexível, que permite a alteração da demanda ao longo de todo o processo, sem a existência de prazo peremptório para o acréscimo de fatos e pedidos, ou com o estabelecimento deste prazo já na etapa final do procedimento. Ambos os sistemas possuem vantagens e desvantagens, sendo cada um deles informado por princípios e diretrizes processuais diversas, que se contrapõem e se equilibram dentro do arcabouço legislativo de cada país.

O que determina a prevalência de um sistema processual mais rígido ou mais flexível em tema de estabilização da demanda, portanto, são as regras técnicas de procedimento estabelecidas pela codificação de cada país. Tais regras técnicas, por sua vez, são determinadas pela opção realizada pelo legislador, diante de princípios diversos, elegendo uns com predominância em relação aos outros, não se podendo afirmar que exista um princípio fundamental determinante nem da permissão nem da proibição de novas demandas no processo, surgindo esta proibição como consequência derivada de um sistema processual que preveja maior ou menor liberdade de inovação da causa em primeiro grau.

Não se tratam, portanto, de regras imutáveis ou decorrentes de garantias fundamentais que preservem valores intrínsecos ao cidadão; ao contrário, o momento da estabilização da demanda é determinado por regras meramente técnicas, que podem ser alteradas pelo legislador a qualquer momento, em razão da predominância de alguns princípios e valores sobre outros, considerados menos relevantes.¹¹¹

¹¹⁰ A maioria das legislações atualmente adota um sistema que se pode chamar de intermediário, situado entre a rigidez da imutabilidade total da demanda e a flexibilidade absoluta desta, com ampla liberdade de inovação processual. Trata-se da adoção de regras que possibilitam a introdução de alegações tardias no processo, mas condicionadas a determinados pressupostos de fato, ou a determinados momentos processuais, e desde que haja, sempre, absoluto respeito ao contraditório e ao direito de defesa da outra parte. Parte da doutrina européia vem chamando tais regras de “preclusão temperada”, como afirma Junior Alexandre Moreira Pinto, em obra específica sobre o tema (**Sistemas rígidos e flexíveis : a questão da estabilização da demanda**. In BEDAQUE, José Roberto dos Santos e TUCCI, José Rogério Cruz (org.). Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002. 69.)

¹¹¹ Giannozzi afirma que se trata de obter um equilíbrio entre a prevalência do interesse público ou do privado no processo. Quando se tem a predominância do interesse público do Estado-juiz na rápida solução da lide, evitando demora na decisão final, tem-se um sistema fundamentado na proibição de inovação da demanda em primeiro grau. Já nas hipóteses em que o interesse das partes predomina

Um sistema rígido em relação à estabilização da demanda é caracterizado pela obrigatoriedade imposta ao autor de deduzir, logo no início do processo, todos os pedidos, com sua especificação, assim como a *causa petendi* que fundamenta seu pedido, em todos os seus aspectos fáticos e jurídicos. Da mesma forma, o réu também precisa aduzir logo todas as suas teses defensivas, assim como os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor, de molde a que o objeto do processo, com todos os seus contornos fáticos e jurídicos, seja plenamente identificável desde a fase inicial do procedimento.

Por outro lado, os sistemas chamados de flexíveis têm como premissa a ampla liberdade das partes para trazerem novos fatos e novos argumentos para o processo, permitindo que este possa se desenvolver não na forma de compartimentos estanques, com prazos preclusivos rígidos, mas sim com o desenvolvimento dialético dos argumentos, permitindo aos litigantes construir suas teses ao longo do processo, de forma dialogada, à medida que se vão apurando os fatos e aprimorando os pedidos, objetivando, com isso, a solução que melhor se aproxime da justiça ideal para o litígio.

2.1 Fundamentos do modelo rígido de estabilização da demanda

2.1.1 Celeridade e preclusão

De modo geral, os sistemas rígidos têm como fundamento a ideia de preclusão, que determina que as alegações devem ser deduzidas, pelas partes, de maneira concentrada e na primeira oportunidade de manifestação processual, ainda que com afirmações contraditórias entre si, não havendo liberdade posterior para alterações ou acréscimos à matéria sujeita à discussão judicial.

Um procedimento com regras preclusivas rígidas quanto ao momento em que devem ser feitas as alegações das partes, e com raras possibilidades de alteração da

sobre o interesse público, admite-se livremente a modificação da demanda, sem que haja regra proibitiva rígida. GIANNONZI, Giancarlo. **La modificazione della domanda nel processo civile**. Milano : Giuffrè, 1958. p.144/145.

demanda, é um procedimento que busca se desenvolver de forma organizada, dividida em fases bem delineadas, sem retrocesso e sem tumulto procedimental, dado que a fase instrutória pode ser consumada com a certeza acerca dos elementos fáticos sobre os quais deve incidir a prova.¹¹²

O principal fundamento de um sistema rígido de estabilização da demanda¹¹³ encontra-se na necessidade de se garantir a celeridade no julgamento da causa, ou seja, a existência de prazos preclusivos para a introdução dos fatos da causa, com a proibição de renovação das alegações, tem por escopo assegurar uma rápida solução do litígio.

A busca pela celeridade e pela duração razoável do processo é uma constante em quase todos os sistemas processuais do mundo, devendo-se destacar que, desde dezembro de 2004, quando foi incluído no texto constitucional brasileiro o inciso LXXVIII do artigo 5º, a duração razoável do processo passou a ter inclusive *status* de direito fundamental dos cidadãos, assim como a celeridade, também mencionada no texto constitucional, ganhando importância em relação aos demais princípios processuais também previstos na Constituição.¹¹⁴

¹¹² Como afirma Arruda Alvim : “A boa técnica na legislação processual recomenda que se imprima estabilidade ao procedimento, que se desenvolve no tempo. Desta forma, imprescindível ao bom andamento do procedimento é que, as fases em que ele se divide, sejam sucessiva e definitivamente superadas. Somente assim, impossibilitando-se a rediscussão de determinados assuntos, ou superando-se definitivamente certos estágios, é que poderá haver segurança no processo e rápida satisfação do direito que é por seu intermédio colimado. (ALVIM, Arruda. **Direito processual civil. Teoria geral do processo de conhecimento**. Vol. II. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1972, p. 125)

¹¹³ Cumpre destacar que parte da doutrina afirma que a regra da estabilização da demanda logo após a apresentação da defesa do réu remonta ao direito romano, e à idéia da *litis contestatio*. Com efeito, no período formular do direito romano, a relação processual se considerava aperfeiçoada com o comparecimento do réu perante o magistrado, ocasião em que este apresentava sua defesa e se comprometia a respeitar a decisão acerca do conflito de interesses submetido a julgamento. Com a *litis contestatio*, portanto, a causa estava efetivamente submetida a julgamento, e seus termos já delineados. Desde então passaram alguns a defender que a proibição da *mutatio libelli* constitui uma consequência da própria litispendência, que seria o marco para a definição do objeto litigioso a ser decidido. Sobre o assunto, pode-se examinar : TUCCI, José Rogério Cruz. **A causa petendi no processo civil**. 3ª Edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009, p 40. No mesmo sentido PINTO, Junior Alexandre Moreira. **A causa petendi e o contraditório**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007. p. 105; PICO I JUNOY, Joan. **La modificación de la demanda em el proceso civil**. Valencia : Tirant lo blanch, 2006. p. 45/48; ALVIM, Arruda. Op. cit., p. 126.

¹¹⁴ Há que se ressaltar que o direito à duração razoável do processo já figura também como direito fundamental tanto na Convenção Européia de Direitos Humanos (artigo 6º : qualquer pessoa tem direito a que sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação penal dirigida contra ela.(...))” quanto na Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 8º : toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos e obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (...)) , sendo reconhecido como

A previsão de prazos para a alegação da matéria fática e a formulação dos pedidos, assim como a exigência de concentração da defesa, necessários à garantia da celeridade dos julgamentos, são a justificativa para a regra da preclusão que orienta o procedimento.¹¹⁵ A preclusão liga-se, por sua vez, ao princípio da eventualidade, que determina a dedução simultânea tanto dos pedidos do autor (valendo-se para tanto da possibilidade de cumulação dos pedidos, especialmente da cumulação eventual ou sucessiva) quanto da defesa do réu, não permitindo novas alegações *a posteriori*, salvo hipóteses excepcionais, como as matérias ditas de ordem pública.¹¹⁶

elemento intrínseco do conceito de processo justo, gerando, inclusive, diversas condenações da Corte Européia de Direitos Humanos a diversos países europeus (em especial à Itália) pelo seu descumprimento. Sobre o tema, pode-se consultar : GRECO, Leonardo. **Resenha informativa sobre o direito ao processo justo na Convenção Européia e na Convenção Americana dos Direitos do Homem**. 2005. Inédito. Pode-se conferir também : COMOGLIO, Luigi Paolo. **Garanzie minime del "giusto processo" civile negli ordinamenti ispano-latino americani**. Revista de Processo, vol. 112, 2003. p. 159 e seguintes.

¹¹⁵ Giuseppe Tarzia traz interessante distinção entre o princípio da preclusão e o da eventualidade. Inicialmente, afirma que, consoante definição de Calamandrei, preclusão seria o princípio "em razão do qual as partes, para não perder a faculdade de fazer valer as defesas processuais e de mérito que possam parecer úteis a sua defesa, antes ou depois, devem propor todas cumulativamente no prazo preclusivo a tal fim assinalado, ainda que qualquer delas, destinada a ser exercitada somente em via subordinada (ou seja, somente na eventualidade que as outras defesas alegadas em via principal não sejam acolhidas), não apresente interesse atual no momento em que é proposta." (Calamandrei, **Istituzioni di diritto processuale civile**, Padova, 1941, p. 321.). A esta formulação, que afirma ser muito ampla, se contrapôs, na doutrina italiana, uma mais restrita de Luiso, segundo a qual "é necessário distinguir entre os atos que se colocam em relação consequencial, de dependência, um respeito ao outro, e os atos que se colocam entre si em relação de concorrência. O princípio de eventualidade encontra aplicação em relação aos atos que têm por objeto meios de ataque e de defesa concorrentes, meios que poderiam ser utilizados em via sucessiva, um respeito ao outro, a escolha da parte. O princípio de eventualidade impõe, porém, que sejam cumpridos conjuntamente... Todos os fatos constitutivos devem, portanto, ser alegados conjuntamente; e assim, pois, todas as exceções... As preclusões, próprias do princípio da eventualidade, não se verificam, ao contrário, em relação aos atos que, pela sua natureza, estão em relação consequencial, de dependência. É errado, portanto, entender que o princípio em questão constrinja as partes a antecipar as próprias defesas, na eventualidade que a parte contrária cumpra um certo ato... A eventualidade... não diz respeito às atividades do adversário, mas às próprias... Em resumo, o evento deduzido (por isso a denominação 'princípio da eventualidade') é a inidoneidade de qualquer das próprias defesas, não as (futuras, possíveis) defesas alheias". (LUISO, **Principio di eventualità e principio della trattazione orale**, in Scritti in onore di Elio Fazzalari, il Milano, 1993, p. 205 ss., a p. 208-209). TARZIA, Giuseppe. **O novo processo civil de cognição na Itália**. Revista de Processo, vol. 79, Julho de 1995. p. 51.

¹¹⁶ Afirma a doutrina que o principio da preclusão teria sido desenvolvido no antigo processo alemão (chamado *Eventualmaxime* ou *Eventualprinzip*), onde era conhecida a regra de obrigatoriedade da apresentação da demanda e da defesa de forma concentrada, ainda que parecessem contraditórias ou incongruentes. Neste sentido, afirma ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Preclusão**. In OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (org.). Saneamento do processo : estudos em homenagem ao professor Galeno Lacerda. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 149. Por outro lado, como informa Carlos Alvaro, o principio da eventualidade se contrapõe ao princípio da unidade da causa (*Einheit der Verhandlung*) também chamado princípio da liberdade processual (*Prozessfreiheit*), segundo o qual "podem as partes apresentar suas alegações e provas, conforme se mostre necessário, até o momento da sentença." (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**. 4ª Edição. São Paulo : Saraiva, 2010. p.228)

A preclusão se faz necessária para a ordenação dos atos processuais, orientando todo o desenvolvimento do processo, de molde a evitar que o retorno a fases anteriores, que já deveriam estar concluídas, impeça o desfecho do processo no tempo que seria razoável. Destarte, a imposição de prazos preclusivos para a prática dos atos processuais, com a conseqüente proibição da prática ou da renovação do ato depois do encerramento do prazo, constitui técnica efetiva de controle do tempo de duração do processo, evitando que este se desenvolva de maneira anômala, bem como que as partes possam fazer uso do processo com finalidade protelatória, obtendo a reabertura de oportunidades já superadas.¹¹⁷ A preclusão, e a intensidade com que se apresenta no procedimento, são os fatores que determinam a maior ou menor rigidez do procedimento. Com efeito, quanto mais rígida a adoção do princípio da preclusão, menor a área de liberdade de atuação das partes, e, conseqüentemente, menor a flexibilidade do procedimento.

Nesta ordem de ideias, a imposição de prazo preclusivo para a formulação das alegações, tanto pelo autor quanto pelo réu, constitui exemplo da força da regra preclusiva também em tema de estabilização da demanda. Esta rigidez impede que o processo venha a se perpetuar na primeira instância, sem chegar ao momento do julgamento, o que poderia ocorrer caso os litigantes tivessem ampla possibilidade de alterarem, a qualquer momento, a matéria fática, assim como seus argumentos e os pedidos. Essa ampla possibilidade de alteração implica em evidente retardamento do feito, haja vista que, a cada novo fato ou pedido, há a necessidade de concessão de prazo para a manifestação da outra parte, assim como a produção de novas provas, criando-se um ciclo difícil de ser encerrado.

Há que se ressaltar, ainda, que, como afirma Bedaque, a preclusão é um instrumento de técnica processual destinado também a garantir a ordem ao procedimento, através da qual o legislador consegue dar eficácia, ao mesmo tempo, a dois grandes vetores do processo civil : a celeridade e a segurança jurídica. Neste segundo sentido, a existência de regras rígidas, porém prestabelecidas, e que se aplicam

¹¹⁷ Como afirma Moniz de Aragão :“Realmente, o fundamento último do princípio da preclusão assenta no da isonomia constitucional (de que deflui o contraditório) e no da lealdade processual, facilmente infringíveis num processo que siga à risca critério oposto, e por isso proporcione às partes conduzi-lo a seu talante e a serviço de seus interesses, o que constituiria campo inigualavelmente fértil para a chicanice e a protelação indefinida dos processos (cuja duração já é longa mesmo em países cujo ordenamento processual adota a preclusão e seus corolários).”ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Preclusão**. In OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (org.). Saneamento do processo : estudos em homenagem ao professor Galeno Lacerda. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 150.

de modo indistinto a todos os participantes do processo, contribui também para a segurança jurídica, corolária do *due process of law*, haja vista que propicia às partes conhecerem de antemão os prazos e oportunidades para a prática de todos os atos jurídicos, tornando o processo um caminho seguro de ser seguido, sem surpresas desagradáveis, e sem oportunidade de tratamento desigual entre os litigantes, que poderia acarretar em quebra do princípio da isonomia e da paridade de armas.¹¹⁸

Em síntese, pode-se concluir que um procedimento dotado de regras preclusivas evita que o desenvolvimento do processo se dê de forma aleatória, com sua condução deixada ao livre arbítrio dos advogados das partes, exigindo um tempo muito superior ao necessário para sua conclusão, frustrando a expectativa dos próprios litigantes, de solução da lide em tempo razoável.¹¹⁹ São estes valores que justificam, portanto, a proibição da modificação da demanda no curso do processo, como garantia de se buscar um julgamento rápido, que atenda à exigência social, cada vez mais influente, de celeridade processual e de encerramento dos processos em prazo razoável.

2.1.2 O direito de defesa do réu

Outro fundamento de igual relevância para justificar a imposição dos sistemas rígidos de estabilização da demanda se encontra na garantia do direito de defesa do réu. Com efeito, um sistema rígido impõe ao autor o ônus de deduzir todos os pedidos e fundamentos logo no início do processo, assim como a proibição de inovar em relação aos pedidos formulados e aos fatos que consubstanciam a *causa petendi*. Tal proibição beneficia diretamente ao réu, posto que este, no momento em que recebe a citação para

¹¹⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2ª edição. São Paulo : Malheiros, 2007. p. 154.

¹¹⁹ Taruffo, criticando um sistema muito flexível, como era o sistema italiano até a reforma dos anos 90, após afirmar que o principal problema da justiça civil italiana sempre foi sua excessiva lentidão, constituindo-se em um verdadeiro “desastre”, analisa algumas das causas do problema, afirmando “que uma das principais razões para a confusão e demora no procedimento civil era justamente a possibilidade existente para as partes de introduzirem novas defesas e novas evidências, e, em alguns casos, até mesmo novas demandas, além de variar suas demandas e defesas durante todo o curso do procedimento.” (TARUFFO, Michele. **Recent and current reforms of civil procedure in Italy**. In TROCKER, Nicolò e VARANO, Vincenzo (org.). *The reforms of civil procedure in comparative perspective*. Torino : G. Giappichelli Editore, 2005. p. 219. Tradução livre)

o processo, já pode formular sua defesa de modo completo e definitivo, tendo a certeza de que não será surpreendido, no curso do processo, com novos fatos ou novos pedidos.

A defesa do réu, portanto, pode ser realizada da forma mais segura possível, tendo este ampla possibilidade de organizar sua estratégia defensiva em relação aos fatos narrados e aos pedidos já formulados, não correndo qualquer risco de estes serem alterados, e, com isso, ver jogada por terra toda sua estratégia argumentativa e probatória. Ademais, pode contestar a demanda nos exatos termos em que esta vai ser decidida, sem que possa ser colocado em situação de desvantagem processual em razão da posterior modificação do objeto litigioso por parte do autor.

Deve ser levado em conta, ainda, que com a precoce estabilização da demanda, antes mesmo da contestação o réu já tem a perfeita noção dos objetivos pretendidos pelo autor, e, por via de consequência, dos riscos a que se submete com o processo, bem como a certeza acerca dos limites em que pode vir a ser condenado, o que não ocorre quando o autor pode introduzir alegações tardias com aptidão para modificar a demanda.¹²⁰

Ademais, há que se ressaltar que a mera existência de uma ação (principalmente de cunho condenatório) já acarreta uma repercussão negativa na esfera jurídica e social do réu, podendo gerar até mesmo efeitos não processuais, como a negativa de crédito, por exemplo. Destarte, mesmo o réu pode ter interesse no encerramento do processo em tempo rápido, de molde a diminuir este tipo de prejuízo social e econômico. Desta feita, como a possibilidade de alteração dos limites da demanda no curso do processo faz com que este leve mais tempo para chegar ao seu fim, tal fato também interfere no direito de defesa do réu, constituindo mais um motivo para a justificação dos sistemas rígidos.

Cumpre destacar que em alguns países, como na Itália e na Alemanha, se admite que a regra que proíbe alterações na demanda possa ser desprezada nas hipóteses em que o réu concorde com a alteração proposta pelo autor, ainda que de maneira tácita. Tal entendimento repousa na concepção de que o principal fundamento da proibição de alterar a demanda no curso do processo encontra-se na plena garantia do direito de

¹²⁰ Sobre o tema, podem ser conferidas as referências em PICO I JUNOY, Joan. **La modificación de la demanda em el proceso civil**. Valencia : Tirant lo blanch, 2006. p. 50/58.

defesa do réu, e que, sendo o direito de defesa disponível, o demandado pode renunciar à proteção legal, concordando com a alteração.¹²¹

2.1.3 A boa-fé processual

Um terceiro fundamento que justifica a impossibilidade de modificação da demanda no curso do processo guarda pertinência com o combate à má-fé processual, que poderia ocorrer, de forma facilmente perceptível, em um procedimento que permitisse às partes a livre alteração do objeto do processo ao longo do debate processual. Como parece evidente, em um procedimento sem a previsão de um prazo peremptório para a introdução de novas alegações, as partes tenderiam a guardar seus melhores argumentos e melhores provas para serem apresentados na fase final do procedimento, de molde a surpreender o adversário.

Além disso, sempre que perceptível a inviabilidade da demanda no curso do processo, a parte autora poderia formular novos pedidos, ou aduzir novos fundamentos, de molde a tentar evitar uma decisão desfavorável, o que implicaria em prejuízo ao direito de defesa do réu. Por outro lado, o réu poderia sempre formular novas alegações defensivas, com intuito de protelar a solução final da lide, utilizando-se da possibilidade de modificação da demanda como expediente de chicane processual.

Destarte, o processo judicial, que deveria ser visto como um instrumento de cooperação entre as partes e o juiz, na busca da verdade e da solução mais justa possível para o conflito de interesses, passa a ser usado como forma artilosa de se escamotear a verdade, obtendo-se a vitória em razão da maior ou menor argúcia do advogado em ludibriar a outra parte com firulas processuais.

¹²¹ Cumpre esclarecer que esta postura habitual da jurisprudência dos dois países citados encontra fundamento legal na ZPO alemã (§ 267), mas não no código italiano. Em razão disso, alguns autores italianos afirmam que a aceitação do contraditório pelo réu não poderia ser admitida para burlar as regras que impõem limite temporal para a modificação da demanda, posto que estas regras não teriam como único fundamento o resguardo do direito de defesa do réu, mas principalmente o interesse público na rápida solução do litígio. Ver : COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado, e TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. Vol. I. 5ª edição. Bologna : Ed. Il Mulino, 2011. p.450/451.

2.2 Fundamentos do modelo flexível de estabilização da demanda

2.2.1 A economia processual

De outro giro, os sistemas mais flexíveis se encontram assentados em diversos fundamentos de ordem valorativa. O principal fundamento, habitualmente destacado para se justificar a validade e a predominância de um sistema flexível, que permite a modificação da demanda no curso do processo, é o princípio da economia processual. Em razão da incidência do referido princípio, diante do surgimento de fatos novos, ou da possibilidade de retificação do pedido, por exemplo, torna-se mais interessante permitir que as partes possam alterar ou acrescentar novos fundamentos ou novos pedidos ao mesmo processo, do que obrigá-las a propor uma nova demanda.

Trata-se, em termos, da proteção ao próprio interesse público, traduzido na máxima que exige que se obtenha, em um único processo, a tutela jurídica que resolva o litígio de direito material da forma mais completa possível, evitando-se posteriores ações, entre as mesmas partes, e sobre o mesmo tema, que poderiam ter sido decididas em uma única demanda. A exigência de economia processual impõe, portanto, que se permita que em um processo se possa resolver não apenas a lide tal como inicialmente proposta, mas todo o conflito de interesses que se desenvolveu entre as partes, de modo a evitar sucessivas ações atinentes aos fatos que, por qualquer motivo, não foram incluídos no objeto litigioso no processo no momento da propositura da ação, e que, em razão de regras preclusivas excessivamente rígidas, não puderam ser incluídos *a posteriori*.¹²²

Destarte, estando pendente uma demanda entre duas partes, pode surgir nova controvérsia fática relacionada ao litígio já instaurado, ou, ainda, nova questão que se

¹²² O princípio da economia processual já era exaltado por Chiovenda, em sua clássica definição : “pero puede añadirse a éstos un principio más general que no es sino la aplicación del principio del *mínimo medio* a la actividad jurisdiccional y no solamente em el proceso particular, sino también en cuanto a otros procesos en su recíproca relación : conviene obtener el resultado máximo em la actuación de la ley com el menor empleo posible de le actividad jurisdiccional (principio de la economía de los juicios)” CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal civil**, t. I, p. 170, *apud* MEDINA, José Miguel García e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo Civil Moderno : Parte geral e processo de conhecimento**. 2ª Edição. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 62

apresente como desdobramento natural daquele litígio (podendo ser decorrente, até mesmo, da demora na decisão judicial). É possível, ainda, a descoberta de fato novo no curso da instrução, ou, até mesmo a necessidade de correção do pedido em razão da prova produzida. Nestes casos, em um sistema rígido, não seria possível a formulação de novo pedido, ou a menção a novos fatos jurídicos, dada a proibição da alteração do objeto litigioso, devendo a parte interessada propor nova ação em face do outro litigante, a fim de instaurar nova relação processual para ver dirimida a lide. Em um sistema flexível, por seu turno, bastaria a admissão da *emendatio libelli*, e, com plena realização do princípio da economia processual, se poderia resolver, no mesmo processo, todas as questões existentes entre as mesmas partes, com aproveitamento da maior parte dos atos processuais.¹²³

Em suma, o princípio da economia processual, em sede de modificação da demanda, atua com vistas a aproveitar ao máximo uma demanda já instaurada, aproveitando, assim, os debates, e, principalmente, a instrução processual (especialmente quando esta requer prova pericial, de custo por vezes bastante elevado) para se resolver de modo efetivo o litígio, evitando a necessidade de novas ações, tanto em razão de fatos novos quanto em razão de pedidos mal formulados.

2.2.2. A busca pela decisão mais justa

O segundo fundamento que sustenta a predominância de um sistema flexível encontra-se na busca da justiça material, a ser realizada no caso concreto. Por este ângulo, a admissibilidade da introdução de novos fatos jurídicos no curso do processo faz com que este se amolde mais à realidade existente no momento da prolação da sentença do que àquela que existiu apenas no momento da proposição da ação.

¹²³ Em ótima síntese da questão, assim se manifesta Cerino Canova : “A aceleração possivelmente conseguida com as preclusões corre o risco de estar circunscrita apenas ao processo, e não à solução da controvérsia, que pode ser ulteriormente reaberta com base em fatos não deduzidos *in limite litis*. A proliferação de processos, que se torna assim possível, assoberba o serviço judiciário e culmina por prejudicar a própria celeridade” (*La domanda giudiziale ed il suo contenuto*. Pág. 136, *apud* TUCCI, José Rogério Cruz. *A causa petendi no processo civil*. 3ª Edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009, p.161.)

Não se pode olvidar que, entre a propositura da ação e a prolação da sentença, várias alterações podem ocorrer na realidade fática submetida a julgamento, mormente em razão da demora do processo, sendo certo que estas alterações podem influenciar, de forma relevante, a decisão da causa. Ignorar-se as mudanças ocorridas na vida das pessoas e na relação jurídica litigiosa, obrigando-se o julgador a decidir a lide com base em fatos que já não são mais relevantes, e deixando de lado os fatos efetivamente importantes, implica certamente na transformação da tutela jurisdicional em um instrumento puramente formal e burocrático, prestada através de uma decisão dissociada da realidade. Tais decisões, ao invés de servirem para obter a pacificação do conflito através da justiça, criam um novo conflito, frustrando a expectativa dos jurisdicionados.

Nesta linha de pensamento, a permissão para a introdução de novos fatos, ainda que depois do momento adequado, atenderia à verdadeira finalidade da justiça, que é de resolver o conflito de interesses efetivamente existente entre as partes. Como se afirma em doutrina :

É óbvio que um processo que possa se utilizar de todas essas variantes corresponde muito mais ao interesse da justiça do que aquele que deve “fechar os olhos” diante de fatos que poderiam contribuir para o deslinde do caso, mas que, pelo fato de terem sido introduzidos em momento inoportuno, a técnica não permite que sejam considerados.¹²⁴

Há que se ressaltar que, diante de um sistema rígido, as partes muitas vezes têm necessidade de propor várias ações sucessivas, cada uma abrangendo uma parcela determinada do litígio efetivamente existente, sendo certo que, nessas hipóteses, cada julgador somente tem a visão de uma parcela destacada do conflito de interesses, quando, para uma decisão realmente justa e eficiente, seria necessário que um único julgador pudesse julgar a lide por inteiro, tendo uma visão completa do conflito que envolve os litigantes.

2.3. Confronto entre os dois modelos

¹²⁴ PINTO, Junior Alexandre Moreira. **Sistemas rígidos e flexíveis : a questão da estabilização da demanda.** In BEDAQUE, José Roberto dos Santos e TUCCI, José Rogério Cruz (org.). Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002. p. 79.

Do acima exposto, se pode perceber que a opção legislativa por um sistema rígido habitualmente favorece os interesses do réu, que tem assegurada a amplitude de sua defesa. De outro giro, a opção por um sistema flexível tende a favorecer ao autor, que, tendo a possibilidade de corrigir e alterar sua petição inicial, pode evitar tanto a extinção do feito sem exame de mérito quanto um julgamento que não corresponda ao direito material existente no momento da decisão. Ademais, evita também que este tenha que propor novas ações em relação aos pedidos que não foram originariamente formulados.¹²⁵

O sistema flexível apresenta, destarte, uma série de vantagens em relação ao modelo rígido de procedimento. Uma das vantagens de um sistema mais flexível é a permissão para a correção de erros e omissões, tanto na descrição dos fatos e fundamentos, quanto na formulação dos pedidos, seja por parte do autor ou do réu. Os erros e equívocos que não sejam devidos à malícia da parte, portanto, em um sistema flexível, podem ser corrigidos, através da emenda da inicial ou da contestação, ainda que, no primeiro caso, após a apresentação da defesa. Tal fato não implica na imposição de grande demora ao processo e contribui para aumentar a possibilidade de obtenção de uma sentença que decida a causa com justiça, evitando-se a extinção do processo por erros que poderiam ser sanados.

Ademais, um sistema mais flexível permite também que a parte autora possa adaptar seus pedidos aos argumentos defensivos sustentados pelo réu, de molde a ensejar uma decisão mais adequada ao litígio, evitando que o pedido venha a ser julgado improcedente em razão de fatos defensivos até então desconhecidos do autor, forçando-o a propor nova ação adequando seu pedido. Além disso, após a contestação, especialmente sendo alegados fatos modificativos ou extintivos do direito do autor, pode ser necessário que este venha a propor uma nova demanda visando o accertamento de tais fatos ou a anulação de algum negócio jurídico mencionado como fundamento da contestação, por exemplo, e cujo pedido não caberia nos limites da ação declaratória incidental. Destarte, a abertura da possibilidade de o autor efetuar novo pedido após a contestação, como consequência dos fatos deduzidos nesta, vai de encontro aos ideais de efetividade da decisão final, bem como de economia processual, posto que evita a propositura de nova ação para tanto.

¹²⁵ Neste sentido as aguçadas observações de Joan Pico i Junoi. PICO I JUNOY, Joan. **La modificación de la demanda em el proceso civil**. Valencia :Tirant lo blanch, 2006. p. 44.

Além disso, o sistema flexível autoriza que se possam introduzir no processo fatos desconhecidos da parte autora quando da propositura da ação, assim como fatos que esta reputasse irrelevantes, mas que, em razão da resposta do réu, tornaram-se relevantes para a fundamentação fática da demanda, complementando a *causa petendi* já invocada, ainda que sem alterá-la substancialmente.

Por outro lado, a existência de um sistema flexível não precisa ser, de modo algum, incompatível com o direito de defesa do réu. É possível que se admita um procedimento, com maior ou menor flexibilidade para a introdução de alegações tardias no processo, ainda que com alteração nos elementos objetivos da demanda, mas que respeite o direito de defesa do réu. Basta para tanto que se assegure o direito do requerido de impugnar amplamente as novas alegações, tanto de direito quanto de fato, assim como de produzir prova para se contrapor a elas, evitando-se, com isso, a desigualdade que poderia ocorrer entre as partes.¹²⁶

Como afirma Carlos Alvaro de Oliveira :

a concentração dos atos processuais, decorrente da aplicação da regra da eventualidade, representa ao mesmo tempo garantia e obstáculo a um processo justo, adequado para refletir da melhor maneira possível a situação jurídica fora do processo. Constitui, não há dúvida, proteção contra a chicana, a demora e ocultação da situação fática, acarretadas pelo transcurso do tempo. Todavia, implica também o risco de exclusão de alegações e pleitos omitidos sem culpa pela parte. Como já se notou com agudeza, frequentemente se mostra impossível no início do processo apresentar de maneira compreensiva todos os aspectos do caso. (...) Os arrazoados da contraparte eventualmente conterão sugestões e novas idéias; ou o ponto crucial somente será desvendado pela inquirição do juiz, quando da ouvida das testemunhas, ou até no momento da prolação da sentença. Em contrapartida, a liberdade de suscitar questões, a possibilidade ilimitada de alegações, a não observância das fases lógicas do procedimento, o enfraquecimento em suma das normas de concentração pela lei processual, constituem inevitáveis fatores para a demora do processo, muitas vezes intolerável.¹²⁷

¹²⁶ Pico i Junoi também defende a compatibilidade entre um procedimento flexível e o direito de defesa do réu, como se pode observar da seguinte passagem de seu livro : “Em definitiva, como podemos observar, se trata de establecer lãs garantías necesarias para que se espeten los derechos fundamentales del demandado. Y así entendemos que no se vulneran los principios constitucionales de igualdad de armas procesales ni de defensa del demandado, em la medida en que la modificación de la demanda se produzca com anterioridad al período probatorio y se permita al demandado alegar – y probar – lo que considere necesario para sus intereses respecto a aquellas circunstancias modificadas por el actor.” (PICO I JUNOY, Joan. **La modificación de la demanda em el proceso civil**. Valencia : Tirant lo blanch, 2006. p. 58)

¹²⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**. 4ª Edição. São Paulo : Saraiva, 2010. p. 232. Vide também a lição de Jaime Guasp : “Tampoco quiere com esto decirse que el proceso haya de conservar una armadura rígida durante todo su desarrollo, guardando siempre dentro de si un núcleo inmovible que no pueda sufrir la variante más ligera. Por el contrario, nada se opone a que la pretensión procesal, conservando su existencia, experimente um cierto desarrollo durante la pendencia procesal, lo que explica las modificaciones que puede experimentar a lo largo de dicha pendencia, que permiten hablar, metafóricamente desde luego, de una *biología de la pretensión procesal*.” GUASP,

O acolhimento de normas que permitam alguma flexibilidade, no que pertine à modificação da demanda no curso do processo, contribui, portanto, para que este se torne menos formal e burocrático, deixando de ser um esquema rígido que sirva apenas para a fabricação de decisões, e aumentando as possibilidades de se encontrar a solução efetiva do conflito de interesses levado ao judiciário. Ademais, contribui para que se possa ter um processo mais voltado às necessidades de cada parte, e à busca da solução mais justa a cada caso. Evita-se, ainda, na maior parte das vezes, decisões formais de extinção do processo sem exame do mérito, em razão de erros que poderiam ser corrigidos, o que também contribui para a diminuição do número de processos, com o conseqüente aumento da satisfação dos jurisdicionados.

Em outra perspectiva, também é verdadeiro que um sistema amplamente flexível pode levar à eternização dos processos, razão pela qual não se pode simplesmente abolir as preclusões, permitindo-se livremente a alteração da demanda a qualquer tempo. Cabe ao legislador processual, mesmo dentro de um sistema flexível, portanto, definir um marco temporal limitador para as possibilidades de alteração da demanda, assim como as hipóteses excepcionais em que se poderia admitir a modificação da demanda depois deste marco, de modo a conciliar a flexibilidade do modelo com a necessidade de encerramento dos processos em tempo razoável.

Na realidade, nenhum dos dois modelos apresenta vantagem insuperável em relação ao outro, sendo certo que um modelo ideal de procedimento, em relação à estabilização da demanda, deve navegar em uma zona cinzenta entre os dois extremos apresentados, equilibrando os valores que estão em jogo.

É preciso que se compreenda, portanto, que a celeridade e o direito de defesa do réu não são necessariamente inconciliáveis com a busca pela decisão mais justa e a economia processual. Um procedimento ideal precisa, portanto, fugir da armadilha criada por uma visão equivocada e exagerada dos valores em jogo, sendo certo que o dilema entre celeridade e eficiência muitas vezes é mais aparente do que real, devendo ser buscado o caminho que melhor concilie os princípios aparentemente antagônicos.

3 PERSPECTIVA DO TEMA NO DIREITO COMPARADO

No presente capítulo, pretende-se realizar um breve estudo do tema da modificação da demanda em alguns países que, em maior ou menor grau, influenciaram o sistema processual civil brasileiro, e que possuem modelos bastante diferentes entre si acerca do tema em estudo. Procurou-se analisar, ainda, a evolução de cada sistema ao longo do tempo, os fundamentos que levaram às mudanças nas regras sobre preclusão e possibilidades de alteração da demanda ao longo do processo, bem como, na medida do possível, os resultados destas alterações. A pesquisa tem por escopo a obtenção de subsídios para a busca de soluções para os problemas apresentados pelo direito brasileiro, como se verá nos próximos capítulos.

3.1 Direito italiano

3.1.1.O código de 1942

O processo civil italiano, em relação ao tema em estudo, vem apresentando evolução bastante interessante. Com efeito, desde o código de 1867 o processo civil italiano plasmava-se por um modelo que representava o liberalismo social e econômico da época de sua edição, sendo o procedimento traduzido pela ampla liberdade de atuação dos advogados das partes, que trocavam petições entre si, com seus arrazoados, durante toda a fase preparatória da demanda. O papel do juiz era o de simples expectador do jogo desenvolvido pelas partes, e a fase preparatória da demanda podia se prolongar indefinidamente no tempo, até que uma das partes tivesse a iniciativa de encerrar essa fase preliminar, passando-se à fase instrutória. Durante todo o procedimento havia, também, ampla liberdade de alteração da demanda e da defesa, não havendo qualquer regra preclusiva quanto a isso, posto que o juiz não tinha poderes de

limitar a atuação dos advogados das partes. Em suma, era um processo excessivamente formalístico, custoso e lento.¹²⁸

O primeiro código de processo civil italiano do século vinte, que entrou em vigor em 21 de abril de 1942, elaborado com a colaboração dos grandes processualistas da época (como Francesco Carnelutti e Piero Calamandrei) buscava introduzir no processo civil da Itália um procedimento com regras preclusivas mais rígidas, e maior controle, por parte do magistrado, sobre a fase das alegações, assim como sobre o desenvolvimento do procedimento, o que não ocorrida até então.¹²⁹

A mudança operada pelo código de 1942, contudo, encontrou reação muito grande por parte dos advogados, que o acusavam de ser um código autoritário e fascista, principalmente em razão da época de sua edição.¹³⁰ Apesar da reação da advocacia, o código tinha o apoio da ampla maioria dos processualistas da época, que sustentavam que ele pretendia apenas impor um regime mais publicístico ao processo, necessário face à demora irrazoável no processo tradicional italiano, traduzindo boa parte da concepção processualista da época.¹³¹ Embora não tivesse efetivamente os ideais de Chiovenda sobre oralidade e seus consectários, o código italiano de 1942 trazia a contribuição de grandes estudiosos, e incorporou boa parte dos estudos doutrinários dos maiores processualistas italianos da primeira metade do século.¹³²

De acordo com o código de 1942, o réu deveria apresentar de imediato, de forma concentrada, toda a matéria de defesa, incluindo suas exceções e reconvenções, sendo claro, portanto, o caráter preclusivo do sistema, que impunha ao réu a apresentação imediata de toda a sua defesa, sob pena de perda do direito de fazê-lo posteriormente. A primeira audiência, que já era de *trattazione*, era prevista no artigo 183, e nele as partes poderiam, de modo geral, precisar suas demandas, assim como modificar as demandas e exceções já propostas, podendo, ainda, apresentar novas exceções ou novos meios de prova.

¹²⁸ Sobre a evolução do processo civil italiano antigo, vide TROCKER, Nicolò. **Processo Civile e Costituzione (problemi di diritto tedesco e italiano)**. Milão : Giuffrè, 1974. p. 11/14.

¹²⁹ PISANI, Andrea Proto. **I modelli di fase preparatoria dei processi a cognizione piena in Itália dal 1940 al 2006**. Revista de Processo, vol. 153, 2007. p. 65.

¹³⁰ TARUFFO, Michele. **Recent and current reforms of civil procedure in Italy**. TROCKER, Nicolò e VARANO, Vincenzo (org.). *The reforms of civil procedure in comparative perspective*. Torino : G. Giappichelli Editore, 2005. p. 217/218.

¹³¹ PISANI, Andrea Proto. Op. cit., p. 65.

¹³² GASBARRINI, Elisabetta. **Osservazioni in tema di modifica della domanda**. In *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milão : Giuffrè, 1995. p. 1269/1274.

Segundo Proto Pisani, dois pontos mereceram destaque e, de certa forma, causaram divergência na doutrina italiana : o primeiro dizia respeito à ampla possibilidade de o autor formular novas demandas ou exceções, prevista na primeira parte do artigo 183, afirmando a doutrina que estas inovações somente seriam admissíveis *se as novas demandas e exceções fossem decorrência da atitude defensiva do réu*, ou seja, se fossem formuladas apenas para que o autor pudesse se contrapor ao que havia sido alegado pelo réu em contestação ou reconvenção. Já a formulação de novas exceções e meios de prova que não tinham pertinência com a defesa do réu, previstas na segunda parte do artigo, deveriam ser submetidas à autorização do juiz, que somente as admitiria, por ato discricionário, *se pudessem contribuir para a busca da solução ideal de justiça*. Essa tese seria reforçada pelo disposto no artigo 184, que somente admitida a produção de novos documentos ou novos meios de prova, após a primeira audiência, mediante autorização judicial, determinando, ainda, que esta autorização somente seria dada na presença de graves motivos que a justificassem.

Mesmo na primeira audiência de *trattazione* não se admitia a mutação integral da demanda, admitindo-se apenas a formulação de novos pedidos que fossem *consequência daqueles já formulados*. Após a fase de instrução, admitia-se apenas que as partes pudessem realizar uma adequação de seus pedidos ao resultado da instrução, de forma restritiva, ou seja, para reduzir o valor originariamente pleiteado ou alterar o provimento jurisdicional (pedido imediato), desde que este já estivesse implicitamente contido no pedido original.¹³³

Em relação ao recurso de apelação, também foi imposta regra preclusiva, determinando o artigo 345 que as partes não podiam suscitar novas demandas ou exceções em sede de recurso de apelação, e nem sequer novos meios de prova, excetuando-se apenas a hipótese de ocorrência de motivo de força maior.

O código de 1942 sofreu grande pressão contrária por parte dos advogados italianos, não habituados ao sistema preclusivo no tocante às alegações defensivas e à possibilidade restrita de alteração da demanda no curso do processo. Além disso, o regime do código dava ao juiz instrutor poderes discricionários para decidir sobre os meios de prova, e sobre o momento de envio da causa ao colegiado, sem que houvesse recurso imediato contra estas decisões, o que também constituiu ponto de repulso por

¹³³ GIANNONZI, Giancarlo. **La modificazione della domanda nel processo civile**. Milano : Giuffrè, 1958. p.166.

parte da advocacia. Afirma-se, inclusive, que o código italiano de 1942 já nasceu substancialmente morto¹³⁴, posto que propôs uma reviravolta grande demais em relação à preclusão de alegações. Para a advocacia italiana, era inconcebível, para um processo justo e equânime, a obrigatoriedade de formulação de todas as alegações no início do processo, principalmente quando se devem formular teses contraditórias entre si, ou pedidos subsidiários (que já têm como pressuposto o inacolhimento do pedido principal). Da mesma forma, se entendia irrazoável que, sobrevivendo fatos novos ou teses novas, estes não pudessem ser aduzidos ao processo, o que geraria uma sentença sem pertinência com a situação de fato existente no momento de sua prolação. Em suma, havia um consenso entre os profissionais da advocacia italiana de que o melhor sistema processual era um sistema flexível quanto à estabilização da demanda, não sendo admitidas regras preclusivas rígidas neste ponto. Neste sentido, a opinião de Giancarlo Gianozzi, em livro dedicado ao tema :

Si disse in sostanza che volendo obbligare le parti a “vuotare il sacco” tutto insieme, si inibiva loro ogni possibilita di remedio qualora si fossero dimeticate (non per mala fede, ma per errore frequentemente possibile) di “vuotar lo tutto”. Se aggiunse che la visione completa di una cause, molte volte, viene a mutarsi nel corso del dibattito, nel procedere dell’istruzione, nel ripensamento delle possibili soluzioni. Impedire tutto cio poteva voler impedir ela difesa e quindi la corretta soluzione della lite.”¹³⁵

3.1.2. A reforma de 1950

Em razão da pressão contrária, o código de 1942 veio a ser praticamente substituído, em 1950, pela reforma operada pela Lei 581, de 14 de julho de 1950, imbuída por escopos diametralmente diversos daqueles que inspiraram a código de 1942. Após a reforma de 50, adotaram-se regras preclusivas menos rígidas em relação à possibilidade de livre modificação da demanda e da defesa, retornando, de certa forma, ao espírito da legislação do século anterior.

¹³⁴ Neste sentido, Junior Alexandre Moreira Pinto, citando a opinião da doutrina italiana. PINTO, Junior Alexandre Moreira. **A causa petendi e o contraditório**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007. p.115.

¹³⁵ GIANNOZZI, Giancarlo. **La modificazione della domanda nel processo civile**. Milano : Giuffrè, 1958. p. 168.

Em relação à introdução da demanda em juízo, o artigo 163 não sofreu grande alteração, e continuava determinando que a parte autora, no ato inicial, deveria “expor os fatos que constituem a razão da demanda”, além de especificar os meios de prova e os documentos que seriam produzidos. Entretanto, a jurisprudência italiana entendia que, ainda que não houvesse a substanciação da causa de pedir na propositura da ação, como determinava o referido dispositivo legal, a ação não poderia ser rejeitada pelo juiz, salvo se houvesse requerimento expresso do réu neste sentido.¹³⁶

O artigo 183, que na redação de 1942 trazia a regra de preclusão para as alterações da demanda, mesmo com a redação da reforma de 1950 permitia apenas que as partes pudessem, na primeira audiência de *trattazione*, precisar, e, quando necessário, modificar as demandas e exceções já propostas. Entretanto, a nova redação dada ao artigo 184 acabou com as regras que impunham prazos preclusivos para a alteração da demanda, posto que admitia que as partes pudessem formular novas demandas, novas exceções e propor novos meios de prova *durante toda a fase instrutória do processo*, ou seja, até o momento em que a causa fosse enviada pelo juiz instrutor ao colegiado, para julgamento.

Esse prazo final para a livre admissão da modificação da demanda causou bastante controvérsia na doutrina italiana, posto que o artigo 189 do código continha previsão de que na última audiência, após declarar encerrada a instrução, o juiz deveria intimar as partes a precisar suas conclusões, com base na prova produzida, para que a causa fosse enviada ao colegiado para julgamento, e admitia que se introduzissem modificações ainda nestas conclusões, havendo dúvidas então, se as partes ainda poderiam, no momento de *precisar* suas conclusões, alterar seus pedidos ou introduzir nova *causa petendi*.

Neste ponto, parte da doutrina entendia que o momento final para modificação da demanda seria a ordem dada pelo juiz instrutor de encerramento da instrução, não cabendo mais alterações nas conclusões finais, apresentadas depois desta ordem, quando as partes podiam apenas precisar e esclarecer seus pedidos, e eventualmente reduzi-los, mas sem introduzir fatos novos, dado que a instrução já estaria encerrada.¹³⁷

¹³⁶ GIANNONZI, Giancarlo. **La modificazione della domanda nel processo civile**. Milano : Giuffrè, 1958. p. 189.

¹³⁷ GIANNONZI, Giancarlo. Op. cit., p. 176.

Há que se ressaltar, contudo, que a jurisprudência da Suprema Corte adotava posição ainda mais liberal, admitindo que as partes pudessem modificar suas demandas e defesas *no momento da apresentação das conclusões finais, depois de encerrada a instrução, admitindo, inclusive, apresentação de pedidos novos* (como ressarcimento de danos), com o conseqüente adiamento da remessa da causa ao colegiado, dada a necessidade de produção de novas provas. Entendia-se, com apoio em doutrina, que, se o direito existe, não se deveria proibir sua tutela oportuna pela única razão de ter sido introduzido um pouco tarde. Ou seja, seria melhor aproveitar a instrução já realizada sobre os fatos constitutivos daquele novo pedido do que obrigar a parte a propor nova ação para pleitear o seu direito, quando seria necessária a repetição de toda a instrução.¹³⁸ Nas palavras de Zanzucchi :

*si tratta certo di domande nuova ma essendo consequenziali a quelle già proposte in citazione e in comparse di risposta, s'intende che ne sia consentita liberamente la proponibilità : non vi può essere per l'avversario sorpresa alcuna nè alcun pregiudizio ai suoi diritti di difesa.*¹³⁹

Admitia-se, portanto, ao longo de toda a instrução, a introdução de novos pedidos (e até a alteração do pedido anterior), *desde que o novo pedido tivesse a mesma causa de pedir, e que fosse consequência do pedido já formulado*. Neste sentido, por exemplo, em uma ação em que se pretendesse o adimplemento forçado de um contrato, o autor poderia alterar o seu pedido para pleitear a resolução do mesmo contrato em razão do inadimplemento, posto que não haveria surpresa para o réu com a mudança do pedido, dado que os fatos constitutivos seriam os mesmos. Ou um pedido declaratório da existência de um crédito poderia ser alterado para o pedido de condenação do réu ao pagamento do mesmo crédito.¹⁴⁰

O processo segundo o rito previsto pela reforma de 50, no que toca à ampla possibilidade de alteração da demanda, embora privilegiasse de forma elogiável, na fase preparatória da demanda, o contraditório, com a formulação das alegações e pedidos e a formação gradual do objeto do processo, por outro lado, nas palavras de Proto Pisani, *“paga um prezzo altissimo in punto di razionalità e di ragionevole durata del processo”*.¹⁴¹ Tal prática era agravada pela tradição dos advogados, que, ratificada pela

¹³⁸ Para análise detalhada da controvérsia, GIANNOZZI, Giancarlo. **La modificazione della domanda nel processo civile**. Milano : Giuffrè, 1958.p. 176 a 200.

¹³⁹ ZANZUCCHI. Dir. Proc. II, pag. 36. *Apud* GIANNOZZI, Giancarlo.Op. cit., p. 219.

¹⁴⁰ GIANNOZZI, Giancarlo.Op. cit., p. 176 a 200.

¹⁴¹ PISANI, Andrea Proto. **I modelli di fase preparatoria dei processi a cognizione piena in Itália dal 1940 al 2006**. Revista de Processo, vol. 153, 2007. p. 65 e seguintes.

jurisprudência, como visto, admitia, mesmo sem motivo superveniente, a introdução de pedidos novos até mesmo nas conclusões finais do processo, depois do encerramento da instrução, embora a parte tivesse tido todo o desenvolvimento da fase preparatória e da fase instrutória para fazê-lo. Segundo a crítica de Nicolò Trocker :

*al giudice spesso non resta che attendere pazientemente e passivamente che le parti aggiustino gradualmente le loro difese nel corso del giudizio, modificando le domande, eccezioni e conclusioni precedentemente formulate, producendo nuovi documenti, chiedendo nuovi mezzi di prova e proponendo nuove eccezioni finché la causa non venga rimessa al collegio.*¹⁴²

Na realidade, no processo civil italiano submetido às regras decorrentes da reforma de 1950, a petição inicial, assim como a defesa apresentada inicialmente pelo réu, continham indicação meramente genérica, imprecisa e provisória do que seria o futuro objeto do processo, posto que não era necessária a narração completa dos fatos, a formulação dos pedidos ou a exaustividade da defesa, dado que tudo poderia ser modificado ao longo do procedimento. Como afirma Taruffo, “*la citazione e la comparsa di risposta potevano anche contenere affermazione generiche e deduzioni incomplete, ed entrambe le parti potevano riservarsi di dare un contenuto preciso alla causa nelle successive fasi del processo.*”¹⁴³

Há que se ressaltar, contudo, que mesmo sob a égide da legislação muito flexível de 1950, a doutrina sustentava, de modo bastante uniforme, que embora o código admitisse mudanças na demanda depois de posta em juízo, não seria possível em hipótese alguma a transformação da demanda em outra. Em outras palavras, prevalecia o entendimento, seguindo a linha de pensamento de Chiovenda, de que não podia haver alteração ou troca do *fato constitutivo do direito*, posto que, alterado o fato constitutivo, seria alterada a causa de pedir, e se estaria diante de uma nova demanda.¹⁴⁴ Embora não houvesse consenso doutrinário acerca do conceito de causa de pedir, havia consenso sobre a necessidade de se diferenciar a *emendatio libelli*, permitida livremente pelo código, da *mutatio libelli*, que seria vedada, variando, contudo, os critérios para diferenciação das hipóteses.

¹⁴² TROCKER, Nicolò. **Processo Civile e Costituzione (problemi di diritto tedesco e italiano)**.Milão : Giuffrè, 1974. p. 85/86.

¹⁴³ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado, e TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. Vol. I. 5ª edição. Bologna : Ed. Il Mulino, 2011.p.423.

¹⁴⁴ Para análise da doutrina e jurisprudência sobre o tema, vide GIANNOZZI, Giancarlo. **La modificazione della domanda nel processo civile**. Milano : Giuffrè, 1958. p.204 e seguintes.

A jurisprudência italiana, todavia, sempre se apresentou muito hesitante e casuística ao estabelecer a diferença entre as duas hipóteses, não havendo uma uniformidade de interpretações que se pudesse tomar como base para diferenciar as hipóteses de *mutatio libelli* da *emendatio libelli*.¹⁴⁵

De modo geral se entendia, contudo, que as partes poderiam variar livremente, no curso do processo, o *nomen juris*, o fundamento legal, as razões apontadas para justificar seus pedidos, e até mesmo a *causa petendi* passiva, desde que não se alterasse o fato constitutivo do pedido.

Admitia-se, ainda, a introdução de nova *causa petendi* a ser feita pelo réu, na reconvenção. Esta deveria ser introduzida na primeira oportunidade que o réu tinha para apresentar sua defesa (artigo 167), sob pena de preclusão. Depois do prazo previsto no artigo 167, contudo, a jurisprudência ainda admitia a introdução de demanda reconvenicional, pelo réu, no caso de pedido de compensação de crédito (admitida até mesmo em grau de apelação), ou de nulidade absoluta da relação jurídica, posto que esta última poderia ser conhecida até mesmo de ofício.¹⁴⁶

Em caso de apresentação de demanda reconvenicional pelo réu, embora parte da doutrina afirmasse não ser permitida a alteração da causa de pedir pelo autor (como decorrência da reconvenção), admitia-se sem controvérsias que o autor pudesse apresentar reconvenção à reconvenção, e nesta ele poderia também introduzir uma nova causa de pedir no processo, ampliando seu objeto litigioso.

Em grau de recurso, ainda sob a égide da legislação de 1950, também eram permitidas algumas modificações da demanda. No procedimento da apelação, havia a previsão de uma primeira audiência, na qual as partes podiam precisar suas conclusões, admitindo os artigos 345 e 352 que as partes pudessem, neste momento, não somente precisar, mas também *modificar* suas demandas e conclusões. Há que se considerar que, ao fim do procedimento de primeiro grau, após o amplo desenvolvimento da lide, as partes já haviam filtrado e precisado suas conclusões, razão pela qual, não sendo o processamento da apelação tão extenso quanto o julgamento em primeiro grau, a margem para alterações da demanda em sede recursal não podia ser ampla como aquela desenvolvida em primeiro grau de jurisdição.

¹⁴⁵ Sobre o assunto :LEONEL, Ricardo de Barros. **Causa de pedir e pedido. O direito superveniente.** São Paulo : Método, 2006. p.173/179.

¹⁴⁶ GIANNOZZI, Giancarlo. **La modificazione della domanda nel processo civile.** Milano : Giuffrè, 1958. p.213

Assim, admitia-se que as partes pudessem aduzir novas razões, e até mesmo uma nova *causa petendi* passiva, mas não um novo fato constitutivo do seu direito, diverso daquele já deduzido em primeiro grau. Não se permitia, ainda, a propositura de ações reconventionais ou de exceções impróprias (que introduzem novos fatos na causa), posto que em relação a estas já se havia operado a preclusão. Era lícito, contudo, que as partes pudessem deduzir novos pedidos, desde que acessórios dos pedidos já formulados, ou decorrentes da sentença.¹⁴⁷

Em relação às provas novas em apelação, a legislação de 1950 autorizava que as partes pudessem produzir novas provas para comprovar os fatos que não haviam sido provados em primeiro grau, desde, contudo, que não alterassem o pedido ou a causa de pedir.

3.1.3. As reformas dos anos 90

O processo civil italiano, regido pela legislação reformada em 1950, mostrou-se sempre um processo extremamente lento, que demorava para chegar ao julgamento de mérito, haja vista que, entre outros problemas, como visto, as partes podiam alterar suas pretensões ao longo de todo o curso do procedimento, fazendo com que sua marcha fosse sempre desorganizada e até mesmo caótica, o que muitas vezes impedia que o interessado pudesse obter uma tutela jurisdicional que efetivamente resguardasse seu direito.¹⁴⁸

Em 1973, o parlamento italiano conseguiu aprovar a reforma no processo do trabalho, instituindo um procedimento mais próximo dos ideais de oralidade, concentração e imediatidade inspiradores da obra de Chiovenda, o que não ocorria no processo civil comum.

A nova legislação que instituiu e regulamentou o processo do trabalho, a partir de 1973, determinava que a parte autora, no ato de introdução da demanda, deveria

¹⁴⁷ Para análise da doutrina e jurisprudência, vide GIANNOZZI, Giancarlo. **La modificazione della domanda nel processo civile**. Milano : Giuffrè, 1958. p.240 e seguintes.

¹⁴⁸ Como afirma Trocker, o código italiano sob a égide da reforma operada em 1950 “demonstra-se mais preocupado em garantir a defesa da esfera de autonomia individual que a realizar objetivamente a justiça social”. TROCKER, Nicolò. **Processo Civile e Costituzione (problemi di diritto tedesco italiano)**. Milão : Giuffrè, 1974. p. 84. Tradução livre.

indicar os fatos constitutivos de seu direito, e os meios de prova que seriam produzidos, ao passo que o réu, até dez dias antes da primeira audiência, já deveria depositar em juízo sua defesa. Não se admitia que a defesa do réu, por outro lado, fosse elaborada de modo genérico, como se fazia no processo civil desta época, exigindo-se a efetiva impugnação dos fatos alegados pelo autor, e a indicação das exceções (salvo as que pudessem ser conhecidas de ofício) e meios de prova, tudo sob pena de perda da oportunidade de fazê-lo posteriormente. Não era admissível a propositura de novas exceções no recurso de apelação, e somente se admitiam novos meios de prova não propostos na fase inicial se fossem considerados pelo julgador como indispensáveis ao julgamento.

Instituiu-se, então, pela primeira vez na Itália, um sistema preclusivo forte, com concentração da exposição da causa e da defesa na fase preparatória, mais especificamente na primeira audiência de *trattazione*, e valorização da oralidade e do julgamento de primeiro grau. O sistema da nova justiça do trabalho foi um sucesso, não somente pelas mudanças processuais, mas também pelas mudanças e investimentos realizados na organização estrutural, que acompanharam a nova legislação. A significativa redução do tempo de duração dos procedimentos, comparada à lentidão do procedimento comum italiano, já considerado desastroso, inspirou os juristas a tentarem iniciar um novo ciclo de mudanças na legislação processual civil.¹⁴⁹

Após amplo debate entre estudiosos, magistrados e advogados, a reforma processual civil, que já vinha sendo discutida há muitos anos (desde um projeto de Liebman de 1977) iniciou-se em 1990, alterando muitos temas, de modo específico. As reformas operadas na década de 90, inicialmente como decorrência da publicação da Lei 353, de 26/11/1990, trouxeram profundas alterações ao processo civil italiano, principalmente no que tange ao tema da preclusão das alegações das partes e da possibilidade de alteração da demanda no curso do processo.

Um dos escopos da reforma foi, justamente, a de simplificar e concentrar a fase preparatória da demanda na audiência preliminar, evitando que esta fase do procedimento se prolongasse em demasia, por diversas audiências. Pretendia-se, ademais, limitar a excessiva liberdade que as partes tinham, até então, de alterarem suas

¹⁴⁹ TARUFFO, Michele. **Recent and current reforms of civil procedure in Italy.** In TROCKER, Nicolò e VARANO, Vincenzo (org.). *The reforms of civil procedure in comparative perspective.* Torino : G. Giappichelli Editore, 2005. p. 217/218.

demandas, exceções e defesas, ao longo do debate, assim como de introduzir novas demandas a qualquer momento, durante o procedimento, o que já era visto como uma das causas da lentidão da justiça civil italiana.¹⁵⁰ A reforma de 1990 buscava, de certa forma, um retorno aos ideais do código de 1942, de concentração dos atos processuais, e de preclusão da defesa do réu no momento inicial do processo. Tinha por escopo, principalmente, reduzir a duração do processo, de modo que as partes pudessem obter, em tempo razoável, algum resultado útil da decisão final.¹⁵¹

Seguindo estas diretrizes, deveria o autor, no ato introdutório da demanda (*la citazione*), segundo o artigo 163, determinar desde logo o bem material objeto do processo, bem como apresentar a exposição dos fatos e dos elementos de direito que constituíssem a razão de sua pretensão. Entretanto, ao contrário da legislação anterior, passou-se a prever, no artigo 164, que a ausência destas indicações na propositura da ação tornaria a *citazione* nula, tendo o legislador como escopo terminar com a praxe italiana de propositura de ações sem indicação do objeto litigioso. Há que se ressaltar, contudo, que a interpretação dada pela jurisprudência italiana aos referidos dispositivos legais foi bastante elástica, constituindo prática comum a admissão de atividade integrativa, e até mesmo modificativa dos fatos no momento da audiência de *trattazione*, quando deveria haver apenas a especificação das conclusões.¹⁵²

Ademais, no procedimento instituído pela Lei 353/90, o réu deveria, sob pena de preclusão, apresentar sua defesa até vinte dias antes da primeira audiência de comparecimento, e, com a apresentação da defesa, devia propor as reconvenções cabíveis, assim como apresentar todas as exceções não conhecíveis de ofício (como as de incompetência territorial) ou a alegação de fatos extintivos e modificativos do direito do autor.¹⁵³ Visava a reforma, assim, a que antes da audiência de *trattazione* já houvesse uma perfeita delimitação do *thema decidendum*,¹⁵⁴ embora este somente fosse

¹⁵⁰ TARUFFO, Michele. **Recent and current reforms of civil procedure in Italy**. Op. cit., p.218.

¹⁵¹ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado, e TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. Vol. I. 5ª edição. Bologna : Ed. Il Mulino, 2011.p. 51.

¹⁵² Neste sentido : COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado, e TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. Vol. I. 5ª edição. Bologna : Ed. Il Mulino, 2011.p. 425.

¹⁵³ Exemplos de Giuseppe Tarzia, in TARZIA, Giuseppe. **O novo processo civil de cognição na Itália**. Revista de Processo, vol. 79, Julho de 1995. p. 51. (Conferência pronunciada em 19.6.95, no Congresso Brasileiro de Direito Processual, realizado em Brasília – DF, Tradução de Clayton Maranhão, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, sob autorização do autor)

¹⁵⁴ RICCI, Gian Franco. In CARPI, Frederico e TARUFFO, Michele (org.). **Commentario breve al codice di procedura civile**. 4ª Edição. Padova : Cedam, 2002. p. 562

efetivamente determinado ao final da referida audiência, dada a possibilidade de precisar e eventualmente modificar as conclusões de cada parte na audiência.

Em relação ao ônus de impugnação especificada dos fatos aduzidos pelo autor na inicial, não havia regra preclusiva expressa, posto não haver norma prevendo a presunção de veracidade dos fatos não impugnados. Esta ausência de sanção levava a doutrina a divergir sobre a ocorrência de preclusão, sendo certo que alguns doutrinadores entendiam que não havia preclusão, por falta de cominação legal expressa, e outros entendiam pela sua existência.¹⁵⁵

Já o autor, na primeira audiência de *trattazione*, após o interrogatório livre das partes, deveria apresentar todas as demandas e exceções que fossem consequência das defesas formuladas pelo réu (artigo 183)¹⁵⁶. Na primeira audiência de *trattazione*, portanto, deveriam ser definidos, o mais concretamente possível, o objeto do processo e os fatos a serem provados, assim como os meios de prova.

Dispunha o artigo 183, ainda, que ambas as partes podiam, ainda na primeira audiência de *trattazione*, precisar e, *se autorizado pelo juiz*, modificar as demandas, as exceções e as conclusões já formuladas. Percebe-se da redação do dispositivo legal que quando as partes pretendiam apenas precisar a demanda, sem modificá-la substancialmente, estas podiam fazê-lo livremente, sem necessidade de autorização judicial para tanto. Entretanto, para que pudessem modificar as demandas, exceções ou conclusões, se fazia necessária a obtenção de autorização judicial.

¹⁵⁵ Sobre o assunto, vide o comentário de Giuseppe Tarzia : Entende-se vigente, também no direito italiano, o princípio da não-contestação: isto é, a regra de que os fatos não contestados não têm necessidade de prova. Todavia, o Código italiano não contém, ao menos expressamente, a regra de que "presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados" (art. 302 do Código brasileiro): a mesma regra que reencontramos no art. 120 do Código modelo, com a sanção a cargo do demandado, que "su silencio así como sus respuestas ambiguas o evasivas se tendrán como admisión de los hechos alegados em la demanda". Fica, pois, em aberto a questão de saber se os fatos, não contestados no curso da fase preparatória, podem ser contestados sucessivamente. Isto é, aqui se pergunta, em falta de expressa preclusão, se a contestação pode ser apresentada sucessivamente (como entendo) em qualquer momento até o encerramento da instrução ou (segundo outros) até o término da primeira audiência di *trattazione* (da qual falarei dentro em pouco) fazendo surgir a necessidade de prova. (TARZIA, Giuseppe. **O novo processo civil de cognição na Itália**. Revista de Processo, vol. 79, Julho de 1995. p. 51.)

¹⁵⁶ "A norma responde à necessidade de consentir ao autor não só uma defesa, mas também um ataque à demanda reconvençional e às exceções do réu. Esta defesa se concretiza, pois, não só na possibilidade de opor exceções à demanda reconvençional, mas também na faculdade de propor demandas "conseqüentes" à demanda reconvençional ou às exceções do réu. Vem aqui estabelecida também a legitimidade da *reconventio reconventionis* do autor: questão que havia sido objeto de soluções divergentes na doutrina e na jurisprudência sobre a disciplina anterior." TARZIA, Giuseppe. Op. cit., p. 51 e seguintes.

Caso o autor se utilizasse da previsão legal supra mencionada, deduzindo novas reconvenções ou exceções na primeira audiência de *trattazione*, deveria o juiz condutor do processo oportunizar ao réu, em respeito ao contraditório, o direito de replicar tais alegações, podendo este se utilizar do prazo máximo de 30 dias para apresentar suas alegações e conclusões sobre os acrescidos pelo autor, conforme dispunha o artigo 183, número 5.

A intenção do legislador reformista em 1990 foi de criar uma fase de *trattazione concentrata*, ou seja, concentrar a discussão da causa na primeira fase do procedimento, mas sem permitir que esta se alongasse muito no tempo, de molde a diminuir a duração do processo. Entretanto, mesmo em se tratando de um sistema bastante rígido para os padrões italianos, as partes podiam alterar e precisar suas demandas dentro da audiência de *trattazione*, após a apresentação da defesa do réu, como consequência do debate da causa estabelecido na audiência, não havendo, portanto, a rigidez da regra da estabilização da demanda como existe no direito brasileiro.

Mesmo com o código adotando expressamente regras preclusivas mais rígidas em relação ao momento de finalização das alegações do autor e do réu, parte da doutrina continuou conferindo uma interpretação mais elástica às referidas normas processuais, entendendo, por exemplo, como Tarzia, que a preclusão somente atinge os fatos constitutivos do direito do autor, ou os fatos extintivos ou modificativos, quando precisem ser alegados pelo réu, mas não atinge os fatos secundários, dos quais podem se provar os chamados fatos principais, posto que em relação a estes não haveria preclusão, podendo serem alegados, ainda que de forma inédita, até o fim da fase de instrução.¹⁵⁷

Também os fatos ocorridos após a audiência de *trattazione* podem ser alegados *a posteriori*, assim como os fatos já anteriormente existentes, mas que somente no curso do processo se tornam relevantes para a configuração de um direito superveniente. Em relação ao fato e ao direito superveniente, não havia norma equivalente ao artigo 462 do nosso CPC, mas a doutrina italiana de modo geral sempre entendeu que o juiz deveria levar em consideração tanto os fatos quanto os direitos surgidos no curso do

¹⁵⁷ TARZIA, Giuseppe. **O novo processo civil de cognição na Itália**. Revista de Processo, vol. 79, Julho de 1995. p. 51 e seguintes.

processo¹⁵⁸, até mesmo porque, se assim não fosse, os novos fatos dariam ensejo à propositura de uma nova demanda entre as mesmas partes, que seria reunida à demanda original para julgamento conjunto, com dispêndio de tempo e dinheiro maiores do que se os fatos supervenientes fossem simplesmente incluídos na causa.¹⁵⁹

Em relação ao recurso de apelação contra sentença, a reforma dos anos 90 também operou uma radical transformação, posto que passou a ser vedada a introdução de novas demandas e de novas exceções no juízo de apelação. Esta passou, assim, a ser um verdadeiro *revisio prioris instantiae*, e desde então as partes não têm mais permissão para inovar no juízo de segunda instância.

Em razão do aumento do número de processos, da criação de juízes de paz e da demora em entrar em vigor a legislação de 1990, a parte da Lei 353/1990 relativa ao processo cautelar entrou em vigor em 01.01.1993, ao passo que a parte relativa ao processo de conhecimento, em razão do início do funcionamento dos juízes de paz, somente entrou em vigor em 30.04.1995.

A reforma de 90, que trouxe regras preclusivas muito rígidas ao procedimento civil italiano, novamente desagradou às organizações de classe dos advogados italianos, que afirmavam que a novel legislação lhes impunha restrições excessivas à sua liberdade de conduzir o procedimento e de deduzir progressivamente as alegações defensivas, prejudicando o direito de defesa.¹⁶⁰ Afirmava-se, por exemplo, que o ônus de deduzir toda sua defesa na primeira manifestação prejudicava o direito de defesa do réu, deixando-o em situação desigual em relação ao autor.¹⁶¹ Essa forte reação corporativa da advocacia italiana provocou uma contrarreforma em 1995, com a edição de nova legislação diminuindo o rigor das regras preclusivas impostas pela Lei 354/90, e criando normas que, uma vez mais, concederam maior flexibilização à regra da estabilização da demanda.

O procedimento estatuído pela referida lei passa então a diferenciar a primeira audiência de comparecimento (art. 180) da primeira audiência de *trattazione* da causa

¹⁵⁸ TARZIA, Giuseppe. Op. cit., p. 51 e seguintes.

¹⁵⁹ Neste sentido, LEONEL, Ricardo de Barros. **Causa de pedir e pedido. O direito superveniente.** São Paulo : Método, 2006. p.184.

¹⁶⁰ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado, e TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile.** Vol. I. 5ª edição. Bologna : Ed. Il Mulino, 2011. p. 52.

¹⁶¹ RICCI, Gian Franco. CARPI, Frederico e TARUFFO, Michele (org.). **Commentario breve al codice di procedura civile.** 4ª Edição. Padova : Cedam, 2002. p. 523.

(art. 183)¹⁶². A propositura das exceções pelo réu (salvo aquelas conhecíveis de ofício) deixa de ser feita obrigatoriamente antes da primeira audiência de comparecimento, e passa a poder ser apresentada no prazo fixado pelo juiz durante esta primeira audiência. E a possibilidade de oferecimento de alegações complementares, por escrito, depois da audiência, deixa de ser excepcional, possível apenas no caso de grave motivo, para ser admitida sempre que for pleiteada pelas partes. Ademais, a reforma de 1995 suprimiu a necessidade de autorização do juiz para a modificação da demanda.

A reforma de 1995 confere então ao réu prazo maior para propor suas exceções sucessivamente, assim como concede às partes maior elasticidade, no procedimento, para precisar e modificar suas demandas, exceções e conclusões, na fase de *trattazione*, indo, portanto, em sentido contrário ao escopo da reforma de 1990, de simplificação e celeridade no procedimento.

Na audiência de *trattazione* prevista no artigo 183, terceira parte, deveria o juiz indicar às partes as questões suscetíveis de conhecimento de ofício que entendia relevantes, assim como permitir os esclarecimentos necessários.

A ampla possibilidade de alteração da demanda que existia no regime instituído pela reforma de 1950, e que estava prevista no artigo 184, sofreu limites, posto que, com a reforma, o referido artigo passou a tratar apenas da instrução (e não mais de *trattazione*), não havendo outra norma com o conteúdo daquela. Toda a *trattazione* passa então a ser disciplinada no artigo 183, que acaba com a ampla possibilidade de as partes proporem novas demandas e exceções durante a fase de instrução. A *trattazione* e a instrução passam a ser fases distintas, e o processo não pode mais regredir da instrução para a fase anterior.¹⁶³

Com as referidas alterações, a fase preparatória da demanda passa a ter no mínimo três audiências, podendo chegar a quatro : a primeira, em que são analisadas as condições formais de propositura e prosseguimento da ação, e fixado prazo para apresentação da defesa pelo réu. A segunda audiência, na qual as partes podem apresentar emendas às teses e defesas apresentadas na primeira audiência. Uma terceira

¹⁶³ RICCI, Gian Franco. In CARPI, Federico e TARUFFO, Michele (org.). **Commentario breve al codice di procedura civile**. 4ª Edição. Padova : Cedam, 2002. p.523 e seguintes.

audiência serve para as partes apresentarem novas evidências e requerimentos, cuja relevância vai ser analisada e decidida pelo juiz. Caso este defira a apresentação de novas evidências e requerimentos, pode ser necessária, ainda, a realização de uma quarta audiência para sua admissão e debate, ainda na fase preparatória da demanda. Deixa, ainda, de haver preclusão para o oferecimento de emendas ao pedido e à defesa, que podem ser feitas, por escrito, a qualquer momento, durante a fase preparatória da demanda.

Destarte, considerando que o lapso temporal entre cada uma das audiências costuma ser de alguns meses, podendo chegar até mesmo a um ano, o número excessivo de audiências preparatórias certamente é um dos fatores que mais contribui para que a Itália tenha o procedimento mais demorado de toda a União Européia, ensejando severas críticas tanto por parte dos processualistas quanto da Corte Européia de Direitos Humanos.¹⁶⁴

Embora o procedimento italiano seja alvo de críticas em razão de sua lentidão,¹⁶⁵ esta demora decorre da tradição da advocacia italiana, habituada ao procedimento de formação gradual do objeto do litígio, e pouco afeta à imposição de regras preclusivas quanto ao seu trabalho. Ademais, o procedimento recebia elogios por reconhecer a importância da ampla defesa.¹⁶⁶

¹⁶⁴ As críticas são formuladas por Taruffo, em escrito sobre as reformas do processo civil italiano. TARUFFO, Michele. **Recent and current reforms of civil procedure in Italy.** In TROCKER, Nicolò e VARANO, Vincenzo (org.). *The reforms of civil procedure in comparative perspective.* Torino : G. Giappichelli Editore, 2005. p.220.

¹⁶⁵ Nas palavras de Proto Pisani, “ Il processo ordinário di cognizione che si voleva concentrato comincia ad essere cadenzato dalle memorie ex art. 180, 183 e 184 col completo fallimento sia della concentrazione che della oralità.”. PISANI, Andrea Proto. **I modelli di fase preparatoria dei processi a cognizione piena in Itália dal 1940 al 2006.** Revista de Processo, vol. 153, 2007. p. 65 e seguintes.

¹⁶⁶ Neste sentido, por exemplo, a opinião de Giuseppe Tarzia sobre a reforma de 1995: “cria-se uma audiência antes da audiência de *trattazione*, na qual o juiz tem que fixar também um prazo peremptório, de pelo menos vinte dias antes desta nova audiência, no qual o réu pode deduzir as exceções processuais e de mérito que não possam ser conhecidas de ofício. O prazo peremptório para estas defesas não mais se exaure na primeira oportunidade para a resposta, que deveria ser apresentada pelo menos vinte dias antes da primeira audiência "di trattazione" (veja-se a alteração do art. 167 do CPC, dada pelo art. 3.º do decreto-lei), mas é prorrogado *ex lege* a este momento, de maneira que permite-se uma defesa completa do réu no curso da fase preparatória e não obrigatoriamente no seu início. Realiza-se, assim, de melhor modo o princípio do contraditório. Desaparece também a distinção do regime entre a *precisazione* e a *modificazione* das conclusões: ambas são livres às partes na primeira audiência "di trattazione", sem necessidade de uma autorização do juiz. É um reconhecimento da liberdade das partes nas alegações durante a fase preparatória, porém dentro da seqüência lógica que já indiquei.” TARZIA, Giuseppe. **O novo processo civil de cognição na Itália.** Revista de Processo, vol. 79, Julho de 1995. p. 51 e seguintes.

3.1.4 A situação atual no direito italiano

Em 2005, várias leis processuais se sucederam no tempo, alterando, de forma pontual e fragmentária, alguns aspectos do código de processo civil italiano, assim como a legislação societária. Em 2009, a lei 69, de 18 de junho, promoveu novas alterações relevantes em vários aspectos do processo civil, seguida por novas alterações em 2010, estas específicas sobre mediação, conciliação e arbitragem (as duas últimas especificamente nas relações trabalhistas).

De acordo com a legislação atualmente em vigor, fruto das dezenas de reformas operadas de 1990 até esta data, tem-se um novo quadro processual sobre o tema da estabilização da demanda.

O artigo 163 já exige que o autor, no escrito introdutório da demanda, exponha os fatos e os elementos jurídicos que fundamentam sua pretensão, assim como o objeto da demanda (ou seja, o pedido mediato) e formule o requerimento de tutela jurisdicional específica (pedido imediato). Exige, ainda, que o autor apresente suas conclusões, na qual este deve sintetizar os termos principais da demanda, especificando o pedido e a *causa petendi*.

Em relação à defesa do réu, determina o artigo 167 que o demandado, na primeira oportunidade após a citação, já deve propor todas as defesas que tiver contra o autor, manifestar-se sobre todos os fatos apresentados pelo demandante, e propor as provas que pretende produzir. Uma inovação extremamente relevante, introduzida pela reforma de 2009, operou-se no artigo 115 do código de processo civil italiano, no qual foi incluída, pela primeira vez, a previsão expressa de que o juiz pode considerar verdadeiros os fatos não especificamente impugnados pela parte ré, levando esta presunção em consideração no momento de julgamento da demanda. Trata-se da introdução do ônus da impugnação especificada dos fatos, a ser feita pelo réu na contestação, e que, por não constar de nenhuma norma expressa até então, não era reconhecido pela doutrina italiana, e, por conseguinte, não podia ser aplicado pelo julgador.

Depois da apresentação da demanda pelo autor, no ato introdutório, e do oferecimento de defesa pelo réu, *o código proíbe que as partes possam apresentar*

novas demandas e novas exceções, sendo certo que a vedação diz respeito não somente à primeira audiência como a todo o curso do processo, em que é proibida a inclusão de pedidos novos.

Entretanto, tal vedação de apresentação de demanda nova não é absoluta. Desde antes da reforma operada nos anos 90, parte da doutrina e a jurisprudência majoritária já entendiam que a norma que proíbe a apresentação de novas demandas no curso do processo não é uma norma ditada por um interesse público do processo, ou seja, esta proibição não é uma norma de ordem pública, mas sim uma norma que visa resguardar o direito de defesa da outra parte, e, portanto, encontra-se no âmbito de disponibilidade das partes. Desta forma, sempre que um dos litigantes apresenta uma demanda nova no curso do processo, e, apesar da proibição legal, o outro litigante não impugna tal comportamento, e ainda apresenta defesa de mérito à nova demanda tardiamente formulada, entende a jurisprudência majoritária que o demandado “aceitou o contraditório”, e, portanto, renunciou ao direito de impedir o prosseguimento da demanda nova. Mesmo após as reformas operadas desde os anos 90 até 2010, que aumentaram a preclusão para a estabilização da demanda, não há norma específica no código de processo italiano impedindo que uma das partes possa “aceitar o contraditório” e renunciar ao direito de fazer valer a proibição de novas demandas, razão pela qual a jurisprudência continua admitindo tal procedimento, por entender que o princípio da disponibilidade das partes sobre o objeto do processo deve prevalecer sobre a proibição de alteração da demanda.

Cabe ressaltar que parte expressiva da doutrina sustenta posição contrária, afirmando que a norma que proíbe a propositura de novas demandas no curso do processo é uma norma de ordem pública, que tem por fundamento não apenas a tutela do direito de defesa do réu, mas principalmente a tutela do bom desenvolvimento do processo, que necessita ter seu objeto litigioso fixado o quanto antes, para que a fase instrutória possa ocorrer de modo ordenado e eficiente. Destarte, para estes, não se deveria admitir a livre disponibilidade das partes sobre as regras preclusivas do direito de apresentar novas demandas, ou, caso estas sejam admitidas, deveriam ter como

marco temporal máximo a primeira audiência de *trattazione*, a fim de evitar a contaminação da fase instrutória com a livre admissão de novas demandas.¹⁶⁷

Além da admissão de novas demandas quando houver concordância tácita do réu, há, ainda, uma segunda exceção à regra que proíbe a introdução de novas demandas depois da propositura da ação. Com efeito, admite o código de processo civil italiano, no artigo 183, quinta parte, a propositura de novas demandas e exceções, por parte do autor, sempre que estas forem “consequência” da demanda reconvençional e das exceções propostas pelo réu. Por exemplo, se o réu em sua defesa postula a compensação do débito, admite-se que o autor possa apresentar, contra ele, uma exceção (como a de prescrição do crédito do réu). Se o réu apresenta reconvenção, admite-se que contra esta reconvenção o autor possa formular uma outra demanda reconvençional, ou, ainda, uma demanda declaratória incidental. Não exige a lei que essa nova demanda do autor seja conexa nem ligada pelo nexo de prejudicialidade com as exceções e reconvenções do réu, mas apenas *que sua propositura seja determinada pela resposta do réu*, e que seja proposta na primeira audiência de *trattazione*.¹⁶⁸

Por seu turno, o réu, na audiência de *trattazione*, somente pode formular novas exceções para se opôr às demandas e às exceções propostas pelo autor na própria audiência. Parte da doutrina italiana defende que esta norma implica em desequilíbrio de tratamento entre autor e réu, posto que não permite que este possa formular uma nova demanda derivada da defesa apresentada pelo autor na audiência (por exemplo, uma declaratória incidental da nulidade da relação jurídica deduzida pela defesa do autor), ao passo que o autor tem a possibilidade de formular novas demandas que sejam consequência da defesa do réu.¹⁶⁹

Admite o código italiano, ainda, a par das hipóteses de inclusão de demandas novas, já examinadas, que as partes possam modificar e precisar suas demandas, suas exceções e suas conclusões, desde que o façam na primeira audiência de *trattazione* (artigo 183, quinta parte), ou, a requerimento dos litigantes, no prazo máximo de trinta

¹⁶⁷ Neste sentido, COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado, e TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. Vol. I. 5ª edição. Bologna : Ed. Il Mulino, 2011. p. 450/451. Os autores apresentam também as opiniões contrárias e os exemplos extraídos da jurisprudência.

¹⁶⁸ Sobre o tema, ver COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado, e TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. Vol. I. 5ª edição. Bologna : Ed. Il Mulino, 2011. p. 452.

¹⁶⁹ RICCI, Gian Franco. *In* CARPI, Frederico e TARUFFO, Michele (org.). **Commentario breve al codice di procedura civile**. 4ª Edição. Padova : Cedam, 2002. p. 564.

dias depois desta primeira audiência, através de memoriais escritos (artigo 183, sexta parte). Trata-se de permissão para a apresentação apenas da chamada *modificazione* da demanda, ou seja, de apresentação de alterações que não modifiquem substancialmente os elementos objetivos identificadores da demanda (pedido e *causa petendi*), mantendo a mesma controvérsia já instaurada com o ato introdutório da causa. A alteração, por qualquer das partes, destes elementos identificadores passa a ser não mais mera *modificazione* (também chamada *emendatio libelli*), mas verdadeiro “mutamento” da demanda (a chamada *mutatio libelli*), que somente é admitida nas duas hipóteses antes referidas.

Mesmo na atualidade, a exemplo do que já vinha ocorrendo sob a égide da legislação de 1950, em muitos casos concretos não é possível identificar precisamente a diferença entre a *modificazione* e o *mutamento*, e a jurisprudência italiana tende a dar interpretação ampliativa às hipóteses de variação permitida dos elementos da demanda, admitindo casos de verdadeira *mutatio libelli* nas hipóteses em que somente seria admitida a *emendatio libelli*. Por exemplo, a jurisprudência admite a alteração do pedido, que era de anulação de um contrato, para o de nulidade do mesmo contrato (porque admite a extensão do conteúdo do provimento, desde que não haja mudança na natureza do objeto).¹⁷⁰ Em relação à causa de pedir, afirma-se que é possível a inserção de novos fatos na demanda, desde que o *núcleo dos fatos constitutivos* mantenha-se o mesmo. Entretanto, não há qualquer critério efetivo para se definir o que seja o fato que altera o “núcleo” e o que sejam os novos fatos que acrescem dados sem alterar o referido “núcleo”. A título de exemplo, a jurisprudência italiana admite que uma demanda fundamentada no direito de propriedade do autor possa ser alterada para que passe a ser fundamentada em outro título diverso da propriedade, assim como admite que se substitua um vício de consentimento por outro, em uma ação de anulação de um contrato.¹⁷¹

Segundo posição majoritária da doutrina italiana e da jurisprudência da corte de cassação, não constitui mutamento da demanda a mera alteração da qualificação jurídica dada ao fato; da mesma forma, também se admite até mesmo a alteração do fato jurídico

¹⁷⁰ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado, e TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. Vol. I. 5ª edição. Bologna : Ed. Il Mulino, 2011. p. 453.

¹⁷¹ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado, e TARUFFO, Michele. Op. cit., p. 453.

que deu ensejo ao pedido, mas somente nas demandas autodeterminadas, e não nas heterodeterminadas.^{172_173}

Em relação ao recurso de apelação, embora o artigo 345 tenha sido alterado pela Lei 69/2009, manteve-se a ideologia da reforma operada pela Lei 353/90, que transformou a apelação em mero juízo de revisão do procedimento e da decisão de primeira instância. Assim, a reforma de 2009 modificou o termo “*rigetto*”, para deixar claro que a demanda nova proposta de forma inadequada na apelação não deve ser rejeitada no mérito, mas apenas declarada inadmissível, sendo então extinta sem exame de mérito.

Em que pesem as restrições à inovação em sede recursal, a legislação processual após a reforma dos anos 90 ainda admite que as partes possam propor novas demandas em apelação, mas restritas ao pedido de condenação do réu ao pagamento de interesses, frutos e acessórios surgidos depois da sentença, ou, ainda, a condenação ao pagamento de perdas e danos também sofridos depois da sentença (artigo 345, primeira parte).

Trata-se de norma informada pelo princípio da economia processual, que visa evitar a propositura de nova ação apenas com vistas ao acertamento de pedidos decorrentes da relação jurídica já submetida pelas partes a julgamento. A jurisprudência vem rejeitando, assim, a introdução de novos fatos jurídicos pelas partes em sede de recurso, encerrando entendimento restritivo tanto em relação às demandas

¹⁷² Ver, sobre o tema, com dezenas de citações das decisões da corte de cassação sobre a *mutatio libelli* em várias situações de direito material : RICCI, Gian Franco. In CARPI, Federico e TARUFFO, Michele (org.). **Commentario breve al codice di procedura civile**. 4ª Edição. Padova : Cedam, 2002. p. 564.

¹⁷³ Questão interessante diz respeito à diferenciação entre a *mutatio libelli* e a *emendatio libelli* nas ações constitutivas, especialmente as de cunho negativo. Ricci, após analisar o tema, afirma que não há qualquer consenso na doutrina italiana, mencionando a existência de autores com posição rígida sobre o assunto, sustentando que cada fundamento aduzido para a ação de anulação, por exemplo, constitui uma *causa petendi* diferente, razão pela qual a alteração do fato jurídico daria ensejo a uma nova ação, citando, neste sentido, a doutrina de Liebman. Em extremo oposto, há autores que, em posição bastante elástica, entendem que o direito de obter a anulação de um negócio jurídico, por exemplo, é sempre o mesmo, qualquer que seja o motivo que o fundamenta, razão pela qual este poderia ser alterado sem que houvesse *mutatio libelli* (neste diapasão, cita a doutrina de Proto Pisani). Aduz, ainda, a existência de autores que sustentam que seria possível passar de uma *fattispecie eliminativa* a outra (ou seja, de um pedido de anulação de um negócio jurídico para o pedido declaratório de nulidade do mesmo negócio), como Allorio. Em conclusão, afirma Ricci que o importante nesta seara, para configurar a existência de *mutatio libelli*, vedada pelo ordenamento, é identificar se houve ou não alteração dos fatos narrados originariamente. Assim, se os fatos se mantêm os mesmos, pode-se alterar a qualificação deles de erro para dolo, por exemplo, assim como se pode alterar o pedido declaratório de nulidade para um pedido de anulação. Mas se houver alteração dos fatos que fundamentam o pedido, haveria *mutatio libelli*, que hoje é proibida pelo ordenamento italiano. RICCI, Gian Franco. In CARPI, Federico e TARUFFO, Michele (org.). **Commentario breve al codice di procedura civile**. 4ª Edição. Padova : Cedam, 2002. p. 564.

heterodeterminadas (nas quais de cada fato constitutivo decorre um novo direito), quando nas demandas autodeterminadas (embora, nestas últimas, boa parte da doutrina italiana admita a introdução de novo fato constitutivo, posto que um novo título não teria o condão de alterar a *causa petendi*, vez que o direito deduzido em juízo é o mesmo, qualquer que seja seu título).¹⁷⁴

Em relação à propositura de novas exceções no recurso de apelação, o artigo 345, segunda parte, admite apenas aquelas que possam ser conhecidas de ofício. Parte da doutrina entende que devam ser admitidas também as exceções baseadas em fatos surgidos depois do encerramento da instrução em primeiro grau, posto que estas não se enquadram na finalidade da norma proibitiva, e atendem à necessidade de que a decisão final seja proferida de acordo com a realidade existente no momento de sua prolação. Esta posição, contudo, não vem sendo acolhida pela jurisprudência italiana, que tem se orientado por uma interpretação bem restritiva da regra que proíbe a inovação em grau de apelação.¹⁷⁵

Em relação à propositura de novos meios de prova em apelação, a regra geral é de inadmissibilidade de novos meios de prova, somente podendo ser admitidas provas novas na apelação nas hipóteses em que a prova foi corretamente requerida na primeira instância, e indevidamente indeferida pelo juízo *a quo*. Há, entretanto, duas exceções importantes à proibição de provas novas em recurso : a primeira é a admissibilidade de prova nova, quando a parte comprove que não pôde produzir tal prova, durante o procedimento em primeiro grau, por motivo que não lhe possa ser imputável. A segunda diz respeito à possibilidade de produção de prova nova quando o colegiado entender que elas são *indispensáveis* ao julgamento da causa.

O conceito de prova indispensável, segundo autorizada doutrina, diz respeito àquela prova que visa comprovar um fato não apenas relevante, mas *necessário e decisivo* para que o julgamento de segundo grau venha a confirmar ou reformar a decisão de primeiro grau. Em outras palavras, trata-se de “um meio de prova tendente a demonstrar a existência ou inexistência de um fato tal que, se o juiz de primeiro grau

¹⁷⁴ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado, e TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. Vol. I. 5ª edição. Bologna : Ed. Il Mulino, 2011.p.686

¹⁷⁵ Corrado Ferri, em posição intermediária, defende que apenas nas hipóteses em que o juiz, ao proferir a sentença, altere a qualificação jurídica dada pelas partes aos fatos constitutivos de seu direito, se deve admitir que as partes apresentem, no recurso de apelação, novas exceções (para impugnar a nova qualificação jurídica), posto que a rejeição destas novas exceções implicaria em violação do princípio do contraditório.COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado, e TARUFFO, Michele. Op. cit., p. 688.

tivesse podido considerar e valorar, a decisão certamente seria diferente.”¹⁷⁶ A suprema corte italiana já definiu a prova indispensável como sendo aquela idônea a produzir uma relação causal entre o fato provado e a decisão, dada a capacidade de tal prova de determinar a existência do fato jurídico, do fato decisivo para a procedência ou improcedência da demanda.¹⁷⁷

Há que se acrescentar que até a reforma operada em 2009, parte da doutrina dizia que essa proibição da produção de provas novas não se aplicava à prova documental, ou seja, não haveria restrição à produção de novos documentos com o recurso de apelação, posto que a introdução de documentos não acarreta diminuição da celeridade do processo e nem implica em retardamento do julgamento do recurso, escopos perseguidos pela regra que impõe a proibição de novas provas. A alteração do artigo 345, parte 3, pela Lei 69/2009 teve por intenção impedir a referida interpretação, deixando claro que a proibição de novas provas em apelação inclui a produção de prova documental.

Outro ponto relevante a ser destacado em relação ao direito italiano diz respeito aos limites objetivos da coisa julgada. No direito italiano, seguindo a clássica distinção entre direitos autodeterminados e direitos heterodeterminados, afirma-se que os primeiros são identificados pela relação jurídica deduzida em juízo (ou seja, pelo próprio conteúdo do direito), ao passo que os segundos são identificados pelo fato constitutivo, de modo que a alteração do fato constitutivo implica em alteração da própria demanda.

Em relação aos direitos autodeterminados, entende a doutrina majoritariamente que a coisa julgada produzida em um processo estende seus efeitos a todos os possíveis títulos aquisitivos daquela mesma relação jurídica objeto da decisão. No caso dos direitos autodeterminados, portanto, como eles são identificados pela relação jurídica (e não pelo fato que deu ensejo a ela), a existência de coisa julgada que tenha definido a relação jurídica objeto do pedido impede a propositura de qualquer outra ação que tenha por conteúdo a mesma relação jurídica já deduzida na primeira ação. Por tal razão é que se entende possível a alteração do título, no curso do processo, sem que essa alteração implique em modificação da demanda.

¹⁷⁶ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado, e TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. Vol. I. 5ª edição. Bologna : Ed. Il Mulino, 2011. p. 690. Tradução livre.

¹⁷⁷ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado, e TARUFFO, Michele. Op. cit., p.690/693.

Nesta ótica, torna-se irrelevante, portanto, que em uma segunda demanda a relação jurídica tenha se originado de fato jurídico diverso, posto que este não é importante para a identificação da demanda, incidindo, no caso, a proibição de repositura da nova ação, por ser considerada idêntica à anterior. Exemplificando, afirma Ferri que, julgada uma ação baseada no direito de propriedade, tanto faz que o título aquisitivo seja usucapião ou doação, não poderão as partes discutir, em um processo sucessivo, a existência do direito, lastreado em título diverso (como a compra e venda, por exemplo), posto que o proprietário de um bem é sempre titular do direito de propriedade sobre este bem, qualquer que seja o modo de aquisição desta propriedade.¹⁷⁸

A jurisprudência italiana, com apoio em parte da doutrina, vem acolhendo o princípio da coisa julgada implícita, ou seja, o princípio segundo o qual a coisa julgada cobre o deduzido e o deduzível, o que torna preclusa a dedução de uma nova demanda ou a alegação de novas exceções que sejam incompatíveis com a sentença anterior.

Ocorre que a jurisprudência italiana vem alargando este limite, para estender a coisa julgada não somente aos fundamentos efetivamente deduzidos na causa, mas a todas as questões que constituam antecedente lógico necessário à decisão, ainda que não tenham sido objeto de contraditório específico. Além disso, ampliam o efeito preclusivo da coisa julgada às questões antecedentes não somente nas hipóteses de direitos autodeterminados, mas a qualquer natureza de direito em questão. Nesta ordem de idéias, a rejeição de uma ação de anulação de um negócio jurídico fundado em determinado fato jurídico (como a incapacidade de uma das partes) torna preclusa qualquer outra ação de anulação do mesmo negócio jurídico, ainda que fundada em outra *fattispecie*, desde que gerador do mesmo direito já pleiteado na primeira demanda. Trata-se de interpretação que atende às exigências de economia processual e ao interesse público de evitar a multiplicação de demandas. Somente se excluem deste efeito preclusivo da coisa julgada, segundo o entendimento antes descrito, os fatos ocorridos depois do encerramento da instrução processual da primeira demanda (ou seja, depois da audiência na qual as partes devem precisar suas conclusões), posto que, por não serem mais alegáveis, não podem ser considerados “deduzíveis” para fins de extensão do efeito preclusivo da coisa julgada.

¹⁷⁸ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado, e TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. Vol. I. 5ª edição. Bologna : Ed. Il Mulino, 2011.p.759.

Há que se ressaltar que a maior parte da doutrina, contudo, defende posição contrária sobre o tema, ou seja, posição restritiva em relação aos limites objetivos da coisa julgada, restringindo a sua eficácia preclusiva, em nova demanda, aos fatos e às questões que efetivamente tenham sido deduzidas e discutidas na ação (e não a todos os que poderiam ter sido deduzidos), sem estendê-la aos pressupostos lógicos da sentença, em respeito ao contraditório, que exige participação das partes em todas as questões. Tal posição tem por fundamento o próprio código de processo civil italiano, que determina que as questões prejudiciais, salvo pedido expresso de uma das partes, serão conhecidas apenas incidentalmente pelo julgador.¹⁷⁹

A posição que vem sendo perfilhada pela jurisprudência italiana adota um conceito de coisa julgada largamente utilizado no direito norte-americano, como visto no capítulo referente ao objeto do processo, e legalmente previsto também no artigo 400 da codificação processual civil espanhola. Tal interpretação da coisa julgada, contudo, somente se coaduna com um sistema que permita, de modo mais livre, a alteração e o acréscimo de novos fatos constitutivos ao longo do processo, o que não ocorre, atualmente, no processo civil italiano. Além disso, não havendo previsão legal acerca desta extensão dos efeitos da coisa julgada às questões apenas deduzíveis, o reconhecimento da preclusão por uma decisão judicial implica em evidente surpresa para os litigantes, culminando na perda de um direito sem previsão legal para tanto.

3.1.5 O *iura novit curia* no direito italiano

No processo civil italiano se admite, livremente, a alteração tanto do fundamento jurídico quanto da qualificação jurídica dada pelo autor aos fatos narrados na inicial, podendo esta qualificação ser alterada pelas partes a qualquer tempo do processo, por não ser considerada alteração da demanda. Além disso, ambos podem ser alterados também pelo julgador, ao decidir a causa, com base no brocardo *iura novit curia*, amplamente utilizado no direito italiano.

¹⁷⁹ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado, e TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. Vol. I. 5ª edição. Bologna : Ed. Il Mulino, 2011.p. 762.

Desde a década de 60, contudo, a doutrina italiana, capitaneada por Vitorio Denti, já vinha defendendo que quando o julgador se utilizasse, para fundamentar sua decisão, de questão que não havia sido suscitada nem discutida pelas partes, esta decisão seria nula por ofensa ao contraditório.¹⁸⁰

Cabe destacar que o artigo 183 do código italiano já previa a necessidade de o julgador, na audiência de *trattazione*, indicar às partes quais as questões conhecíveis de ofício que ele entendia relevantes para a causa, mas não cominava pena de nulidade para a decisão proferida em desacordo com este comportamento. Em razão disso, a doutrina italiana se dividia em relação às conseqüências do descumprimento desta norma, e parte dos estudiosos defendia que se tratava de um poder do julgador (e não de um poder-dever), ao passo que outros já propunham a nulidade da decisão proferida com violação à referida norma.¹⁸¹

Mesmo a corte de cassação não possuía jurisprudência unânime sobre as conseqüência da inércia judicial, havendo acórdãos decidindo pela nulidade das decisões em que as partes não foram previamente ouvidas sobre a questão suscitada de ofício, e outras decisões entendendo que não seria possível o decreto da nulidade, posto que não havia cominação expressa neste sentido.¹⁸²

A reforma operada no código de processo civil italiano em 2009 alterou o seu artigo 101, que trata do contraditório, acrescentando um parágrafo único, passando então a norma em comento a prever expressamente que sempre que o julgador pretenda fundamentar sua decisão com um argumento percebido de ofício por ele, sem que tenha sido debatido pelas partes durante o processo, ele tem o *dever* de intimar os litigantes a se manifestarem sobre o ponto apontado, em prazo não inferior a vinte nem superior a

¹⁸⁰ Em que pese não haver, à época, cominação de nulidade da sentença para a hipótese em que o juiz julgasse a causa com base em questão não discutida com as partes (principalmente quando se tratasse de norma de ordem pública), Vitorio Denti já propagava o entendimento de que a aplicação direta da norma processual que estabelecia o princípio do contraditório (*in casu*, o artigo 101 do CPC italiano) deveria ser feita com outros olhos. Sustentava, portanto, que o contraditório não podia ser visto apenas com ênfase na igualdade das partes, mas sim na colaboração entre as partes e o juiz, e na garantia de participação destas na decisão final, participação esta que estaria irremediavelmente comprometida sempre que o juiz amparasse sua decisão em questão conhecida de ofício e não discutida previamente pelas partes, ainda que a lei autorizasse seu conhecimento de ofício. DENTI, Vittorio. **Questioni rilevabili d' ufficio e contraddittorio**. In Rivista di Diritto Processuale. Padova : CEDAM, 1968. p. 217/231.

¹⁸¹ RICCI, Gian Franco. CARPI, Frederico e TARUFFO, Michele (org.). **Commentario breve al codice di procedura civile**. 4ª Edição. Padova : Cedam, 2002.p. 562.

¹⁸² Para compreensão do tema, e consulta aos dados das decisões, vide : BODART, Bruno Vinicius e ARAUJO, José Aurélio. **Alguns apontamentos sobre a reforma processual civil italiana**. In FUX, Luiz (org.) O novo processo civil brasileiro. Direito em expectativa. Rio de Janeiro : Forense, 2011. p. 25 e seguintes.

quarenta dias, sob pena de nulidade da decisão. Trata-se de norma que visa evitar a surpresa dos litigantes, com a possibilidade de ser proferida sentença ou decisão apoiada em fato ou argumento jurídico em que as partes não pensaram e, por isso, não sustentaram nem impugnaram, chamadas na Itália de decisões de terceira via.

A questão hoje vem sendo interpretada pela doutrina italiana, então, sob esta nova ótica, entendendo essa atitude como verdadeiro dever do julgador, e que não deve ficar restrito às questões de ordem pública, mas ser estendido a qualquer questão não discutida pelas partes, e não somente na primeira audiência de *trattazione*, mas em qualquer fase do processo. Trata-se, como afirmam Comoglio, Ferri e Taruffo, do “poder dever de provocar, por sua própria iniciativa, o contraditório preventivo entre as partes sobre qualquer questão (de procedimento ou de mérito, de fato ou de direito, prejudicial ou preliminar) que tenha relevância decisória determinante.”¹⁸³ Em outras palavras, à luz da correta interpretação da garantia constitucional do contraditório participativo, a discussão dos pontos relevantes entre as partes, antes de qualquer decisão judicial, passa a ser entendida como “constitucionalmente necessária, e não mais apenas processualmente oportuna.”¹⁸⁴

3.1.6 Síntese conclusiva

Após análise da evolução do processo civil italiano, em relação ao tema da modificabilidade objetiva da demanda, pode-se constatar que a existência de regra preclusiva determinando um momento processual para a estabilização da demanda é extremamente necessária para que o procedimento possa seguir um curso de desenvolvimento lógico e ordenado. O exemplo extraído do direito italiano demonstra que um procedimento em que os litigantes possam livremente alterar suas demandas e defesas a qualquer tempo, acrescentando novos fatos e pedidos ao processo sem qualquer controle do julgador ou da outra parte, tende a provocar grande desordem procedimental, pondo por terra qualquer possibilidade de organização racional do processo, e acarretando uma demora irrazoável na solução da lide. Essa demora, por seu

¹⁸³ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado, e TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. Vol. I. 5ª edição. Bologna : Ed. Il Mulino, 2011.p.76. Tradução livre.

¹⁸⁴ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado, e TARUFFO, Michele. Op. cit., p. 76.

turno, impede, na maior parte dos casos, que a providência jurisdicional seja prestada de forma tempestiva, e, portanto, eficiente.

Por outro lado, as idas e vindas do direito processual civil italiano, com sua sucessão de reformas e contrarreformas incidentes sobre a mesma *vexata quaestio*, demonstram também a dificuldade de se encontrar um ponto de equilíbrio entre um modelo que permita a ampla possibilidade de modificação da demanda (e que tende a levar a uma decisão mais justa do processo, além de evitar a multiplicação de ações entre as mesmas partes), de um lado, e, de outro lado, um modelo dotado de regras preclusivas rígidas quanto a esta possibilidade, e que propicie o encerramento do processo em tempo razoável.

As várias reformas do processo civil italiano, tão radicais quanto difíceis de serem aceitas pela comunidade jurídica, mostram, ainda, a dificuldade de adaptação dos advogados e magistrados a novas regras sobre o tema, sendo comum que, mesmo diante da vigência de lei que regulamente o tema de forma diversa, se mantenham as antigas interpretações, já arraigadas na cultura processual dos operadores do direito.

Ademais, deixam claro também como uma visão mais publicística ou mais privatística do processo civil influencia o legislador ao dispor sobre o tema, posto que um processo em que as partes tenham maior liberdade de atuação e de condução do procedimento costuma ter também mais flexibilidade de modificação da demanda, ao passo que um processo em que haja participação mais ativa do juiz em sua condução se caracteriza pela maior rigidez nas regras sobre modificação da demanda no seu curso.

Em síntese, pode-se perceber que, após viver por longos anos um procedimento excessivamente elástico em relação à possibilidade de alteração da demanda, o que, junto com outros fatores, contribuiu para um processo marcado pela excessiva duração, as últimas reformas, embora de forma fragmentada e não sistemática, tiveram por escopo principal reforçar as regras processuais preclusivas, diminuindo a liberdade de formulação de novas alegações pelas partes ao longo do processo. As reformas perseguem, em geral, a diminuição do tempo de duração do processo (visto hoje como o principal problema de justiça civil italiana) a fim de se dar cumprimento à garantia de duração razoável do processo, inserta, desde 1999, no artigo 111 da Constituição Italiana, como uma promessa ainda sem previsão de cumprimento.

Em suma, a análise da evolução do processo civil italiano em relação ao tema da modificação da demanda no curso do processo demonstra que a excessiva liberdade de

introdução de novos pedidos e novas causas de pedir, sem condicionantes legais, tende a levar à duração exagerada do processo, não constituindo solução razoável a ser seguida em nosso sistema processual. Entretanto, mesmo as reformas operadas nos últimos anos, que trouxeram regras preclusivas rígidas ao processo civil italiano, ainda o deixam mais flexível que o modelo brasileiro, posto que o direito italiano ainda admite alterações da demanda (ou a formulação de novas demandas) feitas pelo autor após a apresentação da resposta do réu, ou, ainda, a introdução de novos pedidos na fase de apelação, situações bastante razoáveis, porém inexistentes no processo civil nacional.

3.2 Direito francês

3.2.1 Objeto do processo, pedido e causa de pedir

No direito francês, assim como ocorre no direito brasileiro, existe grande controvérsia quanto ao conceito de causa de pedir, controvérsia esta que é alimentada pelo fato de a codificação processual civil francesa não tratar especificamente da causa de pedir, não havendo, portanto, definição legal de seu conteúdo.

A noção processual tanto do pedido quanto da causa de pedir vem do antigo código civil, de 1804, cujo artigo 1531 determinava que a autoridade de coisa julgada incidia sempre que na segunda demanda “a coisa demandada” fosse a mesma, assim como a causa da demanda.¹⁸⁵

Em relação ao pedido, percebe-se que o código civil falava em coisa demandada, o que é um conceito civil (equivalente ao bem da vida, o pedido mediato), e não em objeto do processo, que seria um conceito processual mais adequado. Há que se examinar, contudo, para a configuração da coisa julgada, não somente a materialidade da coisa demandada, como diz o código, mas a natureza do direito reclamado sobre esta coisa, o que seria o pedido imediato.

¹⁸⁵ **Art. 1351** : “ L’ autorité de la chose jugée n’ a lieu qu’ à l’ égard de ce qui a fait l’ objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demanda 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”.

Já em relação à causa de pedir, não há nenhum consenso doutrinário acerca dos elementos que a compõem, sendo este um dos conceitos mais complexos também do direito processual francês.

Durante longo tempo, doutrina e jurisprudência francesas entendiam que a causa de pedir era composta pela descrição dos fatos e pela fundamentação jurídica do pedido, de modo que, se repetida uma demanda entre as mesmas partes, demandando a mesma coisa, mas com fundamento diverso, haveria uma nova ação, posto que a causa de pedir seria diferente, não incidindo, portanto, o óbice da coisa julgada a impedir esta segunda demanda.

A evolução da jurisprudência francesa acerca do conceito de causa de pedir, principalmente para efeito da identificação da coisa julgada, pode ser resumida em três fases diversas.¹⁸⁶ Em uma primeira fase, a jurisprudência tinha um conceito bem amplo de causa de pedir, posto que esta compreendia não somente os fatos geradores do direito, mas também a qualificação destes e os fundamentos jurídicos, ou seja, para que duas ações fossem idênticas era necessário que todos os elementos fossem idênticos. Além disso, somente haveria coisa julgada sobre os pontos que eram efetivamente debatidos de forma contraditória, e que fossem objetos da sentença. Então, se uma ação de investigação de paternidade fosse julgada improcedente, a parte podia renovar o pedido, por outro fundamento legal. Da mesma forma, uma ação de responsabilidade civil, ou de nulidade de um contrato poderiam ser renovadas, desde que alterado o fundamento.

Em uma segunda fase, a jurisprudência francesa passou a adotar um conceito de causa de pedir completamente diverso, abrangendo todos os fatos e fundamentos que poderiam ter sido alegados na ação, ampliando, assim, a extensão objetiva da coisa julgada para todos os fundamentos de fato ou de direito que poderiam ter sido suscitados na demanda. Destarte, julgada improcedente uma ação fundamentada em um determinado fato jurídico, se após o julgamento a parte autora descobre um novo elemento de fato ou de direito que poderia alterar aquele resultado, e que não integrou o primeiro julgamento, não poderia propor nova ação, por haver coisa julgada (ainda que

¹⁸⁶ Sobre o tema, incluindo os dados da decisão da Corte de Cassação mencionada e a sua repercussão na jurisprudência francesa, vide : GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile e FERRAND, Frédérique. **Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne**. Paris :Éditions Dalloz, 2010. p. 754 e seguintes.

o fato ou direito não tenha sido discutido no processo nem sido objeto da decisão que gerou a coisa julgada).

Essa era de fato a jurisprudência dominante na França, até uma decisão da assembléia geral da corte de cassação, proferida dia sete de julho de 2006, e que determinou que nas hipóteses em que fosse proposta uma segunda demanda com base nos mesmos fatos de uma demanda anterior, variando apenas a fundamentação jurídica do pedido, a mera existência de um novo fundamento não seria suficiente para caracterizar uma nova ação, e haveria, portanto, o óbice da coisa julgada.¹⁸⁷ Depois da referida decisão, que vem sendo seguida por todas as câmaras da corte de cassação, a jurisprudência francesa adotou então uma noção puramente fatural da causa de pedir, dado que se a segunda ação tem os mesmos fatos, ainda que com fundamentos diversos, a *causa petendi* é a mesma, e, portanto, não pode ser julgada, ante a existência de coisa julgada. Havendo alegação de fato novo, contudo, tem-se nova *causa petendi*, e nova demanda.

O fundamento que justifica este entendimento da corte de cassação francesa pode ser encontrado na proteção ao princípio da lealdade processual, e da concentração dos meios que fundamentam a pretensão. Tem por escopo, portanto, evitar sucessivas demandas entre as mesmas partes, forçando o autor a apresentar, desde a primeira instância, todo o conjunto de meios de que ele disponha para sustentar sua pretensão. A solução é estendida ao réu, através do princípio da concentração dos meios de defesa.

Antes da citada decisão da corte de cassação, poder-se-ia distinguir dois conceitos diferentes da causa de pedir : a causa como complexo de fatos, na forma do artigo 6¹⁸⁸, para a propositura da ação, e a causa como fatos e fundamentos, na forma do art. 1351 do CC, para fins de identificação da coisa julgada, litispendência e conexão. Mas depois da decisão da corte de cassação, também para estes fins se passou a adotar um conceito de coisa julgada meramente fatural.

Em relação à doutrina francesa, também há grande controvérsia sobre o conceito e o conteúdo da causa de pedir. Há doutrinadores que relacionam a causa de pedir em uma demanda ao fundamento jurídico da pretensão. Outros a entendem como sendo a

¹⁸⁷ Sobre o tema, incluindo os dados da referida decisão e a sua repercussão na jurisprudência francesa, vide GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile e FERRAND, Frédérique. **Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne**. Paris : Éditions Dalloz, 2010. p. 754 e seguintes.

¹⁸⁸ **Article 6** : A l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à les fonder.

hipótese de incidência de determinada regra jurídica, ou seja, a situação de fato que é pressuposto da incidência de uma regra jurídica (como Cadiet), ao passo que outra parcela considerável da doutrina a define como um conjunto de fatos juridicamente qualificados (posição sustentada, entre outros, por Guinchard).¹⁸⁹

Já em relação aos fundamentos jurídicos, a maior parte da doutrina francesa entende que o espírito da codificação processual civil francesa induz o intérprete à idéia de que a causa de pedir deve ser constituída apenas pelo conjunto dos fatos que servem de base à pretensão, ou seja, “o conjunto das circunstâncias de fato invocadas com vistas a estabelecer o direito subjetivo pelo qual se traduz juridicamente a pretensão submetida ao juiz.”¹⁹⁰, porque, de acordo com o princípio dispositivo que informa todo o processo civil francês (e que tem previsão nos artigos 4º, 5º e 7º daquele código), o juiz não pode alterar nem a matéria litigiosa nem o objeto do processo. De acordo com o art. 12, porém, o juiz tem o poder (ou dever) de requalificar juridicamente os fatos apresentados pelas partes, e revelar novas regras jurídicas não suscitadas por elas. Então, de acordo com a doutrina majoritária, o único jeito de conciliar esses dispositivos, aparentemente antagônicos, seria entender que a fundamentação jurídica não faz parte da causa de pedir, porque neste caso ela pode ser alterada pelo juiz, como determina o artigo 12, sem que com isso haja alteração no objeto do processo, como determinam os art. 4º, 5º e 7º.

Entretanto, essa separação absoluta entre os fatos da causa (que devem ser trazidos ao processo pelas partes) e o direito aplicável (cujo conhecimento e definição é atribuição do juiz) já vem sendo superado pela doutrina, e pelo próprio CPC francês, em sucessivas reformas legais. O decreto 98-1231, em vigor desde 01 de março de 1999, por exemplo, alterou o art. 56 do CPC, que passou a dispor que a petição inicial já deveria conter a exposição não somente dos fatos, mas também do direito que serve de fundamento à pretensão, embora o juiz, ao proferir o julgamento, não esteja adstrito aos fundamentos aduzidos pelas partes.¹⁹¹ A norma do artigo 56 é reforçada pela exigência de exposição dos fundamentos jurídicos pela parte também no procedimento perante o tribunal de grande instância (artigo 753) e perante a corte de apelação (artigo 954). A

¹⁸⁹ Sobre as diversas definições legais, e os autores que a defendem, pode-se consultar :GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile e FERRAND, Frédérique. **Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne.** Paris : Éditions Dalloz, 2010. p. 397.

¹⁹⁰ GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile e FERRAND, Frédérique. Op. cit., p. 395. Tradução livre.

¹⁹¹ Barbosa Moreira, José Carlos. Notas sobre as recentes reformas do processo civil francês. Revista de Processo vol. 150 pag. 59 Ago 2007.

apresentação da fundamentação jurídica pelas partes tem por escopo garantir o contraditório também em relação aos fundamentos jurídicos, favorecendo o diálogo tanto entre as partes quanto entre elas e o julgador.

Em razão deste quadro, alguns autores chegam a afirmar que o adágio romano “*da mihi factum, dabo tibi jus*” deveria hoje ser interpretado com a seguinte releitura : “dá-me os fatos, mas dá-me também o direito, e eu te darei o julgamento.”¹⁹²

Cumprе esclarecer, por fim, que esse conjunto de decisões da corte de cassação vem sendo bastante criticado pela doutrina francesa, sob o fundamento de vedação do acesso à justiça, posto que se impede a propositura de uma ação com base na existência de uma anterior coisa julgada, relativa, entretanto, a algo que não foi julgado. Trata-se, nas ácidas palavras de alguns autores, da “autoridade da coisa que não foi julgada”, e que contraria todos os novos princípios diretores do processo civil francês.¹⁹³

3.2.2 Possibilidades de alteração da demanda

O princípio da imutabilidade da demanda posta em juízo é um princípio reconhecido tradicionalmente pela doutrina francesa, mas que vem sendo questionado por alguns estudiosos.¹⁹⁴

A doutrina francesa costuma apontar algumas justificativas históricas para a manutenção do princípio da imutabilidade da demanda. A primeira razão consiste no fato de que a introdução de uma nova demanda no processo, após a fase de conciliação, iria impedir a conciliação prévia sobre esta nova demanda, o que não seria admissível diante das regras procedimentais francesas. Entretanto, a legislação atualmente em vigor

¹⁹² GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile e FERRAND, Frédérique. **Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne**. Paris :Éditions Dalloz, 2010. p.399.

¹⁹³ GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile e FERRAND, Frédérique. Op cit., p. 758.

¹⁹⁴ Loïc Cadiet, por exemplo, sustenta que o referido princípio tem sua origem no direito romano, posto que no processo romano o pedido do autor deveria ser feito em um formulário, distribuído pelo pretor, e não podia sofrer modificação até a decisão final. Há que se ressaltar, contudo, que esta afirmação é contestada por parte da doutrina francesa, já que o fato de o autor ser obrigado a formular o libelo no início do processo não implica necessariamente em sua imutabilidade. (CADIET, Loïc; NORMAND, Jacques e MEKKI, Soraya Amrani. **Théorie générale du procès**. 1ª edição. Paris : Presses Universitaires de France, 2010. p. 779)

não impõe a obrigatoriedade da conciliação inicial em grande parte dos processos, razão pela qual esta justificativa não mais poderia ser considerada um óbice a impedir a alteração ou inclusão de novas demandas no curso do processo.

A segunda justificativa apontada pela doutrina decorre da possibilidade de que a nova demanda introduzida no curso de um processo possa ser da competência absoluta de outro órgão jurisdicional diverso daquele perante a qual a ação foi proposta, o que não poderia ser admitido, ante a possibilidade de burla às regras de competência.

O respeito ao direito de defesa é a terceira justificativa, junto com o respeito à lealdade que deve permear o debate judicial.

A quarta razão para a inadmissibilidade da alteração da demanda no curso do processo é a excessiva duração que ela acarretaria até o julgamento, posto que a introdução de demanda nova implica em aumentar a matéria litigiosa, multiplicando as pretensões, os fatos e os meios de prova, tornando o trabalho do juiz mais complexo, o que demanda um tempo maior para sua solução. Ao contrário, a imutabilidade assegura um julgamento mais rápido, e pode até mesmo evitar a propositura de outras ações, o que ocorreria com a demora na conclusão e o acirramento do litígio.

Por outro lado, aqueles que postulam pela flexibilização das regras sobre a imutabilidade da demanda, no direito francês, afirmam que o processo deve acompanhar os fatos e acontecimentos; que ele não deve funcionar como um compartimento estanque, destacado do direito substancial; ao contrário, ele deve acompanhar a evolução da matéria litigiosa, de modo a que a solução dada seja útil às partes e esteja de acordo com o estado de fato no momento de sua prolação, e de acordo com o direito substantivo existente naquele momento.¹⁹⁵

O artigo 4° do código de processo civil francês enuncia o princípio de que o litígio é definido pelas partes no início do processo, e que o objeto do processo, em princípio, não pode ser alterado. Esse princípio vem sendo questionado pela doutrina, posto que a imutabilidade não supõe necessariamente que o litígio seja fixado no início do processo, até mesmo porque o réu pode introduzir demandas no processo, o que

¹⁹⁵ CADIET, Loïc; NORMAND, Jacques e MEKKI, Soraya Amrani. **Théorie générale du procès**. 1ª edição. Paris : Presses Universitaires de France, 2010. Afirmam os autores que se está diante de duas visões importantes, e uma escolha a ser feita : “evitar que o processo se eternize pelas modificações abusivas do litígio em relação aquele apresentado originariamente, ou, ao contrário, evitar de obrigar as partes a propor uma nova ação sobre uma questão diretamente relacionada à primeira.” (p. 781. Tradução livre).

ampliaria o objeto litigioso, tanto que o próprio artigo 4° admite que o objeto do processo possa ser alterado em razão de demandas incidentais.

Assim, vários autores vêm defendendo que o princípio da imutabilidade da demanda na França, há algum tempo, já evoluiu para uma *imutabilidade controlada do litígio*, admitindo-se a introdução de novas demandas no curso do processo, sempre que essa alteração permita evitar a perda de tempo futuro, com a propositura de nova ação pelas mesmas partes, nas hipóteses em que a coisa julgada não a impeça. Além disso, a evolução da demanda, de modo a acompanhar a evolução dos fatos ocorridos após a propositura da ação, permite “*uma unidade substancial do litígio*”, e, dessa forma, um trabalho mais eficaz do juiz, que tem uma visão global do litígio a ele submetido.¹⁹⁶

Entretanto, no atual estágio da sociedade francesa, com um grande aumento do número de processos, e a necessidade cada vez maior de se impor celeridade aos julgamentos, ocorre uma nova revolução no tratamento do tema no direito francês, com o retorno ao modelo anterior, voltando o legislador a priorizar a imutabilidade do objeto do processo, em razão da necessidade de julgamento célere dos processos, além da importância de se garantir a lealdade processual. Com esta mudança de enfoque, admite-se a evolução do litígio apenas por razões objetivas, como a aparição de novos elementos, antes desconhecidos, desde que a necessidade de inclusão de novos elementos na demanda não resulte de um comportamento das partes que possa sugerir má-fé processual. Ou seja, a tendência das reformas na legislação processual francesa é de somente admitir a alteração da demanda, em razão do comportamento das partes, se houver respeito às regras de lealdade processual.¹⁹⁷

A fixação do objeto litigioso do processo pelas partes, logo no início da demanda, como visto supra, encontra-se prevista no artigo 4° da legislação processual francesa. Entretanto, a própria parte final deste artigo prevê a possibilidade de o objeto do litígio ser modificado por demandas incidentais, introduzidas em momento posterior. Essas demandas incidentais, previstas no artigo 63, são a reconvenção, a demanda adicional e as intervenções de terceiros, e devem manter um liame íntimo com a demanda inicial, razão pela qual podem até não modificar o objeto do litígio.

¹⁹⁶ CADIET, Loïc; NORMAND, Jacques e MEKKI, Soraya Amrani. **Théorie générale du procès**. 1ª edição. Paris : Presses Universitaires de France, 2010. p. 782; GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile e FERRAND, Frédérique. **Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne**. Paris : Éditions Dalloz, 2010.

¹⁹⁷ CADIET, Loïc; NORMAND, Jacques e MEKKI, Soraya Amrani. Op. cit., p. 782

O artigo 65, que deveria definir a demanda adicional, simplesmente diz que “é aquela através da qual uma das partes modifica suas pretensões anteriores.” Já o artigo 70 determina que as demandas reconventionais e adicionais somente são admissíveis se elas se ligam à pretensão original por um “liame suficiente”, excetuando apenas a hipótese de pedido de compensação, que deve ser recebido mesmo na ausência deste liame, salvo se implicar em demora excessiva ao julgamento, quando então poderá ser desmembrado pelo juiz.

Segundo a fórmula do art. 65, portanto, a demanda adicional tanto pode aumentar quanto diminuir o objeto do processo. Ela tanto pode ser formulada pelas partes originais, quanto por terceiros que venham a integrar o processo. O autor da ação, depois da resposta do réu, não pode fazer uma reconvenção, por ausência de previsão legal, mas ele pode propor uma demanda adicional. O réu originário, mesmo que tenha feito uma reconvenção, pode posteriormente modificar as pretensões contidas na sua reconvenção por força de uma demanda adicional. E os terceiros que se tornem partes em razão de uma intervenção voluntária podem formar uma demanda adicional, se sua intervenção for principal. Por exemplo, em uma demanda em que se postule o pagamento de aluguéis, pode-se incluir uma demanda adicional de reparação dos danos causados pelo locatário.¹⁹⁸

Assim, a demanda adicional serve para aumentar o objeto do litígio, com a introdução de um novo pedido, ou apenas para modificar as conclusões, caso em que não haverá, tecnicamente, uma demanda adicional. Serve também para acrescentar à demanda original um novo objeto, de natureza diversa. Por exemplo, em uma ação condenatória por quantia certa, se propõe uma demanda adicional formulando pedido indenizatório contra o mesmo réu,¹⁹⁹ ou quando se formula pedido de percepção de frutos ou aluguéis de um imóvel no processo em que foi pleiteada a reivindicação deste imóvel. Ou, ainda, a formulação de demanda adicional com pedido de alimentos em uma ação de divórcio, separação ou investigação de paternidade.²⁰⁰ Também é possível ser proposta em grau de apelação, como adiante se verá.

¹⁹⁸ CADIET, Loïc e JEULAND, Emmanuel. **Droit Judiciaire Privé**. 6ª edição. Paris :LexisNexis Litec, 2009. p. 309.

¹⁹⁹ STRICKLER, Yves. **Procédure Civile**. 2ª édition. Orléans : Editions Paradigme, 2008. p. 109.

²⁰⁰ Exemplos extraídos de: GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile e FERRAND, Frédérique. **Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne**. Paris : Éditions Dalloz, 2010. p. 269 e seguintes.

Essa demanda adicional é apresentada por ato do advogado do autor ao advogado do réu. Como dito, o demandante original não pode responder a uma demanda reconvenção do réu com outra reconvenção, por conta do adágio “*reconvention sur reconvention ne vaut*”, mas ele pode responder à reconvenção com uma demanda adicional, para a qual não há vedação alguma.

Além da possibilidade de modificação da demanda por meio da propositura de demandas adicionais, podem ser apontadas outras hipóteses de introdução de alterações no objeto litigioso do processo, como a introdução de novos “meios”,²⁰¹ tanto perante o órgão julgador de primeiro grau quanto perante a corte de apelação. A proibição de demandas novas, portanto, não se estende aos “meios novos”, os quais são proibidos apenas perante a corte de cassação, perante a qual somente é permitida a apresentação, pela primeira vez, de *argumentos* novos, mas não de *meios* novos. Percebe-se, assim, que no direito francês é possível a introdução de novas demandas e novos fundamentos no processo, atendendo-se à evolução da matéria litigiosa.

Não há, contudo, previsão legal de um termo final para a apresentação das demandas adicionais. De acordo com o disposto no artigo 783 (que não compreende os procedimentos orais), após a decisão do juiz instrutor, declarando o encerramento da instrução, não podem mais serem depositadas conclusões ou produzidas novas peças, sob pena de não recebimento por violação ao direito de defesa. Esta decisão impõe, portanto, um termo final no procedimento comum para a apresentação de demandas adicionais. Há, entretanto, algumas exceções no próprio artigo (como relativas a aluguéis, por exemplo) e no artigo seguinte (que traz a previsão de casos graves), em que se admite a apresentação de novas conclusões mesmo após a decisão de encerramento da instrução.

A exceção prevista no artigo 784 (de introdução de novas conclusões em casos graves) deve ser entendida, genericamente, como abrangendo todas as hipóteses em que, por vários motivos diferentes, a evolução real do litígio cria um obstáculo ao imediato envio da causa à corte de julgamento, como, por exemplo, a entrada em vigor de uma lei

²⁰¹ Esses meios (“moyens”) designam, segundo a melhor doutrina, não somente os motivos e fundamentos das pretensões, mas, de modo geral, todos os meios de convencimento do juiz que podem ser aduzidos pelas partes. Neste sentido, Aroaldo Plínio Gonçalves, citando a doutrina francesa, em **Técnica Processual e Teoria do Processo**, Aide, 1992, p. 123, *apud* OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O juiz e o princípio do contraditório. Revista Forense 323, 1989, p.59.

nova²⁰². A ordem de encerramento da instrução, nestes casos, pode ser revogada tanto pelo juiz instrutor quanto pelo tribunal, e ambos podem agir tanto de ofício como a requerimento das partes (requerimento individual ou até mesmo conjunto, caso em que o pedido das partes não pode ser negado), de modo a reabrir a instrução, ainda que com isso o procedimento tenha que voltar para trás. A revogação da decisão de encerramento da instrução permite, portanto, o acréscimo de novas conclusões no processo, respeitado o contraditório.²⁰³

A legislação processual civil francesa admite, ainda, a ampliação do objeto do processo em razão da intervenção de terceiros, posto que os terceiros, intervindo no curso do processo, nele introduzem suas próprias pretensões, com novos fatos e novos meios de prova. Essa introdução de novos pedidos pelos terceiros intervenientes pode ser admitida se com ela a sentença que vier a ser proferida puder regular e decidir, de uma só vez, todas as questões envolvidas, de modo a evitar um novo processo. Nestes casos, de acordo com o disposto no artigo 326 da codificação processual francesa, o juiz tem o poder de decidir se e quando vai admitir a intervenção de terceiros no processo, somente a admitindo se presentes duas condições : a primeira consiste em identificar que a introdução de nova demanda será útil, do ponto de vista da administração da justiça, para evitar uma segunda ação entre as mesmas partes. A segunda consiste na presença da boa-fé processual, devendo o juiz negar a alteração quando perceber se tratar de manobra dilatória de um dos envolvidos, ou, ainda que sem essa intenção desleal, quando a admissão dos novos pedidos de terceiros venha a retardar em demasia a solução do processo.

Em relação ao pedido, durante certo tempo houve oscilação doutrinária em saber se o juiz poderia interpretar o pedido das partes de modo amplo, levando em conta a finalidade perseguida (ainda que não expressamente dita), ou se o pedido deveria comportar sempre interpretação restrita, atendendo-se apenas ao que foi efetivamente formulado. A tendência atual é a de realizar uma interpretação extensiva, ou seja, os

²⁰² CADIET, Loïc e JEULAND, Emmanuel. **Droit Judiciaire Privé**. 6ª edição. Paris : Lexis Nexis Litec, 2009. STRICKLER, Yves. **Procédure Civile**. 2ª edition. Orléans : Editions Paradigme, 2008.

²⁰³ Cabe esclarecer que as conclusões, a que o código se refere, são as petições em que os advogados expõem os fundamentos de fato e de direito em que se baseiam as pretensões, e os pontos que devem ser objeto de decisão pelo julgador. Essas conclusões são enviadas pelos advogados de cada parte ao advogado das outras partes no curso do processo, e depois ao juiz ou tribunal, que somente a admitem se tiverem sido enviadas primeiro ao advogado da outra parte. Existe, ainda, a conclusão final, depois de encerrada a instrução, com o resumo de todo o processo, e a requalificação do pedido, se necessária.

juízes podem interpretar o objeto do litígio de maneira tal que lhes permite contornar os limites formais da demanda, desde que respeitado o seu espírito, evitando, assim, a propositura de novas ações. Ou seja, a finalidade desta interpretação ampliativa não é atender somente ao espírito de equidade, mas principalmente à boa administração da justiça.

3.2.3 Alteração da demanda em recurso

De modo geral, os princípios que desaconselham a alteração da demanda em primeira instância também desaconselham esta alteração em sede recursal, com um agravante, que se constitui no respeito ao princípio do duplo grau de jurisdição, que, embora não tenha valor constitucional, tem previsão legal e faz parte do direito de defesa.

O artigo 564 do código francês, tratando dos recursos, contém norma geral vedando a *mutatio libelli* em sede recursal, ao afirmar que “as partes não podem submeter novas pretensões à corte.” Este dispositivo legal encerra o entendimento clássico de que o recurso é um meio de se obter apenas a reforma ou anulação de uma decisão, com um segundo exame do direito e dos fatos pela corte superior (*revisio prioris instantiae*), não havendo abertura para a introdução do *ius novorum*.

Entretanto, essa vedação vem sendo examinada com alguns temperamentos, para evitar que a decisão da corte no julgamento do recurso seja totalmente dissociada da realidade das partes no momento em que o julgamento é realizado. Ou seja, algumas alterações vêm sendo admitidas pela jurisprudência francesa, em casos especiais, e o próprio código as permite, atenuando o rigor da proibição em várias situações diferentes, algumas inclusive de forma bastante ampla.

Assim, são totalmente proibidas as pretensões novas formuladas em sede recursal, entendidas essas pretensões novas como aquelas sem nenhuma ligação com os fatos e as pretensões já deduzidas na causa, pois sua admissão colocaria por terra o princípio do duplo grau de jurisdição. A idéia de pretensão nova em apelação abrange não somente o pedido do autor, mas também do réu e dos intervenientes. A pretensão não será nova, em apelação, se ela tiver sido formulada claramente no ato introdutório

da demanda, assim como nas conclusões recapitulativas (que são obrigatórias antes do julgamento) e reprisadas nas últimas conclusões.

Todavia, é admissível a introdução, no recurso, de *fundamentos novos* (consoante artigo 565 da codificação francesa), ou seja, as partes podem modificar os fundamentos de sua pretensão, desde que não se altere o objeto da demanda. O art. 565 define o que seja demanda nova, afirmando que não se considera nova pretensão aquela que tenha a mesma *finalidade* da que foi submetida ao órgão julgador de primeiro grau, ainda que o fundamento jurídico seja diferente. Logo, de acordo com a dicção legal, pode-se considerar que há uma nova pretensão sempre que houver alteração das partes (ou de suas qualidades no processo), ou do objeto do processo, mas não há nova pretensão pela simples mudança da causa ou dos fundamentos jurídicos desta. Essa noção bastante restrita de nova pretensão, para fins de recurso, atenua consideravelmente o princípio da proibição de novas pretensões em apelação.

O conceito legal parte, então, da ideia de que há a mesma pretensão se houver o *mesmo fim* na demanda. Essa forma de identificação da demanda, contudo, baseada na finalidade desta, é bastante subjetiva, comportando interpretações casuísticas, posto que a ideia de “fim” é mais ampla e vaga que o conceito de objeto do processo. Doutrina bastante conhecida estabeleceu como critério para se identificar se a pretensão posta na apelação é a mesma ou se é uma nova pretensão (que seria vedada) o seguinte : se a pretensão da apelação puder ser cumulada com aquela examinada na primeira instância, é uma nova pretensão. Mas se não seria possível propor outra ação com essa nova pretensão, cumulada com a anterior, então não é uma nova pretensão, e deve ser admitida na apelação.²⁰⁴

Com base no referido dispositivo legal, já foi admitida, em apelação, por exemplo, demanda de alimentos após a ação de investigação de paternidade, demanda fundada em responsabilidade delitual após ser julgada em primeira instância uma demanda fundada em responsabilidade contratual, uma demanda de nulidade do contrato alegada em apelação quando na primeira instância a demanda era de rescisão do mesmo contrato, uma demanda de venda de bem comum após ser julgado em

²⁰⁴ GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile e FERRAND, Frédérique. **Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne**. Paris : Éditions Dalloz, 2010. p.864.

primeira instância o pedido de retirada da cooperativa, etc...²⁰⁵. Em suma, ainda que o pedido imediato seja diferente, ou que o fundamento jurídico seja diferente, se o objetivo do autor for o mesmo que este tinha quando propôs a ação, e puder ser alcançado com a pretensão posta na apelação, será admissível esta alteração no recurso. Mas se a pretensão de apelação estiver em contradição com o resultado buscado no início do processo, a apelação não será admitida por ter havido inovação indevida na pretensão.

Essas regras de exceção demonstram, de modo geral, sinais de evolução no processo francês contemporâneo, posto que há uma tendência do legislador a conferir maior dinamismo ao processo. Essa tendência se manifesta, entre outros aspectos, pelo acolhimento do efeito devolutivo do apelo : a noção de demanda nova em apelação (que não deve ser recebida pela corte) foi bastante diminuída, ou seja, embora em tese continue existindo a proibição de novas demandas em recurso de apelação, existem algumas situações que efetivamente introduzem alterações no objeto do processo, sem que o código considere isso uma nova demanda, para efeitos de proibição, buscando sempre a solução que mais se aproxime da realidade e da efetiva reparação do direito violado, forte na ideia da instrumentalidade do processo.

Admite a legislação, ainda, que no recurso de apelação sejam aduzidos novos meios (“*moyens*”), peças e provas para fundamentar a demanda, nos termos do artigo 563 do código, havendo consenso doutrinário no sentido de que a introdução destes novos documentos no recurso não infringe a regra do duplo grau de jurisdição, posto que eles se destinam a permitir que o tribunal possa ter uma visão mais completa da causa a ser julgada. Apenas deve ser diferenciado o que são “meios novos”, que são permitidos, do que são “pretensões novas”, que são proibidas. Há muita controvérsia sobre o que seriam estes meios novos que podem ser introduzidos na apelação, entendendo Guinchard, por exemplo, que meios novos são todos os que podem servir para justificar uma pretensão das partes, o que inclui novos modos de prova, mas sem modificar a demanda.²⁰⁶

²⁰⁵ Exemplos extraídos de : GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile e FERRAND, Frédérique. Op. cit., p. 864.

²⁰⁶ GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile e FERRAND, Frédérique. **Procédure civile. Droit interne et droit de l’Union européenne**. Paris :Éditions Dalloz, 2010. p.862 e seguintes.

O artigo 564 admite, ainda, algumas situações que podem ser submetidas pela primeira vez a julgamento em sede de apelação. A primeira delas é a exceção de compensação. A parte interessada pode pleitear a compensação judicial do débito que lhe está sendo cobrado com um crédito seu contra a outra parte, desde que o faça pleiteando apenas a extinção da obrigação, ou seja, sem dar origem a uma pretensão de recebimento do saldo de que seja credora. Essa compensação pode ser alegada em grau de apelação, mesmo que não tenha sido alegada antes, na primeira instância, porque se está em presença de um argumento novo, que é autorizado pelo artigo 565, mas não de uma demanda nova. Trata-se de regra destinada a evitar um segundo julgamento da mesma matéria.

A segunda exceção, configurando pretensão que pode ser introduzida no recurso, é a possibilidade de o réu (ou o autor, em caso de reconvenção) apresentar demanda nova para se contrapor à pretensão do adversário, consagrando a legislação francesa, neste ponto, a ampla liberdade defensiva.

A terceira possibilidade de apresentação de demanda nova em apelação diz respeito à dedução de pretensões novas destinadas a fazer contraponto às questões nascidas da intervenção de terceiros. O legislador quer permitir que a corte possa ter uma visão completa do litígio, e por isso admite a intervenção de terceiros em fase recursal, tanto voluntária quanto para fins de condenação, sempre que a evolução do litígio neste sentido assim o indicar. Havendo intervenção de terceiros no recurso, a legislação permite que as partes possam acrescentar novas pretensões para se contrapor às pretensões formuladas pelos terceiros.

Por fim, são admitidas também pretensões novas destinadas a trazer ao julgamento as questões nascidas da superveniência ou da revelação de um fato novo. Ou seja, se surge um fato novo após o julgamento, ou se é revelado um fato já existente, porém até então desconhecido, e existe um liame entre este fato e o litígio, é possível admitir pretensões novas envolvendo este fato. Trata-se de regra que tem por escopo impedir a prolação de decisões anacrônicas, dissociadas da realidade, e que levariam necessariamente a novos processos futuros.

O artigo 566, consagrando jurisprudência anterior, admite o recebimento, na apelação, de pretensões que se encontravam virtualmente inseridas na demanda e na defesa de primeira instância. Cuida-se de pretensões que tenham por finalidade explicitar outras pretensões já submetidas, ainda que implicitamente, ao julgamento em

primeira instância, bem como aduzir demandas que sejam meramente acessórias, consequentes ou complementares à demanda principal, desde que não impliquem em modificação do objeto do litígio, mas permitam uma solução mais completa deste. Por exemplo, um pedido de indenização pelos prejuízos que foram causados pelo julgamento, ou que ocorreram durante o processo.

O art. 567 também admite mais uma exceção à regra da proibição de se inserir demandas novas em sede recursal, já que permite à corte de apelação admitir uma demanda reconvenicional formulada, pela primeira vez, no recurso de apelação. A jurisprudência exige desta demanda reconvenicional apenas que ela obedeça ao artigo 70, ou seja, que ela tenha um liame suficiente com a demanda principal, não havendo outro óbice ao seu recebimento pela corte de apelação.

Essa regra do artigo 567, contudo, dada sua amplitude, já seria suficiente para pôr por terra a proibição de inovação em apelação, dada a larga possibilidade de apresentação de reconvenção em segunda instância. Por tal razão, parte da doutrina vem apregoando uma interpretação mais restritiva da referida regra legal, defendendo que esta demanda reconvenicional somente seja admitida se atender também às regras contidas nos artigos 564 e seguintes, ou seja, se ela se encaixar em uma das exceções à proibição de novas pretensões, sob pena de se suprimir um grau de jurisdição. Essa possibilidade de formular reconvenção em apelação deveria ter por finalidade, portanto, dar ao réu o mesmo direito que os artigos 564, 565 e 566 dão ao autor, e não permitir aleatoriamente novas reconvenções.²⁰⁷

Por fim, a legislação processual francesa admite, também, a intervenção de terceiros em sede recursal, o que pode implicar, ainda que de forma parcial, na alteração do objeto do processo. A matéria vem regulamentada nos artigos 554 e 555, que tratam da possibilidade de intervenção na causa em apelação.

O artigo 554 prevê a intervenção voluntária de terceiros em segunda instância, o que implica em renúncia ao benefício do duplo grau de jurisdição. Essa intervenção vem sendo admitida pela jurisprudência sempre que entre a causa posta em julgamento e a pretensão do terceiro que deseja intervir haja o “liame suficiente”, previsto

²⁰⁷ GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile e FERRAND, Frédérique. **Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne**. Paris :Éditions Dalloz, 2010. p. 867. Cabe destacar que, em todas estas hipóteses, se o recorrente tenta formular uma nova pretensão em recurso, e esta inovação vem a ser rechaçada pelo tribunal, por constituir inovação que viola a regra do artigo 564, a corte de cassação já decidiu que a pretensão não deve ser sequer levada a julgamento, permitindo que a parte possa propor a demanda nova em primeiro grau, sem que exista o óbice da coisa julgada.

genericamente no artigo 70, como forma de evitar submeter um novo litígio à corte. Além disso, se a nova demanda introduzida pelo terceiro é acessória, ela não altera o objeto do litígio, e o fato de serem introduzidas novas provas e novos fundamentos já se encontra previsto nos artigos 563 e 565.

Já a intervenção não voluntária é admitida pelo art. 555 do CPC, e tem como finalidade obter a condenação do terceiro. Essa intervenção só é admitida quando há uma evolução do litígio entre o momento do encerramento do julgamento de primeira instância e o julgamento do recurso, e essa evolução ocorra em razão de fatos novos. Esta evolução do litígio é caracterizada, portanto, “pela revelação de uma circunstância de fato ou de direito, nascida no julgamento ou posterior a ele, que modifica os limites do litígio.”²⁰⁸ Os elementos de fato podem ser a apresentação de uma nova peça processual, ou a apresentação de uma demanda reconvenicional, pela primeira vez, perante a corte. Já uma nova circunstância de direito pode ser a promulgação de uma lei nova, ou a mudança na jurisprudência, por exemplo. Essa intervenção forçada de terceiros em segundo grau de jurisdição recebe severas críticas doutrinárias, posto que retira do terceiro o direito ao duplo grau de jurisdição.

3.2.4 Alterações na fundamentação jurídica e os poderes do julgador

O artigo 12 do código de processo civil francês contém dispositivos bastante discutidos, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, e que regulamentam a possibilidade de o julgador alterar os fundamentos jurídicos apontados pelas partes, requalificar os fatos da causa, bem como revelar de ofício novos fundamentos para o julgamento das pretensões.

De acordo com o referido artigo 12, cabe ao julgador apontar os fundamentos jurídicos de sua decisão. Antes de o julgador perquirir, contudo, os dispositivos legais aplicáveis ao caso concreto, este precisa, primeiramente, qualificar juridicamente os fatos apresentados pelas partes. Para a doutrina francesa, o conceito de qualificação traduz a operação intelectual de amoldar uma situação de fato à hipótese descrita na lei.

²⁰⁸ CADIET, Loïc e JEULAND, Emmanuel. **Droit Judiciaire Privé**. 6ª edição. Paris : LexisNexis Litec, 2009. p. 559.

Por outro lado, a requalificação ocorre quando o julgador altera esta qualificação, que foi feita erroneamente pelas partes, como, por exemplo, quando o juiz requalifica um contrato discutido nos autos, e que havia sido qualificado como sendo de compra e venda, para um contrato de empréstimo; ou quando altera a qualificação dada a um pedido de anulação de ato jurídico por erro para anulá-lo em razão de um vício reidibitório.

De acordo com o disposto no artigo 12 do código francês, o julgador tem o dever de requalificar os fatos apontados pelas partes para lhes dar o enquadramento jurídico correto, sempre que a qualificação jurídica dada por elas estiver incorreta, sendo essa uma regra de julgamento. Este poder permite ao julgador até mesmo alterar o pedido formulado pelas partes, como por exemplo, quando o órgão julgador requalifica um pedido de anulação de um negócio jurídico para conceder a resolução do mesmo negócio, por se tratar do enquadramento dos fatos, ou vice versa.²⁰⁹

Até pouco tempo atrás, a corte de cassação francesa englobava, no objeto do litígio (que é estabelecido unicamente pelas partes), tanto a coisa demandada quanto o fundamento jurídico da pretensão. Então havia entendimento jurisprudencial no sentido de que o julgador não podia alterar o fundamento jurídico da pretensão aduzido pelas partes, posto que, com isso, ele estaria alterando o objeto do litígio, o que seria proibido pelo art. 4º do código francês. Hoje, contudo, a corte de cassação não sanciona mais este comportamento do juiz, permitindo-o alterar o fundamento jurídico da pretensão sustentado pelas partes, de acordo com a previsão do artigo 12 do código atual, desde que concorram três condições : que o julgador não modifique o objeto do litígio, ou seja, o resultado econômico e social buscado pelas partes; que ele se fundamente sempre sobre os fatos que estão no debate; e, sobretudo, que ele respeite o princípio do contraditório. A corte de cassação então exerce um controle sobre este poder do julgador de alterar a qualificação e a fundamentação jurídica dos pedidos, chamada de *mudança de denominação (change le dénomination)*, sob a ótica da violação do artigo 4.º

No que pertine à aplicação das regras de direito pelo julgador, a questão é bastante polêmica. A doutrina francesa diferencia os “meios puramente de direito”, dos “meios de direito e de fato”. O “meio puramente de direito” é o fundamento jurídico, a

²⁰⁹ CADIET, Loïc e JEULAND, Emmanuel. **Droit Judiciaire Privé**. 6ª edição. Paris : LexisNexis Litec, 2009. p. 379/380.

regra de direito que justifica a demanda ou a decisão. Já os “meios de direito e de fato” são os fatos alegados para fundamentar a pretensão.

Os meios de puro direito são aqueles que, mesmo que não tenham sido invocados pelas partes, podem ser aplicados de ofício pelo juiz, porque eles não necessitam de outros fatos além daqueles que já integram o debate. Ou seja, é a regra que poderia ter sido alegada pelas partes e não o foi, mas que se assenta em fatos já discutidos no processo. Os meios de puro direito também podem ser apresentados pela primeira vez perante a corte de cassação, de acordo com o disposto nos artigos 619 e 620 do código de processo civil francês.

Já os meios de fato e de direito pressupõem, para sua aplicação, a incidência de uma regra jurídica, não invocada pelas partes, sobre fatos diversos dos fatos litigiosos da demanda, e por isso não podem ser apresentados perante a corte de cassação.

Segundo a dicção do artigo 12, terceira alínea, do código francês, “o juiz pode revelar de ofício os meios de direito, qualquer que seja o fundamento jurídico apontado pelas partes”, e esta regra era combinada com o artigo 16, alínea primeira, que dispensava o juiz de observar o contraditório em relação a esta prática. Em razão da ofensa ao contraditório, estes dois dispositivos legais foram anulados pelo Conselho de Estado em 1979, subsistindo grande dúvida sobre a forma de aplicação deste poder ou dever do julgador.

Durante longo tempo doutrina e jurisprudência francesas se dividiram entre o entendimento de que haveria o dever do julgador de revelar de ofício os meios de direito aplicáveis ao caso, ou se este seria apenas um poder do juiz, que poderia ser utilizado ou não.

A doutrina francesa possui entendimentos diversos, que podem ser sintetizados em duas vertentes : alguns autores sustentam que o juiz somente seria obrigado a revelar, de ofício, regras jurídicas não aduzidas pelas partes, nas hipóteses em que se tratasse de regras de ordem pública, que ele não poderia deixar de aplicar ao julgar o caso. Então, não se tratando de normas de ordem pública, o julgador não seria obrigado a fundamentar sua decisão com regras jurídicas que não tenham sido invocadas pelas partes. A segunda vertente doutrinária afirma que o juiz tem o dever de revelar, de ofício, as regras de direito aplicáveis ao caso a ser julgado, ainda que não sejam normas de ordem pública, desde que sejam regras de direito puro (e não de direito e de fato), posto não implicarem em alteração dos fatos relevantes do processo. Já nas hipóteses

em que se fizer possível a revelação de um meio de direito e fato não invocado pelas partes, ou seja, se houver necessidade de levar em consideração outros fatos que, embora estejam no processo, não tenham sido especificamente invocados pelos litigantes como fundamentos de seu pedido, o julgador poderia fazê-lo, mas sem obrigação legal, tratando-se, portanto, de simples faculdade, e não dever.²¹⁰

Até 2007, a jurisprudência das três câmaras cíveis da corte de cassação adotava, como regra geral, o critério preconizado pela última posição doutrinária citada.²¹¹ Em 21 de dezembro de 2007, todavia, uma decisão da assembleia plenária da corte de cassação alterou todo este entendimento, que vinha sendo construído e consolidado há anos na doutrina e na jurisprudência, provocando uma reviravolta na jurisprudência francesa. A decisão da corte de cassação determinou, então, que o julgador tem o dever apenas de requalificar os fatos narrados pelas partes, como determina o art. 12, alínea 2, *mas não tem nenhum dever de revelar de ofício os meios de direito, ou seja, de alterar o nome da ação ou os seus fundamentos jurídicos*. O entendimento que prevaleceu na corte de cassação é de que cabe às *partes* examinar e invocar corretamente os diversos fundamentos possíveis para as suas pretensões, dentro de sua autonomia, e que permitir ao juiz alterar livremente a fundamentação jurídica dada pelas partes implicaria em um totalitarismo jurídico incompatível com o sistema dispositivo. Assim, a invocação de um fundamento incorreto pelas partes pode ser corrigida e alterada pelo julgador, mas essa é uma mera faculdade permitida pela legislação, jamais um dever do juiz.²¹²

Parte da doutrina vem tecendo críticas a essa decisão, por entender que não é possível separar o regime da qualificação jurídica dos fatos do regime das regras jurídicas, por se tratar de atos lógicos de raciocínio, haja vista que estes poderes são, na maioria das vezes, indissociáveis, pois a requalificação dos fatos nada mais é do que uma primeira etapa, imprescindível para a segunda, que é a aplicação da regra de direito. Quando o juiz requalifica os fatos apresentados pelas partes, ele já está pensando na regra de direito que vai aplicar.²¹³

²¹⁰ CADIET, Loïc; NORMAND, Jacques e MEKKI, Soraya Amrani. **Théorie générale du procès**. 1ª edição. Paris : Presses Universitaires de France, 2010. p. 761 e seguintes.

²¹¹ GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile e FERRAND, Frédérique. **Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne**. Paris :Éditions Dalloz, 2010. p. 415 e seguintes.

²¹² GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile e FERRAND, Frédérique. Op. cit., pág. 426.

²¹³ Vide, neste sentido, GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile e FERRAND, Frédérique. Op. cit., pág. 426. Vide também : CADIET, Loïc; NORMAND, Jacques e MEKKI, Soraya Amrani. **Théorie générale du procès**. 1ª edição. Paris : Presses Universitaires de France, 2010. p. 769.

Além disso, a solução apontada pela decisão da corte de cassação impõe um ônus muito maior às partes (especialmente ao autor), pois estas têm que deduzir todos os fundamentos jurídicos possíveis, já que aqueles que não forem suscitados no curso do processo podem não ser considerados pelo juiz, que não tem obrigação de fazê-lo de ofício. E, caso o juiz entenda que o fundamento apontado pelas partes não é adequado ao caso, poderá simplesmente julgar o pedido improcedente, posto não ter a obrigação de aduzir o fundamento legal que entende correto, com o agravante que a parte sequer poderia propor uma nova ação, ante o óbice da coisa julgada.

Há que se ressaltar, ainda, em relação ao artigo 12 do código francês, que existem situações em que as partes podem tirar do julgador o poder de aplicar a regra jurídica que entenda adequada ao caso, permitindo a alínea terceira (atual) do referido dispositivo legal que os litigantes podem determinar, por acordo e em relação a direitos disponíveis, que o julgamento deva ser feito apenas com apoio nos fundamentos invocados por eles, sem que o julgador possa acrescentar qualquer fundamento legal aos pedidos, tendo o julgador papel semelhante ao de um árbitro.²¹⁴

Deve ser ressaltado, contudo, que em todas as hipóteses em que o julgador venha a utilizar, como fundamento para o acolhimento ou não da pretensão, regra jurídica não invocada pelas partes, este deve respeito irrestrito ao princípio do contraditório, cabendo ao julgador advertir às partes sobre a possibilidade de o caso ser julgado com base em fundamento não discutido nos autos.

Cabe destacar que o artigo 16 do código de processo civil francês (que trata do princípio do contraditório), em sua alínea primeira, dispensava o julgador de observar o princípio do contraditório quando ele revelasse de ofício um meio de puro direito. Entretanto, em razão da violação ao conteúdo do princípio do contraditório, este dispositivo foi anulado (junto com a alínea terceira do artigo 12) através da já citada decisão do Conselho de Estado de 12.10.1979, revigorando-se, então, a antiga redação do dispositivo, que proíbe o julgador de fundamentar sua decisão sobre os meios de

²¹⁴ Ressalta-se que na doutrina alemã há muito já se defendia tal ponto de vista, mesmo na falta de disposição legal sobre o tema, e diante de decisões da Corte Federal Alemã em sentido contrário. Neste sentido : “ O adágio *iuria novit curia* não impede, pois, que as partes concluam acordos sobre situações jurídicas prejudiciais. O juiz está limitado por tais acordos, que o vinculam. O que se disse é verdadeiro no domínio, certamente, do *ius dispositivum*. Porém existem inúmeros casos de *ius cogens*, onde, havendo processo, não fica excluída transação das partes. (...) Os acordos das partes a respeito de situações jurídicas prejudiciais, têm, contudo, um limite: o juiz não fica vinculado por convenções que contravenham à ordem pública e aos bons costumes.” BAUR, Fritz. **Da importância da dicção "iuria novit curia"**. Revista de Processo, vol. 3, Julho de 1976.p. 169.

direito sem dar às partes a oportunidade de apresentar suas observações sobre a matéria.²¹⁵

Pelo mesmo motivo, quando o julgador entende ser necessário requalificar os fatos em que se apóia a pretensão das partes, e a nova qualificação vai se embasar em fatos que, embora constem do processo, não foram especificamente invocados pelas partes como fundamentos de sua pretensão, a jurisprudência é uníssona quanto à necessidade de contraditório prévio sobre o tema.

Na jurisprudência francesa havia uma tendência, contudo, a considerar que, se uma regra de direito já havia sido mencionada no processo, ainda que não como o sustentáculo da pretensão autoral, o julgador poderia fundamentar sua decisão nesta regra, sem a necessidade de ouvir previamente as partes sobre ela, por não ser totalmente estranha à causa em debate. Entretanto, a Corte Europeia de Direitos Humanos já condenou a França por violação do direito ao contraditório exatamente em uma hipótese fática semelhante a esta, em que a corte reconheceu que, mesmo em se tratando da mera aplicação do direito feita de ofício pelo juiz, é necessário que as partes sejam intimadas para se manifestar expressamente sobre ela. O fundamento da condenação imposta pela Corte Europeia residiu na privação dos litigantes da possibilidade de replicarem o fundamento jurídico revelado de ofício pelo juiz, o que constitui ofensa ao princípio do contraditório.²¹⁶

A decisão da corte europeia sustenta-se na defesa incondicional do direito ao contraditório, e a orientação dela decorrente serve para outras situações semelhantes. Por exemplo, se as partes fundamentam sua pretensão sobre uma norma jurídica, e o julgador entende que essa norma não é aplicável, a jurisprudência anterior à referida decisão tradicionalmente afirmava que não era necessário advertir as partes sobre isso, bastando o julgador decidir que a norma não é aplicável. Entretanto, seguindo-se o paradigma de respeito ao contraditório decorrente da orientação da corte europeia, mesmo neste caso o juiz passa a ter o dever de informar às partes que entende que a

²¹⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **O juiz e o princípio do contraditório**. Revista Forense 323, 1989, p.59.

²¹⁶ CEDH 13 de outubro de 2005, Clinique des Acacias e alii c/ France, JCP 2006 I.109 número 06. Obs Sudre. Informação retirada da obra de GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile e FERRAND, Frédérique. **Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne**. Paris : Éditions Dalloz, 2010. p. 574.

norma invocada por elas não é aplicável ao caso, assim como dar oportunidade de todos se manifestarem sobre a questão, antes da tomada da decisão.²¹⁷

Percebe-se, portanto, no que diz respeito à repartição de tarefas entre o juiz e as partes, que o esquema didático traduzido pela fórmula *da mihi factum, dabo tibi jus* não é mais suficiente a esclarecer o papel dos protagonistas do processo, pois no processo civil francês, depois das reformas de 1965, o juiz, além de não ter mais o dever de apresentar a fundamentação jurídica que entende correta, caso esta não tenha sido apresentada pelas partes, ainda pode colocar questões de fato para as partes (art. 8) e ordenar meios de prova de ofício (art. 11).

Desta forma, pode-se dizer, com apoio em boa doutrina, que no processo civil francês contemporâneo há, na realidade, uma cooperação entre as partes e o juiz na determinação dos fatos e elementos do processo, tudo permeado pelo princípio do contraditório, e não mais aquele papel estático e tradicional em que se atribuía às partes o ônus de apresentar os fatos, e ao julgador o de qualificar e fundamentar tais fatos juridicamente, sem que cada um dos participantes pudesse influenciar ou colaborar na atividade desenvolvida pelo outro.²¹⁸

3.2.5 Síntese crítica do direito francês

Após análise do tema no direito francês, pode-se perceber que, embora tradicionalmente a doutrina processual civil francesa não exerça grande influência sobre o direito brasileiro, esta apresenta um grau de evolução muito interessante, e, especificamente no que pertine ao tema da imutabilidade da demanda, o debate doutrinário vem sendo feito de forma muito rica pelos estudiosos franceses. Em razão disso, o processo civil da França, embora contenha regras que, a princípio, poderiam levar o intérprete a imaginar um procedimento rígido e infenso às alterações do objeto do processo, na realidade possui um sistema bastante flexível, com olhos sempre voltados à ideia de que a solução final da lide deve acompanhar a evolução do litígio.

²¹⁷ GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile e FERRAND, Frédérique. **Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne**. Paris : Éditions Dalloz, 2010. p. 574 e seguintes.

²¹⁸ CADIET, Loïc; NORMAND, Jacques e MEKKI, Soraya Amrani. **Théorie générale du procès**. 1ª edição. Paris : Presses Universitaires de France, 2010. p.757/758.

Neste diapasão, a legislação francesa possui várias hipóteses em que são autorizadas a alteração e a introdução de novos pedidos e novas causas de pedir ao longo do processo, tendo por escopo evitar a multiplicidade de julgamentos e permitir que o julgador tenha uma visão completa do litígio no momento da decisão, aproximando-se, ao máximo, da solução mais justa da lide.

Em suma, prevalece na França a ideia da “imutabilidade controlada do litígio”, na feliz expressão doutrinária, vez que o código permite grandes possibilidades de alteração da demanda, mas não de forma livre (como ocorria no direito italiano à época do código de 1950), mas sim diante da presença de requisitos específicos, como o surgimento de fatos novos, o interesse ditado por razões de economia processual, a manutenção da finalidade original da demanda e a presença da boa-fé das partes.

Percebe-se também que o direito processual civil francês dá grande ênfase ao princípio dispositivo, revelando uma visão mais privatística do processo do que o direito brasileiro, o que pode ser percebido desde a redação dada ao artigo 4 do código, até as mais recentes decisões da corte de cassação que excluem o dever, por parte do órgão julgador, de julgar a causa com apoio em regras de direito não invocada pelos litigantes. Em consonância com esta visão privatística se encontram as várias regras que permitem às partes a introdução de novos pedidos e a alteração dos já existentes, através das demandas adicionais, admitindo-se alterações até mesmo em grau de apelação. Trata-se, portanto, de impor às partes maior responsabilidade na fundamentação de suas postulações, mas também maior liberdade de modificação destas no curso do processo.

De outro giro, as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos também vêm influenciando, de forma positiva, o processo civil francês, impondo o respeito irrestrito às garantias processuais dos litigantes, em especial ao contraditório, nas hipóteses em que o pedido, ou a fundamentação deste, venham a ser alterados de ofício pelo julgador, por ocasião da decisão da causa. Tal procedimento deve servir de exemplo ao direito processual civil brasileiro, onde tais alterações são corriqueiras, como se verá no capítulo próprio, sem, contudo, que haja qualquer preocupação da jurisprudência com o respeito ao contraditório *prévio e participativo* acerca da decisão a ser tomada, o que contribui para que as “decisões surpresa”, tal repelidas pela jurisprudência da corte europeia.

3.3 Direito alemão

3.3.1 Evolução histórica

O processo civil alemão se encontra regulado pela *Zivilprozessordnung* (ZPO), que constitui o código de processo civil alemão, em vigor desde 1877, e que vem sofrendo modificações e reformas desde então. A ZPO alemã, inicialmente inspirada pelo liberalismo burguês da época de sua edição, previa regras de procedimento em que os advogados das partes dominavam o desenvolvimento de todo o processo, tendo o juiz papel “neutro e desinteressado”, posto que assim se afirmava ser necessário, a fim de evitar o arbítrio judicial.²¹⁹

A entrada em vigor da ZPO austríaca, em 1895, decorrente do trabalho de F. Klein, e o sucesso do procedimento previsto por ela, causou grande influência sobre a Alemanha, provocando a reforma de 1909, quando o processo passou, então, a ser visto como uma relação de colaboração entre o juiz e as partes, e aquele começa a ter alguns poderes de condução do procedimento, especialmente da citação do réu, e da fase de preparação da causa.²²⁰ Busca-se, com isso, um processo mais rápido, simples e menos custoso, o que favoreceria em especial as camadas mais pobres da população, até então praticamente alijadas do acesso à justiça.

Em relação à petição inicial, o § 230 (atual §253) da ZPO, logo que entrou em vigor, passou a ser visto como a comprovação de que a referida legislação havia adotado a teoria da substanciação, por exigir do autor a indicação do fundamento da sua pretensão na petição inicial. Tal opinião doutrinária era corroborada pelo fato de a exposição de motivos da ZPO afirmar que a causa de pedir se traduzia pelos “ *fatti che sono di per sè atti a lasciare apparire sorta nella persona dell’attore la pretesa fatta valere, e nello stesso tempo lesa da parte l’avversario.*”²²¹

²¹⁹ TROCKER, Nicolò. **Processo Civile e Costituzione (problemi di diritto tedesco e italiano)**. Milão : Giuffrè, 1974. p.05/10.

²²⁰ TROCKER, Nicolò. Op. cit., p. 23/27.

²²¹ HEINITZ, Ernesto. **I limiti oggettivi della cosa giudicata**. p. 146/147, *apud* ALVIM, Arruda. **Direito processual civil. Teoria geral do processo de conhecimento**. Vol. II. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1972, p. 86.

Contudo, após a publicação de um estudo de Adolf Wach, em 1879, grande controvérsia instaurou-se na doutrina alemã acerca da adoção da teoria da substanciação, posto que este autor passou a afirmar, com base no mesmo dispositivo legal, que a ZPO teria adotado a teoria da individualização, e que “os fundamentos da pretensão” a que se refere a ZPO não seriam os fatos que fundamentam a demanda, mas sim a relação jurídica específica da qual deriva a pretensão.²²²

Em 1924 a ZPO sofreu uma segunda grande reforma, a qual, mantendo a mesma ideologia da anterior, também procurou criar mecanismos para reforçar os poderes do juiz quanto à direção material do processo, além de criar uma fase preparatória da demanda, em audiência oral, na qual deveria ser fixado o tema controvertido, e delimitado o material probatório. Depois da audiência preparatória, as partes ainda poderiam fazer alegações novas, mas estas não eram admitidas se configurado o propósito de retardar o andamento do processo (§ 279, atual 286).

O § 139 da ZPO passa a prever o dever de o juiz discutir com as partes a matéria de fato e de direito, advertindo-as da necessidade de complementação de suas alegações ou provas, o que é uma das características mais importantes do processo civil alemão. Como afirma Trocker, comentando a reforma de 1924 na ZPO alemã, muitas vezes o julgador emitia sua sentença baseada em uma qualificação jurídica dos fatos totalmente diversa daquela aduzida em audiência, sem ter havido oportunidade de as partes se pronunciarem a respeito. Esse tipo de surpresa não deveria mais ser possível, a partir da reforma de 1924. Conclui então :

“O rígido esquema da fórmula *da mihi factum, dabo tibi ius*, vem de fato a ser abandonado a favor de uma cooperação dinâmica e construtiva entre os vários sujeitos envolvidos no julgamento, tanto a respeito do acerto do fato, quanto à individualização da regra jurídica.”²²³

A possibilidade de modificação da demanda após a citação até então era prevista no § 264 da ZPO, que permitia a *mutatio libelli* por parte do autor apenas se houvesse a concordância da parte ré. Havendo consenso entre as partes, portanto, o autor podia alterar os termos da ação originariamente proposta, não tendo o julgador como impedir ou negar tal direito.

²²² Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana, Buenos Aires, Ejea, 1958, p. 27/28, *apud* ALVIM, Arruda. Op. cit., p.86.

²²³ TROCKER, Nicolò. **Processo Civile e Costituzione (problemi di diritto tedesco e italiano)**.Milão : Giuffrè, 1974. p.49/50.

Após a reforma de 1924, a possibilidade de modificação da demanda passou a ser ainda mais rara, haja vista que esta passou a depender também da aprovação discricionária do julgador, o qual somente deveria admitir alteração nos termos da demanda originariamente proposta quando a modificação fosse conveniente para a instrução e, principalmente, para a decisão sobre a causa.²²⁴

O recurso de apelação constituía uma apelação plena, tendo as partes ampla liberdade de deduzir *ius novorum* no recurso de apelação, o que de certa forma desprestigiava todo o procedimento em primeira instância.

Desde então a ZPO sofreu algumas reformas parciais, mas não houve nenhuma reforma fundamental, que efetivamente alterasse de modo sistemático o modelo até então existente.²²⁵

3.3.2 O modelo de Stuttgart

Em 1967 foi implantado na 20ª Câmara cível do tribunal de primeira instância (Landgericht) de Stuttgart um modelo de procedimento, então experimental, inspirado pelo escopo de diminuir a longa duração dos processos. Esse procedimento passou a ser conhecido como “modelo de Stuttgart”, e teve como inspiração o sistema adotado pela ZPO austríaca de 1895, e pelas idéias do doutrinador Fritz Baur.²²⁶

Segundo Grunsky, o procedimento adotado pelo modelo de Stuttgart era caracterizado pela existência de duas fases diversas : a primeira era escrita, preparatória do debate oral. Nesta, havia a apresentação da petição inicial pelo autor, seguida da defesa do réu (onde este deveria apresentar também toda a prova a seu favor), imediatamente enviada ao autor para a apresentação da réplica. Encerrada esta fase, o tribunal designava a audiência para o debate da causa, para a qual eram convocadas as partes, as testemunhas e, se fosse o caso, determinada a realização de perícia, a ser feita também em prazo curto. A segunda fase então consistia na realização da audiência, na

²²⁴ TROCKER, Nicolò. Op. cit., p. 51.

²²⁵ Em 1933 houve outra grande reforma, mantendo o mesmo escopo das anteriores. No período do nacional socialismo, várias alterações de natureza autoritária foram feitas na ZPO, sendo posteriormente retiradas, em sua quase totalidade, pela reforma de 1950.

²²⁶ Consoante TUCCI, José Rogério Cruz. **A causa petendi no processo civil**. 3ª Edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009, p. 110/111.

qual, em um primeiro momento, os juízes determinavam que as partes expusessem, pessoalmente, seus pontos de vista, eram esclarecidos os pontos controvertidos (com a participação informal das testemunhas, caso necessário) e debatida a causa, com a participação ativa dos juízes. Ao fim deste primeiro momento da audiência, era proposto um acordo (aceito em grande parte dos casos), e, caso não houvesse composição, passava-se ao momento de produção de provas, na mesma audiência. A sentença era proferida alguns dias depois da audiência, para que houvesse tempo, se necessário, das partes esclarecerem mais algum ponto. Em raras hipóteses se admitia o adiamento da audiência, o que somente ocorria em razão da ausência de alguma testemunha ou da demora na realização da prova pericial.²²⁷

Embora prevista no §279 da ZPO, o procedimento modelo implantado em Stuttgart diminuía a possibilidade de as partes realizarem alterações na demanda em razão de alegações tardias (principalmente aquelas que tinham o escopo de aumentar a duração do processo), haja vista que o amplo debate dos fatos levado a cabo na audiência praticamente inviabilizava que algum ponto importante restasse omissos. Ademais, a possibilidade de realização de uma segunda audiência era muito rara, razão pela qual os advogados não podiam correr o risco de não aduzir toda a matéria fática necessária de imediato.

Com o sucesso ocorrido em Stuttgart, onde houve sensível redução do tempo de duração dos processos, o modelo concentrado de procedimento foi posteriormente adotado também em numerosos tribunais da Baviera, de Hamburgo, e finalmente ampliado para todo o processo civil alemão pela reforma da ZPO realizada em 1976, pela lei chamada *Vereinfachungsnovelle*, que alterou alguns pontos substanciais da ZPO. Desde então, o processo civil alemão passou a ser fortemente marcado pela aplicação de alguns dos consectários do princípio da oralidade, tal como apregoados por Chiovenda, como a concentração dos atos processuais e a imediatidade.²²⁸

Boa parte da doutrina, ao analisar o sucesso do processo civil alemão, no que tange à rapidez na solução das demandas, atribui este sucesso à existência de um efetivo espírito de colaboração entre o juiz e as partes, com a discussão franca de todos os

²²⁷ Todo o procedimento encontra-se descrito por Wolfgang Grunsky no texto “**Il cosiddetto “modello di stoccarda” e l’accelerazione del processo civile tedesco**”, publicado na Rivista de Diritto Processuale, volume XXVI, II série. Padova : Cedam, 1971. p. 355 a 369. (tradução italiana de Lieselotte Geick Losano).

²²⁸ Consoante TUCCI, José Rogério Cruz. **A causa petendi no processo civil**. 3ª Edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009, p.110/111.

pontos da causa, não apenas com a apresentação da posição das partes sobre o tema a ser decidido, mas também com a emissão de opiniões do próprio julgador, interessado na solução não somente rápida, mas, sobretudo, justa, da lide.²²⁹

3.3.3 As possibilidades de modificação da demanda

Em relação à possibilidade de modificação da demanda, existem regras específicas na ZPO. Como visto, desde a implantação do modelo de Stuttgart, na parte inicial da audiência, os juízes colhem as manifestações das partes, sendo certo que o próprio § 273 permite que, neste momento, as partes possam complementar e esclarecer suas alegações, sem que isso seja considerado modificação da demanda, nos termos do § 264.²³⁰

O § 264 constitui norma que flexibiliza bastante o sistema processual alemão, posto que admite que o autor formule três espécies de alterações no que foi pedido, *sem considerá-las como modificação da demanda*. Em síntese, permite o referido preceito legal a ampliação do pedido já formulado (tanto quantitativa quanto qualitativamente), assim como a postulação de novas pretensões acessórias, decorrentes do pedido principal, desde que não haja, em nenhuma das hipóteses, alteração da *causa petendi* que fundamenta os pedidos.

Permite o § 264, também, que as partes possam formular alteração do pedido, em razão de fato superveniente, ou pleitear a sua substituição pelo equivalente em dinheiro, no caso de impossibilidade de entrega do bem originariamente pleiteado, ou em razão de fato ocorrido depois da propositura da ação.

Por fim, também admite o § 264, sempre sem considerar modificação da demanda, a retificação ou a complementação das alegações tanto de fato quanto de direito, desde que sem promover alteração do pedido ou da *causa petendi*. Percebe-se que, das três situações previstas no § 264, esta corresponde à única em que se poderia

²²⁹ STÜRNER, Rolf. **Sobre as reformas recentes no direito alemão e alguns pontos em comum com o projeto brasileiro para um novo código de processo civil**. Revista de Processo, vol. 193, p. 355, Março de 2011. Tradução de Márcio F. Mafra Leal.

²³⁰ Sobre o tema, vide : LEONEL, Ricardo de Barros. **Causa de pedir e pedido. O direito superveniente**. São Paulo : Método, 2006. p.202.

afirmar, à luz da teoria da tríplice identidade, que não haveria realmente modificação da demanda, por se manterem íntegros o pedido e a causa de pedir, o que não ocorre nas demais.

Em todas as hipóteses de alteração do objeto litigioso, previstas no § 264, como a ZPO não as considera como modificação da demanda, não é necessário nem o consentimento da outra parte, nem autorização do órgão julgador, havendo, portanto, ampla liberdade das partes para realizarem estas alterações no decurso do processo.

A regra principal acerca da possibilidade de modificação da demanda está contida no § 263 da ZPO, que dispõe : “*Nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit ist eine Änderung der Klage zulässig, wenn der Beklagte einwilligt oder das Gericht sie für sachdienlich erachtet.*” Traduzido para o vernáculo, teríamos : “Depois de iniciada a litispendência permite-se a modificação da demanda, quando o demandado concordar ou o Tribunal entender conveniente.”²³¹

Percebe-se, portanto, que além das hipóteses de alteração do pedido previstas no § 264 (que a ZPO não considera como modificação da demanda), permite a legislação alemã, de modo expresso, outras hipóteses de alteração dos elementos da demanda (pedido e causa de pedir), submetendo a admissibilidade destas alterações, contudo, a dois requisitos. O primeiro requisito é que haja a concordância da outra parte, devendo ser ressaltado que esta concordância pode ser deduzida até mesmo pela conduta omissiva, decorrente da falta de oposição expressa do réu à alteração realizada pelo autor, como prescreve o § 267, caracterizando aquilo que a doutrina italiana chama de “aceitação do contraditório”. Na ausência de oposição do demandado, resta claro que este não se sente prejudicado com a alteração da demanda, podendo até considerá-la útil para a solução do litígio, razão pela qual a regra proibitiva deixa de ter razão de ser.

O outro requisito para a admissão da modificação da demanda, na falta de consentimento da outra parte, é a autorização pelo Tribunal. Esta autorização deve ter como escopo evitar a instauração de novo processo entre as mesmas partes, razão pela qual, sempre que tiver esta finalidade, costuma ser admitida pelo tribunal e pelo próprio réu. O critério da “conveniência” ou não da admissão da alteração da demanda, portanto, deve ser analisado pelo tribunal com base em critérios objetivos, de molde a evitar insegurança e prejuízo ao direito de defesa.

²³¹ Tradução encontrada em ALVIM, Arruda. **Direito processual civil. Teoria geral do processo de conhecimento.** Vol. II. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1972, p. 133.

Segundo a doutrina alemã, o parâmetro para a análise da conveniência deve ser “a aproximação das partes à solução da lide, a correção de um erro na propositura da ação pelo autor, ou evitar uma segunda demanda sobre o mesmo tema, favorecendo a economia processual.”²³² Como aduz Ricardo Leonel, também com apoio na doutrina alemã, cabe ao Tribunal decidir se autoriza ou não a modificação dos elementos da demanda, no curso desta, com base em critérios como “o interesse público ao rápido desenvolvimento e conclusão do processo, e a economia, com relação a eventuais posteriores demandas relacionadas ao mesmo litígio.”²³³

Há que se ressaltar que, no direito alemão, em razão da prevalência da teoria da identidade da relação jurídica como critério usual para a identificação das ações, entende a doutrina que há modificação da demanda sempre que houver modificação do objeto litigioso deduzido originariamente no processo, ressaltando que esta modificação do objeto litigioso tanto pode se referir à modificação do pedido quanto a de seus fundamentos.²³⁴

De acordo com o disposto no § 268 da ZPO (antigo § 270), a decisão do Tribunal que admita ou não a modificação da demanda é irrecorrível, seja ela decidida por sentença definitiva ou incidental.

Cabe destacar que o § 296 da ZPO admite que as partes possam deduzir novos meios de ataque e de defesa mesmo depois do momento específico previsto para tanto (que seriam a petição inicial e a apresentação da defesa), mas estas novas alegações somente serão admitidas pela corte responsável pelo julgamento se não implicarem em retardamento indevido do processo, ou se a parte comprovar que a demora em formular as alegações ocorreu por motivo escusável, não tendo havido negligência de sua parte.

3.3.4 As possibilidades de alteração em sede recursal

²³² PICO I JUNOY, Joan. **La modificación de la demanda em el proceso civil**. Valencia : Tirant lo Blanch, 2006. p.78/79.

²³³ LEONEL, Ricardo de Barros. **Causa de pedir e pedido. O direito superveniente**. São Paulo : Método, 2006. p.204.

²³⁴ ALVIM, Arruda. **Direito processual civil. Teoria geral do processo de conhecimento**. Vol. II. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1972, p. 133.

Como visto, originariamente, o recurso no processo civil alemão comportava ampla possibilidade de alegação de matérias novas, não havendo limitação a tanto. A aludida reforma sofrida pela ZPO, em 1976, trouxe alterações relevantes também no *Berufung* (correspondente ao nosso recurso de apelação), com sensível redução das possibilidades de alegação do *ius novorum* na instância recursal. Buscava o legislador alemão, assim, afastar-se do sistema da apelação plena, passando o recurso de apelação a se aproximar mais de um verdadeiro *revisio prioris instantiae*.

Em 01 de janeiro de 2002 entrou em vigor uma nova lei de reforma da ZPO, que vem sendo considerada a mais completa revisão individual desde 1877. As duas principais finalidades da referida reforma foram fortalecer o julgamento em primeira instância e remodelar o procedimento recursal.²³⁵

Em relação ao recurso de apelação, a reforma de 2002 seguiu o caminho já iniciado pela *Vereinfachungsnovelle* em 1976, limitando a possibilidade de alegação e de conhecimento de fatos novos nesta sede. Com efeito, de acordo com o disposto no § 531, número 2, novas alegações somente são admissíveis se forem referentes a um ponto que não tenha sido levado em consideração ou que tenha sido considerado irrelevante pelo órgão julgador de primeiro grau, ou se não tiverem sido formulados na primeira instância em razão de *error in procedendo*. Esta espécie de *error in procedendo* diz respeito à hipótese em que o órgão julgador de primeiro grau não atenda de forma correta ao disposto no § 139, deixando de advertir às partes acerca de algum fato ou pedido que tenha sido omitido. Por fim, também se admitem alegações novas em recurso se a sua omissão durante o procedimento de primeiro grau não tiver ocorrido em razão de negligência da parte, como no caso de fato que tenha ocorrido (ou chegado ao conhecimento do recorrente) após o encerramento da última audiência realizada na primeira instância.

Desta forma, segundo Barbosa Moreira, em estudo versando sobre a aludida reforma alemã, “o recurso deixa de constituir mecanismo amplo de reexame do litígio (*novum iudicium*) e passa a funcionar essencialmente como instrumento de controle e

²³⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão**. Revista de Processo, vol. 111. Jul 2003. p. 103.

correção de erros porventura cometidos na instância inferior (*revisio prioris instantiae*).²³⁶

Em conclusão, após a reforma de 2002, o julgamento dos recursos pelo órgão de segundo grau passou a ser feito levando em consideração os fatos tais como resultaram acertados perante o órgão de primeiro grau, como previsto no § 529, primeiro parágrafo da ZPO. Entretanto, o mesmo § 529, parágrafo primeiro, número 2 permite que, em casos especiais, em que haja razões para se duvidar da prova dos fatos produzida em primeira instância, tanto em relação à sua completude quanto em relação à sua correção, o órgão julgador do recurso pode repetir a prova já realizada, para melhor avaliação dos fatos que formam a base da convicção para o julgamento.²³⁷

Cabe ressaltar, contudo, que a corte constitucional alemã já se posicionou no sentido de que a mera possibilidade de uma avaliação diferente de um documento ou outro meio de prova já existente nos autos é suficiente a permitir a repetição da prova no procedimento de julgamento do recurso, o que amplia muito a liberdade probatória em sede recursal.²³⁸

3.3.5 A situação atual do direito alemão

Um dos pontos mais marcantes do procedimento alemão se encontra no dever de advertência contido no § 139 da ZPO, que impõe ao órgão julgador um dever de discutir com as partes as questões de fato e de direito relevantes ao julgamento da lide, assim como o dever de informar o seu próprio ponto de vista, sempre que este for dissonante dos argumentos apresentados pelas partes. A citada reforma da ZPO, ocorrida em 2002 também reforçou este dever de advertência, determinado que ele deve ser cumprido não somente na audiência, mas também durante toda a fase preparatória da demanda.²³⁹ Esta determinação visa a assegurar que as partes tenham plena ciência, durante todo o curso

²³⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão**. Revista de Processo, vol. 111. Jul 2003. p. 103.

²³⁷ WALTER, Gerhard. **The German civil procedure reform act 2002 : much ado about nothing ?** In TROCKER, Nicolò e VARANO, Vincenzo (org.). *The reforms of civil procedure in comparative perspective*. Torino : G. Giappichelli Editore, 2005. P. 84.

²³⁸ WALTER, Gerhard. Op. cit., p. 84

²³⁹ WALTER, Gerhard. Op. cit., p. 75.

do procedimento, dos pontos controvertidos e da matéria fática a ser esclarecida pela prova produzida durante a instrução processual.

Não basta o julgador permitir genericamente que as partes possam formular os esclarecimentos que elas julgarem necessários: o dever de advertência alemão exige que o julgador especifique quais os pontos que ele entende que não estão suficientemente claros ou quais os pedidos que as partes poderiam formular e não o fizeram, indicando com precisão aos litigantes as questões que necessitam ser complementadas ou retificadas, de molde a evitar julgamentos dissonantes da realidade fática ou das expectativas das partes.

Nas palavras do professor Rolf Stürner :

O sucesso do processo alemão se assenta enfim – não apenas no processo civil, mas também em outras áreas – na condução processual necessariamente dirigida pelo juiz e na sua orientação dialógica. Apesar de as partes determinarem com sua atividade os fatos e os meios de prova, é o juízo que se ocupa, com medidas ordenadoras do processo, de uma rápida tramitação, e que deve evitar a surpresa nas decisões por meio de advertências sobre pontos não suficientemente esclarecidos e discussões com as partes – o que resguarda tanto estas, quanto o tribunal, de decisões equivocadas, e contribui para a pacificação dos envolvidos. É esse diálogo entre o tribunal e as partes o que explica a eficiência e o grau de eficácia jurídica desse processo.²⁴⁰

Há que se destacar que o tribunal constitucional alemão, já há longo tempo, vem proferindo decisões afirmando que o julgamento da causa somente pode versar sobre matéria que tenha sido objeto de discussão pelas partes, ou seja, sobre a qual tenha sido concedido direito de audiência.²⁴¹

As alterações posteriores da ZPO alemã apenas reforçaram o referido dever de advertência previsto no §139, deixando claro que o órgão julgador deve discutir com as partes sobre as questões de fato e de direito, apresentando, inclusive, sua própria opinião, sempre que esta divergir das alegações formuladas pelas partes.

²⁴⁰ STÜRNER, Rolf. **Sobre as reformas recentes no direito alemão e alguns pontos em comum com o projeto brasileiro para um novo código de processo civil**. Revista de Processo, vol. 193, p. 355, Março de 2011. Tradução de Márcio F. Mafra Leal

²⁴¹ Algumas decisões encontram-se referidas em : OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **O juiz e o princípio do contraditório**. Revista Forense 323, 1989, p.59. Também é do mesmo autor a tradução para o referido dispositivo legal : §278, II, da ZPO : o juiz só pode apoiar sua decisão em um aspecto jurídico considerado insignificante pela parte, ou que lhe tenha passado despercebido, se lhe tiver dado oportunidade de manifestar-se a respeito, salvo quando se tratar de uma questão meramente acessória. No mesmo sentido, com a citação das decisões do tribunal alemão : OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**. 4ª Edição. São Paulo : Saraiva, 2010. p.223.

3.3.6 Síntese do tema no direito alemão

Em conclusão, percebe-se que o processo civil alemão possui um procedimento concentrado, marcado pela oralidade e pela relativa rapidez no julgamento das demandas,²⁴² sem, contudo, que haja um engessamento total do sistema processual em relação à possibilidade de alterações da demanda no curso do processo. Estas são admitidas sempre que possam contribuir para o aperfeiçoamento da decisão, sem implicar em procrastinação do feito, e sua admissão respeita sempre o contraditório entre as partes.

Em relação ao tema da modificação da demanda, como visto, o processo alemão possui sistema bastante equilibrado, posto que, embora haja uma regra geral de proibição da *mutatio libelli*, os §§ 263 e 264 permitem, em várias hipóteses, diversas possibilidades de alteração da demanda no curso do processo, sempre com vistas a promover a economia processual, evitando uma nova demanda sobre o mesmo tema, bem como a propiciar que a solução a ser dada pelo órgão julgador esteja mais próxima da realidade extraprocessual.²⁴³

A experiência alemã demonstra que um modelo processual dotado de certa flexibilidade no tocante às possibilidades de alteração da demanda não se mostra incompatível com a celeridade exigida do processo civil moderno. Ao contrário, um sistema processual que contenha regras permissivas de alteração da demanda, mesmo depois da apresentação de defesa por parte do réu, mas que condicione a admissibilidade de tais alterações a parâmetros previamente definidos pelo legislador, e controlados com seriedade pelo órgão julgador, encontra-se no melhor caminho na busca pela conciliação entre os princípios aparentemente em conflito. Guardadas as

²⁴² Segundo Rolf Stürmer, o tempo médio de duração do procedimento em primeiro grau varia entre 6 a 12 meses, mesmo tempo de duração do procedimento de segundo grau, para o julgamento do recurso equivalente ao da nossa apelação. Ou seja, em um período médio de 12 a 24 meses, tem-se o julgamento definitivo da maior parte das causas, com duplo grau de jurisdição. (STÜRNER, Rolf. **Sobre as reformas recentes no direito alemão e alguns pontos em comum com o projeto brasileiro para um novo código de processo civil**. Revista de Processo, vol. 193, p. 355, Março de 2011. Tradução de Márcio F. Mafra Leal)

²⁴³ Como afirma Junoi :“la flexibilidad del modelo alemán responde a razones pragmáticas, em orden a que el proceso responda realmente a las necesidades del justiciable, tomando en consideración los acontecimientos que se producen fuera del mismo. De igual modo, la posibilidad de modificar la demanda se permite cuando el cambio en la realidad extrapocesal tiene lugar antes de su interposición, siempre que esa realidad fuese ignorada.” PICO I JUNOY, Joan. **La modificación de la demanda em el proceso civil**. Valencia : Tirant lo Blanch, 2006. p.81/82.

devidas proporções e as óbvias desigualdades existentes entre os dois países, o processo civil alemão deixa claro ao estudioso brasileiro que é possível a conciliação entre um modelo processual dotado de regras que permitem a modificação controlada da demanda, e a celeridade que dele se espera, sem se descuidar, em momento algum, do resguardo do direito do réu ao contraditório e à ampla defesa.

Por outro lado, os parâmetros construídos e utilizados pela jurisprudência alemã para examinar, e, conseqüentemente, autorizar os pedidos de modificação da demanda no curso do processo servem de *standards* para a elaboração de critérios que possam ser usados no direito brasileiro, como se passará a examinar na parte final deste trabalho.

3.4 Direito português

Assim como os demais países europeus já examinados, em Portugal também, historicamente, o processo civil teve seus primórdios influenciados pelo liberalismo econômico, que impôs no Código de Processo Civil de 1876 um procedimento marcado pela passividade judicial e pela ampla esfera de liberdade de atuação das partes, que controlavam todo o procedimento, sem qualquer preocupação com a sua efetividade ou com o tempo de duração.²⁴⁴

Com a edição do código de processo civil português de 1939, inspirado pelas idéias de Chiovenda sobre a oralidade e seus consectários, houve profunda alteração do quadro processual, passando a legislação portuguesa a apresentar outra concepção principiológica, com a adoção de regras preclusivas, aumento dos poderes do juiz na condução do processo, e adoção dos princípios da oralidade, imediatidade e concentração dos atos processuais.

Em 1961, o DL 44.129 aprovou um novo código de processo civil português, trazendo mudanças no sistema processual, atendendo à evolução dos estudos doutrinários e à situação política e econômica do país. A nova codificação, contudo, não produziu alteração dos princípios basilares do código de 1939, que se mantiveram os mesmos.

²⁴⁴ Sobre o assunto : LEONEL, Ricardo de Barros. **Causa de pedir e pedido. O direito superveniente.** São Paulo : Método, 2006. p.186.

Na década de 90, a legislação codificada portuguesa sofreu novamente uma grande reforma, visando sua modernização, buscando o legislador introduzir na codificação processual alguns princípios que já vinham sendo reconhecidos em estudos doutrinários, bem como adaptá-la às diretrizes do estado social de direito.²⁴⁵ Assim, a reforma operada pelos decretos-leis 329-A, de 12/12/95, 180, de 25/9/96, e, posteriormente, pelo DL 183/2000 na legislação codificada portuguesa teve, entre seus escopos, priorizar a cooperação entre as partes e o tribunal, com imposição de deveres de lealdade e boa-fé; aumentar os poderes do órgão julgador; atenuar a preclusão na alegação de fatos, e, por fim, privilegiar a prolação de decisões de mérito, evitando, sempre que possível, a extinção dos processos por defeito de forma.²⁴⁶

Desde a década de 90, reformas pontuais têm sido feitas na legislação processual civil portuguesa, mas sem repercussão relevante sobre o tema em estudo.

O maior respeito ao contraditório, assim como a imposição de um dever de colaboração entre as partes e o juiz, como visto, foi um dos objetivos primordiais da reforma do código de processo civil português. Em relação ao reforço ao princípio do contraditório, destaca-se entre os novos preceitos legais aquele inserto no artigo 3, em especial no número 3, o qual impõe ao julgador um dever de advertência em relação às partes, semelhante ao existente em outras legislações europeias, e que determina que o juiz não pode julgar a causa com base em matéria de fato ou de direito que não tenha sido debatida pelas partes. Este preceito se aplica tanto às matérias cognoscíveis de ofício quanto à possibilidade de reenquadramento dos fatos narrados em novo aspecto jurídico, realizado no momento da julgamento da lide.

A evolução do direito processual português pode ser facilmente percebida pela análise do referido dispositivo legal. Segundo a doutrina tradicional portuguesa, o exercício da função jurisdicional tinha como consequência lógica, no âmbito do processo, o poder do juiz de interpretar e aplicar, seguindo exclusivamente seu juízo, as normas referentes ao caso a ser julgado, podendo fazê-lo de ofício, e tendo como único limite os fatos trazidos pelas partes para o processo. Neste tocante, a lição de José dos Reis :

²⁴⁵ FREITAS, José Lebre: REDINHA, João e PINTO, Rui. **Código de Processo Civil Anotado**. Vol. I. 2ª Edição. Coimbra : Coimbra Editora, 2008. Prefácio.

²⁴⁶ SOUSA, Miguel Teixeira de. **Aspectos do novo processo civil português**. Revista de Processo, v. 86, abril de 1997. p. 174 e seguintes.

Se é da competência do juiz indagar e interpretar a regra de direito, pertence-lhe evidentemente a operação delicada da qualificação jurídica dos factos. As partes fornecem os factos ao juiz; mas a sua qualificação jurídica, o seu enquadramento no regime legal, é função própria do magistrado, no exercício da qual ele procede com a liberdade assinalada na primeira parte do artigo 664. Tem aqui todo o cabimento a advertência de Betti. Depois de registrar que o magistrado pode e deve suprir, *ex officio*, as deficiências ou inexactidões das partes no tocante quer à qualificação jurídica do facto, quer à interpretação e individuação da norma, nota : “Entenda-se porém – e convém insistir neste ponto, porque anda muito esquecido – que o seu suprimento tem de manter-se dentro do limite fundamental que lhe marca a acção e portanto não pode alterar as afirmações que identificam a *razão* e justificam as conclusões. Por outras palavras, ao corrigir as deduções inexactas e ao suprir a falta de juízos de carácter jurídico, que as partes cometam, o tribunal não pode mudar a razão que a parte fez valer para justificar a providência pedida.” (*Diritto Processuale*, 2ª edição, pág. 313)²⁴⁷

Diversos fatores levaram à evolução, também em Portugal, do conceito de contraditório, em especial a evolução da doutrina processual dos demais países europeus, a inserção de diversos preceitos assecuratórios das garantias processuais nas constituições dos diversos países, e a jurisprudência firmada pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Destarte, o contraditório passou a ser visto como uma garantia de conteúdo participativo, abrangendo não somente o direito de audiência e de manifestação das partes no processo, mas também o direito de poder influir, de maneira eficaz, no convencimento do órgão julgador. O contraditório passa a ser compreendido como vinculante não apenas para as partes, mas também para os juízes e tribunais, a exemplo do que já vinha ocorrendo na Alemanha desde a implantação do dever de advertência previsto no §139 da ZPO. Esta nova compreensão vem a acarretar a imposição legal do dever de diálogo entre os participantes da relação processual, inserida no artigo 3º do código português.

A reforma operada na legislação processual civil portuguesa na década de 90 buscou, assim, fortalecer o espírito de colaboração entre as partes e o órgão julgador, com vistas a perseguir a maior efetividade do processo, através da prolação de decisões que estejam o mais próximo possível da realidade fática que lhes é subjacente, evitando decisões burocráticas e dissociadas da realidade, que causam frustração das legítimas expectativas dos jurisdicionados e agravam a litigiosidade das partes.

Toda esta conjunção de fatores influenciou também a forma de julgamento, sendo entendimento hoje também consolidado na doutrina processual civil portuguesa a

²⁴⁷ REIS, Alberto. **Código de processo civil anotado**. Volume V. Coimbra : Coimbra Editora, 1952. p.93.

necessidade de o juiz advertir as partes antes de realizar o julgamento da causa, sempre que vislumbrar a possibilidade de alterar o enquadramento jurídico dado por elas aos fatos, ou decidir com base em questão não discutida pelos litigantes, ainda que se trate de matéria que possa ser conhecida de ofício.

Comentando o artigo 3º, assim leciona Lebre de Freitas :

Resultam estes preceitos duma concepção moderna do princípio do contraditório, mais ampla que a do direito anterior. Não se trata já apenas de, formulado um pedido ou tomada uma posição por uma parte, ser dada à contraparte a oportunidade de se pronunciar antes de qualquer outra decisão, e de, oferecida uma prova por uma parte, ter a parte contrária o direito de se pronunciar sobre a sua admissão ou de controlar a sua produção. Este direito à fiscalização recíproca das partes ao longo do processo é hoje entendido como corolário duma concepção mais geral da contraditoriedade, como garantia da **participação efectiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio**, em termos de, em plena igualdade, poderem influenciar todos os elementos (**factos, provas, questões de direito**) que se encontrem em ligação, directa ou indirecta, com o objecto da causa e em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão. (...) A omissão do convite às partes para tomarem posição sobre a questão officiosamente levantada gera nulidade, a apreciar nos termos gerais do art. 201.^{248, 249}

A nova dimensão do contraditório, portanto, repercute também no tema da modificação da demanda, haja vista que o poder de alteração da qualificação jurídica dada aos fatos por parte do julgador, decorrente da aplicação do brocardo *iura novit curia*, também passa a ser limitado pelo contraditório, somente podendo ser exercido após a manutenção de diálogo prévio com as partes acerca das possíveis alterações do aspecto jurídico da *causa petendi*. Ou seja, o direito processual civil português admite que se possa realizar alteração no enquadramento jurídico dos fatos, de modo que a qualificação destes seja feita de forma diversa daquela dada pelo autor no início do processo, desde que esta alteração seja feita com a participação das partes, e não de forma unilateral pelo órgão julgador.

²⁴⁸ FREITAS, José Lebre. REDINHA, João e PINTO, Rui. **Código de Processo Civil Anotado**. Vol. I. 2ª Edição. Coimbra : Coimbra Editora, 2008. p.08/09. Grifos do autor. Da mesma opinião é Miguel Teixeira de Souza. SOUZA, Miguel Teixeira. **Estudos sobre o novo processo civil**. 2ª Edição. Lisboa : Editora Lex, 1997. p. 65.

²⁴⁹ Joaquim José de Sousa Dinis, Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, em artigo publicado na Revista de Processo, adverte, contudo, que o princípio da colaboração entre o juiz e as partes não vem surtindo o efeito desejado pelo legislador, haja vista que os advogados portugueses não comparecem à audiência preliminar (na qual devem ser esclarecidas as questões de fato e de direito, e delineados os limites da controvérsia, de modo a preparar a fase instrutória adequadamente), por falta de tempo para tanto, corroborado pela inexistência de sanção para a sua ausência e pela falta de crença na efetividade da colaboração. (DINIS, Joaquim José de Souza. **Inovações e perspectivas no direito processual civil português**. Revista de Processo, vol. 106, abril de 2002. p. 126.)

3.4.1 Os elementos objetivos da demanda

Em relação aos elementos objetivos da demanda, exige o código de processo civil português, no artigo 467, que a petição inicial já contenha a identificação do pedido, assim como a narrativa dos fatos e das razões de direito que componham a causa de pedir. A exigência da narrativa dos fatos na petição inicial tem por finalidade individualizar perfeitamente a *causa petendi* da demanda, e permitir o pleno exercício do direito de defesa do réu. Esta imposição é reforçada pela norma inserta no artigo 193, número 2, a qual determina que a petição inicial é considerada inepta (e, por isso, cominada com a sanção de nulidade do processo) em razão da ausência de indicação do pedido ou da causa de pedir, afirmando a doutrina que a nulidade ocorre não somente em decorrência da ausência de indicação da causa de pedir, mas também nas hipóteses em que esta seja “referida em termos tão genéricos que não constituem a alegação de fatos concretos.”²⁵⁰

Afirma Tucci, com apoio em vasta doutrina portuguesa, que mesmo após as últimas reformas, o direito processual civil português continua adotando a teoria da substanciação em relação à *causa petendi*, haja vista que, de acordo com o disposto nos artigos 467, número 1-d e 498, número 4, mesmo nas ações reais, a causa de pedir é composta não somente da relação jurídica que fundamenta a pretensão, mas também dos fatos que dão ensejo a esta relação jurídica.²⁵¹ Ressalte-se que também nas ações constitutivas e de nulidade, determina a legislação processual civil portuguesa, no mesmo dispositivo legal, que a identificação da ação, para fins de incidência da exceção de coisa julgada, se faz através da precisão do fato específico elencado como motivo para a obtenção da nulidade ou da constituição (ou desconstituição) pleiteada.

Cabe ressaltar, ainda, que a jurisprudência portuguesa também exige a substanciação da causa de pedir mesmo nas ações que versem sobre direitos absolutos, havendo várias decisões judiciais assentadas no princípio de que, mesmo nas ações

²⁵⁰ FREITAS, José Lebre. REDINHA, João e PINTO, Rui. **Código de Processo Civil Anotado**. Vol. I. 2ª Edição. Coimbra : Coimbra Editora, 2008. p.343.

²⁵¹ TUCCI, José Rogério Cruz. **A causa petendi no novo CPC português**. In BEDAQUE, José Roberto dos Santos e TUCCI, José Rogério Cruz (org.). Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002. p. 273-274

reivindicatórias, não basta ao autor afirmar sua condição de proprietário de um bem, fazendo-se necessário que este aponte os fatos constitutivos de seu direito de propriedade, ou que junte certidão registral que comprove o título aquisitivo da propriedade.²⁵²

Também no que tange ao réu, determina o código de processo civil lusitano que este deve alegar toda a matéria de defesa na contestação, adotando claramente regra preclusiva das alegações defensivas. Entretanto, a legislação confere certa maleabilidade a esta regra, posto que permite ao réu formular, posteriormente, alegações relativas a fatos supervenientes, assim como aquelas expressamente admitidas, como adiante se verá.

Em relação à narrativa dos fatos, o código de processo civil português divide os fatos em fatos essenciais, complementares e instrumentais, criando regime jurídico diferenciado para cada um deles, especialmente em relação à possibilidade de serem conhecidos de ofício pelo juiz, e ao momento preclusivo para sua alegação no processo.

No tocante aos fatos essenciais (que constituem o núcleo da *causa petendi*, das exceções de fundo e da reconvenção), o código exige que sejam alegados nos articulados de cada parte, sob pena de preclusão. Entretanto, mesmo que não venham a ser alegados neste momento inicial, caso não tenha sido declarada a inépcia da inicial, ainda podem ser aduzidos na fase da condensação, sempre que o tribunal entender que a exposição fática feita nos articulados foi insuficiente, na forma prevista no artigo 508.

Já os fatos instrumentais não precisam ser alegados pelas partes nos articulados, dado que servem como meio de prova (indiciária) dos fatos essenciais e complementares, e, como tal, podem surgir no decorrer da instrução probatória. Justamente por isso, podem até mesmo ser conhecidos de ofício pelo julgador, na forma prevista pelo artigo 264, número 2.

Em relação aos fatos complementares, contudo, o renovado código de processo civil português traz uma norma que vem sendo considerada pela doutrina como de grande inovação no tratamento da matéria.²⁵³ Com efeito, a norma inserta no artigo 264 número 3 pelo DL 180/96 veio romper com a excessiva rigidez decorrente da exigência

²⁵² Ver jurisprudência em: FREITAS, José Lebre. REDINHA, João e PINTO, Rui. **Código de Processo Civil Anotado**. Vol. I. 2ª Edição. Coimbra : Coimbra Editora, 2008. p.343.

²⁵³ Sobre o tema, vide SOUSA, Miguel Teixeira de. **Aspectos do novo processo civil português**. Revista de Processo, vol. 86, abril de 1997. p. 174 e seguintes.

legal de que todos os fatos constitutivos do direito do autor tenham que ser alegados na petição inicial, tal como previsto no artigo 467.

De acordo com o disposto no artigo 264, número 3, os fatos complementares que surjam durante a instrução podem ser alegados pela parte a quem eles interessem, e, desde que respeitado o contraditório, podem ser levados em conta pelo julgador na decisão da causa. Trata-se de norma que tem por escopo permitir o aproveitamento, no momento do julgamento, de um fato até então desconhecido das partes, ou considerado irrelevante, mas que, em razão do desenvolvimento da discussão e da instrução processual, torne-se relevante para a constituição do direito do autor, ou para a procedência das exceções arguidas pelo réu. Note-se que não se trata de fato meramente acessório ou instrumental, mas sim de fato considerado pela lei como “essencial à procedência das pretensões formuladas ou das exceções deduzidas”, podendo tratar-se, por exemplo, de um fato que complemente uma *causa petendi* complexa, ou ainda de fatos necessários para a concretização de conceitos jurídicos indeterminados.

Segundo abalizada doutrina :

Trata-se sempre de casos em que a causa de pedir ou exceção está individualizada, mediante alegação fáctica suficiente para o efeito (...), mas não completa, mediante a alegação de todos os factos necessários à integração da previsão normativa. O que o n. 3 permite é que, ainda na fase de instrução ou na de discussão **de facto** da causa, a parte a que o facto em falta aproveita alegue, a convite do juiz ou não, os factos complementares que a prova produzida tenha patenteado, com conseqüente aditamento da base probatória e possibilidade de resposta e contraprova da parte contrária.”²⁵⁴

3.4.2 A estabilização da demanda e as possibilidades de alteração

A regra principal acerca do momento da estabilização da demanda no processo vem prevista no artigo 268 do código de processo lusitano, que tem a mesma redação originária de 1939, e que determina que, como regra, a demanda se estabiliza com a citação do réu, sendo inadmissíveis a partir deste momento quaisquer alterações, tanto de ordem objetiva quanto subjetiva, excetuando-se apenas aquelas permitidas pela própria legislação.

²⁵⁴ FREITAS, José Lebre. REDINHA, João e PINTO, Rui. **Código de Processo Civil Anotado**. Vol. I. 2ª Edição. Coimbra : Coimbra Editora, 2008. p.509. Grifos dos autores.

De plano percebe-se que, assim como no direito brasileiro, o primeiro marco temporal escolhido pelo legislador para vedar a modificação da demanda foi a citação do réu, de modo que, antes da citação, o autor pode livremente modificar a ação proposta, alterando tanto o pedido quanto a causa de pedir, posto que ainda não ocorreu a estabilização, não havendo, portanto, impedimento legal para tanto.

Como a própria regra do artigo 268 já deixa claro, mesmo após a citação do réu, admite o ordenamento processual português algumas alterações no pedido e na *causa petendi*, de modo a se obter o julgamento mais justo possível, além de se evitar decisões de extinção da demanda sem exame de mérito, o que vem a ser um dos escopos da reforma operada na década de 90. Estas alterações na demanda, depois do momento preclusivo ditado pelo artigo 268, têm tratamento legal nos artigos 272 e 273 do código, que diferenciam as alterações realizadas por acordo entre as partes daquelas realizadas por iniciativa exclusiva de um dos litigantes.

De acordo com o disposto no artigo 272, se houver acordo entre os litigantes, não há qualquer restrição quanto à possibilidade de alteração da demanda no curso do processo. Esta norma já existia na redação originária do código, desde 1939 (estando, naquele estatuto, no artigo 277), tendo sido alterada na reforma de 1995 apenas para explicitar que a possibilidade de alteração inclui também a ampliação do pedido e da causa de pedir. Cabe esclarecer, contudo, que mesmo antes da referida mudança, a doutrina portuguesa já defendia ser possível a ampliação do pedido e da *causa petendi*, posto que o conceito de ampliação estaria contido no de modificação.²⁵⁵

De acordo com a norma antes referida, havendo consenso entre as partes, pode-se alterar tanto o pedido quanto a causa de pedir da demanda, e em qualquer momento processual, incluindo até mesmo alterações em sede recursal. O limite temporal derradeiro para a possibilidade de modificação da demanda por acordo das partes é o julgamento do feito em segunda instância, haja vista que, depois deste julgamento, em um eventual recurso de revista que venha a ser interposto, a cognição do tribunal encontra-se limitada à matéria de direito, não havendo a possibilidade de alteração do quadro fático.

²⁵⁵ Neste sentido, com citação de vários autores portugueses : FREITAS, José Lebre. REDINHA, João e PINTO, Rui. **Código de Processo Civil Anotado**. Vol. I. 2ª Edição. Coimbra : Coimbra Editora, 2008. p. 524.

Essa ampla possibilidade de alterações da demanda por acordo das partes, a princípio, não depende de autorização judicial, e somente pode ser impedida pelo órgão julgador se for considerada por este como inconveniente à instrução, discussão e julgamento do processo, o que deve ser objeto de decisão técnica e fundamentada. Tal decisão deve seguir parâmetros objetivos, devendo ser proibida a alteração da demanda apenas se, após análise do tribunal acerca do estágio em que o processo se encontra, este entender que “já não é possível instruir-se, discutir-se e julgar-se razoavelmente a modificação introduzida, ou que esse resultado se poderia conseguir a custa duma perturbação grave e profunda na estrutura e desenvolvimento do processo.”²⁵⁶

Não havendo acordo entre as partes, as possibilidades de alteração da demanda estão previstas no artigo 273 do código de processo lusitano. Em relação à causa de pedir, nesta hipótese, é possível ao autor realizar tanto a ampliação (com o acréscimo de novos fatos não essenciais) quanto a própria alteração da *causa petendi* após a propositura da ação. O limite legalmente imposto para esta alteração da *causa petendi* é o momento da apresentação da réplica pelo demandante, nas hipóteses em que esta é admissível (artigo 502), não podendo, depois deste marco preclusivo, haver alteração dos fatos que fundamentam a pretensão, salvo a previsão de fatos supervenientes, tratada no próximo item.

Constituem exemplos de alterações possíveis da causa de pedir, a serem realizadas na réplica, segundo a doutrina portuguesa :

A alegação, na pendência de acção de anulação dum contrato por erro, de factos constitutivos do direito do autor à anulação do mesmo contrato por dolo, ou constitutivos de simulação, prescindindo o autor da causa primitivamente invocada; mas constitui seu complemento a alegação, na pendência da mesma acção, do facto de ser sido reconhecido por acordo das partes a essencialidade do motivo que levou o autor a negociar (...).²⁵⁷

A parte final do artigo 273, n. 01 permite também a alteração e a ampliação da causa de pedir se estas mudanças forem consequência da confissão feita pelo réu, e aceita pelo autor. Trata-se da hipótese em que o réu confessa determinado fato favorável ao autor, mas aduz também fatos que, a princípio, lhe seriam desfavoráveis. Como, no

²⁵⁶ REIS, José Alberto. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. 3º. Lisboa : Coimbra Editora, 1946. p. 90.

²⁵⁷ Exemplos de José Lebre de Freitas. **Introdução ao processo civil – conceito e princípios gerais à luz do código revisto**. Ed. Coimbra, 1996. p. 56-57, *apud* Tucci, José Rogério Cruz. **A causa petendi no novo CPC português**. In BEDAQUE, José Roberto dos Santos e TUCCI, José Rogério Cruz (org.). Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002. p. 274-275.

direito português, há regra expressa no sentido de que a confissão deve ser aceita pelo autor integralmente (ou seja, como um todo incindível), este tem, então, o direito de alterar o fato jurídico inicialmente invocado para se adequar à confissão feita pelo réu.²⁵⁸

Já a alteração do pedido possui regramento ainda mais flexível, haja vista que os números 2 e 3 do artigo 273, além de permitirem a alteração e a ampliação do pedido livremente até o momento da apresentação da réplica, também permitem ao autor (e ao réu reconvinente) alterar o pedido no curso do processo, após a réplica, mas neste caso apenas quando o novo pedido for “desenvolvimento” ou “consequência” do pedido já formulado. Nesta hipótese de alteração do pedido para inclusão de novo pedido acessório ou sucessivo ao pedido já formulado, o aditamento pode ser admitido *até o fim dos debates*, quando se encerra a discussão da matéria de fato em primeira instância, na forma do artigo 652. Além disso, admite-se, sempre, a redução do pedido, equivalente à desistência parcial da demanda.

Afirma a doutrina portuguesa, tradicionalmente, que a “ampliação” do pedido pressupõe que a pretensão originária se modifique para mais, porém mantendo-se a mesma causa de pedir.²⁵⁹ Ou, com mais precisão :

o que é necessário é que a ampliação ou o pedido cumulado seja desenvolvimento ou consequência do pedido primitivo, e que por conseguinte tenham essencialmente origem comum – causa de pedir, se não totalmente idênticas, pelo menos integradas no mesmo complexo de factos.²⁶⁰

Como exemplos de pedidos que podem ser incluídos na demanda após a citação, por serem ampliação do pedido original, pode-se citar a formulação de pedido de alimentos em ação de separação judicial,²⁶¹ assim como o pedido de reconhecimento da propriedade de um prédio inteiro, quando somente se havia pleiteado o reconhecimento

²⁵⁸ Consoante explica José Alberto dos Reis : “Ora bem, a aceitação da parte desfavorável da confissão pode traduzir-se na alteração do acto ou facto jurídico invocado inicialmente pelo autor para como fundamento de seu pedido. O autor assentara o seu pedido sobre determinado acto ou facto; agora, porque aceita a confissão de factos feita pelo réu, pode suceder que a causa de pedir sofra modificação, isto é, que o pedido passe a ter por causa acto ou facto diferente do que inicialmente se alegara.” REIS, José Alberto. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. 3º. Coimbra : Coimbra Editora, 1946. p.124.

²⁵⁹ REIS, José Alberto. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. 3º. Coimbra : Coimbra Editora, 1946. p. 94.

²⁶⁰ MENDES, João de Castro. **Manual de Processo Civil**. Lisboa : Coimbra Editora, 1963. p. 325.

²⁶¹ Exemplo extraído da obra : LEONEL, Ricardo de Barros. **Causa de pedir e pedido. O direito superveniente**. São Paulo : Método, 2006. p.193.

da propriedade de parte do prédio,²⁶² ou, em uma ação de reivindicação de um prédio, pedir posteriormente a entrega dos rendimentos produzidos pelo prédio durante a ocupação ilegal, ou ainda, em uma ação de reintegração de posse, a inclusão de pedido de indenização por perdas e danos decorrentes do esbulho.²⁶³

Já como hipóteses de inclusão de pedidos durante a instrução do processo, por serem considerados mero desenvolvimento do pedido original, podem ser citados como exemplos a inclusão do pedido de cancelamento de registro de atos prediais, em uma ação em que se pleiteava originariamente apenas a nulidade dos atos prediais; aumento do valor da indenização, em razão da prova surgida na instrução,²⁶⁴ cobrança de juros como consequência da demora no pagamento de dívida que vencia juros.²⁶⁵

Admitem a doutrina e a jurisprudência portuguesas, inclusive, que o autor possa formular, na réplica, pedido subsidiário, decorrente dos argumentos aduzidos pelo réu na contestação, posto que, se este pode alterar seu pedido, nada impediria a inclusão de um pedido subsidiário, “quando o autor seja conduzido a isto pela defesa do réu.”²⁶⁶ Trata-se de entendimento nitidamente informado pelo princípio da economia processual e da instrumentalidade do processo, evitando-se a propositura de nova demanda para se discutir os mesmos fatos.

Além da ampla possibilidade de alteração tanto da causa de pedir quanto do pedido na réplica, e até mesmo o acréscimo de pedidos novos (derivados do original) mesmo depois da réplica, admite o código de processo civil português, ainda, que haja a mudança dos dois elementos da demanda ao mesmo tempo, exigindo, apenas, que, no caso de alteração simultânea do pedido e da *causa petendi*, não haja mudança da relação jurídica deduzida originariamente na demanda para outra relação jurídica diversa (o que iria configurar uma *mutatio libelli*), caso em que as alterações pleiteadas seriam vedadas pelo órgão julgador.

²⁶² FREITAS, José Lebre; REDINHA, João e PINTO, Rui. **Código de Processo Civil Anotado**. Vol. I. 2ª Edição. Coimbra : Coimbra Editora, 2008. p.527.

²⁶³ Os dois últimos são exemplos clássicos de José Alberto dos Reis, contidos na obra : REIS, José Alberto. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. 3º. Coimbra : Coimbra Editora, 1946. p. 93. Castro Mendes critica esta conceituação, afirmando que as hipóteses não seriam, a rigor, de ampliação do pedido, mas de cumulação, o que não constitui óbice, contudo, à sua admissão no processo. MENDES, João de Castro. **Manual de Processo Civil**. Lisboa : Coimbra Editora, 1963. p. 325.

²⁶⁴ FREITAS, José Lebre e outros. Op. cit., pág. 527.

²⁶⁵ REIS, José Alberto. Op. cit., p. 90.

²⁶⁶ Sobre o tema, pode-se examinar as colocações de José Alberto dos Reis, Op. cit., p. 140/141.

O preceito antes referido encontra-se previsto no artigo 273, número 6, do código de processo, que foi acrescentado ao código pelo DL 329-A/95. A alteração legislativa teve por escopo encerrar uma grande discussão doutrinária e jurisprudencial até então existente, acerca da possibilidade ou não de alteração simultânea dos dois elementos objetivos da demanda, sendo certo que vários autores a admitiam, por não haver proibição expressa no código, ao passo que outros entendiam inadmissível, exatamente ante a possibilidade de alteração total do objeto do processo, o que poderia caracterizar verdadeira *mutatio libelli*. A divergência de opiniões doutrinárias produziu reflexos na jurisprudência dos tribunais portugueses, com diversos julgados admitindo a alteração simultânea dos dois elementos objetivos da demanda, e outros tantos negando tal possibilidade.²⁶⁷

Buscando conciliar as duas posições dissonantes sobre o tema, o legislador reformista passou a admitir a alteração simultânea do pedido e da causa de pedir no mesmo processo, impondo, contudo, como limite à admissibilidade desta alteração a manutenção da mesma relação jurídica que foi objeto inicial do processo. Esta deve ser interpretada, segundo Lebre de Freitas

“no sentido de possibilitar a modificação simultânea, não só quando alguns dos factos que integram a nova causa de pedir coincidem com factos que integram a causa de pedir originária, ou a causa de pedir reconvenicional ou fundam excepções deduzidas, mas também quando, pelo menos, o novo pedido se reporta a uma relação material **dependente** ou **sucedânea** da primeira.”²⁶⁸

Percebe-se, assim, que, ao contrário do que parece fazer crer a regra do artigo 268 do CPC português, na realidade tanto o pedido quanto a causa de pedir podem ser amplamente alterados até a apresentação da réplica (e até mesmo da tréplica, no caso do reconvinente), sendo este o momento do processo, portanto, considerado pelo estatuto processual civil como aquele em que ocorre efetivamente a estabilização da demanda (com as exceções já apresentadas).

Cabe ressaltar que no processo português a réplica somente é admissível nas hipóteses em que o réu, na contestação, tenha deduzido alguma exceção, ou tenha formulado pedido reconvenicional. Caso o réu não tenha apresentado contestação, ou tenha se limitado a negar os fatos narrados na exordial, não há possibilidade de réplica

²⁶⁷ Para análise das opiniões divergentes, e dos julgados sobre o tema, vide : FREITAS, José Lebre; REDINHA, João e PINTO, Rui. **Código de Processo Civil Anotado**. Vol. I. 2ª Edição. Coimbra : Coimbra Editora, 2008. p. 527/528.

²⁶⁸ FREITAS, José Lebre; REDINHA, João e PINTO, Rui. Op. cit., p. 528. Grifos dos autores.

nem de réplica, razão pela qual tornar-se-á impossível a alteração unilateral do pedido ou da causa de pedir.

Tem-se que a réplica, no processo civil português, não se limita à mera possibilidade de impugnação de fatos modificativos, impeditivos ou extintivos de seu direito, por parte do demandante, mas de verdadeiro momento de revisão da petição inicial, quando então o autor pode (e deve), diante da contestação do réu, retificar suas alegações, adequando-as à defesa que foi apresentada, ainda que para tanto tenha que alterar os pedidos formulados, a *causa petendi*, ou até mesmo estes dois elementos simultaneamente.

O momento da réplica foi escolhido pelo legislador português como marco temporal para as alterações da matéria fática, a serem feitas pelo autor, porque a ela se segue a réplica, através da qual o réu poderá impugnar a transformação pretendida pelo autor, alegando tudo o que for pertinente à sua defesa, garantindo-se, assim, o amplo respeito ao contraditório. Destarte, como resta evidente, diante da amplitude das alegações que podem ser formuladas na réplica, principalmente ante a possibilidade de alteração do pedido e da causa de pedir, tem o réu o mesmo prazo legal para apresentação de sua réplica, na qual pode impugnar tanto a admissibilidade das alterações feitas pelo autor, como pode contestar os novos fatos e os novos pedidos apresentados.

Da mesma forma, o réu reconvinde pode, na réplica, modificar os pedidos e a *causa petendi* da reconvenção (posto que esta equivale, para o réu reconvinde, à uma réplica), assim como adequar suas pretensões à defesa apresentada pelo autor reconvinde. Nestas hipóteses, como não há previsão de articulado superveniente, a ser apresentado pelo autor, para impugnar ou contestar as alterações da reconvenção feitas na réplica, o contraditório deve ser assegurado ao autor na audiência preliminar, ou na final, aplicando-se analogicamente o disposto no artigo 3, n. 4.²⁶⁹

Como se percebe, com as disposições legais analisadas, o estatuto processual português consegue conciliar o direito do autor de retificar, atualizar e adequar seus pedidos e fundamentos à discussão da causa, com o respeito ao direito do réu ao contraditório.

²⁶⁹ No sentido do texto é a doutrina de Miguel de Souza : SOUZA, Miguel Teixeira. **Estudos sobre o novo processo civil**. 2ª Edição. Lisboa : Editora Lex, 1997. p. 298.

Em relação ao recurso de apelação, o processo civil português também segue o sistema que estabelece a apelação como instância meramente revisora da decisão de primeiro grau, sem permitir a ampliação da matéria a ser discutida em grau de recurso para além dos limites já estabelecidos. Tal assertiva encontra respaldo tanto na doutrina quanto na jurisprudência portuguesa, como se pode perceber das palavras de Miguel de Souza :

Os recursos são meios de impugnação de decisões judiciais, e não meios de julgamento de questões novas. (...) Excluída está, por isso, a possibilidade de alegação de factos novos (*ius novorum; nova*) na instância de recurso, embora isso não resulte de qualquer proibição legal, mas antes da ausência de qualquer permissão expressa.²⁷⁰

Desta forma, a via recursal no processo civil português destina-se apenas à revisão dos julgados de primeiro grau, sem a possibilidade de inovar na apelação. Esta possibilidade de inovação encontra-se restrita às hipóteses de alteração do pedido ou da causa de pedir por acordo entre as partes, que pode ser admitida em grau de recurso, embora, na prática, seja de rara ocorrência.

Apresenta-se relevante ao tema o preceito contido no artigo 712 do CPC português, o qual permite a produção de prova documental nova durante o procedimento recursal, sempre que esta for suficiente a destruir a prova existente nos autos, gerando um julgamento diverso do anterior, ante a modificação da base fática comprovada no recurso.²⁷¹ Ademais, permite a mesma norma que o tribunal possa determinar a renovação da prova produzida em primeira instância, e a produção de novas provas no procedimento recursal, quando perceptível que estas sejam essenciais à apuração da verdade.

3.4.3. Os fatos supervenientes

²⁷⁰ SOUZA, Miguel Teixeira. **Estudos sobre o novo processo civil**. 2ª Edição. Lisboa : Editora Lex, 1997. p. 395. O mesmo autor, após apresentar dezenas de decisões dos tribunais portugueses acolhendo a mesma orientação, pondera que a tradição do direito português, desde as Ordenações Afonsinas, era no sentido oposto, qual seja, de ampla admissibilidade de novas alegações e novas provas nos recursos.

²⁷¹ No sentido do texto é a doutrina de Miguel de Souza : SOUZA, Miguel Teixeira. Op. cit., p. 298.

Contém o código português dispositivo específico sobre a influência dos fatos supervenientes no julgamento da causa, dispositivo este alterado pelo Decreto-Lei n.º 34/2008, de 26 de Fevereiro. Trata-se do artigo 663 (considerado por muitos o embrião da norma contida no artigo 462 do nosso código de processo civil), o qual, inserto no capítulo da sentença, prevê expressamente que o juiz deve levar em consideração, no momento do julgamento da lide, os fatos constitutivos, modificativos e extintivos do direito das partes, ocorridos após a propositura da ação.

Na redação originária do código de 39, o mencionado dispositivo legal era assim enunciado : “No julgamento, devem-se levar em consideração os factos constitutivos ou extintivos do direito que se produziram posteriormente à proposição da acção, de modo que a decisão corresponda ao estado das cousas no momento do encerramento da discussão. A circunstância de o facto jurídico ter surgido ou desaparecido no decurso do processo será levado em conta para o efeito da condenação em custas.”

Comentando as disposições do artigo 663 sob a égide da legislação de 1939, José Alberto dos Reis já afirmava :

Há que salvaguardar, com efeito, a causa de pedir sobre que assenta a acção. Que o facto constitutivo se complete ou se produza na pendência da causa, está bem, contanto que esse facto faça nascer precisamente o direito invocado pelo autor, e não um direito diverso.” (...) Assentemos nisto : o facto superveniente, de eficácia constitutiva, há de conter-se na causa de pedir sobre que assenta a acção.²⁷²

O grande mestre português afirmava, ainda, que o critério para se determinar se a admissão do fato superveniente poderia constituir ou extinguir um direito deveria ser buscado nas normas que tratam da relação jurídica de direito substancial, posto que as normas processuais apenas determinam que o julgador deva levar em conta o fato superveniente, sendo a norma substantiva quem deve determinar, em cada caso específico, se o direito do autor pode ser reconhecido mesmo tendo o fato constitutivo ocorrido depois de iniciada a ação, ou se este fato deveria estar presente no momento da sua propositura. O mesmo raciocínio valeria, segundo ele, para o fato superveniente extintivo ou modificativo do direito.²⁷³

Cumprе destacar que sempre houve divergência doutrinária acerca da possibilidade de ser alterada a *causa petendi*, em razão de um fato superveniente,

²⁷² REIS, Alberto. **Código de processo civil anotado**. Volume V. Coimbra : Coimbra Editora, 1952. p.84.

²⁷³ REIS, Alberto. Op. cit., p. 85/86.

quando estes forem apresentados apenas em articulados supervenientes, depois da réplica. Enquanto doutrinadores mais antigos, como Castro Mendes, afirmavam textualmente que a alteração da causa de pedir não seria possível, por implicar em alteração da própria ação, doutrinadores mais modernos, como Miguel de Souza, já sustentam ser possível esta alteração da *causa petendi*, com a apresentação de nova causa de pedir, como consequência da admissão dos fatos supervenientes, sem sujeição ao prazo previsto no artigo 273 do CPC português.²⁷⁴

Ademais, o artigo 663 também foi alterado pela reforma legislativa para a inserção de regra determinando a observância do direito substantivo aplicável à hipótese de constituição, modificação ou extinção do direito alegado, adotando claramente a doutrina de José Alberto dos Reis.

Além da previsão do artigo 663, que contém determinação dirigida ao julgador sobre a admissão dos fatos supervenientes, o código de processo disciplina também a forma para a introdução destes fatos, pelas partes, no processo. Assim, preceitua o artigo 506 que as partes podem aduzir a ocorrência de fatos supervenientes em articulados posteriores aos de apresentação da demanda ou da contestação, podendo ser deduzidos em articulado escrito apresentado na audiência preliminar, ou, se a ocorrência for posterior a esta audiência, podendo ser o articulado apresentado até a data da audiência de discussão e julgamento. Mesmo depois de iniciada a referida audiência, ainda admite o código a apresentação dos fatos supervenientes, de forma oral, seguindo-se o contraditório e a decisão acerca de sua admissibilidade na própria audiência. Somente em caso de necessidade de prazo maior para a outra parte apresentar impugnação aos novos fatos apresentados na audiência é que esta será suspensa.

A admissão de fatos supervenientes tanto inclui os fatos ocorridos depois de iniciado o processo (superveniência objetiva, prevista no artigo 506, n. 02, primeira parte) quanto aqueles ocorridos antes de iniciado o processo, desde que a parte a quem estes aproveitem não tivesse tido conhecimento de sua ocorrência (chamada de superveniência subjetiva, prevista no artigo 506, n. 02, segunda parte).

No segundo caso, prevê o mesmo artigo 506 que o articulado superveniente deve ser rejeitado se for apresentado tardiamente *por culpa da parte*. Entende a doutrina que

²⁷⁴ MENDES, João de Castro. **Manual de Processo Civil**. Lisboa : Coimbra Editora, 1963. p. 330. SOUZA, Miguel Teixeira. **Estudos sobre o novo processo civil**. 2ª Edição. Lisboa : Editora Lex, 1997. p.299/300.

esta “culpa” diz respeito não apenas ao retardo na apresentação do articulado, mas principalmente ao próprio conhecimento do fato. Em outras palavras, quando a parte deixa de tomar conhecimento do fato, no momento de sua ocorrência, por negligência sua, o desconhecimento do fato passa a ser culposo, não podendo, portanto, ser tal fato alegado como fato superveniente.²⁷⁵

Percebe-se, portanto, que, ao mesmo tempo em que o código resguarda a possibilidade de alegação de fato superveniente (visando a que a sentença esteja próxima da realidade fática existente no momento de sua prolação), este busca evitar também a má-fé das partes, com a produção de alegações tardias que tenham por intuito causar surpresa ao outro litigante, reduzindo o contraditório, ou procrastinar o andamento do processo.

3.4.4. Síntese do direito português

Em síntese, pode-se concluir que o processo civil português, de comparado com o brasileiro, apresenta um modelo bastante flexível de alteração objetiva da demanda, marcado por uma fase postulatória na qual as partes podem livremente alterar seus pedidos e causas de pedir, além de introduzir fatos e pedidos novos, ajustando suas pretensões às alegações da outra parte. Trata-se de permitir que o objeto litigioso seja inicialmente construído através da petição inicial e da contestação (e reconvenção), mas posteriormente ajustado e complementado através da réplica e da tréplica, de modo que, ao fim da fase postulatória, o *thema probandum* e o *thema decidendum* já estejam bem delimitados e amadurecidos pelas partes, podendo a instrução ser realizada de maneira mais eficaz.

Além disso, em homenagem à economia processual, o direito português dá grande relevo à possibilidade de postulação de pretensões acessórias a qualquer momento do procedimento em primeiro grau, com o escopo de evitar novas demandas, o mesmo ocorrendo com a autorização para a introdução dos fatos supervenientes, e o conhecimento e prova dos fatos complementares, que também não encontram limite

²⁷⁵ SOUZA, Miguel Teixeira. **Estudos sobre o novo processo civil**. 2ª Edição. Lisboa : Editora Lex, 1997. p. 298/299.

temporal para sua introdução no processo, desde que interessem à busca da solução mais justa, com menor dispêndio de tempo e prática de atos processuais.

Percebe-se, portanto, da breve análise do direito processual civil português, que este consegue aliar um procedimento que não se prolonga indefinidamente no tempo (como ocorria – e ainda ocorre – com o direito italiano) com regras bastante flexíveis de estabilização da demanda. Para tanto, estabelece o marco preclusivo para as alterações do pedido e da causa de pedir não antes da citação, como ocorre no direito brasileiro, mas efetivamente na réplica e na tréplica, criando, portanto, uma fase preparatória bem definida e construída, que vai levar à uma fase instrutória mais rápida e eficaz. Além disso, permite, mesmo depois desta fase preparatória, algumas modificações na demanda, não de maneira genérica e ilimitada (o que poria por terra qualquer possibilidade de encerramento do processo em tempo razoável), mas em situações específicas (pedidos acessórios, fatos complementares e fatos supervenientes), nas quais o legislador, de antemão, já sopesou os interesses em jogo e concluiu que a economia processual e a busca pela melhor decisão justificam uma eventual desaceleração do processo.

Trata-se, portanto, de modelo bastante equilibrado, que, ao mesmo tempo em que busca a celeridade e efetividade do processo (e sempre permeado pela efetiva participação das partes na tomada de decisões), não se torna indiferente às hipóteses em que realmente se justifique a introdução ou alteração de novos pedidos e causas de pedir, que possam levar ao aprimoramento da decisão final da causa.

3.5 Direito espanhol

3.5.1 As possibilidades de alteração da demanda

A legislação espanhola atualmente em vigor consiste na Ley de Enjuiciamiento Civil, que entrou em vigor em 08 de janeiro de 2001, trazendo grande inovação no sistema processual civil espanhol. Antes da nova LEC, o processo civil na Espanha era regido pela Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, alterada por inúmeras emendas, que a

deixaram sem qualquer sistematização ou organização estrutural. Além disso, a antiga LEC era excessivamente formalista, arcaica e omissa em vários pontos essenciais, o que contribuiu para que o sistema de justiça civil espanhola fosse considerado um fracasso pelos seus próprios estudiosos.²⁷⁶

A nova LEC espanhola, por seu turno, trouxe para o processo civil daquele país um procedimento simplificado, racional e bifásico, focado na concentração dos atos processuais em duas audiências : a audiência prévia (na qual devem ser solucionadas as questões processuais, esclarecidos os pedidos e argumentos das partes, especificados os pontos controvertidos e estabelecidos os meios de prova), e a audiência principal (na qual devem ser produzidas as provas e os debates orais). Esse sistema privilegia a oralidade, a concentração dos atos processuais e a imediatidade das decisões judiciais, e vem sendo francamente elogiado pela doutrina espanhola.²⁷⁷

Em relação ao tema em estudo, pode-se anotar que já constituía tradição no direito espanhol a fixação do objeto litigioso do processo logo em sua fase inicial, assim como a rigidez deste, sendo regra admitida sem grandes controvérsias a proibição da *mutatio libelli* no processo civil espanhol. A justificativa da regra que assegura a imutabilidade da demanda se assenta na segurança jurídica e na garantia do direito de defesa, ou seja, diante de um sistema bastante preclusivo, é necessário que as partes conheçam, desde o início do processo, os fatos e fundamentos do pedido e da defesa, para que possam se preparar para o debate em juízo.

Mesmo sob a égide da legislação processual anterior, que não trazia regra genérica expressa neste sentido, este sempre foi um postulado do processo espanhol, já tendo a jurisprudência do Tribunal Supremo Espanhol firmado entendimento de que, encerrada a fase de alegações, as partes não podem mais alterar os elementos que fixam o objeto do processo, ou seja, não são possíveis alterações nem na fase instrutória nem nas conclusões finais, assim como não se admite qualquer mudança no objeto do processo na segunda instância.²⁷⁸

²⁷⁶ Neste sentido, DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. **The principal innovations of Spain recent civil procedure reform**, TROCKER, Nicolò e VARANO, Vincenzo (org.). *The reforms of civil procedure in comparative perspective*. Torino : G. Giappichelli Editore, 2005. p. 34.

²⁷⁷ DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. *Op. cit.*, p.54.

²⁷⁸ Para exemplificar tal afirmativa, com ampla citação de jurisprudência sobre o tema, vide PICO I JUNOY, Joan. **La modificación de la demanda em el proceso civil**. Valencia : Tirant lo Blanch, 2006. p. 98/102.

O direito espanhol, mesmo antes da LEC de 2001, segundo doutrina majoritária, já adotava a teoria da substanciação, posto que a legislação não distinguia entre direitos absolutos e direitos relativos, razão pela qual a parte autora deveria expor não somente a relação jurídica, mas também os fatos constitutivos de seu direito, qualquer que fosse a natureza deste direito.²⁷⁹ Sob a égide da nova LEC, corroborando a doutrina e a jurisprudência já formada sobre o tema, o assunto passou a ser objeto de disposições específicas.

Tratando da petição inicial, determina o artigo 399 que a parte autora deve fixar com clareza os fatos e fundamentos da demanda, assim como precisar o pedido. Com apoio no referido dispositivo legal, assim como no artigo 400 (que será analisado em seguida), a doutrina espanhola, em sua maior parte, continua afirmando que o direito espanhol, em relação à causa de pedir, esposou a teoria da substanciação, o mesmo afirmando a jurisprudência espanhola sobre o tema.²⁸⁰

Norma relevante sobre o tema é a inserta no artigo 412.1, que afirma que o objeto do processo é estabelecido na fase de alegações, e depois não pode ser alterado pelas partes. Trata-se de norma preclusiva, estabelecida com o nítido escopo de evitar a perpetuação da indefinição sobre o objeto do processo, e com isso contribuir para a celeridade processual almejada pela LEC.

A rigidez do referido dispositivo legal, contudo, vem temperada por outras disposições complementares, em especial aquelas previstas no mesmo artigo 412, número 2 e no artigo 426 da LEC. Com base nestes fundamentos legais, a doutrina majoritária admite que após a formulação da inicial e da peça de defesa, as partes possam, no curso da audiência prévia, realizar alegações complementares que visem *esclarecer* ou *retificar* as alegações iniciais, mas sem alterar substancialmente os elementos que identificam a demanda.

Trata-se de alegações de fatos novos, que, por sua importância para a demanda, são regulados pelo artigo 426 da LEC. Admite-se, assim, a alegação de fatos novos para

²⁷⁹ Neste sentido, a doutrina de Pietro Castro (Derecho Procesal Civil, tomo I, § 63, n. 263, n. III, pág. 256) e Victor Fairen Guillen (Una perspectiva historica del proceso: la “litis contestatio” y sus consecuencias, in Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile, n. 09, pág. 270, nota 172), *apud* ALVIM, Arruda. **Direito processual civil. Teoria geral do processo de conhecimento**. Vol. II. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1972, p. 73/74.

²⁸⁰ Acerca do tema, pode-se conferir as diversas referências doutrinárias e citações de decisões contidas em : PICO I JUNOI, Joan. **La modificación de la demanda em el proceso civil**. Valencia : Tirant lo Blanch, 2006. p. 26 e seguintes.

esclarecer a *causa petendi*, ou a alegação de fatos complementares, em resposta às alegações da outra parte, mas sem provocar a alteração da *causa petendi*. Por exemplo, se o réu alega em contestação que o contrato que serve de fundamento à demanda foi realizado sem sua autorização, pode o autor, em alegações complementares, afirmar que o contrato foi assinado por terceiro, mas posteriormente ratificado, em outro instrumento, pelo réu.²⁸¹

Afirma Ortells Ramos, por exemplo, que, com fincas no artigo 426 da LEC, as partes (autor e réu, na hipótese de reconvenção) podem fazer algumas modificações de suas pretensões, tanto para suprimir ou reduzir os pedidos originariamente formulados (o que está dentro do âmbito dos atos dispositivos que podem praticar) quanto para ampliar, quantitativa ou qualitativamente, suas pretensões. Acerca da ampliação, são admitidos pedidos que sejam sucessivos (como o pedido de anulação do registro de uma escritura, quando havia sido pedida a anulação apenas da escritura) ou de esclarecimento acerca dos bens pleiteados.²⁸²

Neste ponto a jurisprudência do Tribunal Supremo Espanhol vem sendo bastante flexível, admitindo na audiência prévia, além dos esclarecimentos e retificações, também a *inclusão de pedidos acessórios*, sempre com a condição de não provocar alteração substancial no objeto litigioso. Para a jurisprudência, portanto, é possível que, nas alegações complementares, as partes pleiteiem a inclusão de novos pedidos, estabelecendo como requisitos para sua admissão que os novos pleitos sejam *consequência normal* dos pedidos já formulados (como o pedido de nulidade da escritura e do seu registro, quando foi pedida originariamente apenas a nulidade do contrato), que sejam pedidos que tenham *estreita relação* com o pedido anteriormente formulado, ou que sirvam para o autor se *contrapor* aos fatos alegados na defesa apresentada pelo réu. Assim, em uma demanda reivindicatória em que o réu alega, na contestação, a doação do bem reivindicado para si, poderia o autor, em alegações complementares, pleitear a revogação da doação, pedido este que não seria caracterizado como uma *mutatio libelli* vedada pela LEC.²⁸³ Da mesma forma, já admitiu o Tribunal Supremo Espanhol que, em uma demanda em que foi pleiteada a

²⁸¹ Exemplo extraído de ORTELLS RAMOS, Manuel y Otros. **Derecho Procesal Civil**. 3ª edição. Pamplona: Aranzadi; A. Thomson Company, 2002. p. 359.

²⁸² ORTELLS RAMOS, Manuel y Otros. Op. cit., p. 358.

²⁸³ Exemplo extraído da jurisprudência do Tribunal Supremo Espanhol, citado por TÁPIA FERNANDEZ, Isabel. **El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa Juzgada**. Madrid : Editora La Ley, 2000. p. 75.

nulidade de um testamento e a abertura da sucessão *ab intestato*, e o réu informa em sua defesa a existência de outro testamento, anterior ao que se pretendia anular, possa o autor alterar o seu pedido para que passe a ser o de abertura da sucessão testamentária com base no novo testamento apresentado, mantendo o pedido principal, de anulação do outro testamento.²⁸⁴

A inclusão destes pedidos complementares ou acessórios é sempre admitida pelo tribunal se a outra parte não se opõe a eles. Se houver oposição, o tribunal deverá decidir se admite ou não a inclusão dos pedidos acessórios formulados na audiência prévia, e este deferimento estará sempre condicionado a que não haja prejuízo ao direito da outra parte exercitar sua defesa em condições de igualdade (art. 426.3 LEC).

Depois desse momento inicial, as partes somente podem acrescentar novos fatos à demanda se estes tiverem ocorrido depois da fase inicial das alegações do autor e do réu, ou se apenas depois deste momento tiverem chegado ao conhecimento dos litigantes.

A inclusão destes fatos supervenientes pode até mesmo, de maneira excepcional, alterar o objeto do processo, se o tribunal considerar que são fatos relevantes para a fundamentação do pedido, havendo doutrina de peso sustentando que estes fatos novos podem ser fatos capazes de alterar a *causa petendi*, posto que a lei se refere a “fatos relevantes”, o que caracterizaria os fatos jurídicos, e não apenas os fatos simples.²⁸⁵ Ademais, à vista do artigo 400 da LEC, que considera que todos os fatos e fundamentos que poderiam ter sido alegados serão cobertos pela coisa julgada, maior razão há para a admissão dos fatos supervenientes determinantes de uma nova causa de pedir, posto que não se pode concluir que tais fatos serão cobertos pela coisa julgada sem que possam ser alegados pelas partes.²⁸⁶

Além disso, também podem ser alegados posteriormente os fatos simples, que corroboram o fato jurídico principal, assim como os fatos que causem a extinção ou modificação do direito de uma das partes.

Esses fatos supervenientes podem ser alegados, no procedimento ordinário, na audiência prévia (artigo 426.4), devendo a outra parte se manifestar, na mesma

²⁸⁴ Exemplo constante da obra de BERZOSA FRANCOS, M. V. **Demanda, causa petendi y objeto del proceso**. Córdoba : Editora El Almendro, 1984. p. 111, *apud* PICO I JUNOY, Joan. **La modificación de la demanda em el proceso civil**. Valencia : Tirant lo Blanch, 2006. p. 123.

²⁸⁵ Neste sentido, PICO I JUNOY, Joan. Op. cit., p. 90.

²⁸⁶ ORTELLS RAMOS, Manuel y Otros. **Derecho Procesal Civil**. 3ª edição. Pamplona: Aranzadi; A. Thomson Company, 2002. p. 360.

audiência, acerca da sua veracidade ou não, de modo que, caso venham a ser impugnados, possam ser objeto de prova durante a instrução processual. Se os fatos ocorrerem ou forem descobertos depois da audiência prévia, devem ser alegados mediante alegações complementares (artigo 286.1), até o início da audiência de julgamento (artigo 433.1 inciso segundo). Neste caso, se sua veracidade for impugnada pela outra parte, a prova poderá ser realizada na audiência.

Depois de iniciado o julgamento, não se poderia mais aduzir fatos novos nem fatos de novo conhecimento, posto que o artigo 413 da LEC determina que a sentença não os levará em consideração. A LEC prevê, contudo, a possibilidade de os fatos supervenientes à audiência de julgamento serem alegados por meio de um “escrito de ampliação”, entre o fim da audiência e o início do prazo para prolação da sentença (artigo 286), sendo então produzida prova sobre eles no modo previsto para as diligências finais.

Cabe ressaltar que a admissão de fatos supervenientes no processo depende sempre de manifestação prévia da outra parte, que tem o direito de impugnar não somente a veracidade dos fatos, mas também a validade de sua alegação tardia, além de produzir provas para se contrapor aos fatos novos aduzidos pelo outro litigante, ainda que já se tenha encerrado a fase de instrução. Faz-se necessária a prova, também, das circunstâncias que justificam a introdução tardia destes fatos, e a modificação da demanda em razão deles, sob pena de não admissão. Se não houver essa amplitude do contraditório acerca dos novos fatos, estes não podem ser levados em consideração pelo julgador no momento da sentença, dada a violação do direito de defesa da parte contra a qual foram produzidos.

Ademais, de acordo com o disposto no artigo 433 da LEC, o tribunal pode impor multa de até 600 euros caso entenda que a alegação de fatos novos tem ânimo protelatório ou denota má-fé processual.

Em relação ao recurso de apelação, este se apresenta, no direito processual civil espanhol, como *revisio prior instanciae*, haja vista que tem como escopo a anulação ou reforma da sentença, não se admitindo, como regra, a introdução de fatos novos ou a alteração dos elementos objetivos da demanda em sede recursal. Não é possível, portanto, a ampliação do objeto do processo e nem a alteração dos pedidos, das causas

de pedir ou das defesas de fundo exercitadas pelo réu, devendo o recurso ser julgado com o mesmo material fático que propiciou o julgamento em primeira instância.²⁸⁷

Entretanto, o artigo 460.2.3 admite que se possam aduzir, na apelação, fatos novos (*nova produta*), assim como fatos antigos que até então eram desconhecidos das partes (*nova reperta*), e que sejam capazes de alterar o fato jurídico determinante da *causa petendi*, ou os fatos em que se funda a defesa de mérito do réu, assim como produzir prova, durante o procedimento recursal, para comprovação da sua ocorrência.²⁸⁸

Esses fatos novos, de acordo com o referido texto normativo, são aqueles que tenham ocorrido depois do início do prazo para a prolação da sentença (quando então não poderiam mais ser alegados em primeira instância), ou, eventualmente, até mesmo fatos que tenham ocorrido antes, desde que somente tenham chegado ao conhecimento dos litigantes após o término da instrução, quando iniciado o prazo para a prolação da sentença.

Também permite a LEC que, na apelação, o réu que tenha sido declarado revel, por motivo que não lhe possa ser imputado, e ingresse posteriormente nos autos, tenha o direito de alegar fatos novos (inclusive fatos que fundamentem a sua defesa de mérito, e que não tenham sido alegados no momento processual adequado), e produzir prova sobre eles, a fim de obstar a procedência do pedido autoral.

Em relação aos meios de prova, embora a apelação espanhola seja do tipo limitada, a LEC comporta, de forma excepcional, que as partes possam produzir provas em segunda instância, em algumas hipóteses. A primeira diz respeito à admissão de prova que tenha sido oportunamente requerida em primeira instância, mas indevidamente indeferida pelo juízo *a quo*. A segunda, de prova que tenha sido corretamente pleiteada e admitida em primeira instância, mas que não tenha sido produzida por motivo não imputável ao interessado. A terceira diz respeito à produção de prova referente aos fatos novos, ocorridos depois do início do prazo para ditar sentença, sendo relevante considerar que não se admite a produção de prova nova sobre fato que já era do conhecimento das partes (como um novo documento para provar um

²⁸⁷ DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. **The principal innovations of Spain recent civil procedure reform**, TROCKER, Nicolò e VARANO, Vincenzo (org.). The reforms of civil procedure in comparative perspective. Torino : G. Giappichelli Editore, 2005. p. 49.

²⁸⁸ ORTELLS RAMOS, Manuel y Otros. **Derecho Procesal Civil**. 3ª edição. Pamplona: Aranzadi; A. Thomson Company, 2002. p. 548.

fato narrado na petição inicial, por exemplo), mas apenas de prova nova de fato novo. Por fim, admite a LEC também a prova de fatos aduzidos pelo réu que tenha sido indevidamente declarado revel, antes mencionada.²⁸⁹

A LEC prevê também a possibilidade de modificação subjetiva da demanda. Nos procedimentos de rito ordinário, o autor pode, durante a audiência preliminar, direcionar sua demanda contra os litisconsortes que o demandado tenha apontado na sua contestação (artigo 420.1) e que até então não integravam a lide, pleiteando a sua citação, o que será deferido se o tribunal entender que efetivamente haja litisconsórcio.

Destaque-se, ainda, que, nos procedimentos especiais indisponíveis, a legislação espanhola permite, no artigo 752.1.1, que o julgador decida a lide com base em todos os fatos que tenham sido discutidos e provados nos autos, independentemente do momento em que tenham sido introduzidos. Trata-se de norma excepcional, válida apenas para os procedimentos considerados indisponíveis, e que permite, portanto, a introdução de fatos novos em qualquer fase do processo, devendo ser resguardado, contudo, o direito de a parte contrária impugnar tais fatos e se contrapor a eles, produzindo prova em sentido contrário.

3.5.2 A aplicação do brocardo *iura novit curia*

No período anterior à vigência da atual LEC, a jurisprudência espanhola já vinha entendendo que o órgão julgador tem total liberdade de aplicar o direito às hipóteses de fato narradas pelas partes, já tendo o Tribunal Supremo Espanhol afirmado, repetidas vezes, que uma sentença não contém vício de incongruência por adotar ponto de vista jurídico diverso daqueles alegados pelas partes, desde que mantenha respeito aos fatos discutidos nos autos, já que estes são os elementos que pertencem à exclusiva disposição das partes. No mesmo sentido é a opinião da maior parte da doutrina espanhola sobre o tema, a qual, contudo, vem se manifestando a favor da necessidade de consulta prévia às partes antes de ser proferida decisão com fundamento jurídico diverso daquele que haja sido discutido no processo. Esta é a opinião, por exemplo, de J.

²⁸⁹ ORTELLS RAMOS, Manuel y Otros. Op. cit., p. 550 e seguintes.

Montero Aroca, M. Ortells Ramos, J. L. Gomez Colomer e A. Montón Redondo²⁹⁰, e Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas.²⁹¹

A nova LEC espanhola possui um dispositivo que, ao tratar da sentença, avaliza a livre apreciação dos fundamentos jurídicos pelo juiz. Trata-se do artigo 218.1, segundo parágrafo, que assim dispõe :

El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.”

A parte final do referido dispositivo encontra-se em consonância com a interpretação tradicional dada ao tema, permitindo o julgamento da lide conforme as normas jurídicas aplicáveis ao caso, ainda que não tenham sido citadas pelas partes. Entretanto, a parte inicial determina, como limite ao julgamento, que seja respeitada a causa de pedir aduzida pelo demandante.

A interpretação deste dispositivo vem gerando controvérsias, à medida que a doutrina espanhola, de forma majoritária, assim como a jurisprudência do Tribunal Supremo Espanhol, sempre sustentaram que os fundamentos jurídicos não integram a causa de pedir, que é constituída apenas pelos fatos narrados na inicial. Por este motivo, de forma coerente, a maior parte dos processualistas espanhóis entende que o brocardo *iura novit curia* permite ao julgador julgar o pedido por fundamentos jurídicos diferentes daqueles alegados pelas partes, sem com isso incorrer em vício de incongruência. Pelo mesmo motivo, é entendimento francamente majoritário na doutrina espanhola que as partes podem alterar livremente a fundamentação jurídica de suas pretensões ao longo do processo, sem que isso implique em alteração da causa de pedir.²⁹²

Opinião divergente, contudo, possuem alguns autores, como Tapia Fernandez, De la Oliva e Pico i Junoi, que sustentam que a qualificação jurídica dos fatos dada pelo autor na inicial integra a causa de pedir e não pode ser alterada pelo julgador no

²⁹⁰ **Derecho Jurisdiccional. I.** Parte General. 7ª edição. Valencia : Tirant lo Blanch. p. 326, *apud* EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. **Iura Novit Curia y aplicación judicial del derecho.** Valladolid : Lex Nova, 2000. p. 36/37.

²⁹¹ Sobre o tema pode ver-se Aroca, J. Montero, La prueba en el proceso civil. Civitas, Madrid, 1998, 2 Edição, pag. 20/21, *apud* EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. *Op. cit.*, p. 27, 36/37.

²⁹² Nas palavras de Montero Aroca : “En los fundamentos de derecho, no existe prohibición de transformación, siendo posibles todas las variaciones. El principio *iura novit curia* despliega aquí su eficacia completa. (Derecho Jurisdiccional, T. II, 1998, pag. 47, *apud* TÁPIA FERNANDEZ, Isabel. **El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa Juzgada.** Madrid : Editora La Ley, 2000. p. 71.)

momento da prolação da sentença, razão pela qual o julgador poderia livremente escolher e alterar o elemento normativo da fundamentação, mas não o ponto de vista (ou qualificação jurídica), posto que, em relação a estes, estaria sujeito, por força do princípio dispositivo, à iniciativa exclusiva da parte.

3.5.3 O artigo 400 da LEC

Na nova LEC, vem causando grande polêmica doutrinária o seu artigo 400. Com efeito, dispõe o referido dispositivo legal que, nas hipóteses em que um determinado pedido pode fundar-se em diversos fatos, ou em distintos fundamentos ou títulos jurídicos, devem ser deduzidos na petição inicial todos os fatos e fundamentos que forem conhecidos do autor, ou que poderiam ter sido invocados ao tempo da propositura da ação, sem que seja admitido reservar qualquer alegação para um processo posterior, posto que estaria acobertada pela coisa julgada.²⁹³ Afirma o artigo 400 da LEC, ainda, que a eficácia preclusiva da coisa julgada abrange todos os fatos e fundamentos jurídicos que poderiam ter sido alegados no processo, ainda que não tenham sido sequer mencionados ou discutidos naquele processo.

Percebe-se claramente que o objetivo do legislador foi o de obrigar o autor a utilizar, de uma só vez, todas as causas de pedir e todos os fundamentos que possua contra o mesmo réu, de modo a evitar a propositura de seguidas ações entre as mesmas partes, sobre o mesmo objeto, nas hipóteses em que a questão pode ser resolvida, de forma definitiva, em uma só ação. Presumindo que o autor fez uso de todos os fundamentos possíveis, a lei então estende os efeitos da coisa julgada a todos os fatos e fundamentos que poderiam servir para a propositura de novas ações com o mesmo pedido (ainda que aqueles não tenham realmente sido aduzidos nem discutidos no processo), proibindo, portanto, a propositura de novas ações com base na mesma relação jurídica. Trata-se, claramente, de regra de preclusão das alegações de fatos e fundamentos jurídicos, como

²⁹³ “Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior”.

afirma a própria exposição de motivos da LEC²⁹⁴, informada nitidamente por motivos de economia processual.²⁹⁵

Pelo artigo 400 da LEC, então, só não estariam cobertos pela coisa julgada os fatos surgidos depois do início do julgamento (porque não poderiam mais ser alegados no mesmo processo) e os fundamentos jurídicos surgidos depois da fase inicial do processo (para quem entende que depois desta não se pode mais alterar a fundamentação da demanda e da defesa). Todos os demais estão cobertos pela coisa julgada, e não servem de base para a propositura de nova demanda entre as mesmas partes, visando o mesmo pedido.

Entretanto, a norma em comento vem recebendo interpretações bastante diversas na doutrina espanhola, assim como críticas e elogios.

Inicialmente, há que se destacar que a referida norma tem aplicação freqüente nas ações constitutivas negativas, assim como nas ações declaratórias de caráter negativo, haja vista que nestas é grande a possibilidade de o autor propor várias ações contra o mesmo réu, com vistas a obter o mesmo provimento, mas baseadas em causas diversas (várias ações de anulação de um negócio jurídico, por exemplo, cada uma fundamentada em um vício diverso).

Note-se que antes da redação do atual artigo 400 entrar em vigor, a jurisprudência espanhola entendia que, nas ações anulatórias, cada novo motivo constituía uma nova *causa petendi*, e, portanto, o autor podia, por exemplo, propor dezenas de ações de anulação do mesmo negócio jurídico contra o mesmo réu. Destarte, nestas hipóteses, antes da LEC, a possibilidade de propositura de várias demandas com vistas a obter a anulação do negócio era muito criticada, por fulminar de morte a segurança jurídica das

²⁹⁴ “La Ley, entre otras disposiciones, establece una regla de preclusión de alegaciones de hechos y de fundamentos jurídicos, ya conocida en nuestro Derecho y en otros Ordenamientos jurídicos.”

²⁹⁵ A ZPO alemã já possuía, há longo tempo, regra semelhante ao artigo 400 da LEC, mas relativa apenas às ações que tinham por objetivo a anulação do matrimônio ou o divórcio. Trata-se da regra que se encontrava no § 616 da codificação processual civil, que estabelecia que, quando a parte autora dispunha de mais de um fundamento de direito material para obter a procedência de sua demanda, esta era obrigada a alegar, no processo, todos os fundamentos de que dispunha, sob pena de, não o fazendo, restar preclusa a possibilidade de alegação posterior, e até mesmo em outra demanda. A coisa julgada, assim como na nova LEC, se estendia não somente às causas de pedir efetivamente deduzidas no processo, mas também aquelas que poderiam ter sido deduzidas, mas não o foram. Este artigo foi alterado pela reforma da ZPO de 1976, não havendo mais semelhante norma na ZPO.

relações comerciais, além de permitir abusos por parte do autor, ao sujeitar o réu a ter que se defender seguidas vezes, em várias ações, com o mesmo fim.²⁹⁶

Com base em tal crítica, Ortells Ramos afirma que a redação do artigo 400 da LEC tem por escopo resolver o problema antes apontado, razão pela qual o preceito legal deve ser aplicado preferencialmente às ações desconstitutivas e declaratórias negativas. Aduz, contudo, que a norma contida no artigo 400 da LEC não poderia ser aplicada, de forma genérica, a todas as demais ações, vez que a extensão da coisa julgada a todas as possíveis causas alegáveis, mas não alegadas, certamente resultará em injustiça, posto que o próprio juiz não poderia julgar a causa com base em causas de pedir que não tenham sido expressamente alegadas, dado o risco do proferir sentença viciada por incongruência.²⁹⁷

Tapia Fernández, em livro específico sobre o pedido e a coisa julgada, versando opinião diversa, defende que a norma do artigo 400 da LEC se refere unicamente ao chamado “concurso próprio de ações”, isto é, “ao caso em que existem várias ações que têm idênticos sujeitos e idêntico pedido, mas que podem fundamentar-se em diversas causas de pedir (seja porque se baseiam em fatos diversos, seja em distinta fundamentação jurídica).” Continuando, afirma :

O titular dessas ações (distintas, porque distinto é o elemento causal das diversas ações) tem à sua disposição o poder de optar, para obter o mesmo fim, pela ação que considere mais vantajosa. Poderia também, obviamente, cumular ambas as ações, se os requisitos processuais próprios o permitirem. Mas se o autor decide escolher uma delas, configurados deste modo seus elementos identificadores, não poderia alterá-la ao longo do processo; o juiz deve resolver com base nestes fundamentos de fato e de direito. E uma vez proferida sentença de improcedência, como não existia norma semelhante em nosso sistema processual anterior, o autor poderia pleitear esta mesma tutela, com base em outros fatos ou em outros fundamentos jurídicos, posto que a causa de pedir seria distinta.²⁹⁸

Sem a existência da referida norma legal, não se podia presumir que o autor efetivamente aduziu todas as possíveis causas de pedir, e nem puni-lo com a extensão dos efeitos da coisa julgada sobre as questões que não integraram o objeto do processo. Com a nova redação do artigo 400, contudo, em uma segunda demanda entre as mesmas partes, ainda que não haja identidade sobre os três elementos identificadores da

²⁹⁶ ORTELLS RAMOS, Manuel y Otros. **Derecho Procesal Civil**. 3ª edição. Pamplona: Aranzadi; A. Thomson Company, 2002. p. 278/279.

²⁹⁷ ORTELLS RAMOS, Manuel y Otros. Op. cit., p. 278/279.

²⁹⁸ TAPIA FERNANDEZ, Isabel. **El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa Juzgada**. Madrid : Editora La Ley, 2000. p. 29.

demanda, é possível a alegação e acolhimento da exceção de coisa julgada, desde que idênticos dois desses elementos (ou seja, partes e pedido).

Pico I Junoy, comentando sobre o mencionado dispositivo, afirma que ele sanciona o autor com a impossibilidade de pleitear uma segunda sentença fundada em fatos que não foram alegados no primeiro processo (mas que poderiam ter sido), e essa proibição se efetua mediante a extensão objetiva da coisa julgada da primeira sentença ao segundo processo, concluindo, portanto, que este artigo traduz uma limitação ao princípio dispositivo que permeia toda a LEC.²⁹⁹

Para Ramos Méndez, a norma seria verdadeiramente inconstitucional, posto que violaria a garantia de acesso à justiça contida no artigo 24 da Constituição Espanhola, por criar restrições ilegítimas ao direito de ação. Neste sentido :

Norma supone un claro atentado a la libertad de acción consagrado por el art. 24 de la Constitución. Esta no restringe en modo alguno el acceso a los Tribunales en cualquier momento que sea necesario y en cuantos juicios sean pertinentes. El juicio civil se inspira en un criterio de libertad en cuanto a la elección de los hechos que el ciudadano quiere que los Tribunales enjuicien. La Constitución no limita el número de veces que un ciudadano puede acudir a los Tribunales de Justicia. La razonable no reiteración 'de lo mismo' se regula técnicamente con la institución de la cosa juzgada. Esta se basa en determinadas identidades, que no permiten suponer que uno 'hubiera podido alegar lo que no ha alegado' en un juicio precedente. La mera consideración del elemento temporal para excluir el nuevo juicio por litispendencia o cosa juzgada es pura negación de la tutela efectiva. Aquí no puede haber fisuras, porque en ello va la credibilidad del sistema.³⁰⁰

A referida norma jurídica passou a repercutir, também, sobre a delimitação do objeto do processo, assim como sobre a tradicional teoria que identifica as demandas com base nos três elementos que a configuram (pedido, causa de pedir e partes).

Picó I Junoy, manifestando opinião sobre o tema, afirma que embora este preceito não incida diretamente sobre o objeto do processo, se for analisado relacionado com o artigo 222 da LEC, pode-se perceber que, de forma indireta, a configuração do objeto do processo é afetada pela norma do artigo 400. Conclui então afirmando que, em razão da nova lei, DE LA OLIVA cunhou o termo "objeto virtual" do processo, referindo-se a :

aquello sobre lo que no tiene por qué proyectarse la actividad de las partes y del tribunal en un proceso, pero que, sin embargo, valdrá como objeto de ese

²⁹⁹ PICÓ I JUNOY, Joan. **Los principios del nuevo proceso civil español**. Revista de Processo, v. 103, p. 59, 2001.

³⁰⁰ Guía para una transición ordenada a la LEC, Barcelona, J.M^a. Bosch, 2000, p. 305, *apud* PICÓ I JUNOY, Joan. **Los principios del nuevo proceso civil español**. Revista de Processo, v. 103, p. 59, 2001.

proceso o presentará la virtualidad propia del objeto. Esta virtualidad o eficacia se despliega ad extra, es decir, hacia afuera del proceso mismo, cuando se trata de otros procesos y de establecer si su objeto es el mismo o comprende el mismo en un proceso distinto, aún pendiente o ya terminado" ³⁰¹

Tapia Fernandez, ao contrário, afirma que a lei não diz que os fatos e fundamentos não alegados passaram a integrar o objeto do processo; apenas que eles estão cobertos pela coisa julgada. Para ela, o objeto do processo continua sendo a ação concretamente exercitada pelo autor, com os limites subjetivos, objetivos e causais definidos por ele, e a ação continua sendo identificada pelos três clássicos elementos (pedido, causa de pedir e sujeitos). Entretanto, o exame da coisa julgada, comparando-se duas ações diferentes, passa a ser feito apenas em relação ao pedido e às partes, posto que a causa de pedir será irrelevante para se identificar se se está diante de uma ação já julgada, haja vista que a coisa julgada passou a incluir todas as causas de pedir possíveis para aquele pedido.³⁰²

O que se percebe é que a norma inserta no artigo 400 da LEC muito aproxima o processo espanhol, no tocante à definição do objeto litigioso e dos limites da coisa julgada, do sistema norte-americano, à medida que o legislador privilegia a resolução de todos os aspectos da lide em uma mesma oportunidade, evitando a proliferação de demandas contra o mesmo réu, e conferindo maior efetividade à decisão da lide.

Não chega, contudo, a ser tão amplo quanto o sistema norte americano, posto que o artigo 400 da LEC veda a propositura de novas ações que tenham *o mesmo pedido* da anterior, ainda que diversa a causa de pedir, ao passo que o sistema norte americano veda até mesmo a propositura de novas ações que tenham *pedidos diversos*, desde que decorrentes da mesma relação fática-jurídica já levada a juízo anteriormente.

Por outro lado, para que seja possível a existência da norma preclusiva prevista no artigo 400 da LEC, sem afronta à garantia do acesso à justiça, esta deve ser combinada com um processo mais dinâmico em relação às possibilidades de introdução de novas causas de pedir ao longo do processo. Isto porque não é razoável, na maior parte das vezes, exigir-se que o advogado possa antever, antes da propositura da ação, todas as possíveis causas de pedir e fundamentos jurídicos que possam ser deduzidos naquela demanda, até mesmo porque isto depende, em grande parte, das exceções

³⁰¹ PICÓ I JUNOY, Joan. Op. cit., p. 59.

³⁰² TAPIA FERNANDEZ, Isabel. **El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa Juzgada.** Madrid : Editora La Ley, 2000. p. 30 e 196.

apresentadas pelo réu, assim como, algumas vezes, dos fatos que venham a ser descobertos na instrução processual. Destarte, um sistema que contenha norma legal tornando preclusas todas as causas de pedir que não foram alegadas, deve, por coerência, permitir a introdução de novas causas no curso da demanda, sob pena de grave cerceamento do direito das partes de acesso à justiça.

3.5.4 Síntese do direito espanhol

Ao fim da exposição, pode-se apontar que a nova legislação processual civil espanhola introduziu naquele país um procedimento bifásico moderno, com concentração dos atos processuais em duas audiências, permitindo, contudo, algumas alterações e ajustes do objeto litigioso do processo na primeira audiência.

O novo processo espanhol é bastante rígido em relação ao tema da modificação da demanda, mas sem deixar de prever algumas hipóteses de alteração do pedido, na fase inicial do processo, para melhor ajuste das pretensões, hipóteses estas que vêm sendo até mesmo ampliadas pela jurisprudência, ante a necessidade de cada caso. Tais alterações, longe de serem livremente admitidas, são sempre condicionados à concordância do outro litigante ou à autorização judicial, e somente admissíveis antes do início da fase instrutória, salvo a ocorrência de fatos supervenientes.

Destaca-se no contexto do direito espanhol, ainda, a norma inserta no artigo 400 da LEC, que explicita o escopo de busca pela efetividade das decisões e pela tentativa de evitar a multiplicidade de processos. Trata-se de norma, contudo, de aceitação ainda muito controversa pela doutrina espanhola, em razão de seu ineditismo naquele país, e que, como visto, não se fez acompanhar de alterações legais, que seriam necessárias, no conceito de objeto do processo e nas regras sobre modificação da demanda.

3.6 Síntese crítica do estudo de direito comparado

Após a análise de alguns sistemas europeus, pode-se realizar uma pequena síntese a fim de possibilitar a tomada de posição em relação às alterações da demanda no direito brasileiro.

Inicialmente, há que se considerar que em todos os sistemas processuais examinados há respeito ao princípio da estabilização da demanda, sendo certo que nenhum sistema, atualmente, prevê a hipótese em que as partes possam livremente promover alterações em seus pedidos ou na causa de pedir, em qualquer fase do procedimento. Ao contrário, todos os sistemas processuais prevêem um determinado momento do procedimento em que deve ocorrer a estabilização da demanda, tornando preclusas as alterações do pedido e da *causa petendi* a partir de então. Na maior parte dos países estudados, este momento preclusivo coincide com o encerramento da fase preparatória, e o início da fase instrutória, com exceção do direito francês, que permite alterações até o encerramento desta segunda fase.

Desta feita, no interregno decorrido entre a propositura da ação e o momento do procedimento em que ocorrerá a estabilização, todos os sistemas trazem dispositivos legais que admitem algumas hipóteses de alterações objetivas na demanda, tanto de forma consensual quanto de forma unilateral, variando apenas a amplitude das alterações admitidas, e as condicionantes que lhe são impostas.

Da mesma forma, mesmo após o momento preclusivo previsto para a estabilização da demanda (que, como visto, costuma coincidir com o encerramento da fase preparatória), alguns sistemas ainda permitem, de forma excepcional, alterações dos elementos objetivos desta, principalmente em razão da ocorrência de fatos supervenientes, de molde a que a decisão final acompanhe o dinamismo da vida social, permitindo, ainda, o oferecimento de uma solução completa do litígio, o que contribui para evitar a propositura de nova demanda.

Em relação às possibilidades de *modificação do pedido* após a propositura da ação, percebe-se que todos os sistemas processuais dos países estudados admitem que a parte autora possa alterar ou acrescentar novos pedidos aos originariamente formulados, após a apresentação da defesa por parte do réu, de modo a adequar a demanda aos argumentos defensivos, desde que mantida a mesma relação processual.

Em relação à *modificação dos pedidos*, pode-se citar a possibilidade de ampliação (quantitativa e qualitativa) do pedido, sem necessidade de autorização judicial ou concordância do réu, prevista no direito alemão; a modificação livremente

admitida no momento da réplica pelo direito português, nas hipóteses em que o réu apresenta reconvenção ou exceção; e as possibilidades de retificação do pedido a serem realizadas na audiência de *trattazione* (ou até 30 dias depois dela), previstas no direito italiano.

Já a possibilidade de *acrécimo de novos pedidos*, após a apresentação da defesa por parte do réu, tem previsão em todos os sistemas processuais estudados, sendo certo que em todos são admitidas a inclusão de novos pedidos que tenham relação com o pedido original, e, principalmente, que sejam decorrentes da mesma controvérsia fática já deduzida em juízo. Neste sentido é que o direito alemão admite a inclusão de novos pedidos que sejam *accessórios* do pedido original; o direito português admite a inclusão de pedidos que venham a ser considerados *desenvolvimento* ou *conseqüência* do pedido já formulado; o direito espanhol permite a formulação de novos pedidos que sejam *conseqüência* ou que tenham *estreita relação* com o pedido já formulado; o direito italiano permite a inclusão de novas demandas que sejam *conseqüência da reconvenção ou das exceções* deduzidas pelo réu; e o direito francês admite a inclusão de demandas acidentais que tenham um *liame necessário* com o objeto do processo, tal como inicialmente estabelecido.

Todas estas alterações implicam em admitir a inserção de pedidos novos, pelo autor, depois da apresentação da defesa pelo réu, tendo como condição de admissibilidade comum que os novos pleitos tenham *a mesma base fática* da demanda já instaurada, ou seja, necessariamente serão novos pedidos cuja causa de pedir seja substancialmente (ainda que não exatamente) a mesma daqueles originariamente formulados.

Tal opção se justifica porque o acréscimo de novos pedidos que tenham a mesma base fática já estabelecida pelas partes, quando realizada antes do início da fase instrutória, implica em evidente economia processual, posto que se pode aproveitar a instrução acerca dos fatos controvertidos para a solução de todos os pedidos possíveis decorrentes do mesmo acontecimento fático ou da mesma relação contratual.

Não há, portanto, necessidade de formulação de pedidos alternativos ou subsidiários (cuja necessidade ou utilidade nem sempre podem ser previstas pelo autor antes da apresentação da defesa do réu), e nem da propositura de várias ações (com evidente dispêndio de mais tempo e dinheiro) para o julgamento de demandas que tenham origem na mesma controvérsia fática.

Percebe-se, portanto, que, no que difere do direito brasileiro, todas estas hipóteses importam na permissão para a alteração ou inclusão de novos pedidos no processo, após a apresentação da defesa por parte do outro litigante, *sem a necessidade de concordância deste*. Alguns procedimentos admitem a alteração ou a formulação de novos pedidos independentemente da autorização prévia do órgão judicial, como ocorre no direito italiano, no francês e no português, ao passo que outros exigem a manifestação do órgão judicial, como o direito alemão e o espanhol. Nestes casos, o julgador examinará o pedido de alteração ponderando, de um lado, a economia processual e a maior utilidade da decisão final que poderão resultar da alteração, e, de outro, a imprescindível preservação do direito de defesa do litigante contrário. Mas deve-se repisar que, ao contrário do direito brasileiro, nenhum deles condiciona a possibilidade de alteração, neste momento ainda inicial do processo, à concordância da outra parte.

O que se pode perceber também é que a doutrina estrangeira já vem, há muito, defendendo a necessidade do fortalecimento da fase preparatória do processo, entendida como uma fase preliminar, preferencialmente oral, em que o *thema decidendum* e o *thema probandum* possam ser efetivamente debatidos entre as partes e o juiz, e, como resultado deste debate, possam ser realizados esclarecimentos, retificações e alterações tanto do pedido quanto da causa de pedir, adequando-os ao litígio efetivamente existente, como única forma de se chegar às fases instrutória e decisória com eficiência. Neste sentido, por exemplo, Trocker já afirmava que um procedimento rígido, que subordine a possibilidade de modificação da demanda e das exceções a um sistema rígido de preclusões, somente pode dar certo se for precedido de uma fase preliminar de preparação da causa, em que possa haver ampla modificação dos elementos desta.³⁰³

Neste mesmo diapasão pode-se citar ainda a doutrina de Giuseppe Tarzia :

Em linhas gerais, creio que o problema dos legisladores modernos seja o de construir, para o processo civil, uma fase preparatória suficientemente ampla e, ao mesmo tempo, elástica, idônea a acolher a infinita variedade das causas cíveis e assegurar assim, simultaneamente, eficiência e justiça. Somente à luz destas exigências, e nos limites por estas impostas, creio que as preclusões podem ser justificadas.³⁰⁴⁻³⁰⁵

³⁰³ TROCKER, Nicolò. **Processo Civile e Costituzione (problemi di diritto tedesco e italiano)**. Milão : Giuffrè, 1974. p. 82/83.

³⁰⁴ TARZIA, Giuseppe. **O novo processo civil de cognição na Itália**. Revista de Processo, vol. 79, Julho de 1995. p. 51. Esta é a opinião, também no direito brasileiro, de Carlos Alvaro : “Assim, conquanto a fixação e estabilização do pedido e da *causa petendi* constituam em regra limites formais intransponíveis para o órgão judicial, recomendável se abra a possibilidade de ser modificada a

Em relação à *causa de pedir*, também se percebe que todos os sistemas processuais admitem alguma possibilidade de alteração da causa de pedir depois da propositura da ação, sendo certo que o direito alemão a admite se houver concordância do réu ou autorização do tribunal; o direito português admite alteração da causa de pedir, sem necessidade de autorização judicial, desde que seja realizada na réplica ou na tréplica (no caso do réu reconvinente), assim como a alteração consensual a qualquer momento do processo; o direito espanhol e o italiano permitem alteração, sem necessidade de consentimento da outra parte, na audiência prévia; e o direito francês admite a introdução, no curso do processo, de novos meios (*moyens*), o que inclui a mudança no fundamento e no motivo da pretensão.

Percebe-se então que, da mesma forma que ocorre com o pedido, os países estudados também adotam como regra geral que o momento adequado à alteração da causa de pedir se situa na fase postulatória da demanda, depois da apresentação de resposta por parte do demandado, de molde a adequar a fundamentação fática do pedido às alegações trazidas pelo réu na contestação, ou, ainda, permitir que sejam introduzidos novos fatos hábeis a complementar ou até mesmo alterar a *causa petendi* já deduzida.

Pode-se afirmar que o condicionante para a admissão de mudança na *causa petendi* é, de modo geral, a manutenção da mesma relação jurídica que já tenha sido deduzida na inicial, ou seja, permite-se a alteração de alguns elementos fáticos ou o acréscimo de nova causa, desde que não se imponha uma mudança substancial na relação jurídica ou no evento fático que consubstancia a demanda. Não havendo transmutação do objeto litigioso ou da relação jurídica, é possível a alteração dos elementos fáticos da demanda.

Neste ponto também se percebe grande diferença em relação ao tratamento do tema no direito brasileiro, haja vista que não se impõe, em nenhuma das hipóteses antes apontadas, que a alteração da causa de pedir da demanda seja precedida de concordância

demanda na primeira audiência de debates, depois de esclarecidos os fatos da causa em diálogo mantido pelo órgão judicial com as partes, se entendido conveniente pelo juiz e até independente de anuência do adversário.” OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**. 4ª Edição. São Paulo : Saraiva, 2010. p. 234.

³⁰⁵ Pico y Junoi também tem opinião semelhante, afirmando que um processo que tenha uma primeira fase inspirada pelo princípio da oralidade, com uma audiência para debate entre as partes, de forma dialética e contraditória, acerca das diversas questões que podem ser colocadas sobre o objeto litigioso do processo, deve ser regido por um sistema flexível, admitindo-se a modificação, com respeito ao direito de defesa do réu, antes da fase probatória. PICO I JUNOY, Joan. **La modificación de la demanda em el proceso civil**. Valencia : Tirant lo Blanch, 2006. p.146/147.

do réu, como ocorre no direito brasileiro, o que, por si só, já torna praticamente inviável a efetiva possibilidade de alteração em nosso sistema.

Mesmo depois do encerramento da fase postulatória da demanda, muitos sistemas processuais ainda autorizam a modificação da *causa petendi* em casos específicos. O principal deles diz respeito à ocorrência de fatos supervenientes, cuja importância tem previsão expressa na legislação alemã, portuguesa e espanhola, admitindo a doutrina destes países a possibilidade de que possam causar alteração da demanda, o mesmo ocorrendo com a doutrina italiana (embora não haja regra expressa na legislação) e a francesa, mas flexível em relação ao tema.

No que pertine à alteração da qualificação jurídica e dos fundamentos da demanda, se admite que estes possam ser livremente modificados pelas partes, assim como pelo órgão julgador, através da aplicação do brocardo *iura novit curia*. Constitui ponto relevante a ser destacado que a maior parte das legislações dos países europeus contém previsão expressa de respeito ao contraditório *antes* do julgamento, sempre que houver a possibilidade de alteração dos *elementos jurídicos* da demanda por parte do julgador. Assim é que, na esteira do entendimento já consolidado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, já se reconhece, em praticamente todos os países estudados, como sendo *necessária* a prévia manifestação das partes sobre todos os pontos do processo, tanto fáticos quanto jurídicos, assim como a sanção de nulidade das decisões que imponham a aplicação de uma regra jurídica, pelo julgador, que não tenha sido nem suscitada nem discutida previamente pelas partes.³⁰⁶

Por fim, percebe-se também que o recurso de apelação vem sendo considerado apenas como uma oportunidade de revisão do procedimento e da sentença, não se admitindo, como regra, modificações do pedido e da causa de pedir em segundo grau de jurisdição. As maiores exceções a esta proibição podem ser encontradas no direito francês, que admite que em grau de recurso as partes possam alterar a causa da demanda, desde que seja mantido o mesmo fim originariamente perseguido, assim como permite que se introduzam alterações no pedido imediato, sendo mantido o mesmo objetivo originário da demanda.

³⁰⁶ Sobre as decisões da Corte Europeia, pode-se examinar os dados contidos na parte deste trabalho que trata do direito francês, extraídos da obra de GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile e FERRAND, Frédérique. **Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne**. Paris : Éditions Dalloz, 2010. p. 574.

Ainda no procedimento da apelação, o direito francês também permite a introdução de novos pedidos (como de compensação de débitos, ou pedidos relativos a fatos novos), assim como a formulação de reconvenção, em sede recursal. De forma semelhante, a legislação processual civil italiana também autoriza a formulação de novos pedidos no recurso de apelação, mas limitados ao pleito de pagamento de frutos, acessórios ou perdas e danos decorrentes de fatos ocorridos depois da sentença, sempre com escopo de aproveitar a prova dos fatos, já realizada, para evitar a propositura de nova demanda.

Em síntese, pode-se perceber que todos os modelos processuais examinados, embora longe de se amoldarem a um sistema extremamente flexível, apresentam, em maior ou menor grau, várias possibilidades de alteração dos elementos objetivos da demanda, especialmente para que os pedidos possam se adequar à defesa apresentada pela outra parte, para que se possam incluir os fatos surgidos no curso do processo, assim como para a correção de erros ou obtenção da melhor decisão da causa.

O direito de defesa da parte contrária também vem sendo resguardado, com amplo respeito ao contraditório em todas as hipóteses de alteração objetiva da demanda, sem se chegar ao extremo, contudo, de dar ao réu o direito de inviabilizar um pedido de alteração que efetivamente contribua para a economia processual e a decisão mais justa da lide.

4 O DIREITO BRASILEIRO

4.1 Regras gerais sobre a estabilização da demanda

O direito positivo brasileiro, tradicionalmente, sempre adotou regras bastante rígidas em relação à estabilização da demanda.³⁰⁷ Mesmo sob a égide do anterior código de processo civil (Decreto-Lei Nº 1.608, de 18 de setembro de 1939), o sistema preclusivo, em relação à possibilidade de alteração do objeto litigioso do processo, era quase tão rígido quanto o sistema imposto pelo atual código de processo civil.

Neste diapasão, o artigo 157 do CPC de 1939³⁰⁸ determinava que, quando fosse omitido qualquer pedido na petição inicial, somente por meio de outra ação o mesmo poderia ser postulado. Não se tratava sequer de hipótese de modificação da demanda, mas de aditamento do pedido, com a inclusão de novo pedido que não havia sido formulado. Entretanto, a inclusão de pedido novo era expressamente vedada, funcionando a própria propositura da ação como termo preclusivo para tanto.

A regra contida no antigo artigo 157 foi repetida no artigo 294 do código de 1973, proibindo também a inclusão de novos pedidos depois de proposta a ação. Contudo, o referido artigo foi posteriormente alterado pela Lei 8.718, de 14 de outubro de 1993, para a redação atual, que permite o aditamento do pedido até a citação. Percebe-se que não há grande evolução em tema de aditamento do pedido, mas se permite alguma alteração, no interregno que vai da propositura da ação até a realização da citação do réu.

Já o artigo 181 do CPC de 1939, que tratava da estabilização da demanda, proibia a modificação do pedido ou da causa de pedir, sem concordância do réu, depois de apresentada contestação, ou de esgotado o prazo desta, em caso de revelia.³⁰⁹ Trata-

³⁰⁷ Para uma análise do direito anterior ao primeiro código de processo civil nacional, inclusive com as disposições das ordenações sobre o assunto, vide ALVIM, Arruda. **Direito processual civil. Teoria geral do processo de conhecimento**. Vol. II. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1972, p. 127 e seguintes.

³⁰⁸ Art. 157. Quando o autor houver omitido, na petição inicial, pedido que lhe era lícito fazer, só em ação distinta poderá, formulá-lo.

³⁰⁹ Art. 181. Apresentada a contestação, o autor não poderá, sem consentimento do réu, alterar o pedido ou sua causa, nem desistir da ação.

Parágrafo único. A recusa do réu será rejeitada, se da desistência não lhe resultar prejuízo.

se aqui da hipótese de *mutatio libelli*, que tinha como termo final do prazo preclusivo para ser realizada, pelo autor, a apresentação da defesa por parte do réu (ou o decurso do prazo desta, caso o demandado permanecesse revel). Destarte, era permitida a alteração da demanda entre o momento de sua propositura e a apresentação da defesa do demandado. Depois disso, não se admitia mais qualquer alteração unilateral dos elementos da demanda, sendo a jurisprudência, inclusive, bastante rígida no controle desta proibição.³¹⁰

Havendo consentimento do réu, era possível a alteração tanto do pedido quanto da *causa petendi*, sendo certo, contudo, que tal hipótese raramente ocorria, dada a falta de interesse do réu, na maior parte das vezes, em concordar com as alterações propostas pelo autor.

Com a entrada em vigor do código de processo civil de 1973, alterou-se um pouco o quadro. Neste sentido, o nosso CPC exige que, na petição inicial, o autor narre os fatos e fundamentos jurídicos que servem de base à sua pretensão, assim como formule desde logo o seu pedido, com todas as suas especificações.

Em relação ao momento da estabilização da demanda, a legislação atual antecipou ainda mais o termo final para a introdução unilateral de mudanças no pedido ou na causa de pedir. Este termo deixa de ser a apresentação de contestação, a passa a ser a própria citação do réu, como determina o artigo 264. Trata-se de regra que impõe ainda maior rigidez ao processo, em relação à possibilidade de alteração da demanda.

De acordo com o disposto no artigo 264 do CPC, o autor somente pode alterar o pedido e a causa de pedir, unilateralmente, antes da citação do réu, quando este ainda não se manifestou no processo, não tendo, ainda, realizado sua defesa.

O prazo final para a alteração da demanda sem necessidade de concordância do réu constitui, portanto, a citação, sendo interpretação corrente na doutrina e na jurisprudência que este termo final é a data da juntada aos autos do mandado de citação cumprido, ou do aviso de recebimento firmado pelo réu, quando tem início o prazo para apresentação da defesa.³¹¹ Este também é o entendimento amplamente majoritário da

³¹⁰ Para exame de diversas decisões sobre o tema, proferidas sob a égide do CPC de 1939, consulte-se : ALVIM, Arruda. Op. cit., p. 133.

³¹¹ Neste sentido, por exemplo, a lição de Marinoni e Mitidiero : MARINONI, Luiz Guilherme, e MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008. p. 253.

jurisprudência, especialmente do Superior Tribunal de Justiça³¹², que possui jurisprudência bastante flexível em relação ao tema.

No caso de uma demanda em que haja litisconsórcio passivo, há que se levar em conta o tipo de pretensão para se identificar o termo final para a possibilidade de alteração unilateral da demanda. Se a pretensão é única em relação a todos os litisconsortes, afirma a doutrina que o prazo final para a modificação do pedido ou da causa de pedir se encerra com a citação do primeiro réu, posto que, a partir deste momento, qualquer tentativa de mudança operada pelo autor dependeria do consentimento dos réus.³¹³ Já na hipótese em que existam pretensões diferentes dirigidas aos diversos réus, a alteração da pretensão do autor deve ser relacionada à citação do réu que vai ser atingido com a referida mudança, de modo que a citação de um dos demandados não impede a mudança do pedido ou da *causa petendi* em relação à pretensão deduzida em face de outro réu, ainda não citado.³¹⁴

A jurisprudência, em especial do STJ, contudo, admite que, mesmo quando alguns réus já tenham apresentado contestação, se ao menos um deles não foi citado, ainda é possível a alteração da demanda sem a necessidade de consentimento dos réus que já apresentaram suas defesas, sendo reaberta a estes a oportunidade de apresentar nova contestação.³¹⁵ Pelo mesmo motivo, há acórdãos determinados, por exemplo, que nas ações possessórias a demanda pode ser alterada, sem necessidade de consentimento, na audiência de justificação, realizada após a citação do réu, posto que ainda não teria tido início o prazo para a apresentação da resposta.³¹⁶

³¹² PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. PETIÇÃO INICIAL. RETIFICAÇÃO DO VALOR INICIALMENTE INDICADO. PETIÇÃO APRESENTADA ANTES DA CITAÇÃO MAS POSTERIORMENTE À EXPEDIÇÃO DO MANDADO. ART. 264, CPC. ALTERAÇÃO DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO. - O art. 264, CPC, veda a modificação do pedido ou da causa de pedir, sem o consentimento do réu, após a citação. Assim, a alteração do pedido, mesmo após a confecção do mandado de citação, mas antes da citação, tem validade e deve ser observada pelo juiz. (REsp 400042 / PE – QUARTA TURMA - rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA - j. 21/05/2002 - DJ 02/09/2002 p. 196)

³¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. II. São Paulo : Malheiros, 2002, p. 69.

³¹⁴ Neste sentido : FUX, Luiz. **Curso de direito Processual Civil**. Rio de Janeiro : Forense, 2004, p. 419.

³¹⁵ RECURSO ESPECIAL. ALTERAÇÃO DO PEDIDO E CAUSA DE PEDIR APÓS A CITAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. Antes de se consumar a citação de litisconsorte necessário do réu, por determinação do juízo, o autor pode alterar o pedido ou a causa de pedir, ainda que um dos litisconsortes já tenha ofertado contestação. 2. Cabe ao juiz, nessa situação, preservar o contraditório e garantir a reestabilização da demanda, permitindo que o réu adite sua defesa para adequá-la aos novos contornos da lide. (REsp 804255- rel. Min. Humberto Gomes de Barros – j. 14 de fevereiro de 2008-DJe 05/03/2008.)

³¹⁶ DIREITO CIVIL. RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL E REIVINDICATÓRIA. CLÁUSULA PENAL E PERDAS E DANOS. INACUMULABILIDADE.

Após a apresentação da contestação pelo demandado, ainda permite o CPC alguma possibilidade de alteração dos elementos da demanda, mas sujeita à concordância do réu.

Destarte, havendo o requerido apresentado contestação aos pedidos, qualquer alteração nos elementos da demanda deve ser-lhe previamente comunicada, a fim de que se manifeste sobre ela, podendo ser presumido seu consentimento no caso de não impugnação tempestiva, ou de apresentar defesa relativa aos novos fatos ou pedidos, sem contestar sua introdução tardia na demanda.

Há entendimento tradicional na doutrina brasileira no sentido de que a recusa do réu em consentir com a alteração da demanda não pode ser suprida pelo juiz, nem mesmo quando esta não cause qualquer prejuízo ao seu direito de defesa, e se mostre aconselhável à efetividade da decisão. Interessante observar que alguns autores admitem, por exemplo, que a falta de consentimento da parte contrária ao pedido de alteração subjéctiva da demanda possa ser suprimida pelo juiz, que poderia consentir com a mudança em um dos pólos da demanda no caso de alienação da coisa ou direito litigioso. Entretanto, em casos de alteração objetiva da demanda, não se encontra a mesma flexibilidade de interpretação doutrinária.³¹⁷

O direito do réu de ciência e manifestação acerca da alteração não pode ser suprimido nem sequer na hipótese em que este permaneça revel, haja vista que a opção

É possível emendar a inicial, convertendo pleito possessório em petitório, mormente quando efetuada antes da citação dos réus. Admissível a reivindicatória quando simultaneamente rescindido o contrato de compra e venda. O pagamento de cláusula penal compensatória exclui a possibilidade de exigir-se ainda a solução de perdas e danos. Recursos especiais parcialmente conhecidos e, nessa parte, providos. (REsp 556620/MT - QUARTA TURMA- rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA – j. 20/11/2003- DJ 10/05/2004 p. 293)

Todas as decisões citadas nas três notas de rodapé anteriores foram retiradas da seguinte obra : ROCHA, Elias Gazal. **A modificação do pedido e da causa de pedir na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça como instrumento de acesso à justiça**. Dissertação de mestrado defendida em 2009 junto ao curso de pós graduação da UERJ, ainda inédita.

³¹⁷ Assim se manifesta, por exemplo, Moniz de Aragão, sobre a possibilidade de alteração subjéctiva : “O Código, porém, subordina a cessão ao consentimento da parte contrária. Melhor teria sido a regra inversa, ou seja, proibi-la quando impugnada pela parte à qual prejudica. Como, entretanto, a exigência do consentimento não significa reconhecer o direito de negá-la por mero arbítrio, ou caprichosamente, a última palavra será sempre do juiz, ao qual competirá apreciar as razões em que se funda a negativa, que acolherá ou não.” Porém, ao tratar da possibilidade de alteração objetiva da demanda, sustenta exatamente o contrário : “O direito do réu à impugnação é mais forte do que em relação à alteração subjéctiva, e o poder do juiz de interferir na análise da recusa desaparece, pois a modificação do pedido ou da causa de pedir somente será admitida se resultar de verdadeiro negócio jurídico processual entre as partes, com reflexos sobre a estabilização da demanda, a cujo respeito o juiz não poderá intervir, para suprir o consentimento negado pelo réu.” (Aragão, Egas Dirceu Moniz de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 10ª Edição. Rio de Janeiro, Forense, 2005. p. 380 e 383)

pela revelia decorre da análise exatamente do pedido e dos seus fundamentos fáticos e jurídicos, que levam o réu a calcular a possibilidade de êxito do autor, assim como a sua situação processual em caso de procedência do pedido. Destarte, havendo modificação do pedido ou da *causa petendi*, esse risco calculado pelo réu se altera, podendo a sua situação ser seriamente agravada, razão pela qual se faz necessária nova citação, a fim de que o demandado possa ter ciência da alteração promovida pelo autor, e, após reavaliar o risco que corre com a nova demanda, decidir entre apresentar contestação aos novos fatos ou pedidos, ou continuar revel. É com esta intenção que se deve entender o disposto no artigo 312 do CPC. Note-se que no caso de revelia não há necessidade de consentimento do réu com a mudança, podendo esta ser realizada pelo autor (e deferida pelo juiz) sem a concordância do réu, sendo este intimado para se manifestar apenas posteriormente, sobre os acréscimos feitos na ação.

Ademais, o artigo 264 fixa como termo final para a possibilidade de modificação consentida da demanda a decisão saneadora do processo, entendendo o legislador que este é o momento em que o objeto do processo precisa estar plenamente definido, a fim de que se possa iniciar a fase instrutória do procedimento (ou, ainda, se for o caso, a fim de que seja realizado o chamado “julgamento antecipado da lide”).³¹⁸

O saneador apresenta-se, portanto, como um momento de inflexão do processo civil brasileiro, posto que, por ser este fragmentado, predominantemente escrito e dividido em fases bem delimitadas, a incidência da preclusão se torna necessária, sendo o saneador o marco escolhido pelo legislador para o encerramento da fase postulatória (e, conseqüentemente, das possibilidades de alteração da demanda), de modo a que possa ter início a fase instrutória. Após a decisão saneadora, o legislador proíbe a introdução de qualquer alteração da demanda, ainda que haja acordo entre as partes e necessidade para o processo (podendo ser ressalvada, apenas, para os que a admitem, a alteração da causa de pedir decorrente de um fato superveniente, que será estudada em

³¹⁸ “A estabilização dos elementos da ação não interessa apenas ao réu, senão, também, à efetividade “da prestação jurisdicional. Isto porque, se após a citação o réu prepara-se para oferecer defesa, *ultrapassado o saneamento, é o juiz que se prepara para o julgamento*. Atento à necessidade de definição do litígio, o legislador veda essa alteração “consentida” após o saneamento do processo. Como é sabido, nessa fase o juiz fixa os pontos controvertidos, mercê de encaminhar o processo à instrução e julgamento com o deferimento das provas necessárias ao esclarecimento da verdade. A proximidade da pacificação do litígio interfere nessa vedação à *mutatio libelli*, ressalvada a possibilidade da prática de atos de disponibilidade que descomprometam o juiz com o julgamento, como a renúncia ao direito em que se funda a ação ou a desistência.” (FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 2ª Edição. Rio de Janeiro : Forense, 2004. p. 421.)

separado). Resta claro, portanto, que o interesse público na rápida solução da demanda prevalece sobre o interesse (também público) em evitar a multiplicidade de processos entre as mesmas partes, sendo esta a justificativa para a referida proibição.

Alguns dispositivos legais apresentam, de certa forma, alguma flexibilidade em tema de modificação da demanda. Um destes é o preceito insculpido no artigo 475-N, inciso III, do CPC, pela reforma operada pela Lei 11.232/05, o qual admite como título executivo a sentença que homologue acordo entre as partes, ainda que o acordo trate de “matéria não posta em juízo”. Percebe-se claramente, da redação do dispositivo legal, que, embora o legislador não permita a alteração da demanda, nem por acordo entre as partes, após o saneador, ele permite que as partes a alterem no caso de composição amigável, que pode ser realizada após o saneador. Ou seja, não havendo necessidade de efetivo julgamento do mérito pelo órgão julgador, é possível a alteração dos limites da demanda originariamente posta em juízo, sem limitação temporal para tanto, desde que haja composição amigável do litígio.

No regime instituído pelo código de processo civil apresentam grande relevância também as normas contidas no artigo 462, que trata dos fatos supervenientes, e do artigo 517, que permite a introdução de fatos novos em segundo grau de jurisdição. Por sua maior relevância para o trabalho, serão analisados em separado.

Além das normas antes referidas, contidas no CPC, outro dispositivo de lei especial que merece ser mencionado é o artigo 2º, parágrafo 8º da Lei 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal), que estabelece que a certidão da dívida ativa pode ser emendada ou substituída a qualquer momento, pela Fazenda, até a decisão judicial em primeiro grau. A norma em comento, ao permitir que a Fazenda possa substituir a certidão da dívida ativa (CDA) livremente ao longo do procedimento de primeiro grau, traz disposição com potencial para permitir à Fazenda alterar radicalmente a demanda, posto que a alteração da CDA pode implicar em alteração da própria causa de pedir da ação de execução, e até mesmo da quantificação do pedido e dos legitimados para a demanda.

Contudo, doutrina e jurisprudência têm conferido interpretação restritiva a esta disposição legal, adequando-a ao rigor da regra de estabilização da demanda prevista no artigo 264 do CPC, e admitindo a substituição da CDA apenas para a correção de erros

formais, inadmitindo uma substituição que possa implicar em alteração do valor do débito, de sua origem, ou da legitimidade das partes.³¹⁹

Novidade interessante era a disposição inserta no artigo 16 do projeto de lei da ação civil pública (projeto de lei 5.139/2009), que assim dispunha :

Nas ações coletivas, a requerimento do autor, até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá permitir a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que realizada de boa-fé e que não importe prejuízo para a parte contrária, devendo ser preservado o contraditório, mediante possibilidade de manifestação do réu no prazo de quinze dias, facultada prova complementar.”

O dispositivo do projeto antes referido continha previsão de um sistema bastante flexível para o processo das ações coletivas, evitando a escolha de um momento do procedimento para a estabilização definitiva da demanda, e permitindo que esta fosse alterada a qualquer momento, desde que respeitadas as condicionantes da boa-fé e do respeito ao contraditório. Tal projeto, contudo, foi arquivado na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados.

Da mesma forma, a comissão de juristas instituída em 2010 pelo presidente do Senado³²⁰ para elaboração de um anteprojeto de um novo Código de Processo Civil, também formulou norma bastante flexível de estabilização da demanda, determinando o artigo 314 do projeto de lei do Senado Federal que o autor (e o réu reconvinente) poderiam alterar seus pedidos e as respectivas causas de pedir a qualquer momento do processo, até a prolação da sentença. A alteração possibilitada pelo anteprojeto tinha como condicionante apenas a comprovação da boa-fé do demandante, e o resguardo absoluto do direito de defesa da outra parte, a quem era assegurado o direito de impugnar as

³¹⁹ Neste sentido, a súmula 392 do STJ (“A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução.”), assim como as seguintes decisões : “Inadmissível a modificação de CDA referente à cobrança de IPTU e taxas lançadas sobre área a maior, por isso que não se trata de simples correção de erro material ou formal do título executivo, mas de modificação do próprio lançamento, com alteração do valor do débito, o que não guarda apoio no artigo 2º, § 8º, da Lei 6830/80 (RESP 87.768, 2ª turma, rel. Min. Peçanha Martins, RSTJ 140-190) Em doutrina : LOPES, Mauro Luís Rocha. **Processo Judicial Tributário**. 3ª Edição. Rio de Janeiro : Lumen Júris, 2005. p. 12/13.

³²⁰ Referida comissão, constituída por eminentes processualistas , foi instituída pelo Ato nº 379, de 30 de setembro de 2009, do Presidente do Senado. A comissão foi presidida pelo Ministro Luiz Fux, e composta pelos Professores Adroaldo Furtado Fabrício, Bruno Dantas, Elpídio Donizete Nunes, Humberto Theodoro Junior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro e Teresa Arruda Alvim Wambier, a quem coube a relatoria-geral dos trabalhos. O texto resultante dos trabalhos da comissão foi transformado no Projeto de Lei do Senado 166/2010.

alterações e produzir provas sobre elas.³²¹ Tal dispositivo, contudo, foi alterado na votação realizada no Senado Federal, tendo o projeto de lei encaminhado à Câmara acolhido um retorno ao ideal do código de processo civil ainda em vigor,³²² que volta a permitir a alteração da demanda sem consentimento do réu apenas antes da citação, e, depois desta, somente permitindo qualquer alteração com o consentimento deste, e, ainda assim, até a decisão saneadora. Depois do saneamento do processo, o projeto de novo CPC não permite qualquer alteração na demanda.

Há que se ressaltar, ainda, que na legislação que regulamenta o processo e o procedimento dos juizados especiais (Lei 9.099/95, Lei 10.259/2001 e Lei 12.153/2009) não há regra preclusiva semelhante ao preceito do artigo 264 do CPC. Esta ausência, associada aos princípios informadores deste microsistema (em especial os princípios da celeridade e da economia processual), e ao fato de, em alguns casos, não haver exigência de profissional de direito para elaboração da petição inicial, faz com que se admita a alteração da demanda com muito maior elasticidade nos procedimentos sujeitos ao juizado especial cível. Neste sentido, as turmas recursais da justiça estadual do Rio de Janeiro, por exemplo, admitem a alteração do pedido e da causa de pedir até a abertura da audiência de instrução e julgamento, sendo esta redesignada, se houver necessidade, para se resguardar o direito de defesa do réu.³²³

Diante do quadro acima exposto, e da constatação de ser rara a concordância do réu com o pedido de alteração formulado pelo autor após a contestação, percebe-se que na realidade a possibilidade de alteração da demanda no direito brasileiro encontra-se limitada, portanto, ao momento anterior ao aperfeiçoamento da citação do réu, não

³²¹ “Art. 314 : O autor poderá, enquanto não proferida a sentença, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, desde que o faça de boa-fé e que não importe em prejuízo ao réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de quinze dias, facultada a produção de prova suplementar. Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo ao pedido contraposto e à respectiva causa de pedir.”

³²² A matéria atualmente está regulamentada no artigo 304 do Projeto de Lei 8046/2010 da Câmara, assim redigido : “artigo 304 : o autor poderá : I – até a citação, modificar o pedido ou a causa de pedir, independentemente do consentimento do réu; II – até o saneamento do processo, com o consentimento do réu, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de quinze dias, facultado o requerimento de prova suplementar. Parágrafo único : Aplica-se o disposto neste artigo ao pedido contraposto e à respectiva causa de pedir.”

³²³ Neste diapasão o enunciado número 3.1.1 da consolidação dos enunciados em vigor das turmas recursais do Rio de Janeiro: “A petição inicial deve atender, somente, aos requisitos do Art. 14 da Lei 9099/95, ressalvando-se, em atenção aos princípios do art. 2º do mesmo diploma, a possibilidade de emenda por termo na própria audiência, devendo o Juiz interpretar o pedido da forma mais ampla, respeitado o contraditório.” (Publicado através do AVISO TJ Nº 23, publicado no D.O.E.R.J. de 02/07/2008)

havendo possibilidade legal de alteração unilateral, por iniciativa do autor, depois do início do prazo de defesa.

Em relação à possibilidade de alteração do pedido, cumpre dar destaque à permissão para a formulação de pedido genérico, principalmente nas hipóteses previstas no artigo 286, incisos I e II do CPC. A norma legal em comento decorre da percepção do próprio legislador de que, em algumas situações fáticas, a especificação ou a quantificação do valor do pedido somente pode vir a ser estabelecida no curso do processo, em função da evolução da situação fática, razão pela qual se mostra inviável a sua fixação no início da demanda com a impossibilidade de alteração posterior.

Entretanto, há determinadas situações, especialmente em se tratando de relação jurídica continuada, em que, embora seja possível a especificação minuciosa do pedido no início do processo, é grande a probabilidade de que a pretensão de direito material da parte autora seja alterada no curso deste, em razão de mudanças na situação fática. Nestas hipóteses, que, embora, a rigor, não se subsumem à regra prevista no artigo 286, tem sido admitida a formulação de um pedido imediato determinado, mas sem a determinação precisa do pedido mediato, formulado sempre de forma genérica.

Exemplo corriqueiro da situação antes descrita é encontrado nas ações em que se pleiteia a condenação do ente federativo (União, estados ou municípios), ou, ainda, de empresa de plano de saúde, a fornecer o tratamento médico necessário a manter a saúde do autor, sem se especificar, na inicial, qual seria o remédio ou o tratamento imediato pleiteado, dada a possibilidade de sua alteração fática no curso da lide. Nestas hipóteses, o pedido imediato consiste na condenação do réu a fornecer o tratamento prescrito pelo médico que acompanha o autor, sendo o pedido mediato especificado (e alterado, algumas vezes) no curso da lide.³²⁴

³²⁴ Há que se ressaltar que a jurisprudência, especialmente do Superior Tribunal de Justiça, vem acolhendo a formulação de pedido de fornecimento de tratamento médico, sem a especificação precisa dos medicamentos ou dos procedimentos necessários, embora afirmando não se tratar de pedido genérico. Neste sentido, pode-se citar, por todos, o seguinte acórdão: “PROCESSUAL CIVIL. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO NECESSÁRIA AO TRATAMENTO DE SAÚDE. PEDIDO GENÉRICO. NÃO-CONFIGURAÇÃO. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NA PRIMEIRA SEÇÃO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. I - Ambas as Turmas que compõem a Eg. Primeira Seção sufragam entendimento de que não se trata de pedido genérico quando se pleiteia pelo fornecimento de medicações necessárias ao tratamento contínuo de enfermidades, não se havendo que tomar como *extra petita* a decisão judicial que julga procedente tal pedido. Precedentes: REsp nº 863.240/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 14.12.2006; REsp nº 809.804/RJ, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 25.04.2006; REsp nº 813.957/RJ, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 28.04.2006. II - Inviável a apreciação dos fundamentos adotados pelo STF na apreciação da Suspensão de Tutela Antecipada - STA 91, seja

Trata-se, sem dúvidas, de expediente destinado a flexibilizar a rigidez da regra prevista no artigo 264 do CPC, que não permite a alteração do pedido após a citação do réu, evitando-se, assim, que o autor tenha que propor nova ação a cada vez que se fizer necessária a alteração ou inclusão de novo medicamento ou novo procedimento médico em seu tratamento.

Já em relação à causa de pedir, há que se ressaltar que, segundo entendimento doutrinário unânime também no direito nacional, a vedação de alteração da *causa petendi* compreende apenas a mudança no fato que serve de fundamento ao pedido, ou seja, no fato principal, considerado gerador do direito pretendido pelo autor da ação. Em consequência, não se encontra vedada a alteração dos fatos simples, enunciados apenas em caráter accidental ou circunstancial.³²⁵

Depois da apresentação da resposta do réu, portanto, de acordo com a interpretação corrente do disposto no artigo 264 do CPC, não é possível a alteração dos fatos jurídicos, que constituem a essência da *causa petendi*, mas é possível a alteração de fatos simples ou circunstanciais, ou mesmo a narrativa destes pela primeira vez, posto que não implica em alteração da demanda.

Da mesma forma, não se considera alteração da demanda o acréscimo de novos fundamentos legais, ou a menção a normas que não constavam originariamente da petição inicial, posto que a fundamentação legal não integra a *causa petendi*, podendo ser livremente alterada no curso do processo.

Em relação à qualificação jurídica dada aos fatos, pelo autor, na inicial, há grande controvérsia doutrinária. Para aqueles que sustentam que a qualificação jurídica não faz parte da *causa petendi*, é possível sua alteração ao longo do processo, sem que

porque tal argumentação fora trazida apenas nesta sede regimental como verdadeira emenda à petição de recurso especial, afrontando os Princípios da Preclusão, da Eventualidade e da Complementaridade, seja porque tais fundamentos são de ordem eminentemente constitucional, cujo exame é reservado ao Supremo Tribunal Federal, não podendo esta Corte nesta sede especial sobre eles se manifestar sequer a título de prequestionamento. III - Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp 908616 / RJ - 1ª turma - Relator ministro Francisco Falcão - DJ de 30/04/2007 - Pág. 297.)

³²⁵ “Haverá modificação causal (da *causa petendi*, ou do *fundamento da pretensão*) se for substituído o *fato* em que se fundamenta o pedido, e mercê do qual foi ele feito. Há que distinguir, aqui, com nitidez. O que interessa, para o diagnóstico perfeito, da modificação da demanda, é ver se o fato ou os fatos, em que se fundamenta o autor, foram modificados, entendidos estes como aqueles que servem à própria identificação da ação, ou à identificação da relação jurídica material. Fatos secundários, que servem para completar o quadro dos fatos narrados, se modificados ou retificados, não alteram a demanda. O que não é possível é modificar-se o *acontecer histórico* que dá base à demanda.” (ALVIM, Arruda. **Direito processual civil. Teoria geral do processo de conhecimento**. Vol. II. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1972, p. 132.)

se possa falar em alteração da demanda.³²⁶ Já para aqueles que defendem que a qualificação jurídica integra o conceito de causa de pedir, ela não poderia ser livremente modificada pelas partes, dado que sua alteração deveria se submeter à regra do artigo 264 do CPC. O tema foi examinado no capítulo referente à causa de pedir.

Percebe-se, portanto, que o sistema processual civil brasileiro é extremamente rígido em tema de modificação da demanda, sendo a demanda estabilizada logo em sua fase inicial, e não havendo, salvo na hipótese de fato superveniente, qualquer possibilidade de alteração, correção ou inclusão de novos elementos objetivos na demanda.³²⁷

A explicação para tanta rigidez procedimental sempre esteve ligada à idéia de celeridade processual, sendo corriqueira a justificativa de que um processo sem a incidência de preclusões, e com permissão para que as partes possam alterar seus pedidos a qualquer momento seria um processo excessivamente demorado, e, por isso, fadado ao insucesso. A experiência italiana, que tanta influência exerce sobre a doutrina brasileira, efetivamente comprova tal fato.

Há que se ponderar, todavia, que nem sempre a proibição de alteração da demanda leva efetivamente a uma decisão mais rápida da lide em comparação a um sistema mais flexível. Pode-se exemplificar com a seguinte hipótese : nos casos em que um pedido de tutela jurisdicional pode ser formulado com base em várias causas de pedir diferentes, uma vez proposta uma ação fundamentada em apenas uma das possíveis causas, e apresentada contestação pelo réu, o autor não poderá mais, sem a concordância deste, aditar a *causa petendi*, a fim de incluir um outro fato ou motivo que não tenha sido deduzido anteriormente (como, por exemplo, a coação, em uma ação de anulação de negócio jurídico que tenha sido baseada apenas no erro). No caso em tela, contudo, percebendo a parte autora, após a citação, a existência de outra *causa petendi* que não foi deduzida,³²⁸ como não pode modificar a demanda já proposta, esta então se

³²⁶ Esta posição é defendida, expressamente, por Marinoni, in : MARINONI, Luiz Guilherme, e MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008. p. 253.

³²⁷ Carlos Alvaro critica o excessivo rigor da preclusão adotada pelo CPC brasileiro, enfocando a hipótese do procedimento sumário, em que a lei exige a apresentação até mesmo dos quesitos periciais na petição inicial, quando nem sequer se sabe se o réu vai contestar o pedido, ou quais fatos vão ser impugnados. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**. 4ª Edição. São Paulo : Saraiva, 2010. P. 230/231.

³²⁸ Há que se ressaltar que, à falta de norma como a prevista no artigo 400 da LEC espanhola, no direito brasileiro o autor não está obrigado a deduzir todas as causas de pedir na sua demanda, podendo guardar algumas para outra ação. Note-se, ainda, que em hipóteses bem freqüentes, tal omissão não

vê compelida a propor nova ação, pleiteando a anulação do mesmo negócio, mas com causa de pedir diversa. Nesta hipótese, seguindo a teoria da tríplice identidade adotada pelo direito brasileiro, não haveria litispendência, mas as ações seriam conexas, o que implicaria em reunião dos dois processos para julgamento conjunto.

Tal solução, sem dúvida, implicaria em demora processual muito maior do que a simples inclusão de nova causa na primeira ação, o que demonstra que a adoção de um sistema excessivamente rígido, embora tenha por escopo maior a celeridade, nem sempre traduz hipótese de julgamento mais rápido do que haveria com a possibilidade de alteração da demanda.

Não se pretende, portanto, negar a necessidade da existência de preclusões no procedimento, principalmente no processo civil brasileiro, excessivamente fragmentado em fases e decisões parciais, sem a existência de uma audiência prévia em que a causa possa ser efetivamente debatida e discutida pelas partes. Contudo, a ausência de previsão legal de situações em que, justificadamente, e de forma excepcional, se possa admitir alterações da demanda, constitui verdadeiro anacronismo, incompatível com a necessidade de eficiência das decisões judiciais. Ademais, a impossibilidade legal de alteração da demanda leva, inclusive, a distorções do devido processo legal nos julgamentos de ações em que seria necessária a alteração da demanda, como se perceberá no estudo da jurisprudência.

Este excessivo rigor do CPC em relação à vedação da *mutatio libelli* (e até mesmo da *emendatio libelli*) já vem enfrentando críticas da doutrina mais moderna, ante os problemas que cria para a correta solução da causa, e, muitas vezes, para a economia processual.

É neste diapasão a lição de Leonardo Greco :

Estou convencido de que o sistema brasileiro- cuja origem remonta à tradição da litiscontestação quase contratual do Direito Romano e ao qual se contrapõem outros sistemas, como o alemão – apresenta mais desvantagens do que vantagens, o que tem levado a jurisprudência brasileira a abrir-lhe inúmeras exceções, não apenas no âmbito dos Juizados Especiais – em que a postulação do autor sem o patrocínio de advogado pode dar à causa uma configuração jurídica inadequada - , mas também em muitos outros casos em que o Judiciário se depara com novas situações fáticas ou jurídicas no curso da demanda, o que era absolutamente impossível prever, ou porque se transformaram de modo irreversível no curso de uma exagerada e longa tramitação judicial, especialmente quando uma das partes é a Fazenda Pública,

decorre de má-fé do autor, mas do fato de que este, ao tempo da propositura da ação, não havia percebido o segundo fundamento, ou não tivesse prova de tanto, o que justificaria não ter deduzido esta segunda *causa petendi*.

beneficiada por um extenso rol de privilégios processuais que favorecem a procrastinação do desfecho dos processos em que figura como parte.³²⁹

No mesmo sentido também já se manifestou Cassio Scarpinella Bueno, acerca da norma do artigo 264 do CPC :

O parágrafo único do art. 264, contudo, que trata, especificamente, do que é denominado de “estabilização da demanda”, veda que após “saneado” o processo haja qualquer alteração no pedido ou na causa de pedir, mesmo que, em tese, autor e réu estejam concordes. Melhor que o rigor da solução legislativa é permitir que o magistrado, consoante as *necessidades* de cada caso concreto, e, sobretudo, diante da inexistência de qualquer prejuízo para as partes e para a “rápida solução do litígio” (art. 125, II), amplamente considerado no plano material, admita eventuais alterações *objetivas e subjetivas*.³³⁰

Diante do acima exposto, percebe-se que a proibição de alteração da demanda tradicionalmente imposta pela legislação processual civil brasileira não traduz a melhor disciplina da matéria, sendo necessário que a norma do artigo 264 seja revista para que haja a permissão de que, em algumas hipóteses, as partes possam introduzir algumas alterações na ação em curso, de molde a atender aos anseios de efetividade da decisão final, mas sem prejudicar o direito da outra parte ao contraditório e à ampla defesa.

Tais hipóteses excepcionais de modificação da demanda após o saneador, contudo, devem ser previstas em lei, de molde a se resguardar o devido processo legal e a segurança jurídica dos litigantes. Não nos parece, portanto, que a delegação de poderes ao julgador para decidir sobre a admissibilidade de modificações da demanda após o saneador, sem o estabelecimento de parâmetros legais, seja a melhor solução para tanto. O tema será melhor examinado na parte final deste trabalho.

4.2 O artigo 462 e os fatos supervenientes

³²⁹ GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. vol. II. 1ª Edição. Rio de Janeiro : Forense, 2010. p. 34-35

³³⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. vol. II. Tomo I. 2ª Edição. São Paulo : Saraiva, 2009. p. 99. Grifos do autor. Com a mesma opinião, José Medina e Teresa Wambier : “Entendemos nós que, à luz do princípio da economia processual, não se deveria impedir a alteração do pedido e da causa de pedir, mesmo após o saneamento do processo, desde que requerida de boa-fé pela parte e observado o princípio do contraditório.” (MEDINA, José Miguel Garcia e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo Civil Moderno : Parte geral e processo de conhecimento**. 2ª Edição. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011. nota de rodapé 113, p. 200)

4.2.1 Origem do dispositivo

Dentro do sistema extremamente rígido quanto ao momento de estabilização da demanda imposto pelo código de processo civil brasileiro, encontra-se um dispositivo legal que constitui verdadeira abertura para o ingresso, no processo, de fatos novos, de molde a permitir a adequação da decisão final da causa à realidade existente no momento de sua prolação. Trata-se da norma inserta no artigo 462 do CPC, que assim dispõe: ' Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao Juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença'.

Segundo Galeno Lacerda³³¹, o dispositivo inscrito no artigo 462 do atual CPC, sem precedente nos ordenamentos italianos e germânicos, teria sido inspirado em dispositivo semelhante constante da legislação processual civil portuguesa desde 1939, qual seja, o artigo 663 do código processual lusitano, que, em sua redação originária, assim dispunha :

ARTIGO 663.º (Atendibilidade dos factos jurídicos supervenientes): No julgamento, devem-se levar em consideração os factos constitutivos ou extintivos do direito que se produziram posteriormente à proposição da acção, de modo que a decisão corresponda ao estado das cousas no momento do encerramento da discussão. A circunstância de o facto jurídico ter surgido ou desaparecido no decurso do processo será levado em conta para o efeito da condenação em custas.³³²

O revogado Código de Processo Civil brasileiro de 1939, também por influência lusitana, já continha previsão acerca do reconhecimento do fato superveniente no

³³¹ LACERDA, Galeno. **O juiz e a Justiça no Brasil**. Revista de Processo, vol. 61, 1991, Pág. 161.

³³² O referido artigo, que sobreviveu a todas as reformas do código de processo civil português, tem redação atual, dada pelo Decreto-Lei n.º 34/2008, de 26 de Fevereiro de 2008, assim vazada: “**Artigo 663.º (Atendibilidade dos factos jurídicos supervenientes)** : 1 - Sem prejuízo das restrições estabelecidas noutras disposições legais, nomeadamente quanto às condições em que pode ser alterada a causa de pedir, deve a sentença tomar em consideração os factos constitutivos, modificativos ou extintivos do direito que se produzam posteriormente à proposição da acção, de modo que a decisão corresponda à situação existente no momento do encerramento da discussão.2 - Só são, porém, atendíveis os factos que, segundo o direito substantivo aplicável, tenham influência sobre a existência ou conteúdo da relação controvertida.3 - A circunstância de o facto jurídico relevante ter nascido ou se haver extinguido no decurso do processo é levada em conta para o efeito da condenação em custas, de acordo com o disposto no artigo 450.º

juízo da causa, mas sem a amplitude da norma contida no atual artigo 462.³³³ Com efeito, o artigo 64 do CPC de 1939, com a redação dada pela Lei 4.632, de 18.05.1965, no seu parágrafo 2.º, dispunha que "Se a sentença se basear em fato ou direito superveniente, o Juiz levará em conta essa circunstância para o efeito da condenação nas custas e honorários". Trata-se de norma que reconhecia a importância do fato ocorrido após a propositura da ação, e permitia sua influência sobre a decisão da causa, determinando, inclusive, que a condenação nos ônus da sucumbência deveria levar em conta a alteração no quadro fático determinada pelo reconhecimento dos fatos supervenientes.

Com a entrada em vigor do código de processo de 1973, a norma antes contida no citado artigo 64 foi aperfeiçoada pelo artigo 462, pretendendo o legislador deixar claro que o juiz deve levar em consideração, no momento de decidir a causa, os fatos ocorridos depois da propositura da ação, ainda que estes sejam constitutivos, modificativos ou extintivos do direito nela pleiteado.

A finalidade da norma inserta no artigo 462 é claramente a de trazer para o processo a realidade fática ocorrida depois da propositura da ação ou da apresentação da defesa, de molde a evitar que o julgador, ao decidir a causa, venha a proferir sentença em descompasso com a realidade, o que frustra a expectativa das partes de efetiva solução do litígio, função primordial da jurisdição. Na ausência de reconhecimento dos fatos intercorrentes, a decisão judicial não será de nenhuma utilidade prática, por ter sido prolatada de forma dissociada da realidade já existente. Na ausência de uma norma como esta, que promova a abertura do processo à realidade fática que está à sua volta, este deixaria de cumprir sua função de instrumento para a realização do direito material, passando a ser um instituto fechado em si mesmo e em seu excessivo tecnicismo, o que, em muitos casos, tornaria impossível o próprio alcance dos resultados dele esperados.

³³³ Ver, sobre o assunto : SOBRINHO, Elicio de Cresci. **Fatos supervenientes**. Revista de Processo, v. 93, p. 318, 1999. O mesmo autor menciona a opinião de Pontes de Miranda sobre o artigo 462 do código atual : "A regra jurídica que se põs no art. 462, em vez de se referir à proponibilidade de ação de modificação, de extinção ou de criação, de que se cogita em geral, permite após inserção no pedido, que teve seus limites iniciais, de alegação de haver ocorrido algo, depois da propositura da ação, com efeito gerador (constitutivo, modificativo ou extintivo). Tal solução é elogiável, porque evita que se tenha de propor outra ação, como também afasta a inadequada invocabilidade do princípio que se aponta no art. 294 ('quando o autor houver omitido, na petição inicial, pedido que lhe era lícito fazer, só por ação distinta poderá formulá-lo')". Pontes de Miranda, **Comentários ao Código de Processo Civil brasileiro**, Forense, V/101.

4.2.2 Interpretação doutrinária e jurisprudencial

A doutrina nacional, no que se refere à interpretação e à análise do âmbito de aplicação da referida norma legal, em princípio, vem se inclinando por uma interpretação conservadora, restringindo as possibilidades de reconhecimento judicial dos fatos ocorridos após a propositura da ação, em especial em razão das regras limitadoras da estabilização da demanda. Exceção a esta afirmativa encontra-se em Galeno Lacerda, o qual, reconhecendo a posição “acanhada” da doutrina nacional acerca da interpretação do artigo 462, exalta sua importância “revolucionária” para o sistema processual, e a necessidade de ser efetivamente reconhecido como tal. Em suas palavras :

A norma é tão revolucionária, mexe com tantos princípios processuais, elevados a dogmas consagrados e imutáveis, rasga horizontes tão vastos e surpreendentes, que a doutrina, temerosa de aventurar-se em mundo novo e desconhecido, se encolhe acanhada e vacilante.(...) Deve-se à coragem e ousadia de José Alberto dos Reis, o grande mestre lusitano, a redução, pela vez primeira, ao direito positivo moderno, de idéias sobre a relevância dos fatos supervenientes, de que Chiovenda, entre outros, se fizera expoente. Depois de assinalar que a aplicação rigorosa do princípio de que 'deve atuar-se a lei como se isso ocorresse no momento da demanda', ofenderia outro princípio mais alto, o da 'economia dos processos', Chiovenda admite que, sob condição de não se alterar o pedido no curso do processo, se possa valer uma causa superveniente, quando esta se traduzir no próprio fato jurídico afirmado como existente na demanda, embora, naquela ocasião, ainda não tivesse ocorrido (Instituições, trad. bras., 1/257, n. 38). (...) Como quer que seja, a tese, transformada em lei e adotada pelo Direito brasileiro, de modo ainda mais abrangente do que o português, abala e subverte velhos princípios, como o do efeito consumptivo da *litis contestatio*, em sua rígida imutabilidade formal. Se não há mudança no pedido, há sem dúvida modificação entre os fatos anteriores e os posteriores à inicial e à contestação, transformação que deve, por lei, ser considerada. O processo deixa de ater-se a um momento estático no tempo, para afeiçoar-se, ao contrário, ao dinamismo e à fluência da vida, a fim de, com olhos voltados à economia das partes e à necessidade de eliminar-se o litígio com presteza, aproveitar o já instaurado para fazer justiça ulterior ao momento inicial.³³⁴

Em que pese o entusiasmo demonstrado por Galeno Lacerda, subsistem, ainda, várias controvérsias acerca da interpretação e alcance da norma em comento, assim como, na doutrina tradicional, uma visão bastante restritiva de suas possibilidades de utilização. Tal fato não impede, contudo, que alguns processualistas já se manifestem pela interpretação mais flexível da norma, o que, aliás, vem sendo reiteradamente realizado pela jurisprudência, como adiante se verá.

³³⁴ LACERDA, Galeno. **O juiz e a Justiça no Brasil**. Revista de Processo, v. 61, 1991, p. 161.

O fato superveniente, que deve ser levado em conta pelo juiz ao decidir, na forma prevista pelo artigo 462 do CPC, tanto pode dizer respeito ao fato que influencie o mérito da causa, como pode ser relativo à configuração de uma das condições da ação. Nesta segunda hipótese, tem-se, ainda mais destacada, a finalidade da norma, relativamente à economia processual. Destarte, caso no momento da propositura da ação não estejam presentes todas as suas condições, mas um fato ocorrido depois da distribuição venha a implementar a condição faltante, este fato deve ser levado em consideração, a fim de evitar a extinção do processo sem exame de mérito.

Exemplo comumente mencionado em doutrina diz respeito à cobrança de dívida ainda não vencida, cujo vencimento vem a ocorrer depois da propositura da ação, devendo então o fato superveniente ser levado em conta para tornar presente o interesse processual. Nesta hipótese, justamente pela atenção ao princípio da economia processual, a autorização legal para que seja levado em conta o fato ocorrido depois da propositura da ação impede a extinção da demanda se já houve a implementação do interesse, ainda que por um fato não presente no momento de sua propositura. Esta tem sido posição amplamente admitida pela jurisprudência e pela doutrina que trata do tema, vez que evita a extinção do processo e a conseqüente propositura de nova demanda idêntica, apenas por amor ao formalismo processual.³³⁵

Hipótese diversa ocorre quando o fato superveniente vem a ser a consumação de um prazo de direito material que integra o direito do autor, como, por exemplo, a consumação do prazo exigido pela legislação civil para a configuração da usucapião. Em hipótese como estas, em que o prazo da usucapião somente se consuma no curso do processo, a sua admissão, na sentença de procedência, tem como justificativa a prevalência do respeito à economia processual em detrimento do apego ao formalismo processual, haja vista que, do ponto de vista lógico, não faria sentido um julgamento de improcedência da demanda por não ter se consumado o lapso temporal necessário à usucapião antes da propositura da ação. A opção mais se justifica por ter o julgador ciência de que, como este lapso temporal se consumou no curso do processo, a parte seria obrigada a propor nova ação, idêntica à anterior, com a repetição de toda a

³³⁵ No sentido do texto, Carlos Alvaro, dando como exemplo o vencimento de um crédito no curso da ação de cobrança, mas antes da sentença, ou o trânsito em julgado da sentença estrangeira, no curso de pedido de homologação. In OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**. 4ª Edição. São Paulo : Saraiva, 2010. p. 238. No mesmo sentido : NERY JUNIOR, Nelson. **Condições da ação**. Revista de Processo, v. 64, 1991, p. 33.

instrução processual, para só então ver acolhido seu direito.³³⁶ Cumpre esclarecer que a jurisprudência também tende a admitir tais hipóteses, em casos especiais, com vistas a evitar a sentença de improcedência ou de extinção, que levaria à propositura imediata de nova demanda.³³⁷

Em relação ao alcance da norma em apreço, há que se destacar que a redação sintética do dispositivo legal dificulta sua interpretação pela doutrina, e sua conseqüente aplicação prática, criando divergências além daquelas já naturais à matéria em discussão.

Discute a doutrina, por exemplo, se a previsão do artigo 462 poderia ser aplicada apenas aos fatos surgidos depois da propositura da ação ou da elaboração da defesa, ou também aos fatos surgidos antes destes momentos processuais, mas que somente depois chegaram ao conhecimento das partes, ou, ainda, a aqueles fatos que já eram conhecidos das partes, mas cuja prova somente foi obtida em momento posterior.

José Rogério Cruz e Tucci, discorrendo sobre o tema, diferencia o fato novo do fato superveniente. O primeiro seria o fato que preexistia à propositura da ação, mas que não foi alegado por nenhuma das partes, ou por desconhecimento, ou por não ter sido considerado importante. É o fato que se torna relevante no curso do processo (em razão do desenvolvimento da instrução processual), mas que não fora alegado oportunamente. A segunda categoria seria a dos fatos supervenientes, assim considerados aqueles que efetivamente ocorreram depois da propositura da ação, mas que influenciam o resultado desta, em razão da norma do artigo 462.³³⁸

Nesta ordem de idéias, a norma do artigo 462 somente seria aplicável aos fatos que efetivamente ocorreram depois da propositura da ação, e não aos demais, cujo conhecimento não estaria autorizado pela norma legal. Entretanto, tal distinção nem sempre é seguida com o rigor técnico aqui demonstrado, até mesmo por razões de ordem prática, posto que, mesmo aqueles fatos aqui classificados como “fatos novos”

³³⁶ Em sentido contrário ao do texto, afirmando a impossibilidade de acolhimento do pedido se o prazo somente se consumou no curso do processo, pode-se mencionar a posição José Rubens Costa : COSTA, José Rubens. **Fato Superveniente**. Revista dos Tribunais, v. 796, fevereiro de 2002, p. 157.

³³⁷ Neste sentido, por exemplo, a decisão plenária do STF : “Devendo as condições da ação coexistir à data da sentença, considera-se presente o interesse processual, ou de agir, em ação direta de inconstitucionalidade de Emenda Constitucional que só foi publicada, oficialmente, no curso do processo, mas antes da sentença (ADI 3367, rel. Min. Cesar Peluzo, DJU de 17.03.2003) .

³³⁸ TUCCI, José Rogério Cruz. **A causa petendi no processo civil**. 3ª Edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009, p. 165.

muitas vezes merecem, por diversas razões, serem levados em conta pelo julgador no momento da decisão da causa.

Também diverge a doutrina em reconhecer se a norma inserta no artigo 462 do CPC se aplica apenas ao fato ocorrido depois da propositura da demanda, ou se pode ser utilizada para que se leve em conta o direito surgido depois da propositura da ação ou da apresentação da defesa.

Defendendo o conhecimento também das normas legais aplicáveis ao caso, ainda que tenham surgido após a estabilização da demanda, pode-se trazer a opinião de Carlos Alberto Alvaro, que assim leciona :

Assim, se a nova lei passa a outorgar ao fato originariamente narrado pelo autor efeito constitutivo ou modificativo, ou extingue a sua eficácia jurídica, não há como deixar de considerar a situação daí decorrente, em face da dinâmica do fenômeno processual e do princípio da economia processual. Pode ocorrer, porém, que nada obstante o novo estatuto legal, normas de direito transitório impeçam seu emprego no caso concreto, diante, por exemplo, do direito adquirido ou do ato jurídico perfeito, mas esta já é outra questão, que refoge ao âmbito do direito processual.³³⁹

4.2.3 O fato superveniente e a alteração da *causa petendi*

No que mais interessa ao tema em relevo, há grande divergência doutrinária em saber se os fatos que podem ser levados em consideração após a propositura da ação são apenas fatos simples ou acidentais, ou se essa permissão inclui fatos capazes de alterar a *causa petendi* (ou a *causa excipiendi*), o que criaria, então, uma exceção à regra estabilizadora da demanda prevista no artigo 264 do CPC.

A maior parte da doutrina nacional, ao se manifestar sobre a interpretação a ser conferida ao artigo 462 do CPC, subordina sua aplicação à regra estabilizadora da

³³⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**. 4ª Edição. São Paulo : Saraiva, 2010. p. 237. Cumpre esclarecer que a jurisprudência também vem admitindo que a decisão judicial leve em consideração as normas jurídicas que surjam no curso do processo, desde que respeitadas as garantias constitucionais decorrentes do ato jurídico perfeito e os direitos adquiridos. Deste diapasão as seguintes decisões do Superior Tribunal de Justiça : “ *Jus superveniens*. O direito vigente à época da decisão deve ser aplicado pelo juiz, ainda que posterior ao ajuizamento da ação, sempre que a lei nova não ressalve os direitos da lei anterior.” (RSTJ 98/149). “As normas legais editadas após o ajuizamento da ação devem levar-se em conta para regular a situação exposta na inicial.” (STJ – 3ª Turma – REsp 18443-0, rel. Min. Eduardo Ribeiro – DJU de 09/08/93) Decisões retiradas da obra : NEGRÃO, Theotonio e GOUVEIA, José Roberto Ferreira. **Código de processo civil e legislação processual civil em vigor**. 43ª Edição. São Paulo : Saraiva, 2011. p. 530.

demanda, prevista no artigo 264. Assim, constitui interpretação doutrinária amplamente majoritária que a permissão legal para que o julgador leve em conta fatos que não foram mencionados nem na inicial nem na contestação, mas apenas no curso do processo, somente é admitida nas hipóteses em que estes fatos não impliquem em alteração do pedido nem da causa de pedir. Em outras palavras, os fatos supervenientes que podem ser levados em consideração devem ser somente os chamados fatos simples, aqueles hábeis a esclarecer, corroborar ou de alguma forma robustecer os fatos constitutivos do direito do autor, ou da defesa do réu, mas sem alterar o pedido ou a *causa petendi*.³⁴⁰

Exemplificando, poder-se-ia afirmar que, em uma ação indenizatória,

a causa de pedir é o ato ilícito e o pedido, a indenização. Se o ato ilícito, agressão física ao autor, apenas o magoou, incapacitou em parte, no todo ou o matou, pode ser comprovado por fatos supervenientes. Não se altera a causa de pedir (indenização por ato ilícito) e nem o pedido (condenação em indenizar), mas se quantifica no curso da lide, inclusive por alteração posterior das conseqüências. Sem dúvida, entretanto, que a causa de pedir estava madura quando do ajuizamento, não se formulou pretensão que, à época, não existia. Propõe-se ação por dano moral; numa discussão entre vizinhos, um fere a imagem ou a honra do outro; no curso da lide, a imprensa noticia o fato; mais adiante, passa no Jornal Nacional; posteriormente, no Fantástico. Os fatos supervenientes da divulgação das injúrias, são considerados como elementos de fato, para a apuração da extensão do dano moral, no sentido da divulgação e dor causada.³⁴¹

Não se admite, portanto, a inclusão de fatos que venham a introduzir uma nova causa de pedir na demanda. Neste sentido, pode-se citar o magistério de Luiz Fux :

Destarte, como decorrência da regra, que permite a alegação de direito superveniente ou dos fatos influentes na decisão da causa após a citação (artigos, 303, I, e 462 do CPC), “forçoso reconhecer que dizem respeito a fatos já articulados”, porque, do contrário, haveria violação da regra do art. 264 do CPC e do próprio princípio do contraditório.³⁴²

³⁴⁰ “O fato superveniente que deve ser levado em consideração para a resolução da causa é aquele que não importa em alteração da causa de pedir, sob pena de violação, a pretexto de aplicação do art. 462 do CPC, do art. 264 do CPC.” (MARINONI, Luiz Guilherme, e MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008. p. 440.)

³⁴¹ COSTA, José Rubens. **Fato Superveniente**. Revista dos Tribunais, v. 796, p. 157, fevereiro de 2002.

³⁴² FUX, Luiz. **Curso de direito Processual Civil**. Rio de Janeiro : Forense, 2004. p. 420. Posição semelhante é a de José Maria Rosa Tesheiner: “O regime do fato superveniente ocorrido no curso da ação é o mesmo do fato ocorrido antes e não alegado na inicial. Em outras palavras, o fato superveniente de que o Juiz pode conhecer não pode importar em total alteração da causa de pedir. Segue-se, pois, que: a) alegado o fato, pode o Juiz conhecer de efeito seu, que se haja verificado no curso do processo. Exemplo: havendo pedido de indenização de danos pessoais decorrentes do ato X do réu, o efeito "morte da vítima", no curso do processo, pode e deve ser levado em consideração para a fixação da indenização devida; b) alegado o fato, pode o Juiz conhecer do fato conexo, em se tratando de fato complexo. Exemplo: registro do contrato no curso do processo; vencimento da dívida no curso da ação; c) pode o Juiz conhecer de fato de idêntica natureza do alegado na inicial. Exemplo: proposta ação de despejo por falta de pagamento do aluguel de setembro, o inquilino propõe ação de

Abandonando a posição restritiva, alguns autores possuem opiniões intermediárias, admitindo alguns temperamentos à regra da estabilização da demanda por força da ocorrência dos fatos supervenientes, mas com limitações. Tomando partido desta discussão, Cândido Dinamarco, por exemplo, sustenta que a interpretação do artigo 462 deve ser diferenciada conforme se trate de fato superveniente a ser alegado pelo autor ou pelo réu. Em se tratando de fato a ser aduzido pelo réu, a regra legal deveria ser interpretada de forma ampliativa, de modo a incluir fatos que podem alterar a *causa excipienda*, haja vista que, com a prolação de decisão de mérito sobre o objeto do processo, a eficácia preclusiva da coisa julgada incidirá tanto sobre as questões deduzidas quanto sobre as questões que poderiam ter sido deduzidas mas não o foram. Desta feita, se não se admite a inclusão de fatos novos supervenientes, pelo réu, no processo, este não terá outra oportunidade de fazê-lo, posto lhe ser vedado discutir a mesma questão em outra demanda, dada a coisa julgada material. Por outro lado, defende o grande doutrinador que a interpretação da regra legal em relação ao autor pode ser mais restrita, de modo a compatibilizá-la com a estabilização da demanda determinada no artigo 264, não se admitindo, portanto a inclusão de fatos supervenientes que possam alterar a causa de pedir. Afirma, para tanto, que tal interpretação não traz prejuízo ao autor, dado que este pode deduzir o fato novo em outra demanda, o que não fica impedido pela formação de coisa julgada material.³⁴³

Em que pese o brilho da tese defendida por Cândido Dinamarco, note-se que ele mesmo reconhece que a solução apresentada, por constituir interpretação muito rígida da norma legal em relação ao autor, poderá implicar na necessidade de propositura de nova demanda, além de impedir que a sentença julgue a causa de acordo com a situação fática existente no momento da decisão, o que, por princípio, seria o ideal, por aproximar a decisão judicial da realidade fática subjacente a ela, ideal inspirador do processo justo. Assim, o próprio autor defende que, se não houver ofensa ao

consignação em pagamento do valor correspondente. Dois anos após, o Juiz prola a sentença, julgando procedente a consignatória e procedente também o pedido porque, desde então, o inquilino não pagou mais nenhum aluguel; d) se o fato superveniente é de natureza diversa do alegado na inicial, dele não pode o Juiz conhecer. Exemplo: a danificação do imóvel pelo inquilino no curso de ação de despejo fundada em sublocação não consentida. TESHEINER, José Maria Rosa. **Os elementos da ação**. Revista *Ajuris*, v. 21, n. 62, Porto Alegre, 1994, p. 108.

³⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. III. 6ª Edição. São Paulo : Malheiros, 2009. p. 369-370.

contraditório, pode-se adotar a interpretação mais ampla, também quando a inclusão de fatos novos beneficie ao autor, de modo a se evitar a propositura de nova demanda.

Leonardo Greco diferencia, na aplicação da regra prevista no artigo 462 do CPC brasileiro, os direitos autodeterminados dos direitos heterodeterminados, aduzindo que a norma em comento somente autoriza o juiz a conhecer de novos fatos jurídicos (ou seja, fatos que poderiam dar ensejo a uma nova *causa petendi*) nas hipóteses de direitos autodeterminados, e desde que sejam fatos constitutivos da mesma *fattispecie* daqueles já enunciados (isto é, que dêem azo à mesma relação jurídica já deduzida em juízo). Já nas hipóteses de direitos heterodeterminados, considerando que cada fato jurídico dá ensejo a uma nova demanda, há que se conciliar a norma do artigo 462 do CPC com a regra de estabilização da demanda, concluindo o mestre, portanto, que nesta espécie de direitos não seria possível o juiz apreciar o pedido com base em novos fatos jurídicos que impliquem em novas causas de pedir, posto que se trataria de alteração da demanda não permitida pelo CPC.³⁴⁴

Em posição que busca a conciliação entre os princípios envolvidos, mencione-se, ainda, a doutrina de Carlos Alvaro, para quem se pode admitir que o fato superveniente não seja apenas um fato simples, mas fato constitutivo do direito do autor, desde que este guarde íntima ligação com o fato jurídico já deduzido na inicial. Nestes termos aduz a sua opinião :

Em relação ao fato superveniente *constitutivo* ou *modificativo*, verifica-se, a princípio, alteração na causa de pedir. Nem sempre, porém, semelhante circunstância será relevante, pois o fato jurídico pode ser suscitado em sua integridade, na perspectiva do acontecimento futuro, já na petição inicial, embora ainda não ocorrido, com o que o problema ficará restrito exclusivamente ao domínio da prova. Quando haja possibilidade de alteração da causa de pedir, a apreciação do fato superveniente somente será lícita, ante as condicionantes do princípio da estabilidade da demanda, se guardar íntima relação com o fato apontado como representativo do fundamento jurídico do pedido e constituir apenas um elemento deste, ausente na exposição realizada pelo autor, todavia importante para a constituição do direito. Dentro dessas coordenadas, impõe-se participe o fato superveniente da qualificação jurídica do fato inicialmente descrito, não considerado este como o fato individualizado e concreto gerador do direito, mas integrando a causa de pedir no seu sentido abstrato, como “categoria jurídica” ou como “acontecer histórico”. Entendimento contrário importaria afastar a possibilidade de invocação do fato superveniente constitutivo ou modificativo, com intolerável e injustificado prejuízo à economia processual. Dessa forma, em prol da maior eficiência do instrumento processual, chega-se a uma solução de compromisso no aparente

³⁴⁴ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. vol. I. 2ª Edição. Rio de Janeiro : Forense, 2010. p. 204-208

conflito entre os princípios dispositivo, da estabilização da demanda e da economia processual.³⁴⁵

Por fim, parte ainda minoritária da doutrina sustenta que os fatos a que faz menção o artigo 462 podem ser fatos suscetíveis de introduzir uma nova causa de pedir, ou de alterar parcialmente a *causa petendi* já deduzida, constituindo o referido dispositivo legal, portanto, norma que excepciona a regra estabilizadora da demanda, inserta no artigo 264. Tal interpretação se faz em razão do que dispõe o próprio preceito legal, ao falar em *fato constitutivo*, que outro não pode ser que o fato que *constitui* o direito do autor, e, como tal, o fato que fundamenta a *causa petendi*. Nesta linha de raciocínio, ao admitir que se leve em consideração novos fatos constitutivos do direito, estaria o código a admitir que se leve em consideração *novas causas de pedir* surgidas no curso do processo, constituindo a norma prevista no artigo 462 do CPC, portanto, uma exceção à norma contida no artigo 264. Pelo mesmo motivo, ao mencionar os fatos supervenientes que sejam extintivos ou modificativos do direito do autor, a serem alegados pelo réu, esta norma implica em exceção à regra contida no artigo 301 do CPC, posto que este se refere apenas aos fatos existentes no momento da apresentação da contestação.

Neste sentido, a opinião de Cassio Scarpinella :

O *autor* poderá trazer ao julgador fatos *constitutivos* do direito alegado que tenham ocorrido *após* o início do processo. Não há como deixar de admitir, portanto, que o art. 462 *tempera* a rigidez do princípio da “estabilização da demanda” que decorre da conjugação dos artigos 264 e 294- uma verdadeira exceção àqueles dispositivos, devidamente expressa na lei – e, nesse sentido, afina-se ao princípio da *economia* e da *eficiência processuais*, já que torna desnecessário uma renovada iniciativa do autor em um novo e distinto processo para discutir questão que, embora superveniente, pode ser colocada para debate no processo já em curso.³⁴⁶

³⁴⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**. 4ª Edição. São Paulo : Saraiva, 2010.p. 238-240

³⁴⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. vol. II. Tomo I. 2ª Edição. São Paulo : Saraiva, 2009. p. 364. Grifos do autor. Também da mesma opinião compartilha Araken de Assis : É bilateral a alegação dos fatos supervenientes. O art. 303, I, produz impressão errônea. Ficou autorizado, no art. 462, o juiz considerar, além dos fatos modificativos ou extintivos, que compete ao réu alegar, igualmente fatos constitutivos, de ofício ou a requerimento da parte. Evidentemente, a regra beneficia o autor, abrangendo causas de pedir diferentes da originariamente alegada – fatos constitutivos formam e definem a causa de pedir (art. 282, III)-, bem como a ocorrência ulterior do fato constitutivo já alegado. (...) No direito brasileiro, o art. 462 autoriza o juiz a apreciar *causae petendi* novas, porém supervenientes.” ASSIS, Araken. **Manual dos Recursos**. 2ª edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008. p. 446 e 448. Grifos do autor. Da mesma forma, Bedaque : “ A partir dessa premissa, não parece adequada a interpretação que a doutrina vem dando ao art. 462 do CPC. A ocorrência de fato constitutivo, modificativo ou extintivo novo deve ser levada em conta pelo juiz, ainda que implique modificação da causa de pedir. Trata-se de exceção à estabilização da demanda, justificável pela verificação de fato novo. Para legitimar o julgamento fundado na nova causa, basta seja reaberto o contraditório, inclusive para possibilitar a produção de

Perceptível, portanto, a dificuldade de traçar a melhor interpretação sobre a norma, haja vista a grande divergência até mesmo nos argumentos utilizados por cada doutrinador para fundamentar sua opinião sobre o tema.

De todo o exposto, também se pode perceber que o preceito legal inserido no artigo 462 do nosso código de processo civil constitui norma extremamente relevante em relação ao tema da estabilização da demanda, mormente em razão da conhecida demora que habitualmente se verifica entre a propositura da ação e a solução definitiva da lide, com o julgamento do último recurso cabível. A inclusão de fatos supervenientes permite a oxigenação do processo, com a inserção de fatos que possam ocorrer neste longo percurso, aproximando a decisão judicial à situação fática existente no momento em que esta vem a ser proferida.

Não restam dúvidas, contudo, de que, diante de um sistema que não permite qualquer modificação unilateral da demanda depois da citação, assim como da necessidade (já exposta) de que este sistema seja flexibilizado, situação agravada pelo fato de o artigo 462 do CPC ser praticamente o único dispositivo legal que pode permitir alguma modificação da demanda no curso do processo, deve-se buscar uma interpretação deste que se coadune, quando necessário, com a possibilidade de alteração da demanda.

Destarte, a possibilidade de alteração da *causa petendi* (ou eventualmente até mesmo do pedido inicialmente formulado) como consequência da inclusão de fatos que efetivamente tenham ocorrido (ou chegado ao conhecimento da parte a quem eles aproveitam) depois da apresentação da contestação, deve ser admitida, ainda que com alguns balizamentos.

Neste ponto, há que se ressaltar que a norma que impõe um termo preclusivo para a admissão de novos fatos capazes de ensejar a alteração do pedido ou da *causa petendi*, e que se encontra prevista no artigo 264 do CPC, não traduz nenhum princípio jurídico, posto que não representa nenhuma garantia fundamental nem do processo nem dos jurisdicionados, e que, por isso, não possa ser suprimida ou excepcionada. Trata-se apenas de regra técnica de procedimento, e que, portanto, deve ser compatibilizada com

prova. Aproveita-se o mesmo instrumento para solucionar a crise de direito material à luz de fato inexistente no momento da propositura da demanda. A demora maior para a conclusão do processo é amplamente compensada pela eliminação de nova demanda.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2ª edição. São Paulo : Malheiros, 2007. p.136.)

as demais regras técnicas de mesma hierarquia legal, também presentes no corpo do mesmo código, sem que se possa afirmar, *a priori*, sua predominância sobre todas as demais normas que com ela possam entrar em (aparente) conflito. A compatibilização entre as regras procedimentais deve ser feita, portanto, à luz dos princípios e das garantias processuais.³⁴⁷

Nesta ordem de ideias, deve ser levado em conta que o preceito que impõe limite temporal à estabilização da demanda tem por escopos principais privilegiar o princípio da celeridade, evitando o tumulto processual (que certamente ocorreria com a livre possibilidade de alteração do objeto litigioso no curso do processo), e possibilitando o ganho de tempo no julgamento da lide. Além disso, visa também assegurar os princípios da lealdade e da boa-fé processuais, evitando que as partes guardem trunfos para um momento posterior do processo, com fim de obter vantagem processual com tal atitude. Por fim, assegura o amplo direito de defesa da parte ré.

Na hipótese em exame, a admissibilidade de alteração dos elementos objetivos da demanda em razão da alegação de fatos supervenientes não apresenta conflito real com nenhum dos princípios antes referidos, sendo, portanto, possível e razoável a sua admissão, como exceção à regra técnica contida no artigo 264 do CPC.

Explicitando melhor a idéia, percebe-se que o princípio da boa-fé processual mantém-se intocado, à medida que somente se admitam fatos que realmente tenham ocorrido depois daquele momento preclusivo, ou fatos que a parte efetivamente não tinha conhecimento anterior, não havendo margem para a alteração indevida da demanda. Da mesma forma, o argumento acerca do prejuízo à celeridade do julgamento da demanda deve ser ponderado com o ganho obtido (tanto de tempo quanto de dinheiro e de trabalho) em se evitar uma nova demanda entre as mesmas partes, para se obter o resultado que não foi obtido pela primeira demanda. Diante destas premissas, se justifica, muitas vezes, a admissão de alterações no pedido e na causa de pedir, por fato superveniente, entendendo-se a celeridade não como resultado do julgamento de uma

³⁴⁷ Sobre o tema, valem a pena serem lidas as considerações de Ricardo de Barros Leonel (LEONEL, Ricardo de Barros. **Causa de pedir e pedido. O direito superveniente.** São Paulo : Método, 2006. p. 141/142), em especial a sua conclusão acerca do tópico : “Por ora, basta sedimentar a concepção no sentido da *relatividade* das regras técnicas concebidas pelo legislador infraconstitucional no processo : *elas valem não de per si, como um fim em si mesmas, mas sim na medida em que servem, como instrumentos, a operacionalizar a implementação e o respeito aos princípios e garantias fundamentais a que se referem.*”

ação, mas como resultado da solução efetiva e definitiva do conflito de interesses levado ao judiciário.

Isto posto, desde que respeitado o contraditório e o amplo direito de defesa da outra parte, a admissão de alguma modificação do pedido ou da causa de pedir, em razão da ocorrência de fato superveniente, e nas hipóteses em que se possa, com isto, evitar a propositura de uma nova ação (que tenha se tornado necessária em razão do fato superveniente), nos parece ser a solução que melhor se coaduna com os anseios atuais do processo civil, em especial com a busca pela solução definitiva e justa da lide.³⁴⁸

Destarte, diante da ocorrência, no curso do processo, de fatos que possam constituir uma nova *causa petendi*, esta deve ser admitida no processo, desde que, contudo, guarde relação fática ou jurídica com a *causa petendi* originária, de modo a que se possam aproveitar os atos processuais já praticados ou em via de serem praticados (especialmente os debates e a prova produzida). Por outro lado, a admissão de causa de pedir totalmente nova, sem relação com a situação fática já descrita nos autos, ao invés de traduzir regra de economia processual, implicaria na propositura de um demanda totalmente nova sobre outra já existente, o que não traria, a princípio, qualquer vantagem de ordem processual a justificar sua inclusão. Ao contrário, poderia causar tumulto processual e demora além do razoável para a composição do litígio.

Desta forma, se houver resultado útil ao processo, em termos de economia processual e de maior justiça e eficiência da decisão a ser proferida sobre o conflito de interesses atualizado das partes, se poderia admitir que a inclusão de fatos ocorridos depois da propositura da ação possa implicar em alteração da *causa petendi*. Tal interpretação do artigo 462 do CPC permite que nele se perceba uma exceção *legal* ao princípio da estabilização da demanda, previsto no artigo 264, tornando o sistema mais flexível, e sem que haja violação ao princípio do devido processo legal.

³⁴⁸ Esta solução, inclusive, já vem sendo defendida pelo professor Bedaque, consoante lição que se passa a transcrever: “Desde que observado o contraditório, prejuízo nenhum há se admitirmos a introdução de verdadeiras causas de pedir novas, representadas por fatos supervenientes diversos daqueles afirmados na inicial, mas constitutivos do mesmo direito pretendido pelo autor. Essa solução tem como consequência direta a desnecessidade de propositura de nova demanda. A regra da estabilidade somente se justifica diante de fatos já existentes à época da propositura da demanda, pois o autor poderia tê-los invocado. Quanto aos posteriores, nada obsta a que sejam aproveitados no mesmo instrumento. A exceção é compatível com a visão instrumentalista do direito processual, além de conferir efetividade ao princípio da economia.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2ª edição. São Paulo : Malheiros, 2007. p. 136

Há que se destacar que a própria redação legal da norma inserta no artigo 462 do CPC sufraga tal interpretação, já que se refere a “fato constitutivo” do direito do autor, como já referido. Destarte, ainda que depois de ter sido proferida a decisão saneadora, muitas vezes a inclusão de nova causa de pedir ou a alteração desta por força de um fato superveniente ainda traduz-se em operação que viabiliza a economia processual, ante o aproveitamento da instrução a ser realizada para a solução completa da lide, evitando-se com isso a propositura de nova demanda entre as mesmas partes.

4.2.4 O fato superveniente e o pedido

Na regra posta no artigo 462 do CPC não há previsão expressa que permita ao demandante pleitear a alteração de seu pedido em razão da ocorrência de um fato superveniente, razão pela qual esta possibilidade não costuma ser sequer avençada pela doutrina. Questão também relevante ao tema, contudo, por implicar na possibilidade de modificação do pedido em razão de um fato superveniente, diz respeito à hipótese de desaparecimento do bem, ou de impossibilidade fática de cumprimento de uma obrigação de fazer, que constituam o objeto do pedido, ocorridos durante o procedimento em primeira instância, sem que tenha havido pedido subsidiário de indenização por perdas e danos. Nestas hipóteses, em razão da determinação contida no artigo 462 do CPC, o fato superveniente (consistente no desaparecimento do bem ou na impossibilidade de cumprimento específico da obrigação) deve ser levado em conta pelo julgador. Entretanto, não tendo sido formulado outro pedido além da entrega do bem (que desapareceu) ou do cumprimento da obrigação (que se tornou impossível), resta ser esclarecido se o julgador poderia condenar o réu a indenizar o autor pelo seu equivalente pecuniário, sem com isso violar o disposto nos artigos 128, 264 e 460 do CPC.

Inicialmente, há que se destacar que, se o desaparecimento do bem ou a impossibilidade fática de cumprimento da obrigação ocorrer depois da sentença, o novo regramento legal do cumprimento de sentença que imponha obrigação de dar ou fazer, em especial o disposto nos artigos 461, parágrafo primeiro e 461-A, parágrafo terceiro,

já solucionam a questão, determinando que o juiz faça a conversão da obrigação de dar ou fazer em perdas e danos. Regra semelhante já fora inserida no artigo 84, parágrafo primeiro, da Lei 8078/90 (código de defesa do consumidor) antes mesmo da reforma do CPC.

Entretanto, quando o perecimento do bem ou da impossibilidade da prestação de fazer ocorrem no curso do processo, antes da sentença, não há norma legal disciplinando tal solução. Diante da regra da estabilização da demanda, não poderia o autor alterar o pedido já formulado, posto que esta alteração estaria vedada pelo disposto no artigo 264 do CPC, razão pela qual o processo estaria fadado a ser extinto sem exame de mérito, em razão da impossibilidade superveniente do pedido.³⁴⁹

Por outro lado, uma interpretação mais ampla do disposto no artigo 462 do CPC poderia levar à conclusão de que a substituição do pedido principal por um pedido subsidiário de indenização pelas perdas e danos decorrentes do perecimento do bem jurídico pleiteado ou da impossibilidade fática de cumprimento da obrigação de fazer estaria autorizada pela norma prevista no artigo 462 do CPC. Isto porque o desaparecimento do bem ou a impossibilidade de cumprimento da obrigação decorrem de fato ocorrido no curso do processo, que muitas vezes não poderia ter sido previsto no momento da propositura da ação, mas que deve ser levado em conta pelo julgador ao decidir a causa. Tal interpretação se apresenta melhor do que a pura e simples extinção do processo, que leva à frustração do direito do demandante em razão da impossibilidade de alteração do pedido no curso do processo.

³⁴⁹ Esta é a postura da jurisprudência mais tradicional sobre o tema. Por exemplo :“AÇÃO REGRESSIVA DE COBRANÇA. PROCESSUAL CIVIL.PREQUESTIONAMENTO.PEDIDO E CAUSA DE PEDIR. ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. I – Sendo a matéria impugnada objeto de deliberação no julgado atacado, despicienda a discussão sobre prequestionamento.II – Conforme consignado no artigo 293 do Código de Processo Civil, o pedido deve ser interpretado de forma restritiva, dele fazendo parte apenas o que estiver ali explicitado.Agravado a que se nega provimento”. Extrai-se do voto do relator : Ademais, tenho que correto o julgado agravado, quando manteve o entendimento do acórdão estadual, de que, quando da recuperação do veículo segurado, extinguiu-se o objeto da demanda e, por conseguinte, a prestação jurisdicional. É que, conforme consignado no artigo 293 do diploma processual civil, o pedido deve ser interpretado de forma restritiva, dele fazendo parte apenas o que estiver ali explicitado. Assim, o fato superveniente não tem o condão de permitir a alteração do pedido ou mesmo da causa de pedir, mormente quando o autor tem a oportunidade de aditar a inicial e não o faz, conforme se infere do aresto de fls. 97/98. Conclui-se, portanto, que a pretensão ao recebimento de indenização pelos gastos com a recuperação do veículo é pedido diverso do constante na petição inicial, não podendo ser analisado no curso do mesmo processo. Destarte, nego provimento ao agravo.” (AgRg no AgRg no Ag 304720 / SP - TERCEIRA TURMA - Ministro CASTRO FILHO – j. em 30/04/2002 - DJ 03/06/2002 p. 201)

Apenas deve-se ter em mente, sempre, a necessidade de que haja pedido expresso do autor para a conversão da obrigação de dar ou de fazer em perdas e danos, assim como a ampla manifestação do réu, tanto sobre o fato superveniente quanto sobre a conversão do pedido, em todos os seus termos. Resguarda-se, com isso, não somente o direito do autor da ação, mas também o direito de seu adversário ao contraditório e à ampla defesa.³⁵⁰ - ³⁵¹

4.2.5 Aplicação da norma do artigo 462 em recurso

Questão também relevante, ainda em relação ao artigo 462, consiste na possibilidade de aplicação da norma em comento em sede recursal. Em outras palavras, cumpre examinar se, à luz da legislação processual, seria admissível o conhecimento, no momento do julgamento de um recurso, de fatos ocorridos depois do encerramento da

³⁵⁰ Ressalta-se que, em hipóteses semelhantes, o Superior Tribunal de Justiça já admitiu a concessão de indenização ao autor, por perdas e danos, mas considerando que este seria um “pedido implícito” contido na inicial, ou seja, sem que tenha havido pedido de autor de conversão em perdas e danos ou possibilidade de tal pedido ser impugnado pelo réu. Cite-se como exemplo : “AÇÃO PAULIANA. FRAUDE CONTRA CREDORES. ADQUIRENTE IMEDIATO DE MÁ-FÉ. SUBADQUIRENTE DE BOA-FÉ. INDENIZAÇÃO PELO EQUIVALENTE. Inviabilizado o restabelecimento do *status quo ante*, pela transferência a terceiro de boa-fé, que não pode ser atingido pela sentença de procedência da ação pauliana, entende-se que o pedido compreendia implicitamente a substituição do bem pelo seu equivalente em moeda, a cargo do adquirente imediato, cuja má-fé ficou demonstrada nos autos. Limitada a procedência da ação apenas quanto aos que agiram com má-fé, em se tratando de aquisições a título oneroso, impede tornar efetivo o reconhecimento da malícia do adquirente imediato, atribuindo-lhe o dever de contribuir para o restabelecimento, pelo equivalente, do patrimônio do devedor. Art.113 e 158 do C. Civil. Recurso conhecido e provido.” (REsp 28521 / RJ - QUARTA TURMA - RUY ROSADO DE AGUIAR – j. em 18/10/1994 - DJ 21/11/1994 p. 31769)

³⁵¹ Da mesma forma, em ações reivindicatórias ou de reintegração de posse movidas em face do poder público, em que se constata que ao imóvel esbulhado já foi dada destinação pública, não podendo mais ser restituído ao autor, o STJ concede ao autor da demanda indenização pecuniária equivalente ao valor do imóvel, ainda que não tenha sido formulado pedido neste sentido. Confira-se a seguinte ementa : “DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA - PROCESSUAL CIVIL – IMPOSSIBILIDADE DA RESTITUIÇÃO DO IMÓVEL EXPROPRIADO - EXTINÇÃO DO PROCESSO - APROVEITAMENTO DA INICIAL E PROCESSAMENTO DA AÇÃO -DECRETO-LEI N. 3.365/41, ARTIGOS 1. E 35.1. De infeliz inspiração a declaração extinguindo o processo, pelas suas peculiaridades, homenageando-se a economia processual, o caso concreto reclama a reabilitação da petição inicial, processando-se a desapropriação indireta, assegurado o contraditório, para ser demonstrado o ato ilícito, afinal, concluindo-se pela procedência, ou não, do pedido.2. Recurso parcialmente provido. Por maioria, dar parcial provimento ao recurso para o fim de determinar o retorno dos autos ao juízo de 1. Grau para processar a ação como indenizadora.” (REsp 81480 / SP - PRIMEIRA TURMA - Relator p/ Acórdão Ministro MILTON LUIZ PEREIRA – j. em 15/04/1996 - DJ 10/06/1996 p. 20286).

instrução, e que possam influenciar a solução da controvérsia, ou se tal exame seria vedado, por implicar em supressão de um grau de jurisdição.

Em relação ao tema, inicialmente há que se destacar que a jurisprudência majoritariamente admite o conhecimento dos fatos ocorridos depois do julgamento em primeira instância, levando-os em consideração no momento do julgamento do recurso, o que vem sendo realizado até mesmo pelo Superior Tribunal de Justiça, no âmbito do julgamento de recurso especial.³⁵²

Da mesma forma, a doutrina também vem acatando a possibilidade de se levar em conta os fatos ocorridos depois do encerramento da instrução, sempre que estes influenciarem a solução da controvérsia de direito material, de modo a que a decisão final da causa seja a mais próxima possível da realidade existente no momento em que aquela é prolatada. Tal assertiva é corroborada pelo disposto no artigo 517 do CPC, que permite a admissão de questões novas em apelação, mas submetidas ao condicionante da força maior. Pode-se citar neste diapasão o magistério de Barbosa Moreira, que admite a alegação, na apelação, com fundamento no artigo 517 do CPC, de fato que

*ainda não se verificara até o último momento em que a parte poderia tê-lo eficazmente argüido no primeiro grau de jurisdição. Assim também quando o fato já se dera, mas a parte ainda não tinha ciência dele; ou quando, apesar de conhecê-lo, estava impossibilitada, por circunstância alheia à sua vontade, de comunicá-lo ao advogado, para que este o levasse à consideração do juiz; ou, enfim, quando ao próprio advogado fora impossível a argüição *opportuno tempori*.*³⁵³

Ressalta-se que a possibilidade de alteração da causa de pedir em sede recursal, ainda que em razão da ocorrência de fato superveniente, apresenta-se ainda mais difícil de ser admitida. Dessarte, mesmo os doutrinadores que admitem a aplicação do artigo

³⁵² Para exemplificação, podem ser citadas as seguintes decisões : REsp 75.003-RJ (RSTJ 87/237); REsp 964.780; REsp 12.673-0-RS (RSTJ 42/352) ; REsp 2.041-RJ, todos encontrados no sítio oficial do Superior Tribunal de Justiça. Ressalta-se que o STJ costuma admitir (embora haja decisões também em sentido contrário) a alegação de fato superveniente até mesmo em sede de embargos de declaração, como se pode perceber das decisões prolatadas no REsp 434797 (“O fato novo ocorrido depois da apelação, mas levado ao conhecimento do tribunal por tempestivos embargos declaratórios, versando sobre o desaparecimento de condição da ação, pode ser considerado pela Câmara.”) e no REsp 734.598 (“Nas instâncias ordinárias, o fato novo constitutivo, modificativo ou extintivo do direito que influa no julgamento da lide pode ser alegado na via de embargos de declaração, devendo ser considerado pelo Tribunal *a quo*.”). As duas últimas decisões podem ser encontradas em : NEGRÃO, Theotonio e GOUVEIA, José Roberto Ferreira. **Código de processo civil e legislação processual civil em vigor**. 43ª Edição. São Paulo : Saraiva, 2011. p. 532.

³⁵³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. Vol. V. 9ª edição. Rio de Janeiro : Forense, 2001. p. 454. Manifestando-se expressamente sobre o tema, pode-se citar, ainda : OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**. 4ª Edição. São Paulo : Saraiva, 2010. p. 240-241; e BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. vol. II. Tomo I. 2ª Edição. São Paulo : Saraiva, 2009. p. 366.

462 em sede recursal restringem o conhecimento dos fatos supervenientes aqueles fatos já constantes dos autos (mas que não tenham ainda se implementado) ou que sejam decorrentes da *causa petendi* já enunciada, mas não os fatos capazes de gerar um novo direito, posto que suficientes a ensejar uma causa de pedir diversa daquela substanciada na demanda.

Ricardo de Barros Leonel, por exemplo, admite a alegação de fatos novos, fulcrado no artigo 462, em sede de apelação, desde que estes fatos não sejam capazes de alterar a própria *causa petendi* já estabelecida. Mas se o fato jurídico que já havia sido afirmado na inicial não existia até a sentença, e vem a existir depois, esta ocorrência superveniente pode ser alegada em apelação, com fundamento no artigo 462, para fins de obtenção da procedência do pedido, posto se tratar da ocorrência posterior de fato já alegado no momento processualmente adequado.³⁵⁴

Trata-se, aqui, de resguardar o direito das partes ao duplo grau de jurisdição, evitando que, com a alteração da *causa petendi* em sede recursal, a parte autora possa estar, de fato, propondo nova ação, originariamente, em grau de recurso, o que seria incompatível com o sistema recursal brasileiro, em que o recurso de apelação se presta unicamente para o reexame das questões já decididas, e não para um julgamento originário de causas ainda não submetidas à exame judicial.

4.2.6 O artigo 462 e o contraditório

Cumprе destacar, ademais, outro ponto relevante acerca do tema. De acordo com o disposto no artigo 462 do CPC, pode o órgão julgador levar em consideração fatos relevantes para o julgamento da lide, de que tome conhecimento por outras fontes que não sejam as próprias partes, haja vista a previsão legal de que o juiz pode levar em consideração, *de ofício*, os fatos supervenientes. Versa a previsão legal acerca da possibilidade de que o julgador venha a ter conhecimento de fatos relevantes para a lide

³⁵⁴ LEONEL, Ricardo de Barros. **Objeto litigioso do processo e o princípio do duplo grau de jurisdição.** In BEDAQUE, José Roberto dos Santos e TUCCI, José Rogério Cruz (org.). Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002. p. 401.

de ofício, principalmente em se tratando de fatos notórios, como a morte de uma das partes, que venha a ser noticiada nos jornais, ou uma calamidade pública, por exemplo.

Entretanto, em respeito ao contraditório, mesmo que o fato seja de conhecimento público, e por isso chegue ao conhecimento do julgador, este não pode levá-lo em consideração para fundamentar sua decisão sem a prévia oitiva das partes a seu respeito. A manifestação das partes sobre qualquer matéria que constitua objeto da decisão constitui direito fundamental dos litigantes, decorrentes do princípio do contraditório, e não pode ser suprimida pelo julgador. Destarte, principalmente na hipótese em que os fatos supervenientes venham a ser fatos efetivamente constitutivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, como previsto no artigo 462, com reflexos profundos na sentença, impõe-se não somente o direito de manifestação das partes sobre eles antes da decisão, como também, sempre que necessário, o direito de serem produzidas provas necessárias, ou para que a parte prejudicada por eles possa fazer prova de fatos contrários.³⁵⁵

4.3 O artigo 517

É da tradição do sistema adotado pelos países da *common law* a adoção do recurso de apelação como *revisio prioris instantiae*, ou seja, o julgamento da apelação encerra apenas uma revisão da sentença proferida em primeira instância, devendo o tribunal decidir com base no mesmo material fático e jurídico já debatido e examinado pela sentença. Privilegia-se, assim, o julgamento em primeira instância, funcionando o recurso como mera revisão deste.³⁵⁶

Por outro lado, historicamente, os países que seguiram a tradição do direito romano, como a França, Itália e Alemanha, traziam, em seus códigos do século XIX, a regulamentação da apelação como *novum iudicium*, ou seja, era comum que o julgamento da causa em grau de apelação implicasse em uma ampla renovação da

³⁵⁵ Neste sentido : “É elementar, embora às vezes esquecido, que, pretendendo o Juiz conhecer de fato não alegado, deve ouvir o réu e propiciar-lhe a produção de provas, tal como dispõe o art. 384 do CPP.” TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos da Ação**. Revista Ajuris, Porto Alegre, vol. 62. 1994.

³⁵⁶ Neste sentido, GRECO, Leonardo. **Princípios de uma teoria geral dos recursos**. Revista eletrônica de direito processual. Volume V. Pag. 21 e seguintes.

instância, em que eram livremente admitidas as alegações de fatos novos, de novos pedidos, e até a produção de novas provas, podendo haver, assim, a alteração dos elementos da demanda, na forma como havia sido julgada em primeiro grau.³⁵⁷ Na Itália, em particular, manteve-se a tradição da apelação como novo e pleno julgamento da causa, com base, inclusive, em novo material cognitivo, até as reformas operadas na década de 90, quando então a apelação tornou-se um verdadeiro juízo revisional (*revisio prioris instantiae*). Na França, atualmente, também se considera a apelação como um juízo apenas de reexame da justiça ou da legalidade da sentença e do procedimento, embora com grandes temperamentos, posto que a legislação francesa admite, por exemplo, a propositura de reconvenção em segunda instância.

O sistema de apelação como um *novum iudicium* pode ser traduzido, portanto, pela ausência de regra preclusiva acerca da possibilidade de alegação de fatos novos, bem como de produção de novas provas, sejam estas documentais ou não. Em outras palavras, em se adotando um sistema de apelação plena, as partes têm total liberdade de, no procedimento recursal, aduzirem novas alegações (tanto de fato quanto de direito) e produzirem novas provas, que não tenham sido produzidas no procedimento de primeiro grau, podendo haver alteração tanto do pedido quanto da causa de pedir, posto que a alteração não está condicionada a limitações como a ocorrência de força maior, prevista no artigo 517 do CPC. Trata-se de sistema que permite não só “que se corrijam os erros do próprio órgão judicial”, mas principalmente que “abre oportunidade, ademais, para que sejam supridas as deficiências das atividades das partes.”³⁵⁸

Após a entrada em vigor da ordenação processual austríaca de 1865, que trouxe novas idéias ao processo civil da época, influenciando diversas codificações, até mesmo os países de tradição romana passaram a adotar o sistema de apelação como *revisio prioris instantiae*, sendo o julgamento em segunda instância restrito ao exame da legalidade e da justiça da sentença, e não um amplo rejuízo da causa.³⁵⁹ Com a mudança de paradigma, passou a ser vedada às partes a alteração dos fatos ou dos

³⁵⁷ GRECO, Leonardo. Op. cit, pág. 21 e seguintes.

³⁵⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. Vol. V. 9ª edição. Rio de Janeiro : Forense, 2001. p 451.

³⁵⁹ Neste sentido : MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. Vol. V. 9ª edição. Rio de Janeiro : Forense, 2001. p. 452, e GRECO, Leonardo. **Princípios de uma teoria geral dos recursos**. Revista eletrônica de direito processual. Volume V. Pag. 21 e seguintes.

pedidos em grau de apelação, assim como a produção de novas provas, com a reabertura da instrução processual, o que somente se admite em hipóteses bastante excepcionais.³⁶⁰

O sistema da apelação como *novum iudicium* desperta críticas bastante profundas da doutrina atual, que o considera um sistema atrasado, por vários motivos : inicialmente, porque impõe grande desvalorização ao julgamento da primeira instância, que passa a ser apenas um “teste” dos argumentos e da dialética para o julgamento efetivo, que só vai ocorrer em segunda instância. Em segundo lugar, porque provoca maior demora na solução final do litígio, dado o longo lapso temporal exigido para a instrução e julgamento do recurso de apelação. E, por fim, por estimular a má-fé processual dos litigantes, que tendem a guardar suas provas e argumentos decisivos para serem apresentados apenas na segunda instância, visando, com isso, obter alguma vantagem processual sobre o adversário. Neste sentido, pode-se citar, por todos, a crítica de Araken de Assis :

A oportunidade para deduzir novas alegações e defesas na apelação torna natural as partes reservarem seus melhores trunfos para a etapa seguinte. O litigante astuto teria grande vantagem sobre o de boa-fé. Outra vez se desvaloriza o primeiro grau – simples fase preparatória para o verdadeiro e definitivo embate das teses antagônicas. Em particular, a produção de novas provas no tribunal “acarretaria delongas e despesas verdadeiramente insuportáveis.”³⁶¹

O direito brasileiro, desde o código de processo civil de 1939, adota o sistema de apelação como *revisio prioris instantiae*, não admitindo a introdução de nova matéria fática nem a reabertura da instrução no segundo grau, salvo em hipóteses excepcionais. Neste diapasão dispunha o parágrafo primeiro do artigo 824 do código de processo civil de 1939³⁶², sendo a apelação já configurada como uma possibilidade de revisão da sentença prolatada pelo juízo *a quo*, não se permitindo às partes, por exemplo,

³⁶⁰ Segundo Fernanda Pantoja, a escolha entre a regulamentação da apelação como um recurso apenas de revisão do julgado, ou como uma ampla possibilidade de introduzir novos elementos de fato na demanda decorre de uma opção política do legislador, orientada, por sua vez, pela predominância de uma tendência mais ou menos publicística na determinação das regras processuais. Afirma ela : “ A opção por um ou outro sistema atende a razões políticas, mas se revela fortemente influenciada pela mencionada concepção (pública ou privada) com que se enxerga o processo. Na primeira hipótese, por exemplo, em que a apelação enseja a completa renovação do juízo, prioriza-se claramente o direito subjetivo e a liberdade dos litigantes, em detrimento da própria autoridade do órgão *a quo*.” PANTOJA, Fernanda Medina. **Apelação Cível : novas perspectivas para um antigo recurso : um estudo crítico de direito nacional e comparado**. Curitiba : Juruá, 2010. p. 113.

³⁶¹ ASSIS, Araken. **Manual dos Recursos**. 2ª edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008. p. 443.

³⁶² **Art. 824**. A apelação devolverá à superior instância o conhecimento integral das questões suscitadas e discutidas na ação, salvo a hipótese prevista no art. 811.

§ 1º As questões de fato não propostas na instância inferior sómente poderão ser suscitadas no processo de apelação, se as partes provarem que deixaram de fazê-lo por motivo de força maior.

corrigirem erros na dedução dos pedidos, ou aduzirem fatos novos para corroborar suas pretensões. Também não se admitia, como hoje, que as partes pudessem comprovar, em segunda instância, os fatos que não haviam sido suficientemente comprovados em razão de falha e deficiências da atividade instrutória realizada perante o juízo de primeiro grau, admitindo-se a propositura de novas questões fáticas apenas em caso de força maior.

Com o advento do código de 1973, o panorama não sofreu grande alteração, dado que o recurso de apelação continua sendo regulamentado como um recurso limitado, de mera revisão da sentença e do procedimento decorrido em primeira instância, não se admitindo, como regra, inovação fática ou alteração da demanda em sede recursal. Como leciona o ministro Luiz Fux :

Por força do princípio da identidade, o julgamento do recurso deve realizar-se com o material colhido em primeira instância. A instância superior, já se afirmou, é de “controle”, e não de “criação”. Como consectário, não podem as partes suscitar no procedimento recursal questões de fato não propostas no juízo inferior, salvo motivo de força maior transindividual.³⁶³

Abrindo uma pequena exceção ao tratamento da apelação como recurso limitado de revisão do julgamento, encontra-se a regra inserta no artigo 517 do CPC, que faculta às partes a apresentação de novas questões de fato diretamente em segunda instância, mas apenas nos casos de comprovação de impossibilidade anterior de fazê-lo por motivo de força maior.

As questões abrangidas pela regra do artigo 517 são aquelas que ocorreram antes da sentença, mas que, por motivo de força maior, não chegaram ao conhecimento das partes, razão pela qual não foram alegadas no momento processualmente previsto para tanto. Também se incluem no âmbito de incidência da permissão contida no artigo 517 as questões de fato que, embora fossem do conhecimento da parte, não podiam ter sido alegadas ou comprovadas no processo em razão de motivo de força maior. Admite a doutrina, ainda, a alegação de fato que era do conhecimento da parte, mas que esta, por motivo de força maior, não pôde levar ao conhecimento do seu advogado, a fim de invocá-lo no processo.³⁶⁴

Há quem diferencie o fato ocorrido antes da sentença (mas desconhecido da parte) do fato ocorrido após o encerramento da instrução. Nesta hipótese, a regra do

³⁶³ FUX, Luiz. **Curso de direito Processual Civil**. Rio de Janeiro : Forense, 2004. p. 1045

³⁶⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. Vol. V. 9ª edição. Rio de Janeiro : Forense, 2001. p. 452/455.

artigo 517 somente diria respeito às questões de fato “já existentes na ocasião em que a lei exige sua manifestação pela parte (inicial e resposta). São questões velhas, mas de conhecimento recente.”³⁶⁵ Não se confundiriam, portanto, com as questões de fato que surgem após o encerramento da fase de instrução do processo, posto que estas estariam abrangidas pela regra do artigo 462, sendo caracterizadas como fatos supervenientes, e podendo ser deduzidas em sede de apelação, segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário, com fundamento neste último dispositivo legal, sem a necessidade da prova do motivo de força maior.

É entendimento corrente, contudo, que mesmo as questões de fato novas, que podem ser admitidas em caso de força maior, não são aquelas suscetíveis de provocar alteração na *causa petendi*. Em outras palavras, sob a égide do direito positivo nacional, a doutrina, de modo uniforme, afirma que os fatos novos que podem ser alegados em apelação, ainda que de modo excepcional, são apenas os fatos simples, que complementam ou confirmam o fato gerador do direito da parte, e jamais um novo fato jurígeno, que possa implicar na introdução de nova *causa petendi*, ou de alteração daquela já deduzida em primeiro grau.³⁶⁶

Há que se ressaltar, contudo, que mesmo na doutrina brasileira, Leonardo Greco defende a necessidade de que o procedimento de julgamento dos recursos deva permitir às partes não somente a repetição de suas alegações, já deduzidas em primeiro grau, mas também, quando necessário, a apresentação de uma nova visão fática da causa, assim como a produção de novas provas que, por qualquer motivo, não foram produzidas em primeira instância. Em suas palavras :

O duplo grau de jurisdição, com a integral renovação do processo ou apenas com a renovação do julgamento, tem de assegurar às partes, junto ao juízo de segundo grau, a mais ampla possibilidade de influírem eficazmente na nova decisão. Não satisfaz às garantias constitucionais do contraditório e do devido processo legal, que, perante o novo juízo, os litigantes estejam tolhidos de

³⁶⁵ ASSIS, Araken. **Manual dos Recursos**. 2ª edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008. p. 450. Da mesma opinião é a doutrina de Barbosa Moreira : MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. cit., p. 454.

³⁶⁶ Sobre o assunto, pode-se consultar PANTOJA, Fernanda Medina. **Apelação Cível : novas perspectivas para um antigo recurso : um estudo crítico de direito nacional e comparado**. Curitiba : Juruá, 2010. p. 54 e seguintes. Da mesma forma : “Comprovada a força maior, sob contraditório, é lícito ao tribunal franquear a exposição de questões fáticas não levantadas no juízo *a quo*. Entretanto, incumbe ao recorrente revelar que essas questões novas são relevantes para a causa pelo nexo que guardam com os fatos que informam o litígio, vedando-se a esse pretexto a mutação da *causa petendi* ou da *causa excipiendi* (art. 517 do CPC).É o que se denomina proibição do *ius novorum*. Dessa sorte, os fatos novos que se comprovam são aqueles ligados ao fato base, que consubstanciam a causa de pedir originária.” (FUX, Luiz. **Curso de direito Processual Civil**. Rio de Janeiro : Forense, 2004. p. 1045).

oferecer alegações, propor e produzir provas e travar, se desejarem ou se as circunstâncias da causa o exigirem, o diálogo humano com os seus julgadores, meios indispensáveis a que possam influir eficazmente na nova decisão. (...) Nessa perspectiva deve ser analisada a legitimidade de certas limitações e preclusões, como a do art. 517 do CPC, que costumam ser aplicadas com excessiva rigidez, em detrimento ao respeito das garantias fundamentais do processo.³⁶⁷

No mesmo sentido, traz a opinião de Juan Montero Aroca, para quem a possibilidade de se realizar novas alegações de fatos, assim como a possibilidade de produção de novas provas sobre os fatos alegados são essenciais para um julgamento justo, o que deve ocorrer, portanto, tanto na primeira quanto na segunda instância.³⁶⁸

Em relação à produção de prova nova no procedimento recursal, especialmente à prova documental, percebe-se alguma divergência doutrinária. Segundo parte da doutrina, a prova nova que pode ser produzida em grau de apelação deve ser entendida apenas como aquela a que a parte somente teve acesso depois da sentença, sendo o acesso anterior inviabilizado por motivo de força maior. Marinoni, defendendo opinião neste sentido, afirma, ainda, que tal prova nova somente pode ser produzida no processo, com esteio no artigo 517, se o fato que se pretende provar tiver sido anteriormente alegado pela parte a quem ele aproveita. Em outras palavras, se a parte tinha conhecimento do fato, mas não tinha meios de comprová-lo, ela deveria alegar o fato no momento processual adequado, sob pena de, não o fazendo, não poder se utilizar de prova descoberta *a posteriori*.³⁶⁹

Em posição diametralmente oposta, e mais liberal, Luiz Fux defende, doutrinariamente, que a prova documental nova sempre pode ser produzida no procedimento de apelação, desde que respeitado o contraditório, com a manifestação da parte contrária. Afirma, portanto, que a produção de prova documental nova em apelação, referente a um fato já narrado nos autos, não se sujeita à limitação do artigo 517, não sendo restrita, portanto, às hipóteses de força maior.³⁷⁰

³⁶⁷ GRECO, Leonardo. **Princípios de uma teoria geral dos recursos**. Revista eletrônica de direito processual. Volume V. p. 23/24

³⁶⁸ MONTERO AROCA, Juan, **Proceso (civil y penal) y garantía**. Valencia: Tirant to Blanch, 2006, p. 290, apud GRECO, Leonardo. Op. cit., p. 23/24.

³⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. 8ª edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010. p. 532/533.

³⁷⁰ FUX, Luiz. **Curso de direito Processual Civil**. Rio de Janeiro : Forense, 2004. p. 1046. Há que se destacar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem se consolidando no sentido da admissibilidade da produção de prova documental nova em recurso de apelação, sem sujeição à regra do artigo 517, condicionando a sua admissibilidade apenas a que a introdução tardia do documento novo não seja decorrente de manobra da má-fé do litigante por ele beneficiado, bem como que haja

Na literatura estrangeira, também há doutrinadores que sustentam que a produção de novos documentos no recurso de apelação contribui para a melhora da decisão. Neste sentido, por exemplo, leciona Proto Pisani :

La esigenza di giustizia della decisione imporrebbe a mio avviso due interventi significativi : (a) (...) b) stante la chiusura della cassazione (foro it., 2005, i, 1690) occorrerebbe espressamente prevedere la libera producibilità in appello di nuovi documenti, dato chela provvisoria esecutorietà della sentenza di primo grado è garanzia sufficiente contro tattiche dilatorie delle parti.³⁷¹

Por outro lado, as *questões* a que se refere o artigo 517 são apenas as questões *fáticas*, posto que, em relação à alegação de questões novas *de direito*, constitui entendimento tradicional em nosso sistema processual que inexistente proibição a que novos argumentos jurídicos sejam aduzidos em sede de recurso de apelação, até mesmo porque o órgão julgador poderia, de ofício, fundamentar a decisão em argumento jurídico diverso daquele discutido em primeira instância, com base no *iura novit curia*, o que vem a ser objeto de estudo em capítulo específico.³⁷²

Percebe-se, portanto, que o direito positivo brasileiro, mesmo em matéria recursal, mantém-se fiel aos princípios da estabilização precoce da demanda e da preclusão de novas alegações, não permitindo a alteração do pedido nem da causa de pedir no juízo de segundo grau, para o julgamento de recurso de apelação.

Entretanto, em que pese a rigidez da regra da imutabilidade do objeto litigioso do processo, assegurada pelas normas do artigo 264 e 303 do CPC, nota-se que, embora sem permitir alteração dos elementos da demanda, o código não é totalmente infenso à alegação de novos fatos, de novo enquadramento jurídico da *causa petendi*, assim como à produção de provas novas, em grau de recurso. O artigo 517, assim como o 462, permitem, mesmo dentro de um sistema rígido quanto ao momento da estabilização da

respeito incondicional ao contraditório após a produção da prova nova. Como exemplo, pode-se citar a seguinte decisão : “RECURSO ESPECIAL. OFENSA À HONRA. DANO MORAL. PESSOA PÚBLICA. ÂMBITO DE PROTEÇÃO REDUZIDO. DOCUMENTO. JUNTADA APELAÇÃO. POSSIBILIDADE. SEGREDO DE JUSTIÇA. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. 1. É possível a juntada de documentos em qualquer fase do processo, desde que respeitado o contraditório e inexistente má-fé na conduta da parte. Precedentes. 2. Não fere o segredo de justiça a notícia da existência de processo contra determinada pessoa, somente se configurando apontado vício se houver análise dos fatos, argumentos e provas contidos nos autos da demanda protegida. Precedente. 3. No caso de pessoas públicas, o âmbito de proteção dos direitos da personalidade se vê diminuído, sendo admitidas, em tese, a divulgação de informações aptas a formar o juízo crítico dos eleitores sobre o caráter do candidato. 4. Recurso especial não conhecido.” (REsp 253058 / MG - QUARTA TURMA – Ministro FERNANDO GONÇALVES – j. em 04/02/2010 - DJe 08/03/2010)

³⁷¹ PISANI, Andrea Proto. **I modelli di fase preparatoria dei processi a cognizione piena in Itália dal 1940 al 2006**. Revista de Processo, vol. 153, 2007. p. 65.

³⁷² MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. 8ª edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010. p. 534.

demanda, a introdução de novos fatos à demanda depois do momento preclusivo limite (da decisão saneadora), assim como de novos argumentos jurídicos, e eventualmente, até mesmo de novos meios de prova destes fatos.

Trata-se, portanto, do reconhecimento, mesmo que de forma ainda tímida, da importância de que o julgamento da causa ocorra em consonância com a realidade existente no momento da decisão, e não mais com aquela havida no momento da propositura da ação ou do oferecimento da defesa. No conflito entre a necessidade de abertura do processo aos fatos que não puderam ser alegados na primeira instância, assim como aos fatos supervenientes, e a necessidade de julgamento em tempo curto (diretrizes aparentemente antagônicas), o nosso código, embora claramente optando pelo segundo caminho, permite algumas exceções no procedimento para a introdução da realidade fática ocorrida depois do saneador, tentando evitar, com isso, decisões completamente dissociadas da realidade.

4.4 Análise da posição da jurisprudência contemporânea, em prol da efetividade do processo

A posição da jurisprudência acerca do tema da modificação da demanda diverge bastante dos ensinamentos doutrinários, assim como do rigor legal. Consoante se percebe pela análise dos julgados dos tribunais brasileiros, em especial do Superior Tribunal de Justiça, a realidade de cada caso concreto impõe ao julgador a tomada de decisões para as quais nem sempre o rigor formal do processo permite alcançar a solução mais justa para a lide. Com efeito, não são raras as demandas que chegam aos tribunais superiores nas quais, em razão de diversos fatores, a aplicação pura e simples das regras que proíbem a modificação da demanda implicaria, na prática, na negativa de prestação de justiça ao litigante que se mostra detentor do melhor direito. Alguns destes fatores costumam ser o longo tempo já decorrido no processo, a ocorrência de fatos supervenientes e a desigualdade entre as partes.

O dilema que se impõe ao julgador, muitas vezes, encontra-se na necessidade de optar entre o respeito às normas formais que determinam tanto o momento de estabilização da lide quanto a congruência entre o pedido e a decisão, por um lado, e a

solução mais justa para a causa, por outro lado. Tal dilema se impõe porque, como decorrência dos fatores acima apresentados, a solução mais justa da lide pode não mais corresponder ao pedido ou à causa de pedir formulados muitos anos antes, no momento da propositura da ação. Destarte, a obediência irrestrita a estes elementos estruturais da demanda, tal como elencados no início do processo, geraria uma decisão que não corresponde àquela reputada como justa e efetiva para o caso em análise.

Diante de tais situações, o que se percebe é que a jurisprudência, de forma majoritária, quando necessário, vem proferindo decisões admitindo modificações no pedido e na causa de pedir, fora das hipóteses previstas pelo artigo 264 do CPC, tendo como justificativa a observância de princípios de maior estatura normativa que a regra da estabilização da demanda. Tais princípios habitualmente são a economia processual, o acesso à justiça, a instrumentalidade do processo e a efetividade das decisões, entre outros. Percebe-se, portanto, claramente, a dissonância entre as regras extremamente rígidas do código de processo civil e a realidade, cada vez mais rica em situações que não podem ser adequadamente resolvidas em um processo ditado pelo rigor da regra da estabilização da demanda.

Em dissertação de mestrado sobre o tema, Elias Gazal realizou extensa pesquisa na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca da modificação dos elementos objetivos da demanda. A análise da referida pesquisa permite extrair alguns exemplos de hipóteses em que este tribunal profere decisões em desacordo com o rigor da regra de estabilização da demanda imposta pelo artigo 264 do CPC e seu parágrafo único.³⁷³

Assim, por exemplo, contrariando a regra do *caput* do artigo 264, admite o STJ que possa haver alteração da demanda, após a citação do réu, mesmo sem a concordância deste, nos casos em que reste evidenciado que a alteração não trará nenhum prejuízo ao demandado. Hipótese comum diz respeito à conversão de uma ação de execução para a ação de cobrança, realizada após o início do prazo de resposta, admitindo-se como válida a conversão mesmo diante da falta de acordo do requerido, posto que esta modificação, além de não trazer prejuízo ao réu, ainda o beneficia, já que permite o exercício do direito de defesa de forma mais ampla do que seria possível na

³⁷³ ROCHA, Elias Gazal. **A modificação do pedido e da causa de pedir na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça como instrumento de acesso à justiça**. Dissertação de mestrado defendida em 2009 junto ao curso de pós graduação da UERJ, ainda inédita.

ação de execução. A recusa do réu em concordar com a alteração caracterizaria, portanto, um abuso do direito previsto no artigo 264.³⁷⁴

No tocante à modificação do pedido, encontram-se as maiores exceções criadas pela jurisprudência à regra que proíbe a sua alteração no curso da demanda, assim como à proibição de interpretação ampla (prevista no artigo 293 do CPC) e à imposição de congruência entre a sentença e o pedido (prevista nos artigos 128 e 460 do CPC).

Uma das formas adotadas pela jurisprudência para justificar o deferimento de modificações tardias do pedido, fora das hipóteses legais, ou até mesmo para conceder tutela que não foi expressamente pleiteada pelo autor, se encontra na ampliação da tese da existência de “pedidos implícitos”, assim considerados aqueles que podem ser formalizados a qualquer momento, e podem ser concedidos mesmo que não tenham sido formalmente pleiteados. Como exemplos destes pedidos implícitos podem ser citados o pedido relativo ao direito de extensão, nas ações de desapropriação, em que o STJ admite a inclusão, no objeto da indenização, do valor da área residual que perca sua utilidade econômica, mesmo que não tenha sido inicialmente pleiteado pelo proprietário da área desapropriada.³⁷⁵

³⁷⁴ EXECUÇÃO. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO. CONVERSÃO EM AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. INSURGÊNCIA DO DEVEDOR SOB A ALEGAÇÃO DE QUE JÁ TIVERA SIDO CITADO PARA OS TERMOS DA EXECUÇÃO. TODAS AS CITAÇÕES AINDA NÃO CONSUMADAS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. – Enquanto não realizadas todas as citações, é possível a modificação do pedido e da causa de pedir, mesmo sem o consentimento dos réus já citados. – Convolação do processo executivo em processo ordinário que nenhum gravame acarretou ao devedor; antes, beneficiou-o com maiores possibilidades de defesa, sem a necessidade de efetuar a constrição judicial. Recurso especial não conhecido. (REsp 482087 / RJ - QUARTA TURMA - Ministro BARROS MONTEIRO - 03/05/2005 - DJ 13/06/2005 p. 309)

³⁷⁵ PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO DIRETA. UTILIDADE PÚBLICA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. ÁREA REMANESCENTE. ESVAZIAMENTO DO CONTEÚDO ECONÔMICO. DIREITO DE EXTENSÃO. POSSIBILIDADE DE EXERCÍCIO NOS PRÓPRIOS AUTOS DA EXPROPRIATÓRIA. ALEGADA IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE LUCROS CESSANTES CUMULADOS COM JUROS COMPENSATÓRIOS. MATÉRIA DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. 1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia. 2. Ainda que por fundamentos diversos, o aresto atacado abordou todas as questões necessárias à integral solução da lide, concluindo, no entanto, ser devida indenização pela perda dos pés de erva-mate existentes no imóvel expropriado, conforme o valor apurado na segunda perícia judicial, de R\$ 1,73 (um real e setenta e três centavos) para cada planta. 3. O expropriado, na hipótese de desapropriação parcial do bem, seguida do esvaziamento do conteúdo econômico da área remanescente, poderá exigir, na própria demanda expropriatória, que a indenização alcance a totalidade do bem. 4. *"O direito de extensão nada mais é do que a impugnação do preço ofertado pelo expropriante. O réu, quando impugna na contestação o valor ofertado, apresenta outra avaliação do bem, abrangendo a integralidade do imóvel, e não apenas a parte incluída no plano de desapropriação. Assim, o pedido de extensão formulado na contestação em nada ofende o art. 20 do Decreto-lei 3.365/41, segundo o*

Segunda hipótese também bastante comum diz respeito às ações de investigação de paternidade, quando o autor já possua registro anterior com a declaração de paternidade em nome de outra pessoa, em que o STJ entende que o pedido de anulação do registro, por ser prejudicial ao de investigação de paternidade, é considerado pedido implícito ou consequência da sentença, e por isso pode ser formulado a qualquer tempo, ou pode ser concedido mesmo sem requerimento expresso. Admite a jurisprudência, inclusive, que o pai registral (em face de quem este “pedido implícito” deve ser deduzido) possa ser chamado a integrar a lide até mesmo de ofício pelo juiz.³⁷⁶

Situação também recorrente pode ser encontrada nas ações de reintegração de posse propostas pelo promitente vendedor de um imóvel em decorrência do inadimplemento do promissário comprador, na qual os ministros do STJ entendem, também sem divergências, que não é necessária a formulação, na inicial, de pedido de rescisão do contrato de promessa de compra e venda, posto ser este um pedido implícito, dado que pressuposto lógico para o deferimento do pedido possessório.³⁷⁷

qual a contestação somente pode versar sobre 'vício do processo judicial ou impugnação do preço' (REsp 816.535/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 16.2.2007). 5. O pedido da parte expropriada em relação ao pagamento de lucros cessantes restou indeferido pela sentença de primeiro grau de jurisdição, à consideração de que os juros compensatórios já constituíam o pagamento pelo uso antecipado do bem. 6. Os recorrentes, no entanto, pretendem comprovar que o modo como se procedeu ao cálculo do valor dos pés de erva-mate, adotando-se uma variável equivalente à renda líquida de cada planta, encerra verdadeira condenação ao pagamento de lucros cessantes, cumulados, indevidamente, com os juros compensatórios. 7. A pretensão, todavia, por ensejar o reexame do contexto fático-probatório na hipótese dos autos, em especial a prova pericial produzida, esbarra no óbice previsto na Súmula 7/STJ, cuja redação é a seguinte: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial." 8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (RECURSO ESPECIAL Nº 882.135 - SC - 1ª Turma - rel. Ministra Denise Arruda - julgado em 17 de abril de 2007)

³⁷⁶ Direito civil e processual civil. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade c/c petição de herança e anulação de partilha. Decadência. Prescrição. Anulação da paternidade constante do registro civil. Decorrência lógica e jurídica da eventual procedência do pedido de reconhecimento da nova paternidade. Citação do pai registral. Litisconsórcio passivo necessário.- Não se extingue o direito ao reconhecimento do estado de filiação exercido com fundamento em falso registro.- Na petição de herança e anulação de partilha o prazo prescricional é de vinte anos, porque ainda na vigência do CC/16.- O cancelamento da paternidade constante do registro civil é decorrência lógica e jurídica da eventual procedência do pedido de reconhecimento da nova paternidade, o que torna dispensável o prévio ajuizamento de ação com tal finalidade.- Não se pode prescindir da citação daquele que figura como pai na certidão de nascimento do investigante para integrar a relação processual na condição de litisconsórcio passivo necessário. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (REsp 693230 / MG - TERCEIRA TURMA - rel. Ministra NANCY ANDRIGHI - j. em 11/04/2006 - DJ 02/05/2006 - p. 307)

³⁷⁷ “Contrato de arrendamento mercantil. Código de Defesa do Consumidor. Vara especializada. 1. Não viola o art. 295, V, do Código de Processo Civil o pedido de reintegração de posse que acarreta a rescisão do contrato de arrendamento mercantil. 2. Cabível, nos termos da Lei de regência, é o reajuste da variação cambial nos contratos de arrendamento mercantil. Não enfrentado o fundamento do Acórdão recorrido sobre a origem externa do recurso para o arrendamento mercantil, não tem passagem o especial sobre a vedação do reajuste pela variação cambial. 3. Recurso especial não

Percebe-se que o objetivo desta linha de interpretação jurisprudencial, de modo geral, é corrigir uma falha técnica cometida pela parte autora ao propor a ação, e evitar um julgamento desprovido de utilidade prática para as partes, especialmente para a parte que demonstra ser titular do direito, o que certamente ocorreria se fossem seguidas as regras dos artigos 128, 264 e 460 do CPC. Destarte, ampliando-se o rol dos chamados “pedidos implícitos” ou das “conseqüências naturais da sentença”, concede-se ao autor aquilo que este não pediu tempestivamente (e que depois não poderia mais ter pedido), mas cujo deferimento se mostra essencial à própria procedência ou à utilidade da pretensão efetivamente pleiteada (e devida).

Outra forma comum de se “contornar” a proibição de modificação do pedido, e de inclusão de novos pedidos no processo, depois da citação, pode ser encontrada na chamada “interpretação ampliativa” dos pedidos, realizada pelos tribunais, que tem por escopo conceder aquilo que não foi (ou não pôde ter sido) pleiteado tempestivamente. Exemplos comuns desta interpretação podem ser vistos nas ações indenizatórias, em que, havendo sido formulado pedido de “condenação do réu ao pagamento de indenização”, se interpreta amplamente tal pleito, de molde a nele incluir todas as verbas que surjam devidas durante a instrução, sejam a título de dano moral ou material, aqui incluídos tanto lucros cessantes quanto danos emergentes, ainda que não mencionados na inicial.³⁷⁸ Também com o mesmo escopo a jurisprudência se manifesta nas ações de desapropriação, ainda que indiretas, em que o STJ admite a concessão de indenização em valor superior ao pleiteado pelo proprietário, ou em valor inferior ao oferecido pelo ente federativo.³⁷⁹ Nestas, o fundamento adotado para a violação do

conhecido.” (REsp 277911 / BA - TERCEIRA TURMA- rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO – j. em 27/08/2001 - DJ 03/02/2003 - p. 314)

³⁷⁸ CIVIL E PROCESSUAL. DIREITO À IMAGEM. INDENIZAÇÃO. PEDIDO GENÉRICO. ABRANGÊNCIA. DANO MORAL E MATERIAL. INTERPRETAÇÃO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. ART. 460 DO CPC. INEXISTÊNCIA. I. Possível, nas circunstâncias do caso, delinear-se pretensão indenizatória quanto a danos materiais e morais dos fatos e fundamentos expostos na exordial, ainda que o pedido condenatório nela contido não se ache idealmente formulado. II. Recurso especial não conhecido. (REsp779805 / DF - QUARTA TURMA- rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR – j. em 14/11/2006 - DJ 12/02/2007 - p. 264)

³⁷⁹ REFORMA AGRÁRIA. OFERTA INICIAL NÃO CONTESTADA. DETERMINAÇÃO PARA ELABORAÇÃO DE LAUDO PERICIAL EX OFFICIO. POSSIBILIDADE. INDENIZAÇÃO FIXADA EM QUANTIA INFERIOR AO PREÇO INICIALMENTE OFERTADO. ADOÇÃO DO LAUDO OFICIAL. POSSIBILIDADE. 1. A ação de desapropriação dispensa a elaboração da prova pericial, quando houver acordo entre as partes, sendo certo que esta prescindibilidade deve ser analisada cum granu salis, porquanto a indenização deve buscar sempre o princípio constitucional da justa indenização (CF, art. 5º, XXIV). (...)3. Malfere o princípio da justa indenização quando a oferta encontra-se prima facie evidente superior ao valor do imóvel, cabendo ao juiz, de ofício, requerer a produção da prova pericial, buscando uma prestação jurisdicional mais justa e equânime, máxime

princípio da congruência, com julgamento claramente *ultra petita*, é o direito à indenização justa, assegurado constitucionalmente. Em matéria de alimentos, pleiteado pelo alimentando, também a jurisprudência possui entendimento reiterado no sentido de que o juiz pode fixar o valor da pensão em *quantum* superior ao pleiteado na inicial, sempre que a prova surgida no curso do processo demonstre que a capacidade financeira de pagamento do alimentante é maior que a estimada pelo credor.³⁸⁰

Em todas estas decisões, se pode perceber que o verdadeiro fundamento que determina o abandono das normas processuais é a busca pela justiça da decisão. O desejo de se assegurar a decisão mais justa possível, consentânea com a prova produzida nos autos, determina que se ultrapasse os limites do pedido feito pela parte, propiciando aquilo a que o credor efetivamente tem direito. Trata-se, em suma, de encarar o processo em razão da instrumentalidade que lhe é inerente, evitando-se que o rigor de suas normas formais impeça a plena realização do direito material.³⁸¹

Outra linha das decisões que rompem com o formalismo processual são aquelas que têm em vista prevenir a perpetuação da litigiosidade judicial, evitando-se a necessidade de propositura de várias ações. Tal escopo se encontra presente nas ações para fornecimento de medicamentos antes referidas, em que a jurisprudência interpreta o pedido como sendo de condenação do ente público a fornecer *o tratamento médico* necessário ao autor, pedido este delimitado apenas pela causa de pedir (que é a doença

quando visa a tutela daquele mandamento constitucional. Inteligência dos arts. 129, 130 e 131, da lei adjetiva civil. Precedente: (Resp.780542/MT, DJ. 28.08.2006) (...) 6. Ademais, a fixação do valor indenizatório em montante inferior à oferta inicial não constitui julgamento extra petita. Precedentes: (Resp.886258/DF, DJ. 02.04.2007; Resp. 780542/MT, 28.08.2006. (...) 8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. (REsp886672 / RO - PRIMEIRA TURMA – rel. Ministro LUIZ FUX – j. em 25/09/2007 - DJ 22/11/2007 - p. 199)

³⁸⁰ CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS - FIXAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO PEDIDO NA INICIAL - DECISÃO ULTRA PETITA NÃO CARACTERIZADA. I-Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada (art. 400, do código civil). Não constitui decisão *ultra petita* o eventual arbitramento em montante superior ao do pedido na inicial, uma vez que este serve, apenas, de mera estimativa. II - Na determinação do *quantum*, o juiz, no uso do prudente arbitrio, deve ter em conta as condições sociais do alimentado. Em tais casos, ocorrendo fato superveniente ao ajuizamento da ação, influenciador do julgamento da causa, cumpre ao magistrado tomá-lo em consideração ao decidir. Deve a tutela jurisdicional compor a lide como a mesma se apresenta no momento da entrega (art. 460, do CPC). III - Recurso não conhecido. (REsp 39201 / SP - TERCEIRA TURMA - Ministro WALDEMAR ZVEITER- j. 02/08/1994 - DJ 12/09/1994 p. 23761)

³⁸¹ Como afirmado pelo ministro Luiz Fux, em acórdão que versa sobre a postulação de tratamento médico em face dos entes federativos, a interpretação ampliada do pedido tem por escopo “tornar o processo efetivo, o acesso à justiça amplo, e justa a composição da lide.”³⁸¹ (REsp 625329 / RJ - PRIMEIRA TURMA - Relator Ministro LUIZ FUX – j. 03/08/2004 - DJ 23/08/2004 - p. 144)

específica de que o demandante é portador), mas sem especificar qual o tipo de remédio ou de procedimento, posto serem estes mutáveis ao longo do tempo.³⁸²

Por fim, ainda em relação ao pedido, os maiores exemplos da inobservância pelos tribunais das regras de estabilização da demanda podem ser encontrados nas ações que tenham por objeto o pagamento de benefício previdenciário ou de indenização decorrente de acidente de trabalho. Com efeito, nestas hipóteses, a jurisprudência do STJ, seguida pela dos demais tribunais do país, determina que, surgindo durante a instrução processual prova segura de que o autor faz jus a um benefício diverso daquele que foi pleiteado, o pedido do autor pode ser modificado por ele, a qualquer tempo, durante o processo, assim como pode o julgador, mesmo que não tenha havido mudança do pedido por parte do demandante, conceder benefício totalmente diverso daquele que foi pleiteado na exordial.³⁸³

O fundamento aduzido pelo STJ para a admissão de condenação por objeto diverso do pleiteado, assim como para permitir a mudança no pedido *depois do encerramento da instrução*, nas ações acidentárias e previdenciárias, situa-se na “relevância da questão social”. É possível perceber, contudo, que esta linha de entendimento encontra-se fulcrada não somente na essencialidade da concessão do benefício para o trabalhador, mas também em dois fatores igualmente relevantes : o primeiro é a desigualdade fática e econômica existente entre os litigantes, que faz com que um julgamento de improcedência do pedido inicial, conseqüência do fato de este ter sido formulado de forma equivocada, causará gravame muito maior ao autor, que

³⁸² PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - CONDENAÇÃO GENÉRICA E INCERTA – NÃO OCORRÊNCIA. 1. A ausência de violação do art. 535 implica ausência de violação também do art. 515, ambos do CPC, pois afirmar a inexistência de omissão significa que a matéria devolvida pela apelação foi inteiramente decidida pelo órgão julgador. 2. O art. 286 do CPC, por sua vez, não foi sequer citado nas razões de apelação. Logo, de fato, ausente o prequestionamento. 3. Entretanto, ainda que fosse considerada a existência de prequestionamento implícito, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que "a decisão que ante a pretensão genérica do pedido defere tratamento com os medicamentos consecutórios, não incide no vício in procedendo do julgamento ultra ou extra petita." (REsp 625.329/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 3.8.2004, DJ 23.8.2004, p. 144.) Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1118442 / SP - SEGUNDA TURMA - Relator Ministro HUMBERTO MARTINS – j. 20/04/2010 - DJe 29/04/2010)

³⁸³ PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AUXÍLIO-ACIDENTE. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. INEXISTÊNCIA. (...) É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que tratando-se de benefício previdenciário decorrente de acidente de trabalho, embora tenha o autor pedido determinado benefício, não configura nulidade, por decisão extra petita, se o julgador, verificando o devido preenchimento dos requisitos legais, conceder outro, tendo em vista a relevância da questão social que envolve a matéria." (REsp 541.553-MG, 5 Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves, j. 20/11/2006). Dezenas de outras ementas podem ser encontradas nas páginas 149, 228, 229 e 230 da citada dissertação de mestrado.

necessita do benefício ou da indenização para sua própria sobrevivência, do que ao empregador ou à autarquia previdenciária. O segundo fator é a habitual hipossuficiência técnica do advogado do autor da demanda, decorrente da pouca capacidade financeira deste, o que gera erros na formulação do pedido, pretendendo os tribunais impedir o agravamento da situação do trabalhador acidentado em razão de uma petição inicial mal formulada.

Em suma, com a intenção de se fazer justiça ao caso concreto, evitar a repositura da demanda, ou compensar a falta de paridade de armas, o STJ vem capitaneando uma jurisprudência que não apenas flexibiliza o rigor formal das regras processuais, mas chega a ponto de dispensar a própria formulação de um pedido, bem como a observância de qualquer limite dado por este como balizamento da decisão judicial, tendo a sentença muitas vezes como único liame com a petição inicial a “natureza do pedido”, que é de concessão de um benefício previdenciário ou uma indenização.³⁸⁴

Em relação à causa de pedir, também a jurisprudência adota, em muitos casos, posições incompatíveis com a regra da estabilização da demanda. Tais decisões são justificadas, em sua quase totalidade, pela incidência do secular brocardo *iura novit curia*, sendo certo que há entendimento pacífico da jurisprudência do STJ no sentido de que a causa de pedir é constituída apenas pelos fatos que geram o direito do autor, não sendo parte integrante desta a qualificação jurídica dada pelo autor aos fatos, ou a fundamentação legal de seu pedido.³⁸⁵

³⁸⁴ Cabe ressaltar que o STF, embora não tenha a mesma linha decisória do STJ, em razão da especificidade de sua atuação, possui precedente bem antigo (de 1977) no qual, inspirado pelos ideais de economia processual (no sentido de evitar a extinção do feito e a necessidade de repetição da demanda) e de efetividade das decisões judiciais, rompeu com os dogmas decorrentes do princípio da demanda e de sua estabilidade, tendo condenado um réu a prestar alimentos a seus filhos menores em ação de busca e apreensão movida pela mãe dos menores, sem que houvesse qualquer pedido neste sentido, mas diante de prova da necessidade dos filhos, e da capacidade financeira do pai. Eis a ementa: “Ação de posse e guarda de filhos menores intentada pela mãe contra o pai. Procedência decretada com fixação de alimentos devidos pelo vencido. Providência que tem arrimo no art. 327, parágrafo único do código civil, e não infringe o art. 128 do código de processo civil. Recurso extraordinário não conhecido” (RE 87256 / RJ - SEGUNDA TURMA - Relator Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE – j. 02/09/1977 - DJ 14-09-1970 PP-06283)

³⁸⁵ AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO À DISPOSITIVO DE LEI. NÃO OCORRÊNCIA. MODIFICAÇÃO DA QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS. POSSIBILIDADE. 1. A qualificação jurídica dos fatos declinada pelo autor na petição inicial não integra a causa petendi, visto que compete ao julgador enquadrar o fato à norma pertinente ao caso. 2. Recurso Especial interposto em sede de ação rescisória deve cingir-se ao exame de eventual afronta aos pressupostos desta e, não, aos fundamentos do julgado rescindendo. No caso dos autos, a insurgência especial ataca o próprio mérito do julgado rescindendo, o que constitui óbice ao conhecimento do recurso. 3. O agravo não trouxe nenhum

Diante do conceito adotado pela jurisprudência, portanto, reputa-se coerente o entendimento dele decorrente, de que os tribunais possuem ampla liberdade de interpretar e de dar novo enquadramento jurídico aos fatos narrados pelo autor, sem que com isso haja alteração indevida da *causa petendi* por parte do órgão julgador. Este entendimento dota os juízes e tribunais, portanto, das mais amplas possibilidades de alteração do fundamento jurídico da pretensão, permitindo-os adequar os fatos narrados à solução que lhes pareça mais justa, seguindo os mesmos parâmetros supra mencionados no tocante às hipóteses de alteração do pedido.

Em razão do acima exposto, são perceptíveis ações na qual o pedido indenizatório tenha sido formulado com fulcro na responsabilidade objetiva do réu, e a decisão de procedência enquadre os fatos na hipótese de responsabilidade subjetiva, restando o réu condenado por este fundamento, ou vice versa.³⁸⁶

argumento novo capaz de modificar a conclusão alvitrada, a qual se mantém por seus próprios fundamentos. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag 1122036 / RJ - TERCEIRA TURMA – rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS) – j. em 21/09/2010 - DJe 30/09/2010)

³⁸⁶ “PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. AÇÃO POLICIAL. PERSEGUIÇÃO EM VIA PÚBLICA. VÍTIMA ATINGIDA POR PROJÉTILO DE ARMA DE FOGO. "BALA PERDIDA". INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. CONFIGURAÇÃO. ÔNUS DA PROVA. SÚMULA 07. PRESCRIÇÃO. DECRETO LEGISLATIVO 20.910/32. APLICAÇÃO. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DOS ATOS LESIVOS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. TEORIA DA CAUSA MADURA. CAUSA PETENDI. PRINCÍPIO NARRA MIHI FACTUM, DABO TIBI JUS. OFENSA À LEI REVOGADA. PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM. REVISÃO DO QUANTUM ARBITRADO PELA INSTÂNCIA A QUO. SÚMULA 07. IMPOSSIBILIDADE IN CASU. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, CPC. INOCORRÊNCIA.

1. Ação de indenização em face do Estado, ajuizada por vítima de disparo de arma de fogo, efetuada por policial militar, em razão de perseguição policial, objetivando indenização por danos físicos, psicológicos e estéticos. (...) 7. A *causa petendi* não é integrada pela qualificação jurídica do fato, por isso que resta indiferente se a parte alude à responsabilidade estatal em face da omissão do Estado e o Tribunal entende pela conduta comissiva do Estado e a consequente responsabilidade objetiva estatal, por força da máxima implícita ao ordenamento jurídico de que: "*narra mihi factum, dabo tibi jus.*" O Tribunal a quo analisou os fatos narrados: A perseguição policial e a troca de tiros relatada pela Autora, em sua petição inicial, e corroborada pelos documentos juntados aos autos, não foram negadas pelo Réu, tratando-se, pois, de fato incontroverso nos autos. Entendo, ademais, que, na hipótese em berlinda, houve importante falha no planejamento da ação policial, com severo comprometimento da integridade física de terceiro inocente. (fls. 163) E considerou a responsabilidade objetiva, em face da conduta comissiva: O ponto central de controvérsia nos autos se concentra na existência ou não de responsabilidade civil do Estado quando agentes públicos (policiais militares), empreendendo perseguição a bandidos, com estes trocam tiros em via pública de alto tráfego de veículos e pedestres, resultando, desse tiroteio, lesões de natureza grave em terceiro, vítima inocente. (...) A responsabilidade civil do Estado, pelos danos causados a terceiros, decorrentes da atuação dos agentes públicos, nessa qualidade, é objetiva. (fls. 163). 8. Neste sentido já me posicionei: Forçoso repisar quanto à causa de pedir, que norma jurídica aplicável à espécie e a categorização jurídica dos fatos que compõem a razão do pedido não a integram. Assim, eventual modificação do dispositivo legal aplicável ou a mudança de categorização jurídica do fato base pedido não incidem sobre o veto do art. 264 do CPC. (Luiz Fux in "Curso de Direito Processual Civil - Processo de Conhecimento", 2008, Forense, Rio de Janeiro, p. 399). (...) 13. In casu, consoante assentado pelo

A importância da utilização que vem sendo feita pela jurisprudência de todos os tribunais do país do brocardo *iura novit curia*, os seus desdobramentos sobre o tema, e sobre as modificações da demanda, justificam uma melhor análise da questão, o que se passa a fazer no capítulo seguinte.

4.5 O *iura novit curia*

4.5.1 Interpretação e aplicação do brocardo

Os sistemas jurídicos de modo geral adotam um antigo brocardo que, embora não esteja presente nas codificações processuais, possui inegável aceitação e aplicação

acórdão recorrido: "A tese de que o projétil de arma de fogo que causou as lesões referidas pela autora não teria sido disparado por policiais militares não está comprovada nos autos, ônus esse que competiria ao Estado. Há notícias, porém não a certeza, de que a vítima teria sido atingida por um disparo de AR-15. Segundo matéria publicada nos jornais da época, anexadas aos autos pela Autora, a única certeza de que tinham os peritos do Instituto de Criminalística Carlos Éboli é que o projétil que perfurou a lataria do veículo em que se encontrava a vítima não era proveniente de um revólver, calibre 38 - única arma apreendida com os bandidos(...) (fls. 164).14. A responsabilidade estatal restou comprovada pelo Tribunal a quo, com base nas provas dos autos, bem como escoreta a imputação da indenização fixada a título de danos materiais e morais. A análise da existência do fato danoso, e o necessário nexos causal entre a suposta conduta e os prejuízos decorrentes da mesma implica em análise fático-probatória, razão pela qual descabe a esta Corte Superior referida apreciação em sede de recurso especial, porquanto é-lhe vedado atuar como Tribunal de Apelação reiterada ou Terceira Instância revisora, ante a ratio essendi da Súmula n.º 07/STJ. Precedentes: (AgRg no REsp 723893/RS DJ 28.11.2005; AgRg no Ag556897/RS DJ 09.05.2005; REsp 351764/RJ DJ 28.10.2002.)15. Isto porque o Tribunal asseverou que: "Na hipótese destes autos, o conjunto probatório aponta - por exclusão e diante da ausência de elementos de convicção em sentido contrário - para a falta cometida, justamente pelos agentes públicos - policiais militares - incumbidos de zelar pela segurança da população. Com os bandidos foi apreendido um único revólver, calibre 38 - arma que não produziria o furo encontrado na lataria do veículo em que se encontrava a vítima, segundo afirmação dos peritos do ICCE.(...) Os elementos de convicção já existentes nos autos permitem configurar o fato administrativo (a perseguição policial e o tiroteio em via pública), o dano (lesões sofridas pela vítima) e o nexos causal (que tais lesões decorreram de errôneo planejamento de ação policial, com veementes indícios de que o projétil de arma de fogo que atingiu a Autora teria sido disparado de armamento utilizado pelos policiais militares). (fls. 165/166) (...)18. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. (REsp 1056605 / RJ - PRIMEIRA TURMA - Relator Ministro LUIZ FUX - j.10/03/2009 - DJe 25/03/2009)

Do mesmo tipo são as decisões em que o autor pleiteia o direito de licenciar seu veículo, alegando como causa de pedir a nulidade das multas de trânsito que impedem tal licenciamento, ante a ausência de sua notificação prévia, e o STJ julga procedente o pedido, concedendo o direito de licenciamento, por entender que este não pode ser condicionado pela Fazenda ao pagamento das multas de trânsito. Nestas decisões percebe-se que há nitidamente mudança da *causa petendi*, pelo próprio tribunal, mantendo-se apenas o pedido íntegro.

prática, traduzindo-se em verdadeiro princípio que permeia a instrução e o julgamento das causas.

A interpretação corrente deste princípio pela doutrina brasileira consiste em atribuir ao magistrado, ao julgar uma causa, absoluta independência em relação à argumentação jurídica formulada pelas partes. Ou seja, de acordo com a interpretação habitualmente conferida ao princípio do *iura novit curia*, como o juiz conhece o direito, este, ao realizar o julgamento, não está adstrito à fundamentação jurídica das partes, podendo ignorá-las e aplicar norma distinta daquela invocada como sendo o fundamento das pretensões formuladas pelos litigantes.

Pelo mesmo motivo, afirma-se que o princípio *iura novit curia* permite que, existindo divergência entre as partes acerca da norma a ser aplicada ao caso em exame, o julgador possa escolher uma das duas teses conflitantes, assim como possa dispensar todas elas e fundamentar sua decisão em uma terceira norma jurídica, distinta daquela que foi objeto de debate, posto que o conhecimento e aplicação do direito aos fatos da causa pertencem exclusivamente ao julgador, e não às partes.³⁸⁷

Neste sentido pode-se citar a doutrina de Cândido Dinamarco :

O rigor da regra da correlação entre a sentença e a causa de pedir incide apenas sobre os *fatos* e não sobre os fundamentos jurídicos da demanda. Estes, embora exigidos para a composição da petição inicial (art. 282, inc. III), podem ser legitimamente alterados pelo juiz. A chamada *presunção de conhecimento da*

³⁸⁷ Questão interessante, discutida na doutrina estrangeira, diz respeito à possibilidade de as partes limitarem o objeto da cognição judicial, não somente em relação à matéria de fato, como amplamente admitido, mas também em relação às normas jurídicas aplicáveis. Ou seja, discute a doutrina se seria possível que as partes, por acordo entabulado no processo (ainda que através de requerimento de um dos litigantes e concordância tácita do outro), determinem que a questão deva ser julgada à luz de determinada norma jurídica. Ou, ainda, se seria possível que as partes concordem acerca da validade de uma norma ou de um aspecto jurídico da causa, impedindo que o julgador possa se manifestar de modo diverso, no momento da decisão.

Fritz Baur, dissertando sobre o tema, após afirmar que a jurisprudência alemã possui decisões em sentido contrário, sustenta que seria possível a limitação da atividade cognitiva do julgador, em relação às normas jurídicas aplicáveis, ou à validade de situações prejudiciais, por acordo das partes, desde que se trate de demanda que envolva direitos disponíveis. Em suas palavras : “O adágio *iuria novit curia* não impede, pois, que as partes concluem acordos sobre situações jurídicas prejudiciais. O juiz está limitado por tais acordos, que o vinculam. O que se disse é verdadeiro no domínio, certamente, do *ius dispositivum*. Porém existem inúmeros casos de *ius cogens*, onde, havendo processo, não fica excluída transação das partes. Os casos respeitantes ao *ius cogens* são muito diferentes no que diz respeito à motivação do legislador e a própria redação (da lei), de tal sorte que não é possível dizer, com certeza, que a lei tenha buscado, em todos os casos, impedir que as partes disponham das conseqüências jurídicas de uma dada infração ao *ius cogens*. (...) Os acordos das partes a respeito de situações jurídicas prejudiciais, têm, contudo, um limite: o juiz não fica vinculado por convenções que contravenham à ordem pública e aos bons costumes.” (BAUR, Fritz. **Da importância da dicção "iuria novit curia"**. Revista de Processo, vol. 3, Julho de 1976. p. 169. Neste mesmo sentido : Carnelutti, Francesco. *La prueba civil*. Trad. da 2ª ed. Italiana de Niceto Alcalá-Zamora y Castilho. Buenos Aires. Depalma. 1979. pag. 5, *apud* OLIVEIRA, Carlos Alvaro. **Poderes do juiz e visão cooperativa do processo**. Revista Ajuris, v. 30, n. 90, 1974, p. 66.

lei (LICC, art.3º), conduz ao ônus, que tem o réu, de defender-se em relação aos fatos alegados, sabendo quais efeitos jurídicos eles são capazes de produzir – e podendo inclusive contestar os efeitos desejados pelo autor, justamente porque contrários à lei; e os juízes, que também conhecem esta (*jura novit curia*), darão aos fatos o valor jurídico que tiverem, não necessariamente aquele que o autor tiver afirmado (*narra mihi factum dabo tibi jus*).³⁸⁸

É importante ressaltar, contudo, que embora não se questione o fato de que a escolha da norma jurídica aplicável à solução do litígio pertença ao julgador, e não às partes, o nosso código de processo civil impõe aos litigantes o ônus de se manifestar não somente sobre os fatos, mas também sobre os fundamentos jurídicos da pretensão e da defesa. Destarte, tanto o autor tem o dever de apresentar os fundamentos jurídicos de seu pedido na petição inicial, por força do artigo 282, inciso III, quanto o réu deve apontar os fundamentos jurídicos de sua defesa na contestação, consoante dispõe o artigo 300, ambos do CPC. Ademais, mesmo depois da instrução, podem as partes apresentar seus memoriais versando tanto sobre as questões de fato quanto as de direito, por força da previsão contida no artigo 454, parágrafo terceiro, do CPC, o mesmo ocorrendo com a fundamentação dos recursos, que deve conter tanto as razões de fato quanto de direito (artigo 514, inciso II; artigo 524, inciso I, artigo 541, inciso I, todos do CPC). Tais normas demonstram a importância de ser a fundamentação jurídica sustentada também pelas partes, com o intuito de influenciar a formação do convencimento judicial não somente em relação aos fatos, mas também em relação à escolha e interpretação da norma jurídica aplicável ao caso.

Da mesma forma, nossa legislação processual, no artigo 322, segunda parte, permite ao réu revelar e intervir no processo depois da revelia, quando já não pode mais discutir a veracidade dos fatos, mas pode fazer alegações acerca dos argumentos jurídicos apontados pelo autor, a fim de tentar convencer o juiz da improcedência da pretensão.³⁸⁹

Essa iniciativa das partes é deveras importante, não somente para mostrar ao julgador a norma que cada litigante entende aplicável para fundamento de sua pretensão

³⁸⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. III. 6ª Edição. São Paulo : Malheiros, 2009. p. 287. Grifos do autor. Da mesma opinião é José Rogério Cruz e Tucci : “É, portanto, forçoso reconhecer que toda essa concepção, sintetizada pelo velho aforismo *da mihi factum dabo tibi ius*, está a revelar que, no drama do processo, a delimitação do *factum* e a individualização do *ius* correspondem, em princípio, a atividades subordinadas a iniciativa de diferentes protagonistas. Enquanto a alegação do fato é atribuição do litigante, o direito é apanágio do juiz!” TUCCI, José Rogério Cruz. **A causa petendi no processo civil**. 3ª Edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009, p. 210.

³⁸⁹ OLIVEIRA, Carlos Alvaro. **Poderes do juiz e visão cooperativa do processo**. Revista Ajuris, v. 30, n. 90, 1974, p. 67.

ou defesa (e que poderia ser diversa daquela que o juiz presumia adequada), mas também para demonstrar a melhor interpretação ou a valoração do preceito legal que entende correto. Nos sistemas jurídicos modernos, o ato de julgar pressupõe, cada vez mais, a interpretação e a concretização de conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas abertas, assim como a valoração e aplicação de princípios gerais ao caso concreto. Esta atividade do julgador, portanto, em muito supera a velha fórmula de julgamento que consistia na mera subsunção do fato à norma, traduzida pelo princípio *narra mihi factum, dabo tibi ius*, e que podia prescindir da participação das partes, funcionando o juiz meramente como a “boca da lei.”³⁹⁰ O julgamento realizado hoje, mais do que nunca, necessita da colaboração das partes no oferecimento da sua visão acerca não somente da norma a ser aplicada, mas da forma como esta deva ser concretizada, dado o alto grau de subjetivismo que tal atividade encerra.³⁹¹

Em um segundo significado, o princípio do *iura novit curia* também implica em uma presunção de que o juiz conhece todo o ordenamento jurídico (ou pelo menos pode pesquisá-lo, caso não conheça efetivamente a norma invocada pelas partes), dispensando as partes da *prova* da legislação aduzida como fundamento de suas pretensões.

Nesta ordem de ideias, o aforismo *iura novit curia* representa mais que uma mera técnica processual, mas um princípio que permeia todos os sistemas processuais (tanto os do tipo acusatório quanto aqueles considerados inquisitivos) civis e penais, e que impõe uma divisão de tarefas entre as partes e o julgador em relação à atividade probatória a ser desenvolvida por elas no curso do processo³⁹². Com amparo no referido princípio, tem-se uma separação rígida entre a matéria de fato, que deve ser trazida aos

³⁹⁰ “Na realidade, diante do inafastável caráter dialético do processo, deve se modificar de forma significativa o alcance do antigo brocardo *narra mihi factum, dabo tibi ius*.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **O juiz e o princípio do contraditório**. Revista Forense 323, 1989, p.56.)

³⁹¹ A doutrina há algum tempo já vinha defendendo esta postura de colaboração entre as partes e o juiz, exigindo das partes a enunciação dos fundamentos jurídico das pretensões. Neste sentido, por exemplo, Bauer: “Em consequência, existe um interesse primordial da parte em fazer conhecer ao Tribunal a norma jurídica, que, segundo ela, deve ser aplicada. É que se passa na prática, regra geral, em particular nos processos em que funcionam os advogados. Certamente, não há obrigação formal de enunciar os argumentos; quer isto dizer que o juiz não pode obrigar a parte a indicar a norma jurídica sobre a qual ela funda sua demanda. Mas existe - exatamente como se dá na fixação dos fatos - uma obrigação material de enunciar os argumentos. Isto significa que, desde que uma parte omita a indicação da norma jurídica, que lhe é favorável (ou a interpretação favorável da norma jurídica etc.), deve ele suportar as consequências origináveis da circunstância do juiz não “descobrir” essa norma, ou, então, se ele a descobre, mas não a interpreta corretamente. (BAUR, Fritz. **Da importância da dicção “iura novit curia”**. Revista de Processo, vol. 3, Julho de 1976, p. 169.)

³⁹² EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. **Iura Novit Curia y aplicación judicial del derecho**. Valladolid : Lex Nova, 2000. p. 23/25.

autos e provada pelas partes, e a matéria de direito, que não precisaria ser alegada e muito menos provada pelas partes, posto que constitui encargo do julgador seu conhecimento e aplicação ao caso concreto³⁹³, excetuando-se apenas as normas de direito estrangeiro e de direito consuetudinário, que têm tratamento processual equivalente aquele dado aos fatos.³⁹⁴

O princípio *iura novit curia*, portanto, possui duas funções primordiais : a de sintetizar os poderes do juiz de aplicação da lei no momento do julgamento de uma demanda, e de traduzir uma regra processual de divisão da atividade probatória entre o juiz e as partes.

A aplicação do princípio em comento, principalmente no que toca à possibilidade de as regras jurídicas serem aplicáveis pelo juiz, ainda que não tenham sido aduzidas pelas partes pode, em princípio, traduzir-se em grande utilidade para os litigantes, posto que contribui para a obtenção de um julgamento justo, com a aplicação das normas que efetivamente sejam adequadas ao caso. Ademais, traduz para o julgador a tarefa de examinar os pedidos sob a ótica de toda a legislação, ou seja, sob todos os pontos de vista juridicamente possíveis que possam levar à procedência ou improcedência do pedido, ainda que não tenham sido mencionados pelas partes, podendo resultar em uma sentença de procedência fulcrada em critério jurídico que não tenha sido sequer imaginado pela parte autora.

³⁹³ Embora em alguns casos, em que o fundamento da pretensão autoral decorra da uma determinada interpretação da norma legal, ou de um precedente de um tribunal superior, em que caberia à parte interessada a demonstração de sua existência, correndo o risco de, não comprovando a admissão da interpretação pretendida, ver o seu pedido julgado improcedente. Neste sentido, o exemplo de Fritz Baur: “a Corte de Justiça federal, recentemente, reconheceu a capacidade jurídica ativa a um sindicato, constituído, como todos os outros sindicatos, em associação, o qual era despojado de capacidade jurídica, contrariamente à lei. Se um sindicato propuser uma ação, perante um Tribunal que ignora essa decisão, há de se supor que esta demanda será tida como não recebida, na conformidade da opinião jurídica vigorante, até então, isto é, por falta de capacidade jurídica ativa. Isto significa, novamente: desde que a situação jurídica permaneça obscura ou mesmo que ela não seja suficientemente esclarecida, a parte em questão suporta a carga da prova, tal como se não tivesse sido possível estabelecerem-se os fatos que lhe fossem favoráveis. A afirmação geral, segundo a qual resultaria da dicção *iura novit curia*, no sentido de que as normas jurídicas não necessitam de nenhuma prova, não é sustentável do ponto-de-vista da carga material da prova.” BAUR, Fritz. **Da importância da dicção "iura novit curia"**. Revista de Processo, vol. 3, Julho de 1976.p. 169.

³⁹⁴ No direito francês, essas regras não são absolutas, haja vista, por exemplo, que a corte de cassação já decidiu que o juiz tem o dever de conhecer o direito estrangeiro, em matéria econômica, assim como as convenções coletivas, em matéria de direito do trabalho, e deve aplicá-las de ofício, se entender cabível, ou a pedido de uma das partes, porque mesmo que ele não conheça efetivamente estas regras, ele tem condições de pesquisá-las. Sobre o tema, vide : CADIET, Loïc; NORMAND, Jacques e MEKKI, Soraya Amrani. **Théorie générale du procès**. 1ª edição. Paris : Presses Universitaires de France, 2010. p. 753.

Especialmente nos casos em que um dos litigantes não tenha uma defesa processual de qualidade, e, por isso, não tenha sustentado corretamente o fundamento jurídico de sua pretensão, a simples existência e a correta aplicação da regra *iura novit curia* pode colaborar para a equalização das partes, concretizando o princípio da paridade de armas. Nestas hipóteses, a atuação judicial, fornecendo o subsídio jurídico para o acolhimento da pretensão da parte, e evitando a improcedência do pedido por falta de amparo legal, contribui para o processo isonômico e justo.³⁹⁵

Discute a doutrina se, no momento de julgar a causa, ao fazer uso da autorização dada pelo brocardo *iura novit curia*, estaria o julgador livre para alterar (ou fixar, caso não tenha sido aduzida pelas partes) somente a norma jurídica aplicável ao caso em exame, ou se ele poderia alterar também a qualificação jurídica dada pelo demandante aos fatos aduzidos como fundamento de sua pretensão. A divergência acerca do tema guarda estreita pertinência com a dificuldade de conceituação da *causa petendi*. Nestes termos, dúvida não há de que o juiz não pode alterar a *causa petendi*, dado que esta se encontra no âmbito do poder dispositivo do autor, e determina os limites da sentença a ser proferida. Em consonância com tal assertiva, não resta dúvida também de que o julgador não pode alterar o fato constitutivo do pedido, dado que este constitui a *ratio essendi* da causa de pedir. Entretanto, em relação à qualificação jurídica dada pelo autor aos mesmos fatos, a questão não apresenta solução única, dado que, como visto no capítulo referente à conceituação doutrinária da *causa petendi*, enseja grande dúvida doutrinária saber se a qualificação jurídica integra ou não o conceito de *causa petendi*. Destarte, consoante se entenda que a qualificação jurídica dada aos fatos seja parte integrante da causa de pedir ou não, se poderá admitir a ampliação ou redução dos limites da liberdade judicial de qualificar os fatos no momento da decisão.

4.5.2 Limites à sua aplicação pelo órgão julgador

Há que se ressaltar, ainda, que mesmo na hipótese de se admitir, com amplitude, a possibilidade de atuação judicial por força da aplicação do *iura novit curia*,

³⁹⁵ OLIVEIRA, Carlos Alvaro. **Poderes do juiz e visão cooperativa do processo**. Revista Ajuris, v. 30, n. 90, 1974, p. 66.

permitindo que o juiz altere a qualificação jurídica dada aos fatos, esta atuação judicial deve ser compatibilizada com o princípio dispositivo, de molde a respeitar os limites do objeto litigioso proposto pelo autor (e que não pode ser alterado pelo julgador), assim como com o direito de defesa do réu, posto que este não pode ser surpreendido com uma decisão judicial firmada sobre qualificação jurídica que não tenha sido discutida, e da qual não tenha tido oportunidade de se defender.

Ponto de relevo, no que pertine ao objeto do presente trabalho, portanto, consiste no estudo dos limites à utilização do *iura novit curia* por parte do julgador, especialmente quando este implica em alteração da qualificação jurídica dada pelo autor aos fatos. Como nenhum princípio jurídico possui aplicação absoluta, resta evidente que o princípio em comento encontra limites em outros princípios mais caros ao direito processual, em especial aqueles que asseguram que o processo respeite as garantias constitucionais, convertendo-se em um processo justo.

O primeiro limite que vem sendo apontado pela doutrina estrangeira à aplicação irrestrita do brocardo *iura novit curia* encontra-se na congruência que deve existir entre o objeto do processo, na forma em que foi estabelecido pelas partes ao longo do debate processual, e a sentença proferida. Neste sentido, todos os demandantes têm o direito, assegurado constitucionalmente, de acesso a uma tutela jurídica justa, o que significa direito a uma tutela judicial que dê resposta às pretensões efetivamente deduzidas pelas partes. Assim, uma sentença que decida questão diversa daquela debatida pelos litigantes, além de ferir o princípio da ampla defesa, fere também o direito a uma tutela efetiva, por não dar a resposta adequada ao pleito formulado pelo demandante.³⁹⁶

Destarte, pode o juiz alterar a fundamentação legal proposta pelos litigantes, mas esta alteração não pode implicar em conferir aos fatos narrados consequência jurídica diversa daquela que foi efetivamente pleiteada pelo autor (ou pelo réu, em reconvenção). A fundamentação legal dada pelo julgador na sentença deve se conformar, portanto, não somente aos fatos narrados, mas também às consequências pleiteadas pelas partes, a partir dos fatos jurídicos por ela enunciados.³⁹⁷

³⁹⁶ EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. **Iura Novit Curia y aplicación judicial del derecho.** Valladolid : Lex Nova, 2000. p. 41/42. Neste sentido também, manifestando a opinião da doutrina alemã sobre o tema : BAUR, Fritz. **Da importância da dicção "iuria novit curia"**. Revista de Processo, vol. 3, Julho de 1976. p. 169.

³⁹⁷ Neste sentido, o acórdão da Corte de Cassação italiana : "Il potere del giudice di qualificare sotto l'aspetto giuridico i fatti, che la parte gli prospetta, incontra Il limite costituito dal rispetto del principio della corrispondenza tra Il chiesto ed Il pronunciato, *nel senso che Il giudice non può*

Também no Brasil, doutrina e jurisprudência concordam, em parte, com tal limitação, sendo certo que constitui entendimento amplamente disseminado em nosso sistema processual civil que a alteração da qualificação jurídica e a aplicação de norma distinta daquela aduzida pelas partes têm como limite os fatos discutidos na causa. Em outras palavras, a maior parte dos processualistas entende que o juiz pode alterar a qualificação jurídica dada pelas partes, desde que respeite os fatos narrados na inicial, e que constituem a essência da *causa petendi*. Não pode o julgador, portanto, fundamentar sua decisão em fatos diversos daqueles escolhidos pelas partes como aptos a gerar o efeito pretendido, ou em fatos que não tenham sido discutidos no processo, sob pena de violação ao princípio da correlação entre pedido e sentença, previsto nos artigos 128 e 460 do CPC.³⁹⁸

Ocorre que a aplicação irrestrita destas lições apresenta-se, na prática, bastante difícil. Com efeito, há que se considerar que a escolha dos fatos relevantes para o processo, feita pelo autor na inicial, já é realizada levando-se em conta a previsão abstrata da norma legal que o demandante entende pertinente ao caso, e que vai lhe dar a conseqüência por ele perseguida. Assim, bastaria ao demandante provar a ocorrência dos fatos por ele narrados, e incidiria sobre eles, automaticamente, a norma jurídica abstrata, concretizando, assim, a subsunção pleiteada. Em razão disso, dificilmente os fatos narrados pelo demandante no processo têm o condão de se adequar a uma qualificação jurídica diversa daquela aduzida, posto que habitualmente são narrados apenas os fatos selecionados pelo autor para se enquadrarem na hipótese descrita pela norma legal por ele selecionada. Dessa forma, os fatos alegados pelas partes, e sua qualificação jurídica, exercem inegável influência sobre a escolha da norma jurídica

attribuire ai fatti esposti dalla parte, un affetto giuridico diverso da quello che è domandato dalla parte stessa, ancorchè in linea di diritto tale effetto si raccolgghi ai fatti dedotti.” (acórdão citado por Arruda Alvim na obra : ALVIM, Arruda. **Direito processual civil. Teoria geral do processo de conhecimento**. Vol. II. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1972, p.75.)

³⁹⁸ Tesheiner exemplifica com a demanda de indenização proposta por passageiro contra a empresa de ônibus que o transportava, em razão de acidente sofrido, posto que, nesta hipótese, o mesmo fato gerador pode ser juridicamente qualificado de duas formas diferentes, mas em ambas visando à obtenção da mesma pretensão. Em suas palavras : “se o passageiro move ação contra o transportador, fundada em culpa, pode o juiz acolher o pedido, com fundamento no contrato de transporte, isto é, afirmando a responsabilidade objetiva do transportador, porque, nessa hipótese, simplesmente se despreza o fato “culpa”, que terá sido invocado com um *plus* juridicamente irrelevante. Entretanto, não são idênticas as ações em que o autor pede indenização, a primeira com fundamento exclusivo no contrato de transporte, e a segunda com fundamento na culpa. A imprudência, negligência ou imperícia são fatos que, por suposto, não foram alegados na primeira ação, e haveria manifesto cerceamento de defesa se o réu fosse nela condenado por fato de que não foi chamado a se defender. TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos da Ação**. Revista Ajuris, Porto Alegre, vol. 62. 1994. p. 114.

aplicável, não havendo, em suma, liberdade tão ampla quanto parece denotar o princípio *iura novit curia*.³⁹⁹

O segundo limite imposto à aplicação incondicional do brocardo *iura novit curia* constitui-se na incidência do princípio do contraditório. Em um processo justo, com efetivo respeito ao contraditório, sempre que o julgador perceber a possibilidade de afastar a qualificação jurídica dada pelas partes aos fatos jurígenos, formulando uma terceira opinião sobre a fundamentação jurídica do pedido, este tem o dever de ouvir todos os envolvidos, antes de sentenciar. Essa imposição de consulta prévia às partes, sobre a aplicação da qualificação diversa aos fatos do processo, tem por escopo permitir a estas o oferecimento de argumentos, tanto a favor quanto de forma contrária à aplicação da norma jurídica pretendida pelo julgador, bem como apresentar defesa relativa ao novo enquadramento jurídico percebido por ele.

Destarte, sem se negar a incidência do *iura novit curia*, o que se está afirmando é que, ainda que a causa esteja pronta para ser decidida, o respeito ao contraditório impõe ao julgador advertir às partes sobre o novo aspecto jurídico do pedido percebido por ele, bem como conceder-lhes prazo para manifestação acerca do fundamento aduzido, evitando, assim, que seja proferida uma sentença que surpreenda os litigantes, por enquadrar os fatos discutidos em categoria jurídica diversa daquela que havia sido objeto do debate ao longo do processo. Cuida-se, portanto, de evitar decisões que surpreendam os litigantes com um enquadramento jurídico da questão que não fora objeto de exame e argumentação prévia.

Cumprido então deixar claro que mesmo a alteração da qualificação jurídica dos fatos no curso do processo, caso seja admitida, deve ser precedida da oitiva das partes, haja vista que o réu, diante da nova qualificação jurídica, ainda que não haja alteração dos fatos constitutivos, pode ter outras defesas a apresentar. Imagine-se a hipótese, por exemplo, em que o pedido seja baseado em um fundamento jurídico, que venha a ser alterado pelo julgador, adotando na sentença fundamento diverso. É possível que contra o novo fundamento o réu pudesse alegar a ocorrência da prescrição da pretensão autoral, ou tivesse outra exceção defensiva, que não seria pertinente em relação ao fundamento originário. Resta evidente, portanto, que a alteração da qualificação jurídica feita pelo

³⁹⁹ Sobre o tema, valem ser conferidas as pertinentes observações de Ganuzas : EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. **Iura Novit Curia y aplicación judicial del derecho**. Valladolid : Lex Nova, 2000. p. 54/57.

juiz pode provocar grave cerceamento do direito de defesa do réu, além, evidentemente, de alterar a vontade da parte autora.

Da mesma forma, se as partes divergem quanto à fundamentação jurídica ou quanto à norma incidente na hipótese a ser julgada, a rejeição à fundamentação proposta por uma das partes, com a consequente opção por aquela apontada pelo seu *ex adverso*, deve ser justificada, sob pena de violação também ao princípio do contraditório.

Ressalta-se que a prévia manifestação das partes presta-se também a evitar equívocos do julgador ao requalificar os fatos da causa, ao alterar o fundamento legal, ou a aplicar norma de ordem pública, posto ser possível que a compreensão do julgador acerca da demanda esteja equivocada, e a decisão deste teor possa vir a ser evitada pela informação prestada pelos litigantes antes do julgamento. Mesmo a afirmação de que o equívoco do julgador poderia ser solucionado por meio de recurso não é convincente, dada a perda de tempo e de gastos com a interposição de um recurso (sem mencionar a possibilidade de este não ser admitido) quando a questão poderia ser resolvida na instância inferior.

No atual estágio evolutivo do processo civil e das garantias constitucionais, o contraditório não pode mais ser visto como uma garantia estática ou formal, a ser oportunizado apenas no momento inicial do processo, com a chamada do réu para se defender. Hoje o conteúdo do contraditório participativo implica na exigência de se garantir às partes meios adequados de participação e de colaboração no curso de todo o processo, assim como “a possibilidade de influir, com a sua atividade defensiva, na formação do convencimento do juiz (e, até mesmo, sobre o *iter* formativo) na decisão jurisdicional.”⁴⁰⁰ Trata-se de encarar o processo como instrumento de concretização das garantias constitucionais, o que somente pode se efetivar se a solução da causa passar a ser efetivamente discutida e construída, através de um diálogo humano, entre as partes e o órgão judicial.

Como afirma Leonardo Greco em relação ao contraditório :

Esse é o grande salto do nosso tempo : de princípio a garantia fundamental. Para isso, o contraditório não pode mais apenas reger as relações entre as partes e o equilíbrio que a elas deve ser assegurado no processo, mas se transforma numa ponte de comunicação de dupla via entre as partes e o juiz. Isto é, o juiz passa a integrar o contraditório, porque, como meio assecuratório do princípio político da participação democrática, o contraditório deve assegurar às partes todas as possibilidades de influenciar eficazmente as decisões judiciais. Ora, de

⁴⁰⁰ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado, e TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. Vol. I. 5ª edição. Bologna : Ed. Il Mulino, 2011. p.75. Tradução livre.

nenhuma valia para a concretização desse objetivo terá toda a atividade dialética das partes se o juiz não revelar de que modo as alegações e provas que lhe são trazidas pelos litigantes estão sendo avaliadas pelo seu entendimento.⁴⁰¹

Como visto no capítulo referente ao direito comparado, os países europeus manifestam grande preocupação com a questão, havendo disposição legal em várias codificações processuais impondo ao julgador a necessidade de consulta às partes antes de proferir qualquer decisão com fundamento que não tenha sido discutido por elas, sendo o respeito a este dever judicial exigido, inclusive, pela Corte Europeia de Direitos Humanos.

Tofavia, ao contrário do que ocorre nos países europeus, no sistema processual civil nacional, os tribunais, embora façam larga aplicação do *iura novit curia*, não têm qualquer preocupação com a efetividade do contraditório, nos termos antes referidos.

Na doutrina brasileira a grande maioria dos estudiosos também se prende à ideia de que a aplicação da lei é ônus exclusivo do magistrado, não sendo este obrigado a consultar as partes no momento de exercer seu ofício de decidir, ainda que venha a aplicar norma jurídica diversa daquela sustentada pelas partes, posto que autorizado pelo *iura novit curia*. Pelo mesmo motivo, também não há exigência de que o juiz, ao apreciar matéria cognoscível de ofício, tenha que admitir previamente a manifestação das partes, e muito menos cominação de nulidade para tal procedimento.

Entretanto, mesmo no Brasil, alguns processualistas já sustentam a necessidade de contraditório também em relação à escolha ou alteração da qualificação jurídica e da aplicação da norma legal a ser feita pelo magistrado. Neste sentido, por exemplo, vem doutrinando Carlos Alvaro de Oliveira:

Dentro da mesma orientação, a liberdade concedida ao julgador de escolher a norma a aplicar, independentemente de 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 à solução do litígio, em homenagem ao princípio do contraditório.” (...) “Como se constata, mostra-se insuficiente, no contexto delineado no presente trabalho, a velha definição da

⁴⁰¹ GRECO, Leonardo. **O princípio do contraditório.** In Estudos de direito processual. Campos dos Goytacazes : Ed. Faculdade de direito de Campos, 2005. P. 541/556. Sobre o tema, pode-se trazer à baila a lição de Calamandrei, que se mantém sempre atual : Il processo non è un monologo : è un dialogo, una conversazione, uno scambio di proposte, di risposte, di repliche; um incrociarsi di azioni e di reazioni, di stimoli e di contropinte, di attacchi e di contrattacchi. Per questo è stato rassomigliato a una scherma o a una gara sportiva; ma è una scherma di persuasioni e una gara di ragionamenti. In ciò consisti quel carattere, Il più prezioso e tipico del processo moderno, que è la *dialetticità* : che vuol dire che là volontà del giudice non è mai sovrana assoluta, ma sempre condizionata (anche nel processo penale) alla volontà e al comportamento delle parti, cioè all’iniziativa, allo stimolo, alla resistenza o all’acquiescenza di esse.” CALAMANDREI, Piero. **Processo e Democrazia.** In Opere Giuridiche, v.1, 1965, p. 679.

garantia do contraditório. O princípio deve ter por conteúdo também a oportunidade concedida às partes para se manifestarem, em prazo razoável, sobre todas as questões de fato e de direito essenciais para a decisão da causa, pouco importando que seu exame decorra de decisão voluntária do órgão judicial, ou por imposição da regra *iura novit curia*. (...) O diálogo judicial torna-se, no fundo, dentro dessa perspectiva, autêntica garantia de democratização, a impedir que o poder oficial do órgão judicial e a aplicação da regra *iura novit curia* venham a se transformar em instrumento de opressão e autoritarismo, servindo às vezes a um mal explicado tecnicismo, com obstrução à efetiva e correta aplicação do direito.⁴⁰²

Em conclusão, pode-se perceber que a aplicação do *iura novit curia*, na forma como vem sendo feito pela jurisprudência brasileira, a par de provocar alterações relevantes no elemento causal da demanda, gerando decisões com fundamentos diversos daqueles que foram propostos pelo autor, também o faz com clara ofensa à garantia do contraditório.

Assim, o juiz, na ótica da garantia constitucional do contraditório participativo não pode reconhecer de ofício uma questão, pela primeira vez, no momento da decisão da causa, mas deve preventivamente indicá-la às partes, de molde a permitir sua discussão, sob contraditório, antes de submetê-la à decisão, posto que qualquer questão que venha a ser introduzida no âmbito do material decisório amplia o seu objeto, levando à necessidade de que as partes possam se manifestar sobre ela.⁴⁰³

⁴⁰² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **O juiz e o princípio do contraditório**. Revista Forense 323, 1989, p. 58/59. Também sustentando posição semelhante, José Roberto Bedaque : Mesmo a liberdade na aplicação da regra jurídica deve ser examinada à luz do contraditório. O brocardo *iura novit curia* significa a possibilidade de o juiz valer-se de norma não invocada pelas partes, desde que atendidos os limites quanto ao pedido e à causa de pedir. Isso não significa, todavia, desnecessidade de prévia manifestação das partes a respeito, mesmo porque muitas vezes o enquadramento jurídico do fato implica consequências jamais imaginadas pelas partes. Justificável, portanto, a preocupação com a efetividade do contraditório inclusive nesta sede. Basta lembrar das relações de consumo, cujos efeitos, inclusive no âmbito processual, são profundamente diversos daqueles decorrentes de situações regradas pelo direito das obrigações.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório**. In BEDAQUE, José Roberto dos Santos e TUCCI, José Rogério Cruz (org.). Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002. p. 40/41. Também Junior Alexandre Moreira Pinto, em obra específica, defende tal ponto de vista : PINTO, Junior Alexandre Moreira. **A causa petendi e o contraditório**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007. p. 79/90. Teresa Arruda e José Medina também defendem que a interpretação atual do princípio do contraditório impõe a proibição de decisões surpresa, não precedida de debate entre as partes, ainda que se trata de matéria suscetível de ser conhecida de ofício pelo juiz. (MEDINA, José Miguel Garcia e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo Civil Moderno : Parte geral e processo de conhecimento**. 2ª Edição. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 71/72)

⁴⁰³ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado, e TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. Vol. I. 5ª edição. Bologna : Ed. Il Mulino, 2011.p.76.

4.6 Análise crítica da situação atual do direito brasileiro em relação às possibilidades de alteração objetiva da demanda

Consoante visto no decorrer deste trabalho, o sistema legal brasileiro é bastante rígido em tema de modificação da demanda, sendo extremamente limitada a possibilidade de o autor (ou o réu reconvinente) alterar o pedido ou a causa de pedir depois de proposta a ação (ou a reconvenção). Tal modelo processual decorre de uma opção legislativa, de natureza técnica, não sendo decorrente de qualquer princípio ou garantia fundamental de ordem constitucional.

Percebe-se também, após a exposição realizada, que dentro de um quadro comparativo com os demais países pesquisados, mesmo respeitando as diferenças culturais e organizativas de cada um, o modelo desenvolvido pelo legislador brasileiro é o mais rígido de todos. Em todos os demais países comparados, há possibilidades maiores de alteração do pedido e da causa de pedir ao longo do processo. Esta permissão para a *emendatio libelli* (e em alguns casos até mesmo para o exercício da *mutatio libelli*) varia, de um país para outro, tanto em relação ao momento procedimental em que é admissível, quanto em relação aos limites materiais da modificação permitida, mas todos são mais flexíveis que o sistema brasileiro.

Por outro lado, também se verificou que a jurisprudência, capitaneada pelo Superior Tribunal de Justiça, muitas vezes ignora a rigidez das regras que proíbem a modificação da demanda no curso do processo, em razão da necessidade de conferir solução justa ao litígio que lhe é trazido para julgamento. Para tanto, utiliza-se de diversos expedientes, como a realização de uma “interpretação ampla” do pedido (para conceder algo diverso do que foi pedido), o reconhecimento da existência de “pedidos implícitos” ou o alargamento das “consequências naturais da sentença” (para conceder prestação judicial que não foi pleiteada). Também se utiliza, para alterar a *causa petendi*, de um conceito bastante amplo de utilização do *iura novit curia*, de modo a conceder a tutela que havia sido pleiteada, e a qual o autor efetivamente faz jus, mas por fundamentos completamente diversos do que havia sido suscitado e discutido nos autos.

O esforço interpretativo feito pelos tribunais tem por escopo, habitualmente, conceder a tutela efetiva do direito material a que o demandante faz jus, e que não seria possível caso houvesse observância rigorosa das normas processuais acerca da proibição

da modificação da demanda. A concessão de pedidos que não foram formulados, por exemplo, habitualmente decorre da convicção do julgador de que o demandante efetivamente é titular de um direito material, que foi comprovado durante a instrução processual, mas que, por força da regra inserta no artigo 264 do CPC, não pode ser pleiteada naqueles autos.

Entretanto, ainda que com boa intenção, a concessão de pedidos que não foram formulados não pode ser considerada como uma solução processualmente correta, haja vista que, além de violar as regras que determinam a inércia do órgão julgador, e a necessária correspondência entre o pedido e a sentença, violam principalmente o direito do réu ao contraditório e à ampla defesa. Com efeito, ainda que a titularidade de um determinado direito material resulte comprovada durante a instrução processual, este direito não pode ser concedido à parte autora sem que tenha havido pedido neste sentido, posto que ao demandado não foi dada oportunidade de impugnar tal pedido, apresentando os argumentos (fáticos e jurídicos) que poderiam determinar a sua improcedência. O direito ao contraditório, como já visto, entendido hoje como o direito de participar eficazmente da solução da causa, não pode ser compatibilizado jamais com a concessão de um pedido que não foi formulado, e, justamente por isso, também não foi impugnado ou submetido à discussão entre as partes e o julgador.

Da mesma forma, a alteração da qualificação jurídica dada pelo autor ao seu pedido acarreta grave prejuízo ao direito do réu, uma vez que, como já demonstrado, tanto a qualificação jurídica quanto a própria escolha e interpretação da norma legal que fundamenta a pretensão autoral devem ser discutidas pelo demandado. A alteração destas, pelo julgador, sem a concessão de oportunidade ao réu de discutir a nova qualificação ou a nova fundamentação jurídica dos pedidos, implica em cerceamento ao seu direito de diálogo e de participação eficiente no resultado final da causa.

Além da agressão às garantias do contraditório e da ampla defesa, decorrentes da concessão de pedidos que não foram formulados, e da alteração do aspecto jurídico da causa de pedir, a prática adotada pelos tribunais fere de morte também a garantia constitucional do devido processo legal, decorrente do princípio da segurança jurídica, haja vista que, na falta de parâmetros legais razoáveis para as hipóteses em que se possa admitir a modificação da demanda, e sendo necessária esta modificação, cada julgador constrói as suas próprias hipóteses, de acordo com cada caso concreto. A previsibilidade das partes acerca do rito a ser adotado, e dos limites materiais da decisão a ser proferida

é um aspecto inafastável do devido processo legal, vez que tem por escopo assegurar os litigantes contra o arbítrio judicial, garantindo que o processo será conduzido e decidido dentro das normas preestabelecidas pelo legislador, e que são do conhecimento de cada uma das partes. A partir do momento em que um julgador decide conceder pedidos que não foram formulados, ampliar um pedido para além do que foi postulado, ou julgar a causa com apoio em qualificação jurídica totalmente diversa daquela discutida entre os litigantes, rompe-se com o devido processo legal, com a segurança jurídica e com qualquer espécie de previsibilidade para os jurisdicionados, transformando as decisões judiciais em verdadeira surpresa para todos os participantes do processo.

O comportamento casuístico da jurisprudência implica também em rompimento da necessária isonomia que deve existir entre todos os jurisdicionados, posto que o procedimento e as soluções apresentadas por cada julgador variam caso a caso, e as decisões serão diferentes mesmo para aqueles que se encontram diante da mesma situação fática e jurídica.

Toda a narrativa supra demonstra, de forma clara, que o sistema adotado pelo legislador brasileiro não representa mais a melhor regulamentação processual sobre o tema. Nesta perspectiva, a doutrina mais moderna já vem clamando por alterações legislativas que tragam mais flexibilidade ao procedimento, permitindo que a evolução fática do litígio venha a ser admitida no processo, de modo a que este atenda à sua função instrumental de dar solução justa ao conflito levado ao judiciário.⁴⁰⁴

A crítica doutrinária é procedente, já sendo tempo de o direito positivo brasileiro evoluir. Com efeito, o excessivo apego às formalidades e solenidades remonta à época do direito romano antigo (ao tempo das *legis actiones*, em que imperava a tipicidade das ações), em que se atribuía mais valor à forma que ao conflito de interesses que precisava ser solucionado, e não causava espanto que o julgamento do litígio deixasse de ser obtido em razão de deficiência formal no momento de sua solicitação ao pretor.⁴⁰⁵

⁴⁰⁴ Neste diapasão é a doutrina de Carlos Alvaro : “Do ponto de vista cooperativo, no atual estágio da história brasileira, já está mais do que em tempo de se começar a pensar na reforma da legislação processual, para permitir-se a alteração do pedido e da causa de pedir nos termos da recente legislação processual portuguesa. Dessa forma, estimular-se-ia mais uma vez o desejável diálogo entre o órgão judicial e as partes, quebrando-se ao mesmo tempo um formalismo excessivo, que não tem mais razão de ser OLIVEIRA, Carlos Alvaro. **Poderes do juiz e visão cooperativa do processo**. Revista *Ajuris*, v. 30, n. 90, 1974, p. 67 e seguintes.

⁴⁰⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2ª edição. São Paulo : Malheiros, 2007. p. 154.

Contudo, o processo, desde então, vem evoluindo para a fase instrumentalista, com a progressiva diminuição das formalidades, visando realizar o seu escopo de meio de solução dos conflitos de direito material. Por esta razão, as recentes reformas operadas no CPC já provocaram a ruptura de diversos dogmas formais, sempre em prol da simplificação do procedimento e da busca pela efetividade das decisões. Nesta linha de raciocínio, a ideia de preclusão e de estabilização precoce da demanda também necessita evoluir de fase tão rígida para uma fase mais elástica. Não se propõe, por óbvio, acabar com a preclusão (que sempre será necessária), mas admitir-se alguma flexibilidade quando as circunstâncias do caso a justificarem. Trata-se de admitir que a evolução fática e instrutória efetivamente ocorridas depois da propositura da ação possam ser levadas em consideração para a solução do processo, na forma que a doutrina francesa vem chamando de “mutabilidade controlada do litígio”.⁴⁰⁶

4.7 Sugestões de novas possibilidades

A possibilidade de flexibilização da rigidez processual em relação à modificação da demanda pode ser feita por meio de alteração legislativa, ou por meio da interpretação das normas já existentes, ponderando-se os princípios de natureza processual envolvidos em cada caso. Neste tópico, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, busca-se apresentar algumas sugestões de alterações legislativas, que visem tornar o procedimento mais adequado às ideias antes formuladas, bem como apresentar possibilidades de interpretação das normas já existentes, assim como parâmetros para se identificar as hipóteses em que se justifica a permissão para modificação da demanda, mesmo após a decisão saneadora.

4.7.1 A possibilidade de modificação da demanda antes do saneador

⁴⁰⁶ Ver mais sobre o tema no capítulo do direito francês.

A primeira sugestão de alteração legal do procedimento implica no reconhecimento da importância de se permitir às partes a realização de alguns ajustes, correções ou inclusão de fatos ou pedidos novos à demanda originariamente proposta, após ser completada a relação processual, como consequência da apresentação da resposta do outro litigante.

Dentro desta visão, o marco preclusivo inicial para a possibilidade de alteração da demanda, *de forma unilateral*, deve ser deslocado do momento anterior à citação para o momento da apresentação da réplica pelo autor (e eventualmente da tréplica, caso a alteração venha a ser realizada pelo réu reconvinte), como já o admite o direito português, por exemplo, e a maior parte dos sistemas europeus. Continuar-se-ia a ter a estabilização da demanda, portanto, no momento do saneador, mas com a possibilidade de alteração do pedido e da causa de pedir, antes deste momento, como consequência da resposta apresentada pela outra parte.

A possibilidade de alteração dos elementos objetivos da demanda após a apresentação da defesa pela parte contrária se justifica porque, no momento da apresentação da réplica, já tendo o autor ciência dos argumentos defensivos do réu, aquele tem melhores condições de ajustar os contornos de sua pretensão à tese defensiva, eventualmente incluindo parcela da lide que havia sido deixada de fora, ou formulando algum pedido consequente ou acessório, derivado da mesma causa de pedir, de modo a solucionar em definitivo a questão, evitando novas demandas cujo interesse surja a partir da apresentação da contestação.

Ressalta-se que, se a parte autora, partindo da mesma hipótese fática, pode formular, na petição inicial, mais de um pedido em cumulação eventual, de molde a propiciar o melhor aproveitamento da demanda, não haveria razão para que esta não pudesse fazê-lo em momento posterior do processo, como no momento da apresentação da réplica, diante da evidência, decorrente do exame da contestação, por exemplo, de que não será possível ou provável a obtenção da procedência do pedido formulado.

Cabe destacar que o legislador admite, no artigo 325 do atual CPC, que o autor da ação possa propor ação declaratória incidental depois da apresentação da contestação, de modo a obter o acerto definitivo de uma questão que tenha surgido com a contestação. Contudo, não parece haver motivo razoável para que esta possibilidade de formulação de um novo pedido seja limitada à declaração de existência

ou inexistência de um direito, e não possa ser estendida a outros pedidos, cujo interesse processual também decorra da contestação.

Ademais, deve ser admitido também, na réplica, que o demandante possa emendar a inicial para corrigir eventuais erros não decorrentes de má fé processual, evitando a inútil extinção do feito por defeito de forma, que levaria à necessidade de propositura de outra ação, com maior gasto de tempo e de dinheiro.

Atualmente, nos termos do artigo 264 do CPC, a possibilidade de modificação dos elementos da demanda na réplica, embora existente, encontra-se condicionada à concordância do réu, circunstância esta que a torna de quase nenhuma ocorrência prática, dado a pouca probabilidade de haver esta concordância. Tal condicionamento demonstra um respeito exacerbado ao direito de defesa, que acaba por sobrepor esta garantia constitucional a outros princípios, também de fundo constitucional (como o acesso a uma decisão justa e efetiva), que seriam atendidos com a alteração da demanda, a ser realizada mesmo sem a concordância do réu.

Há que se destacar que a possibilidade de alteração de pedido ou de causa de pedir na réplica não implica em afronta ao direito de defesa do réu, posto que após a alteração este deverá ser intimado para se manifestar, podendo impugnar os acréscimos, e dispor de toda a fase instrutória para produzir prova e contraprova acerca das alterações.

Da mesma forma, a alteração realizada na réplica também não implica em retrocesso processual, ou prejuízo ao bom desenvolvimento do processo, haja vista que ainda não teve início a fase instrutória, não havendo perda da atividade probatória ou necessidade de reabertura de fase processual já encerrada.⁴⁰⁷ Tal fato tanto é verdadeiro

⁴⁰⁷ Com opinião semelhante, Arruda Alvim, embora condicione as alterações posteriores à citação à concordância do réu, também defende que o momento definitivo em que a demanda deve estar estabilizada deve ser o do saneador, por não haver dispêndio da fase probatória. Assim: “Tendo-se presente que os dois pólos, dentro dos quais se enraíza o nosso raciocínio, em matéria de modificação do libelo, são a *economia processual* e a *segurança*, o *despacho saneador* representa o limite em que a economia é total, sem afetar praticamente a segurança. É o ato processual ideal, para servir de termo final à possibilidade de alteração do libelo. Isto porque: 1°) o saneador encerra a fase postulatória, não tendo havido praticamente qualquer dispêndio de atividade jurisdicional; 2°) não houve, normalmente também, qualquer ato instrutório, exceto sob o aspecto documental; 3°) desta forma, a modificação do libelo, aproveitados que devem ser – na medida do possível – os atos processuais anteriores, respeita o princípio da economia processual ao máximo, dado que somente se alterará o quadro postulatório, e nada mais; 4°) o juiz, então, proferirá o saneador – vale dizer, começa realmente a atividade jurisdicional mais complexa – já com a modificação do libelo feita.” ALVIM, Arruda. **Direito processual civil. Teoria geral do processo de conhecimento**. Vol. II. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1972, p. 137.

que o legislador brasileiro admite a alteração na réplica, apenas condicionando-a a concordância do réu.

Cumprе ressaltar que o modelo brasileiro de procedimento ordinário encontra-se bem distante daquele ideal de procedimento bifásico, marcado pela realização de uma audiência de preparação e discussão da causa entre as partes e o juiz, na qual estas podem precisar, retificar e eventualmente modificar e introduzir acréscimos aos fatos, aos fundamentos e aos pedidos já formulados, de forma dialética. Esta possibilidade de ajustes, realizada com a participação e colaboração do julgador, tanto na discussão da causa quanto na preparação da fase instrutória, certamente levaria a uma decisão mais justa, e até mesmo mais célere do litígio, dada a maior eficiência com que seria realizada a fase probatória.

Contudo, dada a falta de oralidade inerente ao sistema brasileiro, que não impõe a realização da audiência preliminar, impedindo tal diálogo inicial entre as partes e o julgador, deve-se buscar ao menos a possibilidade de alteração e ajustes realizados por escrito, na réplica, e a posterior manifestação do réu, em tréplica. Estas alterações podem levar a uma fase postulatória mais bem delimitada, com maior possibilidade de debate processual entre as partes (ainda que por escrito) acerca dos fatos e do direito posto em julgamento, e, como consequência, com maior probabilidade de justiça da decisão final.

Destarte, a possibilidade de alteração do pedido e da causa de pedir, após a apresentação da contestação, sem a necessidade de concordância do requerido, apresenta-se como uma alteração legislativa necessária para a melhoria do procedimento.

4.7.2 Hipóteses em que se justifica a alteração da demanda após o saneador

Com o encerramento da fase postulatória, e a prolação da decisão saneadora, a demanda precisa estar estabilizada, para que se possa dar início à fase instrutória propriamente dita, sendo produzidas as provas necessárias ao julgamento do mérito. Em muitos casos, contudo, se percebe que, mesmo depois do início da fase instrutória, como decorrência da prova produzida, a parte autora descobre um novo fato hábil a

fundamentar a sua pretensão, ou, em razão do decurso do tempo, ocorre uma evolução fática do litígio (como, por exemplo, a aumento do prejuízo causado pelo réu ao autor). É possível ocorrer, ainda, um fato superveniente, também ensejador de produzir alguma modificação na *causa petendi* ou no pedido já formulado. Em todas estas hipóteses, citadas de forma apenas exemplificativa, pode surgir a necessidade de modificação da causa de pedir, ou mesmo de formulação de novos pedidos (que tenham a mesma *causa petendi* já posta em discussão), para adaptar a demanda aos novos elementos fáticos trazidos aos autos. Tais modificações, a princípio, se encontram vedadas pelo nosso ordenamento, em razão do momento processual em que se passam, podendo ser ressalvada apenas a possibilidade de alteração da demanda em razão do fato superveniente, para aqueles que a admitem, como visto no ítem próprio.

Entretanto, mesmo após a decisão saneadora, a permissão para a alteração dos elementos objetivos da demanda pode ser útil ao processo, se for produzir uma decisão mais justa para o litígio, ou se sua admissão puder evitar a propositura de uma nova ação entre as mesmas partes. Nestas hipóteses, poder-se-ia admitir, *de forma excepcional*, que a parte interessada promova alguma alteração do pedido ou da causa de pedir, ainda que em momento posterior ao marco preclusivo escolhido pelo legislador, e que consiste na decisão saneadora.

Destarte, mesmo mantendo-se como regra geral a estabilização da demanda com o encerramento da fase postulatória, e a prolação da decisão saneadora, há que se permitir, em casos excepcionais, a possibilidade de serem introduzidas algumas alterações tanto no pedido quanto na causa de pedir depois do saneador, desde que estas alterações tenham por escopo a realização dos valores superiores do processo, em especial a justiça da decisão, e haja respeito irrestrito às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Não se olvida que a possibilidade de alteração da demanda no curso da instrução, ou até mesmo depois do encerramento desta, pode trazer prejuízo à celeridade processual, por implicar em maior demora até a decisão final, dada a necessidade de manifestação das partes e, eventualmente, de produção de novas provas. Torna-se necessário, portanto, que seja realizada, caso a caso, uma ponderação entre os princípios aparentemente em conflito, a fim de se chegar a uma solução que apresente a melhor composição entre eles. Em outras palavras, a admissibilidade da alteração da demanda após o início da fase de produção de provas somente pode ser admitida se o benefício

obtido em termos de economia processual, ou de uma decisão mais justa do litígio, puder superar o prejuízo que pode decorrer de um retrocesso no procedimento, o que colocaria em risco a celeridade e a duração razoável do processo.

Como já há muito apregoa Barbosa Moreira,

no universo processual - se nos permitem repetir o que já dissemos alhures -, há pouco espaço para absolutos, e muito para a interação recíproca de valores que não deixam de o ser apenas porque relativos. Nem os mais altos princípios devem ser arvorados em objetos de idolatria: para usarmos expressão em voga noutros setores, todos admitem certa dose de flexibilização. Como advertia o filósofo, nada pior que um bom princípio mal aplicado; e é fora de dúvida que aplicamos mal um princípio quando o pomos em prática sem levar em conta os outros princípios que lhe surgem de contrapeso e com ele precisam conjugar-se para assegurar o equilíbrio do conjunto. Um dos erros mais graves de determinado tipo de dogmatismo foi - e é o de descrever o mundo em preto e branco, ignorando os matizes variadíssimos que medeiam entre esses dois extremos.⁴⁰⁸

A possibilidade de alteração da demanda depois do saneador, portanto, somente se justifica se, no confronto entre os princípios supra referidos, for possível a constatação de que, com a alteração, o processo estará mais próximo de seu objetivo final, de instrumento de realização do direito material.⁴⁰⁹

Passa-se a analisar, portanto, algumas hipóteses em que se mostra possível a alteração dos elementos objetivos da demanda após a decisão saneadora.

Em relação à alteração da *causa de pedir*, hipótese bastante comum encontra-se nas situações em que, durante a instrução processual, surja prova de um fato (já anteriormente existente, mas até então desconhecido da parte autora) e que constitua uma nova *causa petendi*. Esta situação não se enquadra, a rigor, na *fattispecie* prevista no artigo 462 do CPC, posto que não se trata de fato superveniente, mas de fato que já existia mas era desconhecido de uma das partes, ou foi considerado por ela, no início do processo, como irrelevante para a procedência do seu pedido.⁴¹⁰

⁴⁰⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Miradas sobre o processo civil contemporâneo**. Revista de Processo, vol. 79, p. 142, Julho de 1995. No mesmo sentido, priorizando a ponderação entre princípios com vistas à efetividade do processo : DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relendo princípios e renunciando a dogmas**. In Nova Era do processo civil. 1ª Edição. São Paulo : Malheiros, 2004. p. 11 e seguintes.

⁴⁰⁹ Com efeito, como já defendido por José Roberto Bedaque, a técnica processual deve ser interpretada e utilizada pelo jurista como instrumento para a obtenção do objetivo maior do processo, que é de chegar a uma solução justa para o conflito de direito material. Assim, desde que não se afronte as garantias fundamentais, a técnica deve ser utilizada não como um fim em si mesmo, mas como um caminho para se chegar à solução mais justa do processo. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2ª edição. São Paulo : Malheiros, 2007.)

⁴¹⁰ São aqueles fatos que o direito português classifica de fatos complementares, e que, naquele país, podem ser alegados e provados a qualquer momento do processo, não estando sujeitos às regras preclusivas de alegação fática. Como afirma Tucci, “o fato que irrompe, por exemplo, no momento da produção da prova, não é caracterizado pela superveniência cronológica. É circunstância que preexistia

Nestas hipóteses, em que pese não se conter na previsão do artigo 462, o fato novo pode ser admitido no processo, ainda que como sustentação de uma nova causa de pedir que não tenha sido deduzida anteriormente, mas que venha a ser formalmente pleiteada pelo autor, desde que respeite a dois parâmetros alternativos : o primeiro, de que sua admissão implique em maior efetividade da decisão, evitando que o demandante tenha sua pretensão julgada improcedente mesmo com a comprovação da existência do direito material. O segundo parâmetro deve ser a busca pela economia processual, devendo-se analisar se a permissão para a inclusão do fato novo, com alteração da *causa petendi*, vai evitar a propositura de nova ação, bem como se será possível o aproveitamento dos atos de instrução já realizados (de regra, este aproveitamento ocorre em situações em que o fato novo a ser admitido já tenha sido comprovado pela prova produzida nos autos, com participação dos litigantes). Em qualquer das duas hipóteses, deve ser assegurado que haja respeito irrestrito ao contraditório, com a ampla possibilidade de as partes se manifestarem sobre os fatos acrescidos à demanda, bem como produzirem prova a seu respeito.

O que não faz sentido é que, descoberta a existência de um fato jurígeno no curso da instrução, produzida prova e contraprova acerca desta, e discutido o tema pelas partes, o juiz não possa levá-lo em consideração apenas porque não mencionado na inicial. Esta supervalorização da técnica processual e do formalismo exagerado, em detrimento da instrumentalidade do processo, termina por levar à ineficácia do processo e à própria negativa de tutela jurisdicional.

Tucci, discorrendo sobre o tema, possui entendimento semelhante :

Não há, pois, preclusão para a *mutatio libelli*, decorrente da introdução de *fato novo* no objeto do processo, desde que justificada por razões de economia processual. No entanto, comprometida a defesa do réu diante da demanda modificada, impõe-se uma limitação temporal a tal possibilidade.⁴¹¹

Neste mesmo diapasão alguns autores já vêm defendendo que, mesmo sem alteração legislativa, se um novo fato, que configure uma nova *causa petendi*, for introduzido pelo autor no processo, após o saneador (ou até mesmo antes do saneador, mas sem a concordância expressa do réu), esta alteração indevida da causa de pedir pode ser admitida, ainda que com infringência à regra do artigo 264, desde que seja

ao ajuizamento da demanda, e, portanto, constitui *fato novo* no processo.” (TUCCI, José Rogério Cruz. **A causa petendi no processo civil**. 3ª Edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009, p.189)

⁴¹¹ TUCCI, José Rogério Cruz. Op. cit., p. 191.

submetida ao contraditório, sendo possibilitado aos réus a impugnação dos novos fatos, bem como a produção de provas para sua invalidação.

Nesta linha de pensamento é a conclusão da obra monográfica de Leonel :

De modo pragmático : se determinado fundamento (causa de pedir), pretensão ou defesa foram introduzidos intempestivamente, com eficácia superveniente à propositura da demanda (portanto mediante violação de regras formais do processo), mas acabaram sendo *amplamente debatidos pelas partes, com produção de provas a seu respeito, e conseqüentemente sem que disso tenha decorrido prejuízo algum para as partes, por que proscrever a possibilidade de sua apreciação na decisão judicial ?*⁴¹²

Em relação à *alteração do pedido* depois do saneador, tem-se situação semelhante. Sempre que surja, no curso da instrução processual, prova nova que demonstre a necessidade de retificação na formulação do pedido (especialmente quando alterada apenas a subespécie do *petitum*), sendo mantida a mesma *causa petendi* ou a mesma relação jurídica, ou, ainda, a mesma finalidade da demanda, esta alteração pode ser admitida e justificada em razão da ponderação dos princípios antes mencionados.

Pode-se exemplificar tal situação com as demandas previdenciárias, nas quais não raro a prova pericial demonstra que o demandante faz jus a benefício previdenciário diverso do que foi pleiteado, seja em razão de erro na formulação original do pedido, seja em razão do agravamento de sua condição fática no curso da demanda. Nestas hipóteses, a solução mais razoável leva a admitir-se que, mesmo após a instrução, o autor possa, voluntariamente, alterar o seu pedido imediato, modificando a espécie de benefício pleiteado, e propiciando ao réu impugnar expressamente o novo pedido formulado, assim como produzir contraprova.

A possibilidade de alteração do pedido, mesmo depois da instrução, para adequá-lo à prova regularmente produzida, implica em evidente benefício para a economia processual, posto que evita a propositura de nova demanda entre as mesmas partes, com a inútil repetição de todos os atos processuais. O processo deve ser examinado, para tanto, não como um jogo cheio de armadilhas, ou um duelo entre as

⁴¹² LEONEL, Ricardo de Barros. **Causa de pedir e pedido. O direito superveniente.** São Paulo : Método, 2006. p. 244. Grifos do autor. No mesmo diapasão, afirma Bedaque que : “se inadvertidamente, for introduzida no processo causa de pedir não deduzida na inicial e o contraditório abranger a nova realidade fática, não há porque desconsiderá-la. As regras da correlação, da eventualidade e da preclusão visam a assegurar a amplitude da defesa e o normal desenvolvimento do processo”, posto que “não pode o juiz ignorar a realidade retratada nos autos apenas para homenagear a técnica processual”.(BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Op. cit., p. 138). Ainda : “Mediante interpretação sistemática e teleológica das regras processuais, deve ser adotada solução compatível com o que está disposto no plano da situação jurídico-substancial, pois não se admite que o meio prevaleça sobre o fim.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Op. cit., p. 139).

partes, em que qualquer deslize formal leve à derrota de uma delas, mas sim como um meio de se obter, da forma mais completa possível, a pacificação do conflito de interesses.

Isto porque a proibição de alteração do pedido, nestas circunstâncias, levará a um julgamento de improcedência do pedido do autor unicamente por ter sido formulado de forma inadequada, e não haver possibilidade processual de corrigi-lo. Tal solução entra em evidente conflito com a função essencialmente instrumental do processo, posto que o direito material, embora existente e processualmente comprovado, deixa de ser tutelado em razão de regras técnicas excessivamente formais e inflexíveis que engessam qualquer possibilidade de retificação do pedido. O processo, nestas condições, deixa de ser um instrumento efetivo que serve à tutela dos direitos de quem o utiliza, para se transformar em uma armadilha de regras e formalismos inúteis (por não se prestarem à tutela das garantias processuais fundamentais), que normalmente prejudicam o litigante econômica e processualmente mais fraco.

Há que se considerar, ainda, que na hipótese aqui tratada (de retificação do pedido em razão do surgimento de prova nova), esta retificação, se admitida, deve ser seguida de imediata manifestação da parte contrária, a quem deve ser assegurado o direito não somente de impugná-la, mas também de produzir contraprova e apresentar novas exceções defensivas sobre ela, de molde a se garantir o contraditório efetivo. Em suma, deve-se buscar uma solução de equilíbrio entre o direito do autor a uma tutela jurídica justa, e o direito do réu ao contraditório e à ampla defesa.

Além da possibilidade de retificação do pedido, situação acima exposta, outra hipótese a ser analisada diz respeito à possibilidade de alteração ou, principalmente, da *inclusão de novos pedidos* em razão da ocorrência de fatos novos, mas que sejam *diretamente relacionados à causa de pedir já exposta no processo*. Em razão destes novos fatos, poder-se-ia admitir a introdução de novos pedidos no curso do processo, mesmo depois da decisão saneadora, quando estes pedidos sejam *acessórios ou consequentes* aos pedidos já formulados, e não demandem nova instrução processual.

Note-se que, nesta situação, não se faz necessário que a causa de pedir destes novos pedidos seja exatamente a mesma *causa petendi* já deduzida no processo, mas o essencial é que os pedidos acessórios que se pretende introduzir tenham por origem a

mesma situação fático-jurídica (ou seja, decorram da *mesma relação jurídica* ou do *mesmo complexo de fatos* que já é objeto da prova no processo⁴¹³).

O objetivo principal que justifica a permissão para a inclusão destes pedidos acessórios no processo, mesmo depois do encerramento da fase probatória, é o aproveitamento da instrução processual até então realizada, sobre os fatos já contidos e discutidos no processo, para se propiciar solução para todo o conflito de interesses. Desta forma, se os novos pedidos podem ser julgados com base nos mesmos fatos que já foram objeto de prova, sua admissibilidade evita a propositura de nova demanda, na qual seria necessário o refazimento de toda a instrução processual, o que implicaria em maior dispêndio de tempo e dinheiro, além de contribuir para o assoberbamento do judiciário como um todo, ante o aumento do número de demandas. Por outro lado, se para a admissão de novos pedidos (ou a alteração dos pedidos já formulados) for necessária a reabertura da instrução, esta alteração, em regra, deixa de atender ao princípio da economia processual, e a imposição de duração razoável do processo a desaconselha.

Após a análise das situações antes expostas, de ocorrência comum na praxe forense, resta evidente que, em alguns casos, em respeito à finalidade do processo (de propiciar a solução mais justa e eficaz para o conflito de interesses), assim como à economia processual, se deve admitir a alteração da demanda, mesmo depois da decisão saneadora.

Entretanto, por serem alterações surgidas após o encerramento da fase postulatória, sua admissibilidade irrestrita fulminaria de morte a ideia de preclusão processual, impedindo a marcha regular do processo. A ampla possibilidade de introdução de mudanças na demanda levaria a que o processo passasse a trilhar caminhos tortuosos, ao sabor da conduta das partes, sem jamais chegar a um termo final em prazo razoável, como nos mostra, de forma bem clara, a experiência do processo civil italiano, ao longo de quase todo o século vinte. Torna-se necessário, portanto, estabelecer *critérios* para as situações em que se possa admitir modificação da demanda

⁴¹³ Aproveita-se, aqui, a ideia de *causa petendi* do direito norte americano, por ser muito mais ampla que o conceito largamente utilizado no direito brasileiro, e que permite a agregação, no mesmo processo, de novos pedidos que tenham a mesma base fática da controvérsia já instaurada, de modo a resolver o litígio por inteiro, evitando a propositura de seguidas ações entre as mesmas partes, com proliferação de decisões parciais que, mesmo quando reunidas, não decidem de forma completa o conflito de interesses, posto que em nenhuma delas o julgador terá a visão global do litígio necessária para uma decisão efetiva.

após a decisão saneadora, tornando esta possibilidade realmente excepcional, e sendo respeitado, com isso, não somente o direito de defesa do réu, mas, sobretudo, o devido processo legal (e a previsibilidade procedimental dele decorrente), além do direito das partes a que este termine em tempo razoável.

4.7.3 Parâmetros para se admitir a modificação da demanda após o saneador

Inicialmente, há que se destacar que a necessidade de estabelecimento de parâmetros doutrinários e legais para as hipóteses em que se torne admissível a modificação da demanda decorre da exigência do devido processo legal. Com efeito, a função primordial da existência de um procedimento é justamente a de estabelecer as regras para o jogo, ou seja, de permitir que todos os jurisdicionados, independentemente de sua posição processual, possam conhecer, de antemão, as normas a serem seguidas até a solução do litígio.

No caso do tema em estudo, diante da falta de qualquer possibilidade legal de alteração da demanda após o saneador, e em razão da necessidade de que sejam permitidas algumas alterações, para realização da solução justa para o caso concreto, como já visto, a jurisprudência vem utilizando alguns subterfúgios para driblar a rigidez processual, como a concessão de pedidos que não foram formulados, ou a alteração judicial do pedido e da *causa petendi* formulados pelo autor na inicial.⁴¹⁴

⁴¹⁴ Há que se consignar, por fim, que a par das decisões antes expostas, recente decisão do STJ afastou expressamente as regras de congruência entre o pedido e a sentença, assim como a de estabilização da demanda, admitindo como válido o julgamento de uma ação que teve por base um fato descoberto no curso da instrução, e utilizando como parâmetro para tanto a efetividade do contraditório instaurado sobre o fato novo. Trata-se de decisão relevante, haja vista que, ao contrário de todas as demais mencionadas no corpo deste trabalho, não houve preocupação do tribunal em utilizar-se de sofismas para não enfrentar a inobservância das referidas regras técnicas; ao contrário, a ementa do acórdão afirma expressamente que a decisão recorrida (que foi mantida) se baseou em causa de pedir que não constava da inicial, com ofensa às regras de congruência, mas que esta ofensa às regras técnicas se justificava pela prevalência dos princípios da celeridade e da efetividade processual. Eis a decisão : “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO EXTRA-PETITA. OFENSA AOS ARTS. 128 E 460 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NÃO CONFIGURADA. SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU E ACÓRDÃO RECORRIDO EMBASADOS EM CAUSA DE PEDIR NÃO APRESENTADA NA PEÇA INAUGURAL, MAS SUBMETIDA AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. ATENDIMENTO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA CELERIDADE E EFETIVIDADE PROCESSUAIS. EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 45/2004.1. Em regra, configura-se a ofensa aos arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil quando a sentença extrapola os limites em que a lide foi proposta, ou seja quando a demanda é julgada com lastro em causa de pedir

Destarte, torna-se necessária a formulação de parâmetros interpretativos para se definir em quais hipóteses são permitidas alterações nos elementos objetivos da demanda, até mesmo como orientação para uma futura reforma legislativa. Trata-se de evitar que cada decisão que rompa com as regras processuais o faça com uma premissa diversa, levando a que situações semelhantes, do ponto de vista processual, tenham soluções bastante diversas, consoante a maior ou menor sensibilidade do julgador à necessidade de realizar justiça.

No direito comparado podem-se buscar alguns subsídios para se estabelecer os valores e princípios que justificam a alteração da demanda após a decisão saneadora. A título de exemplo, o direito espanhol admite que o autor possa, depois de proposta a ação, formular pedidos acessórios (que sejam consequência dos fatos trazidos pelo réu em sua defesa) somente sendo estes admitidos pelo tribunal mediante duas condições alternativas : ou que não haja oposição por parte do réu, ou, caso haja oposição, que o tribunal considere que a alteração *não causa prejuízo ao direito da outra parte exercitar sua defesa em condições de igualdade*.

Também no direito alemão, quando o legislador permite a alteração unilateral do pedido, esta se condiciona a que haja a concordância do réu ou autorização do tribunal. Esta autorização do tribunal deve ser concedida, segundo entendimento já consolidado na doutrina daquele país, quando representar efetiva *conveniência para o processo*, sendo esta conveniência aferida por critérios objetivos. Estes critérios são : evitar nova demanda entre as partes; corrigir um erro da petição inicial; possibilitar a melhor solução do litígio.

Este dois dispositivos legais traduzem alguns dos principais parâmetros que podem ser utilizados para a admissão de modificações realizadas depois do termo preclusivo, haja vista que eles determinam a ponderação entre alguns dos interesses em jogo : ou seja, se não houver prejuízo para o amplo exercício do direito de defesa, assim como para a isonomia entre as partes, o juiz pode e deve admitir uma alteração nos

(fatos) não suscitada na exordial ou quando o conteúdo do provimento judicial é diverso do pedido formulado na inicial. Precedentes. 2. **Não obstante, em atendimento a celeridade e efetividade processuais erigidas ao nível de garantias fundamentais pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, não viola o princípio da adstrição e da correlação, a sentença apoiada em fatos surgidos apenas na fase instrutória da demanda, mas submetidos ao contraditório e à ampla defesa.** Precedentes.3. Recurso especial conhecido e desprovido. (grifou-se) (REsp 899807 / ES – Quinta Turma – rel. Ministra Laurita Vaz – j. em 05/02/2009 -DJe 09/03/2009)

elementos da demanda, desde que tenha por finalidade a resolução mais justa do conflito de interesses.

De tudo o que foi estudado, portanto, pode-se extrair alguns dos vetores que podem justificar a flexibilização das regras que proíbem a modificação da demanda após o saneador.

O primeiro parâmetro deve ser a *busca pela solução mais justa do conflito de direito material*. O direito de acesso à jurisdição, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, já há muito tem sido encarado como direito de acesso a uma tutela jurisdicional que propicie uma justa solução do conflito de interesses, sendo as normas procedimentais dotadas de eficácia puramente instrumental na busca por este resultado. Portanto, sempre que a proibição de modificação da demanda impeça a prolação da decisão que se apresenta materialmente justa para a lide, esta rigidez deve ser reconsiderada, a fim de que o excesso de formalismo não se torne um obstáculo à concretização do direito prometido pela referida norma constitucional.

Um segundo parâmetro a ser considerado deve ser a *economia processual obtida com a alteração da demanda*. Neste sentido, sempre que a admissão de alguma alteração da demanda possa evitar a repetição ou até mesmo a multiplicação de processos entre as partes, para resolver a parcela da lide que foi excluída da primeira demanda, esta se justifica. Também atende à economia processual a alteração tardia que permita que a decisão possa resolver de forma mais completa a relação litigiosa submetida ao judiciário, proporcionando a plena satisfação do direito violado. Em todos estes casos, contudo, a economia processual somente se justifica se houver aproveitamento das provas já produzidas, razão pela qual há que se sopesar sempre se, em razão do momento processual em que se pretende realizar a alteração da demanda, não seria melhor o julgamento dos pedidos na forma como formulados, deixando as demais questões para outra ação. Atendidos estes pressupostos, parece-nos que o princípio da economia processual justifica a violação das regras processuais sobre a estabilização da demanda.

Um terceiro parâmetro a ser considerado diz respeito ao *pleno exercício do direito do réu ao contraditório e à ampla defesa*, como corolários do devido processo legal. Destarte, toda alteração deve ser realizada por iniciativa da parte interessada (e jamais pelo órgão julgador, como “interpretação ampla” do pedido e da causa de pedir), e, como consequência disso, deve se sujeitar à impugnação do réu. Há que se ressaltar

que o direito do réu à impugnação compreende não apenas o direito de discordar da alteração, mas também o direito de contestar os fatos acrescidos tardiamente, os pedidos formulados, e toda a fundamentação jurídica destes, incluindo nesta uma nova qualificação jurídica que seja dada aos fatos, novos fundamentos legais e matérias que possam ser cognoscíveis de ofício.

Cumpra esclarecer que o respeito ao direito de defesa deve ser um parâmetro a ser considerado em todas as hipóteses, posto que, se houver violação ao direito de defesa do réu, nenhuma alteração pode ser considerada legítima.⁴¹⁵

O fator financeiro também não deve ser esquecido, haja vista a sua influência sobre todos os atos processuais. Nos casos em que se admita a alteração do pedido ou da causa de pedir, pelo autor, após a apresentação de defesa pelo réu, e esta alteração se faça para corrigir erros ou evitar a extinção formal do processo, pode o juiz utilizar, de forma adequada e compensadora, o critério da causalidade para a condenação nos ônus da sucumbência, o que deve ser feito caso a caso.⁴¹⁶ Tal condenação serviria para compensar o réu pela possibilidade de alteração unilateral da demanda após a contestação, tornando financeiramente mais atrativa a readequação da demanda do que a sua extinção, certamente seguida da propositura de nova ação, em que este teria que se defender novamente.⁴¹⁷

Mesmo em sede de recurso de apelação, também, em alguns casos, se apresenta aconselhável a permissão para que se possa realizar, nas razões recursais, alguma correção ou ampliação do pedido ou da causa de pedir, desde que se trate de situações como as já mencionadas. Ou seja, não se poderia admitir a inserção, em apelação, de fatos que não tenham sido ainda discutidos e submetidos à prova judicial (salvo em caso

⁴¹⁵ Leonardo Greco, abordando de forma muito feliz o tema, aponta como diretrizes para se admitir mudança nos elementos identificadores da demanda : que qualquer alteração seja excepcional, mantendo-se a regra da estabilização tal como posta no artigo 264 do CPC; que a exceção se justifique pela conveniência na pacificação dos litigantes e pela economia processual; que haja manifestação inequívoca de vontade do autor, e possibilidade de contradição e produção de provas por parte do réu; que seja evidenciada a boa-fé do autor, e que se mantenha a mesma relação jurídica que fundamentou a propositura da ação. (GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. vol. II. 1ª Edição. Rio de Janeiro : Forense, 2010. p. 36/37)

⁴¹⁶ À guisa de exemplo, tendo sido a falha processual apontada pelo réu na contestação, a permissão para que o autor emende a inicial, evitando a extinção do feito, e obtendo a procedência do seu pedido, pode vir acompanhada da condenação do próprio autor ao pagamento dos ônus da sucumbência.

⁴¹⁷ Cumpra esclarecer que o direito português já previa a possibilidade de compensação das custas no caso de a demanda ser solucionada em razão do fato superveniente (artigo 663), o que também constava expressamente do artigo 64 do código de 1939. Também Tucci defende a possibilidade de compensação das custas no caso de correção de erros ou de fato novo ou superveniente : TUCCI, José Rogério Cruz. **A causa petendi no processo civil**. 3ª Edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009, p. 206-207.

de fatos que tenham ocorridos depois do término da instrução, quando então se aplica a regra do artigo 462). Mas se poderia admitir que o autor realize uma adequação da causa de pedir narrada na inicial aos fatos (conexos ao fato principal) que tenham surgido no curso do processo, desde que eles tenham sido submetidos ao debate entre as partes. Da mesma forma, poder-se-ia admitir a correção dos pedidos formulados na exordial, mormente quando a prova produzida (especialmente a prova pericial) demonstre esta necessidade.

A permissão para apresentação de alguma alteração da demanda em sede de apelação deve ser analisada, contudo, com bastante cautela, posto que pode servir de estímulo à procrastinação do feito, dada a possibilidade de levar a uma demora maior no julgamento do recurso. Como contraponto ao eventual aumento do tempo gasto no julgamento do recurso, pode-se adotar medidas como a executoriedade provisória da sentença, ou o deferimento de medidas antecipatórias em prol do vencedor, de modo a se equilibrar o amplo direito de defesa da parte vencida com o direito à tutela judicial célere que deve ser assegurado ao vencedor, aumentando, assim, a possibilidade de se obter uma decisão final que apresente a melhor solução para o litígio. Sem olvidar da possibilidade de condenação do recorrente por litigância de má-fé, se esta for comprovada.

O respeito à boa-fé também deve ser sempre considerado pelo órgão julgador antes de ser autorizada qualquer modificação do pedido ou da causa de pedir, e com ainda maior cuidado quando o pedido de modificação for formulado na segunda instância, evitando-se que um dos litigantes possa vir a guardar seus melhores argumentos ou pedidos para serem deduzidos diretamente em sede recursal, o que também poderia caracterizar a litigância de má-fé.

CONCLUSÃO

Em conclusão, pode-se perceber, após o trabalho realizado, que o tema da modificação da demanda, embora pouco examinado pela doutrina brasileira, justifica um estudo bem mais profundo que o ora realizado, haja vista que a matéria possui regulamentação legal muito deficiente no nosso código de processo civil, e que vem causando problemas práticos de toda ordem.

Em razão da excessiva rigidez dos dispositivos legais que tratam da estabilização da demanda, muitas vezes a tutela jurisdicional deixa de ser prestada de forma efetiva, frustrando-se a realização do direito material, em prejuízo de quem tem razão. Tal situação contraria os anseios de efetividade do processo, posto que este deixa de funcionar como instrumento de assecuração dos direitos previstos no ordenamento jurídico, passando a ser dominado por formalismos despidos de utilidade real.

Já chegou o momento, portanto, em que o dogma da estabilização precoce da demanda, na forma que historicamente domina o processo civil brasileiro, precisa ser enfrentado. Este enfrentamento, contudo, deve se dar preferencialmente a partir de alterações legislativas, de modo a que se respeite, sempre, o devido processo legal, e não a partir de soluções casuísticas dadas pela jurisprudência, posto que estas, embora resolvam o problema em alguns casos, terminam por impor prejuízo ainda maior à segurança jurídica e ao direito das partes ao contraditório e à ampla defesa.

Destarte, diante do quadro atual, cabe aos estudiosos do processo aprofundar os estudos de tema tão delicado, a fim de propiciar subsídios para a necessária reforma legislativa, contribuindo, assim, para o desenvolvimento do processo civil brasileiro na busca pelo melhor modelo, que possa mostrar-se, ao mesmo tempo, um modelo processual previsível, flexível, garantístico e dotado de efetividade no resguardo do direito material perseguido.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Arruda. **Direito processual civil. Teoria geral do processo de conhecimento**. Vol. II. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1972.
- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 10ª Edição. Rio de Janeiro, Forense, 2005.
- ARAGONESES, Pedro e GUASP, Jaime. **Derecho Procesal Civil**. Tomo I. 6ª edição. Madrid : Civitas Ediciones, 2003.
- ASSIS, Araken. **Manual dos Recursos**. 2ª edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008.
- BAUR, Fritz. **Da importância da dicção "iuria novit curia"**. Revista de Processo, vol. 3, Julho de 1976. p. 169.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2ª edição. São Paulo : Malheiros, 2007.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos e TUCCI, José Rogério Cruz (org.). Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.
- BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. vol. I. 3ª Edição. São Paulo : Saraiva, 2009.
- BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. vol. II. Tomo I. 2ª Edição. São Paulo : Saraiva, 2009.
- CADIET, Loïc; NORMAND, Jacques e MEKKI, Soraya Amrani. **Théorie générale du procès**. 1ª edição. Paris : Presses Universitaires de France, 2010.
- CADIET, Loïc e JEULAND, Emmanuel. **Droit Judiciaire Privé**. 6ª edição. Paris : LexisNexis Litec, 2009. p. 309.
- CALAMANDREI, Piero. **Processo e Democrazia**. In Opere Giuridiche, v.1, 1965, p. 679.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Vol. I. 9ª Edição. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2004.
- CARPI, Frederico e TARUFFO, Michele (org.). **Commentario breve al código di procedura civile**. 4ª Edição. Padova : Cedam, 2002.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas : Bookseller Editora, 2000.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **Garanzie minime del "giusto processo" civile negli ordinamenti ispano-latino americani.** Revista de Processo, vol. 112, 2003. p. 159.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado, e TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile.** Vol. I. 5ª edição. Bologna : Ed. Il Mulino, 2011.

COSTA, José Rubens. **Fato Superveniente.** Revista dos Tribunais, v. 796, fevereiro de 2002, p. 157.

DENTI, Vittorio. **Questioni rilevabili d' ufficio e contraddittorio.** Rivista di Diritto Processuale. Padova : CEDAM, 1968. p. 217/231.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil.** Vol. II. São Paulo : Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil.** Vol. III. 6ª Edição. São Paulo : Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova Era do processo civil.** 1ª Edição. São Paulo : Malheiros, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **O conceito de mérito em processo civil.** Revista de Processo, vol. 34, abril de 1984. p. 20.

DINIS, Joaquim José de Souza. **Inovações e perspectivas no direito processual civil português.** Revista de Processo, vol. 106, abril de 2002. p. 126

EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. **Iura Novit Curia y aplicación judicial del derecho.** Valladolid: Lex Nova, 2000.

FREITAS, José Lebre. REDINHA, João e PINTO, Rui. **Código de Processo Civil Anotado.** Vol. I. 2ª Edição. Coimbra : Coimbra Editora, 2008.

FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. **Civil procedure.** 3ª edição. St. Paul, MN : West group, 1999.

FUX, Luiz. **Curso de direito Processual Civil.** Rio de Janeiro : Forense, 2004.

FUX, Luiz (org.) **O novo processo civil brasileiro.** Direito em expectativa. Rio de Janeiro : Forense, 2011.

GASBARRINI, Elizabetta. **Osservazioni in tema di modifica della domanda.** In Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milão : Giuffrè Editore, março de 1995, p. 1253 a 1311.

GIANNOZZI, Giancarlo. **La modificazione della domanda nel processo civile.** Milano : Giuffrè, 1958.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. vol. I. 2ª Edição. Rio de Janeiro : Forense, 2010.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. vol. II. 1ª Edição. Rio de Janeiro : Forense, 2010.

GRECO, Leonardo. **Resenha informativa sobre o direito ao processo justo na Convenção Européia e na Convenção Americana dos Direitos do Homem**. 2005. Inédito.

GRECO, Leonardo. **Princípios de uma teoria geral dos recursos**. Revista eletrônica de direito processual. Volume V. Pag. 21 e seguintes.

GRECO, Leonardo. **O princípio do contraditório**. Estudos de direito processual. Campos dos Goytacazes : Ed. Faculdade de direito de Campos, 2005. p. 541/556.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. vol. I. 19ª edição. São Paulo : Saraiva, 2006.

GRUNSKY, Wolfgang. **Il cosiddetto “modello di stoccarda” e l’accelerazione del processo civile tedesco**, Rivista de Diritto Processuale, volume XXVI, II série. Padova : Cedam, 1971.p. 355 a 369. (tradução italiana de Lieselotte Geick Losano).

GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile e FERRAND, Frédérique. **Procédure civile. Droit interne et droit de l’Union européenne**. Paris : Éditions Dalloz, 2010.

LACERDA, Galeno. **O juiz e a Justiça no Brasil**. Revista de Processo, vol. 61, 1991, Pág. 161.

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

LOPES, Mauro Luís Rocha. **Processo Judicial Tributário**. 3ª Edição. Rio de Janeiro : Lumen Júris, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. 8ª edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme, e MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. vol. III. N. 668, Rio de Janeiro : Forense, 1967.

MEDINA, José Miguel Garcia e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo Civil Moderno : Parte geral e processo de conhecimento**. 2ª Edição. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. 2ª Edição. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, João de Castro. **Manual de Processo Civil**. Lisboa : Coimbra Editora, 1963.

MESQUITA, José Ignácio Botelho. **Conteúdo da causa de pedir**. Revista dos Tribunais, v. 564, ano 71, outubro de 1982, p. 41-61.

MESQUITA, José Ignácio Botelho. **A causa petendi nas ações reivindicatórias**. Revista Ajuris, n. 20, ano VII, novembro de 1980, p. 166-180.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 25ª edição. Rio de Janeiro : Forense, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. Vol. V. 9ª edição. Rio de Janeiro : Forense, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão**. Revista de Processo, vol. 111. Julho de 2003. p. 103.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Miradas sobre o processo civil contemporâneo**. Revista de Processo, vol. 79, p. 142, Julho de 1995.

NEGRÃO, Theotonio e GOUVEIA, José Roberto Ferreira. **Código de processo civil e legislação processual civil em vigor**. 43ª Edição. São Paulo : Saraiva, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 3ª edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.

NERY JUNIOR, Nelson. **Condições da ação**. Revista de Processo, v. 64, 1991, p. 33.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**. 4ª Edição. São Paulo : Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (org.). **Saneamento do processo : estudos em homenagem ao professor Galeno Lacerda**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1989.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **O juiz e o princípio do contraditório**. Revista Forense 323, 1989, p.59.

OLIVEIRA, Carlos Alvaro. **Poderes do juiz e visão cooperativa do processo**. Revista Ajuris, v. 30, n. 90, 1974, p. 66.

ORTELLS RAMOS, Manuel y Otros. **Derecho Procesal Civil**. 3ª edição. Pamplona : Editorial Aranzadi, 2002.

PANTOJA, Fernanda Medina. **Apelação Cível : novas perspectivas para um antigo recurso : um estudo crítico de direito nacional e comparado**. Curitiba : Juruá, 2010.

PICO I JUNOY, Joan. **La modificación de la demanda em el proceso civil**. Valencia : Tirant lo Blanch, 2006.

PICÓ I JUNOY, Joan. **Los principios del nuevo proceso civil español**. Revista de Processo, v. 103, p. 59, 2001.

PINTO, Junior Alexandre Moreira. **A causa petendi e o contraditório**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007.

PISANI, Andrea Proto. **I modelli di fase preparatoria dei processi a cognizione piena in Itália dal 1940 al 2006**. Revista de Processo, vol. 153, 2007. p. 65.

POTHIER, Robert Joseph. **Traité des obligations**. Paris : Librairie de L'Oeuvre de Saint-Paul, 1883.

REIS, José Alberto. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. 3º. Coimbra : Coimbra Editora, 1946.

REIS, Alberto. **Código de processo civil anotado**. Volume V. Coimbra : Coimbra Editora, 1952.

ROCHA, Elias Gazal. **A modificação do pedido e da causa de pedir na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça como instrumento de acesso à justiça**. Dissertação de mestrado defendida em 2009 junto ao curso de pós graduação da UERJ. Inédita.

SANCHES, Sydney. **Objeto do processo e objeto litigioso do processo**. Revista de Processo, vol. 13, Janeiro de 1979. p. 31

SATA, Salvatore. **Iura novit curia**. Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile. Ano IX. Milano : Giuffrè, 1955. p. 380-385.

SCHWAB, Karl Heinz. **El objeto litigioso em el proceso civil**. Buenos Aires : Ediciones Juridicas Europa-America, 1968.

SOBRINHO, Elicio de Cresci. **Fatos supervenientes**. Revista de Processo, v. 93, p. 318, 1999.

SOUZA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil**. 2ª Edição. Lisboa : Editora Lex, 1997.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **Aspectos do novo processo civil português**. Revista de Processo, vol. 86, abril de 1997. p. 174.

STRICKLER, Yves. **Procédure Civile**. 2ª edition. Orléans : Editions Paradigme, 2008.

STÜRNER, Rolf. **Sobre as reformas recentes no direito alemão e alguns pontos em comum com o projeto brasileiro para um novo código de processo civil.** Revista de Processo, vol. 193, p. 355, Março de 2011. Tradução de Márcio F. Mafra Leal

TAPIA FERNANDEZ, Isabel. **El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa Juzgada.** Madrid : Editora La Ley, 2000.

TARUFFO, Michele e HAZARD JR., Geoffrey C. **American Civil Procedure - an introduction,** Yale : Yale University Press, 1993.

TARZIA, Giuseppe. **O novo processo civil de cognição na Itália.** Revista de Processo, vol. 79, Julho de 1995. p. 51.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos da Ação.** Revista Ajuris, Porto Alegre, vol. 62. 1994.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** vol. I. 44ª edição. Rio de Janeiro : Forense, 2006.

TROCKER, Nicolò. **Processo Civile e Costituzione (problemi di diritto tedesco e italiano).** Milão : Giuffrè, 1974.

TROCKER, Nicolò e VARANO, Vincenzo (org.). **The reforms of civil procedure in comparative perspective.** Torino : G. Giappichelli Editore, 2005.

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

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória.** 2ª Edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008.