



LUCIANA LOSADA ALBUQUERQUE LOPES

O ÔNUS DE AFIRMAR E A FORMAÇÃO DE UM PROCESSO JUSTO

RIO DE JANEIRO JUNHO/2009

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.



LUCIANA LOSADA ALBUQUERQUE LOPES

O ÔNUS DE AFIRMAR E A FORMAÇÃO DE UM PROCESSO JUSTO

TESE A SER APRESENTADA NO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DA
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE GAMA FILHA COMO
REQUISITO DE OBTENÇÃO DO TÍTULO DE DOUTOR

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO, ESTADO E CIDADANIA

ORIENTADOR: PROFESSOR DR. LEONARDO GRECO

RIO DE JANEIRO JUNHO/2009

Aos meus pais Ernesto Carlos Albuquerque Lopes e Benita Losada Albuquerque Lopes por terem sedimentado em mim o amor ao próximo e a busca pela justiça.

Ao meu irmão Bruno Losada Albuquerque Lopes, meu melhor amigo.

À minha filha Mariana Lopes Peixoto Fortuna que justificou a minha luta e, sobretudo a minha existência.

SUMÁRIO

| | |
|---|-------|
| INTRODUÇÃO | 10/14 |
| CAPÍTULO 01 – O PROCESSO JUSTO | |
| 1.1- A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO..... | 15/19 |
| 1.2- O DIREITO À FORMAÇÃO A UM PROCESSO JUSTO E A DESIGUALDADE PRÉ- PROCESSUAL | 19/29 |
| 1.3- O QUE É PROCESSO JUSTO?..... | 29/34 |
| 1.3.1 - CRITÉRIOS PARA DEFINIÇÃO DE UMA DECISÃO JUSTA.. | 34/36 |
| 1.3.1.1- Aplicação e interpretação da norma jurídica..... | 36/39 |
| 1.3.1.2- A aceitação da verdade dos fatos..... | 39/40 |
| 1.3.1.3- Procedimento adequado..... | 40/43 |
| 1.3.1.4- O trinômio fatos-verdade processual-justiça | 43/50 |
| 1.4- A CONCEPÇÃO IDEOLÓGICA DO PROCESSO | 50/56 |
| 1.5- O PRINCÍPIO DISPOSITIVO <i>VERSUS</i> PRINCÍPIO DA IGUALDADE | 56/64 |
| CAPÍTULO 02 – O ÔNUS DE AFIRMAR E O PAPEL DAS PARTES | |
| 2.1- OS LIMITES MATERIAIS E TEMPORAIS DE ATUAÇÃO DAS PARTES | 65/71 |

| | |
|--|---------|
| 2.1.1 - INICIATIVA DO AUTOR QUANTO AO FATO CONSTITUTIVO: PRINCÍPIO DA DEMANDA..... | 71/73 |
| 2.1.2 - TEORIA DA SUBSTANCIAÇÃO OU INDIVIDUALIZAÇÃO..... | 73/75 |
| 2.1.2.1 - Direitos autodeterminados e heterodeterminados..... | 75/76 |
| 2.1.3 – INICIATIVA DO RÉU QUANTO AOS FATOS IMPEDITIVOS, MODIFICATIVOS E EXTINTIVOS..... | 76/79 |
| 2.1.4- INICIATIVA DAS PARTES: FATO PRINCIPAL E SECUNDÁRIO..... | 80/84 |
| 2.1.5 - <i>IURA NOVI CURIA</i> | 84/88 |
| 2.1.6- A REGRA DA ESTABILIZAÇÃO DA DEMANDA E O PRINCÍPIO DA EVENTUALIDADE..... | 88/93 |
| 2.1.6.1 – Caso concreto em exame: fato novo e princípio da eventualidade..... | 93/95 |
| 2.2- CONSEQUÊNCIAS DA DEFICIÊNCIA NA EXPOSIÇÃO DOS FATOS | |
| 2.2.1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS..... | 95/97 |
| 2.2.2 – OS FATOS EXPOSTOS NA DEMANDA E A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA...97/100 | |
| 2.2.3 – CASO CONCRETO EM EXAME: INADEQUAÇÃO DO FATO AO PROVIMENTO JURISDICIONAL PRETENDIDO | 100/103 |
| 2.3 - ALTERAÇÃO DOS FATOS INTEGRANTES DA CAUSA DE PEDIR E DA CONTESTAÇÃO | |
| 2.3.1 - FATOS CONSTITUTIVOS, EXTINTIVOS OU MODIFICATIVOS SUPERVENIENTES (ART. 462 CPC)..... | 103/106 |
| 2.3.1.1- Caso concreto em Exame: Fato Superveniente..... | 106/109 |

| | |
|---|---------|
| 2.3.2 - FATO NOVO (ART.303 INCISO I)..... | 110/113 |
| 2.3.3 – EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA: ALCANCE DA REGRA DO ART. 474 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL..... | 113/116 |
| 2.3.3.1 – Caso concreto em Exame: alcance da regra do art. 474 do CPC..... | 113/119 |
| 2.4- CORRELAÇÃO ENTRE A CAUSA DE PEDIR E A SENTENÇA..... | 119/123 |
| 2.4.1 – CASO CONCRETO EM EXAME: FATO NARRADO NA INICIAL E OBJETO DE DISCUSSÃO PELO RÉU..... | 123/126 |
| CAPÍTULO 03 – ÔNUS DE AFIRMAR E O PAPEL DO JUIZ | |
| 3.1- A NECESSÁRIA RELAÇÃO DIALÓGICA ENTRE O JUIZ E AS PARTES NA CONSTRUÇÃO DE UM PROCESSO JUSTO: DEVER DE COOPERAÇÃO E LIMITE DE ATUAÇÃO DO JUIZ..... | 127/134 |
| 3.2-MODIFICAÇÃO DO OBJETO DA DEMANDA | |
| 3.2.1- CONSIDERAÇÕES INICIAIS..... | 134/143 |
| 3.2.2- CORRELAÇÃO ENTRE SEGURANÇA JURÍDICA E PRECLUSÃO | 143/147 |
| 3.2.3- SISTEMAS PROCESSUAIS RÍGIDOS E FLEXÍVEIS..... | 147/149 |
| 3.2.3.1- Modelo espanhol : sistema rígido | 149/157 |
| 3.2.3.2-Modelo português : sistema flexível..... | 157/163 |
| 3.3- FLEXIBILIZAÇÃO DA REGRA DE ESTABILIZAÇÃO DA DEMANDA..... | 163/168 |
| 3.3.1- ECONOMIA PROCESSUAL E A BUSCA DA VERDADE REAL..... | 168/171 |
| CAPÍTULO 04. - INTRODUÇÃO DE FATOS NOVOS ANTES DO SANEAMENTO DO PROCESSO: AUDIÊNCIA PRELIMINAR E A POSIÇÃO COOPERATIVA DO JUIZ | |

| | |
|--|---------|
| 4.1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS | 172/175 |
| 4.2- ALTERAÇÃO DOS FATOS | |
| 4.2.1- LIMITE TEMPORAL..... | 175/179 |
| 4.2.2- LIMITE DE EXTENSÃO..... | 179/185 |
| 4.2.3- AÇÕES AUTÔNOMAS E EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA..... | 185/189 |
| CONCLUSÃO..... | 190/198 |
| BIBLIOGRAFIA..... | 199/214 |

Resumo:

A presente investigação volta-se à verificação do papel do ônus de afirmar sob a perspectiva da construção de um processo justo.

Um dos encargos mais relevantes a ser cumprido pelas partes no processo judicial consiste na alegação dos fatos que integrarão o objeto da controvérsia, porquanto sobre as afirmações repousarão todos os atos processuais.

Assim, possíveis deficiências no cumprimento da carga da afirmação podem comprometer a justiça da decisão. O acesso à ordem jurídica justa pressupõe a observância, entre outros aspectos, da preservação da igualdade dentre os litigantes desde o início da demanda.

É indispensável, portanto, a colaboração efetiva do juiz no campo da delimitação fática sem que tal importe em ofensa à imparcialidade, guardando o processo como parâmetros os princípios da demanda e dispositivo.

No entanto, a permanecer a rigidez procedimental tal como previsto na lei processual civil, que proíbe a modificação dos fatos após a resposta do réu, aquelas deficiências originárias se sedimentam na causa, esvaziando a finalidade do processo como instrumento político de realização da justiça.

Como solução, deve ser criada norma processual que faculte as partes, na audiência preliminar, a alteração dos fatos – desde que não seja inovada a relação jurídica de direito substancial – providência a ser obtida por meio de convite do magistrado.

Summary:

This investigation aims to verify the role of the burden to stating under a perspective of building a fair process.

One of the most relevant assessments the parties should comply with in the legal process is the allegation of facts that shall integrate the object of the controversy, since upon such statements shall rely all procedural acts.

Thus, possible deficiencies in accomplishing the charge of the statement may compromise the justice of a decision. The access to a fair legal system presupposes the observation, among other aspects, of preserving the equality of both litigants since the beginning of the demand.

It is indispensable, therefore, an effective collaboration of the judge on the field of fact delimiting, without this offending impartiality, and the process shall maintain as parameters the principles of demand and provision.

However, if a procedural stiffness should remain, as provided on the civil procedural law, which forbids the modification of facts after the response of the defendant, those preliminary deficiencies are sedimented on the cause, emptying the purpose of the process as a political instrument of justice accomplishment.

As a solution, a procedural rule should be created allowing the parties, at the preliminary hearing, the alteration of facts – inasmuch the legal relationship of substantial right is not innovated – a step to be attained by means of an invitation of the magistrate.

Riassunto:

La presente ricerca è voltata alla verifica del ruolo dell'onere di affermare sotto la prospettiva della costruzione di un processo giusto.

Una delle incombenze più rilevanti da essere compiuta dalle parti nel processo giudiziale consiste nell'argomentazione dei fatti che integreranno l'oggetto della controversia, poiché è sulle affermazioni che si baseranno tutti gli atti processuali.

In questo modo, possibili difetti nell'ottemperanza dell'onere dell'affermazione possono compromettere la giustizia della decisione. L'accesso all'ordine giuridica giusta presume l'osservanza, tra altri aspetti, della preservazione dell'eguaglianza tra i litiganti dall'inizio della causa.

È indispensabile, pertanto, la collaborazione effettiva del giudice nel campo della delimitazione dei fatti senza che tale importi in offesa all'imparzialità, ottemperando il processo come parametri i principi della disputa e decisione.

Tuttavia, al rimanere la rigidità del procedimento tale come previsto nella legge di procedura civile, che proibisce la modifica dei fatti dopo la risposta del convenuto, quei difetti originari si sedimentano nella causa, svuotando la finalità del processo come strumento politico di attuazione della giustizia.

Come soluzione, si deve creare una normativa processuale che proporzioni alle parti, nell'udienza preliminare, l'alterazione dei fatti – sempreché non sia innovata la relazione giuridica di diritto sostanziale – disposizione da essere ottenuta su proposta del magistrato.

INTRODUÇÃO

A pesquisa ora apresentada tem como objetivo primordial demonstrar a necessidade de repensar o acesso à justiça a partir do exame de determinados institutos processuais vinculados ao que, contemporaneamente, se entende como processo justo.¹

Para tanto, buscaremos enfrentar o tema proposto, sob a perspectiva do princípio da dignidade humana, cuja aplicabilidade resulta comprometida dentro do processo judicial se não houver a superação da desigualdade existente as partes².

Um dos temas mais instigantes do direito processual que sempre despertou a atenção dos estudiosos diz respeito à prova, por seu inegável valor na formação do provimento jurisdicional.

Conquanto a doutrina processual brasileira e alienígena tenham se dedicado ao estudo sobre o ônus da prova com contribuições científicas consagradas, se mostra imperiosa a análise acurada sobre o cumprimento da carga da afirmação pelas partes que se constitui em dos encargos processuais mais relevantes.

¹ Foram a constitucionalização e a internacionalização dos direitos fundamentais, particularmente desenvolvidas na jurisprudência dos tribunais constitucionais e das instâncias supra-nacionais de Direitos Humanos, como a Corte Européia de Direitos Humanos, que revelaram o conteúdo da tutela jurisdicional efetiva como direito fundamental, minudenciado em uma série de regras mínimas a que se convencionou chamar de garantias fundamentais do processo, universalmente acolhidas em todos os países que instituem a dignidade da pessoa humana como um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Esse conjunto de garantias pode ser sintetizado nas denominações devido processo legal, adotada nas Emendas 5ª e 14ª da Constituição americana, ou processo justo, constante da Convenção Européia de Direitos Humanos e do recém reformado artigo 111 da Constituição italiana. GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo* *Novos Estudos Jurídicos*. Santa Catarina: Revista Semestral do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Univali, n.º. 14, p.2, abr/2005.

² Não se pode desconsiderar, neste contexto, que a liberdade e a igualdade são noções indissociáveis da dignidade da pessoa humana, justificando – como já visto- o reconhecimento de direitos fundamentais diretamente vinculado à proteção das liberdades pessoais e da isonomia. SARLET. Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001, p.115.

A atividade probatória se desenvolve a partir da delimitação do objeto da prova que, por sua vez, repousa nas afirmações das partes. Se o cumprimento da carga de afirmação for defeituosa ou inadequada, o sujeito onerado poderá sucumbir na demanda, vedado às partes, de um lado, a possibilidade de modificação da demanda após sua estabilização, e ao juiz, de outro, a investigação de fatos não articulados pelos litigantes.

Se a igualdade entre os homens se escora no princípio da dignidade humana, cuja efetivação dentro do processo judicial deve conduzir à formação de um processo justo, o rigor de nossa legislação processual, por vezes, impede a concretude da superação da desigualdade entre os sujeitos processuais.

Na estruturação do processo, a dialética se forma pelo choque de afirmações reciprocamente antagônicas introduzidas pelas partes.

A atividade de individualização do fato probando se traduz, por seu turno, em uma operação jurídica complexa resultante no estabelecimento da relação entre fato e direito para o enquadramento jurídico da hipótese concreta.

Possível verificar que um cidadão hipossuficiente econômico, social ou juridicamente não possua condições técnicas de cumprir adequadamente com o ônus de afirmar, encontrando-se em posição de desigualdade com seu adversário no momento de iniciar ou de contestar a demanda³, especialmente nos processos de competência do Juizado Especial Cível em que não é obrigatória a presença do profissional do direito.

³ A “capacidade jurídica” se relaciona com as vantagens de recursos financeiros e diferenças de educação, meio e *status* social, é um conceito muito mais rico e de crucial importância na determinação de acessibilidade da justiça. Ele enfoca as inúmeras barreiras que precisavam ser pessoalmente superadas, antes que um direito possa ser efetivamente reivindicado através de nosso aparelho judiciário. Muitas (senão a maior parte) das pessoas comuns não podem – ou, ao menos, não conseguem – superar essas barreiras na maioria dos tipos de processos. CAPPELLETTI, Mauro e BRYANT, Brian. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1998, p.22.

Com isso, pretendemos demonstrar que o comprometimento do ônus de afirmar decorrente da desigualdade – social, econômica ou jurídica - entre as partes permite a reconstrução da verdade por aquela mais informada e com mais recursos, prejudicando o regular desenvolvimento da atividade probatória cuja finalidade é a descoberta da verdade real dos fatos.

Os reflexos resultantes da proibição legal de alteração da *causa petendi e causa excipiendi* após a estabilização da demanda, ultrapassam a esfera do processo para invadir a área constitucional comprometendo a observância ao princípio da dignidade humana que se constitui em verdadeiro postulado da democracia⁴.

Enfrentaremos o tema com ênfase para a causa de pedir considerando as suas múltiplas finalidades dentro do processo judicial tornando mais gravosos os efeitos decorrentes da defeituosa exposição dos fatos.

Nesse sentido, se refletirmos sob a ótica dos direitos de titularidade difusa ou coletiva – denominados direitos de terceira geração ⁵ – a rigidez procedimental relativa ao ônus de afirmar, considerando a extensão dos efeitos de uma sentença injusta quando em pauta a defesa de tais direitos, pode resultar em graves danos à sociedade.

⁴ Poderíamos até dizer que a eminência da dignidade da pessoa humana é tal que é dotada ao mesmo tempo da natureza de valor supremo, princípio constitucional fundamental e geral que inspiram a ordem jurídica. Mas a verdade é que a Constituição lhe dá mais do que isso, quando a põe como fundamento da república Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de direito. Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional” SILVA. José Afonso da. A Dignidade da Pessoa humana como valor supremo da democracia .Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo n. 212, p.92, abr/jun. 1998.

⁵ O Ministro Celso de Mello registra em seu voto, cuja passagem se transcreve: “ O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração- constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social”. MS 22.164-0/SP, rel. Ministro Celso de Mello, DJ 17/11/95, 39206

Iniciaremos a tese tratando da importância da formação de um processo justo desde o seu início, levando em consideração que as desigualdades pré-processuais existentes entre as partes repercutem sobre o ônus de afirmar, comprometendo a justiça da decisão.

Partindo da idéia de que a preservação da igualdade entre as partes é dever constitucional decorrente da garantia de acesso à ordem jurídica justa, chega-se à segunda parte da pesquisa, que abordará sobre os limites temporais e materiais de atuação das partes em relação ao cumprimento da carga da afirmação, indicando ao longo do capítulo a necessidade de flexibilização das normas processuais relacionadas ao encargo de afirmar.

Por outro lado, pretendemos trazer à colação algumas hipóteses já examinadas pelo Superior Tribunal de Justiça – embora não seja este o objeto de nossa pesquisa – para demonstrar as conseqüências no processo da falta de norma processual expressa capaz de admitir a flexibilização em relação à inalterabilidade da demanda.

No capítulo seguinte, sustentaremos a necessidade da cooperação do juiz na delimitação fática, demonstrando que isto não importará em ofensa à imparcialidade.

Também no mesmo capítulo, abordaremos a distinção entre os modelos espanhol e o português, adotando o primeiro um sistema rígido em relação à alteração dos fatos, diversamente do segundo que admite a correção das deficiências dos articulados originalmente deduzidos pelas partes.

E por fim no quarto capítulo, concentra-se a solução processual que se indica para relativizar o rigor procedimental no tocante ao cumprimento da carga da afirmação.

Em verdade, o presente estudo busca, a rigor, a partir de uma pesquisa exploratória indicar soluções capazes de despertar a consciência tanto do legislador quanto do intérprete do direito para necessidade da criação de norma processual vinculada ao encargo de afirmar, com a perspectiva de que o processo somente cumprirá sua missão constitucional de garantir o acesso à ordem jurídica justa se, guardando estrita consonância com o princípio da dignidade humana, estiver comprometido finalisticamente com a formação de um processo justo.

Capítulo I O PROCESSO JUSTO

1.1- A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO

A constitucionalização do direito processual que se consolidou na Carta Constitucional de 1988 elevou o processo ao patamar de instrumento político de participação e de realização dos direitos fundamentais.⁶

Na atualidade, não se admite mais visualizar o processo como mera técnica procedimental afastando-o do compromisso político de assegurar na condução da dialética processual a mais efetiva proteção aos direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição.⁷

⁶ “A dimensão conquistada pelo direito constitucional em relação a todos os ramos do direito e na própria hermenêutica jurídica (v.g “a interpretação conforme à Constituição) mostra-se particularmente intensa no que diz respeito ao processo. OLIVEIRA. Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. **Revista Forense**, São Paulo, nº372, p.77, mar/abr 2004. No mesmo artigo, assinala o autor que: “Exatamente a perspectiva constitucional do processo veio a contribuir para afastar o processo do plano das construções conceituais e meramente técnicas e inseri-lo na realidade social e política. Tal se mostra particularmente adequado no que diz respeito ao formalismo excessivo, pois sua solução exige o exame do conflito dialético entre duas exigências contrapostas, mas igualmente dignas de proteção asseguradas constitucionalmente: de um lado, a aspiração de um rito munido de um sistema possivelmente amplo e articulado de garantias “formais” e, de outro, o desejo de dispor de um mecanismo processual eficiente e funcional.”*Idem* p.84. Nas palavras de Eduardo Cambi: “É importante frisar o fenômeno da constitucionalização dos direitos e garantias processuais, porque, além de retirar do Código de Processo a centralidade do ordenamento processual (fenômeno da descodificação), ressalta o caráter publicístico do processo. Com efeito, o processo distancia-se de uma conotação privatística, deixando de ser um mecanismo de exclusiva utilização individual para se tornar um meio à disposição do Estado para a realização da justiça, que é um valor eminentemente social. O processo está voltado à tutela de uma ordem superior de princípios e de valores que estão acima dos interesses controvertidos das partes (ordem pública) e que, em seu conjunto, estão voltados à realização do bem comum.”CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord). **Processo e Constituição**. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.674

⁷ Em seu estudo sobre princípios fundamentais e garantias constitucionais, assinalam Regina Quaresma e Francisco Guimaraens que: “Desta maneira, a garantia de direito subjetivo se presta a tutelar o direito subjetivo, o interesse de alguém, de modo a conferir eficácia aos direitos fundamentais plasmados na Constituição de 1988. São as garantias que confirmam a possibilidade de exercer tais direitos, recorrendo-se a outra garantia, a do acesso ao Judiciário (art. 5º XXXV da CF) para serem respeitados, reparados ou concretizados os direitos fundamentais.”QUARESMA, Regina e DE GUIMARAENS, Francisco. Princípios fundamentais e garantias constitucionais In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabelle Franco; FILHO, Firly Nascimento. **Os princípios constitucionais de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001 p.394. “O mais importante princípio geral do processo judicial contemporâneo é o princípio do contraditório, que exprime na sua projeção processual, o

Assim, o sistema processual deve sofrer as transformações indispensáveis para tornar efetiva a promessa constitucional de garantir a todos o acesso à ordem jurídica justa, que se traduz em direito fundamental do cidadão.⁸.

Com efeito, tomando como ponto de partida a expressão cunhada por Paulo Gustavo Gonet Branco no sentido de que “os direitos fundamentais são hoje o parâmetro de aferição do grau de democracia de uma sociedade”⁹, o processo judicial não poderia caminhar na contramão dessa realidade, sobretudo, se levarmos em conta o seu papel de fazer valer a carga axiológica norteadora da carta política.

princípio político de regência das relações entre o Estado e os cidadãos – o da participação democrática – segundo o qual ninguém deve ser atingido na sua esfera de interesses por um ato de autoridade sem ter tido a oportunidade de influir na elaboração dessa decisão. Toda teoria geral do processo contemporânea se abebera nos influxos humanitários decorrentes desse princípio, que se encontra consagrado, sob as mais diversas fórmulas nas principais constituições democráticas da nossa época, inclusive na Constituição brasileira, como uma garantia dos direitos fundamentais. (art. 5º inc. LV). GRECO, Leonardo. A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa. **Revista Centro de Estudos Judiciários**, Brasília: nº 35, p.21, dez/2006.

⁸ “Sabido que a lei ordinária constitui reflexo e especificação das grandes matrizes constitucionais, também a lei processual é em princípio modelada de modo a oferecer soluções práticas conformes com os designios do constituinte. Na medida em que a lei guarde essa fidelidade à Constituição e os juízes a interpretem e imponham seus preceitos em consonância com os princípios e garantias contidas nesta, cada decisão judiciária é um ato de efetivação dos preceitos constitucionais.” DINAMARCO. Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Volume I São Paulo: Malheiros Editores, 2002 p.252. “Tutela jurisdicional efetiva e justa no estado democrático de direito é nesta ordem de idéias, somente aquela disponibilizada às partes com observância e, respeito aos ditames garantísticos da Constituição. Deixou de ser significativa a antiga distinção entre direito processual constitucional e direito processual comum. Todo o direito processual, direito ao acesso à justiça, se viu envolvido pelo manto da constitucionalidade traduzido na declaração de garantia de processo justo em substituição a velha noção de devido processo legal.” THEODORO JUNIOR, Humberto. Direito Processual Constitucional. **Revista Magister de direito civil e processual civil**, Porto Alegre, nº 25, p.27, jul/ago 2008.

⁹ BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria geral dos Direitos Fundamentais *in Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Org: Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Brasília. Brasília: Brasília Jurídica, 2000 p 104. Paulo Bonavides fazendo a distinção entre Estado Social do Estado do Estado social da Sociedade, referindo-se a este último como Estado Social dos direitos fundamentais, “onde a liberdade e a igualdade já não se contradizem com a veemência do passado, onde as diligências do poder e do cidadão convergem, por inteiro, para trasladar no campo da concretização direitos, princípios e valores que fazem o homem se cercar da possibilidade de ser efetivamente livre, igualitário e fraterno. A esse Estado pertence também a revolução constitucional de segundo Estado de Direito, onde os direitos fundamentais conservam sempre o seu primado. Sua observância faz a legitimidade de todo o ordenamento jurídico.” BONAVIDES, Paulo. Teoria constitucional da democracia participativa por um direito constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica por uma repolitização de legitimidade São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.151/152.

Sustenta Ingo Wolfgang Sarlet por sua vez que:

“a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que “atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais”, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-lhe negando a própria dignidade”¹⁰.

Por outro lado, o respeito à dignidade da pessoa humana exige tratamento igualitário sob o aspecto formal e substancial entre os seres humanos, vedada qualquer forma de discriminação destituída de alguma justificativa¹¹.

Outro não é o entendimento de Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva advertindo, contudo, que:

“o mandamento constitucional da igualdade tanto abriga a igualdade formal, vedando a criação de privilégios por adoção de tratamento diferenciado desarrazoado; bem como abriga a igualdade material, autorizando a adoção de discriminações positivas, que incidindo na relação fática e concreta entre as pessoas busca efetivar uma igualdade real¹²”.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.91/92. O referido autor nos remete à lição de José Afonso da Silva publicada em seu artigo “ A dignidade da pessoa humana como Valor Supremo da Democracia” Revista de Direito Administrativo.nº 212, abr/jun.1998 p.89/94. Na visão de Eduardo J. Couture: a) a Constituição pressupõe a existência de um processo como garantia da pessoa humana; b) a lei, no desenvolvimento hierárquico destes preceitos deve instituir outro processo; c) a lei não pode instituir formas que torna ilusória a concepção de processo consagrada na Constituição d) se a lei institui forma processual que prive o indivíduo de razoável oportunidade para fazer valer seu direito será inconstitucional; e) nestas condições devem existir meios de impugnação para que seja efetivo o controle de constitucionalidade das leis.” COUTURE. Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1977, p.148 /152

¹¹ Daí seguem-se duas importantes conseqüências. De logo, a de que a igualdade entre os homens representa obrigação imposta aos poderes públicos, tanto que no que concerne à elaboração da regra de direito (igualdade na lei) quanto em relação à sua aplicação (igualdade perante a lei). Necessária, porém a advertência de que o reclamo de tratamento isonômico não exclui a possibilidade de discriminação, mas sim a de que esta se processe de maneira injustificada e desarrazoada. NOBRE JUNIOR. Edilson Pereira. O Direito Brasileiro e o princípio da dignidade humana. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro nº 219, p.241, jan/mar.2000.

¹² SILVA. Fernanda Duarte Lopes Lucas da. Princípio Constitucional da Igualdade. 2. ed Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p.75

A existência de diversas diferenças nas condições de vida da sociedade pode ser superada para realização da igualdade mediante valoração positiva da diversidade, a partir da identificação de um elemento particular, que seja capaz de agregar um grupo de pessoas envolvidas nesta diversidade.

Não se pode desconsiderar que o princípio da dignidade humana deve ser efetivado, também, no processo judicial, sob a perspectiva de que a diversidade real entre os sujeitos se revela mais concretamente e a sua não-superação pode conduzir à formação de um processo injusto.

Também de matriz constitucional é a garantia do devido processo legal que não se limita mais à formal aplicação das regras processuais, passando a ter uma feição dinâmica direcionada à construção de um processo justo¹³ como pondera o processualista Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

“Realmente, a visão estática assentava a segurança na garantia do ‘devido processo legal’(art. 5º LIV da CF/88). Todavia, numa visão dinâmica, ligada aos princípios e aos direitos fundamentais, parece mais correto falar em direito fundamental a um processo justo. Não se cuida mais de um genérico direito ao processo, assentado em direitos estáticos. Trata-se de assegurar a partir dos conceitos de equanimidade e de justiça não apenas a suficiência quantitativa mínima dos meios processuais, mas também um ‘resultado’ qualitativamente diferenciado. Desse modo, a partir das premissas antes estabelecidas é possível extrair a consequência de que no quadro dos direitos fundamentais constitucionais, o ‘direito ao processo’ não é caracterizado por um objeto puramente formal ou abstrato (‘processo *tout court*) mas assume um conteúdo modal qualificado (‘direito ao justo processo’) que é exatamente a face dinâmica do ‘devido processo legal.’”¹⁴

¹³ Exige-se assim a criação e a interpretação de normas processuais destinadas a conferir efetividade às diversas garantias processuais, ganhando assento constitucional o direito fundamental a um processo justo. “Estudar o direito processual *na e da* Constituição, contudo, não pode ser entendido como algo *passivo* que se limita à identificação de que determinados assuntos respeitantes ao direito processual civil são previstos e regulamentados naquela Carta. Muito mais do que isso, a importância da aceitação daquela proposta metodológica mostra toda sua plenitude no sentido *ativo* de aplicar as diretrizes constitucionais na construção do direito processual civil, realizando *pelo* e no processo, isto é, e no exercício da função jurisdicional, os misteres constitucionais reservados para o Estado brasileiro de acordo com o seu modelo político e para seus cidadãos. BUENO, Cássio Scarpinella. O modelo constitucional do direito processual civil: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e alguma de suas aplicações. São Paulo: Revista de Processo nº 162, p.262, 2008.

Com essas considerações, exige-se um esforço doutrinário e normativo no plano infraconstitucional direcionado a suprimir obstáculos processuais capazes de interferir na construção de um justo processo que deve se desenvolver mediante a instauração de uma dialética igualitária entre as partes.

1.2 - O DIREITO À FORMAÇÃO A UM PROCESSO JUSTO E A DESIGUALDADE PRÉ-PROCESSUAL

Observar a diversidade existente entre os vários grupos é tarefa do legislador que deve buscar mecanismos legais capazes de permitir a formação de um processo justo com a efetiva igualdade de condições entre as partes.

Se a responsabilidade do legislador na elaboração do direito parece incontestável, o Judiciário, por sua vez não pode se esquivar do dever de assegurar aplicação do postulado da dignidade humana desde a propositura da demanda.¹⁵

¹⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. São Paulo, **Revista de Processos** nº 155, p.22, jun.2008. Augusto Mario Morello alerta sobre a importância da elaboração de um conceito geral do devido processo legal sob a ótica de um modelo processual constitucional voltado para construção de um processo justo: “ *Claro es que la elaboración de una concepción general del debido proceso- regulada y que se ciñe por principios comunes (desde cualquier jurisdicción que se la visualice: civil, penal, administrativa, laboral, tributario, ambiental ,militar, etc.)-es la que concita la posición de la doctrina pues en el núcleo del principio del contradictorio (decir y contradecir), conocer antes de juzgar, el alma qua anima y recorta acabadamente el concepto del debate dialético en paridad de ‘ser escuchado’ y de ‘defenderse’ con eficaz proposición de alegaciones (o postulaciones, argumentos, pruebas y recursos) se van desgranando las notas y el perfil del due process of law: la construcción dogmática y también ideológica del proceso justo constitucional.* MORELLO, Augusto Mario. *El proceso justo*. Buenos Aires: Libreria Editora Platense, 2005, p.68/69

¹⁵ A vinculação das cortes aos direitos fundamentais leva a doutrina a entender que estão elas no dever de conferir a tais direitos máxima eficácia possível, Sob um ângulo negativo, a vinculação do Judiciário gera o poder-dever de recusar aplicação a preceitos que não respeitem os direitos fundamentais. A vinculação dos tribunais revela-se, também, no dever que os juízes têm de respeitar os preceitos de direitos fundamentais, no curso do processo e no conteúdo das decisões – digam elas respeito a matéria de direito público, de direito privado ou de direito estrangeiro.BRANCO Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais....*op. cit.*p.132/133.

Daí se dizer que a garantia do tratamento isonômico entre as partes deve balizar a ação do legislador e do juiz desde o início da lide para que o processo seja conduzido à descoberta dos fatos tal como ocorreram.¹⁶

Como adverte José Carlos Barbosa Moreira sobre a atuação do profissional:

“o advogado pratica (ou deixa de praticar) no processo boa quantidade de atos de que a parte por ele representada nem sequer toma conhecimento pessoal; e, ainda, quando o tome nem sempre estará em condições de valorá-la de maneira adequada. Erros profissionais são capazes de repercutir com grande intensidade na sorte do pleito; vão influir na vida do litigante apesar de nenhuma participação direta deste no episódio respectivo. Até as sanções impostas pela litigância de má fé gravam a parte, não o advogado, embora seja este, as mais das vezes, o único verdadeiro responsável, como ocorre – para nos cingirmos a um exemplo – no oferecimento dos embargos de declaração protelatórios (CPC art. 538 par. Ún) ¹⁷

É inegável concluir que atuação falha do profissional de direito pode aniquilar o direito da parte, fortalecendo um sentimento de injustiça. O processo judicial, na maioria das vezes representa a última oportunidade de proteção ao direito violado.

¹⁶ Consiste a humanização do processo na valorização do homem que nele comparece e supõe a atuação de valores éticos no sistema processual ordenados à sua finalidade. SOUZA. Carlos Aurélio Mota de. Poderes éticos do juiz (a igualdade das partes no processo e a repressão ao abuso processual. **Revista Forense**, Rio de Janeiro nº 296, p.161, 1986 De fato, o dever ético no âmbito do processo civil exige assegurar igualdade real entre as partes, anotando Calamandrei a esse respeito que a igualdade corresponde “*ao derecho de defenderse em juicio em situación de paridad frente a la contraparte, derecho de dirigirse a una justicia que proteja sin distinciones tanto al rico como al pobre*” . CALAMANDREI. Piero. *Proceso y Democracia*. BS AS.EJEA, 1960, p.180.

¹⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. São Paulo, **Revista de Processo**. v. 122, p.09, abr/2005. Prossequindo, o mencionado autor chama a atenção para o fato de que “se a atuação dos advogados é, por assim, dizer decisiva para o desfecho do pleito, não há desprezar a possibilidade de que a diferença qualitativa entre o serviço prestado por um deles e o prestado pelo outro redunde numa distorção de perspectiva que tem muito pouco que ver com a situação real das partes no que tange à matéria litigiosa. O litigante munido de maiores recursos apto a contratar melhor advogado goza desde logo de vantagem que desequilibra os pratos da famosa balança da Justiça. Nessas condições, sistema que confie plenamente no confronto de lutadores ao jeito de competição desportiva, com suposto fundamento na idéia de que “as partes” sabem cuidar melhor que ninguém dos próprios interesses – reduzido o juiz ao papel de mero árbitro competente apenas para assegurar a observância de certas regras do jogo – é sistema que anuí de bom grado em sacrificar as expectativas de equanimidade no altar de uma quimera.” *Idem, Ibidem*

A decisão injusta, em verdade, fere um dos princípios constitucionais mais relevantes, ao mesmo tempo em que prejudica o acesso à justiça¹⁸ e intensifica o estado de tensão entre as partes, eliminando, aparentemente, o conflito de interesses.

Como registra o constitucionalista Canotilho “a garantia do acesso aos tribunais perspectivou-se, até agora, em termos essencialmente defensivos ou garantísticos: defesa dos direitos através dos tribunais. Todavia, a garantia do acesso aos tribunais pressupõe também *dimensões de natureza prestacional* na medida em que o Estado deve criar órgãos judiciários e processos adequados (direitos fundamentais dependentes de organização e procedimento) e assegurar prestações (“apoio judiciário”, “patrocínio judiciário”, dispensa total ou parcial de pagamento de custas e preparos), tendentes a evitar a denegação da justiça por insuficiência de meios econômicos (CRP, artigo 20). O acesso à justiça é um acesso materialmente informado pelo princípio da igualdade de oportunidades”¹⁹.

Assim, não basta à preparação de uma sentença justa a existência de um conjunto de garantias fundamentais do processo consagradas em âmbito internacional, se considerarmos que somente têm incidência após a instauração da lide.

Leonardo Greco, sobre as garantias fundamentais do processo, ensina que:

¹⁸ O acesso à justiça deve ser encarado sob a ótica de realização do direito material (objetivo e subjetivo) como acesso à efetiva satisfação da pretensão dos cidadãos como garantia de real acesso ao bem da vida que irá satisfazer as suas necessidades, vale dizer, sob a perspectiva da efetividade nos casos de lesão e de ameaça de lesão aos bens jurídicos tutelados pelo direito objetivo. Distingue-se, portanto, a clássica expressão acesso à justiça (equivalente a acesso formal aos órgãos judiciários” de *acesso à ordem jurídica justa*, que significa através do acesso ao Estado-Juiz, a satisfação concreta das pretensões dos titulares dos direitos subjetivos e das situações de vantagem, com reflexos na pacificação social, que deve ser feita com justiça. SOARES, Fabio Costa. Acesso do Hipossuficiente à Justiça. A Defensoria Pública e Tutela dos Interesses Coletivos *Lato Sensu* dos Necessitados. In: QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de. Acesso à Justiça .Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2002, p.79

¹⁹ CANOTILHO. J.J Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7 ed. Coimbra: Almedina. 2003, p.501.

“na constituição brasileira, esse processo humanizado e garantístico encontra suporte principalmente nos incisos XXXV, LIV e LV do art. 5º, que consagram as garantias da inafastabilidade da tutela jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, sem falar nos já citados princípios da administração pública de quaisquer dos Poderes, e ainda nos da isonomia, da fundamentação das decisões e outros hoje expressamente reconhecidos em nossa Carta Magna.”²⁰

Todavia, os fatos que venham a compor a lide ocorrem antes da formação do processo, assumindo importância dentro do processo sob várias perspectivas.

Os fatos afirmados pelo Autor que compõem a causa de pedir na inicial cumprem várias funções: a) delimitam o objeto da prova b) influem no julgamento de outra demanda, se oposta a exceção de coisa julgada ou litispendência, c) fixam a competência do juízo e) permitem ao juiz verificar a pertinência da via processual escolhida pelas partes f) servem de parâmetro limitador ao conteúdo da sentença²¹g) integram o juízo de verossimilhança do provimento antecipatório pretendido na inicial.

²⁰ GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo in Estudos de direito processual*. Campo dos Goytacazes: Faculdade de direito de Campos, 2005, p.226/227.

²¹ A título de exemplificação, o cabimento da ação civil pública quando em pauta a defesa de interesses individuais homogêneos depende da identidade da causa de pedir entre as demandas ajuizadas pelos legitimados ordinários. “Com efeito, pudemos verificar que os interesses individuais homogêneos detêm natureza jurídica de interesses individuais, que podem – acidentalmente – merecer uma tutela jurisdicional coletiva. Referida tutela, contudo, apenas se dará e somente se, as inúmeras causas de pedir das inúmeras demandas que poderiam ser ajuizadas isoladamente mediante legitimação ordinária de cada um dos interessados forem idênticas.” VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *A causa de pedir e os interesses individuais homogêneos*. In: CRUZ e TUCCI. José Rogério e BEDAQUE. José Roberto dos Santos . **Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.214/215 : Mais adiante, o mesmo autor acrescenta: “ Mas, desde a admissão do conflito em juízo deverá o juiz analisar se há, ao menos em tese, a possibilidade de utilização da demanda coletiva para que se proceda a uma defesa molecularizada de conflitos que na essência, sejam individuais. *Idem*, p.215. Na mesma linha, pondera Eduardo Cambi que: “ Sistemáticamente, pode-se afirmar que a natureza da tutela jurisdicional a ser prestada vai depender do exame da causa de pedir revelada pela situação concreta: se ocorreu o dano, a tutela será ressarcitória, mas se o escopo é remover o ilícito ou mesmo inibir a prática de novos ilícitos, as tutelas são de remoção do ilícito e inibitória. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo* In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR. Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo e Constituição**. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.677. “Aliás, legitimidade e interesse são conceitos que se relacionam mutuamente de uma forma tal que, por vezes – embora nem sempre – não se consegue separá-los; quem tem interesse tem legitimidade e quem tem legitimidade tem interesse.” FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.166.

Igualmente sob a ótica do cumprimento do ônus de afirmar, lembra José Rogério Cruz e Tucci que o interesse processual deve ser aferido em função da necessidade da tutela jurisdicional e da adequação do remédio judicial eleito pelo autor.²² A necessidade da tutela jurisdicional, que conota o interesse, deflui como já mencionado da exposição fática consubstanciada na *causa petendi* remota.²³

Outra função relevante da *causa petendi* - adotando-se uma visão pragmatista do direito - é a de possibilitar ao juiz utilizar-se de um raciocínio jurídico prospetivo para dimensionar os reflexos de sua decisão sob uma perspectiva social e econômica²⁴, especialmente quando em pauta a proteção a interesses coletivos ou difusos.

Sob essa ótica, se não integrarem a *causa petendi* todos os fatos jurídicos principais indispensáveis à configuração do direito subjetivo, a decisão judicial – estando o juiz adstrito às afirmações lançadas na inicial - pode, em determinados casos, trazer inegáveis prejuízos à coletividade. A decisão injusta não atingirá apenas os sujeitos do processo nas ações coletivas.

²² É muito comum na experiência forense que o Autor ao impetrar mandado de segurança exponha fatos que exigem dilação probatória, o que é vedado na via estreita do *mandamus*. Em determinados casos, o juiz pode visualizar de plano a inadequação da via eleita, permitindo a sua convação em rito ordinário. Todavia em tantos outros casos submetidos à apreciação judicial a necessidade de colheita de provas para comprovação do fato narrado na inicial só resulta clara após a manifestação da autoridade coatora, conduzindo o feito à extinção sem resolução do mérito no momento da sentença. Em qualquer das hipóteses, o Autor corre o risco de perecimento de seu direito por ter optado por uma via processual inadequada.

²³ CRUZ e TUCCI, José Rogério. *A causa petendi* no processo civil..São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p.174.O autor traz o seguinte exemplo: Na ação condenatória além da alegação do fato constitutivo do direito faz-se relevante a narração do fato violador desse direito, para que se possa inferir o *interesse processual* do autor. *Ibidem*, p.174

²⁴ Cândido Rangel Dinamarco ensina que um dos grandes serviços que o processualista prestou ao direito e à justiça nas últimas décadas foi a enérgica afirmação do comprometimento axiológico das instituições processuais: ele repensou o significado e a medida da “indiferença inicial” a que obrigado o juiz, o qual na realidade precisa estar iluminado pela visão dos resultados sócio-econômicos e políticos a que sua decisão poderá conduzir.DINAMARCO. Cândido Rangel. Instrumentalidade do processo. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003, p.41

E a melhor decisão, para o juiz pragmatista, segundo Thamy Progrebinschi

“é aquela que melhor corresponder às necessidades humanas e sociais. Ora, um juiz pragmatista é então um juiz preocupado em intervir na realidade social, criando com suas decisões políticas. O juiz pragmatista tampouco está fechado dentro de seu próprio sistema ou subsistema jurídico. A concepção pragmatista do Direito implica que ele adote recursos não jurídicos em sua aplicação e que receba, constantemente, contribuições de outras disciplinas em sua elaboração.”²⁵

Seguindo tal linha de pensamento, Flavio Galdino em seu estudo sobre “Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos, direitos não nascem em árvores” preocupado com a idéia de aplicação do princípio da eficiência no âmbito das decisões judiciais, sustenta a necessidade de “trazer a realidade material – externa à racionalidade jurídica tradicional – para dentro do raciocínio jurídico:a(re)construção pragmática dos conceitos jurídicos e dos

²⁵ PROGREBINSCHI, Thamy. *Ativismo Judicial e Direito: Considerações sobre o debate contemporâneo*. Revista de Direito, Estado e sociedade, v.9 n.17 ago/dez 2000, p.127. Sobre as decisões que envolvem a atividade criativa do juiz, Luis Roberto Barroso afirma que “ para assegurar a legitimidade e a racionalidade de sua interpretação nessas situações, o intérprete deverá em meio a outras considerações: (i) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento - a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador; (ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis que tenha pretensão de universalidade; decisões judiciais não devem ser casuísticas (iii) levar em conta as conseqüências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos. BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Brasília. Escola Nacional da Magistratura, 2006, p.38. Cláudio Pereira de Souza Neto, analisando a diferença entre o princípio da integridade e o pragmatismo, afirma: “ o princípio da integridade propõe que o magistrado opere uma reconstrução teórica do sistema constitucional sob a orientação dos princípios constitucionais fundamentais de modo a lhe fornecer integridade política e moral. Assim, para o princípio da integridade, tal como ocorre de modo geral com as vertentes construtivistas mencionadas na parte I, há uma primazia da norma e do sistema sobre o problema. Para o pragmatismo, por outro lado, o problema possui primazia sobre a norma e o sistema. O que importa para o pragmatismo é fornecer a solução que possa resolver o problema de modo mais adequado no contexto. Para o pragmatismo, a norma será útil na medida em que puder contribuir com a construção de uma decisão melhor no caso concreto. A norma, no entanto, será apenas mais um elemento, dentre outros, que podem dar sustentação à decisão. Esse ponto de vista tem se desenvolvido especialmente no âmbito da cultura jurídica-européia pela perspectiva tópico-retórica, de forte inspiração lingüístico-pragmática.”NETO, Cláudio Pereira de Souza. *A Interpretação Constitucional Contemporânea entre o Construtivismo e o Pragmatismo* In: MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele e PROGREBINSCHI, Thamy. *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.491

direitos com a possibilidade de incorporação de dados oriundos das análises econômicas (e políticas e sociológicas etc...)²⁶

Mais adiante, pondera o mesmo autor:

“Ocorre que o raciocínio de eficiência e de resultados é um raciocínio prospectivo para o futuro, que envolve a análise de inúmeras variáveis e racionalidades não precipuamente jurídicas - o

²⁶ GALDINO, Flavio. Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro:Lumen juris, 2005, p.260. À título de ilustração, vale transcrever a decisão que manteve a antecipação de tutela nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Estado do Rio de Janeiro em face da Petrobrás, CEG e CEG-Rio em que as partes discutiam sobre o volume de fornecimento de gás. Naquela decisão, a autora do presente estudo buscou dados relativos à política energética, revelando os prejuízos que poderiam advir à sociedade caso permanecesse o corte de fornecimento de gás promovido pela Petrobrás. Confirma o teor da decisão: Estado do Rio de Janeiro ingressou com a presente medida cautelar em face da Petrobrás, alegando em linhas gerais que foi firmado com a CEG em 1997 contrato de concessão de serviços públicos de distribuição de gás canalizado na Região Metropolitana deste Estado. Na mesma oportunidade o Estado do Rio de Janeiro celebrou com a CEGRIO contrato de concessão de serviços públicos de distribuição de gás. Afirma que as concessionárias, por sua vez, desincumbiram-se dessa obrigação mediante a celebração de contratos de compra e venda de gás natural com a Petrobrás, que se obrigou a entregar à CEG a quantidade diária contratual de 3.200.000 m³/dia e à CEG-Rio, a quantidade contratual (QDC) de 1.900.000m³/dia. Prosseguindo, aduz que a Petrobrás durante quase cinco anos vem fornecendo 7.220.000 metros cúbicos, ou seja, em volume substancialmente superior ao volume contratado, operando-se a partir daí verdadeira novação objetiva.(art. 360 e seguintes do Código Civil)Argumenta que trata-se de evidente situação de venire contra factum proprium (art. 422 CC), sustentando, ainda, que estão presentes os institutos da surrectio ou suppressio(art.330) Não-obstante a dita novação, foi a Autora comunicada do corte de fornecimento de gás, que atingirá vários consumidores, requerendo a concessão de medida liminar para o restabelecimento do serviço conforme média apurada dos últimos 12(doze) meses. Foi concedida a medida liminar pelo Juízo de plantão.(fls. 25/30)Interpôs agravo de instrumento a ré, negando a Câmara Cível efeito suspensivo ao recurso.Apresentou a ré contestação às fls.157/166, arguindo em sede de preliminar a ilegitimidade ad causam do Estado. No mérito, aduz que desde o início do fornecimento até a data que antecedeu à redução do fornecimento, tanto a CEG quanto a CEG-RIO vem descumprindo os limites previstos nos contratos, retirando volumes de gás natural acima do permitido, como confessado pelo Estado Afirma, outrossim, que várias correspondências foram enviadas, cujas cópias estão acostadas aos autos , manifestando a ré a sua oposição quanto à retirada pela CEG e CEG-Rio, o que demonstra que a requerida não teve ânimo de novar as obrigações de maneira tácita.Sustenta, também, que a Petrobrás não pode continuar fornecendo gás natural à CEG e Ceg-RIO acima dos limites contratuais porque tal situação está acarretando a falta de gás para suprimento das termelétricas e em consequência, obrigando a Petrobrás a desatender a determinação da ANEEL e do ONS, trazendo sérios riscos à população brasileira. Foi realizada audiência especial (fls.150), restando infrutífera a possibilidade de composição, determinando o Juízo a juntada de relatório técnico pelas partes , a fim de permitir o reexame da medida liminar, tendo como base a circunstância fática levantada pela Petrobrás consistente na inviabilidade de manutenção do volume retirado pela CEG e CEG-Rio em virtude do risco de racionamento de energia elétrica. Posta a questão, passo ao reexame da medida liminar. Primeiramente, a questão jurídica debatida nos autos já mereceu prévia apreciação judicial quando foi examinado o pedido de concessão de medida liminar pela MM. Juíza de plantão.(fls.25/30) Naquela *decisum*, acentuou a Magistrada que " para fins do pleito

traço fundamental da administração gerencial é a ênfase no controle de resultados em vez de centrar-se no controle de procedimentos (que evidentemente não pode ser completamente desconsiderada).²⁷

É de se ressaltar que o dimensionamento futuro de uma decisão judicial depende do adequado cumprimento do ônus de afirmar pelas partes para permitir ao juiz uma visão pragmática e consequencial dos fatos integrantes do objeto da demanda.²⁸

liminar, é de se colocar o instituto da surrectio, eis que ao longo dos anos o fornecimento vem sendo feito em termos constantes, gerando a legítima expectativa de manutenção, não podendo uma das partes, abruptamente, inovar o contrato tácito que se formou referente ao fornecimento de gás natural que atenda à demanda."(fls.28) Instaurada a dialética processual, verifica-se que os documentos trazidos à colação pela parte ré consistentes na remessa de notificações à CEG e CEG-RIO (fls. 232/234), informando-as de que deveriam cumprir com a obrigação contratual, limitando a retirada do gás ao volume inicialmente contratado não invalidam - em sede de juízo de cognição sumária - a tese sustentada pelo Autor de sorte a impor a revogação da medida liminar na fase em que o processo se encontra. **Ultrapassada, por ora, a questão jurídica - já que não estamos em sede de juízo de definitividade - passo a examinar os relatórios anexados pela partes sob a perspectiva da afirmação apresentada pela ré de que o cumprimento da decisão liminar poderá resultar em racionamento de energia elétrica.** A Petrobrás informa em sua peça técnica que "o não cumprimento de uma decisão operativa do ONS, em particular deixar de acionar uma usina termelétrica cuja operação tenha sido determinada pelos procedimentos da rede, tem como consequência um aumento de probabilidade de racionamento que, caso se concretize, trará severos danos aos consumidores."(fls.449) Mais adiante, reafirma que "a decisão de acionar uma usina termelétrica deve ser usada com meses de antecedência; caso contrário, a contribuição acumulada da produção de energia destas usinas não seria significativa para a redução dos riscos de suprimento. Desta forma, não acionar uma termelétrica agora pode não resultar em déficit elétrico imediato, mas poderá resultar em racionamento no futuro."(fls. 450) A Companhia de Gás, por sua vez, indica várias alternativas capazes de garantir o despacho de termelétricas. (fls. 433/434)

O Estado do Rio de Janeiro acentua, a propósito, que "a ordem de despachos de energia estabelecidos pela ONS não é imutável. O que interessa ao ONS é a disponibilidade de energia independentemente da usina geradora. Portanto, caso uma térmica a gás não possa despachar energia porque não foi suprida de combustível, outra poderá substituí-la, sem que haja qualquer ameaça de falta de energia."(fls. 459) Nessa perspectiva, chama a atenção do juízo o fato de que embora tenham sido enviadas notificações pela ré, permaneceu a retirada do volume de gás pelas companhias de gás bem além do limite estabelecido no contrato, sem que tenha sido adotada qualquer medida - inclusive judicial, pelo menos até o envio da comunicação noticiando o corte de fornecimento - para inibir a conduta das companhias de gás considerada como ilegal e potencialmente lesiva já que o não cumprimento de uma decisão da ONS aumenta a probabilidade de racionamento de energia elétrica. Argumenta a Petrobrás que está obrigada ao cumprimento das decisões emanadas pela Presidência da ONS, sendo que a ré poderá ser multada caso não venha a fornecer energia para a termelétrica despachada pelo referido órgão. **Todavia, no exercício do juízo de ponderação entre os interesses divergentes da presente causa - devendo o julgador adotar uma visão pragmatista para dimensionar as consequências de sua decisão judicial - é forçoso se inclinar pela permanência da retirada do volume de gás pelas concessionárias de acordo com as médias praticadas nos últimos doze meses. Nesse sentido, se de um lado há probabilidade de elevação do risco de racionamento de energia elétrica no futuro - como afirmado no relatório enviado pela Petrobrás - que na atual sistemática é verificada preventivamente , de outro, os prejuízos que poderão advir aos consumidores e usuários**

Como anotado, nas demandas em que estão em jogo os interesses da coletividade, as conseqüências de uma decisão judicial baseada em fatos narrados com deficiência podem ser nefastas considerando que têm efeitos *erga omnes*.

A causa de pedir sob a perspectiva ideológica ganha relevo que ultrapassa os limites do sistema processual se considerarmos que o ajuizamento da demanda pelo Autor com o oferecimento da inicial representa o momento inicial de participação do

de gás no Estado do Rio de Janeiro são iminentes, se houver a interrupção ou até mesmo a diminuição do volume de gás a ser retirado pelas concessionárias, levando em consideração, principalmente, que houve um estímulo ao consumo de gás nos últimos anos. A esse respeito, o Professor Edmar Luiz Fagundes de Almeida em seu artigo " Qual o papel do gás natural na indústria energética brasileira?" ressaltava que a Petrobrás passou a ter um papel ativo " nos investimentos das distribuidoras de gás através da participação no capital das mesmas. Além disto, a empresa começa a apoiar políticas para crescimento da demanda de gás, como, por exemplo, o GNV. Vale ressaltar que, até o ano 2000, a Petrobrás fornecia gás para as distribuidoras estaduais venderem para postos GNV a preços menores do que para os outros segmentos de consumo. Ou seja, a empresa realizava uma política de subsídios cruzados para fomentar o mercado de GNV. Neste contexto de excesso de oferta de gás, Petrobrás e governos estaduais criaram uma estrutura de incentivos que permitiu, em poucos anos, criar o segundo maior mercado de GNV no mundo (após a Argentina)" Alerta, ainda, Wagner G. Vicher, responsável pela coordenação do Programa de GNV no Estado do Rio de Janeiro, que o corte de gás natural prejudicará "no País os mais de 1,4 milhão de clientes diretos, os proprietários de veículos e os cerca de 5 milhões de beneficiários indiretos, que são os dependentes destes usuários. No Rio, onde a frota representa 42% da nacional, além de ser uma alternativa energética, o programa é a mais eficaz forma de distribuição de renda que existe." **Nessa ordem de idéias, resulta evidente que a interrupção do fornecimento de gás às concessionárias poderá causar prejuízos expressivos ao desenvolvimento das mais variadas atividades, principalmente as do setor de transporte, afetando a ordem econômica e social do Estado do Rio de Janeiro. Não se trata, aqui, de prevalência do interesse estadual sobre o nacional para justificar a manutenção do provimento liminar, mas sim do dimensionamento dos prejuízos - à luz do material probatório até agora produzido - que poderão advir ao Estado , aqueles com caráter de maior imediatidade em relação ao alegado risco de racionamento de energia, que se insere no campo da probabilidade, pelo menos neste momento, acrescendo-se a isto o fato de que existem outras alternativas para o abastecimentos das usinas.** Por tais fundamentos, fica mantida a medida liminar concedida anteriormente sem prejuízo de nova apreciação caso ocorra modificação fática relevante a justificar a revogação do provimento.(Processo nº2007.001.181961-2 – 13ª Vara de Fazenda Pública)

²⁷ GALDINO, Flavio. *op,cit.* p.261

²⁸ " Enquanto antigamente o juiz era chamado sobretudo para decidir com o olhar voltado para o passado – de modo, pode-se dizer, 'retrospectivo'- hoje é freqüentemente chamado a escolher, relativamente às possíveis alternativas que lhe são explicitamente deixadas abertas, aquela que melhor se presta a satisfazer os objetivos pré-fixados no horizonte constitucional. Assim transfere-se para o juiz a responsabilidade de considerar as possíveis soluções alternativas, de imaginar as suas respectivas conseqüências, de avaliá-las e enfim, tomar uma decisão com o olhar constantemente voltado para o futuro. Ou seja, usa-se uma lógica "prospectiva" e, sem dúvida, similar àquela que é considerada como própria aos atores políticos." NETO FACCHINI. Eugênio. O Judiciário no mundo contemporâneo. **Revista AJURIS**, Rio Grande do Sul: nº 108, dez/ 2007, p.161

cidadão ²⁹ através do processo judicial que é instrumento político de realização da justiça substancial e de proteção das garantias fundamentais.

Da mesma forma compromete-se a justiça da decisão se o réu omitir fatos capazes de afastar o direito do Autor ou deixar de impugnar aqueles narrados na inicial, embora a inadequação do cumprimento do ônus de afirmar pelo réu não produza efeitos tão gravosos em relação à deficiência na causa de pedir considerando as suas múltiplas finalidades.

Nessa ordem de idéias, como o processo judicial deve se estruturar para assegurar uma sentença justa se a desigualdade sócio-econômica entre as partes preexiste ao nascimento da demanda?

A resposta a tal indagação nos conduz necessariamente a repensar os poderes conferidos ao juiz a partir da concepção que se deve adotar em relação ao processo judicial bem como a revisar determinados institutos processuais a fim de permitir a formação de um processo justo levando em consideração que o conflito de interesses submetido à apreciação judicial muitas vezes começa a partir de uma situação de desigualdade entre as partes envolvidas com graves reflexos sobre a dialética a ser instaurada no processo.

1.3 - O QUE É PROCESSO JUSTO?

O direito à um processo justo se consolidou como direito humano fundamental em âmbito internacional, prevendo a Convenção Européia de Direitos Humanos expressamente em seu art. 6º que:

²⁹ Analisando a relação entre participação e processo, Ada Pellegrini Grinover sublinha que “tem-se de um lado, a participação na administração da justiça e, de outro, a participação mediante a justiça.” Sobre esta última forma de participação há utilização do próprio instrumento “processo” para permitir o acesso das pessoas e das causas à justiça e à ordem jurídica justa, ligando-se à questão da universalidade da tutela jurisdicional. O próprio processo é então utilizado como veículo de participação democrática, e por ele se possibilita a intervenção popular na urdidura do tecido social.” GRINOVER, Ada Pellegrini. *Modernidade do direito processual brasileiro. in O processo em evolução.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.p.12

“toda pessoa tem o direito de ver sua causa apreciada de maneira equitativa, pública e dentro de um prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, estabelecido por lei, que irá decidir, seja sobre contestações, sobre seus direitos e obrigações de caráter cível, seja sobre a pertinência de toda acusação em matéria penal dirigida contra ela.”³⁰

Outrossim, há consenso doutrinário de que o direito fundamental do acesso à justiça previsto no art. 5º inciso XXXV da Constituição Federal não se traduz apenas na garantia de acesso formal à justiça mas sim de acesso à ordem jurídica justa.³¹

Luigi Paolo Comoglio enumera entre as garantias do que modernamente se denomina “direito processual constitucional”³², o direito da parte a um processo igual e justo.³³

³⁰ Convenção de Salvaguarda dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, emendada pelo Protocolo n.11 e acompanhada do Protocolo adicional e dos Protocolos ns. 4,6,7, 12 e 12. Esclarece José Antonio Farah Lopes de Lima que: “ A Convenção de Salvaguarda de Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais ou Convenção Européia de Direitos humanos (CEHD) assinada em Roma no dia 04 de novembro de 1950, em vigor a partir de 03 de setembro de 1953, fundamenta a proteção européia de direitos humanos. Inspirada na Declaração Universal de Direitos do Homem, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, precursora do processo de proclamação internacional de direitos humanos, a Convenção Européia de Direitos Humanos fornece hoje o modelo mais aperfeiçoado de garantia efetiva dos direitos humanos proclamados no plano internacional: ele oferece aos indivíduos o benefício do controle jurisdicional quanto ao respeito de seus direitos.” LIMA, José Antonio Farah Lopes de. *Convenção Européia de Direitos Humanos*. Leme: J.H. Mizuno, 2007, p.25

³¹ A moderna doutrina chegou ao consenso de que o direito de ação não se reduz ao direito de mero acesso ao processo. Em termos correlatos, o acesso ao processo, por sua vez, não se satisfaz com a simples obtenção da sentença de mérito. A dimensão do acesso à justiça é muito maior do que se imagina. A garantia constitucional impõe aos poderes públicos o compromisso com o fornecimento de uma tutela jurisdicional de qualidade capaz de solucionar o conflito de modo adequado e correspondente com os valores essenciais do Estado Democrático de Direito.”MELO, Gustavo de Medeiros. *O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo*. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo e Constituição**. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.690

³² O plano constitucional delimita, impõe, molda, contamina o modo de ser do processo. O plano infraconstitucional do processo assim é caracterizado, conformado pelo que a Constituição impõe acerca da forma de exercício do poder estatal.. BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004 ,p.04

³³ São estas as demais garantias:- il rapporto di strumentalità necessaria intercorrente il diritto sostanziale ed il processo, quale indispensabile presidio per la sua piena attuazione (o quale garanzia insostituibile della sua enforceability; l’ acesso alle corti di giustizia ed i fattori di disegualianza sócio-económica,, che lo limitano irrazionalmente; l’indipendenza, l’autonomia e l’imparzialità del giudice; l’exercizio, in condizioni adeguate e paritarie dei diritti di azione e difesa nel giudizio; il diritto delle parti ad un processo “equo” e “giusto”; l’adeguatezza e l’effettività degli strumenti di tutela guirisdizionale (in forme qualificate avanti ad organi di giustizia costituzionale ed in forme ordinarie, avanti ad organi di giustizia comune) delle

São dados elementares do direito de acesso à ordem jurídica justa na lição de Kazuo Watanabe:

(1) o direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial e a organização de pesquisa permanente a cargo do especialista e orientada a aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômico do País (2) direito de acesso à justiça adequadamente organizada e formada por juizes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa (3) direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos ; (4) direito à remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo a justiça com tais características.³⁴

Especialmente quanto ao direito à informação, ensina Paulo Cezar Pinheiro Carneiro:

este é “elemento essencial para garantir o acesso à justiça em países em desenvolvimento como o nosso é tão importante como o de ter um advogado, um defensor que esteja à disposição daqueles necessitados que, conhecedores dos seus direitos, querem exercê-los. Trata-se de pessoas que não têm condições sequer de ser partes – os não-partes são pessoas absolutamente marginalizados da sociedade, porque não sabem nem mesmo os direitos de que dispõem ou de como exercê-los, constituem o grande contingente de nosso país.”³⁵

Assim, se o cidadão não tem informações mínimas sobre o direito que poderá ser postulado em juízo e nem quais são os meios para o seu exercício, também não terá condições de distinguir - dentre os vários profissionais - aquele que está preparado para ajuizar uma demanda mediante adequada exposição dos fatos na inicial.

Por outro lado, o acesso à ordem jurídica justa está ligada à idéia de efetividade do processo que somente é alcançada através da previsão de tutela diferenciada para proteção dos mais diversos direitos substanciais.

garanzie processuali fondamentali COMOGLIO. Luigi Paolo. *Garanzie costituzionali e giusto processo (modelli a confronto)*. São Paulo: Revista de Processo nº 90, p.95, abril/maio 1988

³⁴ WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e sociedade moderna In: GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover; DINAMARCO, Cândido Rangel e WATANABE, Kazuo. Participação e Processo São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988 p.135

³⁵ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Acesso à Justiça. Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública. 2 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2003, p.58.

De fato, não se pode obter os resultados almejados através do processo (efetividade) se este apresentar-se inadequado para a solução da lide levada à apreciação do Judiciário (*res in iudicio deducta*) e satisfação da pretensão da parte. Também será obstado o acesso à ordem jurídica justa se não houver previsão de instrumento adequado para tutela jurisdicional de determinada situação de conflito, com lesão ou ameaça de lesão a direitos ou interesses assim como configura obstáculo ao acesso à justiça real e efetiva a restrição à utilização dos instrumentos disponíveis no ordenamento jurídico³⁶

José Carlos Barbosa Moreira enumerando os pontos essenciais para que um processo seja considerado efetivo, identifica como indispensável à existência de tutelas distintas bem como a reconstituição dos fatos para que a decisão final se aproxime o máximo possível da realidade.

São esses os pontos indicados pelo processualista:

a) O processo deve dispor de instrumentos de tutela adequada a todos os direitos (e às outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, resultem eles de expressa previsão normativa ou inferíveis do sistema b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem), inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos sujeitos; c) *é preciso assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes a fim de que o convencimento do julgador corresponda tanto quanto possível à realidade* d) em toda a extensão de possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa pleno gozo da utilidade específica a que faz jus segundo o ordenamento; e) esses resultados não de ser atingidos com o mínimo dispêndio de tempo e energia.³⁷

O elemento definidor da tutela adequada à proteção do direito posto em juízo é a narrativa dos fatos que compõem a causa de pedir. O juiz ao receber a inicial, examina as afirmações apresentadas pelo Autor para a verificação da adequação da tutela ao que se pleiteia em juízo.

³⁶ SOARES, Fabio Costa. Acesso do hipossuficiente à Justiça. A Defensoria Pública e a Tutela dos interesses coletivos *lato sensu* dos necessitados In: DE QUEIROZ. Raphael Augusto Sofiati (org). Acesso à justiça. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2002, p.81

³⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da efetividade do processo. Temas de direito processual (Terceira série). Rio de Janeiro: Saraiva, 1984, p.27

Nessa ótica, a deficiência da causa de pedir pode conduzir a um juízo desfavorável desde o início do processo – ainda que após a emenda à inicial, caso persista a falha na apresentação dos fatos – já que o juiz pode reconhecer a falta de interesse ou ainda que venha a prosseguir a demanda, deixar de conceder a tutela de urgência – liminar ou antecipação de tutela.

Também a inadequação no cumprimento do ônus de afirmar pode conduzir à uma decisão injusta, considerando que os fatos articulados delimitam o objeto da prova, ficando afastada da atividade probatória as circunstâncias não deduzidas na inicial e na contestação. Se há uma reconstituição parcial dos fatos – porque nem todos foram trazidos ao processo – a sentença proferida pelo juiz certamente não corresponderá à realidade dos acontecimentos que se apurados em sua inteireza levariam à outra conclusão judicial.

Possível vislumbrar desde já a necessidade de criação de mecanismos processuais capazes de possibilitar a correção da deficiência que não raro ocorre em virtude das desigualdades pré-processuais das partes.³⁸

O processualista italiano Comoglio lembra que uma das garantias fundamentais das partes é a paridade de armas que não pode existir somente no plano formal.

Confira a sua lição:

“Una parità delle armi altrettanto formale tra i litiganti in giudizio, incapace di garantire concretamente che la decisione finale di merito

³⁸ Vale desde já mencionar a oportuna observação de Junior Alexandre Moreira Pinto: “A partir do momento em que a solução da demanda não está adstrita aos limites impostos pela petição inicial e pela contestação, pode o juiz, quando da prolação da sentença, utilizar, como pacificação da situação litigiosa, fatos, argumentos e circunstâncias surgidos no decorrer da demanda. É óbvio que um processo que possa se utilizar de todas estas 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. PINTO, Junior Alexandre. Sistemas rígidos e flexíveis: a questão da estabilização da demanda In: CRUZ e TUCCI, José Rogério e BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.79.

venga a dipendere più dalla fondatezza o dall'inconsistenza delle rispettive pretese, che non dalle differenziate abilità o capacità economiche di una parte nei confronti dell'altra.”³⁹

A participação em paridade de armas ressalta Luiz Guilherme Marinoni é decorrência da igualdade substancial, devendo ser compreendida através dos critérios antes delineados para a justificação das diferenciações realizadas em nome da efetividade do contraditório.⁴⁰

A paridade armas assumiu importância internacional quando a Corte Europeia na decisão Delcourt assinalou que “ mesmo na ausência de uma parte acusatória, um processo não será equitativo se ele se desenvolver de modo a colocar injustamente um acusado em uma situação desvantajosa (§34).”⁴¹

Observou José Antonio Farah Lopes de Lima sobre o princípio da paridade de armas que este “consiste na possibilidade razoável para cada parte, considerando-se inclusive os litígios que opõem interesses privados, de apresentar sua causa em condições que não o coloquem em uma situação de clara desvantagem em relação ao seu oponente.”⁴²

³⁹ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie Costituzionali e giusto processo (modelli a confronto)*. São Paulo: Revista de Processo nº 90, p. 111, abril/maio 1988. Tradução livre da autora: “Uma paridade de armas formal entre os litigantes em juízo resulta da incapacidade de garantir concretamente que a decisão final de mérito venha a se fundar na inconsistência da respectiva pretensão e não da habilidade ou capacidade econômica de uma parte em confronto com a outra.”

⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1996, p.150. A respeito dos mencionados critérios, Luiz Guilherme Marinoni valeu-se da lição de Chiavario que, por sua vez, explica: “essa paridade de armas entre as partes não implica uma identidade absoluta entre os poderes reconhecidos às partes de um mesmo processo e nem, necessariamente, uma simetria perfeita de direitos e de obrigações. O que conta é que as diferenças eventuais de tratamento sejam justificáveis, racionalmente, à luz dos critérios de reciprocidade, e de modo a evitar, seja como for, que haja um desequilíbrio global em prejuízo de uma das partes.”*Idem, Ibidem*

⁴¹ O julgado da Corte Europeia foi trazido à colação por José Antonio Farah Lopes de Lima que informa : “ Se, desde os julgados Neumeister (27 de junho de 1970) e Delcourt c/ Bélgica, de 17 de agosto de 1970, a Corte Europeia de Direitos Humanos reconhece a existência do princípio da paridade armas, ela somente admite sua violação na decisão Borgers. LIMA. José Antonio Farah Lopes de. *Convenção Europeia de Direitos Humanos*. Leme: J.H Mizuno,2007, p.178

⁴² *Ibidem*, p.179

Arremata o referido autor, afirmando que “ todo e qualquer desequilíbrio relativo aos direitos processuais reconhecidos às partes constitui uma violação a este princípio.”⁴³

Fixada a premissa de que a formação de um processo justo tem como base estrutural a preservação da igualdade substancial entre as partes, como se alcança uma decisão final justa?

1.3.1- Critérios para definição de uma decisão justa

Michele Taruffo estipula os três critérios que devem ser observados para se alcançar uma decisão justa : a) correta aplicação e interpretação da regra jurídica aplicável ao caso concreto b) a aceitação da veracidade dos fatos relevantes da causa c) o emprego de um procedimento válido e justo.⁴⁴

Também Sergio Chiarloni elenca como critérios caracterizadores da decisão justa a adequada interpretação da norma jurídica bem como a reconstrução dos fatos.

Afirma o mencionado autor que:

“La sentenza é giusta quando passa l’esame di un doppio critério di verità. Quando cioè è il frutto di una corretta interpretazione delle norme coinvolte e di un’esatta ricostruzione dei fatti. Naturalmente, è appena il caso di rilevarlo, se si vuole scansare l’ accusa di positivismo ingênuo, non si tratta qui di verità assolute, próprio soltanto del ragionamento deduttivo. I criteri che entrano in gioco sono criteri di approssimazione per ambedue i settori. Próprio per questa ragione la giustizia imperfetta, a segnalare nel medesimo tempo la connessione con il risultato e l’impossibilità di avere l’assoluta certeza di raggiungerlo.”⁴⁵

⁴³ *Ibidem*, p.179

⁴⁴ TARUFFO, Michele. *Idee per una teoria della decisione giusta*. in *Revista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, 1997, p.225.

⁴⁵ CHIARLONI, Sergio. *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*. *Revista Trimestrale de diritto e procedura civile*. Milano: Dott.A. Giuffrè, marzo/2008, p.147
Tradução livre da autora: A sentença é justa quando passa pelo exame de um duplo critério de verdade: Quando isto é fruto de uma correta interpretação da norma bem como de uma exata reconstrução dos fatos. Naturalmente, é relevante se deseja deixar de lado o positivismo

Os critérios são concorrentes e estão intimamente ligados entre si.

Com efeito, não basta à preparação de uma decisão justa a correta aplicação e interpretação da norma jurídica aplicável, se o procedimento não for capaz de assegurar a observância às garantias processuais- contraditório, ampla defesa, devido processo legal, entre outras.- e ainda se não houver adequada apuração das questões de fato e de direito discutidas no processo.

Examinaremos cada um dos critérios separadamente.

1.3.1.1- Aplicação e interpretação da norma jurídica

Sobre a correta aplicação da norma jurídica, é de se notar que é complexa a tarefa do julgador no estabelecimento da relação entre fato e direito, considerando a variabilidade e a indeterminação dos fenômenos ocorrentes no mundo real — o que impõe ao juiz, no seu trabalho de interpretação e integração da norma jurídica, cautela para correta qualificação jurídica do fato apresentado na causa.⁴⁶

Ademais, quando a *causa petendi* versar sobre um único evento (fato jurídico simples) determinado no espaço e no tempo, a atividade de individualização do fato relevante não guarda a mesma complexidade que na hipótese em que a causa de pedir tratar de um fato jurídico composto ou complexo.

ingênuo, não se trata aqui de uma verdade absoluta, próprio apenas do raciocínio dedutivo. Os critérios que entram em jogo são os critérios de aproximação de ambos os setores. Por esta razão a justiça é imperfeita a indicar ao mesmo tempo a conexão com o resultado e a impossibilidade de ter a absoluta certeza de alcançá-la.

⁴⁶ Ademais, os tipos legais abertos que contêm, em sua estrutura, expressões vagas e indeterminadas conferem ao aplicador da norma um esforço argumentativo em seu trabalho de intérprete, especialmente quando há formulação de juízo de valor para redução da vaguidade conceitual.

O juiz deverá estar atento aos fatos narrados pelo autor na inicial e às suas pretensões, pois, se formulados vários pedidos em uma única demanda, a cada fato poderá corresponder uma pretensão; daí, a importância da individualização de cada um deles para delimitação exata do objeto da prova.

Taruffo analisa de forma acurada o *fato complesso* que se caracteriza não só pela existência de uma situação integrada por várias circunstâncias fáticas, mas também pela existência de um direito que se prolonga no tempo, advertindo o processualista italiano sobre a necessidade de ser escolhido um critério de seleção que permita individualizar algum aspecto especificamente relevante da situação, para reconduzir o fato *complexo* ao modelo de fato relativamente simples. Chama-se tal operação de *riduzione della complessità*.⁴⁷

A propósito, adverte José Carlos Barbosa Moreira:

Nem sempre convém, e às vezes é impossível que a lei delimite com traço de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica, isto é, que descreva em termos pormenorizados e exaustivos todas as situações fáticas e que há de ligar-se este ou aquele efeito no mundo jurídico. Recorre então o legislador ao expediente de fornecer simples indicações de ordem genérica, dizendo o bastante para tornar claro o que lhe parece essencial, e deixando ao aplicador da norma, no momento da subsunção – quer dizer, quando lhe caiba determinar se o fato singular e concreto com que se defronta corresponde ou não ao modelo abstrato – o cuidado de “preencher os claros”, de cobrir os espaços em branco. A doutrina costuma falar a propósito “conceitos juridicamente indeterminados” (*unbestimmte rechtsbegriffe*).⁴⁸

Por isso, a determinação do fato que identifica o móvel da controvérsia é fruto de uma operação dotada de carga valorativa porque se obtém sua individualização através da interpretação da norma jurídica. “A moderna dogmática jurídica já superou a idéia de que as leis possam ter, sempre e sempre, sentido unívoco, produzindo uma única solução adequada para cada

⁴⁷ TARUFFO, Micheli. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: Casa Editricce Dott Antonio Milani, 1970 p.123/124. A questão foi enfrentada na dissertação intitulada “A atividade probatória das partes e do juiz” por mim apresentada no curso de mestrado na Universidade Gama Filho.

⁴⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos Julgamento e ônus da prova. Terceira Série. Temas de Direito Processual (Terceira Série). São Paulo: Saraiva, 1984, p. 64.

caso. A objetividade possível do Direito reside no conjunto de possibilidades interpretativas que o relato da norma oferece.”⁴⁹

Nessa ordem de idéias, se a correlação entre a regra jurídica e os fatos é determinante para fixação do objeto da prova- levando-se em consideração o dinamismo da vida moderna, a vaguidade conceitual que reina no ordenamento jurídico a impor ao juiz um trabalho hermenêutico dotado de carga valorativa- com muito mais razão a parte despojada de condições factuais terá enorme dificuldade no cumprimento adequado da carga de afirmação de sorte a promover o correto entrelaçamento entre o fato e o direito⁵⁰

Como consequência, se o titular do direito subjetivo violado deve formular um juízo prévio de valoração para subsunção do fato à norma a fim de verificar quais circunstâncias fáticas se enquadram na moldura legal, não é impróprio observar que o raciocínio jurídico - a ser desenvolvido para elaboração da inicial ou da contestação - sofrerá a contaminação daquela dificuldade anteriormente suscitada, prejudicando a exposição adequada dos fatos.

⁴⁹ BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo) Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.9. Prossequindo, “tais possibilidades interpretativas podem decorrer, por exemplo ,(i) da discricionariedade atribuída pela norma ao intérprete, (ii) da pluralidade de significados das palavras ou (iii) da existência de normas contrapostas, exigindo a ponderação de interesses à vista do caso concreto. Daí a constatação inafastável de que a aplicação do Direito não é apenas um ato de conhecimento – revelação do sentido de uma norma pré-existente – mas também um ato de vontade – escolha de uma possibilidade dentre as diversas que se apresentam.” *Idem, ibidem*

⁵⁰ José Rogério Cruz e Tucci lembra que “o juiz tem o dever de examinar os fatos que lhe são submetidos à luz de todo o ordenamento jurídico, ainda que determinada norma não tenha sido expressamente invocada pelas partes. E isto porque o limite da liberdade judicial encontra-se naquele ou naqueles fatos que individualizam a pretensão do demandante e que constituem a causa de pedir: nenhuma qualificação jurídica integra esta e por via de consequência, nada impede a livre eleição dos motivos ou normas jurídicas que o órgão jurisdicional entenda pertinentes”. CRUZ e TUCCI, José Rogério. Contornos da *causa petendi* da demanda civil perante o Juizado Especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 745, p. 12, nov.1997. Fritz Baur pondera que, embora seja dever do juiz conhecer o direito aplicável (*iura novit curia*) “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**. São Paulo: Revista de Processo .n 3, p.169/177, jul/set 1976.

Em verdade, o juízo de valoração exercido pelo profissional do direito no momento da exposição dos fatos ganha cunho de definitividade em relação ao Autor por força da aplicação da regra da imutabilidade da demanda e quanto ao réu por incidência da regra da eventualidade⁵¹, ficando cristalizada a deficiência porventura existente na inicial ou na contestação que contaminará o resultado final do processo.

1.3.1.2- A aceitação da verdade dos fatos

O processualista Michele Taruffo registra, a esse respeito, que:

*“Un accertamento veritiero dei fatti della causa è a sua volta necessario in quanto nessuna decisione può consierarsi giusta se si fonda sui fatti sbagliati, ossia su una ricostruzione errônea o falsa delle circostanze che stanno allâ base della controversia. Se i fatti non sono accertati in modo razionale e veritiero, qualunque applicazione di qualsivoglia norma in quel caso particolare diventa priva di fondamento, e quindi arbitraria. La decisione che ne discende non può che essere, di conseguenza, ingiusta. Peraltro, una ricostruzione attendibile dei fatto non è da sola sufficiente a rendere giusta la decisione: questa infatti può essere ingiusta per diverse altre ragioni, ad es. Perché il giudice há male interpretato la norma che applica a quei fatti.”*⁵²

Com a mesma preocupação a respeito da reconstrução dos fatos, afirma Roberto Omar Berizonce:

⁵¹ A esse respeito, com propriedade expressa Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “ Como já se notou com agudeza freqüentemente se mostra impossível no início do processo apresentar de maneira compreensiva todos os aspectos do caso. Ancorados nos seus pontos de vista, as partes e seus representantes – a objetividade do advogado constitui um talento especial, nem sempre valorizado pelo cliente como virtude – muitas vezes podem não reconhecer, apesar de todos os esforços, o que pode parecer como o mais essencial a um terceiro imparcial, livre em tese de preconceitos e prejuízos. 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. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo...*op.cit.* p.173

⁵² TARUFFO, Michele. *Idee per una teoria della decisione giusta...op.cit.* p.225. Tradução livre da autora: Um accertamento verdadeiro dos fatos da causa é de um lado necessário enquanto nenhuma decisão pode ser considerada justa caso venha a se fundar em fatos errados. Ou seja sobre uma reconstrução errônea ou falsa das circunstâncias. Se os fatos não são acertados de modo racional e verdadeiro, qualquer aplicação de qualquer norma naquele caso concreto se torna sem fundamento e portanto arbitrária. A decisão que resulta disto é em consequência injusta. Por outro lado, uma reconstrução de acordo com os fatos não é suficiente à formação de uma decisão justa: a decisão pode ser injusta por diversas outras razões, por exemplo, se o juiz não interpretou corretamente a norma que se aplica aos fatos.

*“respetar los hechos - los articulados y conducentes – significa simplemente atenerse con fidelidade a su devenir real, tal como se han exteriorizado en las concretas circunstancias del caso, acertando en el juicio histórico. Si no se reconstruye adecuadamente la realidad fáctica la subsunción y respuesta jurídica inevitablemente será injusta.”*⁵³

Taruffo afirma que a decisão justa depende do grau de confirmação das provas em relação aos fatos debatidos na causa⁵⁴, resultando daí a necessidade da correta apuração das circunstâncias fáticas para aceitação da verdade estabelecida no processo.

Sem dúvida, a aspiração à maior efetividade da tutela jurisdicional na dicção de José Carlos Barbosa Moreira sugere:

*“intuitivamente a utilização mais intensa dos meios de averiguação dos fatos. Razões de ordem vária exigem, sob certas circunstâncias que o processo renuncie à pesquisa irrestrita da verdade; nem por isso deixa de ser exato, em linha de princípio, que à justiça da decisão se condiciona ao esclarecimento tão completa quando possa ser da situação fática subjacente ao litígio. Se não bastam, para tanto, os elementos ministrados pelas partes, atue o juiz no sentido de complementá-los: a consagração da iniciativa oficial da atividade de instrução vai-se tornando um lugar-comum nos ordenamentos dos nossos dias.”*⁵⁵

A propósito, Sergio Chiarlone ensina sobre

*“Il giusto processo esige che la disciplina delle prove sai indirizzata non tanto ad assicurare la certezza di un'esatta ricostruzione del fatto, che non é di questo mondo; quanto ad eliminare le fonti di incertezza relative a quella ricostruzione, che sono eliminabili senza mettere a rischio le garanzie costituzionali “interne”: contraddittorio, parità delle armi, imparzialità del giudice.”*⁵⁶

⁵³ BERIZONCE, Roberto Omar. *Fin social del proceso y la importancia de los hechos* In MORELLO. Augusto M.(director) *Los hechos en el proceso civil*. Buenos Aires: La Lev, 2003.p.53

⁵⁴ *Idem*, *Ibidem* p.231/232

⁵⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tendências contemporâneas do direito processual civil. Revista Brasileira de direito processual n° 42, p.38, abr/jun 1984.

⁵⁶ CHIARLONI *op. cit*, p.147. Tradução livre da autora: O justo processo exige que a disciplina da prova seja endereçada não tanto a assegurar a certeza de uma exata reconstrução do fato, que não é deste mundo ; mas para eliminar as fontes de incerteza relativas aquela reconstrução, que são elimináveis sem colocar em risco a garantia constitucional interna: contraditório, paridade das armas, imparcialidade do juiz.”

È perceptível antever que se os fatos que compõem a causa não forem trazidos ao processo pelas partes em sua integralidade, prejudica-se seriamente a pesquisa da verdade, impedindo a solução justa do caso concreto.

1.3.1.3- Procedimento adequado

Quanto ao procedimento, este deve ser bom ⁵⁷– na expressão de Michele Taruffo – de forma a assegurar a melhor decisão para o caso concreto.

E a melhor decisão é aquela capaz de assegurar um resultado que mais se aproxima da verdade da situação fática que pode ser composta por fatos simples, compostos ou complexos, assinalando Leonardo Greco que “o procedimento legal não pode ser rigidamente inflexível, devendo facultar ao juiz uma certa margem de variação para estabelecer a necessária paridade concreta de armas bem como para possibilitar o cumprimento de todas as atividades tecnicamente idôneas para permitir que cada uma das partes faça valer o seu direito ou demonstrar a sua procedência.”⁵⁸

De fato, o acesso à ordem jurídica justa exige a heterogeneidade de procedimentos capazes de garantir efetiva proteção às mais variadas situações

⁵⁷*Infine, anche il valido impiego di un procedimento giusto è necessario, poichè è attraverso il procedimento che si forma la decisione finale, ed un “buon” procedimento è quanto occorre per preparare nel modo migliore tale decisione.* TARUFFO, Michele. *Idee per una teoria della decisione giusta* *op.cit.* p.225 .

⁵⁸ GRECO, Leonardo. *Estudos....op.cit.* p.265. Na mesma linha, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira considera que “ para o efeito de uma efetividade qualificada não basta apenas readequar a ação processual, atípica por definição, mas sim estabelecer meios e procedimentos adequados de conformidade com técnicas melhor predispostas à realização dos direitos, e principalmente tutelas jurisdicionais seguras e eficientes além de adequadas.” OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. Revista de Processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais nº 155, p.19/20, 2008. Seguindo a mesma linha de pensamento, consulte-se Daniel Mitidiero, *O Processo civil e Estado constitucional.* Porto Alegre: Livraria de Advogado, 2007. Como observa o citado autor: “O direito fundamental à tutela jurisdicional implica o reconhecimento da existência de um direito à proteção jurisdicional adequada e efetiva. Adequada, no sentido de que esteja atenta às necessidades do direito material posto em causa e à maneira como esse se apresenta em juízo (em suma, ao caso concreto levado ao processo); efetiva, no sentido de que consiga realizá-la específica e concretamente em tempo hábil.”*Idem*,p.92.

substanciais, assegurando aos litigantes tratamento isonômico no curso do processo.⁵⁹

Não basta garantir ao cidadão a possibilidade de acesso ao procedimento previsto em lei. Isso significa que a técnica processual deve se adequar às peculiaridades do caso concreto para que seja entregue ao autor o bem perseguido na demanda.

Cândido Rangel Dinamarco alerta de que os meios desde que empregados corretamente, constituem o ideal caminho para chegar a bons resultados. “E como afinal o que importa são os resultados justos do processo (processo civil de resultados), não basta que o juiz empregue meios adequados se ele vier a decidir mal; nem se admite que se aventure a decidir a causa segundo seus próprios critérios de justiça, sem ter empregado os meios ditados pela Constituição e pela lei.”⁶⁰

⁵⁹ “Como já dissemos, como todos os atos do poder público devem estar em conformidade com o princípio da igualdade. O legislador infraconstitucional é obrigado a desenhar procedimentos que não constituam privilégios bem como para atender aos socialmente mais carentes a estruturar procedimentos que sejam diferenciados na medida em que a diferenciação de procedimentos é uma exigência insuprimível para um ordenamento que se inspira na igualdade substancial.” MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica Processual e tutela dos direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 197/198.

⁶⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual.... *op.cit.*p.94. Sustenta Luiz Guilherme Marinoni que “ para chegar à técnica processual adequada à situação concreta, o juiz além de partir do princípio da efetividade de tutela jurisdicional deve considerar a omissão legislativa ou a regra processual incapaz de propiciar a efetividade da prestação jurisdicional. A conclusão a respeito da omissão ou da inidoneidade da regra processual incapaz de propiciar a efetividade da prestação jurisdicional. A conclusão a respeito da omissão ou da inidoneidade de regra processual exige a prévia análise de tutela prometida pelo direito material e das necessidades concretas da parte. Se a conclusão for no sentido de que a omissão ou a regra processual diante das exigências do direito material e de realidade social, impedem a prestação jurisdicional na forma efetiva, o juiz não pode fugir do dever de aplicar a técnica processual adequada ao caso concreto. Pouco importa a omissão ou a inidoneidade da regra processual uma vez que o juiz, perante o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva tem o dever de aplicar a técnica processual hábil à tutela de direito material.” MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.229. Aludindo ao art. 83 do CDC. que estatui “ para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”, pondera Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que a concepção de direito fundamental de efetividade poderia ser representada normativamente :“Para a efetiva realização dos direitos são assegurados um processo justo e as tutelas jurisdicionais adequadas.Trata-se de norma constitucional que pode ser extraída de textos presentes no sistema constitucional brasileiro vinculada a uma compreensão de tutela jurisdicional comprometida tanto com a efetividade quanto com a segurança, daí a menção “ a efetiva realização dos direitos,“processo justo”e “tutela adequada”. OLIVEIRA. Carlos

Por outro lado, a moderna visão do direito não se satisfaz mais com a convalidação do direito lesado em reparação pecuniária, resultando daí que o processo deve servir como instrumento para assegurar ao titular o direito subjetivo que lhe corresponde.

Apesar de fundamental o surgimento de tutelas jurisdicionais aptas a garantir ao autor o restabelecimento do direito violado, se o processo não for bem conduzido pelo juiz — a quem incumbe controlar a celeridade e o regular desenvolvimento da atividade probatória destinada à reconstrução exata dos acontecimentos quanto possível — a efetividade do processo resultará prejudicada, com grave comprometimento da justiça da decisão.

1.3.1.4- O trinômio fatos-verdade-justiça

Apenas serão objeto de prova os fatos alegados e controversos na causa segundo norma expressa do art. 334 inciso I do Código de Processo Civil.

Outrossim, é defeso às partes provar fatos que não tenham sido articulados na inicial ou na contestação; por isso devem introduzi-los no processo mediante afirmações, para que venham a integrar o objeto da prova e sirvam como fundamentos da sentença.

Assim, o cumprimento defeituoso do ônus de afirmar prejudica a descoberta dos fatos tal como ocorreram, atingindo a investigação da verdade estabelecida na norma jurídica. O fato previsto abstratamente na norma jurídica encerra um juízo de valoração social que se traduz na justificativa do nascimento do ato normativo como forma de proteção dos bens considerados essenciais pela sociedade. Se ficar comprovada a verdade da versão dos fatos trazida por uma das partes que, por sua vez, deve corresponder à verdade expressa na regra jurídica incidirá a norma aplicável ao caso concreto.

Alberto Alvaro de. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais nº 135, p.21, 2008.

Nessa linha, se o autor comprovar que em um acidente de trânsito os danos por ele sofridos decorreram de um atuar culposo ou doloso do réu terá direito a receber a indenização, existindo neste caso correspondência entre a verdade do fato previsto na norma jurídica (verdade material) e a verdade da versão apresentada pelo autor.(verdade processual).

Michele Taruffo adverte que a verdade dos fatos pode ser negociada pelas partes, entendida a negociação como expressão da vontade das partes sobre os fatos que integrarão a lide.

Eis a sua ponderação:

“Il fattore di carattere ideológico, che è evidentemente sotteso all’ concezione negoziale della verità processuale, deriva dalla ben nota concezione del processo civile secondo la quale esso sarebbe soltanto una “ cosa privata delle parti” e di conseguenza nel processo dovrebbe accadare tutto ciò che le parti vogliono e nulla di più e di diverso da ciò che le parti vogliono.”⁶¹

Prosseguindo, ressalta o autor:

“Si tratta, in sostanza, di una concezione negoziale secondo la quale spetterebbe esclusivamente alle parti, attraverso l’ allegazione e la contestazione o non contestazione dei fatti, il potere di stabilire che cosa deve o non deve essere provato, ed anche il potere di determinare che cosa deve o non deve essere tenuto per vero ai fine della decisione.”⁶²

Com efeito, os fatos alegados na inicial e na contestação fixam o *thema decidendum* sendo de livre escolha das partes aqueles que integrarão a

⁶¹ TARUFFO. Michele. *Verità negoziata? Revista Trimestrale di diritto e procedura civile. Numero Speciale. Accordi di parte e processo . Milano Dott^a Giuffrè* p.83. Tradução livre da autora: O fator de caráter ideológico que é evidentemente contido na concessão negocial da verdade processual deriva da bem conhecida concessão do processo civil segundo o qual isto seria somente “ uma coisa privada das partes” e como consequência no processo deve acontecer tudo que as partes desejam e nada de diferente do que as partes querem.

⁶² *Idem, ibidem*. Tradução livre da autora: Se trata, em verdade, de uma concessão negocial segundo a qual pertence exclusivamente às partes através das alegações e da contestação ou da não impugnação dos fatos, o poder de estabelecer qual coisa deve ou não ser provado, e também o poder de determinar a coisa que deve ou não ser considerado como verdadeiro ao final da decisão.

causa *petendi* e a causa *excipiendi*. Como no processo em que se discute direito material disponível, o interesse das partes é colidente e, obviamente, cada uma delas normalmente narra em juízo apenas aqueles aspectos da questão que estejam de acordo com o seu interesse para que o juiz tenha possibilidade de conhecer todas as circunstâncias que envolvem o caso, precisa ouvir a ambas. Somente através da dialética do confronto dos argumentos e das provas, poderá alcançar a verdade dos fatos.⁶³

Como observado, a escolha dos fatos é realizada pelo profissional do direito que exerce um juízo de valoração a respeito das circunstâncias transmitidas pela parte para narrar na inicial aqueles que reputa indispensáveis à configuração do direito a ser postulado em juízo.

Podem ocorrer as seguintes situações capazes de prejudicar a apuração dos fatos em sua inteireza: a) a parte não transmitiu ao advogado todos os fatos tal como ocorreram ou porque desconhecia a importância de relatá-los ou porque se os tivesse transmitido integralmente não alcançaria a sua pretensão b) o advogado embora ciente de todas as circunstâncias relativas ao caso concreto não as mencionou na inicial ou por despreparo ou propositalmente para obter êxito na demanda já que não está obrigado a narrar todos os fatos que cercam o conflito.⁶⁴

⁶³ CARVALHO, Macia Cunha S. de. A Constituição federal e o princípio do juiz ativo. In: GRECO, Leonardo e NETTO, Fernando Gama de Miranda Direito processual e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2006, p.199. “ *Come si vedrà piu oltre, un processo non include solo una narrazione o uno story-telling è invece una situazione comlessa nella quale varie storie sono costruite e raccontate da soggetti diversi, da diversi punti di vista ed in modi diversi. Pericoli di errori di incompletezza, di manipolazioni, e di ricostruzioni scorette dei fatti, sono particolarmente frequenti e seri, e possano portare ad equivoci drammatici e ad errori sostanziali nella decisione finale della controversia.* TARUFFO, Michele. *Narrazioni Processuali*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais nº 155, p.81, 2008.

⁶⁴ “ *Comunque la questione se l’ avvocato sai o non sai obbligato a dire la verità quando narra i fatti è molto complicata: lo studio più recente ed autorevole sull’ etica professionale dell’ avvocato fa solo un breve cenno ad essa dicendo che l’ avvocato avrebbe questo dovere nel proceso civile, ma con limitazioni rilevanti. So stesso studio sottolinea d’ altronde che i principi dell’ etica professionale qualche volta contrastano con i principi comumente accolto della morale civile. Probabilmente, coie è particolarmente vero per l’ obbligo di dire la verità: la morale civile è forse a favore del fatto che la gente dica la verità ma non sembra che sai concepibile di dire la verità, e tanto meno un dovere di dire “tutta” la verità.*” TARUFFO, Micheli. *Narrazioni processuale*.....p.96. Ressalta Leonardo Greco que “ se é indiscutível que, em princípio ninguém conhece melhor os fatos da causa do que as partes,

Sob esse prisma, a verdade processual pode se distanciar da verdade substancial, se o jogo dialético que se forma dentro do processo ficar inteiramente ao alvedrio das partes, conferindo ao processo uma concepção puramente privatista que não encontra mais agasalho no atual modelo processual constitucional.⁶⁵

Oswaldo Alfredo Gozaíni ressalta que *“el objeto litigioso deve ser neutral, indiferente a las versiones acondicionadas por las partes, aunque propenso a quedar persuadido sobre la verdate de una u outra posición. Por eso los hechos se necesitarán conocer e interpretar para llegar a una sentencia justa.”*⁶⁶

Mas a negociação da verdade dos fatos é admitida quando se trata de direito disponível, o que significa dizer que em se tratando de direito indisponível o juiz não pode tomar o fato incontroverso como verdadeiro.

Poder-se-ia dizer que o direito indisponível deve ser mais protegido considerando o interesse público a ser defendido na causa. Todavia, os interesses privados sob litígio igualmente merecem intervenção judicial – ainda

também o é a circunstância de que nem sempre as partes fornecem ao juiz todos os elementos necessários pra a formação de um juízo seguro sobre a realidade dos fatos. Essa deficiência pode resultar de inúmeros fatores: omissão deliberada ou não das partes, desídia ou incompetência dos advogados, incapacidade das partes de descobrirem que provas poderiam gerar a certeza dos fatos na mete do juiz etc....” GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil.....*op.cit* .p.46

⁶⁵ Lembra Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que na vigência da concepção liberal do processo, acreditava-se no livre jogo das partes para que todo material fático fosse aportado ao processo.“ Basta pensar em que a aplicação do princípio dispositivo em sua concepção clássica, impondo exclusiva contribuição das partes no aporte no processo da matéria de fato, relativiza além do desejável a apreciação da verdade pelo juiz forçado a contentar-se passivamente com a versão trazida pelas partes.” OLIVEIRA. Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil. Rio de Janeiro: Saraiva, 1997, p.135

⁶⁶ GOZAÍNI. Oswaldo Alfredo. *Los hechos y la verdad en el proceso por audiências* In: MORELLO. Augusto Mario (director). *Los hechos en el proceso civil.* Buenos Aires: La Lev, 2003.p.130 *“Pero si las circunstancias de facto no se presentan con la verdad para dar lugar a una constitución de versiones, probablemente el propósito del litigio se integre con equívocos liminares que pueden llevar a dictar sentencia sobre un juego de ficciones; mientras que de instalar la obligación de decir verdad en los hechos y posibilitar la investigación de la justificaciones de conducta sobre esas condiciones relatadas, permitiría al juez actuar con mayor verosimilitud y eficacia.”* *Idem, ibidem*

que a sentença tenha apenas efeitos *inter partes*.⁶⁷ Na multiplicação de várias sentenças injustas seus efeitos repercutem sobre a legitimidade do processo como meio de solução dos conflitos de interesses.

Nessa perspectiva, refletindo sobre os três critérios mencionados por Michele Taruffo, é de se notar que o accertamento dos fatos ganha relevância em relação aos outros dois citados pelo autor.⁶⁸

A escolha dos fatos ocorrentes na vida para que produzam seus efeitos jurídicos devem estar previstos abstratamente na norma jurídica.

“Na verdade, a regra legal acaba sendo critério de seleção dos fatos pertinentes ao caso, pois apenas os que compõem a descrição abstrata do legislador integrarão a causa de pedir. Essa seleção já implica valoração jurídica e resultará na qualificação jurídica dos fatos.”⁶⁹

Sob esse prisma, a correta aplicação da norma jurídica depende da adequada afirmação (ônus de afirmar) e comprovação (ônus de provar) dos fatos principais⁷⁰ pelas partes.

⁶⁷ Sobre as razões que sustentam a aplicação do princípio da demanda – disponibilidade dos direitos envolvidos no processo civil e preservação da imparcialidade do juiz – anota Sergio Cruz Arenhart que “ mesmo nos casos em que a lide versa exclusivamente sobre direitos disponíveis, não se deve esquecer o manifesto interesse do Estado (de cunho nitidamente indisponível) de aplicar o direito objetivo e manter a paz social.”ARENHART, Sergio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda In **Processo e Constituição**...*op.cit.*, p.600/601

⁶⁸ A respeito do tema assinala Michele Taruffo: *Una ulteriore considerazione in ordine all' applicazione dei tre criteri di giustizia è che va esclusa ogni forma di "compensazione" tra di essa. Come si è detto più sopra, tutti i tre requisiti di giustizia della decisione debbono essere presenti perché la decisione sia giusta. Ora si può aggiungere che tutti i tre requisiti debbono essere presenti ad un grado almeno corrispondere significa dire che se uno dei tre requisiti manca del tutto o è presente ad un livello insufficienti, la decisione è ingiusta anche nel caso in cui gli altri requisiti siano presenti a livelli elevati.* TARUFFO, Micheli. *Idee per una teoria della decisione giusta*.....*op.cit.* p.233.

⁶⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório in Causa de Pedir e pedido (questões polêmicas).*op.cit* p.33

⁷⁰ Mais adiante, enfrentaremos a diferença entre fatos principais e secundários.

Cabe lembrar que os fatos narrados pelo Autor fixam o objeto da demanda bem como a competência do juízo, além de definir o procedimento a ser adotado na instauração da dialética processual ⁷¹.

Partindo da premissa de que a desigualdade entre as partes preexiste ao ajuizamento da demanda, o Autor - que não tem conhecimento das circunstâncias fáticas necessárias ao enquadramento da norma jurídica aplicável ao caso concreto nem acesso a profissionais preparados – corre sérios riscos de sucumbir na demanda, ou – como já observado - porque não transmitiu todos os fatos relacionados ao conflito ⁷² ou se o fez, o advogado não cumpriu adequadamente com o ônus de afirmar.

É impossível *a priori* realizar a justiça substantiva, se os fatos reais permanecem desconhecidos ou se são falsos os fatos a que se aplica o direito ⁷³, como pondera John Anthony Jolowicz.

Mais adiante, o mesmo autor assinala que:

⁷¹ Confira a propósito a redação do art. 277 § 4º do Código de Processo Civil.

⁷² A esse respeito Augusto Mario Morello adverte: “*De qué vale que los operadores jurídicos diversifiquen vocaciones y estudios cada vez más complejos en sus técnicas y generen una imparable inflación de normas si, contrariamente, los destinatarios (consumidores) de todo ese arsenal jurídico y de las ulteriores tareas de interpretación, se hallan, vivencialmente, en un vaciamiento o laguna acerca de la existencia, sentido y alcances de unos derechos que ellos en verdad no están en condiciones de alegar, ejercer ni menos tutelar?* MORELLO. Augusto Mario. *El proceso justo*. La Plata: Librería Editora Platense. 2.ed,2005, p.378 Na lição de Luiz Roberto Barroso, o constitucionalismo, por si só, não é capaz de derrotar alguma das vicissitudes que têm adiado a plena democratização da sociedade brasileira. (O Direito tem seus limites e possibilidades, não sendo o único e nem sequer o melhor instrumento de ação social) Tais desvios envolvem, em primeiro lugar, a *ideologia da desigualdade, Desigualdade econômica*, que se materializa no abismo entre os que têm e os que não tem, com a conseqüente dificuldade de se estabelecer um projeto comum de sociedade. *Desigualdade política*, que faz com que importantes opções de políticas públicas atendam prioritariamente aos setores que detêm força eleitoral e parlamentar, mesmo quando já sejam os mais favorecidos. *Desigualdade filosófica*: o vício nacional de buscar o privilégio em vez do direito aliado à incapacidade de perceber o outro, o próximo. BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo In: BARROSO, Luis Roberto (org). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.45

⁷³ JOLOWICZ, John Anthony. Justiça substantiva e processual no processo civil: uma avaliação do processo civil” in Revista do Processo ano 31 nº 135 . São Paulo: Revista dos Tribunais, p.160/178

“seria extremamente estranho sugerir uma decisão substancialmente justa pode ser dada por um juiz que crê que sua decisão bem pode ser errônea, porque foi privado de informação relevante e disponível, cuja obtenção poderia tê-lo habilitado a chegar mais perto da verdade.”⁷⁴

Assim, se a igualdade substancial entre as partes não for preservada⁷⁵, significando isto que a disparidade – técnica, econômica ou social – precede ao início do processo, em nada adiantará oportunizar aos sujeitos do processo tratamento isonômico durante o curso da lide. O primeiro ato processual praticado pela parte consistente no cumprimento da carga de afirmação – se incompleto ou inadequado – contaminará a legitimidade da decisão final.

Diante de tais considerações, há que se ter presente a necessidade de previsão expressa de normas processuais de equilíbrio capazes de evitar a superioridade de uma parte em relação à outra.⁷⁶ como forma de garantir o

⁷⁴ *Idem*, p.161.

⁷⁵ Lembra Luiz Guilherme Marinoni que: “O Princípio do contraditório por ser informado pelo princípio da igualdade substancial na verdade é fortalecido pela participação ativa do julgador já que não bastam oportunidades iguais àqueles que são desiguais. Se não existe paridade de armas, de nada adianta igualdade de oportunidades ou um mero contraditório formal. Na ideologia do Estado social, o juiz é obrigado a participar do processo, não estando autorizada a desconsiderar as desigualdades sociais que o próprio estado visa a eliminar. Na realidade, o juiz imparcial de ontem é justamente o juiz parcial de hoje.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas de processo civil*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.102

⁷⁶ Para ilustrar a nossa afirmação, o Código Civil Português prevê a existência de um dever de cooperação das partes com o tribunal. que desdobra-se em quatro deveres essenciais: Um é o dever de esclarecimento, isto é, o dever de o tribunal se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações pedidos ou posições em juízo (cfr. Art.266,n.2) de molde a evitar que a sua decisão tenha por base a falta de informação e não a verdade apurada; - um outro é o dever de prevenção ou seja o dever de o tribunal prevenir as partes sobre eventuais deficiências ou insuficiências das suas alegações ou pedidos (cfr. arts.508,n.1,al.b) (508 –A, n.I ,al.c) (690, n.4 e 701, n.1) ; - o tribunal tem também o dever de consultar as partes sempre que pretende conhecer de matéria de facto ou de direito sobre a qual aquelas não tenham tido a possibilidade de se pronunciarem (cfr. Art. 3,n.3) porque, por exemplo o tribunal enquadra juridicamente a situação de forma diferente daquela que é a perspectiva ou porque esse órgão pretende conhecer oficiosamente certo facto relevante para a decisão da causa; - finalmente o tribunal tem o dever de auxiliar as partes na remoção das dificuldades no exercício dos seus direitos ou faculdades ou no cumprimento dos ônus ou deveres processuais (cfr. Art. 266, n.4). SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. **Revista de Processo**. São Paulo. nº 86 p.176, abr/jun 1997. .Comentando sobre a reforma do Código Civil Português, José Rogerio Cruz e Tucci assinala que “ sem abandonar a teoria da substanciação, o atual modelo processual português procurou libertar-se da rigidez que caracterizava a fase postulatória, visto que dominada pela regra da eventualidade, e, ainda, valorizou a audiência preliminar contemplada no art. 508 na qual se propicia às partes a discussão visando à delimitação dos termos do litígio com os devidos esclarecimentos acerca de “ imprecisões constantes da exposição da matéria de facto que ainda subsistam ou se tornem patentes na seqüência do debate.” CRUZ E TUCCI. José

estabelecimento da verdade dentro do processo cuja investigação tem como premissa as afirmações lançadas pelas partes, assegurando com isso um julgamento justo do conflito de interesses.

1.4- A CONCEPÇÃO IDEOLÓGICA DO PROCESSO

Tradicionalmente se sustentava a separação absoluta entre o direito e a política, reservando ao primeiro o dever de solucionar os conflitos de interesses através apenas da aplicação da norma jurídica pertinente ao caso concreto sem que isto importasse em qualquer juízo de cunho político.

Mas perdeu força tal linha de entendimento com o crescimento dos litígios constitucionais bem como a repercussão das decisões judiciais que despertaram para o processo de judicialização das questões políticas.

Sobre a necessidade de superação do entrelaçamento entre o direito e a política, assinala José Adércio Sampaio:

“deve-se fugir do preconceito que separa quase em valas sem qualquer comunicação o direito e a política. O entrelaçamento entre os dois é império da própria conformação do Estado de Direito e fica difícil, em certos momentos, separar um do outro. Não pode haver redução, todavia, do jurídico em político como pretendem os institucionalistas ou de achar que todas as questões da política se resolverão nas formas do Direito, sob pena de se desgastar talvez o mais importante instrumento de integração social” .⁷⁷

Registre-se, por outro lado, o alargamento do âmbito de incidência da Constituição com a previsão de direitos subjetivos de natureza diversa, estimulando a participação política do cidadão no processo de tomada de decisões pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Rogério. *A causa petendi...op.cit.* p.141 O tema será enfrentado de forma mais acurada no capítulo final.

⁷⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite *A Constituição reinventada. Pela jurisdição constitucional.* Belo Horizonte:Del Rey, 2002 p.60

Fixada tal premissa, é fácil vislumbrar que a concepção política a respeito do processo judicial ⁷⁸ adotada pelo país influi na distribuição dos ônus processuais às partes bem como define os poderes conferidos ao juiz na condução do processo.⁷⁹

A esse respeito, ressalta Leonardo Greco: “E inegável que as ideologias políticas influenciaram as concepções processuais. Afinal, os caminhos escolhidos pelo Direito Processual são uma consequência dos escopos da justiça resultantes das idéias dominantes sobre o papel do Estado”⁸⁰

Por outro lado, adverte Luis Guilherme Marinoni que até mesmo a escolha do procedimento ordinário está atrelada à proteção de determinados interesses.

Confira a sua lição:

⁷⁸ Na verdade, o processo civil tem sido tradicionalmente considerado um ramo extremamente técnico do direito, o ramo técnico por excelência e, com mera técnica o processo civil tem sido, geralmente, estudado e ensinado. Só mui raramente são analisados os seus fundamentos ideológicos, as suas premissas filosóficas e os seus reflexos político-sociais. Mas para uma análise semelhante é indispensável que o processualista tome consciência do fato de que nenhuma técnica jurídica é um fim em si mesmo e que nenhum é ideologicamente neutro. CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias, sociedade*. Volume I São Paulo: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p.364.

⁷⁹ ainda que não se possa estabelecer direta vinculação entre regimes políticos e leis processuais.

A esse respeito, lembra Leonardo Greco que “ mesmo em períodos democráticos, são editadas leis processuais autoritárias, que tratam o processo sob a perspectiva do juiz ou do interesse público e não do cidadão ou do jurisdicionado, pois também os governos democráticos podem pretender submeter o acesso à justiça dos cidadãos ao que considerem ser os superiores interesses da sociedade. Dois exemplos desse autoritarismo tivemos recentemente no Brasil através da emenda constitucional nº 3/93 que criou a força vinculante da decisão do Supremo Tribunal Federal na ação declaratória de constitucionalidade e da Emenda Constitucional nº 45/2004, que criou a súmula vinculante.” GRECO, Leonardo. *Publicismo e Privatismo no processo civil* São Paulo: Revista de Processo nº 164, p.13, out/2008.

⁸⁰ *Idem*, p.10. Lembra Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que “ mesmo as normas aparentemente reguladoras do modo de ser do procedimento não resultam apenas de considerações de ordem prática constituindo na fundamental expressão das concepções sociais, éticas, econômicas, políticas, ideológicas e jurídicas subjacentes a determinada sociedade e a ela características e inclusive, de utopias.”in OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de *O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, nº 1 e 2, 2006, p.257.

“A lentidão da justiça civil, ao contrário do que se pode supor, é do interesse de alguns. O procedimento ordinário, ao não admitir qualquer vestígio de executividade em seu seio, permite a manutenção do status quo do conflito de interesses por longo período de tempo, o que não só muitas vezes interessa ao réu como também pode colocar em risco o princípio da isonomia processual. As transformações sociais que podem ser trazidas pela decisão jurisdicional por outro lado, não raro são obstadas pela demora do processo. As ações que implicam participação política no poder – como a ação popular – tem a sua importância mitigada pelo tempo do processo, certamente deixando agradecidos os maus governantes. Isso para não lembrarmos que certa parte dos advogados são pagos na medida proporcional do tempo do processo. Admitir que a lentidão da justiça preocupa a todos, portanto, é grave ingenuidade.

81

Juan Montero Aroca distingue a concepção liberal do processo – que se adotou no século XIX – como forma de privilegiar a autonomia da vontade das partes com a presença de um juiz imparcial e afastado de tudo aquilo que pudesse influir sobre o conteúdo da sentença.⁸²

Veja a esse respeito a ponderação do mencionado autor:

“Creo que puede decirse que la concepción liberal e garantista de este proceso propia del siglo XIX se basaba, primero, en la naturaleza privada de los intereses en juego y, después, en la

⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Efetividade do processo e tutela de urgência. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p.2. Na mesma linha de pensamento, Miguel Sousa Tavares: “O processo jurisdicional não é imune à ideologia política, antes é profundamente influenciado por ela. A circunstância de esse processo decorrer perante um tribunal e de , por isso, colocar as partes em contacto directo com um órgão de soberania (cfr.art.113 n.I da Constituição da República Portuguesa) determina que nele se reflitam as concepções fundamentais sobre as relações entre os indivíduos e o Estado. É assim natural que, historicamente, o papel do juiz no processo e a sua relação com as partes tenha variado de acordo as ideologias dominantes, na organização do Estado – o liberalismo clássico de inspiração burguesa e capitalista construiu um processo dominado pelas partes e caracterizado pela passividade do juiz;- as várias ideologias não liberais, sejam elas de carácter autoritário ou de orientação democrática e social, conduziram a um processo submetido ou, pelo menos, participado pela atividade do juiz.” SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. **Revista de Processo**. São Paulo nº 86, abr/junho 1997, p.174

⁸² Afirma então que o juiz não poderia trazer fatos ao processo nem produzir provas que não tivessem sido requeridas pelas partes e uma vez iniciada a demanda, haveria uma prévia repartição das faculdades atribuídas ao juiz e às partes no processo civil, privilegiando-se a atuação dos litigantes a ponto de proibir a intervenção *ex officio* do juiz acerca da existência ou não de algum pressuposto processual ou conferir impulso ao andamento do processo sem a manifestação das partes. AROCA. Juan Montero. *El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria*’ In: AROCA, Juan Montero (coord). *Proceso civil e ideologia. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006,p.141/142.

garantia de un juez tercero e imparcial, todo lo cual debía llevar a que los partes fueran las dueñas del proceso y que debían serlo de modo que:

a) *La concepción liberal de la economía, con la libertad de empresa en un mercado libre y con el derecho de propiedad, suponía que el proceso civil se asentaba en el que lamo principio de oportunidad, por cuanto que lo determinante de la iniciación del proceso era la voluntad del ciudadano, el cual decidía, atendiendo a razones de oportunidad, el acudir o no al proceso para impetrar la tutela por el Estado de su derecho. No se hablaba en este aspecto de reparto de facultades acreciendo el juez de ellas: estamos ante el brocardo ne procedat iudex ex officio, con referencia al inicio del proceso.*⁸³

Prosseguindo, o autor menciona que:

“se llegaba a la consecuencia del principio dispositivo en su sentido estricto, conforme al cual no se trataba ya de que sólo las partes podían iniciar el proceso, sino de que sólo el actor podía determinar el objeto del mismo es decir, la pretensión con referencia tanto a lo que pide como a la causa de pedir, y de que sólo el demandado podía ampliar el objeto del debate, es decir, la resistencia, en atención a las causas de oposición a la pretensión sin que el juez pudiera determinar ni la pretensión ni la resistencia.”

Efetivamente, no Estado liberal predominou o domínio das partes sobre a condução do processo, assumindo o juiz uma posição passiva.⁸⁴

Na observação de Luiz Guilherme Marinoni:

⁸³ AROCA. Juan Montero. *El proceso civil llamado “social como instrumento de justicia autoritaria...op.cit* p.141 . Com a mesma linha de pensamento, Eduardo Oteiza: *“El fundamento del principio dispositivo cuyas raíces las encontramos en las máximas: nemo iudex sine actore, ne procedat iudex ex officio y ne eat iudex ultra petita partium guarda íntima relación con el modelo económico liberal adoptado por el Estado y el respeto de la idea de propiedad privada de rango constitucional (art. 17 de la Const.Nac.). Sus manifestaciones en el proceso civil son el inicio de la actividad por requerimiento de una de las partes del conflicto sustancial la determinación del objeto del proceso por los litigantes, la necesaria congruencia entre lo pedido y lo decidido y la conclusión del proceso por voluntad de las partes.”* OTEIZA, Eduardo. *El principio de colaboración y los hechos como objeto* In: MORELLO. Augusto Mario (director) *Los hechos en el proceso civil*. Buenos Aires: La Lev, 2003 p.83

⁸⁴ Aliás, “ a ciência do direito processual civil nasceu e desenvolveu-se no ambiente cultural do liberalismo individualista. Era natural que o *Zeitgeist* impregnasse a doutrina e a maioria das grandes codificações oitocentistas. Naquela e nestas avultava como traço característico o papel passivo atribuído ao juiz; assim como se queria o Estado tanto quanto possível alheio na economia, no livre jogo do mercado (*laisser faire*) também se propugnava para o órgão judicial posição de distanciamento em face da luta entre as partes, reservada a estas com exclusividade não só a iniciativa do processo, mas a introdução de elementos probatórios e em boa medida, a própria condução do feito. BARBOSA MOREIRA. José Carlos. Tendências contemporâneas do direito processual civil. **Revista brasileira de direito processual**. Rio de Janeiro nº 42, 1984, p.40, abr/jun 1989.

“O Estado Liberal-clássico diante de sua finalidade principal de garantir a liberdade dos cidadãos, foi marcado por uma rígida delimitação dos seus Poderes de intervenção na esfera jurídica privada. A lei não deveria tomar em consideração as diferentes posições sociais, pois o fim era dar tratamento igual às pessoas apenas no sentido formal. A lei deveria ser, ao mesmo tempo, “clarividente e cega.”Esse tratamento igualitária é que garantiria a liberdade dos indivíduos.”⁸⁵

No século XX surge a concepção publicista do processo ⁸⁶para admitir a intervenção do juiz na marcha processual permitindo-lhe o exame *ex officio* das matérias de ordem pública. “O processo – seu andamento, sua investigação e a qualidade da solução jurisdicional – é de interesse público. O juiz, sendo o gerente do interesse público em processo sério e justo tem sua atividade ampliada.”⁸⁷

Todavia, adotada uma posição extremista quanto à publicização do processo, isto poderia resultar em concentração de poderes na pessoa do juiz de forma tal a contaminar a sua imparcialidade no julgamento das causas.

Aliás, “posições extremas dispostas a privilegiar seja o lado privatístico seja o lado publicístico do processo, não encontrariam hoje sólo fértil para frutificar e seriam de pronto repudiadas em face das condições culturais, econômicas, políticas e sociais do mundo atual.”⁸⁸

⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social. **Revista dos Tribunais**. São Paulo nº 824 p.35, jun/2004

⁸⁶ “Dupla foi a grande mudança de rumo do processo na segunda metade do século XX: a) reduziu-se a separação exagerada que se notava no tratamento das figuras processuais em relação ao direito material, reforçando o papel instrumental do processo na realização e tutela dos direitos subjetivos substanciais, já então permeados de valores humanos e éticos dando origem ao chamado processo justo; b) formou-se e consolidou-se o fenômeno da constitucionalização do processo, cujos princípios ganharam assento na rede reguladora dos direitos fundamentais.” THEODORO JUNIOR, Humberto. Direito processual constitucional.....*op. cit.* p. 27/28.

⁸⁷ PORTANOVA, Rui. Princípios do processo civil. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008, p.151. “Daí a afirmação de que a intensificação da atividade do juiz no processo é indício da transição do “liberalismo individualista” para o “ Estado social de direito”. Não é mais viável, em nossos dias, aceitar a figura do magistrado como observador distante e impassível da disputa que envolve as partes, para ao final proclamar seu “ vencedor”. LEONEL. Ricardo de Barros. Causa de pedir e o pedido. O Direito superveniente. São Paulo:Editora Método, 2006, p.236

⁸⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2004, p.189

Cândido Rangel Dinamarco adverte que apesar da preponderância do caráter público conferido ao processo, legítimas são as limitações impostas ao juiz para que seu ofício não seja exercido livremente com violação aos princípios da demanda e do dispositivo.⁸⁹

Em verdade, os limites entre a salutar participação do juiz na condução do processo e a atuação das partes são tênues e exigem cuidado do legislador processual para impedir, de um lado, a instauração de uma dialética substancialmente desigual entre as partes de forma a comprometer a justiça da decisão e de outro, a posição ativa do julgador capaz de retirar a imparcialidade do julgamento.

Prevalece na atualidade a visão garantista do processo na proteção dos direitos particulares, que são os destinatários da decisão judicial. Preserva-se a liberdade das partes na formação da dialética processual ao tempo em que admite a participação ativa do juiz para garantir o equilíbrio das forças conflitantes.

Como adverte Leonardo Greco “É o processo justo, o processo humanista que serve diretamente aos destinatários da prestação jurisdicional e apenas remotamente ao interesse geral da coletividade ou ao interesse público.”⁹⁰

Prossegue, afirmando que:

“Esta perspectiva garantística do processo civil contemporâneo vem sendo profundamente ameaçada ultimamente pelos movimentos de reformas processuais desencadeados em vários países, entre os quais

⁸⁹ O empenho em publicizar o processo é, contudo, limitado pelo círculo finito da conveniência ditada pelo equilíbrio de exigências opostas. Num extremo publicista, ter-se-ia o exercício espontâneo da jurisdição e a plena inquisitorialidade, o que viria contrariar os conspícuos fundamentos éticos e históricos do princípio da demanda e do dispositivo. DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. Rio de Janeiro: Malheiros Editores, 2003, p.62

⁹⁰ GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. **Revista de processo**. São Paulo nº 164, out/2008, p43

o Brasil, ditados preponderantemente pela necessidade justificável de debelar a crise do Judiciário resultante do excesso de processos e de recursos, mas que relembram a segundo plano a função tutelar dos interesses dos jurisdicionados e dos demais direitos subjetivos agasalhados pelo ordenamento jurídico de que decorrem a inafastabilidade do contraditório participativo e da mais ampla defesa e sufocam essas garantias e a preocupação com a qualidade das decisões da produção em massa de decisões padronizadas pouco refletidas, pouco debatidas é com reduzida probabilidade de serem acertadas tanto do ponto de vista da justiça processual quanto da justiça substantiva⁹¹, ou seja, tanto do ponto de vista do respeito às garantias fundamentais do processo, entre as quais avultam o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, quanto do ponto de vista do resultado, a correta reconstituição dos fatos e a adequada tutela dos direitos subjetivos das partes através da aplicação da lei ao caso concreto.”⁹²

Tão significativa é a repercussão das decisões judiciais no dia-a-dia de cada um e da coletividade, que parece indiscutível a necessidade de se perseguir o valor do justo no processo, partindo da consciência de que o acesso à justiça compreende o acesso a um processo garantístico, exigindo do Legislativo e Judiciário o compromisso efetivo com a observância ao princípio da dignidade humana e da igualdade — sem o que não cumprirá verdadeiramente sua missão pacificadora dos conflitos.

1.5 - O PRINCÍPIO DISPOSITIVO VERSUS PRINCÍPIO DA IGUALDADE

As reflexões expostas incidem diretamente sobre a aplicação de dois princípios – igualdade e dispositividade – que devem conviver em harmonia na construção da dialética processual pois a violação a cada um deles ofende às garantias processuais caracterizadores do acesso à ordem jurídica justa.

Nesse sentido, o nosso sistema processual adotou o princípio dispositivo segundo o qual as partes fixam os limites objetivos da lide com a articulação dos fatos na petição inicial e na contestação, adstrito o juiz a julgar o pedido formulado na inicial.

⁹¹

⁹² GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil.*op.cit.*p.43

Todavia, como já anotado, as desigualdades sócio-econômica entre as partes precedem ao ato postulatório e de defesa – expressão máxima da aplicação do princípio dispositivo – o que nos leva a concluir sobre a necessidade de revisitação dos limites de atuação dos sujeitos processuais e do juiz com alteração de determinadas normas processuais para construção de um processo verdadeiramente justo e igualitário.

O autor ao propor a demanda delimita a causa de pedir e o pedido, significando isto que se não dispuser dos recursos técnicos e materiais indispensáveis à escolha do advogado preparado a extrair dos acontecimentos aqueles que se constituem em fatos jurídicos principais capazes de configurar o direito almejado, a sucumbência se dará pelo descumprimento defeituoso do ônus de afirmar, decorrendo daí que a sentença não será justa já que não resulta do enfrentamento de todos os fatos que cercam o conflito existente entre as partes.

Por outro lado, se o réu não alega todos os fatos na contestação, o autor poderá vencer a demanda.

Ou ainda, se ambas as partes cumprem defeituosamente o ônus de afirmar por falta de acesso a advogados preparados e experientes, embora formalmente tenham sido observados o acesso à justiça bem como o contraditório e ampla defesa, a sentença proferida pelo juiz é válida mas não se reveste de sua maior qualidade que é a justiça da decisão.

É tarefa delicada a delimitação do limite de atuação das partes e do juiz se levarmos em consideração que o ativismo judicial exacerbado subtrai a autonomia dos sujeitos ao tempo em que atribui poderes ao julgador⁹³ em

⁹³ “Julgadores mais ativos podem fazer muito para auxiliar os litigantes que não contam com assistência profissional. Mesmo os críticos desse sistema reconhecem a necessidade de uma atitude mais ativa nos tribunais de pequena causa.(216) As modernas reformas também tendem a promover tal atitude através de simplificação de algumas regras de produção de provas, o que permite como ocorre por exemplo na Inglaterra e na Suíça grande flexibilidade processual conforme o tipo de demanda.(217). Taylor relata que na Austrália geralmente as

demasia conferindo um viés autoritário ao processo, quando a ciência processual moderna evoluiu para adotar uma concepção democrática.

A esse respeito adverte Leonardo Greco que:

“a definição dos limites entre os poderes do juiz e a autonomia das partes está diretamente vinculada a três fatores: a) a disponibilidade do próprio direito material posto em juízo b) ao respeito ao equilíbrio entre as partes e a paridade de armas para que uma delas, em razão de atos de disposição seus ou de seu adversário não se beneficie de sua particular posição de vantagem em relação à outra quanto ao direito de acesso aos meios de ação e de defesa e c) à preservação da observância dos princípios e garantias fundamentais do processo no Estado Democrático de Direito.”⁹⁴

Mais adiante, o processualista pondera que:

“Talvez, seja ainda, muito cedo para as conclusões definitivas mas, de qualquer modo, parece estar aberta a outra porta para uma compreensão mais precisa sobre a relação de equilíbrio que deve existir entre os poderes de disposição das partes no processo civil brasileiro. A cooperação e o diálogo humano, que devem constituir o clima dominante no desenvolvimento do processo, exige o mútuo reconhecimento das posições de vantagem que cada um dos interlocutores está em condições mais favoráveis de tutelas, sem rivalidades nem autoritarismos, mas no espírito construtivo do processo mais justo possível e da conseqüente solução mais adequada possível da causa.”⁹⁵

partes e o magistrado sentam-se em torno de uma mesa de café e, muitas vezes, o próprio juiz telefona a alguém que possa confirmar a versão de uma das partes(218) O juiz ativo e menos foral tornou-se uma característica básica dos tribunais de pequenas causas.” CAPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor,1998, p.103

⁹⁴ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões In: MEDINA, José Miguel; CRUZ, Luana Pedrosa de; CERQUEIRA, Luis Otavio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel .Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.292 . No mesmo sentido, Rui Portanova assevera: “Para que exista um processo justo, não basta um juiz imparcial, falta ainda que estas partes se encontrem em condições de paridade não meramente jurídica (que pode querer dizer, meramente teórica) mas que exista entre elas uma efetiva paridade prática, o que quer dizer paridade técnica e também econômica. Não basta a lei falar em igualdade dos cidadãos se estes não estão em condições de se servir, em igualdade de condições, daquele complexo e custoso instrumento de tutela dos direitos que é o processo.” PORTANOVA, Rui. Motivações ideológicas da sentença. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000,p.59

⁹⁵ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual...*op.cit* p. 304. Sobre a preservação da igualdade , ressalta Augusto Morello que:“ *Qué queremos expresar cuando se insiste en la igualdad de trato, de oportunidades, de parecidas posibilidades “ en las defensas respectivas? Que tratándose de una puja, un combate dialéctico, de sostener tesis encontradas de partes (rectius) que se hallan en la situación de competición entre si para la*

Oportuna a observação de Carmen Lúcia Antunes Rocha sobre o princípio da igualdade:

“o grande avanço jurídico do princípio constitucional da igualdade é que esse passou nas últimas duas décadas, de um conceito constitucional estático e negativo a um conceito democrático dinâmico e positivo, vale dizer, de um momento em que por ele apenas se proibia a desigualação jurídica a uma base em que por ele se propicia a promoção da igualação jurídica. O princípio constitucional da igualdade deixou de ser um dever social negativo para tornar-se uma obrigação política positiva.”⁹⁶

Com esse enfoque, o sistema processual deve cumprir com a obrigação constitucional no estabelecimento de regras de equilíbrio capazes de compensar a desigualdade entre os litigantes.⁹⁷ A igualdade no Estado Social foi pensada em termos de igualdade de chances ou de oportunidades ou ainda de

consecución de un objetivo común, es decir, de un objetivo que no puede ser alcanzado más que (es lo normal o como regla, salvo vencimiento parcial o recíproco) por uno de los concurrentes (como la victoria en un juego o duelo, ganar un concurso, etc) el principio de la igualdad de oportunidades apunta a situar a todos los miembros (partes) de una determinada sociedad (litigio) en las condiciones de participación en la competición de la vida o en la conquista de lo que es vitalmente más significativo, partiendo de posiciones iguales.” MORELLO, Augusto M. *El proceso justo...op.cit.* p.504

⁹⁶ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. nº 131 ,p.294, jul/set. 1996

⁹⁷ Em sua conclusão sobre o princípio da igualdade, observou Sérgio Abreu: “Nota-se que o itinerário do princípio da igualdade aporta na afirmação dos direitos humanos.As camadas sociais relegadas a indigência e a vulnerabilidade – por debilidade econômico-social e por sofrerem permanente violação de direitos fundamentais- merecem proteção particularizada de acordo com a Conferência Mundial de Direitos Humanos(1993). Por essa razão, a tarefa do jurista “é impor a igualdade de todos no tocante à sua qualidade de seres humanos, à dignidade humana, aos direitos fundamentais e às restantes garantias legalmente vigentes de proteção. Daí decorre a urgência na superação das desigualdades sociais. ABREU, Sergio. O princípio da igualdade In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabelle Franco; FILHO, Firly Nascimento. **Os princípios constitucionais de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.265.“ Na busca, pois, de desigualar as desigualdades, cria-se normas de equilíbrio que, como não poderia ser diferente, traduz tratamento diferenciado fazendo parecer à primeira vista, infringir o princípio da isonomia, quando na verdade atinge a lei o seu escopo, qual seja, o de propiciar a igualdade jurídica, a igualdade substancial. Para verificação de violação ou não do princípio da igualdade nas ditas normas de equilíbrio, é necessário saber qual o conteúdo jurídico do princípio da igualdade e este, por sua vez, para ser descoberto, necessário se faz averiguar quando é válida a desigualdade de uma norma, ou seja, é preciso que se conheça com profundidade qual o traço de legitimidade que fundamenta determinado fator discriminatório de uma norma. O fato discriminatório, diferenciador é válido e não significa a inobservância do princípio da isonomia, quando se consubstancia no caminho possível e lógico para o atingimento do fim jurídico pretendido que é a justiça igualitária.” PALHARANI JUNIOR. Sidney. Princípio da isonomia ao direito processual civil In **Processo e Constituição....op.cit.**p.617

pontos de partida, a partir da consideração de que “toda a vida social é considerada como uma grande competição para a obtenção de bens escassos.”⁹⁸

Se todos devem ter acesso à ordem jurídica justa – considerado este um direito fundamental – que implica necessariamente, em direito ao processo, a garantia de igualdade de chances no litígio permitirá a formação de uma dialética justa, subjacente a esta um jogo competitivo de forças – aproximando o máximo possível o juiz da verdade substancial.

Uma das graves desigualdades que repercute no processo judicial é a econômica ⁹⁹ por impedir o cidadão menos favorecido da camada social de ter acesso à informação sobre os seus direitos e de contratar bons profissionais.

A pobreza de uma das partes dificulta o cumprimento dos vários ônus processuais estabelecidos em lei – que decorrem da aplicação do princípio dispositivo – iniciando-se pelo encargo de afirmar que se reveste de absoluta relevância considerando que a investigação de fatos não articulados pelas partes não podem ser objeto de prova.

Como afirma Cleber Francisco Alves:

“especialmente as populações mais pobres, aqueles excluídos e privados das mais elementares comodidades da civilização contemporânea, têm no Judiciário (cujo acesso se dará, naturalmente, através da Defensoria Pública) a última esperança de

⁹⁸ TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da igualdade em perspectiva histórica, conteúdo, alcance e direções. Revista de direito administrativo. Rio de Janeiro nº 211, p.257/258, jan/mar 1998

⁹⁹ Não podemos ignorar que a maioria da população, sem meios de custear suas demandas, tende a prejudicar-se ao recorrer à Justiça, mesmo considerando o benefício da assistência judiciária. Indaga-se, que paridade existe, por exemplo entre um cidadão comum, ainda que abastado e as gigantescas corporações transacionais de poder avassalador que mudam governos e destinos de nações através de simples toques nas teclas de um computador.? Em verdade, a propalada “ igualdade de todos perante a lei” ou a igualdade das partes no processo, nessas condições, se tornaram em trágicos mitos de ingênua fantasia. Eis aí as marcas da involução, ou melhor dizendo, da moderna “injustiça”.MACHADO, Rubens Aprobato. Entraves jurídicos à realização da justiça. In: WALD, Arnold; MARTINS, Ives Gandra da Silva e PRADO, Ney (coord). O Direito brasileiro e os desafios da economia globalizada. 2003 p.147.

ver atendidas suas expectativas de reconhecimento e efetividade de direitos e exercício da cidadania.”¹⁰⁰

A moderna processualística sempre se preocupou em demonstrar que a atividade probatória não deveria ficar ao alvedrio dos litigantes, exigindo do juiz uma participação ativa na causa para delimitar com exatidão o objeto da prova e determinar a produção daquelas necessárias à justa solução da lide, sem que tal posicionamento importasse na aniquilação do princípio dispositivo.

Aliás, no dizer de José Roberto dos Santos Bedaque:

A denominação “princípio dispositivo” deve expressar apenas as limitações impostas ao juiz, em virtude da disponibilidade do direito; e que são poucas, pois se referem aos atos processuais das partes voltados diretamente para o direito disponível. As demais restrições quer no tocante ao início do processo, quer referentes à instrução da causa, não têm qualquer nexó com a relação material; não decorrem, portanto, do chamado princípio dispositivo.¹⁰¹

Não basta, contudo, conferir ao juiz poderes instrutórios para garantir a igualdade das partes quanto à produção das provas como forma de assegurar a justiça em cada decisão judicial, se o encargo de afirmar não for cumprido adequadamente pelas partes.

Como sustenta Capelletti:

¹⁰⁰ ALVES, Cleber Francisco e PIMENTA, Marília Gonçalves. Acesso à justiça em preto e branco: Retratos institucionais da Defensoria Pública. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2004, p. 29

¹⁰¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz...*op.cit* p.66. Mais adiante, o autor ainda assinala “os sujeitos parciais do processo podem estabelecer limites quanto aos fatos serem examinados pelo juiz, não em relação aos meios de prova que ele entender necessários à formação de seu convencimento. E não se trata de atividade meramente supletiva. Deve o juiz atuar de forma dinâmica, visando trazer para os autos retrato fiel da realidade jurídico-material”. *Idem*, p. 94. Corroborando tal entendimento, Sergio Cruz Arenhart expressa: “ Parece, todavia, possível (e mesmo recomendável) que o legislador amplie os poderes do magistrado não apenas no campo da prova (princípio dispositivo) como se tem constantemente visto- também no que respeita ao princípio da demanda não tanto para iniciar de ofício o processo, mas quiçá para esclarecer às partes – especialmente àquelas em estado fragilizado ou em clara desvantagem – sobre a potencial extensão de seu direito e sobre possíveis consequências de sua exposição apenas parcial da causa de pedir ou do pedido, ou ainda de apresentação equivocada da *causa petendi* ou do pedido. ARENHART, Sergio Cruz....*op.cit*,p 601

“pessoas ou organizações que possuam recursos financeiros consideráveis a serem utilizados tem vantagens óbvias ao propor ou defender demandas. Em primeiro lugar, elas podem pagar para litigar. Podem, além disso, suportar as delongas de um litígio. Cada uma dessas capacidades, em mãos de uma única das partes, pode ser uma arma poderosa, a ameaça de litígio torna-se tanto plausível quanto efetiva. De modo similar, uma das partes pode ser capaz de fazer gastos maiores que a outra e como resultado, apresentar argumentos de maneira mais eficiente¹⁰² .

A partir dessas considerações já se vislumbra a necessidade de que o juiz assuma posição ativa na condução do processo para assegurar a real igualdade entre as partes também em relação ao encargo de afirmar.¹⁰³

Confira a lição de Paulo Henrique dos Santos Lucon:

“Pobreza, desinformação, custo e duração do processo, burocracia, desídia e falta de compromisso dos operadores de direito com a justiça são alguns dos obstáculos que afastam o leigo da justiça. Por isso, ao fazer observar a igualdade das partes no processo, caberá ao juiz compensar de modo adequado desigualdades econômicas de modo a permitir a efetiva, correta e tempestiva defesa dos direitos e interesses em juízo. Tal é a igualdade real e proporcional, isto é, o tratamento desigual deve ser dispensado aos substancialmente desiguais na exata medida de desigualdade.¹⁰⁴

Sobre a posição ativa do juiz, o processualista Roberto Omar Berizonce lembra que:

¹⁰² CAPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. *op.cit* p.21.

¹⁰³ A reforma processual portuguesa ocorrida em 1995 trouxe várias novidades com relação à delimitação fática – como abordaremos mais adiante – admitindo a complementação e correção dos articulados após a apresentação das peças principais, relativizando com isso a rigidez temporal no cumprimento da carga da afirmação, além de atenuar a aplicação do princípio dispositivo. O autor português Antônio Montalvão Machado analisando a reforma sob tal enfoque anuncia com relação aos articulados que “ Se antes do CPC de 95 eles tinham uma função absolutamente primordial, pois que era através deles que as partes carregavam para o processo os factos que davam consistência às suas pretensões, com a entrada em vigor do novo diploma – sem embargo de manterem, evidentemente, uma função relevante no processo – tais peças viram a sua essencialidade ser substancialmente diminuída, na medida em que os factos aí alegados podem ser completados ou corrigidos através de outros meios, o litígio pode ser delimitado em outras diligências e o juiz pode até sustentar a sua decisão em outros factos que não são os aí expostos. Portanto, ao abrandar a dimensão do dispositivo, abrandou também a missão essencial dos articulados.” MACHADO, Antônio Montalvão. O Dispositivo e os poderes do Tribunal à luz do novo Código de Processo Civil.Coimbra: Almedina, 2001, p.163.

¹⁰⁴ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário. In:CRUZ e TUCCI. José Rogério (coord) Garantias constitucionais do processo civil . São Paulo: Revista dos Tribunais,1999 .p.110/111.

“el proceso justo nunca es incompatible con el papel activo del juez director del proceso en la búsqueda de la verdad, siempre que se respete el contradictorio aún preventivo entre las partes. Precisamente tal “activismo” judicial deviene imprescindible para la obtención de la tutela efectiva de los derechos sustanciales o de los intereses legítimos, hechos valer en juicio – como estatuye el art. 15 de la Const.Prov.Bs. As.texto 1994.” ¹⁰⁵

Nessa ordem de idéias, a convivência entre o princípio da igualdade entre as partes e o princípio dispositivo exige a reformulação de determinadas regras processuais, como veremos a seguir.

É possível neste momento chegar à seguinte conclusão parcial:

Partindo da idéia de que a constitucionalização do processo obriga não só o legislador infraconstitucional, mas também o juiz – que atua no caso concreto – a preservar os direitos e garantias processuais expressas na Carta Constitucional, é de se concluir que a falta de normas processuais equilibradoras da desigualdade entre as partes bem como a interpretação da norma jurídica pelo julgador destituída da compreensão de que a vulnerabilidade econômica e social de uma ou de ambas as partes repercute na dialética processual, não haverá efetivo acesso à ordem jurídica justa.

O jogo dialético, por sua vez, se inicia mediante a exposição das questões de fato e de direito na inicial, ensejando o cumprimento defeituoso da carga de afirmação, especialmente em relação à *causa petendi* as seguintes conseqüências: (a) indeferimento da inicial por inépcia (b) reconhecimento da falta de interesse ou legitimação (c) a adoção de tutela jurisdicional inadequada ao alcance do bem perseguido no processo (d) indeferimento da antecipação de tutela (e) falta de legitimação da decisão de mérito que é formalmente correta mas substancialmente injusta.

¹⁰⁵ BERIZONCE. Roberto Omar. *Fin social del proceso y la importancia de los hechos* in *Los Hechos en el proceso civil ...op.cit* p.56

Assim, o modelo processual atual sob a ótica do cumprimento do ônus de afirmar deve ser repensado a fim de permitir a superação do rígido delineamento de atuação das partes e do juiz.

CAPÍTULO 02 – O ÔNUS DE AFIRMAR E O PAPEL DAS PARTES

2.1- OS LIMITES MATERIAIS E TEMPORAIS DE ATUAÇÃO DAS PARTES

O ônus de maior relevância que deve ser cumprido pelas partes é o de afirmar. Ao autor cabe afirmar todos os fatos aptos a demonstrar a existência do direito substancial que pretende seja reconhecido judicialmente.¹⁰⁶ E ao réu, do mesmo modo, cabe afirmar os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos que incidam na hipótese concreta.

Por outro lado, se as partes não podem provar fatos que não tenham sido articulados na inicial ou na contestação, devem introduzi-los no processo mediante afirmações na fase processual adequada – adotando o nosso Código de Processo Civil um rígido sistema de preclusão - para que venham a integrar o objeto da prova. A carga da afirmação, portanto, antecede a carga da prova.

Cândido Dinamarco aponta a diferença existente entre *ônus absolutos ou relativos* (perfeitos ou menos perfeitos), a depender das conseqüências do descumprimento de cada um pela parte.

O ônus absoluto se identifica quando a situação processual conduz necessariamente a uma conseqüência favorável ou prive a parte de uma situação vantajosa possível. No entanto, se somente torna improvável a vantagem ou provável o prejuízo do sujeito, o ônus é relativo.¹⁰⁷

De outro lado, os pesos processuais podem referir-se a *atos causativos ou indutivos*.

¹⁰⁶ No cumprimento do ônus de afirmar pelo autor, “a causa de pedir deve ser deduzida seja em relação à exigência inicial de *determinar, alegar e provar* que onera o autor a expor uma situação (*fattispecie*) capaz de justificar um direito e um interesse de agir seja em relação à exigência final do processo de acertar a existência dos fatos geradores da situação controvertida”. CRUZ e TUCCI, José Rogério. *op.cit.* p. 122.

¹⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 11.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p 244/245.

Os indutivos se prestam à obtenção de medidas favoráveis, são condutas destinadas a influir sobre o espírito do juiz; não produzindo por si sós o resultado desejado.¹⁰⁸

Os atos causativos, por sua vez, operam seu efeito na situação processual de imediato e por si próprios; dizem-se, por isso, determinantes, dada a sua suficiência funcional.¹⁰⁹

Partindo desta classificação, o ônus de afirmar é absoluto e deve ser considerado como ato causativo, pois, se não houver o cumprimento da carga de afirmação pelas partes, tal omissão traz como consequência um resultado desfavorável, pois o juiz não pode apreciar o fato omitido.

Está o juiz adstrito quanto aos fatos afirmados pelas partes no momento de decidir: por um lado, porque não pode ser objeto de apreciação meritória uma situação fática que não tenha sido alegada por uma das partes e por outro, porque não pode deixar de decidir sobre uma situação de fato afirmada por todas as partes.

Echandía enfatiza que, para a parte obter o efeito jurídico pretendido, não é suficiente provar os fatos alegados, porque é necessário que estes estejam em conformidade com a norma jurídica para a produção daquele efeito.¹¹⁰

Segundo o autor colombiano, duas hipóteses podem ocorrer para essa falta de concordância entre o fato e a norma e o efeito jurídico perseguido¹¹¹:

¹⁰⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instrumentalidade *op.cit.* p.244/245.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p.244/245.

¹¹⁰ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria General de la prueba judicial*. Vol I. Buenos Aires:Editor Vitor P. De Zawalia, 1972., p.489.

¹¹¹ *Idem, ibidem*. Os fundamentos de fato e direito invocados pelo demandante na causa têm o objetivo de construir o nexo lógico entre uma concreta situação de fato e o efeito jurídico previsto na norma jurídica que conduz ao direito afirmado. Se o juiz, de plano, examinar que daqueles fatos narrados pela parte não decorrem a consequência jurídica afirmada, não há como prosseguir a demanda, declarando o juiz a inépcia da inicial. Se, por outro lado, o juiz *prima facie* não considera inepta a inicial, mas o fato alegado e provado pela parte não produz o efeito jurídico previsto na norma, sucumbe o autor na causa sem aplicação da regra de

- a) alega-se o fato pertinente ao litígio, mas se pretende obter um efeito jurídico que não corresponde a ele;
- b) efeito jurídico pretendido é correto, mas deixa-se de alegar o fato que constitui seu pressuposto.

Em ambas as hipóteses, o juiz resolve desfavoravelmente à parte, sem recorrer à regra sobre a distribuição da carga da prova.

Com efeito, e tal como observado, a *causa petendi* é composta da narrativa dos fatos que, sob a ótica do autor, geram a consequência jurídica pretendida e da proposição de seu enquadramento a uma norma de direito substancial. Disso resulta a inseparável relação estabelecida entre o fato e o direito, sobre a qual é exercido um juízo de valor perfunctório pelo julgador com a apresentação da inicial. Eventualmente, o juiz poderá declarar inepta a inicial se, de plano, constatar que os efeitos jurídicos almejados pelo autor não decorrem dos fatos narrados.

De outro ângulo, apresentada a contestação, cabe ao réu impugnar especificadamente cada um dos fatos articulados pelo demandante.

Rosenberg debruçando sobre o tema, admite a distribuição da carga da afirmação entre as partes que assume igual importância à da carga da prova para as decisões judiciais.

distribuição.” Com efeito, “qualificar” fatos não é mais uma tarefa que diga respeito à constatação dos fatos, em sua materialidade; materialidade, de resto, impossível de ser compreendida, separadamente, do respectivo direito. Qualificar fatos é dar-lhes o estatuto de um conceito jurídico. A respeito desta questão, já mostrara Guido Calogero que os tribunais de direito estirado ao examinarem a “ qualificação” dos fatos, cuidam de uma questão de direito, embora estejam a investigar os fatos da causa; e mesmo assim, proclamem o contrário:“(…) *quando presume di controllare la logicità del giudizio di fatto pur ricordando di non aver veste per esaminarlo, così quando presume di esser custode della non violazione del giudicato pur senza giudicare l’ interpretazione del giudicato, essa finisce in realtà per esaminare e ripercorrere quest’ultima pur dicendo che ciò non rientra nella sua competenza e a simile astensione intenzionale e intervento reale è spinta anche della situazione risultante da quello stesso motivo del controllo della logicità del “ de fatto”* SILVA. Ovídio Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. Porto Alegre: Revista Magister de direito civil e processual civil. nº 10 , jan/fev 2006 p. 26. O autor nos remete à obra “ *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*” de Guido Colagero.

Vale registrar a sua lição a respeito do tema:

“La carga de la afirmación es, por lo tanto, un concepto que corresponde enteramente a la carga de la prueba; también su objeto y su alcance son principalmente iguales, su importancia no es mucho menor que la de la carga de la prueba. Pero sería erróneo negar por eso, totalmente, la carga de la afirmación y su distribución, o negarla porque el tribunal debe tomar en cuenta las afirmaciones de ambas partes del mismo modo. Pues lo mismo puede decirse de las ofertas de prueba e igual que la carga de la prueba, también la carga de la afirmación solo tiene aplicación practica, cuando las partes han omitido una afirmación. Aquella parte cuya petición no puede tener éxito sin esta afirmación y que por esta razón, como se dice, soporta la carga de la afirmación, experimenta el perjuicio debido a la omisión.”¹¹²

Com efeito, se o autor quando não afirma todos os fatos relevantes, suporta as conseqüências jurídicas decorrentes de sua omissão. Do mesmo modo, se o réu deixa de negar a existência do fato constitutivo ou de alegar fatos – modificativos, impeditivos ou extintivos – sofrerá conseqüências jurídicas desfavoráveis como resultado de sua omissão.

A doutrina de Rosenberg reveste-se de significação se considerar que os fatos afirmados pelas partes poderão ser levados em consideração pelo juiz no momento de julgar, a despeito de quem tenha feito a afirmação e, somente na falta da alegação, suportará a parte a quem incumbia afirmar o fato, o prejuízo decorrente de sua omissão.

A título de ilustração — se o autor ajuíza uma demanda para cobrar o pagamento de determinado valor resultante da celebração do contrato de empréstimo com o réu, tem o ônus de afirmar o fato constitutivo de seu direito, qual seja, a realização do negócio jurídico. E o réu, se efetivamente pagou o valor cobrado, deve afirmá-lo na contestação; mas se o réu não cumpriu com o ônus de afirmar o fato extintivo e, no curso da demanda, é feita a afirmação pelo autor que, até então, desconhecia o adimplemento da obrigação, o pagamento, uma vez afirmado e provado, deverá ser levado em consideração

¹¹² ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America,s/d, p. 40.

pelo juiz. No entanto, se nenhuma das partes alega o pagamento, o peso da falta de afirmação recairá sobre o réu.

Sob esse enfoque, a carga *objetiva* da afirmação se traduz na circunstância de o juiz levar em consideração os fatos afirmados por ambas as partes, pouco importando de quem originou a afirmação; porém, se houver omissão, a decisão desfavorável recairá sobre a parte que suporta a carga da afirmação.¹¹³

A carga *subjéctiva* da afirmação consiste, justamente, na necessidade de a parte, sobre a qual recai o ônus de afirmar, alegar os fatos qualificados juridicamente como relevantes para obter êxito em suas pretensões.

No sistema processual brasileiro, a doutrina de Rosenberg tem aplicação, recaindo sobre a parte o peso da falta de afirmação ou, ainda, de uma afirmação destituída de verossimilhança.

Michele Taruffo com propriedade assinala o quão complexa é a atividade de delimitar o objeto da prova consistente na individualização do fato ou do conjunto de fatos relevantes à solução da lide, pois resulta de uma atividade conducente à *construção do caso* e a particularização da hipótese concreta à luz da norma jurídica aplicável.¹¹⁴

¹¹³ Rosenberg afirma: *Igual que en el caso de la carga de la prueba, también aquí es posible distinguir los dos conceptos de la carga objetiva y de la carga subjetiva de la afirmación. La carga objetiva de la afirmación también ocupa el primer lugar. Pues, al tenerse en cuenta las afirmaciones de ambas partes, y no solo las de la parte sobre la cual pesa la carga, en general no importa el hecho de qué precisamente esta parte hiciera la afirmación, sino que basta que alguna parte la adujese. Pero cuando se omite el alegato, l decisión se dictará en contra de la parte que soporta la carga de la afirmación.* ROSENBERG, Leo. *op.cit.*, p. 42/43.

¹¹⁴ Michele Taruffo pondera a esse respeito: *“L’individuazione del fatto giuridicamente rilevante rientra evidentemente nella “preparazione delle premesse” della decisione e non deriva da un semplice gioco deduttivo ma da una complessa operazione che porta alla “costruzione del caso”, ossia all’individuazione della fattispecie che costituisce l’oggetto specifico della decisione.* TARUFFO, Michele. *La Prova dei Fatti Giuridici. Nozioni Generali: Dott. A Giuffrè*, 1992, p. 77.

Tão difícil é a tarefa de narrar os fatos que o processualista italiano traz a seguinte lição:

“Una narrazione di fatti non è mai, specialmente in un processo qualcosa de già pronto e confezionato che cade dal cielo sul tavolo di un avvocato o di un giudice. Al contrario le narrazioni sono costruite dai loro autori, spesso per mezzo di attività creative complesse e sofisticate. Questa costruzione non è una descrizione dei fatti passiva, astratta o neutrale: como è statto detto, le narrazioni costruzione i fatti che vengono raccontati. In um certo senso, quindi, la costruzione di una narrazione da parte del suo autore è anche la costruzione dei fatti che il narratore racconta. In altri termini: l'autore costruisce la sua versione dei fatti. Costruendo la sua narrazione l'autore “ dà forma alla realtà.” ”¹¹⁵

Distingue o autor italiano a narrativa sob determinados tipos de construção: *costruzione categoriale; costruzione linguística, semântica e lógica; costruzione sociale e istituzionale e costruzione culturale.*

Se refletirmos – sem maiores indagações – sob a perspectiva da construção lingüística, a vulnerabilidade técnica e econômica da parte que não tem acesso a advogados bem formados, a narrativa até mesmo do ponto de vista semântico poderá alterar a compreensão exata da causa de pedir.¹¹⁶

Enrique M. Falcón sugere que os fatos devem ser narrados de forma clara e o mais sintética possível, devendo evitar-se os rodeios extensos ou disquisições que distraiam a atenção sobre o principal da história. A clareza da exposição dos fatos em que se baseia a demanda têm importância especial

¹¹⁵ TARUFFO, Michele. *Narrazioni processuali*. **Revista do Processo**. São Paulo nº 155, p.95, 2008, Tradução livre da autora: Uma narração de fatos não é mais especialmente em um processo algo que já está pronto e confeccionado. Ao contrário, a narração é construída a partir de uma atividade complexa e criativa. Esta construção não é uma descrição dos fatos passiva, abstrata e neutra. Num certo sentido, a construção de uma narrativa pela parte é a construção dos fatos que o narrador reconta. Em outros termos, o autor constrói a sua versão dos fatos. Construindo a narrativa, o autor dá forma à realidade.

¹¹⁶ O autor fornece o seguinte exemplo: *“Ad esempio, una cosa è dire che la velocità di un veicolo era “eccessiva! E una cosa diversa è dire che essa “ superava il limite di 50 chilometri all’ora. questo secondo enunciato è “fattuale” e può essere oggettivamente verificato da un misuratore di velocità, mentre il primo enunciato esprime una valutazione puramente soggettiva che può anche essere condivisa da varie persone ma che non può essere oggettivamente verificata. Il secondo enunciato è oggetto di prova, mentre il primo è oggetto di valutazione.”* *Idem*, p.100/101

porque: 1) o demandado tem a incumbência de reconhecê-los ou negá-los categoricamente sendo que aquela exigência resulta de decisiva transcendência a fim de valorar seu silêncio e suas evasivas; 2) os fatos articulados na demanda (e na contestação do demandado) determinam a pertinência da prova a produzir-se 3) a sentença só enfrenta o mérito em relação aos fatos alegados pelas partes sob pena de violar a congruência.¹¹⁷

Não há dúvida, portanto, da relevância do cumprimento adequado da carga subjetiva da afirmação, cuja observância é ônus exclusivo das partes, proibida ao juiz a apreciação de fatos jurídicos, que, por vontade dos litigantes, não tenham sido articulados na causa no momento processual previsto em lei.

2.1.1- INICIATIVA DO AUTOR QUANTO AO FATO CONSTITUTIVO: PRINCÍPIO DA DEMANDA

O princípio da demanda proíbe a atuação *ex officio* do juiz quanto à instauração do processo além de permitir à parte fixar o objeto da demanda articulando os fatos que integrarão a causa de pedir e poderão ser apreciados judicialmente.

Lembra Sergio Cruz Arenhart “que dois são os fundamentos mais essenciais para a outorga ao interessado do poder de iniciar a prestação jurisdicional e determinar o seu objeto.”¹¹⁸

De um lado, afirma o autor, “tem-se a clássica concepção de que por tratar o processo civil predominantemente de interesses privados, é razoável que dê às partes a prioridade na escolha do momento em que a proteção do interesse deve ser realizada bem como a determinação do litígio que será examinado pelo

¹¹⁷ FALCÓN, Enrique M. *La narración y la descripción de los hechos en la demanda in Los hechos en el proceso civil. op.cit. p.27*

¹¹⁸ ARENHART, Sergio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda....*op.cit.*, p.587

Poder Judiciário.¹¹⁹ De outro, assegura-se a imparcialidade do juiz no julgamento da demanda.

Prestigia-se com a adoção do princípio da demanda a liberdade do titular do direito subjetivo que poderá submeter o conflito de interesses à apreciação judicial, limitando o poder de decidir do juiz que fica adstrito a examinar a demanda sob a perspectiva dos fatos alegados e do pedido formulado na inicial, constituindo tal restrição decorrência lógica do princípio dispositivo.

Justifica-se, no dizer de Rui Portanova :

“A liberdade das partes em limitar a investigação fática que comporá o processo. Claro ninguém melhor do que as partes (pelo menos antes de iniciado o processo) para a escolha de fatos que comporão a lide processual. Com a liberdade de alegar fatos que quiserem e de silenciarem sobre fatos que não pretenderem ver investigados, as partes dispõem do objeto litigioso do processo e fixam o *thema decidendum*.”¹²⁰

De fato, o viés garantístico e democrático conferido ao processo judicial se incompatibiliza com a instauração da lide *ex officio*, cabendo à parte decidir se submeterá o conflito intersubjetivo à apreciação judicial no momento que lhe aprouver.

Mas o desenvolvimento de um processo justo nos leva, a todo tempo, a repensar a estruturação do processo judicial buscando preservar o seu conteúdo democrático iluminado pela liberdade de atuação e pelo diálogo entre as partes e o juiz , sem esquecer que os mecanismos de intervenção no jogo dialético - desde que exercidos com temperamentos – equilibram as forças conflitantes.

¹¹⁹ ARENHART. Sergio.....*op.cit*,p.587

¹²⁰ PORTANOVA Rui. Princípios do processo civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.122/123

Nessa perspectiva, se ocorrerem uma daquelas situações na relação estabelecida entre o advogado e a parte¹²¹, o ato de disposição do material fático está contaminado o que exige a existência de norma processual capaz de propiciar a sua convalidação.

Conclui com propriedade Sergio Arenhart que :

“apenas para lembrar, se é entendimento corrente que exercício apenas parcial da pretensão cabível pelo autor é inerente ao poder de disposição do direito (se o titular pode renunciar ao seu direito ou transigir sobre ele, poderia também demandar apenas por parte dele, abdicando do restante) é preciso lembrar que mesmo para esta disposição é preciso a manifestação de vontade. Havendo vício nesta manifestação de vontade, parece razoável sustentar não ter havido genuíno ato de disposição, autorizando maior cautela na interpretação da pretensão parcial.”¹²²

O nosso estudo em seu último capítulo abordará sobre a necessária ampliação dos poderes do magistrado para permitir a quebra da rigidez da aplicação dos princípios processuais que interferem sobre a carga da afirmação.¹²³

2.1.2 - Teoria da substanciação ou da individualização

Para a teoria da substanciação, cabe ao autor indicar na petição inicial a *causa petendi* próxima (relação jurídica substancial) e a remota (fato jurídico constitutivo) diferentemente da teoria da individuação que exige apenas a indicação da relação jurídica material.

Como decorrência lógica da teoria da substanciação, os fatos constitutivos do direito afirmado na inicial são abrangidos pela coisa julgada,

¹²¹

¹²² ARENHART. Sergio da Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda....*op. cit.* p. 602

¹²³ Cabe lembrar que o autor Sergio Arenhart alertou sobre a necessidade de ampliação dos poderes não para iniciar de ofício o processo, mas para esclarecer às partes sobre os fatos que deveriam ser aportados ao processo.

podendo o fato não alegado ser introduzido em demanda diversa até mesmo para postular o mesmo pedido.

Já na teoria da individuação, todos os fatos – ainda que não alegados – que servem à configuração do direito posto em juízo integram a causa de pedir até porque não é vedado ao autor a introdução de fatos constitutivos no curso da demanda.

É preciso lembrar que a precisa exposição dos fatos pelo autor permite a apresentação da defesa do réu, inadmitindo o princípio do contraditório qualquer surpresa¹²⁴ ao adversário com o ingresso de questões sobre as quais não pode manifestar-se no processo.

Nesse sentido, a teoria da individualização sofreu críticas principalmente pela possibilidade de a parte ser surpreendida com a alteração do fundamento fático da demanda. Todavia, ”não obstante as graves conseqüências decorrentes desta teoria, tais como o prejuízo, à defesa e a demora do processo, a decisão a ser proferida se faz mais justa, já que poderá levar em consideração quaisquer fatos atinentes àquela relação jurídica invocada mesmo que estas causas não fossem declinadas pelas partes.”¹²⁵

A discussão sobre as duas teorias gira em torno do conteúdo mínimo da causa de pedir, valendo-se os defensores da teoria da individuação da

¹²⁴ O processo não tolera a surpresa, porque tem na segurança um dos seus preceitos mais caros. Toda a ordem processual, e, notadamente, processual constitucional foi construída de forma a fazer do processo judicial um meio conhecido e seguro para os jurisdicionados, porque é a observância da transparência e a estabilidade do sistema que fazem com que as decisões dele emanadas consigam, de fato, restabelecer a paz e a ordem social. Retrato máximo desse papel é coisa julgada, fim natural e obrigatório da tutela proporcionada pelo processo de conhecimento, cujo escopo social e político é a segurança da relação jurídica acertada em sentença. (CF art. 5º XXXVI). THEODORO JUNIOR. Humberto. Processo civil-objeto do processo-pedido e sua interpretação-adstrição do juiz ao pedido no julgamento- interpretação da sentença-coisa julgada e seus limites. Revista Dialética de direito processual, Porto Alegre nº 62, maio/2008, p.118

¹²⁵ PINTO. Junior Alexandre Moreira. A causa petendi e o contraditório. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.43/44

classificação estabelecida entre direitos autodeterminados e heterodeterminados para o estabelecimento do grau de intensidade de afirmação dos fatos.

2.1.2.1- Direitos autodeterminados e direitos heterodeterminados

Leonardo Greco, enfrentando a questão, faz alusão à distinção entre direitos autolimitados e direitos heterolimitados elaborada por Comoglio.¹²⁶

Apresenta o processualista a seguinte distinção:

“São autodeterminados (ou autolimitados) aqueles direitos (propriedade, direitos reais de gozo e outros direitos absolutos) que podiam existir apenas uma vez com o mesmo conteúdo, e entre os mesmos sujeitos, independentemente da variação do respectivo fato genético: e são heterodeterminados (ou heterolimitados) aqueles direitos (direitos de crédito, outros direitos relativos e direitos reais de garantia) que podiam subsistir e ser constituído várias vezes com o mesmo conteúdo, entre os mesmos sujeitos.”¹²⁷

Nas ações em que a eficácia do direito material deduzido tem efeito *erga omnes* e não pode ser mais discutido entre as mesmas partes com idêntico conteúdo (demandas autodeterminadas), o grau de afirmação dos fatos é menos intenso em comparação àquelas demandas em que o direito pode ser invocado mais de uma vez, figurando na ação as mesmas partes.(demandas heterodeterminadas).¹²⁸

¹²⁶ GRECO, Leonardo. A teoria da ação no processo civil. São Paulo: Dialética, 2003 p.64.

¹²⁷ “Os primeiros são normalmente afirmados e individuados com base no seu conteúdo sem que assumam relevância diferencial a alegação de um ou mais fatos constitutivos concorrentes, e portanto o juiz examina fatos diversos dos alegados pelo autor porque o direito é o mesmo. Os segundos devem ser afirmados e identificados em função exclusiva daquele específico fato constitutivo, cuja variação faz variar a sua identidade contenciosística.” *Idem, ibidem*

¹²⁸ Seria inepta destarte, por exemplo, petição inicial de ação reivindicatória em que o autor afirmasse pura e simplesmente ser titular do direito de propriedade. É necessária a indicação da origem do direito de propriedade como fato essencial da demanda (v.g. direito de propriedade decorrente de compra e venda registrada, doação, sucessão mortis causa etc...). Os demais dados noticiados configuram fatos secundários (peculiaridades da escritura, data, local etc...) irrelevantes para a identificação da *res in iudicio deducta*. Isso demonstra que a “substanciação” da demanda na hipótese do direito real de gozo acaba sendo, efetivamente, menos intensa do que ocorre em casos de direitos relativos, como v.g., no direito de crédito; neste caso, o autor deve descrever detalhadamente todas as circunstâncias relativas à constituição do seu direito, que aqui têm caráter de essencialidade no que toca à configuração da causa de pedir. LEONEL, Ricardo de Barros. Causa de pedir e pedido: O Direito superveniente. São Paulo: Malheiros, 2006, p.95

Em verdade, a variabilidade do grau de intensidade da afirmação dos fatos depende da diferenciação de uma situação jurídica em relação a qualquer outra que possa subsistir entre as mesmas partes com idêntico teor.

A discussão tem relevância sob o prisma das divergências doutrinárias entre a teoria da substanciação e da individuação, evoluindo a doutrina processual para abrigar uma posição conciliadora tendo em vista que a norma prevista no art.282 inciso III do Código de Processo Civil exige a descrição dos fatos como também a qualificação jurídica .¹²⁹

De qualquer sorte, o equilíbrio entre as duas teorias se impõe para que seja permitido de um lado a flexibilização da regra da estabilização da demanda para ingresso de fatos novos após a contestação – mesmo sem o consentimento da parte contrária - e de outro a fixação da fase processual adequada para a proibição da alteração dos fatos durante o curso da demanda, sob pena de eternização do conflito de interesses.

2.1.3- INICIATIVA DO RÉU QUANTO AOS FATOS EXTINTIVOS, MODIFICATIVOS OU IMPEDITIVOS

Ofertada a contestação pelo réu, instaura-se a dialética processual, tornando-se controversos todos ou alguns dos fatos afirmados pelo autor, caso tenham sido corretamente e por inteiro impugnados.¹³⁰

¹²⁹ “ Aos poucos as duas teorias se aproximaram de tal modo que fatos e direito compõem normalmente em conjunto a causa de pedir e identificam a demanda. Não basta alegar fatos: é preciso dar-lhes configuração jurídica: não basta alegar direitos é preciso apontar de que fatos aqueles se originam. De qualquer modo, é a vontade do autor da demanda que deve definir se a postulação se funda em determinados fatos ou em determinados fatos, seja qual for a sua configuração jurídica. “ GRECO, Leonardo. Teoria da ação no processo civil...*op.cit*, p.67

¹³⁰ “A contestação não interfere no objeto do processo (*Streigegenstand*), o qual continua dimensionado pelo pedido contido na petição inicial, mas pode alargar o objeto do conhecimento do juiz, i.é, trazer ao exame deste o fato ou as razões jurídicas novos que o réu vier a alegar não contidos na petição inicial como o pagamento, prescrição, compensação ou mesmo uma nova versão dos fatos alegados na petição inicial.” DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições do direito processual civil. vol III. São Paulo: Malheiros, 2004, p.461.

A contestação não altera o objeto do processo, o qual permanece vinculado ao pedido formulado na inicial, mas pode ampliar o objeto de conhecimento do juiz, podendo o réu apresentar as seguintes defesas: a) negar os fatos alegados pelo autor; b) negar as conseqüências jurídicas dos fatos alegados pelo autor; c) opor fatos novos (impeditivos, modificativos ou extintivos); d) apresentar fatos novos de caráter processual.

A defesa processual é a que tem por objeto discutir os requisitos de admissibilidade da causa com o fim de obstar a apreciação meritória.

A defesa de mérito se caracteriza pela oposição do demandado em relação à pretensão deduzida pela autor. Pode ser direta ou indireta.

A defesa de mérito direta é aquela em que o réu nega o fato constitutivo do direito do autor ou as conseqüências jurídicas decorrentes dos fatos afirmados pelo autor; a indireta é aquela em que o réu opõe um fato extintivo, modificativo ou impeditivo.

Na primeira modalidade de defesa, cumpre ao autor provar o fato constitutivo de seu direito. Não o provando, a parte autora suportará as conseqüências do não-cumprimento do ônus da prova, resultando na improcedência do pedido.

Na segunda modalidade de defesa, incumbirá ao réu fazer a prova dos fatos articulados na contestação e, nessa hipótese, se houver ausência ou insuficiência de prova, o juiz deixará de considerá-lo ao julgar a demanda.

Como observado, o descumprimento adequado da carga de afirmação gera conseqüências desfavoráveis tanto ao autor quanto ao réu.

Mas, sob a perspectiva da deficiência da causa de pedir, as conseqüências poderão ser mais graves para o autor – diante das múltiplas finalidades que cumpre no processo – além do fato de que as questões de ordem pública, como por exemplo, a ausência de pressupostos processuais (art. 267 § 3º CPC) podem ser examinadas de ofício pelo juiz.

Nesse sentido, convém lembrar a distinção entre exceções substanciais e as objeções. As primeiras não podem ser conhecidas de ofício por serem elas espécies de contradireito do réu em face do autor e as segundas podem ser apreciadas pelo juiz ainda que tenham sido levantadas pelo réu.

As objeções, por sua vez, podem ser *substanciais* como é o caso do pagamento ou *processuais* que são aquelas relacionadas às condições da ação e aos pressupostos processuais.

De qualquer modo, o réu poderá sucumbir total ou parcialmente se os fatos apresentados na inicial não forem integralmente impugnados, salvo se a matéria puder ser conhecida de ofício pelo juiz.

O Código de Processo Civil regula sobre as conseqüências da sua inação quanto à carga da afirmação que pesa sobre o réu. Se o demandado não oferecer resposta, operam-se os efeitos da revelia (art. 319, CPC); e se deixar de impugnar algum fato, opera-se a revelia parcial (art. 302, CPC).¹³¹

Além da omissão, a falta de clareza na impugnação pode conduzir o julgador ao reconhecimento da revelia parcial quanto ao fato principal, que pode gerar, em conseqüência, a presunção de veracidade também em relação aos fatos que não tenham sido enfrentados pelo réu.

¹³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno. Tomo II, p. 949.

Nesse sentido, se o réu na ação indenizatória deixa de se manifestar quanto aos danos emergentes, insurgindo-se expressamente apenas quanto aos lucros cessantes e danos morais, caberá ao juiz verificar, primeiramente, se do contexto da defesa não se pode extrair que o réu também tenha se oposto quanto àqueles. Se tiver impugnado o fato ilícito, a falta de impugnação sobre os danos emergentes não poderá gerar a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor e que digam respeito a esses danos. Se, ao revés, o réu não se opuser contra o fato ilícito, os danos emergentes não resultarão controversos já que não estará em contradição com a defesa de maneira global.¹³²

Instaurada a dialética processual, a partir das afirmações introduzidas pelas partes, desenvolve-se a tarefa de individualização do fato qualificado juridicamente como relevante, podendo surgir duas hipóteses:

a) Se o juiz considerar corretamente qualificados os fatos alegados pelas partes, o esquema da decisão proposto pelas partes resultará válido e serão juridicamente relevantes os fatos deduzidos;¹³³

b) Se o juiz considerar incorreta a qualificação jurídica, procederá à individualização das normas aplicáveis aos fatos alegados e poderá entender como relevantes, fatos considerados irrelevantes.¹³⁴

Daí resulta a necessidade da adequação da narrativa dos fatos apresentada pelas partes, dentre outras razões, para o estabelecimento da relevância do fato na solução da causa que, por sua vez, interfere na atividade probatória. Fato que não é considerado como relevante à resolução do litígio não será objeto de prova.

¹³² A posição é defendida por Maria Lúcia L. C. de Medeiros. MEDEIROS, Maria Lúcia L. C. de. A revelia sob o aspecto da instrumentalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.59

¹³³ TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza della prova....op.cit.* p.52.

¹³⁴ *Ibidem*, p 52.

2.1.4- INICIATIVA DAS PARTES: FATOS PRINCIPAIS E SECUNDÁRIOS

A distinção entre fatos jurídicos (principais ou essenciais) e secundários (simples) nos remete à regra legal do art. 131 do Código de Processo Civil para exata compreensão de seu alcance.¹³⁵

Pode-se afirmar, de início, que os fatos jurídicos integram o núcleo da causa de pedir e somente podem ser objeto de prova se tiverem sido afirmados pelas partes. Já os fatos simples exercem papel secundário no campo probatório e, por isso, somente integram o objeto da prova se relacionados com os fatos jurídicos.

A reforma do Código Civil Português segundo Miguel Teixeira de Sousa:

“ocupou-se expressamente do problema da aquisição dos factos relevantes no disposto no art. 264 com o claro intuito de aumentar os poderes do tribunal sobre a matéria de facto e de flexibilizar a sua alegação pelas partes. Como resulta do estabelecimento no art.264, a solução legal baseia-se numa distinção talvez demasiado esquemática, entre factos essenciais, instrumentais e complementares ou concretizadores – os factos essenciais são aqueles que integram a causa de pedir ou o fundamento da excepção e cuja falta determina a inviabilidade da ação ou da excepção; - os factos instrumentais, probatórios ou acessórios são aqueles que indiciam os factos essenciais e que podem ser utilizados para aprova indiciária destes últimos; finalmente, os factos complementares ou concretizadores são aqueles cuja falta não constitui motivo de inviabilidade da acção ou da excepção, mas que participam de uma causa de pedir ou de uma excepção complexa e que, por isso são indispensáveis à procedência dessa ação ou excepção.”¹³⁶

¹³⁵ A distinção foi enfrentada na dissertação intitulada “ A atividade probatória das partes e do juiz” por mim defendida em 2004 no curso de mestrado na Universidade Gama Filho.

¹³⁶ SOUSA, Miguel Teixeira de. *op.cit*, p. 175/176. Sobre a diferença entre fato principal e fato secundário, vale transcrever a lição de Michele Taruffo:“*si tratta della distinzione che vede da um lato i fatti che usualmente vengono definiti “ principali”, “giuridici”, “giuridicamente rilevanti” o “costitutivi” (e allora anche estintivi, impeditivi o modificativi) allo scopo di sottolineare la funzione giuridica di quelle circostanze che sono indicate nella protasi della norma applicabile, e che quindi rappresentano la condizione o il presuposto per il verificarsi degli effetti giuridici previsti dalla norma. L altro termine della distinzione è costituito dai fatti che usualmente si chiamano “secondari” o “semplici”, che si distinguono dai fatti principali in quanto non ricevono alcuna qualificazione giuridica. Essi acquistano significato nel processo soltanto in quanto se ne possa trarre qualche argomento intorno allá verità o falsità di um enunciato vertente su um fatto principale*”TARUFFO, Michele. La Prova

O fato principal, num primeiro sentido, equivale à hipótese concreta apta a produzir os efeitos previstos pela norma que é usada como critério de seleção e qualificação; num segundo sentido, equivale à hipótese em que a situação conducente ao êxito da decisão resulta provada. Neste sentido, o fato principal opera como pressuposto da decisão do direito.¹³⁷

Fatos simples são aqueles que levam à conclusão de que efetivamente ocorreu o fato jurídico; e, por isso, somente ganham dimensão no âmbito do processo se o autor não obtiver êxito na produção da prova direta do fato principal, devendo recorrer à comprovação do fato secundário a fim de que o julgador possa formar um juízo de verossimilhança acerca daquele.

Assim, se individualizada uma circunstância fática que é logicamente relevante para o acerto do fato principal, aquela questão de fato não pode ser desprezada como elemento probatório. Portanto, o fato secundário ou fato simples assume importância no contexto probatório, posto que serve à prova do fato principal.

Os fatos simples não são alcançados pela regra da eventualidade já que não influenciam na delimitação da causa de pedir, podendo ser alterados no curso da demanda.

Na conclusão de Guilherme Freire de Barros Teixeira:

“destarte, conclui-se que o princípio da eventualidade atinge apenas os fatos principais (essenciais ou relevantes) não alcançando os fatos

dei Fatti Giuridici, p. 98. Tradução livre da autora: trata-se da distinção que vê, de um lado, os fatos que usualmente vêm definidos como principais, jurídicos, juridicamente relevantes ou constitutivos (e ainda como extintivos, impeditivos ou modificativos) com o escopo de sublinhar a função jurídica daquelas circunstâncias que são indicadas na norma aplicável e que, portanto, representam a condição ou o pressuposto para verificar aqueles efeitos jurídicos previstos na norma...O outro termo da distinção é constituído dos fatos que usualmente se chamam secundários ou simples, que se distinguem dos fatos principais porquanto não recebem alguma qualificação jurídica. Esses adquirem significado no processo somente enquanto se possa trazer qualquer argumento em torno da verdade ou da falsidade do enunciado que versa sobre um fato principal.

¹³⁷ *Idem*, p.100.

simples (secundários ou acidentais) os quais podem ser alterados no curso do processo, sem que isso provoque modificação da *causa petendi*, não obstante deva ser observada garantia constitucional do contraditório, concedendo-se oportunidade para manifestação do réu sempre que houver alguma alteração ou acréscimo no curso da demanda, mesmo que seja apenas dos fatos simples.”¹³⁸

Resulta, então, que o fato principal pode ser provado direta ou indiretamente, através da demonstração do fato secundário.

A esse respeito, Taruffo alerta:

*“Nel primo caso, l’ esito della prova condiziona direttamente la decisione sue fatto e quindi anche la decisione in diritto che ne è l’ immediata conseguenza. Nel secondo caso, l’ oggetto della prova assume il rulo di premessa per un’ inferenza induttiva, diretta a formulare un giudizio intorno all’ esistenza del fatto principale”.*¹³⁹

No exame do caso concreto, caberá ao juiz avaliar se os novos fatos surgidos no curso da demanda são fatos jurídicos e, por tal razão, deveriam estar descritos na inicial, para que venham a integrar a atividade probatória. Entretanto, se os fatos se caracterizam como simples, poderão ser objeto de prova ainda que não tenham sido articulados pela parte.

A introdução de fato simples, *a posteriori*, não produz modificação alguma na determinação da causa de pedir, seja porque se trata de circunstância periférica, seja pela natureza da demanda.¹⁴⁰, referindo-se o citado art.131 aos fatos simples.

¹³⁸ TEIXEIRA. Guilherme Freire de Barros. *op.cit.* p. 171

¹³⁹ TARUFFO, Michele. *Studi Sulla Rilevanza della Prova*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1970, p. 29/30. Tradução livre da autora: No primeiro caso, o êxito da prova condiciona diretamente a decisão sobre o fato, e depois, a decisão sobre o direito que é a sua imediata consequência No segundo caso, o objeto da prova assume o caráter de premissa para uma inferência indutiva direta a formular um juízo em torno da existência do fato principal.

¹⁴⁰ Cruz e Tucci ensina que não há modificação da causa de pedir naquelas ações caracterizadas pela constância, quaisquer que sejam os fatos secundários narrados de um único fato gerador da pretensão deduzida pelo autor. É o que ocorre na ação de investigação de paternidade. Se, por exemplo, o autor se baseia no concubinato (art. 363 I do CC), nada impede que, no curso da demanda, sejam invocadas as relações sexuais (art. 363 II do CC) havidas entre o réu e a mãe do autor, uma vez que a *causa petendi*, substanciada pelo *fato essencial*, continua sendo a procriação. CRUZ e Tucci, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*, p.201

Note-se que um fato circunstancial alegado pela parte pode se apresentar como irrelevante, de plano, ou convolar-se como tal após a instrução.

141

Do mesmo modo, um fato irrelevante, de início, pode convolar-se em fato principal no curso da demanda, a depender das situações ocorrentes no processo capazes de alterar a dialética processual inicialmente formada.

Sublinha Taruffo sobre a existência de uma espécie de “reserva de fato potencialmente relevante” quando ocorre uma mutação no critério de relevância na análise do caso concreto.

Confira a esse respeito:

*Sotto un certo aspetto si può dire allora che l'insieme indeterminato e residuo della circostanze irrilevanti è in realtà una specie di **riserva di fatti potenzialmente rilevanti**, alla quale si può attingere (o che entra comunque in gioco) qualora vi sia un mutamento nel criterio di rilevanza, ossia della norma che si impiega come sistema de riferimento per l'analisi del caso concreto”.*¹⁴²

Há que considerar, ainda, que as partes apresentam versões distintas sobre o mesmo fato, atribuindo a este, tanto o autor quanto o réu, diversa qualificação jurídica, fazendo alterar a categorização da situação fática.

¹⁴¹ Cândido Dinamarco fornece o seguinte exemplo: “Nego a autoria do dano, alegando que não estava sequer no país quando ele aconteceu e indicando o verdadeiro causador; se depois consigo provar a ausência por documentos hábeis (passaporte carimbado, notas fiscais de hotéis etc...), por que alongar a instrução com a tentativa de comprovar a verdadeira autoria? O fundamento da defesa era simplesmente a negativa da autoria e a indicação do causador, mera circunstância invocada em abono dessa negativa. Se inicialmente estava no objeto da prova, esse fato circunstancial agora será excluído dele”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições.....* vol. III, p.67/68.

¹⁴² TARUFFO, Michele. *La Prova dei Fatti Giuridici*, p. 102. Tradução livre da autora: Sob um certo aspecto se pode dizer agora que junto indeterminado e residuo da circunstância irrelevante é em realidade uma espécie de reserva de fato potencialmente relevante a qual se pode atingir (ou que entra de qualquer maneira em jogo) quando se vê uma mutação no critério de relevância, ou seja, da norma que se emprega como sistema de referência para análise do caso concreto.

Adverte Taruffo que a individualização do fato qualificado como relevante resulta, portanto, de uma síntese das diversas versões sobre o mesmo fato, mas a versão final e definitiva é aquela adotada pelo juiz em sede de decisão após o estabelecimento da relação entre o fato e a norma.

Nessa perspectiva, a tarefa de delimitação entre fato principal e fato secundário¹⁴³ pelo juiz é assaz importante para evitar a violação do contraditório, com a surpresa da parte pela superveniência de fatos que devam ser considerados como principais, sobre os quais o adversário não teve oportunidade de se pronunciar e apresentar contraprova.

2.1.5- *Iura novit curia*

Adotada a teoria da substanciação, o Autor na petição inicial deverá expor os fatos principais bem como as conseqüências jurídicas daí decorrentes, aplicando-se em relação à qualificação jurídica o aforismo *iura novit curia*, o que implicaria em linha de princípio conferir ao juiz liberdade na aplicação do direito.¹⁴⁴

¹⁴³ Na aplicação do princípio da eventualidade, concluiu Guilherme Freire de Barros Teixeira que “ atinge apenas os fatos principais (essenciais ou relevantes) não alcançando os fatos simples (secundários ou acidentais), os quais podem ser alterados no curso do processo, sem que isso provoque a modificação da causa *petendi*, não obstante deva ser observada a garantia constitucional do contraditório, concedendo-se oportunidade para manifestação do réu sempre que houver alguma alteração ou acréscimo no curso da demanda, mesmo que seja apenas dos fatos simples.” TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. O princípio da eventualidade no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.171

¹⁴⁴ Neste sentido, lembra Luiz Guilherme Marinoni: “ Embora o *nomen juris* o fundamento legal porventura invocado pelo autor possa influenciar o raciocínio do julgador, não há qualquer impedimento dada a incidência do aforismo *iura novit curia*, a que este requalifique juridicamente a demanda emoldurando-a em outro dispositivo de lei: o juiz goza de absoluta liberdade dentro dos limites fáticos aportados no processo, na aplicação do direito sob o enquadramento jurídico que entender pertinente (art. 126).” CRUZ E TUCCI, José Rogério. A causa *petendi* no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.160. Igualmente José Roberto dos Santos Bedaque assinala que: “ A tipificação dos fatos pelo autor é irrelevante, pois se ele categorizou mal, do ponto de vista do direito, os fatos que narrou, pouco importa, pois o juiz conhece o direito e deve categorizá-lo com acerto. E se os fatos incorretamente categorizados, autorizam o pedido que foi feito, nenhum prejuízo pode decorrer para o autor do deslize técnico de seu advogado. Inversamente se categorizou bem e pediu mal, em nada lhe aproveita ter sido exato na categorização dos fatos pois que o juiz está adstrito ao pedido formulado sem poder corrigi-lo de ofício.” CRUZ E TUCCI, José Rogério e BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.32.

Todavia, a doutrina processual mais abalizada não admite o enquadramento jurídico *ex officio* por considerar que em tal hipótese existiria grave violação ao contraditório.

“Na verdade, a aplicação do *iura novit curia* não pode implicar desvirtuamento da vontade do autor quanto à fixação dos limites da *res in iudicium deducta*. Se o autor alegou comodato, o juiz não pode decidir o pedido com base em locação. Se os fatos não caracterizam o comodato, mas a locação, o pedido de entrega da coisa deve ser julgado improcedente...”¹⁴⁵

Fritz Baur levanta duas questões sobre o tema que ora se transcreve:

“ 1- Fica o Tribunal vinculado quando o autor (ou ambas as partes) solicitam que o exame dos fatos seja somente sob um certo aspecto jurídico ?

2- O Tribunal fica vinculado quando as opiniões das partes concordam a respeito de uma certa questão de direito?”¹⁴⁶

Respondendo às indagações, o autor alemão ressalta a existência de posições divergentes mas afirma: “Uma coisa é certa, ou seja, que em ambos os casos, ou, pelo menos no segundo caso que o poder de decidir do juiz está limitado tendo em vista a demanda, restritamente e isto em fazendo a aplicação da dicção *iura novit curia* no sentido do monopólio do Tribunal de aplicar a lei.”¹⁴⁷

Aliás, se a questão fática incontroversa dispensa a produção de prova, podendo o juiz tomar o fato como verdadeiro, porque a questão jurídica sobre a qual são concordes as partes não poderia servir de limitador à apreciação judicial?

¹⁴⁵ GRECO, Leonardo. A teoria da ação no processo civil...*op.cit.* p.59. O autor adverte que o autor não pode ser impedido de, com base nos mesmos fatos, propor a entrega com base na locação nem obrigado a ver julgado o seu pedido com base em direito diverso do voluntariamente invocado.”*Idem, ibidem*

¹⁴⁶ BAUR, Fritz. Da importância da dicção “*iura novit curia*”. São Paulo: Revista de Processo nº 3, jul/set 1976 p.172

¹⁴⁷ *Idem, ibidem*

A esse respeito, Fritz Baur assevera que:

“o juiz deve sempre procurar conhecer a verdade material, mas somente no domínio que as partes a submetam para decisão. Inexiste qualquer lugar para “curiosidade do juiz” no processo civil. A “dignidade” do Tribunal não é colocada em jogo em função do que se disse. Pois, na verdade no processo civil existem direitos privados das partes estão em jogo. A lei teve o cuidado de prever a aplicação do princípio de instrução oficiosa onde os interesses públicos sejam tocados de u’a maneira considerável, limitando, desta forma, e aqui a liberdade das partes de disporem dos fatos submetidos ao juiz.”¹⁴⁸

Mas, se ponderarmos a aplicação do *iura novit curia* sob o enfoque da deficiência da causa de pedir é fácil visualizar que o incorreto enquadramento jurídico da *fattispecie* concreta, além de prejudicar a dialética processual – o réu defende-se de um fato constitutivo narrado como se existisse uma locação, quando em verdade o autor pretendia qualificá-lo como comodato – conduz o julgador a aplicar a norma jurídica de forma equivocada.

Por outro lado, o enquadramento *ex officio* somente seria admissível na hipótese em que o autor afirmou na inicial os requisitos configuradores da locação de forma a permitir a apresentação da defesa pelo réu, embora tenha nominado o fato como comodato. Também é possível a qualificação jurídica diversa pelo juiz quando o autor afirmou a existência do comodato, mas o réu defendeu-se do fato narrado na inicial – locação - qualificando-o corretamente.¹⁴⁹

¹⁴⁸ BAUR. Fritz. *op.cit.* p. 175

¹⁴⁹ Juan Picó I Junoy fornece o seguinte exemplo admitindo a nova qualificação jurídica pelo juiz quando a parte por erro invoca a aplicação de uma regra jurídica que não se aplica aos fatos narrados na inicial. “Asi, por ejemplo, si el actor solicita una determinada cantidad de dinero em virtud del incumplimiento de un contrato de préstamo, alegando y probando todas las circunstancias que configuran este tipo contractual, pero por error apoya su pretensión en el art.1538 CC-permuta – o 1445CC – compraventa – en vez del art.1740CC – préstamo – el juez ex officio podrá estimar la demanda aplicando correctamente el art. 1740 CC aunque no haya sido invocado por el actor, pues el planteamiento o enfoque jurídico formulado por el actor fue el de hacer valer la existencia de un contrato de préstamo (y no otro como el de permuta o compraventa). Sin embargo, ante el mismo supuesto anteriormente planteado, el juez no puede entender que se ha incumplido un contrato de compraventa y condenar al demandado al pago del dinero reclamado por el actor, pues ello afectaría directamente en el planteamiento o enfoque jurídico formulado por el actor y respecto del cual se ha defendido el demandado, por lo que su estimación le causaría un evidente indefensión.” JUNOY. Joan Picó I. *La modificación de la demanda en el proceso civil. Reflexiones sobre la prohibición de mutatio libelli*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006, p.33/34

Quanto à primeira questão levantada por Fritz Baur, é de se notar que se apenas o autor solicita que uma determinada questão seja examinada sob um certo aspecto jurídico, a vulnerabilidade técnica ou econômica da parte pode ter influenciado na seleção equivocada do aspecto jurídico a ser enfrentado em sede judicial. Pode-se chegar à mesma conclusão quando ambas as partes não se encontram assistidas por profissionais experientes.

Aliás, a doutrina processual já se direciona neste caminho, quando defende a submissão da nova qualificação jurídica dos fatos ao crivo do contraditório: obrigar o juiz a ouvir as partes sobre a qualificação pretendida, facultando-lhe novas alegações e novas provas.¹⁵⁰

Leonardo Greco nos remete à solução adotada na *Ley de Enjuiciamiento Civil* (art.1.218 § 2º da Lei nº 1 de 2000) segundo a qual “ *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.*”¹⁵¹

Menciona, ainda, o autor que “ a jurisprudência do Tribunal Supremo a Espanha deixa claro que a regra *iura novit curia* significa: 1º que o direito independe de prova; 2º que o juiz pode e deve aplicar o Direito que conhece, sempre que se atenha ao fundamento genuíno da pretensão”¹⁵²

¹⁵⁰ Aliás, o art. 3º, 3, CPC do CPC Português dispõe expressamente que: “ O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre ela se pronunciarem.”

¹⁵¹GRECO, Leonardo. A Teoria da ação no processo civil. São Paulo: Dialética, 2003. p.57/62

¹⁵² GRECO, Leonardo. A teoria da ação no processo civil...*op.cit.* p. 62 Carlos Alberto Alvaro de Oliveira defende que seja dado às partes prévio conhecimento sobre a nova qualificação jurídica. “O diálogo judicial torna-se, no fundo, dentro dessa perspectiva, autêntica garantia de democratização do processo a impedir que o poder do órgão judicial e a aplicação da regra *iura novit curia* redundem em instrumento de opressão e autoritarismo servindo às vezes a um mal explicado tecnicismo com obstrução à efetiva e correta aplicação do direito e à justiça do caso.” OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil...*op.cit.* p.168

Conclui que o litígio posto em juízo não é o litígio *in natura* mas aquele circunscrito às circunstâncias fáticas expostas pelo autor, devendo aplicar-se restritivamente o *iura novit curia* em respeito ao princípio da demanda e às liberdades das partes.¹⁵³

De qualquer modo, na aplicação do *iura novit curia* exige-se o estabelecimento de uma relação dialógica entre o juiz e as partes para a adequada qualificação jurídica do fato principal.

Como bem salientado por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

“O diálogo judicial torna-se no fundo, dentro dessa perspectiva, autêntica garantia de democratização do processo a impedir que o poder do órgão judicial e aplicação da regra *iura novit curia* redundem em instrumento de opressão e autoritarismo servindo às vezes a um mal explicado tecnicismo, com obstrução à efetiva e correta aplicação do direito e à justiça do caso.”¹⁵⁴

2.1.6 - A REGRA DA ESTABILIZAÇÃO DA DEMANDA E O PRINCÍPIO DA EVENTUALIDADE

Pela regra da eventualidade, que decorre logicamente da teoria da substanciação, cabe às partes trazer aos autos todas as afirmações de fato ou de direito, cumulando o réu todas as defesas, sucessivamente, ainda que incompatíveis entre si.¹⁵⁵

¹⁵³ GRECO. Leonardo. A teoria da ação....p.62

¹⁵⁴ OLIVEIRA. Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo....p.168

¹⁵⁵ Sobre a observância ao princípio da eventualidade, confira: “A autorização da regra da *eventualidade* prevista no art.300 do CPC permite a cumulação eventual de defesas incompatíveis entre si, tal como na *cumulação eventual de pedidos* em que o autor pode formular pretensões que se repelem, uma vez que nas as deduz para serem acolhidas integralmente”. FUX, Luiz. Curso de Direito Processual. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 547. “Não se encontra expressa no código a possibilidade de as partes trazerem razões contraditórias e/ou incompatíveis. No nosso CPC a expressão legal do princípio está nos arts.282 e 283 que obrigam o autor a articular fatos, fundamentos jurídicos e requiere provas já na petição inicial. É lícito formular mais de um pedido em ordem sucessiva (art.289). Quanto ao réu, encontram-se nos arts. 300 e 301 que determinam a obrigatoriedade de todas as matérias de defesa, inclusive as formais.”PORTANOVA, Rui. Princípios do processo civil. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008, p.132. Junior Alexandre Moreira sobre a preclusão

Acolhendo tal regra, o nosso processo civil buscou preservar o contraditório permitindo à parte contrária o prévio conhecimento sobre as alegações do adversário, ao mesmo tempo em que impede o prolongamento excessivo da demanda com a apresentação de fatos, argumentos e novos pedidos durante o caminhar da relação processual.

Na correta observação de Ricardo de Barros Leonel:

“o nexa existente entre preclusão e eventualidade se mostra claro na medida em que: a) a adoção de preclusões e da regra de eventualidade são pressupostos para um sistema caracterizado pelo direcionamento dos atos procedimentais ao escopo final do processo (prolação da sentença)b) não é viável imaginar um sistema que adote a regra da eventualidade; encaminhando o processo para seu fim, sem que fiquem estabelecidas preclusões que impeçam, assim, os retrocessos nos atos e fases procedimentais c) a recíproca é verdadeira pois não há como pensar na adoção de preclusões sem que de alguma forma se apresente em maior ou menor intensidade, a regra da eventualidade.”¹⁵⁶

De outro ângulo, o nosso sistema processual impõe a estabilização da demanda após a apresentação da contestação podendo o autor modificar a causa de pedir e o pedido desde que haja anuência do réu (art. 264, CPC), impedindo o parágrafo único do referido dispositivo a introdução de fatos novos após o saneamento do processo.

Milton Paulo de Carvalho afirma que a estabilização do processo tem duplo fundamento:

“um particular, com efeitos privados, consistente na realização prática do princípio da lealdade processual, o qual não consiste apenas na fidelidade à verdade, mas compreende a colocação clara e

acentua: “A preclusão, em estreitíssima relação com a eventualidade, apresenta-se como importante garantia aos litigantes, até mesmo porque, podem com a adoção dessa regra, ter a certeza de que após aquela fase previamente determinada para a produção de uma específica alegação, não serão surpreendidos com outras, pelas quais não se empenaram em se defender. Da mesma forma, a adoção por um determinado ordenamento, da regra da eventualidade, privilegiará, em última análise, o princípio do contraditório.” PINTO, Junior Alexandre Moreira. *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.94

¹⁵⁶ LEONEL. Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido. O direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006, p.122

precisa dos fatos e dos fundamentos jurídicos, por ambas as partes, de sorte que quem se defenda conheça integralmente a violação do direito que lhe é atribuída e os meios de prova para confirmar tal violação, e o que acuse conheça os meios articulados pela defesa, bem assim a prova respectiva, de modo a não se surpreender, nem um, nem outro, com alegações novas de fatos ou indicação de provas imprevistas. O outro fundamento da estabilização do processo é o do “interesse público da boa administração da justiça, que deve responder de maneira certa e definida à provocação consistente no pedido do autor.”¹⁵⁷

Por outro lado, Heitor Vitor Mendonça Sica abordando as críticas ao princípio da eventualidade observa que “em causas muito complexas seria exigir demais dos litigantes que tivessem absoluta certeza, de antemão, de todas matérias de ataque e de defesa que deveriam utilizar o que só ocorreria à vista do resultado da prova.”¹⁵⁸

Assim, a aplicação rígida da regra da eventualidade¹⁵⁹ pode comprometer seriamente a justiça da decisão considerando que o cumprimento da carga da afirmação sofre os reflexos das condições sociais e econômicas das partes envolvidas no conflito.

Além disso, a falta de apresentação do fato pelo autor na demanda originária não impede que seja posto novamente em juízo em outra ação, resultando daí que o julgamento daquela demanda não atingirá seu maior escopo – que é o de pacificar o conflito de interesses - permanecendo o estado de tensão entre as partes pela possibilidade de ajuizamento de nova ação entre as mesmas partes.

¹⁵⁷ CARVALHO. Milton Paulo de. Do pedido no processo civil. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, p.122

¹⁵⁸ SICA. Heitor Vitor Mendonça. Preclusão Processual Civil. São Paulo: Atlas, 2006, p.172

¹⁵⁹ “ Assim, parece claro que a solução do problema emerge de um meio-termo entre o rigor estrito e a absoluta elasticidade. Se analisarmos alguns sistemas processuais europeus atualmente vigentes, veremos que esse é o caminho que vem sendo adotado já que o princípio da eventualidade embora presente passa a ostentar alguns temperamentos. Assim se viu na Alemanha (em que o § 296 da ZPO permite ao juiz aceitar alegações tardias se não houver risco de atraso na marcha do processo), Itália (cujo art. 167 2ª comma com redação dada pela lei nº 534/1995 afrouxou a regra da eventualidade para o réu, e , de uma forma geral, novas alegações podem ser aceitas, por exemplo se a versão fática e as provas apresentadas pelo réu exijam resposta do autor) e Portugal (em cujo processo se permite aportar matéria de fato com muito maior liberdade, bem como alterar pedido e causa de pedir em diversas situações) *Idem*, p.175

Note-se que a dialética processual pode repousar sobre um jogo extenso e reiterativo a partir da superposição de fatos com eficácias diferentes. Para tais casos, Rosenberg utiliza a expressão *normas impeditivas del impedimento* ou *destructivas del impedimento*.¹⁶⁰

Nessa linha de pensamento, o ônus de afirmar acompanha as partes durante todo o *iter* processual e por seu caráter dinâmico faz nascer para o litigante o encargo de provar fatos impeditivos da eficácia dos fatos alegados pelo adversário.

Com a sucessão de afirmações feitas pelas partes, a carga da prova não permanece igual a do início da demanda e nem se sedimenta com a contestação¹⁶¹ — caso seja oferecida defesa indireta de mérito¹⁶², pois terá o autor o ônus de negar o que foi afirmado ou apresentar fatos capazes de afastar a produção dos efeitos jurídicos decorrentes daqueles fatos trazidos pelo réu. Daí resulta que poderá recair sobre a parte o ônus de provar determinado fato que antes inexistia.

A dinamização da carga da afirmação já indica — ainda que de forma implícita — o rompimento da regra de imutabilidade da demanda, pois o autor ao manifestar-se sobre os fatos deduzidos na contestação pode apresentar outros — embora o faça para aniquilar os efeitos decorrentes daqueles alegados pelo réu — introduzindo fato novo na demanda.

¹⁶⁰ ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba* Buenos Aires:Ediciones Jurídicas Europa, p. 96.

¹⁶¹ Certamente, o ônus de afirmar tem lugar de destaque na inicial e na contestação, mas a lei confere às partes a possibilidade de apresentar fatos — ainda que não essenciais — sobre os quais a parte poderá manifestar-se, introduzindo outros fatos, como sói ocorrer — além da hipótese em que há oferta de defesa indireta de mérito — quando a parte instada a se pronunciar sobre os novos documentos juntados pelo adversário (art.396 CPC), nega a eficácia jurídica de um determinado documento, arguindo, por exemplo, a falsidade de sua assinatura.

¹⁶² Sob esse enfoque, se na contestação o réu alega fato impeditivo, modificativo ou extintivo, nasce para o demandante o ônus de afirmar fatos (art.326 do CPC), capazes de aniquilar, modificar ou impedir os efeitos jurídicos resultantes daqueles fatos.

Por outro lado, a possibilidade contínua de apresentação de argumentos e fatos gera incertezas no caminhar do processo com agravamento, por vezes, do conflito entre as partes. Daí a importância do estabelecimento de prazos processuais¹⁶³ bem como a fixação do momento de estabilização da demanda – que na atualidade revela-se precoce, não deixando margem à superação das desigualdades existente entre as partes que precedem à existência do processo.

Como já ventilado, é a flexibilização de determinadas regras processuais que permitirá a formação de uma decisão justa. “ A partir do momento em que a solução da demanda não está adstrita aos limites impostos pela petição inicial e pela contestação, pode o juiz quando da prolação da sentença, utilizar como pacificação da situação litigiosa fatos, argumentos e circunstâncias surgidas no decorrer da causa.”¹⁶⁴

2.1.6.1- Caso concreto em exame: fato novo e princípio da eventualidade

O Ministro Sidnei Benetti, relator do recurso especial nº 1072988/MG interposto por Catalão Veículos Ltda contra acórdão proferido pelo extinto Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, esclareceu em seu voto que a recorrida “ adquiriu o veículo novo à concessionária de veículos ora recorrente no dia 20/05/2002, mas recebeu em sua casa, notificação de trânsito relativa à infração cometida no dia 19/05/02 por trafegar com o velocímetro desligado.”¹⁶⁵

¹⁶³ A preclusão é instituto fundamental para o bom desenvolvimento do processo, sendo uma das principais técnicas para a estruturação do procedimento e, pois, para a delimitação das regras que compõem o formalismo processual. A preclusão apresenta-se, então, como um limitador do exercício abusivo dos poderes processuais das partes bem como impede que questões já decididas pelo magistrado possam ser reexaminadas evitando-se com isso o retrocesso e a insegurança jurídica. DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. Bahia: Juspodium, 2009, p.279

¹⁶⁴ PINTO. Junior Alexandre Moreira. *A causa petendi* e o contraditório. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.127

¹⁶⁵ Resp 1072988 / MG RECURSO ESPECIAL 2008/0153048-9 Ministro SIDNEI BENETI (1137) TERCEIRA TURMA 14/04/2009 CIVIL E PROCESSO CIVIL.

Assim, “entendendo que lhe havia vendido veículo usado como se fosse novo, requereu danos morais bem como o desfazimento do negócio.”

A sentença julgou improcedentes os pedidos, reformando-a parcialmente o Tribunal de origem para autorizar a rescisão do contrato, entendendo que o fato de o veículo ter “rodado” por duzentos quilômetros no mínimo, o descaracterizava como veículo novo “0 km.”

Prosseguindo, o relator assinalou:

“A questão que se apresenta, portanto, é saber se a utilização e depreciação do veículo deveriam ter sido necessariamente, consideradas pelo Tribunal de origem ao julgar procedente o pedido de rescisão contratual nos termos do art. 462 do CPC, ou se, ao contrário, tal circunstância deveria ter sido destacada pela concessionária em seu contrato.”

Concluiu, então, o relator que tanto a depreciação quanto a fruição do veículo pela autora são circunstâncias que poderiam ter sido deduzidas na contestação.

Confira o seu entendimento:

“No caso dos autos, a depreciação do veículo bem como a sua fruição pela autora, constituem, indubitavelmente, circunstâncias que se desenvolveram ao longo do processo, mas que advieram de um fato bem determinado no tempo: a tradição do veículo ocorrida em 27/02/02, antes, da propositura da ação.

Dessa forma, é forçoso reconhecer que a ré já podia, ao tempo da contestação, antever a depreciação e fruição do veículo que

RESCISÃO CONTRATUAL POR VÍCIO DO PRODUTO. RESTITUIÇÃO DO PREÇO PAGO. DECOTE DO VALOR REFERENTE À DEPRECIÇÃO E FRUIÇÃO DO BEM. PRINCÍPIO DA EVENTUALIDADE. FATO NOVO NÃO CARACTERIZADO. CONHECIMENTO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE.

Na ação de rescisão contratual por vício do produto, a depreciação e utilização do bem pelo adquirente, quando decorrentes da tradição, são circunstâncias que podem ser divisadas desde a propositura da demanda. A pretensão de que o valor referente ao deságio seja considerado, se eventualmente julgado procedente o pedido de restituição do valor pago, deve ser apresentada pela parte interessada na contestação em homenagem ao princípio da eventualidade. As circunstâncias destacadas não configuram, na espécie, fato novo que deva ser apreciado de ofício pelo juiz no julgamento da demanda.

Recurso Especial improvido.

certamente se fariam presentes por ocasião do julgamento da demanda. Não há falar, portanto em fato novo. Cumprida à ré, com efeito, por força do princípio da eventualidade que o juiz na hipótese de procedência do pedido rescisório determinam o abatimento do valor correspondente ao deságio o que não ocorreu.”

In casu, o recorrente foi omissivo em relação às circunstâncias resultantes da permanência do bem móvel em poder da recorrida – fato este incontroverso na demanda.

A hipótese dos autos versa sobre fato preexistente e de conhecimento prévio do réu, ora recorrente, que por não ter sido alegado no momento processual previsto em lei, alterou a decisão final em seu prejuízo já que o abatimento pelo deságio não pode ser reconhecido judicialmente.

A indicada deficiência poderia ter sido superada no curso da demanda mediante complementação dos fatos articulados na contestação já que aquela circunstância – depreciação do veículo – não poderia ser alcançada nem pela regra do art. 462 nem pela regra do art. 303 inciso I, ambos do Código de Processo Civil, modificando o resultado do julgamento.

2.2 – CONSEQUÊNCIAS DA DEFICIÊNCIA NA EXPOSIÇÃO DOS FATOS

2.2.1- CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A consequência mais grave do cumprimento inadequado do ônus de afirmar é a formação de uma decisão que não se revele justa ao caso concreto que pode se revestir de definitividade ou não a depender da fase em que o processo se encontra.

Mesmo nas hipóteses em que é proferida sentença terminativa, o que em determinadas hipóteses permite ao autor a propositura de nova demanda, a

injustiça da decisão pode comprometer a efetividade do direito postulado em juízo.

Outrossim, se o direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva pressupõe um sistema processual aberto à variação procedimental para agasalhar as mais diversas situações fáticas, à parte autora cabe expor adequadamente os fatos de forma a permitir ao órgão julgador verificar a adequação da via processual eleita pelo autor.

Todavia, como já sustentado, a deficiência na narrativa dos fatos pode decorrer, dentre outros fatores, da condição menos favorecida do titular do direito substancial que repercute no cumprimento do ônus de afirmar pela falta de acesso às informações e a profissionais mais experientes.

Embora seja causa de reconhecimento da inépcia da inicial a falta de adequação do meio processual em relação à situação fática narrada na inicial, o art. 284 do Código de Processo Civil que prevê a emenda à inicial deve ser utilizado pelo juiz mesmo após ter sido oferecida a contestação.

Não raro, a deficiência da inicial somente se revela após a contestação, quando os fatos expostos pelo réu demonstram a complexidade da situação fática, por exemplo, a merecer a colaboração do juiz que deve oportunizar ao autor a correção de sua narrativa ou a convolação da via processual para outra mais adequada, abrindo-se prazo ao réu para nova manifestação.

Aliás, a doutrina processual já vem sustentando a aplicação do princípio da fungibilidade no âmbito do procedimento, possibilitando ao juiz proceder à adaptação do rito inicialmente eleito pelo autor.

Este é o pensamento de Fernando da Fonseca Gajardoni:

“Conforme vimos, o procedimento nada mais é do que a combinação lógica e temporal dos atos processuais no âmbito do processo. A razão de ser de todos os procedimentos está na segurança e previsibilidade do sistema. Já os motivos que inspiram sua diferenciação são os mais diversos possíveis, alguns louváveis, outros nem tanto. (cf. item 3.1.2)

Por isso, tendo em vista que os procedimentos derivam da mesma razão de ser, eleito pelo procedimento pela parte, nada impede que o juiz, oficiosamente nos casos de equívoco, e mediante prévia manifestação do interessado nos casos em que o rito eleito for de menor utilidade, proceda a adaptação, aproveitando o instrumental ofertado a bem da tutela dos direitos.

Além disso, mesmo que o procedimento já tenha tido curso pela via equivocada, compete ao magistrado, se respeitados os princípios constitucionais do processo, se esforçar para aproveitar o instrumental, solucionando o conflito apesar da forma não ter sido a tecnicamente perfeita.”¹⁶⁶

Neste sentido, a alteração do rito procedimental mediante emenda à inicial – mesmo após a contestação – representa um *minus* em relação à adaptação do procedimento de ofício pelo juiz.

A entender de modo contrário, há grave ofensa ao princípio da economia processual com grande probabilidade de comprometimento da efetividade da prestação jurisdicional já que a propositura de nova demanda somente poderá ocorrer uma vez proferida a sentença terminativa pelo juiz.

2.2.2 – Os fatos expostos na demanda e a antecipação de tutela

A antecipação de tutela revela-se, cada vez mais, como meio eficaz de proteção do direito substancial perseguido pela parte que pode perecer em virtude de eventual demora na prestação jurisdicional definitiva.

Exige-se para sua concessão, dentre outros requisitos, prova inequívoca idônea capaz de convencer o juiz da verossimilhança das alegações apresentadas pelo autor, além do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou abuso do direito de defesa.

¹⁶⁶ GAJARDONI. Fernando da Fonseca. Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. São Paulo: Atlas, 2008, p.192

Além disso, o autor deve afirmar fatos capazes de afastar a proibição contida no art. 273 § 2º do Código de Processo Civil que pressupõe a demonstração de que a antecipação de tutela pleiteada não alcançará a finalidade para a qual foi criada, vale dizer garantir uma tutela jurisdicional adequada e efetiva ao direito.

Luiz Guilherme Marinoni salienta a importância da aplicação do juízo de probabilidade para o exame do pedido de antecipação de tutela quando em jogo a irreversibilidade dos efeitos da decisão judicial.

Pondera a esse respeito:

“ O princípio da probabilidade consagra a própria lógica da tutela antecipatória contra o *periculum in mora*. Na tutela antecipatória fundada em *periculum in mora* está sempre em jogo um direito provável que pode ser lesado. Assim, a afirmação de que o direito do réu em virtude da tutela antecipatória, pode ser lesado de forma irreparável, não é suficiente para convencer alguém – que esteja caminhando sobre os trilhos da boa lógica – de que a tutela antecipatória não pode ser concedida. Admitir que a tutela antecipatória está obstaculizada, apenas porque sua concessão pode trazer um dano irreversível ao réu é esquecer que a própria tutela antecipatória pressupõe que o direito do autor pode ser lesado e, mais do que isso, que o direito do autor é provável. Portanto, cair na armadilha de que a tutela antecipatória não pode ser admitida apenas porque pode causar dano irreparável ao réu é desprezar a obviedade de que não tem cabimento se impedir a tutela adequada de um direito provável para se proteger um direito improvável.”¹⁶⁷

De qualquer modo, o juízo de ponderação a ser exercido pelo juiz para verificação da irreversibilidade de que cuida o art.273 § 2º do Código de Processo Civil exige a correta afirmação dos fatos pelas partes.

Assevera Fernando Gama de Miranda Netto comparando o perigo de irreversibilidade jurídica e fática:

“ Já o perigo de irreversibilidade fática exige maior exame. A rigor, é impossível retornar ao estado de coisas anterior, porque o tempo

¹⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.157

não volta. O juiz, aqui, deverá prever se, deferindo a medida liminar, poderá, na sentença, repor as coisas o mais próximo possível de seu estado anterior na hipótese de improcedência do pedido.”¹⁶⁸

Na atualidade, a doutrina processual mais moderna recomenda ao juiz no exame do pedido antecipatório procurar algo diverso e menor do que o resultado prático pretendido na sentença. Vale dizer, modifica-se a tutela na estrita medida de sua necessidade, atenuando-se (mas não anulando) o princípio da correlação (ou congruência).¹⁶⁹

Gustavo de Medeiros Melo traz alguns casos discutidos no ambiente acadêmico para ilustrar o posicionamento ora defendido, dentre os quais, citamos a seguinte hipótese:

“ Requeceu-se a destituição provisória do administrador de uma dada empresa que estava levando à beira da falência, segundo se alegou na inicial. O órgão judicial, porém, entendeu mais condizente com o quadro fático demonstrado e com o objetivo da diligência autorizar a instituição de uma comissão fiscalizadora para atuar junto ao setor em que funciona o agente suspeito. A medida boa ou má, foi menos drástica ao funcionamento da empresa.”

Note-se que a adequada descrição dos fatos em conjunto com a prova apresentada pelo autor compõem o quadro fático/probatório indispensável à concessão da tutela antecipatória, mormente quando se pleiteia o provimento de urgência sem a audiência da parte contrária.

Em que pese a possibilidade criada pela doutrina mais abalizada de aplicação de fungibilidade entre o provimento pleiteado de início e aquele que veio a ser efetivamente deferido pelo órgão judicial ¹⁷⁰, se os fatos não estiverem narrados com precisão e em sua inteireza, o juízo de adequação da

¹⁶⁸ NETTO, Fernando Gama de Miranda. A ponderação de interesses na tutela de urgência irreversível. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2005, p.91

¹⁶⁹Cf MELO. Gustavo de Medeiros. O Princípio da fungibilidade no sistema de tutelas de urgência – Um departamento do processo civil ainda de carente de sistematização São Paulo: Revista Forense, jul/ago 2003, p.96

¹⁷⁰ MELO. Gustavo de Medeiros. *op. cit.* p.96

medida judicial que melhor se aplica ao caso concreto poderá ser contaminado pela deficiência na exposição dos fatos.

Por outro lado, se o ônus de afirmar não for cumprido adequadamente pelo réu, tornando ao menos duvidosa a verossimilhança das alegações apresentadas pelo autor, resultará comprometido o juízo de modificação ou de revogação da tutela antecipatória.

Além disso, caso não sejam impugnados todos os fatos narrados pelo autor, poderá incidir a regra prevista no art. 273 § 6º do Código de Processo Civil que prevê a possibilidade de deferimento da antecipação de tutela quando um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles, mostrar-se incontroversa.

A tutela jurisdicional somente poderá se revelar efetiva em relação à situação fática posta em juízo se a narrativa dos fatos demonstrar um correto juízo de adequação entre o direito substancial que se afirma violado e a eficácia do mecanismo processual eleito pela parte para proteção de seu direito.

Neste sentido, observa Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

“A situação substancial também interfere na adoção da tutela jurisdicional, aspecto que mais de perto interessa ao tema deste ensaio, pois sempre existe uma relação de adequação entre a maneira como se efetiva o direito material e os meios por ele empregados. Além disso, a eficácia e os efeitos da tutela jurisdicional são fortemente influenciados pela eficácia e efeitos decorrentes das normas materiais e do sistema que delas advém.”¹⁷¹

2.2.3 – CASO CONCRETO EM EXAME: INADEQUAÇÃO DO FATO AO PROVIMENTO JURISDICIONAL PRETENDIDO

Nos embargos de divergência opostos pela recorrente Lanchonete e Bar Sorvetão Ltda foi examinada pelo Superior Tribunal de Justiça a

¹⁷¹ OLIVEIRA. Carlos Alberto Alvaro de. Direito material, processo e procedimento *in* Processo e constituição....*op.cit.* p.773

possibilidade de emenda à inicial pelo autor após a contestação, sendo que foram proferidos votos divergentes no julgamento do recurso.

Lanchonete e Bar Sorvetão Ltda ajuizou ação cautelar contra Bradesco S/A, requerendo a “ manutenção dos serviços prestados (fl.03) com a preservação dos “ depósitos mensais dos valores de pagamento com os reajustes admissíveis na espécie” (fl.03), além da exibição de contrato celebrado.¹⁷²

Contestada a ação pelo réu, o magistrado de primeiro grau extinguiu o feito sem julgamento do mérito por inépcia da inicial, sob o seguinte fundamento:

“É evidente a inadequação da via eleita, porque não pode o suplicante pretender por meio do pedido cautelar a manutenção do contrato firmado entre as partes, nem tão pouco pode depositar as quantias que entende justas, porquanto há procedimento especial para tal finalidade.”

A 16ª Câmara Cível do Estado do Rio de Janeiro reformou a sentença, constando na ementa do acórdão que houve desatendimento ao disposto no art. 284 do CPC, declarando em seu voto a relatora que um dos mais importantes princípios da processualística é o da economia de meios na condução dos fatos.

Foi interposto recurso especial, inclinando-se o relator, Ministro Jorge Scartezzini pela manutenção do acórdão por considerar incompatível com

¹⁷²EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 674.215 – RJ (2006/0279810-1) EMENTA PROCESSO CIVIL. PETIÇÃO INICIAL. EMENDA. Contestada a ação, a petição inicial já não pode ser emendada; a não ser assim, o réu – quem demonstrou o defeito – estaria fornecendo subsídios contra si próprio, em benefício do autor. Embargos de divergência providos. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Ari Pargendler conhecendo os embargos de divergência e os acolhendo, por maioria, conhecer dos embargos de divergência e os acolher, vencidos os Srs. Ministros Relator e Massami Uyeda. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Ari Pargendler. Votaram com o Sr. Ministro Ari Pargendler os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior. Não participaram do julgamento (art. 162, § 2º, RISTJ) os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti, Luis Felipe Salomão e Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região).

a interpretação sistemática e teleológica do sistema processual civil brasileiro o procedimento adotado pelo MM Juiz monocrático que, sem realizar o exame prévio de sua exordial, quando da propositura da ação, deu prosseguimento ao feito, para então após constatar a inadequação, decidir pela extinção do processo sem julgamento do mérito pela inépcia da petição inicial.”

Sustentou aquele relator que:

“bastaria após a emenda da exordial, pela ora recorrida, dar-se oportunidade de manifestação à recorrente acerca do referido ato, assegurando-se assim, o contraditório e a ampla defesa, sem qualquer prejuízo às partes, tampouco nulidade do processo. Caso a emenda realizada leve à inovação do pedido ou causa de pedir, caberá ao juiz realizar o necessário controle jurisdicional, garantindo a estabilidade da demanda.”

Foram então opostos embargos de divergência, alegando o embargante a discrepância de entendimento entre as Turmas que compõem a 2ª Seção sobre a possibilidade de emenda à inicial após a contestação.

Iniciados o julgamento dos referidos embargos, o Ministro Humberto Gomes de Barros, acompanhado pelo Ministro Massami Uyeda, votaram pela rejeição dos embargos sob o fundamento de que não há obstáculo à emenda da petição inicial após a contestação. “Não é impossível que escape ao juiz alguma sutileza capaz de levar o processo à extinção por inépcia da inicial. Mesmo os juízes mais cuidadosos estão sujeitos a equívocos.”

Ainda acentuou o Ministro Humberto Gomes de Barros em seu voto divergente:

“Alertado pelo réu para o defeito que atinja a inicial, o juiz pode acolher a alegação e declarar a inépcia. Mas ao fazê-lo, deve obediência à regra do art. 284 do CPC: o autor deve ser intimado para corrigir o defeito no decêndio legal, sob pena de indeferimento da inicial.

Se a correção do vício demandar alteração substancial do pedido ou da causa de pedir, é dever do juiz preservar o contraditório: o réu poderá, também, “emendar” a contestação, adequando-a à nova realidade da lide.

A demanda que estava estabilizada pela primeira contestação, se desestabilizou com a declaração tardia, pelo juízo da existência do vício capaz de levar ao indeferimento da inicial. Tal instabilidade só se corrige com a intimação ao réu, para querendo adaptar sua contestação.”

Mais adiante, finaliza o mencionado relator: “ A tese contrária , penso, onera as partes, sobrecarrega o Judiciário e agride os preceitos constitucionais da economia processual e de razoável duração do processo.”

Todavia, o Ministro Ari Pargendler votou pelo prevalecimento do acórdão paradigma, ressaltando:

“Formada a relação processual, fica impedida a emenda à inicial à vista do princípio da estabilização da lide; admitir o contrário, resultaria na circunstância de que o réu, quem diligentemente suscitou vícios na inicial, fornecesse subsídios para que o autor a aperfeiçoe.”

Como já observado, o autor pode alegar os fatos relevantes à configuração do direito subjetivo postulado em juízo, mas elege a via processual inadequada à sua pretensão.

Não raro, a inadequação ora ventilada somente poderá ser reconhecida após o oferecimento da contestação, o que não impede a sua correção posteriormente à defesa apresentada pelo réu com incidência da regra do art. 284 do Código de Processo Civil na linha do posicionamento adotado pelo Ministro Humberto de Barros.

De qualquer modo, tal entendimento divergiu da maioria dos julgadores, revelando tal circunstância que a interpretação mais rígida de uma norma processual pode comprometer seriamente a apreciação do conteúdo material da demanda, postergando-o para outro processo pelo reconhecimento da inépcia da inicial.

Disso resulta a necessidade da existência de norma processual expressa autorizativa da correção ou aperfeiçoamento da inicial para permitir a apreciação meritória da causa em tempo razoável, protegendo-se com isso a efetividade da tutela jurisdicional pretendida pelo autor.

2.3- ALTERAÇÃO DOS FATOS INTEGRANTES DA CAUSA DE PEDIR E DA CONTESTAÇÃO

2.3.1 – FATOS CONSTITUTIVOS, EXTINTIVOS OU MODIFICATIVOS SUPERVENIENTES (ART. 462 CPC)

Vale lembrar que embora seja dinâmica a carga da afirmação encontrando lugar de destaque na inicial e na contestação, o nosso sistema processual veda a introdução de fatos novos pelo autor após a estabilização da demanda, salvo se houver a aquiescência do réu. (art..264 CPC).¹⁷³

Se o juiz investiga *ex officio* fatos não articulados pelas partes ou julga diversamente do pedido formulado na inicial, a sentença não é válida.(art. 128,CPC)

Em outros termos, o juiz não pode decidir sobre o mérito da causa fora ou diferentemente dos limites da demanda, sob pena de proferir sentença *ultra* ou *extra petita*¹⁷⁴

¹⁷³ Na defesa da flexibilização da regra da correlação, indagou Junior Moreira Alexandre Pinto: “A partir desta construção, uma dúvida poderia transparecer surgindo no decorrer do processo, fato não invocado em momento oportuno pelo autor porém extemporaneamente introduzido e provado e cujo contraditório foi materialmente exercitado pelas partes, a decisão judicial amparada nesta nova causa estaria acoimada de nulidade? À primeira vista, a questão merece resposta positiva. Aliás, o próprio CPC brasileiro em seu art. 264 veda esta possibilidade.” PINTO, Junior Moreira Alexandre. *A causa petendi* e o contraditório. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.69 Mais adiante, destaca que “ mesmo que ausente da petição inicial, uma causa de pedir introduzida no decorrer do processo em que ambas as partes se manifestaram, debateram e exercitam suas garantias do contraditório e da ampla defesa, se provada, deverá determinar a procedência da demanda, bem como a sentença que a adotou reputar-se-á legítima já que o escopo da correlação foi alcançado”. *Idem, ibidem*.

¹⁷⁴ Esse é um reflexo da rigidez do procedimento no processo civil brasileiro, o qual se desenvolve em fases razoavelmente bem delineadas e não comporta os retrocessos que seriam inevitáveis caso novos fatos, novos pedidos e novos sujeitos pudessem a qualquer tempo ser inseridos no processo pendente. Não sendo possível retroceder para citar outra vez o réu pelos sucessivos aditamentos e para permitir novos atos de defesa complementar seria ilegítimo,

Mas os artigos 131 e 462 do Código de Processo Civil permitem ao juiz a apreciação de fatos não alegados pelas partes surgidos durante o curso da demanda, desde que possam influir no julgamento da demanda.

Quanto ao primeiro dispositivo (art. 131) a matéria já foi debatida anteriormente.

Quanto à regra jurídica prevista 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 proposição da ação, com efeito gerador.¹⁷⁵

Buscando interpretar a mencionada norma processual Cândido Dinamarco indaga:

“Só fatos ocorridos depois da propositura da demanda ou da defesa comportam essa absorção ou também fatos precedentes, só depois descobertos e provados? Só fatos circunstanciais ou também aqueles que possam alterar a *causa petendi* ou a *causa excepiendi*?” Afirma que “é indispensável distinguir entre (a) fatos que beneficiam o autor, ou seja, constitutivos de seu direito e (b) fatos favoráveis ao réu, que são os modificativos ou extintivos do direito do autor”¹⁷⁶

Pondera que em relação ao réu como a consequência decorrente de sua omissão é mais gravosa, deveria se admitir a apreciação de fatos modificativos ou extintivos do direito do autor ainda que não alegados na contestação desde que o réu somente tivesse tomado conhecimento sobre a existência deles após sua apresentação. Diferentemente do autor, que pode demandar em juízo novamente confere-se uma interpretação menos ampla para proibir a apreciação de fatos novos introduzidos após a inicial.¹⁷⁷

permitir essas alterações depois da citação, porque prejudicariam sensivelmente a efetividade das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. DINAMARCO. Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Tomo II. São Paulo: Malheiros. 4.ed , 2004 p.67.

¹⁷⁵ MIRANDA. Pontes. Comentários ao Código de Processo Civil Tomo V – arts. 444 a 475. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense. 1997, p.80.

¹⁷⁶ DINAMARCO. Cândido. *Instituições...*, vol. III, p.285

¹⁷⁷ *Idem*, p.285/286

Ressalta Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que se houver alteração da causa de pedir, esta somente será admitida se o fato superveniente “guardar íntima relação com o fato inicial 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.”¹⁷⁸

José Rogério Cruz e Tucci salienta que o art. 462 do CPC refere-se ao fenômeno da *conversão legal da demanda* resultante do câmbio da causa de pedir pela superveniência de fato constitutivo. Se, por exemplo, quem reivindica o domínio de bem imóvel ainda não o adquiriu por não haver logrado o registro da matrícula do respectivo título, é legítima a resistência do ocupante. Mas se no curso do processo, o autor obtém o registro, a resistência passa a ser injustificada. O juiz deverá levar em consideração o fato superveniente constitutivo do direito do autor.¹⁷⁹

2.3.1.1 – Caso concreto em exame: fato superveniente (art. 462 CPC)

¹⁷⁸ OLIVEIRA. Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil...*op.cit p. 181* Igualmente, analisando a linha clássica de pensamento partindo das atuais regras processuais, Ricardo de Barros Leonel afirma: (i) a exceção estabelecida pelo sistema quanto à admissibilidade dos “fatos” e do “direito supervenientes diz respeito, a princípio, a: a) v.g. frutos, aluguéis, prestações vencidas posteriormente ou consequência do ato ou fato ilícitos concretizadas posteriormente, cuja exigibilidade seja posterior à propositura da ação ou à contestação. b) surgimento posterior de fatos constitutivos (o que significa a configuração superveniente de causa de pedir afirmada originariamente, porém a princípio inexistente, e, que não altera a configuração objetiva da demanda, ou seja, *a causa petendi* e o *petitum* c) o surgimento posteriores de fatos modificativos ou extintivos do direito afirmado pelo autor (não é possível imaginar fatos impeditivos supervenientes, pois estes são sempre são antecedentes, ou mesmo contemporâneos ao negócio jurídico, e por consequência ao exercício do direito de ação) dando margem à improcedência ou à carência superveniente. LEONEL. Ricardo de Barros *op.cit.p.226*

¹⁷⁹ CRUZ e TUCCI. José Rogério. Tempo e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.47

No recurso especial interposto¹⁸⁰ pelo Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) contra acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região , em sede de embargos à execução fiscal, sustentando que o julgamento impugnado violou os arts. 2ª, 128, 460 e 462 do CPC, 106 do CTN e 35 da Lei nº 8.121/91, decidindo *ultra petita* por ter aplicado legislação superveniente quanto à multa moratória não aplicável ao presente caso.

Sobre a aplicação do art. 462 , assinalou o relator em seu voto que “ verificada a ocorrência de fato novo que influencie no julgamento da lide, impõe-se ao juiz levá-lo em consideração quando da prolação da sentença à luz do art. 462 do CPC desde que tal fato não seja estanho à *causa petendi*.”

Valendo-se da lição de Sérgio Gilberto Porto, em seus Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. 6, destacou o nobre relator :

"A matéria pertinente ao permissivo estabelecido pela norma comentada está diretamente vinculada à individualização da demanda ou mais precisamente com os elementos identificadores desta: parte, pedido e **causa**. Sabe-se que a

¹⁸⁰ RECURSO ESPECIAL Nº 910.336 – SP (2006/0271800-2) RELATOR : MINISTRO LUIZ FUX

1. A ratio essendi do art. 106 do CTN implica que as multas aplicadas por infrações administrativas tributárias devem seguir o princípio da retroatividade da legislação mais benéfica vigente no momento da execução, pelo que, independentemente de o **fato** gerador do tributo tenha ocorrido em data anterior a vigência da norma sancionatória. 2. Determinando a lei que a multa pelo não-recolhimento do tributo deve ser menor do que a anteriormente aplicada, a novel disposição beneficia as empresas atingidas e por isso deve ter aplicação mediata, vedando-se, conferir à lei uma interpretação tão literal que conflite com as normas gerais, obstando a salutar retroatividade da lei mais benéfica (Lex Mitior). 3. Por ter status de Lei Complementar, o Código Tributário Nacional, ao não distinguir os casos de aplicabilidade da lei mais benéfica ao contribuinte, a redução aplica-se aos **fatos** futuros e pretéritos por força do princípio da retroatividade da lex mitior consagrado no art. 106 do CTN. 4. Decisão *extra petita* é aquela inaproveitável por conferir à parte providência diversa da almejada, como v.g., quando o acórdão confere pedido diverso ou baseia-se em **causa** petendi não eleita. Com efeito, não há decisão extra petita quando o juiz examina o pedido e aplica o direito com fundamentos diversos dos fornecidos na petição inicial ou mesmo na apelação, desde que baseados em **fatos** ligados ao **fato**-base. 5. Por outro lado, verificada a ocorrência de **fato** novo que influencie no julgamento da lide, impõe-se ao juiz levá-lo em consideração quando da prolação da sentença, à luz do art. 462 do CPC, desde que tal **fato** não seja estranho à **causa** petendi. Precedentes do STJ: REsp 188.784/RS, 1ª T., Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 25/02/2002; REsp 285.324/RS, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 22/03/2001; REsp 438.623/SC, 5ª T., Rel. Min. FelixFischer, DJ 10/03/2003; REsp 440.901/RJ, 6ª T., Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 21/06/2004. A ementa na íntegra está disponibilizada no www.stj.gov.br

mudança de qualquer destes elementos importa em modificação da própria ação e que esta, uma vez deduzida, no direito brasileiro, não poderá ser alterada. Assim, quando o suporte fático sofre **alteração**, por decorrência de **fato superveniente**, em verdade, quem sofre abalo é a própria **causa de pedir**, posto que a relação jurídica de direito material sofre adequações à nova realidade e, por decorrência, produzirá efeitos diversos daqueles originalmente concebidos. A opção do direito brasileiro, frente a esta questão, foi a de que, antes da citação do réu, qualquer **alteração** poderá ser feita nos parâmetros da lide, contudo, após a citação deste, leva-se em consideração no julgamento o **fato** novo, mas não é permitido que se proceda a adequação da demanda, com modificações da **causa de pedir** e/ou do próprio pedido, consoante estabelecem os artigos 264 e 294, CPC. Isso, em ultima ratio, significa que o **fato superveniente** que deve ser considerado no decidir é aquele estreitamente vinculado a lide posta à apreciação,

Prosseguindo, o relator faz menção ao entendimento assentando em sua obra "Curso de Direito Processual Civil", Forense, Rio de Janeiro, 2001, transcrevendo no corpo do voto a seguinte lição: :

"A **causa** petendi, por seu turno, limita o juiz que não pode acolher o pedido por motivo diverso daquele que foi articulado; vale dizer: o juiz, ao sentenciar, não pode fundamentar o decidido em **causa** não articulada pelo demandante, ainda que por ela seja possível acolher o pedido do autor. Trata-se de decorrência do dever de o juiz "decidir a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte" (art. 128 do CPC). Tal vedação, em razão do princípio da igualdade das partes no processo, aplica-se não só ao demandado, mas, também, ao do réu, de sorte que o juiz não pode conhecer matérias que seriam favoráveis ao demandado mas que dependem da sua iniciativa. Assim, v.g., o juiz não pode reconhecer ex officio de uma exceção material em prol do réu, como por exemplo, a exceção de usucapião ou a exceptio inadimpleti contractus. A proibição, como evidente, não se estende às matérias conhecíveis de ofício, como ocorre com as questões formais (preliminares) ou questões materiais apreciáveis, independentemente de iniciativa da parte, como, v.g., a "decadência" do direito, a "nulidade" dos atos jurídicos e as "objeções" em geral (art. 22, c.c art. 303, II, do CPC).

Situação jurídica diversa é aquela que permite ao Tribunal, quando da apreciação do recurso, conhecer e acolher uma **causa de pedir** que "foi articulada", porém não apreciada pelo juiz na sentença. É que o art. 515, §§ 1º e 2º, do CPC autorizam essa investigação pelo órgão ad quem por força da ampla devolutividade do recurso de apelação (Tantum devolutum quantum appellatum).

Nesse mesmo sentido deve ser interpretado o disposto no art. 462 do CPC que, na verdade, não autoriza mudança na **causa de pedir** e, sim, que o juiz leve em consideração, por ocasião da sentença, a **causa** alegada inicialmente porém somente verificada supervenientemente no curso do processo."

Nesse sentido, confirmam-se, à guisa de exemplo, os seguintes precedentes:

"Tributário. Utilização da TR como **fato** de correção monetária. Liquez da Certidão da Dívida Ativa. Aplicação do artigo 462, do CPC. Mitigação da multa prevista na Lei 10.392/97. Nulidade.

Omissão. (...) 2. Para a aplicação do artigo 462, do CPC, deve o **fato superveniente** estar relacionado à **causa de pedir**, uma vez que não se admite sua **alteração** após a citação, nos termos do artigo 264, desse mesmo diploma legal. No caso concreto, a questão da multa não fora suscitada na inicial, o que obsta o seu conhecimento, não se caracterizando como **fato superveniente**.

(...)

6. Recurso parcialmente conhecido e provido." (REsp 188.784/RS, 1ª T., Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 25/02/2002)

"CAUSA DE PEDIR. Alteração. Fato novo **superveniente**. Desocupação do imóvel. Viúvo. Direito de habitação. Nova família. União estável. Nos termos do art. 462 do CPC, o juiz deve considerar **fato superveniente**, suficiente para determinar o julgamento da **causa**. Viúvo que constitui nova família em união estável e depois desocupa o imóvel integrante do espólio. Ação proposta pelo primeiro **fato** e julgada procedente pelo segundo. Admissibilidade. Recurso não conhecido." (REsp 285.324/RS, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 22/03/2001)

"PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO **SUPERVENIENTE** À PROPOSITURA DA AÇÃO. CONSIDERAÇÃO, DE OFÍCIO, PELO JULGADOR. ART. 462 DO CPC.

O direito **superveniente** à propositura do mandado de segurança, que tenha evidente influência no julgamento da lide, impondo restrições ao direito dos impetrantes, deve ser levada em consideração, de ofício, pelo julgador, quando do julgamento da **causa** (art. 462 do CPC). Precedentes.

Recurso conhecido e provido." (REsp 438.623/SC, 5ª T., Rel. Min. Felix Fischer, DJ 10/03/2003)

Extrai-se do voto ora examinado que o art. 462 do Código de Processo Civil não possibilita a introdução de fato novo mas sim de fato que já foi alegado porém verificado supervenientemente ao ajuizamento da demanda.

Assim, adotando tal linha de entendimento apenas os fatos posteriores constitutivos, modificativos ou extintivos do direito (art. 462 do CPC) que não inovem com relação ao que foi originariamente deduzido na demanda poderão ser apreciados pelo juiz.

Sugerindo a reformulação deste entendimento, Ricardo Leonel de Barros ressalta:

“ Assim, se determinado fundamento da demanda ou da defesa, ou determinada pretensão , que não foram afirmados expressamente em conformidade com as regras técnicas do processo (na inicial ou na contestação) decorreram amplamente dos debates, com largo contraditório e aceitação pelas partes, pode ocorrer sua admissão, até

mesmo de ofício pelo juiz e frise-se bem: sem que isso represente obrigatoriamente motivo de nulidade da decisão por violação dos princípios da inércia, da demanda e da congruência

É evidente que se o magistrado, *sponte sua*, reconhece uma circunstância de fato não invocada originariamente na demanda mas amplamente admitida e discutida ao longo dos debates pelas partes, está, a princípio, violando regras formais da inércia da demanda e da congruência. O mesmo se pode dizer se ele concede provimento diverso daquele formulado inicialmente, mas que foi aventado ao longo do desenvolvimento do feito e largamente discutido pelas partes”¹⁸¹

Com efeito, a concepção proposta pelo mencionado autor se compatibiliza com o modelo justo de processo tendo em vista que a apreciação de fato debatido entre as partes - porém não introduzido na demanda na fase processual adequada – reflete o estado atual do conflito, ‘permitindo a formação de uma decisão justa.

2.3.2 – Fato novo (art.303 inciso I)

O art. 303 do Código de Processo Civil permite que após a contestação novas alegações possam ser deduzidas quando relativas a direito superveniente (inciso I); competir ao juiz conhecer delas de ofício (inciso II) e por expressa autorização legal puderem ser formuladas em qualquer tempo e juízo(inciso III).

Quanto ao direito superveniente, pode o réu apresentar fato ocorrido posteriormente à apresentação da defesa.

Fredie Didier Junior chama a atenção para o tratamento diferenciado em relação ao autor,

“A flexibilidade que a lei confere à regra da eventualidade, quando aplicada ao réu, não encontra precedente em favor do autor, limitado que está às regras de estabilização do processo previstas nos arts. 264 e 294 do CPC. Assim, em homenagem ao princípio da isonomia processual, convém que o art. 462 do CPC, que cuida do fato superveniente relevante para o deslinde do feito, seja interpretado com certa elasticidade, para permitir, também e em certas

¹⁸¹ LEONEL. Ricardo de Barros. *op.cit* p. 240

circunstâncias, uma quebra da eficácia preclusiva da regra da eventualidade em favor do autor.”¹⁸²

De qualquer forma, “não é admissível o acolhimento de causa superveniente que provoque completa alteração ou substituição da causa de pedir ou do pedido originário em decorrência do princípio da eventualidade que exige a proposição de todos os meios de ataque já na petição inicial.”¹⁸³

O fato superveniente deve se relacionar com aqueles já expostos na inicial para que seja admitida a sua apreciação na causa.

Aplicando-se a regra do art. 517 do CPC, tanto em primeiro quanto em segundo grau, admite-se a alegação de fato velho mas de conhecimento posterior desde que a parte prove que deixou de fazê-lo por motivo de força maior.¹⁸⁴

Acertada, portanto, a afirmação de Calmon de Passos:

“ se a força maior, e o caso referido é de força maior, autoriza a arguição do fato velho de conhecimento novo, na segunda instância, como não autorizá-lo na primeira, dando-se ao julgador os elementos de fato em sua totalidade para que decida com acerto? A força maior devidamente comprovada autoriza, por conseguinte, a dedução do fato de conhecimento superveniente, ainda quando a respeito silencie o art. 303.”

Ainda que se interprete a referida norma processual com mais amplitude para se admitir, além de fatos supervenientes, a introdução de fatos constitutivos preexistentes porém de conhecimento posterior da parte, tal forma de interpretação não alcança a hipótese de fato preexistente de conhecimento anterior, porém não alegado na inicial ou na contestação.

¹⁸² DIDIER JUNIOR. Fredie. Curso de direito processual civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. Salvador: JusPodium, 2008, p.490

¹⁸³ TEIXEIRA. Guilherme Freire de Barros. *op. cit.* 256

¹⁸⁴ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro:Forense, 1998, vol.III, p.289

Todavia, como já observado, é fácil vislumbrar que se o sujeito onerado não é detentor de recursos econômicos ou técnicos iguais aos de seu adversário, defeituosa ou inadequada será a exposição dos fatos juridicamente relevantes para configuração do direito material que pretende lhe seja reconhecido judicialmente¹⁸⁵.

Se há desigualdade entre as partes tanto no campo social quanto no econômico, constituindo o ônus de afirmar em um dos primeiros encargos a ser cumprido pelo litigante, entende-se o comprometimento da justiça da decisão no caso do hipossuficiente.

Não raro no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis apesar do autor narrar fatos qualificados juridicamente relevantes para integrar a petição inicial elaborada por terceiros – que muitas vezes não são profissionais do direito – deixam aqueles de constar da demanda, prejudicando a caracterização do direito material.

Aliás, os Juizados Cíveis emitiram enunciados que buscam na prática mitigar a proibição de aditamento à inicial para possibilitar a emenda com a articulação de outros fatos pelo autor, abrindo-se novo prazo ao réu para oferecer contestação.

Vale transcrever os seguintes enunciados cíveis:

“3-PETIÇÃO INICIAL

3.1-Requisitos

¹⁸⁵ Mauro Capelletti examinando as barreiras do acesso à justiça afirma “que uma tentativa de reduzir custos é simplesmente eliminar a representação por advogados em certos procedimentos. Com certeza, no entanto, uma vez que litigantes de baixo nível econômico e educacional provavelmente não terão a capacidade de apresentar seus próprios casos, de modo eficiente, eles serão mais prejudicados que beneficiados por tal “reforma”. Sem alguns fatores de compensação, tais como um juiz muito ativo ou outras formas de assistência jurídica, os autores indigentes poderiam agora intentar uma demanda, mas lhe faltaria espécie de auxílio que lhes pode ser essencial para que sejam bem sucedidos. Um estudo sério do acesso à Justiça não pode negligenciar o inter-relacionamento entre as barreiras existentes.” CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. *op. cit.* p. 29.

3.1.1- A petição inicial deve atender somente, aos requisitos do art. 14 da Lei nº 9.099/95, 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, respeito ao contraditório.

3.1.2- Não haverá nos Juizados Especiais Cíveis pronta decisão de extinção do processo sem julgamento do mérito por inépcia da inicial, devendo eventual vício da petição inicial ser suprido na abertura da audiência de instrução e julgamento.

3.2- ABRANGÊNCIA DO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS

Em face dos princípios constitucionais vigentes e dos que constam da lei 9.099/95, o Juiz do Juizado Especial poderá dar uma real e mais ampla abrangência ao pedido inicial que contenha expressões imprecisas, como por exemplo, perdas e danos, indenização, se a narração dos fatos na vestibular assim o permitir¹⁸⁶.

Como anotado, na tutela dos interesses difusos e coletivos o ônus de afirmar ganha magnitude, se considerarmos que a afirmação de tais direitos dentro do processo judicial transcende a ótica individualista para proteger a própria sociedade

A título de ilustração, se em uma ação civil pública objetivando a defesa do ecossistema ameaçado por uma atividade poluidora, é vedado ao legitimado ativo incluir fato novo de conhecimento prévio - considerando a nossa rigidez procedimental quanto à alteração da *causa petendi* após a citação - capaz de modificar o julgamento da demanda, os efeitos danosos à coletividade são facilmente perceptíveis.

Do mesmo modo, o réu carente de recursos de forma generalizada se omite determinados fatos - por falta de conhecimento técnico - que poderiam, em tese, afastar o direito afirmado pelo Autor corre o sério risco de sucumbir na demanda.

A prevalecer a rigidez procedimental quanto ao ingresso de fatos novos na demanda, fica prejudicado o acesso à ordem jurídica justa por violação à preservação da igualdade entre as partes.

¹⁸⁶ Aviso TJ nº23 de 02/07/2008 publicado no [site](http://www.tj.rj.gov.br) do Tribunal de Justiça disponível em 29/03/09 <<www.tj.rj.gov.br>>

Embora formalmente protegidos o princípio da ampla defesa e do contraditório – princípios informadores da dialética processual – a vulnerabilidade de uma das partes que reflete sobre a carga da afirmação não for superada, ofende-se o princípio da igualdade diante da falta de norma processual equilibradora do debate.

2.3.3 – EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA (ART.474 CPC)

O art 474 do Código de Processo Civil estabelece que transitada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.

A regra do art.474 do Código de Processo Civil alcança tanto o autor quanto o réu, destacando José Roberto dos Santos Bedaque:

“Tal como estabelecido no art. 474, o réu não pode mais apresentar argumentos de defesa, pois a coisa julgada os torna preclusos. Já o autor pode deduzir outra demanda, com nova *causa petendi*. A eficácia ¹⁸⁷preclusiva atinge com mais intensidade a *causa excipendi*. Justificar-se-ia esse tratamento diferenciado porque na nova demanda, o réu poderá deduzir todos os argumentos de defesa, relacionados com aquela causa de pedir.”

Sobre o exato alcance da referida norma, existem basicamente duas correntes doutrinárias que defendem posições distintas.

A primeira corrente sustenta que as alegações e defesas não podem extrapolar o objeto litigioso. “Portanto, gravitam na órbita da ação material invocada na “ação” processual, dela não se podendo desprender.”¹⁸⁸

¹⁸⁷ BEDAQUE. José Roberto dos Santos e TUCCI, José Rogério Cruz. Causa de pedir e pedido no processo civil. ...*op.cit.* p.27.

¹⁸⁸ MITIDIERO. Daniel Francisco e ZANETTI JÚNIOR. Hermes. Introdução ao estudo do processo civil. Primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 219. Os autores mencionam expressamente que a maioria dos processualistas adota tal posicionamento.

Assim, não são atingidas pelo efeito preclusivo as alegações e defesas que por si só constituam objeto litigioso diverso.

De outro ângulo, a segunda corrente “ defende a possibilidade da regra do art.474 alcançar inclusive causas de pedir alheias à ação material aventada em juízo (portanto, ações materiais díspares da exposta no processo), além das meras alegações e defesas que se situam nos arredores do objeto litigioso.”¹⁸⁹

Na Espanha foi adotado tal entendimento, havendo expressa proibição de que sejam reservados para alegação posterior, fatos que poderiam ter sido invocados no momento da propositura da demanda.¹⁹⁰

¹⁹¹Como adverte Leonardo Greco:

“ Essa regra não pode ser interpretada como um alargamento da causa de pedir sem a explícita manifestação de vontade do autor. Apesar da preocupação de alguns, na verdade, o que fica precluso para o autor como consequência do trânsito em julgado da sentença de mérito é a possibilidade de invocar outros fatos simples ou circunstâncias que não alterem a causa de pedir. Também ficam seguramente preclusas as defesas indiretas do autor às defesas indiretas do réu que, pelo princípio da eventualidade, deveriam obrigatoriamente ter sido objeto de alegação na réplica.” (art.326)

Há um posicionamento intermediário proposto por José Maria Teshneir, que distingue os fatos jurídicos e seus efeitos da seguinte forma:

“Ficamos a meio caminho entre as duas correntes. Distinguimos quatro hipóteses, a saber: a) fatos da mesma natureza que produzem o mesmo efeito jurídico b) fatos de natureza diversa, mas que produzem o mesmo efeito jurídico c) fatos da mesma natureza que produzem efeitos jurídicos diversos, ainda que iguais d) fatos de natureza diversa que produzem efeitos também diversos. A regra do art.474 do CPC abrangeria a hipótese dos fatos da mesma natureza,

¹⁸⁹ MITIDIERO, Daniel Francisco e JÚNIOR, Hermes Zanetti. *op. cit.* p. 219

¹⁹⁰ Abordaremos o modelo adotado pela Espanha no próximo capítulo.

¹⁹¹ GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil. Introdução ao direito processual civil. Vol I. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 209

conducentes ao mesmo efeito jurídico. Presente essa circunstância, incide a regra da eficácia preclusiva da coisa julgada.”¹⁹²

Fornece o referido autor os seguintes exemplos: Se o autor pretende obter o despejo, alegando dano nas paredes do imóvel, não pode propor outra demanda, sob a alegação de danos nas portas, salvo se ocorridos após o encerramento da instrução. Mas, o pedido de indenização dos danos nas paredes não impede posterior pedido de indenização dos danos nas portas, pois são fatos de idêntica natureza, mas produzindo cada qual seus efeitos jurídicos próprios, ainda que iguais.¹⁹³

Com efeito, são várias as interpretações aplicáveis ao dispositivo sob comento, prevalecendo aquela que admite a propositura de nova demanda quando versar sobre causa distinta incapaz de interferir no resultado da demanda originária.

Oportuna a observação de Humberto Theodoro Júnior que distingue o objeto *virtual* – expressão utilizada pela doutrina espanhola para se referir aos fatos não ventilados mas que poderiam tê-los sido na inicial sobre os quais a coisa julgada também alcança - da coisa julgada prevista no art. 474 do Código de Processo Civil Brasileiro:

“A coisa julgada sobre o “ objeto virtual” do processo, admitida pela inovação do direito espanhol, não é a mesma coisa julgada “ implícita” prevista pela doutrina tradicional e que se encontra expressa no art. 474 do CPC brasileiro, segundo o qual “passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e respeitadas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido. E que essa precisão clássica do processo civil somente se aplica sem modificar a *causa petendi* da demanda julgada, respeitando o objeto real (ou atual) do processo. Já a preclusão ampla da nova LEC alcança o objeto atual do processo, definido pela *causa petendi* e vai além, para alcançar todos os fatos e fundamentos que poderiam ter sido invocados para sustentar a demanda, mesmo que configurem outra *causa petendi*.”¹⁹⁴

¹⁹² TESHEINER. José Mário. Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.161

¹⁹³ TESHNEIR. José Maria. *op.cit.*p.161

¹⁹⁴ THEODORO JUNIOR. Humberto. Redimensionamento da coisa julgada. Porto Alegre: Revista magister de direito civil e processual civil, nº 28, jan/fev 2009, p. 09

2.3.3.1– CASO CONCRETO EM EXAME: ALCANCE DA REGRA DO ART. 474 DO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

No recurso especial nº 842.838-SC ¹⁹⁵ interposto pela Bunge Alimentos S/A contra o acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª região, foi reconhecida a ocorrência da coisa julgada material com aplicação do disposto no art. 474 do Código de Processo Civil.

Neste sentido, Bunge Alimentos S/A ajuizou ação declaratória de relação jurídico-tributário cumulada com a repetição de indébito em face do Instituto Nacional de Seguro Social – INSS pretendendo obter a suspensão da exigência de contribuição social incidente sobre folha de salários.

¹⁹⁵REsp 842838 / SCRECURSO ESPECIAL2006/0087766-0 Relator(a) Ministro LUIZ FUX (1122) Órgão JulgadorT1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 16/12/2008 DJE19/02/2009 Ementa PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL A TÍTULO DE SEGURO ACIDENTE DE TRABALHO - SAT. IMPETRAÇÃO PRÉVIA DE MANDADO DE SEGURANÇA. COISA JULGADA MATERIAL. ALEGADA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 289, 469 E 535 DO CPC E 15 DA LEI 1.533/51 E DA SÚMULA 304 DO STF. INOCORRÊNCIA.1. A coisa julgada material perfaz-se no *writ* quando o mérito referente à própria existência do direito (art. 16 da Lei 1.533/51) resta apreciado, por isso que a ação declaratória que repete a pretensão deduzida em mandado de segurança já transitado em julgado, nessa tese, deve ser extinta, sem resolução de mérito, com fundamento no art. 267, V do CPC. 2. É que "em mandado de segurança, se a sentença denegatória apreciou o mérito da causa, há coisa julgada sobre a matéria, não podendo, no caso, a mesma questão ser reapreciada em ação de repetição de indébito" (REsp. 308.800/RS, DJU 25.06.01). 3. Deveras, um dos meios de defesa da coisa julgada é a eficácia preclusiva prevista no art. 474, do CPC, de sorte que, ainda que outro o rótulo da ação, veda-se-lhe o prosseguimento ao pálio da coisa julgada, se ela visa infirmar o resultado a que se alcançou na ação anterior. 4. Consectariamente, por força desses princípios depreendidos das normas e da *ratio essendi* das mesmas é possível afirmar-se que há litispendência quando duas ou mais ações conduzem ao "mesmo resultado"; por isso: *electa una via altera non datur*. 5. *In casu*, a recorrente impetrou mandado de segurança, pretendendo a suspensão da exigência da contribuição social incidente sobre folha de salários, em razão do grau de incapacidade laborativa, decorrente dos riscos ambientais do trabalho (SAT) e a autorização para não efetuarem os recolhimentos da diferença entre a aplicação do percentual do grau de risco da atividade preponderante do estabelecimento e o da atividade preponderante da empresa. 6. Deveras, o *mandamus* foi debatido nas instâncias ordinárias e no STF e restou denegado, mediante apreciação do mérito da causa, no qual se reconheceu a constitucionalidade do tributo combatido, sendo certo que após o trânsito em julgado do *writ*, que se deu em 28.05.04, a recorrente ajuizou ação declaratória cumulada com repetição de indébito, com o mesmo objeto, que restou extinta, na origem, sem julgamento de mérito, com fundamento no art. 267, V do CPC. 7. A ofensa ao art. 535 do CPC não resta configurada quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 8. Recurso especial desprovido.

A referida turma negou provimento à apelação sob o fundamento de que a matéria suscitada na ação declaratória havia sido objeto de apreciação naquele *writ* reconhecendo a constitucionalidade e exigibilidade da contribuição para o SAT.

O Ministro relator Luiz Fux afirmou em seu voto:

“Ora um dos meios de defesa da coisa julgada é a eficácia preclusiva prevista no art. 474 do CPC, de sorte que, ainda que outra a ação, veda-se-lhe o prosseguimento ao pálio da coisa julgada, se ela visa infirmar o resultado que se alcançou na ação anterior.”

Mais adiante, o relator ainda nos remete à lição de José Carlos Barbosa Moreira sobre a área de manifestação da coisa julgada material, cujo trecho ora se transcreve:

“...a eficácia preclusiva pan-processual – e não aos limites objetivos da coisa julgada, como às vezes se supôs- é que se referia o parágrafo único do art. 287 do Código de Processo Civil de 1939 ao considerar “ decididas todas as questões que constituem premissa necessária da conclusão”, não visava o dispositivo alargar o âmbito da *res judicata*, fazendo indiscutíveis o qual “ passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido. No entanto, em vigor, o risco de interpretações deformantes fica extremamente atenuado à vista do art. 469, que de modo categórico exclui a ampliação da *auctoritas rei judicæ* a quaisquer questões distintas da principal.

(...)

“a eficácia da coisa julgada material se sujeita em sua área de manifestação, a uma limitação fundamental: ela só opera em processos nos quais se acha em jogo a *auctoritas rei judicate* adquirida por sentença anterior. Tal limitação resulta diretamente de função instrumental que se põe em relevo: não teria sentido, na verdade, empregar o meio quando não se trata de assegurar a consecução do fim a que ele se ordena. Isso significa que a preclusão das questões logicamente subordinantes apenas prevalece em feitos onde a lide seja a mesma já decidida, ou tenha solução dependente da que se deu á lide decidida. Fora dessas raias, ficam abertas à livre discussão e apreciação as mencionadas questões, independentemente da circunstância de havê-las de fato examinado, ou não, o primeiro juiz, ao assentar premissas de sua conclusão...(...)”¹⁹⁶

¹⁹⁶ BARBOSA MOREIRA. José Carlos. Temas de direito processual. Saraiva, 2007, p.97/102

O caso concreto ora em exame demonstra que a regra do art. 474 do Código de Processo Civil - embora com uma redação que deu margem a interpretações variadas – proíbe à parte trazer ao processo questões fáticas que sejam capazes de alterar o resultado da demanda já julgada, admitindo, todavia, a propositura de nova ação quando se tratar de causa de pedir distinta.

2.4 - CORRELAÇÃO ENTRE A CAUSA DE PEDIR E A SENTENÇA

Retomando a premissa de que as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas de forma a tornar efetiva e concreta a garantia do acesso à ordem jurídica justa, é de se enfrentar o tema da correlação entre a causa de pedir e a sentença.

Segundo as regras previstas nos arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil que consagram o princípio da congruência ou correlação, está vedado ao juiz deferir ao autor além ou diferente do que foi pedido nem deixar de examinar algum dos pedidos formulados na inicial.

José Carlos Barbosa Moreira, analisando as razões que legitimam existência da correlação entre o pedido e a sentença, afirma que uma delas se relaciona com a preservação do contraditório e da ampla defesa.

Na lição do mencionado processualista:

“ O exercício amplo de direito de defesa implica necessariamente para o réu um mínimo de previsibilidade. É preciso que ele saiba ao ser convocado a juízo ou possa verificar com os dados de que dispõe, quais as suas chances, tanto para o melhor quanto para o pior.”¹⁹⁷

Além disso, a congruência oferece segurança jurídica às partes a respeito dos limites do objeto de julgamento. Os fatos levantados na causa servem como parâmetro de decisão judicial, impedindo que venham a ser

¹⁹⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos . Correlação entre o pedido e a sentença. São Paulo: Revista de Processo. São Paulo nº83, p.219, jul/set 1996

surpreendidas com a apreciação de questões fáticas – que embora eventualmente estejam relacionadas com a lide – não foram levantadas pelas partes.

A aplicação da regra da congruência em relação à causa de pedir nos remete à discussão sobre o conteúdo mínimo para identificação da causa *petendi*. Basta apenas a introdução dos fatos constitutivos ou está o Autor obrigado a afirmar a relação jurídica substancial?

Enfrentamos o tema no capítulo anterior, chamando a atenção para o fato de que há variabilidade no grau de intensidade da afirmação ou dos fatos ou da relação jurídica estabelecida entre as partes.

De qualquer modo, na esteira do ensinamento de José Roberto dos Santos Bedaque:

“ a causa de pedir quer para os adeptos da teoria da individuação quer para os defensores da substanciação revela o nexos de causalidade entre o direito material e o processo. Não devem ser aceitas as construções da doutrina alemã tendentes a excluir a causa de pedir do objeto do processo, acarretando completa separação entre os dois ramos do ordenamento jurídico,”¹⁹⁸

Prossegue o Autor, afirmando que:

“para a perspectiva do instrumentalismo substancial sustentada neste trabalho tanto faz a referência aos fatos constitutivos ou à relação jurídica pois em ambos se está inserindo o direito substancial ao processo. O que parece importante ressaltar é a impossibilidade absoluta de se ignorar o nexos entre direito e processo na determinação da causa de pedir e do objeto do processo.”¹⁹⁹

Com efeito, a vinculação entre fato e direito é indiscutível. A partir da ocorrência dos fatos previstos abstratamente na norma jurídica (causa de

¹⁹⁸ BEDAQUE. José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Causa de pedir e pedido no processo civil. (questões polêmicas) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.30

¹⁹⁹ *Idem, ibidem*

pedir remota), decorrem os efeitos jurídicos pretendidos (causa de pedir próxima), devendo o Autor na inicial indicar o fundamento jurídico de sua pretensão.²⁰⁰

Partindo da idéia de que o juízo de qualificação jurídica depende da apresentação de fatos pelas partes, é necessária a preservação da correlação entre a *causa petendi* e a sentença.

Não poderia ser de outra forma já que o réu defende-se dos fatos narrados na inicial, havendo ofensa ao contraditório caso o juiz viesse a proferir sentença baseando-se em fatos não articulados ou nem discutidos pelas partes.

Valendo-me da lição de Cândido Rangel Dinamarco, o Código de Processo Civil não dispõe de um regramento específico quanto à correlação entre a sentença e a narrativa dos fatos expostos na petição inicial, “mas ela está presente no próprio art.128 e também no art.383 que exclui de modo absoluto a condenação do acusado por fatos não constantes da denúncia (aplicação analógica).²⁰¹

Por outro lado, a doutrina já vem admitindo que o fato não levantado adequadamente, mas que tenha sido objeto de debate e provado no curso do

²⁰⁰ “Não se deve confundir fundamento jurídico (qualificação jurídica, enquadramento jurídico) com fundamentação legal, essa dispensável. O Magistrado está limitado na sua decisão pelos fatos jurídicos e pelo pedido formulados – não o está, porém, ao dispositivo legal invocado pelo demandante; pois é sua tarefa de verificar se houve a subsunção do fato à norma. (ou seja verificar se houve incidência) DIDIER JUNIOR. Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo e Processo de conhecimento. Salvador: Juspodium, 2009, p.412. A propósito, José dos Santos Bedaque afirma que é inócua a distinção entre fundamento jurídico e fundamento legal, já que embora o legislador exija a indicação na inicial do fundamento jurídico de pedido considerado essencial, portanto a causa de pedir próxima (CPC, art. 282) doutrina e jurisprudência acabam por aproximar esse elemento da denominada fundamentação legal. Como consequência dessa identificação, afirma-se a possibilidade de o juiz alterar a fundamentação jurídica, sem que isso implique na modificação da causa de pedir aplica-se a regra *iura novit curia* pois o limite à atividade do juiz estaria restrito à matéria fática. BEDAQUE, José dos Santos. Os elementos objetivos...*op.cit*, p.31/32.

²⁰¹ DINAMARCO. Cândido Rangel. Instituições do direito processual civil volume III. São Paulo: Malheiros, 2002, p.281

processo deve ser levado em consideração no momento do julgamento. Não há, nesse caso, violação ao contraditório.

Com a mesma orientação, Junior Alexandre Moreira Pinto assinala que “se a matéria for submetida ao debate e as partes tiveram todas as oportunidades para produzir prova a esse respeito, o vício decorrente da violação da regra técnica da adstrição pode ser relevado.”²⁰²

Aliás, recomenda-se a elasticidade da *causa petendi* desde que respeitado o princípio do contraditório para se evitar o ajuizamento de nova demanda com base em fato discutido e provado pelas mesmas partes na ação originária.²⁰³

²⁰² PINTO. Junior Alexandre Moreira....*op. cit.* p.71

²⁰³ Vale trazer à colação a questão debatida na sentença proferida nos autos da ação civil pública proposta pelo Ministério Público objetivando a anulação do concurso destinado ao provimento do cargo de investigador de polícia ou alternativamente a anulação da prova de informática sob o fundamento de que cinco questões eram nulas por ofensa aos termos do edital, trazendo à discussão outros argumentos na inicial para alcançar sua pretensão principal. Entretanto, O Estado do Rio de Janeiro reputou que uma das questões (a questão 63) sobre a qual o perito do juízo concluiu por sua nulidade não havia sido impugnada na causa de pedir. A matéria foi enfrentada à luz do entendimento doutrinário que se inclina para o alargamento da causa petendi quando o fato foi discutido entre as partes. Confirma o trecho da sentença que aborda o tema: “ Examinaremos cada fato integrante da causa de pedir separadamente.d) **Quanto à anulação da prova de informática A causa de pedir** Argumenta o Estado do Rio de Janeiro que “....o i. *Expert do Juízo concluiu pela pertinência dos temas abordados nas questões da prova de informática com relação ao conteúdo programático do edital.*” **Houve exceção com relação à questão nº 63, que, no entanto, não foi abordada na causa de pedir ventilada no petitório exordial. Assim é que não pode ser invalidada, nesta oportunidade, pena de ofensa ao princípio processual da inércia**”. (fls. 1344) Como anotado anteriormente (fls.723), **o fato de não ter sido a questão nº 63 mencionada em alguns parágrafos da inicial não leva à conclusão de que não compõe a causa de pedir, tendo em vista que a sua transcrição na peça exordial (fls. 14) bem como o exame de sua validade pelos Peritos responsáveis pelos pareceres técnicos que instruíram a inicial deixa evidente a impugnação apresentada pelo Parquet em sua narrativa.** Registra-se, por oportuno, que o Ministério Público postula em sede de definitividade a anulação da prova de informática.Como assinalado, **a questão nº 63 integra a causa de pedir – guardando o eventual reconhecimento de anulação da referida questão relação de continência em comparação com o pedido de anulação da prova de informática, dada a sua menor abrangência.**Note-se, inclusive, que o Estado do Rio de Janeiro em sua formulação de quesitos indaga ao Ilustre Perito: **“1) seja esclarecido se há questões da disciplina de informática do concurso para provimento do cargo de investigador policial formuladas em desacordo com o conteúdo programático do edital (fls. 245), restando evidente que compreendeu claramente o pedido formulado pelo Autor, resultando afastado qualquer prejuízo à Defesa.”** A respeito do tema, vale ressaltar que a doutrina processual mais moderna vem conferindo flexibilização à estabilização da demanda.Com efeito, o que se tem em mira na estabilização da demanda é a preservação do contraditório. Assim, ainda que não tenha sido adequadamente indicado na inicial, se a questão fática ou jurídica foi debatida

Prestigia-se com isso o princípio da economia processual, além de afastar o estado de insegurança das partes quanto à resolução final do litígio.

2.4.1- Caso concreto em exame: fato principal narrado na inicial e objeto de discussão pelo réu

Foi interposto recurso especial contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado Santa Catarina que decidiu julgar improcedente o pedido de pensão mensal vitalícia, uma vez que o pedido inicial foi formulado com base em vencimentos do cargo que pretendia futuramente exercer (delegado de polícia), modificando o autor o pedido no sentido de ser indenizada a pensão em valores de diárias, o que viola o princípio da estabilidade da demanda.²⁰⁴

dentro do processo, sem qualquer prejuízo à defesa – como sói ocorrer no caso dos autos – não há vedação ao seu enfrentamento pelo Juízo, inexistindo violação ao princípio da adstrição. Na lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: *“Assim, conquanto a fixação e a 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 demanda na primeira audiência dos 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.”* DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do Formalismo no processo civil*. São Paulo, Saraiva, 1997, p.176 Também Ovídio Baptista da Silva ensina que *“diferentemente da doutrina ainda dominante no Brasil sobre as nulidades no campo do direito privado material, as nulidades no direito processual civil são informadas por princípios em que predominam as idéias de finalidade e instrumentalidade das formas, segundo as quais os defeitos dos atos processuais, em geral, não lhe causam nulidade sempre que os atos ainda que realizados com algum desvio de forma, hajam atingido o fim a que se destinavam”*. (in Curso de Processo Civil. 5. ed. São Paulo, RT v.1, p.212) **In casu, é conveniente reiterar que a questão nº 63 além de ter sido transcrita na inicial, foi debatida nos autos com amplo contraditório, inexistindo qualquer prejuízo à Defesa.** Ademais, o Estado do Rio de Janeiro sustentou em sua contestação quanto ao pedido de anulação da prova de informática que *“na esteira das reiteradas decisões deste Eg. Tribunal, é vedado o exame de questões das provas e notas atribuídas aos candidatos, matérias cuja responsabilidade é exclusiva à gama de atribuições da banca examinadora”*. **É forçoso concluir que a tese sustentada pelo Estado abrange todas as questões de informática. A Cesgranrio, por sua vez, não levanta a questão em sua contestação nem em suas alegações finais.** Inexistiu, pois, qualquer prejuízo ao contraditório e ampla defesa. **A entender de modo contrário, adotando a tese defendida pelo Estado do Rio de Janeiro, poderia o Ministério Público em ação autônoma discutir especificamente a questão nº 63 da prova de informática, prolongando a decisão final sobre a validade da mencionada prova.** (Processo nº 2006. publicada no Diário Oficial em -grifo nosso)

²⁰⁴ RECURSO ESPECIAL 2008/0093560-7

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. PARAPLEGIA. REDUÇÃO DA CAPACIDADE LABORAL. PENSÃO MENSAL VITALÍCIA. ALTERAÇÃO DO PEDIDO OU DA CAUSA DE PEDIR. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

O recurso especial não foi admitido, subindo os autos por força de provimento no AG 946242/SC.

Em seu voto, o Ministro Castro Meira relata que o autor sustenta a deficiência do aresto recorrido ao não avaliar o pedido de pensão mensal vitalícia em virtude da redução da capacidade laboral do autor (artigo 950 do CC) derivada de acidente automobilístico que o deixou paraplégico.

O Ministro relator examinando a questão debatida nos autos, indica que “a questão a ser resolvida refere-se à alteração da causa de pedir ou do pedido formulado pelo autor.”

Assinala em seu voto que: “Na petição inicial requereu o arbitramento da pensão mensal vitalícia, postulando como “ valor” do pensionamento a “ média entre o atual salário, e o que almejava receber quando alcançaria seu objetivo de ser Delegado de Polícia.”

Em seguida, o relator do acórdão examinando a petição inicial, observa:

“decompondo analiticamente os elementos causais da ação (causa de pedir e pedido), nota-se que o pedido de pensionamento mensal está ligado diretamente à causa de pedir próxima (diminuição de capacidade laborativa) decorrente da causa de pedir remota (acidente que vitimou o autor.)

Aliás, o autor bem percebeu tais elementos quando expressamente os relacionou na própria petição (fls.32) nos seguintes termos:

“Os danos pessoais, como se sabe, englobam várias espécies de danos, inserindo-se nos mesmos a indenização por deformações,

1. O autor formulou pedido de pensão mensal vitalícia em virtude da redução da capacidade laboral (artigo 950 do CC) derivada de acidente automobilístico que o deixou paraplégico.

2. O pedido e a **causa de pedir**, tanto próxima (redução da capacidade laboral) quanto remota (acidente automobilístico), não foram alterados. O autor apenas buscou balizas diferentes para mensurar o *quantum* da pensão, indicando na inicial a diferença entre sua remuneração e a do cargo que desejava futuramente e na apelação o decréscimo remuneratório por ficar impossibilitado de realizar diligências que proporcionavam o recebimento de diárias. 3. Retorno dos autos à origem para novo julgamento, incluindo-se o pedido referente à pensão mensal. Por consequência, fica prejudicado o pedido de majoração dos danos morais formulado no recurso especial.4. Recurso especial provido.

incapacidade laborativa e a indenização pela incapacidade física propriamente dita.

Dentre outros dispositivos legais o novo Código Civil em seu art. 1539 contempla a norma constitucional aos danos pessoais, assim preceituando:

“ se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua o valor de trabalho, a indenização, além das despesas de tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença incluiria uma pensão correspondente à importância do trabalho, para que se inabilitou ou da depreciação que ele sofreu.”

Mais adiante, conclui o relator que não houve alteração do pedido – pretensão de recebimento de pensão mensal vitalícia – nem da causa de pedir, afirmando que:

“ O autor apenas se utilizou de parâmetros diversos ao tentar informar e provar o valor da pensão pretendida. De início, buscou a diferença entre a remuneração atual e o que pretendia alcançar futuramente já na apelação afirmou que o *quantum* decorria da redução das diárias pelas diligências que continuamente recebia, tudo na tentativa de justificar o valor da pensão sem alterar os elementos objetivos da lide”

Observa-se da questão processual debatida no recurso especial, o quão importante é a narrativa precisa e adequada dos fatos na inicial de forma a permitir a exata compreensão dos limites da causa *petendi* e do pedido.

Demais disso, a falta de norma processual que possibilite a correção das deficiências onera as partes, que mesmo com acesso a advogados experientes, podem falhar no cumprimento da carga da afirmação, alterando o julgado.

No caso concreto ora examinado, se o relator não tivesse interpretado a narrativa apresentado pelo autor de forma a admitir que a diferença de parâmetros para a fixação da pensão não ensejava a alteração da causa de pedir e do pedido, outro seria o valor da pensão.

Assim, em que pese a evolução doutrinária e jurisprudencial para admitir a apreciação de fato não afirmado porém discutido entre as partes,²⁰⁵ a correlação entre a causa de pedir e a sentença revela que o fato preexistente ao ajuizamento da demanda, de conhecimento prévio da parte e não discutido na demanda – não pode ser levado em consideração no momento de julgar.

Já reconhecemos em breve passagem sobre a necessidade de revisitação de institutos processuais relacionados à imutabilidade da demanda para admitir o ingresso de fatos novos mesmos os que não estão sob o alcance da norma do art. 462 do Código de Processo Civil o que será abordado no próximo capítulo

²⁰⁵ Até porque a norma processual deve ser interpretada pelo juiz tendo como premissa a proteção aos direitos fundamentais previstos na Constituição, dentre os quais, o direito à formação a um processo justo que pressupõe a reconstituição completa dos fatos. Na lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira “o esforço interpretativo exige por vezes a correção da lei pelo órgão judicial. Já não se cuida, então, de mera interpretação conforme à Constituição mas de correção da própria lei, orientada pelas normas constitucionais e pela primazia de valor de determinados bens jurídicos dela deduzidos, mediante interpretação mais favorável aos direitos fundamentais. Significa isto que, havendo dúvida, deve prevalecer a interpretação que, conforme o caso, restrinja menos o direito fundamental, dê-lhe maior proteção, amplie mais o seu âmbito, satisfaça-o em maior grau.” OLIVEIRA. Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais...*op.cit.* p.16

Capítulo 03- O ônus de afirmar e o papel do juiz

3.1- A NECESSÁRIA RELAÇÃO DIALÓGICA ENTRE O JUIZ E AS PARTES: DEVER DE COOPERAÇÃO

O Poder Judiciário como órgão integrante do Estado assume um novo papel a partir da constitucionalização do processo, devendo através de suas decisões judiciais garantir o acesso à ordem jurídica justa que envolve a superação de desigualdades entre as partes , um dos postulados do Estado democrático.

Os limites de atuação do juiz variaram de acordo com as concepções políticas atribuídas ao processo. Com a mudança da concepção liberal-individualista do processo para o Estado Social de Direito, não se admite mais do juiz uma postura distante do debate travado entre as partes.

Na atualidade, o dever de cooperação²⁰⁶ entre o juiz e as partes já vem sendo defendido pela doutrina processual brasileira como forma de estabelecer um diálogo sobre o rumo do processo com a preocupação de que o acesso à ordem jurídica justa pressupõe a participação ativa dos juízes que deve estar comprometido com a realização da justiça material.

Ora, a idéia de cooperação segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira

“ além de implicar, sim, um juiz ativo colocado no centro da controvérsia importará senão o restabelecimento do caráter isonômico do processo pelo menos a busca de um ponto de

²⁰⁶ “ De origem alemã, o princípio da cooperação corresponde ao direito de perguntar do juiz (*Fragerecht*) que corresponde a um dever de perguntar e esclarecer (*Frege und Aufklärungspflicht*). Admite, inclusive, o direito alemão recurso, quando não tenha sido exercido, devendo tê-lo sido, isto é, nos casos em que fosse aconselhável o esclarecimento das posições, de fato e de direito, das partes e a introdução de eventuais perspectivas judiciais dela divergentes.” GOUVEA. Lúcio Grassi de. *Cognição processual: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real*. Revista dialética de direito processual nº 06 , setembro/2003, p.47. Veja a respeito do tema: LEONEL. Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido. O direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006, p.237

equilíbrio. Esse objetivo impõe se alcançado pelo fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão em consonância com uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes.”²⁰⁷

Hermes Zanetti Junior por sua vez indica a cooperação como alternativa de composição do litígio dentro do processo judicial de feição democrática, opondo-se tanto à inatividade do juiz própria do Estado Liberal quanto ao excessivo ativismo judicial oriundo do processo social..

Eis sua ponderação:

“Como foi salientado no início do texto, as posições normativas da democracia estão intimamente ligadas à distribuição do poder no processo. Nesse sentido, as propostas das duas posições dominantes e antagônicas, o liberalismo total com a conseqüente inatividade do juiz, ou o processo social, com a prevalência dos interesses sociais – e o decorrente ativismo judicial para atingir esse fim – mostraram-se insatisfatórias para dar conta das complexidades do Estado Democrático de Direito. Pelo contrário, atenuam diretamente contra suas premissas básicas na medida em que criam relações assimétricas.

A proposta que se entende deva prevalecer é a que reconhece a “máxima da cooperação” como observância da participação das partes e como alternativa aos discursos antagônicos, uma composição fundada na tentativa de harmonizar pelo discurso e pela “pretensão de correção”, a contraposição entre os objetivos sociais e as liberdades individuais do processo.”²⁰⁸

²⁰⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. Porto Alegre: Ajuris nº 90, 2006, p.62 .Ainda que sob a perspectiva da atividade probatória, Adroaldo Furtado Fabrício pondera a respeito do papel do juiz: “Essa enorme transformação no papel das partes no processo forçosamente há de encontrar correspondência em um incremento acentuado dos poderes do juiz, cujo papel há de ser tanto mais ativo quanto menos “duelístico” for o processo. À debilitação do princípio dispositivo há de somar-se o correlato acréscimo de inquisitorialidade. Claro está, a dosagem dos meios de reequilíbrio entre litigantes desiguais tem de ser criteriosamente arbitrada e administrada, pois o que se objetiva é suprimir a desigualdade e não invertê-la. E esse cuidadoso sopeso dos dados só se pode fazer com bons resultados caso a caso, liberado o juiz das fórmulas intratáveis e embaraçadoras do processo tradicional. Se é certo que o juiz não pode ser investido da curatela de uma das partes, caso em que assumiria ele mesmo comportamento da parte, não é menos verdade que a lei terá de armá-lo, em consonância à nova premissa introduzida, de autoridade necessária à busca da justa composição do litígio, muito particularmente no campo dedicado ao direito probatório – onde, aliás, os próprios códigos contemporâneos de processo vêm abrindo flanco cada vez mais largo à iniciativa judicial.”FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz. Revista de Direito do consumidor nº 7, jul/set 1993, p.32

²⁰⁸ ZANETTI JUNIOR, Hermes. Democracia e Judiciário na (re) politização do direito: Notas para o papel dos juízes e do Judiciário em um modelo deliberativo-procedimental de democracia (Parte I) In MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo ;CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; JUNIOR, Luiz Manoel Gomes (Coord.

Mas nem sempre a desigualdade entre as partes resulta evidenciada logo à primeira vista, exigindo do juiz contato direto com as partes tanto para verificação da disparidade entre os sujeitos processuais quanto para dimensionar seus reflexos sobre o cumprimento do ônus de afirmar.²⁰⁹

Na lição de Fredie Didier Junior:

Os Poderes do Juiz e o controle das decisões judiciais. Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.210/211.” Salientam-se, por tanto, três momentos fundamentais na evolução do tema; o modelo liberal (juiz Pilatos ou juiz Júpiter, conforme a tônica esteja no cidadão ou na atuação da vontade estatal); o modelo social (Juiz Júpiter, atuando a vontade estatal nos regimes socialistas de busca da verdade real, um bem comum determinado pela comunidade ou ainda o juiz Hércules atuando em um desmedido ativismo subjetivista, considerando uma versão pessoalizada do bem comum -; e o modelo participativo ou simétrico, voltado para o processo cooperativo no qual o juiz exerce o dever-poder do Estado ao lado das partes em colaboração. (juiz Hermes)Prosseguindo o autor esclarece: “Este estudo pretende indicar a possibilidade de uma identificação desses momentos com os modelos normativos de democracia propostos por Habermas, já que o papel do juiz é fundamental no Estado Democrático de Direito e seu desempenho no processo descreve a opção democrática efetuada pelo Estado.” O primeiro momento foi identificado com o paradigma liberal (ou individual), o segundo momento como o paradigma comunitarista (ou social) e o terceiro momento, que corresponde ao retorno ao juízo e à racionalidade problemática do direito, no que vem a ser denominado paradigma deliberativo-procedimental ou democrático em senso estrito. (com apoio em Habermas, aplicando, contudo, o método da racionalidade prática procedimental de Robert Alexy com alguns apontamentos e críticas fundadas em François Ost e Antônio Castanheira Neves.)”*Idem*, p.211.

²⁰⁹ José Carlos Barbosa Moreira assinala que: “O que se acaba de dizer põe de manifesto quão importante para a efetividade social do processo é a maneira por que o conduza o órgão judicial. A lei concede ao juiz muitas oportunidades de intervir no sentido de atenuar desvantagens relacionadas com a disparidade de armas entre os litigantes. Todavia, uma coisa é o que reza a lei, outra o que dela retira o órgão processante. Cumpre neste passo prevenir objeção de alguma relevância. A certos espíritos parecerá que uma condução socialmente orientada do feito se presta a incorrer na censura de parcialidade: o juiz estaria fazendo pender indevidamente um dos pratos da balança para o lado em que se situa a parte mais fraca e violando, com isso, o dever de proporcionar a ambas igualdade de tratamento (Código de Processo Civil, art.125, nº I). Não uma senão inúmeras vezes já se proclamou em fórmulas bem conhecidas que o verdadeiro critério de igualdade consiste em tratar desigualmente os desiguais, na medida em que desigualam. Também já se repetiu de sobejo que a tentativa de realizar a justiça não pode contentar-se com a igualdade formal, senão que reclama a igualdade material. A questão está em que quase todos concordam em tese com essas afirmações mas se rebelam quando, numa hipótese determinada, se pretende extrair delas conseqüências concretas. Na verdade, nenhum sistema processual por mais bem inspirado que seja em seus textos se revelará socialmente efetivo se não contar com juízes empenhados em fazê-lo funcionar nessa direção. Qualquer discussão da matéria passa obrigatoriamente pela consideração do órgão judicial na direção do processo.” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um processo socialmente efetivo. Rio de Janeiro: Revista de Direito Renovar, mai/ago 2000, p.56/57

“Atualmente, prestigia-se no direito estrangeiro – mais precisamente na Alemanha, França e em Portugal – e já com alguma repercussão na doutrina brasileira, o chamado princípio da cooperação, que orienta a magistrado a tomar uma posição de agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais a de um mero fiscal de regras.

Essa participação não se resumiria à ampliação dos seus poderes instrutórios ou de efetivação das decisões judiciais (arts.131 e 461§ 5º CPC). O magistrado deveria adotar uma postura de diálogo com as partes e com os demais sujeitos do processo: esclarecendo suas dúvidas, pedindo esclarecimentos quando estiver com dúvidas, e, ainda, dando as orientações necessárias, quando for o caso. Enacara-se o processo como o produto de atividade cooperativa: cada qual com as suas funções, mas todos com o objetivo comum, que é a prolação do ato final (decisão do magistrado sobre o objeto litigioso). Trata-se de princípio que informa e qualifica o contraditório. A obediência ao princípio da cooperação é comportamento que impede ou dificulta a decretação de nulidades processuais –e, principalmente a prolação do juízo de inadmissibilidade. O princípio da cooperação gera os seguintes deveres para o magistrado (seus três aspectos): a) o dever de esclarecimento;b) dever de consultar;c) dever de prevenir.”²¹⁰

O dever de esclarecer consiste na obtenção pelo Tribunal dos esclarecimentos junto às partes quando houver dúvidas sobre matéria de fato. O dever de consultar obriga o Tribunal a ouvir as partes previamente sobre questão de direito ou de fato ainda que se trate de questão de ordem pública, evitando “decisões-surpresa”no curso do processo. E o dever de prevenir consiste na indicação pelo Tribunal das deficiências das postulações das partes para que possam ser corrigidas.²¹¹

Sobre o dever de prevenção, este “ vale genericamente para todas as situações em que o êxito da ação a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo.” ²¹²

²¹⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual...*op.cit.* p.50/51

²¹¹ Tais deveres estão expressos no CPC Português ,como já exposto anteriormente na página 39 do presente estudo

²¹² GOUVEA, Lucio Grassi de. *op.cit.* p.52: “ Quanto ao dever de prevenção, o nosso Código de Processo Civil admite, por exemplo, que se o juiz verificar que a inicial não preenche os requisitos do art. 282 e 283 ou que apresenta defeitos ou irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias (art. 284 do CPC). Nesse ponto vislumbramos um evidente dever de cooperação do juiz com as partes, que corresponde a um direito subjetivo do autor, cujo descumprimento é suscetível de causar nulidade de sentença de indeferimento da exordial”. *Idem, Ibidem.*

Poder-se-á argumentar que a cooperação do juiz – que se expressa através dos deveres de esclarecer, consultar e prevenir - compromete a sua imparcialidade no julgamento, principalmente quando se trata de advertência às partes sobre a matéria fática.

Com efeito, um dos grandes desafios do processo civil contemporâneo que defende uma postura mais participativa do juiz é o estabelecimento de limites de atuação do julgador , exigindo para tanto o equacionamento entre a preservação da imparcialidade no julgamento e a sua necessária intervenção para suprimir de eventuais desigualdades entre as partes.

Lembra Lúcio Grassi de Gouvea que:

“na aplicação prática do princípio da cooperação – na sua modalidade dever de prevenção – nossos juízes chegam a determinar que as partes explicitem pedidos poucos claros e que colmatem lacunas existentes na exposição de fatos relevantes. Mas dificilmente determinam que elas adequem o pedido formulado à situação concreta. E raramente sugere uma certa atuação da parte, como ocorre na Alemanha. É que persiste em nosso direito o dogma da neutralidade que muitas vezes leva o possuidor do melhor direito, aquele que deve sair vitorioso na demanda, a sair derrotado por não dispor de meios econômicos para custear uma boa defesa.”²¹³

Mas, o dever de cooperação em nada compromete a imparcialidade judicial já que o diálogo deve ser estabelecido pelo juiz com ambas as partes a fim de possibilitar às duas a correção e aperfeiçoamento de seus argumentos, ainda que a atuação do juiz seja de mais valia à parte despojada de recursos técnicos e financeiros a quem o convite a tornar mais clara a sua narrativa pode influir no resultado da demanda.

È inegável que o profissional mais experiente contratado pela parte detentora de recursos financeiros poderá cumprir com o ônus de afirmar de forma adequada mediante o correto juízo de qualificação jurídica dos fatos que

²¹³ GOUVEA, Lucio Grassi de. *op. cit.* p.52

deverão integrar a causa, apresentando os fatos sem imprecisão ou de forma ambígua.

Neste caso, o exercício do dever de cooperação pelo juiz não se revelará tão útil já que a exposição fática não apresenta qualquer deficiência, diferentemente do que poderá ocorrer em relação ao litigante desacompanhado de um advogado menos preparado.

Todavia, o convite ao aperfeiçoamento pelo juiz – tal como previsto no modelo processual português – em relação aos fatos apresentados não se traduz em julgamento antecipado ou comprometido com a parte mais vulnerável da relação jurídica, pois ultrapassada a fase processual para tanto, na apreciação dos fatos e das provas o juiz decidirá sobre a procedência ou não do pedido.

Assim, é a posição cooperativa do juiz que garantirá o equilíbrio da dialética entre as partes, permitindo que a exposição fática deficiente de uma delas possa ser corrigida ou complementada – se assim desejar a parte – para trazer aos autos os fatos concernentes à causa em sua inteireza.

Por outro lado, mesmo em sua decisão final – ainda que não assumisse uma posição ativa no processo – o raciocínio jurídico elaborado pelo juiz nunca está inteiramente disassociado de carga valorativa pessoal que surge até mesmo na interpretação da norma jurídica, devendo por tal motivo, no exercício da função buscar tanto quanto possível evitar que suas impressões e experiências pessoais contaminem a condução e o resultado do processo.

Na atenta observação de Sergio Arenhart:

“ A imparcialidade exigida do juiz, portanto, não pode comprometer a sua tarefa de , como agente político, realizar os fins do Estado moderno. O juiz, assim, que dispõe de poderes para melhor atender ao direito posto à sua apreciação não pode ser tachado de parcial quando opta por um ou outro meio de realizá-lo. Do mesmo modo, parece estranho considerar o magistrado parcial somente porque sai

de sua postura passiva para, suprindo deficiência (evidentemente não desejada) da parte, oferecer condições para realizar melhor seu mister. O juiz, afinal, não precisa mais ser visto com desconfiança, como alguém que precisa ser limitado, pois representa faceta do Estado a ser manietada, como se via no direito liberal burguês. Hoje o juiz deve assumir a condição de autoridade – que lhe é própria – exercendo os poderes conferidos ao Estado (e atribuídos a este agente político em específico) para reconhecer, realizar e, enfim, atribuir os direitos proclamados pela ordem jurídica.”²¹⁴

Propõe Juan Montero Aroca que a imparcialidade do juiz, por ser de natureza subjetiva, deve ser verificada através de limites objetivos previstos em lei que estabelecerá as situações capazes de configurar a parcialidade que o afasta do julgamento da causa levando em consideração que não se pode investigar o ânimo do juiz em cada caso concreto.²¹⁵

O Tribunal Constitucional Espanhol adota o seguinte posicionamento:

*“ El si juez ofrece o no las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable sobre su imparcialidad, se reduce a constatar si existe o no alguna causa de abstención y de recusación, y nada más, de modo que las “ garantías suficientes ” se reducen a las causas previstas en la ley y la “ duda ” sobre la imparcialidad no puede alcanzar lo “ razonable ” sino sólo a lo previsto en la ley. ”*²¹⁶

Com efeito, não pode se presumir a imparcialidade do juiz – que se revela na adoção de posicionamento previamente favorável a uma das partes – pelo fato de intervir ativamente no processo sem causa objetiva a ser examinada em cada caso concreto.

Por outro lado, a cooperação do juiz deve se efetivar através de diálogo direto com as partes a fim de que possam realizar o contraditório mediante participação no processo e poder de influência sobre a decisão judicial. “ Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do Magistrado – e isso é poder de influência, poder de interferir na decisão do

²¹⁴ ARENHART, Sergio. *op. cit* p.601

²¹⁵ AROCA, Juan Montero. *Proceso civil y garantia penal op.cit.* p. 520.

²¹⁶ AROCA, Juan Montero. *Proceso civil y garantias....op.cit.* p. 521

Magistrado, interferir com idéias, com fatos novos, com argumentos jurídicos novos; se ela não puder fazer isso, a garantia do contraditório está ferida.”²¹⁷

Outrossim, não se pretende que o juiz adote uma posição paternalista ou assistencialista para tutelar pela parte mais frágil da relação processual. O equilíbrio das forças conflitantes e desiguais mediante colaboração do juiz é mais do que uma nova visão conferida ao papel do julgador. É dever constitucional decorrente da garantia de acesso de todo cidadão à ordem jurídica justa que – reitere-se - pressupõe a efetiva paridade de armas entre os litigantes, cuja verificação deve ser em concreto, sob pena de esvaziar o conteúdo do princípio constitucional da igualdade.

3.2- A MODIFICAÇÃO DO OBJETO DA DEMANDA

3.2.1- Considerações iniciais

Se após o saneamento do processo, é vedada qualquer modificação objetiva ou subjetiva da demanda, a *causa petendi* tem que estar articulada de forma clara pelo autor, competindo-lhe abordar todos os fatos relevantes e

²¹⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie. Princípio do contraditório e garantia do cidadão. Anais da XVIII Conferência Nacional dos Advogados : Cidadania, Ética e Estado. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2003, p.1545. O referido autor ainda faz a seguinte distinção: “ E aqui entra uma distinção que me parece muito útil e é pouco trabalhada na doutrina. Uma coisa é o juiz poder conhecer de ofício, poder agir de ofício, sem provocação da parte. Essa é uma questão. Outra questão é poder agir sem ouvir as partes. Essa é uma questão. Outra questão é poder agir sem ouvir as partes. É completamente diferente. Poder agir de ofício é poder agir sem provocação, sem ser provocado para isso; não é o mesmo que agir sem provocar as partes. Esse poder não lhe permite agir sem ouvir as partes.” *Idem*, p.1549. Fazendo a distinção entre processos isonômico, assimétrico e cooperativo, acentua Daniel Mitidiero quanto a este último: “O processo cooperativo parte da idéia de que o Estado tem como dever primordial propiciar as condições para a organização de uma sociedade livre, justa e solidária, fundado que está na dignidade da pessoa humana. Indivíduo, sociedade civil e estado acabam por ocupar, assim, posições coordenadas. O direito a ser concretizado é um direito que conta com a *juris prudentia*, nada obstante concebido, abstratamente, como *scientia juris*. Por essa vereda, o contraditório acaba assumindo novamente um local destaque na construção do formalismo processual, sendo instrumento ótimo para a viabilização do diálogo e da cooperação no processo, que implica, de seu turno, necessariamente a previsão dos deveres de conduta tanto para as partes como para o órgão jurisdicional (deveres de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio)” MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil....*op. cit.* p. 102

necessários à configuração do direito substancial afirmado, legitimando, em tese, o provimento jurisdicional postulado²¹⁸

Como acentua Cândido Dinamarco:

“mesmo diante das mitigações trazidas inicialmente pela lei ou por via da interpretação sistemática de seus textos não existem no Brasil as aberturas , que nos sistemas de procedimento rígido há para a regra de adaptabilidade do procedimento (Calamandrei): o juiz não tem autorização generalizada para imprimir ao procedimento os rumos que em cada caso se mostrem convenientes, o que em alguma medida pode suceder nos sistemas de procedimento flexível.”²¹⁹

Embora se defenda a colaboração dos litigantes na investigação do direito aplicável e da interpretação que mais se ajusta à situação fática debatida no processo, tal por si só não é capaz de suprimir a desigualdade substancial entre as partes²²⁰, até porque a parte carente de recursos não possui meios hábeis para intervir no processo apropriadamente.

Como leciona José Carlos Barbosa Moreira :

“As leis processuais soem conter dispositivos que preceituam a igualdade de tratamento das partes: assim o artigo 125 n° I do Código de Processo Civil brasileiro. A interpretação de semelhantes textos já não pode satisfazer-se com um entendimento puramente formal, como o que por tanto tempo prevaleceu. Aos olhos de expressiva corrente doutrinária, o que hoje importa, é tornar operativo o princípio no plano substancial, de tal modo que se assegure às partes, independentemente de desníveis culturais ,sociais, econômicos, verdadeira igualdade de oportunidades. Tal aspiração põe de novo em foco , por outro ângulo, o problema da atribuição de papel mais “ativo” ao órgão judicial, convocado a suprir, em certa medida, as falhas da atuação dos litigantes. A propensão a acentuar com muita ênfase semelhante exigência, sensível em certos setores, pode gerar dificuldades na perspectiva da conciliação, às vezes problemática, entre a função assistencial, que se quer ver assumida pelo juiz e a preservação de sua indispensável imparcialidade. Mas o risco de comprometer esse delicado equilíbrio não tem impedido o legislador, em vários países, de consagrar para o órgão judicial um dever, mais amplo ou mais restrito, de assinalar às partes a necessidade de praticar certos atos, e até discutir com elas

218

219 DINAMARCO. Cândido Rangel. *Instituições*, voII.....op. cit p.459/460.

220

aspectos fáticos e jurídicos do litígio, para induzi-las ao esclarecimento e à complementação de suas afirmações²²¹.

Disso resulta a necessidade de revisitação dos institutos processuais relacionados com o ônus de afirmar para tornar efetivo o acesso à justiça desde o primeiro momento em que o sujeito de direito está obrigado a expor suas razões.

Em verdade, sob a perspectiva da atividade probatória, a doutrina processual já vem sustentando a mitigação à obediência estrita ao princípio dispositivo e à revisitação do papel do juiz como dirigente do processo e garantidor da paridade de armas entre os litigantes²²².

Com essa orientação, a doutrina processual passou a enfatizar a necessidade de uma dialética processual com permanente diálogo entre as partes e o juiz, preservando com isso a isonomia substancial, evitando, ao mesmo

²²¹ BARBOSA MOREIRA José Carlos Tendências contemporâneas do direito processual civil. Revista Brasileira do Direito Processual. Minas Gerais n. 42, abr./jun. 1984, p.41/42.

²²² Barbosa Moreira examinando o papel desempenhado pelo juiz anglo-saxônico e o continental-europeu, afirma que os poderes são geralmente atribuídos ao órgão judicial com amplitude muito maior pelos ordenamentos da família romano-germânica. BARBOSA MOREIRA. José Carlos. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos. **Revista Forense**, São Paulo, n. 344, p-96-110, out/dez 1998. Cândido Dinamarco, igualmente, analisa os diferentes sistemas para afirmar: “Numa leitura a partir das premissas romano-germânicas determinantes de nossa cultura processual, o adversary system consiste na conjugação compensada e equilibrada entre as regras que ditam a inércia judicial e as que exigem a efetividade do contraditório em sua feição tradicional: vedada legal e sistematicamente ao juiz a iniciativa do processo (princípio da demanda) e, em princípio também a iniciativa da produção de meios de prova (princípio dispositivo), é natural que às partes se deixem a liberdade e o encargo de provar por meios adequados a instauração daquele e de estabelecer perante o juiz os termos do debate que culminará na decisão a causa. É sabido que os sistemas processuais ligados à cultura européia-continental vão se afastando da rigidez do adversary system tal como praticado no direito anglo – norte americano (que se choca com as premissas mais publicistas da cultura romano-germânica) mas em certa medida e com os descontos decorrentes dessa evolução, ainda se tem por certo que, em princípio, “il giudice non può introdurre argomenti che le parti stess non hanno deciso di introdurre” (Jolowicz) Razões de ordem prática e ligadas à realidade dos conflitos e insatisfações a debelar deixam ainda o indivíduo, mesmo em nosso sistema bastante influenciado pelo princípio inquisitório repellido na pureza do *adversary system* dos países da common law, como “único árbitro na decisão de defender ou não seus próprios direitos em via judiciária” (Habscheid)” DINAMARCO. Cândido Rangel. Ônus de afirmar e causa petendi – Os documentos indispensáveis à propositura da demanda – Ônus de afirmar e ônus de impugnação específica (CPC, art. 302)- Pedido determinado e sentença líquida-Confissões de dívida como declarações de vontade constitutivas- Honorários advocatícios. Revista Forense n.341, p-215-238. 1998.

tempo, que um dos litigantes possa prejudicar o outro em razão de uma situação mais favorável.

Também não se compatibiliza com a visão democrática do processo, o julgador que não transmite às partes o que efetivamente devem provar.

Sobre o tema, Cândido Dinamarco ressalta com propriedade:

“Diz-se tradicionalmente que é no momento da decisão da causa, estando já exauridas as possibilidades probatórias do processo que surge a objetiva a relevância das regras sobre o ônus da prova e sua distribuição: antes, que cada um cuide de provar o que alega e dar prova contrária às alegações adversárias pouco importando a origem de cada meio de prova que venha a ser oferecido ou mesmo produzido no processo (princípio da aquisição). De minha parte, vou entendendo que o juiz deve estar atento às regras do ônus da prova e ao desempenho de cada uma das partes ao longo de toda a instrução da causa. A regra do diálogo inerente à garantia constitucional do contraditório em sua feição moderna integra o chamado ativismo judiciário e exige que o juiz esclareça as partes sobre os rumos da instrução conclamando-as a complementar a prova”.²²³

Note-se que o código federal suíço, embora não permita ao juiz apreciar fatos não alegados pelos litigantes, estabelece que as partes devem ser alertadas sobre as lacunas de suas conclusões e convidadas a especificar de modo completo os fatos e as provas necessárias para fazer com que se aflore a verdade. Para esta finalidade, o juiz pode, em qualquer estágio da causa, convocar e interrogar as partes pessoalmente²²⁴.

Na mesma linha, observa Barbosa Moreira que:

“no propósito de contribuir para a mitigação das desigualdades substanciais entre as partes, tem-se cogitado de conferir ao juiz a faculdade (ou mesmo o dever) de prestar-lhe informações os ônus que lhes incumbem, convidando-as por exemplo, a esclarecer e a complementar suas declarações acerca dos fatos ou chamando-lhes a atenção para a necessidade comprovar alegações”²²⁵.

²²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. p.304

²²⁴ CAPPELLETI. *O Processo civil no direito comparado*. *op. cit.* p.57.

²²⁵ BARBOSA MOREIRA. José Carlos. *A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo*. *Revista de Processo*. São Paulo:

Também constitui um fortíssimo argumento em prol da inversão do ônus da prova a circunstância de que a vulnerabilidade econômica, técnica ou jurídica de uma parte em relação à outra pode ocorrer em diversas situações e independentemente da natureza da relação jurídica substancial estabelecida entre as partes, exigindo do juiz atento à desigualdade existente entre os litigantes, que, por vezes, ocupam posições não isonômicas, a utilização da regra de inversão.

Mas, igualmente, a inversão do ônus da prova não se apresenta como garantidora de uma decisão justa, em que pese a sua importância na preservação da igualdade entre as partes, se porventura não houver a possibilidade de investigação de determinados fatos que não tenham sido ventilados no momento adequado pelos litigantes.²²⁶

Cândido Dinamarco preocupado em buscar um sistema processual capaz de solver com justiça os mais variados direitos subjetivos, indica soluções “consistentes em permitir maior amplitude ao juiz na oferta de tutela jurisdicional a quem tiver razão mediante um processo que seja justo para ambas as partes em litígio”²²⁷.

Uma delas versa sobre a possibilidade de alteração do *petitum* ou da *causa petendi*, afirmando o autor:

“As *mutationes libelli* e os aditamentos vedados a partir da citação (ou: condicionados à anuência do demandado, art. 264 CPC) merecem ser repensados.

Se é o contraditório a razão maior da estabilização do objeto do processo, basta exigir nova citação do demandado e com isso propiciar ao sistema as vantagens decorrentes da não-necessidade de instaurar novo processo”.

Revista dos Tribunais, n. 37, p. 146, jan./mar. 1985.

²²⁶

²²⁷ DINAMARCO. Cândido Rangel. Instrumentalidade do Processo. *op.cit.* p.880.

Adverte o citado processualista que a inovação legal prevista no art. 84 do Codecon “transgride legitimamente dois importantes dogmas do processo civil tradicional, a saber:

a) ao mandar que o juiz imponha medidas de resultado prático equivalente ao adimplemento, transgride a regra da correspondência da sentença à demanda porque tais medidas não terão sido objeto da demanda inicial b) ao mandar que o faça ainda no processo de conhecimento e já depois da sentença proferida, inovando portanto no processo, vai de encontro ao dogma do exaurimento da competência pela publicação da sentença contido no art. 463 do CPC.

b) Nas demandas de competência dos Juizados Especiais Cíveis já é possível identificar a posição assumida por alguns julgadores que vem admitindo a alteração do pedido ou causa de pedir, relativizando com isso a proibição de emenda à inicial após a citação do réu²²⁸.

²²⁸ Vale colacionar a ementa que se segue: “Desde 01/09/92, o autor é cessionário do direito de uso e gozo do chamado sistema telefônico telemínio, uma espécie de sistema privativo de telefonia fornecido pela ré, em que esta tem a incumbência de administrar o sistema, mediante uma taxa de manutenção e administração, identificando as chamadas dos usuários e efetuando a cobrança dos valores devidos pelos mesmos, repassando-os à concessionária de telefonia, responsável pela concessão das linhas-tronco. Alega que em 29/06/98 teve sua linha bloqueada indevidamente por 16 dias, em razão de suposta falta de pagamento da conta de fevereiro/98, que na verdade tinha sido quitada no dia de seu vencimento. Ao solicitar por escrito (fls. 05), em 01/07/98, a informação sobre o real motivo do bloqueio, teve seu pedido recusado pela ré. Informa a autora, ainda, que nas contas de consumo vêm sendo cobrados valores sob a rubrica "tarifa bancária", que entende indevidos. Pleiteia, portanto, a suspensão da cobrança desses valores, bem como indenização por danos materiais e morais. **A parte autora requereu o aditamento do pedido inicial na AIJ de fls. 60, tendo o mesmo sido deferido pelo Juízo a quo às fls. 69, após requerimento formal da Defensora Pública (fls. 68), pleiteando o religamento da linha telefônica, sob pena de multa, e a restituição em dobro das quantias indevidamente pagas a título de desbloqueio e de "tarifa de manutenção da linha.** A ré, em contestação (fls. 100/112), suscita preliminar de incompetência do Juízo por necessidade de perícia técnica, a fim de verificar o bom funcionamento da aparelhagem. No mérito, reconhece que a conta de fevereiro foi devidamente quitada, sustentando que o corte, na verdade, ocorrera em função da conta de junho/98, com vencimento em 27/06/98, e que só foi quitada em 17/07/98, segundo demonstrativo de fls. 113. Quanto à tarifa bancária, no valor de R\$ 1,40, entende devida por ser cobrada pela instituição financeira, havendo cláusula contratual prevendo seu rateio entre os usuários. A R. Sentença de fls. 80 afastou a preliminar, pelo fato de ser desnecessária a produção de tal prova, bastando ficar comprovado se o corte foi devido ou não. Quanto ao mérito, julgou procedente o pedido para condenar a ré a restabelecer o serviço no prazo de 10 dias, sob pena de multa diária de R\$ 150,00, bem como a devolver em dobro as taxas de desbloqueio e manutenção da linha, além de pagar ao autor R\$ 1.250,00 a título de danos morais. **Recorre a ré às fls. 134/140, pleiteando a reforma integral do decisum, caso não seja acatada a preliminar de cerceamento de defesa, por não ter sido intimado do aditamento de fls. 68, prejudicando assim sua defesa. Quanto à preliminar de cerceamento de defesa, a mesma não merece ser acolhida. Isto porque o pedido da autora foi feito na AIJ de 27/03/00 (fls. 60), do qual teve conhecimento a ré, pois estava presente ao ato. Pelo princípio da oralidade e da simplicidade que norteiam os Juizados Especiais Cíveis, a ré poderia ter impugnado o pedido na própria audiência, sendo inteiramente desnecessário o aditamento formal deste pedido suplementar ao pedido vestibular, determinado pelo Juízo. De qualquer forma, tendo sido aditada a inicial, foi expedida as fls. 70 carta precatória para nova citação, bem como para intimar a ré a comparecer à audiência designada, cujo cumprimento se deu em 01/03/02 (fls. 73) Houve audiência de**

Aliás, a interpretação do pedido formulado pelo Autor em sede de Juizados Cíveis, segundo orientação jurisprudencial, deve ser ampliativa para admitir a correção do pedido erroneamente postulado na inicial

Corroborando tal entendimento, o processualista Leonardo Greco assinala que ao autor deve ser reservado o poder de limitar a demanda fática e juridicamente. Mas, sem dúvida, quando houver falta de clareza ou de precisão

conciliação em 12/04/02, na qual esteve presente a ré (fls. 76). A AIJ se realizou em 09/09/02, tendo a ré se manifestado no sentido de que não tinha mais provas a produzir, além de sua contestação escrita. Logo, não há que se falar em cerceamento de defesa. Não obstante, e apenas para não deixar qualquer outra dúvida a respeito da inexistência do cerceamento de defesa, cabe ressaltar que não há necessidade, para que se possa decidir corretamente os pedidos de fls. 68, de produção de outras provas que não as constantes dos autos. Isto porque, no tocante ao pedido de religamento da linha e da cobrança indevida da taxa de bloqueio, basta ficar comprovado que houve o desligamento, já que entendemos ser esta fórmula coativa de cobrança de dívidas, totalmente desconforme com o disposto no art. 42 CDC, e incompatível com o princípio que garante às partes a ampla defesa e o contraditório na linha do devido processo legal, princípio este válido, inclusive, no âmbito administrativo. Quanto à taxa de manutenção, há que se reconhecer que a cobrança é indevida, pois como a própria ré alega às fls. 102, a manutenção é de responsabilidade da concessionária Telemar S/A, logo a cobrança deveria ser feita por esta, em separado. Cabível, em tese, portanto, apenas os valores cobrados sob a rubrica "taxa de administração", a qual não é questionada pelo autor. A ré desligou a linha do autor em 29/06/98, por suposto atraso no pagamento da conta com vencimento em 26/06/98, não comprovando, porém, que tenha alertado o autor acerca da iminência do corte, para que o mesmo pudesse, conforme o caso, quitar seu débito ou esclarecer junto à ré que não estava inadimplente. A prova da boa-fé do autor está presente na carta escrita por ele enviada à ré (fls. 05), solicitando esclarecimentos acerca dos motivos do corte, solicitação esta que não foi atendida. Descumpriu a ré, portanto, os deveres de lealdade, cooperação e cuidado com o consumidor, decorrentes do princípio da boa-fé objetiva (art. 4º III CDC), bem como o dever de informação prévia, clara e precisa ao consumidor (art. 4º IV CDC). Ademais, como se disse acima, o corte é fórmula coativa de cobrança, sendo considerado abusivo, pois a ré dispõe de outros instrumentos para garantir a cobrança de seu crédito. Sendo ilegítimo o corte, correto o decisum monocrático ao determinar a restituição em dobro da taxa de desbloqueio, o religamento da linha em prazo certo, sob pena de multa diária, bem como a indenização por danos morais, cujo quantum foi fixado com parcimônia em R\$ 1.250,00. No tocante à tarifa bancária, não consta do dispositivo da Sentença. No entanto, nada pode fazer a instância ad quem, por ausência de recurso da parte autora. Isto posto, voto no sentido de ser conhecido o recurso da ré, negando-se-lhe provimento e mantendo-se a R. Sentença de fls. 80, condenando-se ainda a recorrente vencida ao pagamento de 20% sobre o total atualizado da condenação, em favor da CEJUR da PGDP. A ementa pode ser encontrada no *site* www.tj.rj.gov.br (turmas recursais cíveis)

Adotando a mesma linha de pensamento, veja a seguinte ementa "trata-se de ação de indenização por danos morais cumulada com obrigação de fazer, pretendendo o autor que a ré lhe forneça 3 bilhetes aéreos, ida e volta, Rio-Florianópolis. O autor adquiriu junto à companhia aérea-ré três bilhetes de ida e de volta, Rio de Janeiro-Florianópolis, no intuito de participar da campanha promocional "SMILES FOR FRIENDS" (fls.07/10). Por motivos alheios à sua vontade, o autor e sua família (esposa e filha de dois anos de idade) não puderam realizar a viagem durante o período promocional, vindo a cancelar a viagem, tendo, à ocasião, telefonado para a ré que cancelou as reservas e informou que as passagens tinham validade por um ano. O autor adquirira 3 (três) bilhetes, a saber: - 1 bilhete para o próprio, vinculado à promoção "Smiles for Friends", com utilização de 10.000 milhas; - 1 bilhete para

na qualificação jurídica, o juiz deve ir em busca da essência da manifestação de vontade do autor e não da aparência.(Código Civil, artigo 85)²²⁹.

Sob outra perspectiva, o acesso à justiça compreende além da possibilidade de qualquer cidadão demandar judicialmente o alcance de uma decisão efetiva e justa.

acompanhante (sua filha de 2 anos de idade), vinculado à promoção "Smiles for Friends sem utilização de milhas e pago em dinheiro; - 1 bilhete para sua esposa não vinculado à promoção "Smiles for Friends", com utilização de 20.000 milhas. A parte ré sustenta em tese defensiva que os bilhetes vinculados à promoção "Smiles for Friends" tiveram a validade finda em 30.06.03, consoante condições pré-determinadas e divulgadas na respectiva campanha publicitária (fls. 63/71), e que unicamente o bilhete "Smiles", comprado em nome de Maria Lima (esposa do autor) e não vinculado à referida campanha, teria validade de um ano. Em audiência de conciliação a parte ré ofereceu como proposta de acordo "a devolução do direito de 10 mil milhas, referentes ao bilhete "Smiles" promocional sem a cobrança da taxa administrativa correspondente, e ainda o reembolso ou alteração do bilhete "Smiles" emitido com o débito de 20 mil milhas, o que não foi aceito pelo autor." (fl. 20). A sentença julgou parcialmente procedente o pedido condenando a empresa-ré a devolver ao autor 10.000 milhas referentes ao bilhete "Smiles" promocional, e 20.000 milhas referentes ao 2º bilhete emitido, sem cobrança de qualquer taxa administrativa (fls. 81/83). Embargos de declaração interpostos pela parte ré, rejeitados (fls. 84/910). Recorre a ré.VOTO A sentença é de ser mantida por seus próprios fundamentos. **Em primeiro lugar, pontue-se que o autor elaborou a petição inicial no Núcleo de Primeiro Atendimento do JEC de origem preenchendo de próprio punho formulário-padrão de petição inicial, e que permaneceu desassistido juridicamente durante todo o processo de conhecimento. Em face disso, e com amparo nos princípios da simplicidade, economia processual e celeridade que entre outros regem os procedimentos estatuídos pela Lei 9099/95 dos Juizados Especiais, pode e deve o Juiz atuar de forma que venha a impedir a formalidade processual desprovida de eficácia, interpretando o pedido inicial de maneira abrangente desde que mantida a coerência e a consonância com o cerne da questão. Outrossim, refira-se o art. 6º da Lei 9099/95, verbis: "Art. 6º. O juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum." Portanto, não assiste razão à parte ré ao afirmar que a sentença restou extra petita por não haver pedido de restituição de milhagem na exordial. Embora o pedido do autor não seja exatamente este, na realidade pleiteia o autor em sua petição ressarcimento dos prejuízos que suportou, e isto está cristalino no trecho que ora se transcreve: "Nós ... ficaríamos sem as passagens, sem as milhas e sem o dinheiro." Outrossim, sublinhe-se que a sentença foi prolatada nos exatos termos do acordo proposto pela ré na audiência de conciliação, de modo que, a decisão judicial recorrida é absolutamente legítima e conciliatória dos interesses em disputa. Isto posto, voto no sentido de ser mantida a R. Sentença, por esses e seus próprios fundamentos negando-se provimento ao recurso da ré-recorrente e condenando-se-na ao pagamento de honorário de 20% sobre o valor da causa.(grifo nosso) A ementa pode ser encontrada no [site www.tj.rj.gov.br](http://www.tj.rj.gov.br) (turmas recursais cíveis)**

²²⁹ GRECO. Leonardo. A teoria do direito de ação. *op cit.* p.62.Veja a propósito a seguinte ementa: "Erro material de petição inicial elaborada pela parte sem assistência de advogado. Possibilidade de interpretação corretiva pelo magistrado, se todos os fatos indicam aqui qual era a intenção da parte autora- Defeito do produto (telefone celular)- pedido que consta da vestibular que se divide em dois itens: a devolução do valor pago pela consumidora pelo aparelho defeituoso e indenização por danos morais que, embora a autora equivocadamente

Alerta Mauro Capelletti sobre o tratamento processual diferenciado nos países orientais em que se admite a apreciação de fatos fora dos limites da demanda.

A título de ilustração, o referido autor cita o art. 195 do código de procedimento civil russo que dispõe:

“em relação às circunstâncias comprovadas no andamento da causa, o tribunal pode ultrapassar os limites da demanda apresentadas pela Autor se isso for necessário para a defesa dos direitos e interesses legítimos das instituições estatais, das empresas, das fábricas coletivas e das outras cooperativas ou dos cidadãos.”²³⁰

Vislumbra-se, por outro lado, que a doutrina brasileira já vem lançando um olhar crítico à severidade da proibição ao aditamento à inicial após a citação do réu.

Sobre o assunto, Cândido Dinamarco ressalta: :

“se é o contraditório a razão maior da estabilização do objeto do processo, basta exigir nova citação do demandado e com isso propiciar ao sistema as vantagens decorrentes da não-necessidade de instaurar novo processo. Até mesmo no processo penal, onde o culto ao valor ampla defesa é exarcebado, permite-se aditar a denúncia sempre que a prova revele fatos não-alegados pelo órgão acusador (CPP, art. 384) – e isso, obviamente, independe da concordância do acusado. Romper com a rigidez do sistema não é um mal, nem traz incoerências maléficas. Nova citação e novas dilações probatórias não são tão prejudiciais quanto a necessidade de novo processo, quando já se conhecem os fatos”²³¹.

qualifique como “danos materiais”, só podem ser “imateriais ou morais” já que toda a inicial se refere a transtornos e aborrecimentos na relação de consumo com a ré- **Procedimento simplificado dos Juizados Especiais em que o juiz deve afastar o mito “vale o que está escrito” norteando-se pelas máximas de experiência comum e do que geralmente ocorre, dando outrossim mais importância à vontade da parte leiga em direito do que ao sentido literal das palavras**- Correção da sentença que pautando-se por esta linha hermenêutica dá ao pedido da parte autora seu real sentido. O acórdão pode ser encontrado no *site* www.tj.rj.gov.br (Turma Recursal Cível- grifo nosso).

²³⁰ CAPPELLETTI, Mauro. O Processo Civil no Direito Comparado. Belo Horizonte: Cultura Jurídica.- Ed. Líder, 2001, p.29/30

²³¹ DINAMARCO. Cândido Rangel. Fundamentos do Processo Civil Moderno. Tomo.II. São Paulo: Malheiros Editores, 1987. p.882.

Mas o contraditório não pode servir de obstáculo à flexibilização procedimental, pois qualquer proposição no sentido da relativização da inalterabilidade da demanda deve prever a manifestação da parte contrária sobre as circunstâncias introduzidas no processo.

3.2.2- CORRELAÇÃO ENTRE SEGURANÇA JURÍDICA E PRECLUSÃO

Decorre naturalmente do instituto da preclusão a segurança jurídica que se pretende obter no caminhar do processo. “ Vedando à parte a prática de um ato depois da oportunidade estipulada na lei processual, assegura-se que o processo caminhará à fase seguinte, com a certeza de que aqueles direitos processuais extintos pelo advento da preclusão não poderão ser mais ser exercidos.”²³²

Um dos princípios que informa o Estado do Direito é o da segurança jurídica, pois este se traduz numa garantia de que o sistema jurídico oferece estabilidade e certeza, permitindo a todo cidadão o prévio conhecimento sobre as conseqüências jurídicas dos atos jurídicos por ele praticados.

Comenta Francisco Mauro Dias a esse respeito:

“ A certeza jurídica significa para o cidadão em primeiro lugar proteção à confiança que ele pode dispensar ao direito devidamente instituído e que lhe possibilite planejar e calcular a longo prazo, ou seja, constituir sobre a estabilidade e a calculabilidade do direito. O cidadão deve poder prever as possíveis intervenções estatais a ele opostas e, em conformidade com isso, poder preparar-se; ele deve poder confiar em que a sua atuação conforme com o direito vigente,

²³² SICA, Heitor Vitor Mendonça. Preclusão processual civil...*op.cit.* p.304. Não há dúvida de que a preclusão é instrumento para evitar abusos e retrocessos e prestigiar a entrega da prestação jurisdicional de boa qualidade. A preclusão atua em prol do processo, da própria prestação jurisdicional, não havendo qualquer motivo para que o juiz não sobra seus efeitos, pelo menos na maioria das situações. Devemos lembrar que ao juiz, que personifica o Estado no exercício da função jurisdicional, também não deve ser concedida a livre atuação com pendulares decisões que tumultuam o processo e tragam insegurança. Se às partes são traçadas regras impeditivas de condutas que causem tumulto e atraso à entrega da prestação jurisdicional ainda com mais razão devem existir também regras ao juiz. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Breves apontamentos sobre o instituto da preclusão In DIDIER JUNIOR. Fredie (coord). Leituras complementares do processo civil. Salvador: Iuspodium , 2007,p.315.

fique reconhecida pela ordem jurídica com todas as conseqüências jurídicas vinculadas a isso.”²³³

Na dicção de J.J Gomes Canotilho:

“O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança como elementos constitutivos do Estado de direito.

Estes dois princípios – segurança jurídica e protecção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da protecção da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexcionada com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante qualquer acto de poder – legislativo, executivo e judicial.”²³⁴

²³³ DIAS. Francisco Mauro. Estado de direito. Direitos humanos (direitos fundamentais), segurança jurídica e reforma do Estado. Revista de direito administrativo: Rio de Janeiro, nº 211, jan/mar.1998, p.144 .

²³⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1997, p.257. Carmen Lúcia Antunes Rocha conceitua a segurança jurídica como o direito da pessoa à estabilidade em suas relações jurídicas. Esse direito articula-se com a garantia da tranquilidade jurídica que as pessoas querem ter, com a sua certeza de que as relações jurídicas não podem ser modificadas numa imprevisibilidade que as deixe instáveis e inseguras em relação ao seu futuro, quanto ao seu presente e inclusive quanto ao passado. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício da inconstitucionalidade. *in* Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p.168 Analisando a segurança jurídica sob a perspectiva do processo afirma Carlos Valder Nascimento: “Sendo razoável supor que a segurança jurídica configura, no plano axiológico, um valor alto do sistema jurídico não menos verdade é que ela não pode ser utilizada como uma garantia da insegurança.” Prossegue dizendo: “ A insegurança jurídica não pode sobrepor-se ao postulado maior da justiça em detrimento dos princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade e principalmente da equidade. Estes sim, em qualquer hipótese ou circunstância, são os que devem ser resguardados, visando a afastar seu carácter de arbitrariedade que a torna um valor negativo do direito, passível, portanto, de ser confundida com o abuso de poder. Por justo motivo, não pode ser ela elevada ao patamar de imutabilidade, sem restrições de qualquer ordem. Equivoca-se aquele pensa ser a fórmula da inalterabilidade da sentença a solução para o problema referente ao fim da controvérsia, pela imposição de um segurança inexistente.” DO NASCIMENTO. Carlos Valder. Segurança jurídica: mito e realidade. Revista Fórum Administrativo. Belo Horizonte, nº 72, p.11/12, 2007.

A proteção da confiança está relacionada à previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos originados dos poderes públicos. A preclusão garante que o ato processual praticado por uma das partes não possa sofrer modificação trazendo segurança jurídica no caminhar do processo. “ Sobressaem, pois, a utilidade e o sentido prático da preclusão, que é, em última análise, uma palavra de ordem necessária à segurança do direito e à celeridade na obtenção da verdade dos fatos.”²³⁵

Ademais, é imprescindível a existência de regras preclusivas como forma de garantir a solução do litígio em tempo razoável além de permitir à parte a satisfação dos interesses submetidos à apreciação judicial.

Três são as modalidades de preclusão: temporal, lógica e consumativa.

Preclusão temporal consiste na perda de uma faculdade que não foi exercitada no prazo estabelecido em lei.

Preclusão lógica significa a impossibilidade da prática de um ato processual incompatível com aquele praticado anteriormente.

Preclusão consumativa, por sua vez, ocorre quando a parte por já ter praticado um determinado ato processual, fica impedida de praticá-lo novamente.

Sob o enfoque da carga da afirmação, a preclusão temporal que recai sobre o ônus de alegar fatos deve admitir temperamentos de sorte a permitir que a dialética não seja inalterável tão precocemente²³⁶, sem que o juiz possa nem

²³⁵ BARBOSA. Antônio Alberto Alves. Da preclusão processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p.64

²³⁶ “*Impugnação, revelia, preclusão, coisa julgada* e outros institutos processuais são instrumentos importantes dentro de determinado contexto, mas, sobretudo, sua interpretação exige um processo de elaboração mental mais amadurecido. Ressalte-se, todavia, que a pura e simples aplicação pode ensejar graves disfunções, se não se recorrer a soluções exequíveis no

mesmo aquilatar as eventuais desigualdades entre as partes capazes de comprometer a adequada apresentação de argumentos e fatos.

Andrés de la Oliva Santos enumera as várias finalidades acerca da delimitação do objeto do processo: 1º) dotar de ordem e fluidez o debate processual; 2º) evitar situações de desvantagem para qualquer das partes 3º) determinar a existência de especial conexão entre os objetos de vários processos 4º) impedir que o sujeito jurídico figure no pólo passivo em virtude de repetidas demandas pretendendo a mesma tutela jurisdicional 5º) evitar a prolação de sentenças contraditórias ou redundantes.²³⁷

Sem dúvida, a estabilização da demanda – que se vincula à causa de pedir – se revela fundamental na proteção ao contraditório, contribuindo o estabelecimento de fase processual específica para que sejam afirmados os fatos pelas partes²³⁸ com o tempo de duração do processo, além de evitar surpresas ao adversário no curso do processo.

Mas, a proibição de se modificar uma *causa petendi* ou causa *excipiendi* deduzida nos autos não apresentada no momento oportuno, prejudica a busca da verdade material, trazendo repercussões diretas na análise do objeto do processo à luz do contraditório que fica delimitado pelas partes sem a intervenção do juiz como agente colaborador para que sejam supridas eventuais deficiências, o que nos leva a concluir que a rigidez procedimental no campo da delimitação fática impede a formação de um processo justo.

domínio de fatos, sem se ater unicamente à prescrição veiculada pela norma linearmente considerada ou mesmo por uma perspectiva gramatical.” *Idem*, p.10/11

²³⁷ SANTOS. Andrés de la Oliva. Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil. ..., 2005, p.67

²³⁸ Sobre a *litiscontestatio* existente no processo romano, lembra Junior Moreira Alexandre que o seu principal objetivo era o de fixar o ponto ou pontos litigiosos da questão, definindo os limites da decisão a ser proferida pelo *iudex* e obrigando os demandantes a respeitá-la. Ou seja, com a realização do instituto, a *res in iudicium deducta* encontrava-se definitivamente estabilizada e, desta forma, seria a causa submetida ao julgamento do *iudex*. Não mais era permitido, após este momento, qualquer modificação objetiva na fórmula. Ao se tratar um paralelo do processo civil romano com o atual, poder-se-ia argumentar portanto que a *litiscontestatio* romano corresponderia ao ato através do qual se encerrava a fase postulatória, com a conseqüente inalterabilidade da instância, já fixado o conteúdo da ação.” PINTO, Junior Moreira Alexandre. *op.cit.*p. 106

Neste sentido, Fernando da Fonseca Gajardoni aponta que à luz da elasticidade e adaptabilidade do procedimento às circunstâncias do caso concreto, é possível se construir um modelo de preclusão temporal mais flexível, sem perder de vista a necessidade de garantir ao processo um andamento sem retrocessos e contradições. “O foco da preclusão temporal não deve estar mais na sua faceta extrínseca isto é, no prazo para a prática do ato, mas sim no seu aspecto intrínseco, mais precisamente na fase em que o processo se encontra.”²³⁹

3.2.3- SISTEMAS PROCESSUAIS RÍGIDOS E FLEXÍVEIS

Um sistema processual pode ser classificado como rígido ou flexível dependendo do grau de extensão de modificação bem como do momento de estabilização da demanda.

Joan Picó I Junoy analisa os fundamentos que justificam a opção legislativa pelo sistema flexível ou rígido de modificação da demanda.²⁴⁰

Quanto ao sistema flexível, a modificação da demanda favorece sempre ao autor na medida em que permite trazer ao processo circunstâncias e fatos da vida real que tenham provocado uma alteração da situação fática

²³⁹ GAJARDONI. Fernando da Fonseca. *op.cit.* p.213

²⁴⁰ Confira o capítulo sobre os fundamentos dos sistemas rígidos e flexíveis de modificação da demanda. JUNOY. Joan Picó I.p.43/72. *La modificación de la demanda*. Valencia: tirant lo blanch, 2006, “ Para se pensar num procedimento rígido, deve-se ter em mente a fixação pela lei de limites temporais relativamente curtos para a prática dos atos concernentes à apresentação de todas as alegações pelas partes, seja por parte do autor impondo os limites da demanda que pretende ver discutida, seja pelo réu, trazendo ao feito suas matérias de defesa em contraposição aos argumentos do demandante. Através destes prazos legais será imposto pelos próprios litigantes, a âmbito de discussão no processo. Nesta forma de se conduzir o processo, é perfeitamente possível identificar fases existentes, a preparatória, a instrutória e a decisória. Por outro lado, um procedimento flexível presume a ausência destas disposições, ou mesmo que existentes, têm as partes ou mesmo o juiz, o poder de adiar suas proposições, podendo em qualquer momento do processo, com a participação da parte contrária, apresentar fundamentos novos aptos a sustentar o acolhimento de sua pretensão. Num processo inspirado no princípio da liberdade das deduções, a parte pode modificar a demanda, propondo novas exceções e requerendo a produção de novas provas em todo o curso do processo.” PINTO, Junior Alexandre Moreira. *Sistemas rígidos e flexíveis: estabilização da demanda in Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)...p.57*

discutida no processo, além de possibilitar corrigir omissões e erros que não tenham ocorrido de forma maliciosa. Também protege o interesse do demandado já que permite resolver a questão litigiosa em toda sua plenitude.²⁴¹

Elenca Joan Picó I Junoy os seguintes fundamentos justificadores a tal sistema: a) a vigência do princípio da economia processual b) a busca da justiça material do caso concreto c) a flexibilidade dos processos inspirados pelo princípio da oralidade.²⁴²

Em relação ao primeiro fundamento, assinala o autor que

“ La necesidad de articular un sistema flexible de modificación de la demanda suele fundamentarse en el principio de la economía procesal, permitiendo que la tutela judicial del conflicto sea lo más cercana posible a la realidad, evitando así, como acabamos de indicar, futuros procesos sobre cuestiones que podrían resolverse con anterioridad.. ”²⁴³

O segundo fundamento, por sua vez, se relaciona com a possibilidade de que os fatos discutidos no processo fiquem mais próximo da realidade fática conduzindo à uma decisão judicial mais acertada em relação ao caso concreto.

O terceiro fundamento diz respeito à possibilidade de o autor introduzir no processo fatos novos e de o réu manifestar-se sobre a alteração nos sistemas processuais inspirados no princípio da oralidade.

Quanto ao sistema rígido de modificação da demanda, Junoy indica os fundamentos a seguir expostos como justificativa para tal sistema : a) proteger a *litis contestatio* b) manter a plena eficácia da litispendência c) evitar prejuízo à defesa d) manter a vigência do princípio da preclusão e) inibir em

²⁴¹ JUNOY. Joan Picó I. *La modificación de la demanda...op.cit.* p.64/65

²⁴² Confirma o capítulo sobre os fundamentos dos sistemas rígidos e flexíveis de modificação da demanda. JUNOY. Joan Picó I. *La modificación de la demanda*. Valencia: tirant lo blanch, 2006, p.43/72

²⁴³ *Idem* , p.65

relação ao réu a difamação ou má reputação que podem provocar a existência de um processo.²⁴⁴

Em verdade, tanto o sistema rígido quanto o flexível se destinam a proteger princípios fundamentais do processo, o que torna ambos legítimos no estabelecimento de regras em relação à delimitação fática.

Mas é a flexibilização temperada que apenas relativiza a aplicação rigorosa dos vários princípios que giram em torno da dialética processual que se apresenta como sistema mais adequado e compatível à concepção moderna do processo judicial.

3.2.3.1- Modelo espanhol: sistema rígido

A *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000 no campo dos fatos prestigiou os princípios dispositivo e de *aportación de parte* segundo o qual a alegação de toda a realidade fática é atribuída com exclusividade às partes, ficando a atividade probatória restrita aos fatos controvertidos e discutidos pelas partes.²⁴⁵

²⁴⁴ JUNOY, Joan Picó I. *La modificación de la demanda. op.cit.* p.45/63. A propósito, confira a lição de Maria Carla Giorgetti: “ *per la giurisprudenza consolidata costituisce mutamento vietato della domanda la correzione della causa petendi che amplia o muta i limiti oggettivi del giudicato, cioè l'allegazione di nuovi elementi di fatto e/o di diritto. Che estende la controversia ad un nuovo profilo giuridico, non originariamente incluso nel libello introduttivo, idôneo a fondare il medesimo petitum. Com riferimento allâ causa petendi il mutamento della medesima determina mutamento della domanda allorquando la diversa causa petendi essendo impostata su presupposti di fatto e su conseguenti situazioni giuridiche non prospettate in precedenza importi l' immutazione dei fatti costitutivi del diritto fatto valere in giudizio e introducendo nel processo un nuovo tema di indagine e di decisione, alteri l'oggettto sostanziale dell'azione ed i termini della controversia sî da porre in essere, in definitiva, una pretesa diversa per la sua intrinseca essenza, da quella fatta valere in precedenza.*”GIORGETTI. Maria Carla. *Il principio di variabilità nell'oggetto del giudizio.* Torino:G. Giappichelli Editore, 2008,p.87

²⁴⁵ Joan Picó I Junoy observa sobre os princípios do novo processo civil: “ *Como es obvio, la iniciativa probatoria del juez civil no puede ser ilimitada pues puede entrar en conflicto con derechos o principios que merecen ser protegidos. Por ello, como tuve ocasión de analizar en otro lugar, dicha iniciativa tiene tres relevantes limites: Primeiro. La prueba practicada por el juez debe, necesariamente, limitarse a los hechos controvertidos o discutidos por las partes, en virtud de los principios dispositivo y de aportación de parte. En consecuencia, son los litigantes quienes deben traer al proceso el material fáctico que fundamenta sus respectivas pretensiones, no pudiendo el órgano jurisdiccional llevar a cabo ninguna actividad tendente a investigar o aportar hechos no alegados por las partes, ni fallar*

Optou o modelo espanhol por um sistema rígido de preclusões, proibindo a modificação da demanda – salvo se ocorrer fato superveniente ou tiver a parte conhecimento do fato posteriormente à apresentação das peças principais - estabelecendo, inclusive, que na hipótese da demanda se fundar em fatos distintos ou em títulos jurídicos diversos , estes deverão ser alegados na demanda originária , não se admitindo a apresentação dos fatos em processo posterior.

Segundo o art. 400 inciso I da referida lei:

“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. La carga de la alegación a que se refiere el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta ley en momentos posteriores a la demanda y a la contestación.”

O art.222 2 ampliou os limites da coisa julgada, quando estabeleceu:

“ La cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvención, así como a los puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 408 de esta ley.

Le considerán hechos nuevos y distintos en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularen..”

Examinando o mencionado dispositivo (art. 400 I) em conjunto com o art.222, 2, José Luiz Vazquez Sotelo que a novidade introduzida pela *Ley de*

*alterándo-los, sob pena de incurrir la sentencia en un vicio de incongruencia.” JUNOY. Joan Picó I. Los principios del nuevo proceso civil español. **Revista de Proceso**. São Paulo nº 103, jul/set, 2001, p. 68. O segundo e terceiro limites dizem respeito à proibição de utilização das fontes probatórias distintas das existentes no processo e o respeito ao contraditório durante o curso do processo. No mesmo sentido, Juan Montero Aroca: “La nueva LEC parte de una concepción que puede calificarse claramente de liberal y en la que el principio dispositivo es su elemento determinante. Son las partes las que han de determinar el objeto del proceso y la clase de tutela y al juez no le incumbe investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados. Quien pide la tutela judicial tiene la carga de determinarla con precisión y de alegar y probar los hechos.” AROCA, Juan Montero. *Los principios políticos de la nueva ley de enjuiciamiento civil. Los poderes del juez e y la oralidad*. Valencia: Tirant lo blanch, 2001, p.56.*

Enjuiciamiento Civil criou o objeto *virtual* que se “ identifica por los sujetos, el “petitum” y (aquí la novedad) por todos los hechos y todos los títulos jurídicos que se hayan podido aducir, aunque no se hayan aducido.”²⁴⁶

Objeto *virtual*, na definição de Andrés de la Oliva Santos:

*“ es aquello sobre lo que no tiene por qué proyectarse la actividad de las partes y del tribunal en el correspondiente proceso, pero que, sin embargo, en relación con otros procesos, valdrá como objeto procesal o tendrá la virtualidad de éste. Así, pues, esa virtualidad o eficacia se despliega ad extra o trascendentemente, es decir, hacia fuera del proceso mismo, cuando se trata de establecer si el objeto de varios procesos el el mismo o si el de uno de ellos comprende el de un proceso distinto, aún pendiente o ya terminado. Es asimismo relevante cuando interesa establecer si entre los objetos de varios procesos existe conexión, a efectos de acumulación de procesos.”*²⁴⁷

O objeto *actual* do processo, por sua vez, está constituído pelos fatos levantados pelas partes que forma apresentados na fase processual estabelecida em lei.

Assim, proposta uma nova demanda caberá ao juiz examinar se as alegações de fato poderiam ter sido deduzidas à época da propositura da ação originária.

Analisando o referido art. 400 da LEC , Angel Tinoco Pastrana

²⁴⁸conclui :

“ En definitivo le artículo 400 consagra la preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos en otro proceso posterior.

Podemos relacionar esta regla de preclusión con la vigencia del principio iura novit curia, consagrada en el antes mencionado artículo 218 1 L.E.C, en el sentido de que los fundamentos jurídicos alegados por las partes, no tienen porque ser los que luego aplique

²⁴⁶ SOTELO. José Luis Vázquez. *Objeto actual y objeto virtual en el proceso civil español* In *Proceso civil: novas tendências*. GONZAGA, Jayme Fernando; DE FARIA. Juliana Cordeiro; LAUAR, Maira Terra (coord) .Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008, p.373.

²⁴⁷ SANTOS. Andrés de la Oliva. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Navarra: Thomson-Civitas-Arancadi, 2005.p.78

²⁴⁸ PASTRANA, Angel Tinoco. *La cosa juzgada material en el proceso civil español. Función excluyente y limites objetivos*. **Revista de Ciência Jurídica e Sociais da UNIPAR** nº 2, p.255/256, jul/dez 2006.

el juzgado o Tribunal, es decir, también precluye cualquier otro fundamento jurídico posible respecto a los mismos hechos y petición, porque el órgano jurisdiccional en realidad puede aplicar la totalidad del ordenamiento jurídico, y si no ha aplicado unos determinados fundamentos jurídicos no alegados, es porque no ha sido necesario o pertinente. Luego desde esta perspectiva, tenemos un argumento adicional para justificar la preclusión de cualquier fundamentación jurídica no alegada e incluso no considerada en la sentencia firme.

Por ello es por cual en la actualidad en el proceso civil español no tiene sentido aplicar las teorías de la individualización y de la substanciación para definir el objeto del proceso, sino que hay que utilizar otros conceptos. Se trata por una parte del “objeto atual”, que es el objeto en un proceso en concreto o en un plano interno. Por otra del “ objeto virtual” que va referido un proceso en concreto respecto a otros, y que sirve para resolver diversos problemas, y en lo que nos ocupa, la litispendencia y la función negativa o excluyente de la cosa juzgada.”

Trazendo à colação a decisão proferida nos autos do recurso nº 112/2004, José Luiz Vazquez Sotelo revela a interpretação conferida pelo juízo monocrático espanhol aos dispositivos sob comento:

“Lo que se persigue con la indicada novedad legislativa es evitar lo que aquí ha ocurrido entre las partes. Es decir, que pudiendo ventilarse en un solo proceso las discrepancias existentes respecto a una determinada relación jurídica, se inicie una caderna de litigios en la que en cada uno de ellos tan solo se contemple una parte o un aspecto acuélla, cuando sea posible resolver todas las discrepancias en uno solo. De esta forma, la añeja finalidad de la cosa juzgada, tendente a evitar que sobre una misma cuestión las mismas partes planteen diversos litigios, se extiende a todos acuéllos casos en que, aún no habiéndose planteado ni resuelto en el anterior una determinada cuestión, si era posible plantearla y resolverla en acuélla.”²⁴⁹

Adotando tal entendimento, o Tribunal Supremo Espanhol confirmou no recurso nº 2690/2007 a sentença de primeiro grau que em que o autor pretendia o pagamento de um complemento salarial devido no ano de 1999, reconhecendo o juízo monocrático a existência de coisa julgada.²⁵⁰

²⁴⁹ SOTELO. José Luiz Vázquez. *op cit.* p.378

²⁵⁰ O acórdão proferido pelo Tribunal Supremo , Sala de Madrid pode ser encontrado no site do Tribunal Supremo Espanhol. Confira a ementa: *Id Cendoj: 28079140012008100838 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social Sede: Madrid Sección: 1 N° de Recurso: 2690/2007N° de Resolución: Procedimiento: SOCIAL Ponente: GONZALO MOLINER TAMBOREROTipo de Resolución: Sentencia Resumen: Cosa Juzgada. Trabajadores prejubilados del Banco Santander Central Hispano que pretenden que en el cálculo del complemento por prejubilación se compute unas pagas extras de beneficios del año 1999. En un proceso anterior habían reclamado el mismo*

Mais adiante, aplicando em conjunto as regras processuais ora em comento, concluiu o Tribunal que o objeto da lide em julgamento já havia sido alcançado pela coisa julgada, em que pese o autor ter pleiteado o pagamento de verba referente a outro período que não constou na primeira demanda.

Merece transcrição parte do voto proferido no mencionado acórdão:

“ En efecto, el objeto de los anteriores procesos que el mismo que el de éste: el complemento a pagar por la empresa por la prejubilación del actor y, más concretamente, si para el cálculo de ese complemento debían computarse y de que forma las pagas extras de beneficios del año 1999. La causa de pedir, entendida como el hecho al que van anudadas las consecuencias jurídicas cuya efectividad se reclame, al pedir la tutela judicial, ha sido la misma en los procesos anteriores, donde la pretensión ejercitada ha sido igual: que las pagas extras de beneficios del año 1999 se computaran para el cálculo del complemento por prejubilación a cargo de lo demandado. Ciertamente que en el nuevo proceso se reclaman diferencias por ese complemento con un periodo de tiempo distinto, pero ese dato no desvirtúa lo dicho, porque no existen acaecimientos posteriores que integren una causa de pedir distinta. El hecho de que se añada un nuevo pedimento, que se reclame un periodo de tiempo distinto, no impide la identidad de la “ causa petendi”, ya que la misma no cambia porque si modifique la petición, pues lo decisivo es que los hechos y los fundamentos de la pretensión son los mismos: la prejubilación que conlleva el reconocimiento del deber de pagar cierta cantidad, cuya cuantificación se debía hacer con arreglo a ciertos parámetros.”²⁵¹

concepto pero por un periodo distinto, habiendo sido desestimada su pretensión por sentencia firme. El TSJ estima la excepción de cosa juzgada, absolviendo a la empresa demandada. El TS, reiterando doctrina, considera que concurre cosa juzgada material, dado que el efecto positivo de la cosa juzgada requiere una identidad entre los sujetos y una conexión entre los pronunciamientos, sin que sea necesaria una completa identidad de los objetos, dado que basta que lo decidido en el primer proceso actúe como condicionante o prejudicial en el segundo proceso, tal como ocurre en este supuesto. Destaca la Sala que lo relevante no es el periodo reclamado, sino que la existencia y la extensión del deber de abonar las pagas ya han quedado juzgadas en el primer proceso; dado que el elemento temporal sólo será determinante cuando en el nuevo lapso temporal hayan acaecido hechos nuevos que generen nuevo derecho, integrado en una causa de pedir distinta.

²⁵¹ A íntegra do voto do relator do recurso nº 2690/ 2007 pode ser conferido no site do Tribunal Supremo Espanhol.

Disciplina, por outro lado, o art. 412 sobre a proibição da alteração da demanda,²⁵² admitindo o art. 426 a apresentação das partes de alegações complementares nos seguintes termos:

“ 1. En la audiencia, los litigantes, sin alterar sustancialmente sus pretensiones ni los fundamentos de éstas expuestos en sus escritos, podrán efectuar alegaciones complementarias en relación con lo expuesto de contrario.

2. También podrán las partes aclarar las alegaciones que hubieren formulado y restificar extremos secundarios de sus pretensiones, siempre sin alterar éstas ni sus fundamentos.

3. Si una parte pretendiere añadir alguna petición accesoria o complementaria de las formuladas en sus escritos, se admitirá tal adición si la parte contraria se muestra conforme. Si se opusiere, el tribunal decidirá sobre la admisibilidad de la adición, que sólo acordará cuando entienda que su planteamiento en la audiencia no impide a la parte contraria ejercitar su derecho de defensa en condiciones de igualdad.

4. Si después de la demanda o de la contestación ocurriese algún hecho de relevancia para fundamentar las pretensiones de las partes en el pleito, o hubiese llegado a noticia de las partes alguno anterior de esas características, podrán alegarlo en la audiencia.”

Interpretando tais dispositivos, Andrés de la Oliva Santos assim observa:

“ Que se permita al demandante formular alegaciones complementarias “ en relación con lo expuesto de contrario” no supone abrirle una puerta falsa para cambiar, sobre todo en cuanto a la causa de pedir, el objeto principal del proceso, configurado con su demanda. El buen sentido y los términos legales limitan las posibilidades de “mutatio libelli” por esa vía: el demandante puede referirse , no a sus alegaciones, sino a las del demandado. Tampoco las aclaraciones o las rectificaciones de extremos secundarios de lo alegado o de lo pedido se deben prestar a cambios de objeto (sin perjuicio de lo que pueda ser necesario para precisar el contenido ”²⁵³

O art. 286 n.º 1 e 2 do mesmo diploma legal, por sua vez, cuida da introdução de fatos novos ocorridos ou conhecidos após o ajuizamento da

²⁵² “ La transformación total de la causa petendi en orden a fundamentar la pretensión de la demanda tampoco se permite, pues ello supone la adición de hechos nuevos que, como he indicado, esta prohibido por el art. 412 LEC.” JUNOY. Joan Picó I. *La modificación de la demanda...op.cit .p.115*

²⁵³ SANTOS, Andrés de la Oliva. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Navarra: Thomson-Civitas-Arancadi, 2005.p.74

demanda, abrindo-se o prazo de 05 (cinco) dias à parte contrária para sua manifestação.

O referido dispositivo possibilita a dilação probatória em relação ao fato novo ou de novo conhecimento (*nueva noticia*) quando prescreve:

“ Si el hecho nuevo o de nueva noticia no fuese reconocido como cierto, se propondrá y se practicará la prueba pertinente y útil del modo previsto en esta ley según la clase de procedimiento cuando fuere posible por el estado de las actuaciones. En outro caso, em el juicio ordinario, se estará a lo dispuesto sobre las diligencias finales.” (n.º 3)

Ainda o mesmo dispositivo proíbe a alegação posterior de fato se à vista das circunstâncias e das demais alegações da outra parte não ficar comprovado que o fato não podia ter sido alegado no momento processual previsto em lei, podendo o Tribunal se agiu a parte com má-fé ou ânimo dilatório aplicar-lhe sanção pecuniária. (n.º4).

Confira a sua redação:

“ El tribunal rechazará, mediante providencia, la alegación de hecho acaecido con posterioridad a los actos de alegación si esta circunstancia no se acreditase cumplidamente al tiempo de formular la alegación. Y cuando se alegase un hecho una vez precluidos aquellos actos pretendiendo haberlo conocido con posterioridad, el tribunal podrá acordar, mediante providencia, la improcedencia de tomarlo en consideración si , a la vista de las circunstancias y de las alegaciones de las demás partes , no apareciese justificado que el hecho no se pudo alegar en los momentos procesales ordinariamente previstos.”

Note-se que o sistema espanhol veda a alteração da demanda, permitindo a formulação de alegações complementares pela parte apenas para opor-se àquelas apresentadas pelo adversário, encontrando as retificações bem como os esclarecimentos a respeito dos elementos secundários a mesma limitação.

Por outro lado, é permitido à parte alegar fato novo relevante ocorrido durante o curso da demanda ou se tiver tomado ciência após o ajuizamento da demanda de fato anterior .

As situações excepcionais que possibilitam a alteração da causa de pedir com a introdução de fato novo – superveniente ao ajuizamento da demanda – ou de fato preexistente, porém de conhecimento posterior à apresentação das alegações – guardam similitude com o nosso sistema processual.²⁵⁴

Assim, o modelo espanhol não resolve a questão relativa à introdução de fato preexistente de conhecimento prévio da parte mas que não integrou a inicial por falta de preparo do profissional dentre outras situações que repercutem sobre o cumprimento da carga de afirmação pelo autor.

Ao revés, o fato preexistente à causa integra o que a doutrina espanhola denomina de objeto *virtual*, não podendo ser levantado em ação autônoma, instituindo a *Lei de Enjuiciamento Civil*, preocupada com a racionalidade e redução dos processos, grave preclusão em relação ao ônus de afirmar.

Se de um ângulo, a regra do art. 400 inciso I impede que o réu venha a ser novamente demandado em ação autônoma, evitando com isso o prolongamento do conflito de interesses entre as partes de outro, a eventual deficiência da causa de pedir no sistema espanhol nem pode ser corrigida durante a demanda nem poderá ser discutida em ação autônoma, tornando extremamente gravosas as conseqüências resultantes do cumprimento defeituoso do ônus de afirmar.

3.2.3.2 – Modelo português: sistema flexível

²⁵⁴ No capítulo anterior, cuidamos dos arts. 303 inciso I e 462 do Código de Processo Civil que tratam da introdução de fato preexistente de conhecimento anterior – o primeiro – e de fato superveniente (o segundo).

A reforma processual portuguesa procurou mitigar a rigidez até então existente em relação à exposição dos fatos, optando por possibilitar às partes a complementação ou correção de seus articulados após a apresentação da petição inicial e da resposta, incrementando a participação do juiz na delimitação dos termos da controvérsia.²⁵⁵

Nesse sentido, prevê o art. 508 do Código de Processo Civil a prolação do despacho pré-saneador, que tem como função o preparo do processo para quando for objeto do despacho saneador, devendo o juiz examinar o processo sob três aspectos essenciais: observância dos pressupostos processuais; preenchimento dos requisitos técnicos dos articulados; a forma pela qual os fundamentos de fato foram articulados pelas partes.²⁵⁶

Assim está redigido o mencionado dispositivo:

“ Art.508 Suprimento de excepções dilatórias e convite ao aperfeiçoamento dos articulados
 1 – Findos os articulados, o juiz profere, sendo caso disso, despacho destinado a:
 a) Providenciar pelo suprimento de excepções dilatórias, nos termos do n.º 2 do artigo 265º;
 b) Convidar as partes ao aperfeiçoamento dos articulados, nos termos dos números seguintes:
 2-O juiz convidará as partes a suprir as irregularidades dos articulados, fixando prazo para o suprimento ou correcção do vício, designadamente quando careçam de requisitos legais ou a parte não haja apresentado documento essencial ou de que a lei faça depender o prosseguimento da causa.
 3- Pode ainda o juiz convidar qualquer das partes a suprir as insuficiências ou imprecisões na exposição ou concretização da matéria de facto alegada, fixando prazo para a apresentação de articulado em que se complete ou corrija o inicialmente produzido.
 4- Se a parte corresponder ao convite a que se refere o número anterior, os factos objecto de esclarecimento, aditamento ou correcção ficam sujeitos às regras gerais sobre contraditoriedade e prova.
 5- As alterações à matéria de facto alegada previstas nos n.º 3 e 4 devem conformar-se com os limites estabelecidos no artigo 273º se forem introduzidos pelo autor e nos artigos 489º e 490º, quando o sejam pelo réu.

²⁵⁵ A reforma processual se efetivou através do DL n° 329-A/95 de 12 de dezembro de 1995 e DL n° 180/96 de 25 de setembro de 1996.

²⁵⁶ Cf. PIMENTA, Paulo. A fase do saneamento do processo antes e após a vigência do novo código de processo civil. Coimbra: Almedina, 2003. p.137

6- Não cabe recurso do despacho que convide a suprir irregularidades ou insuficiência dos articulados.”

Comentando sobre o dispositivo em pauta, assinala Paulo Pimenta:

“ Articulados facticamente insuficientes (incompletos) são aqueles em que a exposição fáctica, permitindo embora determinar ou descortinar a causa de pedir ou a excepção invocada, não se revela suficiente ou bastante para o preenchimento da figura em causa, isto é, não contém todos os factos necessários para que possa operar-se a subsunção na previsão da norma jurídica (ou normas jurídicas) de que a parte quer prevalecer-se. Nessa situação, o juiz profere o despacho de convite ao aperfeiçoamento, por entender que, na sua alegação, a parte omitiu fatos que era suposto ter articulado face à estratégia processual por si assumida.

Teremos articulados facticamente imprecisos (inexatos ou inconcretos), quando a narração dos pontos de facto aí vertidos suscita dúvidas, seja porque não é clara ou não é precisa, seja porque é vaga, ou é obscura, seja porque é ambígua ou incoerente. O mesmo se dirá das peças cujo teor é conclusivo, quer porque se omitiram os concretos factos que sustentam as conclusões quer porque a parte reproduziu a fórmula legal invocada.”²⁵⁷

Antônio Montalvão Machado examinando as novidades introduzidas no Código de Processo Civil de 1995 revela que ocorreram várias alterações quanto à apresentação da matéria de fato com relativização do princípio dispositivo permitindo ao juiz “ participar” da delimitação fáctica do próprio litígio, convidando às partes a esclarecer e tornar mais precisos os fatos narrados tanto na inicial quanto na contestação.²⁵⁸

Examinando o sistema português, Guilherme Freire de Barros Teixeira acentua:

“ Com a reforma do CPC português, as partes somente devem alegar imediatamente os fatos essenciais. Ainda assim, a omissão não leva

²⁵⁷ PIMENTA. Paulo. *op.cit* p. 156. Paulo Pimenta valeu-se da classificação de vários autores portugueses.

²⁵⁸ MACHADO, Antonio Montalvão. O dispositivo e os poderes do Tribunal à luz do novo Código de Processo Civil. Coimbra: Almedina, 2001, p.159. O referido autor acrescenta a propósito: “Assim- e como veremos- o juiz não é mais o tal “estranho” em relação à exposição fáctica da lide, quer no que diz respeito à alegação dos factos em si mesma, quer no que diz respeito à própria impugnação. Por isso, dissemos que o COC de 95 atenuou a influência do dispositivo ao mesmo tempo que, inversa e proporcionalmente, aumentou expressamente os poderes do tribunal.” Mais adiante, observa: “ Estaremos, portanto, perante um litígio em que o árbitro é, afinal, um “colaborador” das pretensões dos litigantes ou, melhor ainda, um “colaborador” do próprio processo, ajudando à clareza, à exatidão, à concretização e à complementarização, quer da alegação, quer da impugnação fáctica.” *Idem*, p. 160

necessariamente à preclusão da sua alegação posteriormente, havendo, então uma clara atenuação ao princípio da eventualidade. Pelo novo regime processual, permite-se que o órgão julgador, na audiência preliminar, convide qualquer das partes a suprir as insuficiências na exposição da matéria de fato verificada em seus articulados (artes. 508, 1, b, 508º A, I, c e 787º) em razão do que, se a falta de alegação do fato essencial não implicar total ininteligibilidade da causa de pedir ou do fundamento da exceção, esta omissão ainda pode ser sanada neste momento.”²⁵⁹

Mas a possibilidade de correção das deficiências dos articulados não pode ultrapassar os limites das circunstâncias fáticas já levantadas no processo.

Paulo Pimenta considera que apresentados os articulados pelas partes na forma do art. 264 I do Código de Processo Civil português, está preclusa a possibilidade de o autor sair da causa de pedir por si invocada, modificando-a por outra, como também ao réu é proibido lançar mão de novas exceções. “O que se permite, isso sim, é arranjar, retocar (complementando ou corrigindo) os factos originariamente alegados, em cumprimento daquele ônus.”²⁶⁰

Por outro lado, o art. 273 limita a extensão da modificação da causa de pedir e do pedido disciplinando que “.é permitida a modificação simultânea do pedido e da causa de pedir, desde que tal não implique convalidação para relação jurídica diversa da controvertida”(nº 6)

Igualmente o artigo 489 delimita a modificação a ser introduzida pelo réu quando prescreve “2. Depois da contestação só podem ser deduzidas as excepções, incidentes e meios de defesa que sejam supervenientes ou que a lei expressamente admita passado este momento, ou de que deva conhecer oficiosamente”

Já o art. 490 cuida do ônus de impugnação especificada dos fatos, cabendo ao réu impugnar todos os fatos articulados na inicial, sob pena de resultar incontroverso o fato não discutido na demanda.

²⁵⁹ TEIXEIRA. Guilherme Freire de Barros. *op.cit.* p.130

²⁶⁰ PIMENTA. Paulo. O novo processo civil...*op.cit.*p.167

Admitindo como extremante louvável a introdução do mencionado dispositivo art. 508 que pôs fim à discussão em âmbito doutrinário e jurisprudencial sobre a possibilidade de alteração da demanda, Antônio Montalvão ressalta:

“ Dessa forma, competirá ao juiz , em primeiro lugar, ter um espírito aberto e intencionalmente tolerante para as modificações objetivas da lide. Bem sabemos que elas constituem uma exceção ao clássico princípio da estabilidade da instância, mas também não esquecemos que elas amplamente se justificam por força das virtualidades do dispositivo, por potencializarem a aproximação á verdade e por não se encontrar hoje qualquer razoabilidade no sistema da rígida imutabilidade previsto no século passado. Em segundo lugar, caberá ao juiz verificar, no caso concreto, se a dupla modificação pretendida é de molde a implicar a dita convolação para relação jurídica diversa da controvertida (e essa tarefa verificativa é que pode não ser muito simples...), pois que só nesse caso, como vimos é que ele poderá (e deverá) não admitir tal modificação.”²⁶¹

O modelo processual português se mostra mais avançado para admitir a articulação de fatos ²⁶²que venham a esclarecer, aperfeiçoar e tornar mais precisos aqueles já expostos pelas partes, não sofrendo as partes a restrição imposta pelo sistema espanhol que somente permite a exposição de fatos que tenham como função a contrariedade aos que foram apresentados pelo adversário.

Aliás, o referido art. 508 nº 3 do Código de Processo Civil teve sua constitucionalidade questionada perante o Tribunal, mas não foi acolhida, sendo que o objeto do recurso de constitucionalidade consistia em

“ averiguar se, ao dirigir o convite ao aperfeiçoamento a uma das partes, o juiz está de algum modo a antecipar a solução do litígio, comprometendo-se com ela e criando um clima de suspeição quanto à sua imparcialidade no momento do seu julgamento” ou seja, “se

²⁶¹ MACHADO. Antônio Montalvão. *op. cit.* p. 219

²⁶² “ Sendo porém a causa de pedir complexa, isto é, constituída por vários elementos e tendo o autor alegado apenas algum ou alguns deles, aí já poderá haver lugar ao despacho pré-saneador de convite para que o demandante venha completar a insuficiência fáctica em que incorreu, apresentando para o efeito um dos articulados judicialmente estimulados, a que depois responderá o réu nos termos do nº4 do referido art.508º.”*Idem*, p.267

uma tal interpretação da norma do artigo 508 n.º 3 do CPC colide com o princípio da imparcialidade dos tribunais que se extrai da ideia do Estado de Direito, do direito a um processo equitativo consagrado no artigo 20.º, n.º 4 e no artigo 222.º n.º 5 da CRP (respeitante aos juizes do Tribunal Constitucional).”²⁶³

No enfrentamento da alegada inconstitucionalidade do referido art. 508, o Tribunal Constitucional Português assim decidiu :

“A numerosa jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem sobre a noção de tribunal imparcial tem insistido na sua dimensão subjectiva e objectiva. Assim, na sentença de 22 de abril de 1994 (caso Saraiva de Carvalho contra Portugal, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 4, 1994, p. 405 ss, trad e anot. por A Henriques Gaspar), diz-se que: “ Para os fins do artigo 6.º § 1.º da Convenção Européia dos Direitos do Homem), o Tribunal recorda que a imparcialidade deve ser apreciada segundo uma perspectiva subjectiva, tentando determinar a convicção pessoal de um certo juiz numa dada ocasião, e também segundo uma perspectiva objectiva, que assegure que o juiz oferecia garantias suficientes para excluir a este respeito qualquer dúvida legítima.”²⁶⁴

Mais adiante, conclui a relatora em seu voto: :

Sob o ponto de vista objetivo, a solução contida no n.º 3 do artigo 508 do Código de Processo Civil em nada afecta a imparcialidade do juiz. Por um lado, porque tal solução não afasta a aplicação das regras gerais sobre impedimentos e suspeições dos juizes (artigos 122 e seguintes). Por outro lado, porque tal solução na medida em que se limita a traduzir o exercício do dever de cooperação do tribunal com as partes perante falhas na articulação de matéria de facto, não significando nem obrigando legalmente a qualquer decisão quanto à existência desses factos (a proferir na altura própria, depois da instrução) ou quanto ao direito aplicável, não cria qualquer aparência de proferimento de uma decisão final num ou noutro sentido.

Objectivamente, pois, a lei não dá à parte que acata o convite qualquer garantia de uma decisão favorável, quer quanto à matéria de facto (recorde-se que, no caso dos autos, os factos aditados iriam figurar na base instrutória), quer quanto à matéria de direito (basta atentar na circunstância de a própria selecção da matéria de facto dever ser feita segundo as várias soluções plausíveis da questão de direito, o que desde logo impediria que, antes dela, o juiz se comprometesse com qualquer uma delas).

Sob o ponto vista subjectivo, também não se vê em que medida a solução em apreço pode apresentar afinidades com os casos de parcialidade subjectiva acima assinalados, na medida em que dela

²⁶³ FREITAS, José Lebre de e SANTOS. Cristina Máximo. O Processo civil na Constituição. Coimbra: Almedina, 2008, p.131/132.

²⁶⁴ A íntegra do voto da relatora Maria Helena Brito proferido nos autos do acórdão 517/00 pode ser encontrado no site do Tribunal Constitucional Português.

não decorre a possibilidade de o juiz exprimir antecipadamente a sua convicção pessoal sobre a razoabilidade das pretensões das partes.
²⁶⁵

Aliás, o referido Tribunal em acórdão diverso (nº 325/2007) , ao examinar os poderes do relator relativamente a eventuais deficiências do requerimento de interposição do recurso, decidiu que o relator possui as atribuições consignadas no artigo 508 do Código de Processo Civil português para convidar às partes, em segundo grau, ao aperfeiçoamento dos articulados, ressaltando que dentre os vários princípios previstos no preâmbulo do Decreto-Lei nº 329-A/95 de 12 de dezembro foi consagrado o princípio da cooperação como princípio angular e exponencial do processo civil de forma a propiciar que os juízes e mandatários cooperem entre si.

È de se notar que o modelo português revelou com clareza o novo papel atribuído ao juiz que assume uma posição de colaborador com a formação do material fático, sem que tal inovação implique na subtração das partes do direito de escolher os fatos que deverão integrar a lide.

Também merece registro a limitação imposta no referido artigo 273 que possibilita a modificação simultânea da causa de pedir e do pedido, desde que isto não implique na convolação de uma relação jurídica diversa da controvertida, quebrando de um lado a rigidez com relação ao estabelecimento de um único momento para o aporte dos fatos e de outro, restringe o ingresso de fatos novos que não se relacionem com a relação jurídica discutida no processo, preservando com isso a integridade do direito substancial debatido entre as partes.

Adverte Junior Moreira Alexandre Pinto sobre a importância da audiência preliminar, ressaltando que o modelo português determina expressamente em seu art. 511 do CPC, que:

²⁶⁵ Trecho do voto proferido pela relatora Maria Helena Brito nos autos do acórdão nº 517/00 que pode ser encontrado no *site* do Tribunal Constitucional Português

“ cabe ao juiz, ao fixar a base instrutória, selecionar a matéria de fato relevante para a decisão da causa, segundo as várias soluções plausíveis de questão de direito, que deva considerar-se controvertida. E diga-se, além de tudo, deve o juiz, nesta audiência, já distinguiu entre os fatos fundamentais e os instrumentais, já que estas últimas podem ser objeto de investigação independentemente de alegação ou requerimento expresso das partes. Com a seleção dos fatos a serem investigados, sejam os fundamentos, em que os litigantes devem indicar, sejam os instrumentais, livres de investigação, o magistrado elabora um questionário limitando a instrução e orientando as partes no exato limite de atividade instrutória. É a perfeita noção de colaboração das partes, intimamente relacionada com o princípio do contraditório ”²⁶⁶

3.3- FLEXIBILIZAÇÃO DA ESTABILIZAÇÃO DA DEMANDA

Ao longo de presente estudo já nos inclinamos pela linha doutrinária que defende a flexibilização da regra da estabilização da demanda, considerando prematura a fixação de prazo preclusivo em especial em relação ao Autor que só poderá alterar os termos da demanda após a contestação se houver aquiescência do réu.

Em defesa do sistema rígido de preclusões, como anotado, argumentam os processualistas que a rigidez evita o prolongamento indevido da causa pelas partes, permitindo ao juiz e ao adversário o conhecimento prévio sobre o objeto da lide.

Todavia, é a flexibilização procedimental – sem que isto signifique a inexistência de regras preclusivas - que se compatibiliza com a formação do processo justo .

A concentração do cumprimento da carga da afirmação em um único momento processual – o Autor na inicial e o réu, na contestação – não permite a intervenção do Estado-juiz para equilibrar as forças conflitantes adotando-se a visão moderna de que a posição ativa do juiz - já defendida no campo

²⁶⁶ PINTO. Junior Moreira Alexandre. *op.cit.* p. 154

doutrinário - deve ser alargada para permitir sua interferência não só na atividade probatória, mas também na delimitação fática da demanda.

Fernando da Fonseca Gajardoni em seu acurado exame sobre a possibilidade de variação do rito procedimental, assinala que três são os sistemas de flexibilização: O primeiro é o da flexibilização por força de lei. O juiz, nesta hipótese, está autorizado por lei a promover a adaptação do procedimento à causa. O segundo diz respeito à flexibilização procedimental judicial em que competiria ao juiz com base nas variantes do caso concreto (objetivas e subjetivas) modelar o procedimento para a obtenção de adequada tutela. E o terceiro é o da flexibilização voluntária das regras de procedimento em que as partes poderiam escolher alguns procedimentos ou alguns atos processuais da série ainda que também em caráter excepcional e com condicionamentos.²⁶⁷

O citado autor, elencando as situações justificadoras da flexibilização procedimental, afirma que uma delas tem relação com a condição da parte. “Nada impede que o juiz a bem da proteção do hipossuficiente e equilíbrio de contendores, altere o procedimento para a composição de uma igualdade processual e material consoante os valores constitucionais.”²⁶⁸

Sobre a flexibilização da regra de estabilização da demanda, assinala Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que:

“Conquanto a fixação do pedido e a 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 demanda na primeira audiência dos 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”²⁶⁹

²⁶⁷ GAJARDONI. Fernando da Fonseca. Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo de procedimento em matéria processual. São Paulo: Atlas, 2008, p.138/139

²⁶⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca *op.cit.* p.88/89

²⁶⁹ OLIVEIRA. Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo*op.cit.*.p.86

Certamente a flexibilização da rigidez procedimental em relação à delimitação fática deve ser estabelecida através de lei porém com temperamentos preservando, de um ângulo, a iniciativa do autor com relação à delimitação fática, e de outro, a segurança no caminhar do processo, já que as partes não podem ser surpreendidas a todo tempo com a alteração dos fatos a serem apreciados em juízo.

A esse respeito, Leonardo Greco acentua:

“Tanto a rigidez do procedimento quanto dos prazos quanto das preclusões em benefício de um processo célere, podem constituir obstáculos à tutela jurisdicional e efetiva e a um processo justo ou no que nos interessa, ao pleno exercício do direito de produzir no processo todas as provas relevantes, sendo necessário explicitar critérios objetivos que asseguram a sua flexibilização sem ultrapassar a fronteira do razoável porque resolver um processo em tempo razoável não significa simplesmente decidi-lo com a observância do procedimento, dos prazos e das preclusões estabelecidas pela lei, mas considerar como legítimas e, portanto, razoáveis ou não eventuais dilações, assim como considerar como legítimas ou não determinadas proibições a essas dilações.”²⁷⁰

O Tribunal Constitucional português no acórdão nº 179/2007 proferido pelo Conselheiro Benjamin Silva Rodrigues em 08/03/07 em que analisou o recurso proposto por L.D.A em face de Direção-Geral dos Edifícios e Monumentos Nacionais por ter sido absolvido o réu da instância por erro na identificação da parte ré que não tem personalidade jurídica nem judiciária.²⁷¹

Utilizou o relator do referido acórdão a lição de Carlos Lopes do Rego (“os princípios constitucionais da proibição de indefesa, da proporcionalidade dos ônus e cominações e o regime da citação em processo civil”, Coimbra, 2003) que analisando a jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre a observância às garantias e aos princípios fundamentais, extraiu a seguinte proposição:

²⁷⁰ GRECO, Leonardo. Limitações probatórias no processo civil. Palestra proferida na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em 24/03/2009.

²⁷¹ O acórdão pode ser encontrado no *site* do Tribunal Constitucional Português.

“(…) os regimes adjectivos que prescrevem requisitos de natureza estritamente procedimental ou “formal” dos actos das partes – isto é, conexions não propriamente com a formulação essencial das pretensões ou impugnações dos litigantes, mas tão-somente com o modo de apresentação ou exposição dos respectivos conteúdos – devem:

a) revelar-se funcionalmente adequado aos fins do processo, não traduzindo exigência puramente formal arbitrariamente imposta por destituída de qualquer sentido útil e razoável quanto à disciplina processual

b) conformar-se no que respeita às conseqüências desfavoráveis para a parte que não as acatou inteiramente – com o princípio da proporcionalidade desde logo, as exigências formais não podem impossibilitar ou dificultar de modo excessivo ou intolerável a actuação procedimental facultada ou imposta às partes; e as cominações ou preclusões que decorram de uma falta da parte não podem revelar-se totalmente desproporcionada – nomeadamente pelo seu carácter irremediável ou definitivo, impossibilitador de qualquer ulterior suprimento – à gravidade e relevância para os fins do processo, da falta imputada à parte.

O juízo de proporcionalidade a emitir neste domínio tem assim de tomar em conta três vectores essenciais: (i) a justificação da exigência processual em causa; (ii) a maior ou menor onerosidade na sua satisfação por parte do interessado e (iii) a gravidade das conseqüências ligadas ao incumprimento do ônus.²⁷²

A doutrina portuguesa transcrita no referido acórdão deixa claro seu comprometimento em buscar a conformação das regras processuais ao modelo justo de condução do processo.

Adotando tal posicionamento, as conseqüências ligadas à falta de cumprimento adequado do ônus de afirmar é de tamanha gravidade – considerando principalmente que todos os atos processuais praticados durante a instrução repousam sobre as alegações das partes – que é plenamente justificável no exercício do juízo de proporcionalidade a ser exercido em cada caso concreto a criação de normal processual autorizativa da intervenção do juiz a fim de cooperar no suprimento das deficiências constatadas na exposição dos fatos.

Certamente, não se pode situar no mesmo plano a postura ativa do juiz na atividade probatória e a sua colaboração quanto à delimitação fática. A escolha dos fatos é ato exclusivo das partes a quem incumbe fixar os limites da

²⁷² Trecho do voto proferido no acórdão 179/2007 do Tribunal Constitucional Português

controvérsia, vedando-se ao juiz a modificação *ex officio* da *causa petendi* e da *causa excipiendi* sob pena de comprometer a imparcialidade do julgamento. Já a fixação das provas pelo julgador, independentemente do requerimento das partes, encontra justificativa no fato de que instaurado o processo, não se admite que a descoberta da verdade dos fatos fique ao alvedrio dos litigantes.

A propósito, confira a valiosa contribuição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

“Em realidade, a confusão embarçaria a necessária distinção entre os planos de direito material e do processual. No primeiro, a faculdade de iniciar a demanda e fixar o seu conteúdo é deixada ao exclusivo alvedrio dos sujeitos do direito, qualquer que seja a natureza da pretensão material. Ao órgão judicial não se outorga poder para fazer cessar a demanda ou modificar o pedido ou a causa de pedir, porquanto tal atividade comprometeria irremediavelmente a imparcialidade própria de seu ofício. No segundo, vinculado de modo inextricável ao próprio exercício da função jurisdicional, o interesse público exige prolatada a decisão apenas quando formada a convicção do juiz, assentada esta o mais possível na verdade dos fatos, porque em exercício de tarefa própria de seu ofício, devendo o legislador estabelecer como se processará tal investigação, disciplinando do mesmo passo os poderes instrutórios do juiz. Essa estruturação, claro está, não obedecerá apenas a fatores de ordem técnica, mas especialmente a todos os demais que sustentam e dão fundamentação ao formalismo processual, como se demonstrou no capítulo anterior.”²⁷³

Apesar da distinção de limites de atuação do juiz, no campo dos fatos permanece a proibição *ex officio* de introdução ou aperfeiçoamento dos fatos, o que não impede a sua colaboração no sentido convidar às partes a trazer, completar ou tornar mais precisas as questões fáticas, advertindo-as sobre as conseqüências que poderão advir a cada uma dentro do processo.

3.3.1- Economia processual e a busca da verdade real

²⁷³ OLIVEIRA. Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo*op.cit* p.181

A economia processual é um dos princípios informadores do processo civil que objetiva alcançar o máximo de resultado no processo com o mínimo possível de utilização de atos processuais no curso da demanda.

Há vinculação direta entre a economia processual e os princípios da eventualidade e o da preclusão, porque o estabelecimento de fases processuais preclusivas bem como a concentração dos argumentos e exposição de fatos abreviam a solução do litígio.

Mas a possibilidade de novas demandas entre as mesmas partes com a apresentação de fatos não ventilados na ação originária afronta a economia do processo.

Assim, a economia processual também justifica o rompimento da rigidez quanto à inalterabilidade da demanda para permitir a introdução de outros fatos resolvendo em um único processo todas as questões que tem pertinência com a ação em andamento.

Na correta observação de Guilherme Freire de Barros Teixeira:

“Desde já, e ressaltando que maiores comentários serão feitos oportunamente, é bastante questionável a ligação entre os princípios da eventualidade e o da economia processual, pois o ônus imposto às partes da proposição concentrada e simultânea de todos os meios de ataque e de defesa na petição inicial e na contestação, respectivamente pode gerar a exclusão de alegações, pedidos e exceções, que tenham sido omitidos sem culpa pelos litigantes. Não raro, a situação fática não se apresenta claramente delimitada logo no início da demanda, o que pode acontecer somente durante a tramitação do processo, acarretando a resolução apenas parcial do conflito de interesse existente entre as partes, deixando aberta a porta para novas demandas entre elas, de modo a serem resolvidas questões não abordadas ou não decididas no processo anterior. Conseqüentemente, na prática, a economia processual pode ser relegada a um plano secundário se adotado o princípio da eventualidade em sua formulação rigorosa, uma vez que a economia não se restringe ao processo que está em curso, devendo ser considerada também em relação a possíveis novos processos.”²⁷⁴

²⁷⁴ TEIXEIRA. Guilherme Freire de Barros. *op. cit.* p.54/55

Ademais, o ingresso de fatos não ventilados na petição inicial nem na contestação permite a busca da verdade que se pretende alcançar no processo.

O processo não se contenta mais com a verdade formal que resulta da conjugação da falta de intervenção do Estado-juiz no campo da delimitação fática e dos limites da investigação judicial que não pode ir além dos fatos deduzidos na causa. “A verdade formal significa oficializar a indiferença, um estado de acomodação perante aquilo que se encontra no papel, mas que não retrata necessariamente o fenômeno do mundo empírico.”²⁷⁵

O nosso sistema processual se preocupou expressamente com a busca da verdade quando estabeleceu em seu art. 332 do Código de Processo Civil que todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no Código são hábeis para provar a verdade dos fatos.

Adverte Leonardo Greco que de nenhuma valia seriam as promessas do Estado de Direito Contemporâneo, que atraiu para si o papel de guardião da eficácia concreta dos direitos dos cidadãos,

“se a reconstrução dos fatos no processo não oferecesse às partes efetiva possibilidade de que essa reconstrução tivesse a maior proximidade possível em relação à realidade da vida, pois, se o direito resulta dos fatos, de nada adianta o Estado assegurar a eficácia concreta do direito, se não propiciar a demonstração dos fatos, dos quais aquele decorre. Sem o acerto da verdade, o processo não atinge seus fins.”²⁷⁶

Mas a busca judicial pela verdade dos fatos não pode ser ilimitada sob pena de potencializar o estado de tensão entre as partes, prejudicando seriamente a entrega da prestação jurisdicional perseguida pelo Autor em virtude do tempo de duração do processo que poderá ser prolongado além do razoável.

²⁷⁵ MELO, Gustavo de Medeiros. O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo..... *op.cit.* p.669

²⁷⁶ GRECO, Leonardo. Limitações probatórias no processo civil .Palestra proferida na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em 24/03/2009.

Enfatiza Carlos Alberto Alvaro de Oliveira sobre o tema:

“no milenar antagonismo entre o que se convencionou chamar de verdade material e formal, a tendência atual inclina-se devidamente no sentido de libertar o juiz de cadeias formalísticas tanto na avaliação da prova quanto na investigação dos fatos da causa, facilitando a formação de sua convicção com a verdade possível, própria da condição humana, que ganha no domínio processual a dimensão de pura verossimilhança. Nem por isso seria possível aceitar, por outro lado, posição tão radical que chegasse a sustentar o predomínio quase absoluto da busca da verdade das alegações de fato, com total informalidade, porquanto tal visão não corresponderia à realidade atual do processo, baseado na cooperação entre o órgão judicial e as partes e nem se compadece com as necessidades de eficiência e presteza do instrumento processual.”²⁷⁷

Mas a falta de previsão de norma processual que admita a correção da inicial ou da contestação com a consequente alteração do objeto da demanda impede a concretização do direito da parte de obter uma decisão justa que somente se alcança quando há reconstrução dos fatos concernentes à causa de maneira mais completa possível.

Daniel Mitidiero apresenta a seguinte sugestão como forma de abrandamento do rigor processual quanto à inalterabilidade da demanda:

“ *De lege ferenda*, pois, sugere-se que se admita eventual modificação do mérito do processo no direito processual civil brasileiro para além do saneamento da causa, devendo ser levada a cabo quando as circunstâncias da causa evidenciarem a oportunidade dessa alteração como algo que promova uma solução mais rápida do litígio e que patrocine sensível economia dos atos processuais. Procedimentalmente, é de se observar que essa solução será possível se todas as pessoas do juízo nela convierem, preservando-se assim

²⁷⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo. São Paulo: Saraiva, 2009, p.178/179. Na dicção de Fernando Gama de Miranda Netto: “ A verdade que se busca no processo, se é que pode ser assim qualificada, é a “ verdade processual “, a qual forma no julgador a “ convicção da certeza.” Se a “verdade processual” – que é meio para a realização do processo justo – não for encontrada (porque os fatos não permanecem controversos), valerá a decisão de acordo com as regras do ônus da prova(objetivo). Nesta caso, pouco importará que a verdade tenha sido encontrada, porque este é o preço que se paga pelo processo justo. Ora, o processo judicial deve ser qualificado como justo sempre que ele torne possível a busca da verdade e não só quando ele a encontre. Ademais, seria ingênuo considerando os limites temporais do processo, que ele constitua instrumento capaz de permitir a determinação da “verdade absoluta” a respeito dos fatos. NETTO, Fernando Gama de Miranda. Ônus da prova no direito processual público. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2009, p.79

tanto a autonomia privada como a autoridade estatal no processo. O diálogo judiciário, pois, oferece-se como pressuposto inarredável para essa conformação do processo.”²⁷⁸

Certamente é um avanço doutrinário de extrema relevância a inclinação pela modificação da demanda mesmo após sua estabilização, mas isto não basta à adequação do processo ao novo modelo constitucional até porque não obriga o julgador a adotar uma posição mais flexível em relação à introdução de fatos fora do momento previsto em lei.

Impõe-se, portanto, o estabelecimento de nova regra processual capaz de revelar com clareza a flexibilização procedimental quanto à alteração dos fatos levantados pelas partes, trazendo segurança aos litigantes e a seus advogados de que a possibilidade de ingresso de novos fatos na causa não dependerá de interpretação mais elástica do julgador.

²⁷⁸ MITIDIERO. Daniel. Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.115/116

CAPÍTULO 04- MODIFICAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR NA AUDIÊNCIA PRELIMINAR PREVISTA NO ART. 331 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL .

4.1- CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Ao longo do estudo, procuramos demonstrar que o direito processual vem avançando no sentido do abrandamento da aplicação de vários institutos do processo civil – alguns colidentes entre si – para permitir que se extraia de cada um deles o valor que se pretende preservar, liberando o juiz de uma aplicação formal e rígida com o escopo de atingir a justiça da decisão.

Partindo da idéia de que o processo justo tem como base estrutural a igualdade entre as partes, a flexibilização procedimental deve ser aplicada também em relação ao cumprimento do ônus de afirmação dos fatos.

O primeiro juízo de qualificação jurídica do fato relevante é formulado pelo autor quando expõe os fatos na inicial que irão compor a *causa petendi*, extraindo deles a consequência jurídica prevista em lei.

Eventual deficiência no cumprimento da carga da afirmação pelo autor decorrente dos mais variados motivos, dentre os quais, a vulnerabilidade social, técnica ou econômica da parte – repercutirá sobre os subseqüentes atos processuais, podendo atingir a legitimidade da sentença.

Do mesmo modo, se o réu não cumprir adequadamente com ônus de afirmar, poderá vir a sucumbir injustamente na demanda

Neste sentido, a proibição da correção das deficiências existentes na inicial e na contestação se traduz em severa preclusão, conferindo aos patronos o peso do adequado estabelecimento entre os fatos e o direito em uma única oportunidade.

Cabe lembrar que a alteração de fato preexistente pelo autor só poderá ocorrer antes da citação ou .após, se houver concordância do réu nesta última hipótese. Quanto ao réu, se incidir uma das hipóteses do art.303 do Código de Processo Civil

Assim, atribui-se severidade a tal preclusão porque ganha cunho de definitividade o juízo de qualificação jurídica exercido pelo advogado, não deixando margem à supressão de eventuais desigualdades entre as partes nem mesmo à correção de deficiências oriundas de advogados bem preparados .

É de rigor, pelas razões expostas, a modificação da regra de inalterabilidade da demanda com estabelecimento de fase processual mais adequada para estabilização da lide, permitindo-se a colaboração do juiz quanto à delimitação fática.

Neste contexto, oportunizar às partes o contato direto com o juiz ampliando as funções da audiência preliminar prevista no art. 331 do Código de Processo Civil para admitir que mediante esclarecimentos prestados pelos litigantes possam ser trazidos aos autos fatos complementares àqueles já apresentados na demanda é a solução processual que mais se compatibiliza com a formação de um processo justo.

Aliás, a participação ativa do juiz na direção do processo valoriza a oralidade do processo, pois através do diálogo direto com as partes é possível ao julgador aquilatar as desigualdades porventura existentes entre os contendores, além de permitir a compreensão exata dos fatos expostos na inicial e na contestação mediante os esclarecimentos prestados quanto aos termos e expressões imprecisas, imperfeitas, incompletas ou ambíguas que permitiriam, caso não fossem corrigidas, o caminhar do processo em direção contrária à solução justa do caso concreto.

A oralidade implica na imediação e na concentração dos atos processuais, vale dizer, na exigência de que o julgador mantenha contato direto com as pessoas que intervêm no processo sem qualquer intermediação entre eles, concentrando a prática de vários atos em uma única audiência.²⁷⁹

Juan Pedro Colerio adverte sobre a importância do contato pessoal do juiz com as partes prestigiada pela introdução de novo parágrafo ao art. 360 do Código de Processo Civil e Comercial que assim dispõe: “ *Oídas las partes, fijará los hechos articulados que sean conducentes a la decisión del juicio sobre los cuales versará la prueba.* ”²⁸⁰

Ressalta o mencionado autor:

*“ Esse deber que le impone la reforma al juez en la audiencia preliminar, le permitirá escuchar el relato original del conflicto directamente de sus protagonistas, además de percibir la trascendente riqueza del lenguaje gestual de éstos, cuando hacen sus manifestaciones. Además, en la misma audiencia y en cualquier estado del proceso, el juez podrá interrogar de oficio a las partes y éstas podrán hacerse recíprocamente las preguntas y observaciones que juzgaren convenientes(Art. 415 CPCCN, también conforme reforma de la ley 25.448). Es invalorable, a nuestro criterio, este contacto personal del juez con las partes, el que, lamentablemente, en la mayoría de los casos no se da, tanto porque no lo permite el exceso de causas en trámite, como por la desconfianza y temor que los propios operadores jurídicos le tienen a ese contacto. ”*²⁸¹

Em prol da oralidade, é de se observar que, se de um lado, há inúmeras causas em trâmite no Poder Judiciário, de outro, o contato com as partes para complementação de suas alegações e indicação das provas que pretendem produzir torna mais célere a marcha processual.

²⁷⁹ Cf. José Montero Aroca. *Proceso Civil y Garantía Penal. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*. Valencia: Tirant to blanch, 2006, p.62/63 Ainda o mesmo autor: “ *Solo la oralidad permite la concentración en un único acto, en el que no pueden existir tiempos del proceso o fases destinadas cada una de ellos a la realización de una actividad concreta. Las varias actividades lógicas que integran la delimitación de los términos del debate, han de realizarse sin dispersión y sin eventualidad, es decir, han de efectuarse de modo integrado y esto sólo puede lograrse en un acto concentrado.* ”. *Idem*, p.208

²⁸⁰ COLERIO. Juan Pedro. *Los hechos en los modos anormales*. in *Los hechos en el proceso civil* ...p. 101/102

²⁸¹ *Idem, ibidem*

Lembra Fredie Didier Junior que:

“ A oralidade está umbilicalmente ligada à idéia de celeridade e de efetividade – porque tem a capacidade de garantir acesso efetivo à justiça e julgamento mais rápido – e tem seu campo de atuação mais importante na colheita da prova, onde o contato físico do juiz diretamente com a prova (em face dos caracteres principiológicos da imediatidade, identidade física do juiz e concentração) traz maior segurança na formação de um juízo de razão e abrevia o final da contenda.”²⁸²

Basta imaginar que cada decisão ou despacho proferido pelo juiz que não resulte claro às partes pode conduzir o processo à publicação por várias vezes com novas remessas ao juiz.

Acrescente-se a isto que na audiência preliminar, o juiz poderá formular perguntas e questionar diretamente as partes sobre os fatos que foram expostos de forma obscura ou que deixaram de ser apresentados em suas respectivas peças, podendo aquilatar se pretendem ou não a modificação da demanda.

4.2 – ALTERAÇÃO DOS FATOS

4.2.1 – LIMITE TEMPORAL

Os limites da alteração dos fatos quanto à extensão e ao momento da modificação devem ser estabelecidos pela norma processual buscando a convivência harmoniosa entre os princípios da demanda, eventualidade , segurança jurídica que se correlacionam com a preclusão e estabilização da demanda, todos informados pelo direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa.

²⁸² DIDIER JUNIOR, Fredie. Audiência preliminar no processo civil moderno In MARINONI, Luiz Guilherme; DIDIER JUNIOR, Fredie (coord). A segunda etapa da reforma processual civil, São Paulo: Malheiros, 2001, p.345

Primeiramente, é de se ressaltar que a solução processual não pode ultrapassar a natureza jurídica de convite às partes que poderão optar por trazer fatos esclarecedores e mais precisos em relação àqueles já expostos na inicial e na contestação.

Aliás, no dizer de Sergio Arenhart, este papel atribuído ao magistrado, “de orientar e advertir as partes não constitui novidade em nosso ordenamento jurídico,”

Com efeito, afirma o citado autor:

“ ele já existe na orientação dos efeitos da revelia- que acompanham a comunicação do réu para se defender – ou na admoestação quanto aos efeitos decorrentes do não-comparecimento para prestar o depoimento da parte (art. 343 § 1º do CPC), ou ainda no aviso judicial sobre possível modificação do regime do ônus da prova (art. 6º VIII do CPC). Em todos estes casos, avisa o magistrado à parte dos efeitos eventualmente decorrentes de sua inação ou de sua ação defeituosa, sem que se veja aí qualquer lesão a interesse da parte, ao princípio da imparcialidade ou a outro critério diretor do processo.”
283

Por tratar-se de mero convite, resulta daí a inexistência de qualquer sanção em virtude da inércia da parte – salvo a de suportar as conseqüências advindas da inadequação do cumprimento da carga da afirmação.²⁸⁴

Na conclusão acertada de Antônio Montalvão Machado:

“ Se as partes querem permanecer na obscuridade fáctica, se insistem (pela sua passividade) na imprecisão e na insuficiência de alegação (ou da impugnação) isso constituirá as mais das vezes (como se disse) um risco para as suas pretensões, um risco que elas querem

²⁸³ ARENHART, Sergio. Reflexões sobre o princípio da demanda....*op.cit.* p.602

²⁸⁴ Mauro Cappelletti, adotando a mesma linha de entendimento, assinala:“ É certo que, como se disse, o juiz pode advertir às partes de que em suas conclusões ou em suas alegações haja alguma lacuna ou irregularidade e convidá-las a remediar aquelas lacunas e irregularidades. Mas trata-se sempre e unicamente de um simples convite, dirigido simplesmente a ajudar a parte que, por inabilidade ou por alguma outra razão, caiu em erro, mas nunca é entendida como dirigida para obrigá-la a se comportar de determinado modo, nem a substituir a vontade do juiz pela livre disposição da parte em tudo o que se refere à determinação do objeto do juízo.”CAPPELLETTI, Mauro. O processo civil no direito comparado. Belo Horizonte: Cultura jurídica, 2001, p.58

(preferem, porventura) correr, não podendo o juiz (por mais poderes que se lhe reconheçam e por muito que se atenuem o dispositivo) contrariar a intencional posição da parte perante o litígio fáctico.

Por outro lado, estas possíveis correcções e completamento dos articulados (através da conseqüente apresentação de novos articulados, a que podemos passar a chamar de “judicialmente estimulados”) devem naturalmente respeitar o princípio do contraditório, como se refere ao nº 4 do rt. 508 do CPC, possibilitando-se à parte contrária a refutação dos esclarecimentos, aditamentos ou correcções prestados, o que implica que, além dos tais articulados judicialmente estimulados a que acima se aludiu, devam ainda ser admitidos outros para apresentação das respostas que se mostrem necessárias.”²⁸⁵

A norma processual definidora do limite temporal de alteração dos fatos é fundamental na preservação da segurança no caminhar do processo que se alcança através do estabelecimento de prazo para a prática de ato processual, além de trazer confiança às partes de que o processo - que se estrutura sobre as afirmações das partes - não restringirá a atuação dos advogados no tocante ao cumprimento do ônus de afirmar a um único momento processual.

Como anotado, a desigualdade social, econômica e técnica repercute sobre a adequação do cumprimento da carga de afirmação levando em consideração que, via de regra, a parte destituída de recursos financeiros e sem acesso às informações não tem meios de escolher advogados preparados.

Todavia, mesmo o advogado preparado pode cometer equívocos comprometedores com relação à narrativa dos fatos, aplicando-se também neste caso a norma processual que ora se propõe para permitir a sanação do vício mediante esclarecimento, aperfeiçoamento ou introdução de novas afirmações. Em qualquer caso submetido à apreciação judicial, pretende-se se obter uma decisão justa.

A experiência ordinária demonstra que as omissões bem como a falta de clareza na apresentação dos fatos comumente ocorrem nas causas em que uma das partes ou ambas estão assistidas por profissionais menos preparados, o

²⁸⁵ MACHADO, Antônio Montalvão. *op. cit.* p.259

que nos conduz necessariamente a repensar sobre o tempo e forma de cumprimento da carga da afirmação sob a ótica das desigualdades sociais, técnicas e econômicas.

Mas a criação de uma norma processual que visa conferir elasticidade a vários princípios que informam o sistema processual cumprirá a promessa constitucional de correção da desigualdade entre as partes ao tempo em que possibilitará a superação de deficiências no cumprimento do ônus de afirmar mesmo quando não decorrentes da falta de acesso à informação ou a advogados experientes.

A despeito da natureza do litígio bem como dos bens envolvidos na causa, o processo deve sempre alcançar uma decisão justa.

Nessa perspectiva, na audiência preliminar prevista no art. 331 do Código de Processo Civil mediante diálogo com as partes, o juiz deverá convidar as partes a esclarecer ou trazer novos fatos à causa independentemente da aceitação do adversário, modificando-se o prazo previsto no art. 264 do Código de Processo Civil para a estabilização da demanda, que se poderá se efetivar na audiência preliminar, além de excluir a redação contida no parágrafo primeiro do mesmo dispositivo.

Assim, mesmo nas hipóteses em que não há possibilidade de transação entre as partes, a audiência poderá ser realizada com o fim de convidar às partes ao esclarecimento e aperfeiçoamento dos fatos.

Nesse sentido, atribuímos caráter de facultatividade à realização da audiência preliminar, podendo o juiz *convidar* às partes à complementação de suas afirmações através de despacho proferido nos autos – em que pese nos inclinarmos pelo convite às partes em audiência pelas razões já expostas – considerando que há demandas em que os fatos levantados pelas partes não

contém imperfeições ou ambigüidades significativas que mereçam a intervenção direta do juiz quer pela falta de complexidade quer pelo reconhecimento da inexistência de desigualdade entre as partes diante do preparo evidente dos profissionais atuantes na causa.

4.2.2- LIMITE DE EXTENSÃO

O móvel da questão levantada no presente estudo diz respeito à extensão dos termos da modificação da demanda.

Poderiam as partes introduzir fato relevante de conhecimento prévio porém não deduzido na inicial ou contestação ou apenas aperfeiçoar e esclarecer aqueles já expostos na demanda?

Milton Paulo de Carvalho indica as seguintes formas de alteração da causa de pedir: redução, modificação e ampliação.

A primeira (redução) concerne à supressão de fatos que poderiam fundamentar pedido autônomo. A segunda (modificação) diz respeito à possibilidade de alteração apenas do fato particular e não do fato constitutivo. “Por exemplo, numa ação de separação o fato constitutivo é o casamento, o fato particular descrito pelo autor pode ser primeiro o adultério, substituído pelo abandono material.”A terceira (ampliação) é a forma de alteração da causa de pedir “consistente no acréscimo de algum fato constitutivo ou ao fato particular com aquele relacionado e apto a servir de fundamento para pedido diverso do já formulado.”²⁸⁶

Para Arruda Alvim, “ haverá modificação causal (da *causa petendi* ou do fundamento da pretensão) se for substituído o fato em que se baseava o pedido, ou seja, em mercê do qual este foi feito. Ou melhor, se forem

²⁸⁶ CARVALHO. Milton Paulo de . *op. cit.* p. 138/139

substituídos os fatos que servem à própria identificação da ação ou da identificação da relação jurídica material.”²⁸⁷

Como anotado, a doutrina processual já vem admitindo o ingresso de fato novo superveniente que possa influir no resultado da demanda – até mesmo por força da incidência do art. 462 do Código de Processo Civil – ou de fato anterior ao ajuizamento da demanda porém de conhecimento posterior da parte, desde que o fato a ser introduzido no curso da demanda esteja relacionado às circunstâncias fáticas já expostas na inicial e na contestação.

Todavia, partindo da classificação apresentada por Milton Paulo de Carvalho, o objeto de nossa investigação se refere à possibilidade de ampliação dos fatos relevantes que não foram apresentados pelas partes na fase processual adequada embora cientes de sua existência anteriormente à prática do ato processual.

Note-se, em primeiro lugar que o tão-só aperfeiçoamento de um fato conduz , muitas vezes, à apresentação de outro fato – até então inexistente no processo - considerando o limite tênue entre fato verdadeiramente novo e aquele decorrente de fato narrado porém de forma incompleta.

Neste sentido, há que se distinguir entre fato novo *lato sensu* e fato novo *stricto sensu*.

O fato novo, em sentido amplo, é aquele que preexiste à demanda – embora não tenha sido ventilado na inicial ou na contestação – mas surge no processo como resultado da completude ou da imprecisão do fato já exposto pela parte. O fato novo é, em verdade, um fato aperfeiçoado, um fato completo.

²⁸⁷ ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil, volume 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.377/378

E o fato novo *stricto sensu* é aquele ocorrido posteriormente ao ajuizamento da demanda e à contestação. Distingue-se do fato superveniente que, em verdade, foi alegado pela parte, porém foi verificado no curso da demanda.

Tal distinção se revela fundamental para delimitar o grau de extensão da alterabilidade dos fatos.

Imaginemos o seguinte caso concreto:

João da Silva ajuíza uma ação ordinária contra o Município do Rio de Janeiro e do Estado do Rio de Janeiro, pretendendo obter indenização por danos morais, estéticos e materiais. Aduz em linhas gerais que o Autor caminhava pela calçada da rua X quando caiu em um buraco que se encontrava aberto vindo a sofrer graves lesões corporais. Afirma, também, o Autor que foi socorrido por populares e levado ao hospital municipal, onde se submeteu à intervenção cirúrgica. Durante sua convalescença, apresentou quadro infeccioso, o que ensejou nova internação em outro hospital público, sendo que por não ter sido prestado serviço médico eficiente, sofreu a perda de seu membro superior.

O Município do Rio de Janeiro e o Estado do Rio de Janeiro apresentam suas respectivas contestações alegando a inexistência de nexos de causalidade entre o serviço médico prestado e a perda do membro superior sofrida pelo Autor uma vez que foram adotados os procedimentos médicos apropriados à cura das lesões por ele apresentadas.

O Estado do Rio de Janeiro acrescenta, por sua vez, que nem mesmo foi mencionado o hospital estadual em que o Autor foi atendido, o que revela a inexistência da prática de fato ilícito.

O juiz examinando a incompletude e imprecisão dos fatos que somente puderam ser verificadas após a apresentação da contestação, convida às partes na audiência preliminar a esclarecer e tornar mais precisas as circunstâncias fáticas expostas na demanda:

Sob a perspectiva do autor:

HIPÓTESE A: A parte autora opta por descrever com mais detalhes o atendimento médico prestado nos hospitais públicos, informando os procedimentos que foram adotados, além de informar o Hospital Estadual em que o autor esteve internado.

Nesta hipótese, estamos diante de articulados incompletos e imprecisos – na expressão utilizada pelo sistema português. O autor ao corrigir as deficiências não inovou a causa de pedir mas apenas aperfeiçoou os fatos já expostos, embora relevantes para configuração do nexo de causalidade

HIPÓTESE B: A parte autora além de corrigir as deficiências com relação à prestação do serviço médico afirma que o buraco existente na calçada que provocou a queda do autor foi aberto por funcionários do Município na data do evento danoso pela manhã, mas por falta de sinalização o autor veio a acidental-se no mesmo dia no final da tarde atribuindo responsabilidade ao ente municipal pelas lesões sofridas pelo demandante .

Nesta hipótese, inovou o autor a causa de pedir quando, convidado a esclarecer os fatos da inicial, acrescentou a realização de serviço pelo Município que resultou na abertura de um buraco provocando a queda do autor por falta de sinalização ou trata-se de complementação de fato já exposto na inicial (o autor mencionou a queda do buraco)?

A hipótese B revela o nascimento de duas causas de pedir autônomas destinadas à comprovação da existência de dois fatos ilícitos – falta de sinalização da obra realizada pelo Município e a prestação adequada de serviço médico pelos hospitais municipais e estaduais – que ensejaram os danos sofridos pelo autor.

Mas ainda que no caso exposto tivesse ocorrido inovação da causa de pedir mediante o suprimento da omissão com relação às circunstâncias da queda sofrida pelo autor, não há alteração da relação jurídica controvertida no processo, porquanto as duas causas de pedir servem à configuração da pretensão indenizatória.

Certamente, comprovada a atuação ilícita do Município sob as duas vertentes – má conservação do passeio público e má prestação de serviço médico - haverá agravamento de sua responsabilidade com elevação do *quantum* indenizatório.

Sob a perspectiva do réu:

HIPÓTESE A: Os réus afirmaram que não houve comprovação do nexo de causalidade entre a atuação dos médicos e a perda sofrida pelo autor, mas não relataram os procedimentos adotados nas unidades hospitalares capazes de demonstrar a adequação do serviço médico prestado ao autor.

Neste caso, o detalhamento dos procedimentos adotados pelos médicos se enquadra no campo do aperfeiçoamento do fato excludente da responsabilidade alegado em suas contestações.

HIPÓTESE B: O Município do Rio de Janeiro após a apresentação da defesa toma ciência de que o autor foi atendido em um hospital particular antes de sua internação em unidade hospitalar do sistema público de saúde, sendo que

o tratamento adotado naquele hospital foi inadequado, o que agravou o estado de saúde do autor.

Nesta hipótese, trata-se de fato anterior à apresentação da defesa, mas de conhecimento posterior, ficando abrangido pela regra excepcional do art. 303 inciso I do Código de Processo Civil, o que autoriza a sua introdução no processo.

Mas é de se notar que em nenhuma das duas hipóteses houve inovação na defesa de mérito apresentada pelo Município consistente na quebra do nexo de causalidade.

HIPÓTESE C: Se o Autor nem mesmo tivesse mencionado na inicial sobre a queda do buraco, narrando apenas a má prestação do serviço médico. Poderia na audiência preliminar trazer à discussão a má conservação da calçada pelo Município para elevar o *quantum* indenizatório?

Trata-se de causa pedir distinta que pode ser objeto de ação autônoma mas que guarda relação de conexidade com a má prestação do serviço médico. Não há, pois, justificativa para não se admitir o sua introdução na demanda, em que pese não cuidar a hipótese de mero esclarecimento, aperfeiçoamento ou completude de fato já exposto anteriormente

Na esteira deste raciocínio, a modificação dos fatos da demanda não pode ultrapassar os limites da relação jurídica controvertida nos autos, ficando proibida a introdução de fatos conducente à alteração da relação jurídica de direito material posta em juízo, preservando com isso a originalidade do direito substancial debatido entre as partes.

Demais disso, a permissão para modificação do objeto da demanda – mediante aperfeiçoamento dos fatos ou introdução de fato novo, porém

preexistente ao ajuizamento da demanda e de conhecimento prévio da parte - deverá obedecer a dois requisitos:

a) justificção pela parte pela ausência da afirmação do fato para afastar a má-fé

b) concessão de prazo para a parte manifestar-se sobre a questão fática levantada nos autos.

O primeiro requisito afasta a possibilidade de manipulação dos fatos, preservando o segundo, o contraditório entre as partes.

4.2.3 – Ações autônomas e a ampliação da eficácia preclusiva da coisa julgada

Uma questão que se avulta importante enfrentar diz respeito à permanência da possibilidade de propositura de nova demanda entre as mesmas partes decorrente do mesmo fato principal (causa de pedir remota) embora diversos os fundamentos fáticos integrantes da *causa petendi*.

Suponhamos a seguinte situação: João propõe ação contra José atribuindo-lhe responsabilidade pelo acidente de trânsito, causando-lhe danos materiais e morais, mas postula na primeira ação apenas o pagamento de danos materiais objetivando a devolução do valor gasto com o reparo do veículo.

No caso concreto ora formulado, a regra do art. 474 do Código de Processo Civil permite a propositura de ação autônoma para postular danos morais. Além disso, a parte autora poderá ingressar com outra demanda para pleitear o pagamento por lucros cessantes.

HIPÓTESE A: O juiz convida às partes para aperfeiçoar os fatos expostos na inicial e na contestação levando em consideração as circunstâncias fáticas levantadas por ambos relacionados com o pedido de pagamento de danos materiais.

Neste momento, a parte autora além de aperfeiçoar os fatos integrantes na inicial para configuração do nexó de causalidade, menciona a existência de outros fatos vinculados à caracterização dos danos morais bem como dos lucros cessantes, declarando, todavia, que pretende pleitear tais verbas indenizatórias posteriormente.

Na hipótese ora aventada, admite-se a propositura de outras ações. Os fatos caracterizadores dos danos morais e lucros cessantes integram causa de pedir distintas não acobertadas pela eficácia preclusiva da coisa julgada.

Todavia, se permanecer a possibilidade de ingresso de tantas demandas distintas contra o mesmo réu, tal circunstância – embora autorizada por lei – se traduzirá em sério gravame ao sujeito processual que figura no pólo passivo.

Não temos dúvida da importância da regra espanhola que estabelece o alcance da coisa julgada em relação às questões que poderiam ter sido levantadas na ação originária e não o foram pela parte para redução da litigiosidade e principalmente evitar que o réu novamente venha a figurar no pólo passivo de outra demanda entre as mesmas partes com suporte em fundamento fático que já poderia ter sido posto em juízo.

Juan Picó I Junoy pondera com propriedade que:

“Todo proceso genera, solo por haber sido iniciado, una repercusión económica negativa para el demandado. Por ello, como indica FAIRÉN, en la medida en que “ el demandado ha sido molestado, perturbado y puesto en peligro respecto a sus bienes y

aún a su prestigio personal, comercial y profesional en público”, esto es, supone una diffamatio judiciales ante la sociedad, debe garantizarse al demandado “ que el proceso termine por una resolución de fondo que agote la materia litigiosa esgrimida por el actor en la demanda, resolviendo sobre todos los puntos de aquélla.”²⁸⁸

Aliás, não é à toa que a desistência postulada pelo autor após o oferecimento da contestação exige a concordância do réu que poderá preferir o enfrentamento do mérito da causa para sua homologação judicial.(art. 268 § 4º CPC)

Criticamos a severidade da coisa julgada instituída pela lei espanhola em virtude da impossibilidade de correção das deficiências na exposição dos fatos no curso da demanda.

Nesta perspectiva, no momento da audiência preliminar, deve o juiz, também, advertir às partes de que todos os fatos – preexistentes e de conhecimento anterior – devem compor a lide sob pena de serem alcançados pela autoridade da coisa julgada, alterando-se a redação do art. 474 do Código de Processo Civil, para ampliar os efeitos preclusivos da coisa julgada²⁸⁹.

Em caso de discordância entre o advogado e a parte quanto à alteração dos fatos, pode o juiz abrir prazo razoável para que possam manifestar-se nos autos até mesmo para permitir à parte interessada a constituição de novo advogado.

De outro ângulo, a escolha por um sistema rígido de preclusões está diretamente relacionada às condições econômicas e culturais dos cidadãos que influem no grau de litigiosidade, no acesso a bons profissionais e à própria justiça.

²⁸⁸ JUNOY. Joan Picó I. *La modificación de la demanda....op.cit.p.63*

²⁸⁹ Como vimos anteriormente, a redação do art. 474 do CPC deu margem a interpretações variadas, prevalecendo o entendimento de que a eficácia preclusiva não poderia atingir causa de pedir distinta.

Assumem grandes proporções duas políticas que vêm empolgando a processualística do século XXI, como ressalta Humberto Theodoro Junior:

“a) a redução da litigiosidade, procurando eliminar conflitos, que naturalmente, podem encontrar solução fora dos pretórios estatais: b) a criação dentro do processo tradicional de técnicas de simplificação procedimental e a concepção também de tutelas variadas que possam diferenciar-se em função das peculiaridades dos casos concretos submetidos aos provimentos jurisdicionais.”

A solução processual que ora propomos possibilita às partes a introdução de fato não ventilado no processo mediante aperfeiçoamento ou completude de fato já exposto na inicial ou através de ingresso de fato não existente propriamente dito no momento da audiência preliminar em que o juiz poderá convidar e advertir os litigantes sobre a necessidade de esclarecimento dos fatos, incluindo aí a advertência sobre a necessidade de esgotar os argumentos fáticos sob pena de serem alcançados pela autoridade de coisa julgada, ampliando-se os efeitos preclusivos previstos no art. 474 do Código de Processo Civil.

No decorrer do nosso estudo, sustentamos a necessidade de criação de norma processual expressa para alterar o momento de estabilização da demanda, permitindo-se à parte corrigir omissões e deficiências de suas afirmações, estabelecendo o prazo da audiência preliminar prevista no art. 331 do CPC como limite temporal ao ingresso de novas alegações, delimitando como grau de extensão de modificabilidade do objeto da demanda a inalterabilidade da relação jurídica controvertida nos autos.

A solução indicada relativiza o rigor no cumprimento da carga da afirmação, deixando de ficar concentrado o ônus de alegar na apresentação das peças principais – inicial e contestação – assegurando, ao mesmo tempo, a observância aos princípios processuais: a) *da demanda e dispositivo* – a parte não está obrigada a introduzir fatos na demanda, permanecendo livre para escolher as circunstâncias que integrarão a *causa petendi* b) *da eventualidade* –

as partes permanecem com o ônus de apresentar os fatos relevantes à solução da causa em suas peças principais c) *da correlação* – o juiz permanece adstrito em seu julgamento aos fatos afirmados pelas partes que poderão sofrer alteração nos limites propostos d) *da preclusão* – o estabelecimento de prazo para modificação dos fatos serve como marco temporal a ser observado pelas partes e) *da estabilização da demanda* – os fatos delimitados pelas partes não poderão mais sofrer alterações após a audiência preliminar f) *da economia processual* – o convite ao aperfeiçoamento e completude dos fatos permite o exame integral de todas as circunstâncias fáticas relacionadas à lide em uma única causa.

Além disso, a norma processual que ora se propõe permite ao juiz participar ativamente da dialética processual suprimindo as desigualdades porventura existentes entre as partes que refletem sobre o cumprimento da carga de afirmação - com maior ou menor grau de intensidade a depender da disparidade social, econômica e técnica entre os litigantes.

Acrescente-se, ainda, que a ampliação da eficácia preclusiva da coisa julgada equilibra no sistema processual a abertura ora proposta no campo da delimitação fática, gerando segurança ao réu de que está vedada a propositura de novas demandas para discussão de fatos que já poderiam ter sido levantados na demanda originária, reduzindo-se o grau de litigiosidade ao tempo em que economiza o processo, já que as partes deverão ter a cautela de trazer à lide em julgamento todos os fatos concernentes ao conflito submetido à apreciação judicial.

CONCLUSÃO

A constitucionalização do processo elevou o processo ao patamar de instrumento político de participação e de realização dos direitos e garantias fundamentais, distanciando-o de uma concepção privatística para conferir-lhe o dever de tornar efetiva a promessa constitucional de garantir a todos o acesso à ordem jurídica justa.

O direito a um processo justo se consolidou como direito fundamental em âmbito internacional, exigindo a conformação do sistema processual ao compromisso constitucional de garantir a formação de uma dialética paritária no processo, permitindo a efetiva resolução do conflito de interesses através de uma decisão justa.

Outrossim, não se desconhece que o princípio de dignidade humana deve ser efetivado, também no processo judicial sob a perspectiva de que a não superação da diversidade existente entre os sujeitos pode conduzir à formação de um processo injusto.

Na dinâmica do processo, o ônus de afirmar se traduz como um dos encargos mais relevantes dentro do processo. Cabe ao autor narrar todos os fatos caracterizadores do direito violado, os quais integrarão o núcleo da *causa petendi*. Do mesmo modo, o réu tem o ônus de negar a existência do fato afirmado pelo autor (defesa direta de mérito) ou afirmar fatos extintivos, modificativos ou extintivos (defesa indireta de mérito). Tornar controverso o fato ou o conjunto de fatos mediante afirmação colidente com a do autor é ônus do réu.

A dialética processual se constrói a partir das afirmações dos fatos apresentados pelas partes, influenciando nos subseqüentes atos processuais a serem praticados dentro do processo.

Sob a perspectiva do autor os fatos afirmados na causa de pedir cumprem várias funções, quais sejam: a) delimitam o objeto da prova; b) influem no julgamento de outra demanda, se oposta exceção de coisa julgada ou litispendência; c) fixam a competência do Juízo; d) permitem ao juiz verificar a pertinência da via processual escolhida pelas partes, bem como a presença para das condições para o exercício do direito de ação f) servem de parâmetro limitador do conteúdo de sentença g) integram o juízo de verossimilhança do provimento antecipatório pretendido na inicial; h) possibilitam ao juiz uma visão pragmatista de sua decisão judicial especialmente nos casos que estão presentes os interesses de coletividade.

Note-se, ainda, que a precisa descrição dos fatos na inicial influi no convencimento do juiz para a concessão da antecipação de tutela, sem a instauração do contraditório, repercutindo no juízo de ponderação a ser exercido na causa quando em pauta a irreversibilidade dos efeitos da decisão judicial.

Sob a perspectiva do réu, os fatos afirmados na contestação – embora não tenham igual repercussão em relação àqueles que integram a causa de pedir - ampliam o objeto da demanda. Controvertidos adequadamente os fatos expostos na inicial, forma-se uma dialética processual capaz de conduzir o processo à descoberta da verdade dos fatos tal como acorreram, possibilitando a correta aplicação da norma jurídica.

Mas as desigualdades pré-processuais existentes entre as partes podem repercutir no processo desde o seu início, revelando uma situação claramente de desvantagem de uma parte em relação à outra, repercutindo gravemente sobre o cumprimento do ônus de afirmar.

Não é qualquer fato que reclama investigação judicial: apenas aqueles afirmados e que sejam considerados relevantes compõem o objeto da prova.

À parte autora, através de seu advogado, incumbe a formulação do primeiro juízo de qualificação jurídica dos fatos apresentados na inicial, proibindo o nosso sistema processual a modificação da causa de pedir após a contestação, salvo se houver aquiescência do réu, estabelecendo como limite temporal o saneamento do processo.

Neste contexto, ganha cunho de definitividade a operação jurídica de determinação do fato relevante realizado pelo profissional diante da impossibilidade de qualquer correção após a contestação, ressalvada a hipótese de concordância do réu, o que comumente não ocorre.

Igualmente, o réu também poderá sofrer conseqüências desfavoráveis se cumprir inadequadamente o ônus de afirmar já que a contestação somente poderá ser alterada caso incida alguma das hipóteses previstas no art. 303 do Código de Processo Civil.

Nesta perspectiva, as deficiências eventualmente existentes na inicial ou na contestação – por falta de alegação ou ainda por incompletude, imprecisão ou imperfeição na narrativa dos fatos – podem se originar de variadas circunstâncias, dentre as quais, a hipossuficiência do jurisdicionado que não tem acesso às informações e a bons advogados.

Não se desconhece, contudo, que a atividade de determinação do fato relevante é uma operação jurídica dotada de alta complexidade, exigindo tanto do advogado quanto do juiz labor interpretativo adequado ao correto enquadramento jurídico do afirmado pelas partes. .

Assim, se resultar evidenciada a desvantagem de uma das partes em relação à outra , tal circunstância certamente repercutirá no cumprimento do ônus de afirmar, influenciando desfavoravelmente sobre os demais atos processuais e em especial, sobre o juízo de convencimento do julgador sobre a procedência

ou não do pedido formulado pelo Autor com grave violação ao princípio da paridade de armas.

Não basta, portanto, à preparação de uma sentença justa a existência de garantias processuais com assento constitucional, se não houver previsão expressa de norma processual capaz de suprimir as desigualdades entre as partes que preexistem ao processo mediante cooperação do juiz no campo da delimitação fática.

Michele Taruffo estipula que os três critérios que devem ser observados para se alcançar uma decisão justa são: a) correta aplicação e interpretação da regra jurídica; b) a aceitação de veracidade dos fatos relevantes da causa; c) o emprego de um procedimento válido e justo.

Todavia, se os fatos não forem levantados pelas partes em sua inteireza por omissão ou inadequação de sua exposição na causa, corre-se o sério risco de comprometimento da correta aplicação da norma jurídica, além de prejudicar a escolha do procedimento que melhor se ajustaria à situação substancial posta em juízo bem como o estabelecimento da verdade dos fatos.

Por outro lado, as regras processuais previstas nos artigos 264 e 294 do CPC proíbem a alteração dos fatos após a estabilização da lide, salvo se houver concordância do réu, e mesmo em havendo, o limite temporal é o saneamento do processo.

Partindo da idéia de que em geral não há concordância do réu quanto à alteração dos limites objetivos da demanda, o juízo de valoração exercido pelo profissional do direito no momento de exposição dos fatos ganha cunho de definitividade, sedimentando-se a deficiência porventura existente na inicial.

Não é demasiado insistir que as deficiências na exposição dos fatos podem comprometer a descoberta da verdade dos fatos tal como ocorreram, modificando o resultado da demanda.

Com efeito, se há uma reconstituição parcial dos fatos – porque não todos foram trazidos ao processo nem relatados com precisão – a sentença proferida pelo juiz certamente não corresponderá à realidade dos acontecimentos,

Nesta perspectiva, se as desigualdades sociais, econômicas e técnicas podem repercutir no cumprimento adequado do ônus de afirmar pela falta de acesso da partes a bons advogados, é dever constitucional a criação de regra processual capaz de admitir a correção das deficiências como forma de garantir a real paridade de armas.

Os casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça trazidos à colação revelam as conseqüências da falta de adequação do ônus de afirmação dos fatos, principalmente quando há aplicação rígida das regras processuais, até porque o juiz, em muitos casos, não pode se distanciar da aplicação de uma determinada norma jurídica, dada a imperatividade e clareza em seu comando normativo.

Por outro lado, antes de adentrar na reflexão sobre as diferenças entre o sistema processual rígido e flexível quanto à alteração dos fatos, procuramos demonstrar a necessária participação do juiz no campo dos fatos, sem que isto represente ofensa à imparcialidade do julgamento nem à livre disposição das partes na escolha dos fatos que deverão compor o objeto da demanda.

Embora não se situe no mesmo plano a participação do juiz na atividade probatória em relação à sua colaboração na delimitação fática, perde

atualidade a visão de que o juiz não pode cooperar com as partes, conclamando-as a aperfeiçoar, completar, tornar mais precisos ou introduzir fatos vinculados ao direito substancial posto em juízo como forma de correção das deficiências em seus articulados, na certeza de que a não superação das desigualdades entre as partes na seara da dialética processual ofende o acesso à ordem jurídica justa.

O processo democrático exige, pois, que o juiz estabeleça uma relação dialógica com as partes, conferindo-lhes oportunidades iguais de alegar e provar fatos. Tudo isso converge para formação de um processo justo.

Analisando os dois modelos processuais – espanhol e português – sob a ótica da alteração dos fatos, é forçoso concluir que o primeiro optou por um sistema rígido, estabelecendo severo ônus às partes porquanto os fatos não ventilados na causa, mas que poderiam ter sido deduzidos, também são alcançados pela autoridade da coisa julgada, distinguindo a doutrina espanhola o objeto *atual* do objeto *virtual*.

O objeto atual é constituído pelos fatos articulados pelas partes na demanda que foram apresentados no momento processual adequado enquanto o objeto virtual se identifica pelos fatos e por todos os títulos jurídicos que poderiam ter sido deduzidos na causa e não o foram na demanda já julgada.

O sistema processual português, por sua vez, admite a correção dos articulados com previsão expressa de cooperação do juiz mediante convite às partes para que esclareçam ou aperfeiçoem os fatos levantados na causa.

Reconhecendo a dificuldade diante do caso concreto na individualização do fato qualificado juridicamente como relevante — seja por sua própria natureza, seja pelo conjunto de elementos fáticos componentes da causa *petendi* e da contestação — inclinamo-nos pela quebra da rigidez procedimental, defendendo a possibilidade de correção pelas partes de suas

afirmações mediante convite do juiz, permitindo a introdução de fato preexistente e de conhecimento prévio que inicialmente não foi apresentado na causa.

O argumento fundamental do nosso ponto de vista se situa no plano da garantia da construção de um processo justo em cada caso concreto, o que nos conduz à necessária flexibilização das regras processuais a fim de permitir o estabelecimento da igualdade entre as partes, principalmente em relação ao cumprimento do ônus de afirmar.

Como diretiva material permanente, o direito fundamental ao processo justo ilumina todas as regras processuais que a ele devem se conformar, sob pena de ofensa à ordem constitucional.

O panorama econômico e social brasileiro revela a existência de grandes desigualdades entre as camadas sociais, o que justifica a escolha por um modelo procedimental mais flexível que permita a colaboração do juiz também no campo da apresentação dos fatos.

O que se pretende é a compatibilização entre o quadro fático real e o quadro fático desenhado pelas partes na certeza de que isto aproxima o juiz da verdade dos fatos, garantindo a formação de uma decisão justa.

Note-se que a solução indicada para correção das deficiências na exposição dos fatos não pode ultrapassar a natureza jurídica de convite às partes, inexistindo qualquer sanção pela inação do autor e do réu. Preserva-se, assim, o princípio da demanda bem como o dispositivo que estão diretamente relacionados com o encargo de afirmar, permanecendo com as partes o poder de escolha dos fatos que deverão integrar a lide..

Quanto ao limite temporal de alteração dos fatos, propusemos que o convite deve ser formalizado às partes no momento da audiência preliminar quando o juiz manterá contato direto com os litigantes, permitindo a exata compreensão das questões fáticas que não foram adequadamente levantadas no processo.

Quanto ao limite de extensão, reputamos que mesmo o fato não resultante de mero aperfeiçoamento, esclarecimento ou completude daquele já exposto inicialmente pela parte, poderá ser introduzido no processo desde que não haja inovação da relação jurídica substancial estabelecida entre as partes.

Procuramos distinguir fato novo *lato sensu* e fato novo *stricto sensu* para exata compreensão dos limites de alteração dos fatos na demanda, sustentando que tanto um quanto outro poderão ser levantados pelas partes, desde que seja preservada a originalidade do direito substancial debatido entre as partes.

Outrossim, com a preocupação de evitar o ajuizamento de novas ações autônomas entre as mesmas partes decorrente de causa pedir distinta, mas com a articulação de fatos que já poderiam ter sido levantados na ação originária, apresentamos como norma de equilíbrio a ampliação da eficácia preclusiva da coisa julgada prevista no art. 474 do Código de Processo Civil.

Se, de um lado, a possibilidade de correção das deficiências na exposição dos fatos tempera a rigidez de vários institutos processuais relacionados com o encargo de afirmar, de outro, o obstáculo processual ao ajuizamento de várias demandas entre as mesmas partes vinculadas ao fato originador da primeira demanda, traz equilíbrio ao sistema processual.

Caso permaneça a possibilidade de ingresso de tantas demandas distintas contra o mesmo réu, tal circunstância – embora autorizada por lei – se

traduzirá em sério gravame ao sujeito processual que, em diferentes momentos, figurará no pólo passivo das ações intentadas pelo mesmo autor.

Não temos dúvida da repercussão negativa sobre o cotidiano do réu, que poderá sofrer prejuízos de ordem moral e econômica pelo simples fato de ostentar a posição de réu em uma demanda judicial.

A solução apresentada no presente estudo se traduz em conjugação compensada entre a *abertura* procedimental para admitir a introdução de fatos novos e fatos aperfeiçoados e a restrição que as partes sofrerão com a ampliação dos efeitos preclusivos da coisa julgada.

Enfim, o que não se pode perder de vista é a repercussão das decisões judiciais sobre a vida dos jurisdicionados que, não raro, buscam a proteção jurisdicional como último meio de composição do litígio.

A injustiça da decisão estimula a descrença na resolução do conflito de interesses através do processo judicial, parecendo-nos indiscutível a necessidade de se perseguir o valor do justo em cada caso concreto mediante permanente reestruturação das normas processuais. Parte-se da consciência de que o Judiciário deve estar intimamente comprometido com sua missão constitucional de pacificar com igualdade e justiça.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Arruda. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 64, p. 7-23, out./dez. 1991.

_____ ; ALVIM, Tereza Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; MARINS, James. Código do Consumidor Comentado. 2.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ALVIM, José Manoel de Arruda. Direito Processual Civil. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. Manual de Direito Processual Civil. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ALVIM, Teresa Arruda. Noções gerais sobre o processo no Código do Consumidor. **Revista do Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 10, p. 248-257, abr./jun. 1994.

_____. Reflexões sobre o ônus da prova. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 76, p. 141-145, out./dez. 1994.

ALVIM CORREIA, José Eduardo. Teoria Geral do Processo. 8.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ARENHART, Sergio da Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. In: FUX, Luiz; NERY Jr., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo e Constituição**. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.587/630.

AROCA, Juan Montero. *Los principios políticos de la nueva ley de enjuiciamiento civil. Los poderes del juez y la oralidad*. Valencia: Tirant lo blanch, 2001.

_____. *Processo civil e ideologia. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. I. Arts. 1 a 153. 4.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A defesa do consumidor em juízo (palestra proferida no Simpósio de Direito do Consumidor, Cepad). **Revista do Direito do Consumidor**, São Paulo nº. 5, p. 191-201, jan./mar. 1993.

_____. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. **Revista de Processo**, São Paulo, nº. 37, p. 140-150, jan./mar. 1985.

_____. A Garantia do Contraditório na Atividade de Instrução. **Revista de Processo**, São Paulo, n.35, p.231-238, jul./set. 1984.

_____. Correlação entre o pedido e a sentença. **Revista de Processo**, São Paulo nº83, p.207/215, jul/set 1996.

_____. A resposta do réu no sistema do código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 2, p. 249-262, abr./jun. 1976.

_____. Efetividade do processo e técnica processual (conferência inaugural do Congresso Nacional de Direito Processual Civil e Reforma Constitucional). **Ajuris**, Rio de Janeiro, n. 64, p. 149-161, jul. 1995.

_____. Julgamento e ônus da prova. Temas de Direito processual (Terceira Série). São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Notas sobre alguns aspectos do processo(civil e penal) nos países anglo-saxônicos **Revista Forense**. Rio de Janeiro n. 344, p-96-110, out/dez 1998.

_____. O juiz e a prova. **Revista de Processo**. São Paulo. n. 35, p. 178-184, jul./set. 1984.

_____. O neoprivatismo no processo civil. **Revista de Processo**. São Paulo, vol 122, p.09/21, abril 2005.

_____. O novo processo civil brasileiro. 20.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. Os novos rumos do processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 78, p. 133-144, abr./jun. 1995.

_____. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos, **Revista de Processo**, São Paulo, n. 41, p. 7-14, jan./mar. 1986.

_____. Tendências contemporâneas do direito processual civil. **Revista Brasileira do Direito Processual**, Minas Gerais, n. 42, p. 35-52, abr./jun. 1984.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo) in A nova interpretação: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Org: Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.01/48

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Brasília. Escola Nacional da Magistratura, 2006.

BAUR. Fritz. Da importância da dicção “*iura novit curia*”. **Revista de Processo**, São Paulo, n 3, p.169/177, jul/set 1976.

BEDAQUE. José Roberto dos Santos. Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o Processo. 2.ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Poderes Instrutórios do Juiz. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BERIZONCE, Roberto Omar. *Fin social del proceso y la importancia de los hechos*. In: MORELLO, Augusto Mario (director). *Los hechos en el proceso civil* Buenos Aires: La Lev, 2003.

BONAVIDES, Paulo. Teoria constitucional da democracia participativa por um direito constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica por uma repolitização de legitimidade São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BORTOWSKI, Marco Aurélio Moreira. A carga probatória segundo a doutrina e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista do Direito do Consumidor**, São Paulo n. 7, p. 101-118, jul./set. 1993.

BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria geral dos Direitos Fundamentais. In MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BUENO, Cássio Scarpinella. O modelo constitucional do direito processual civil: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e alguma de suas aplicações. *Revista de Processo*. São Paulo nº 162, p.262, 2008.

BUZAID, Alfredo. *Do ônus da prova*. Estudos de direito. São Paulo: Saraiva, 1972.

CALAMANDREI, Piero. *Il giudici e lo storico*. Opere giuridiche. Vol. I. Napoli: Morano, 1965.

CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. Vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____ Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo In FUX, Luiz; NERY Jr., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). **Processo e Constituição**. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 662/683.

CANOTILHO. J.J Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed.. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. O acesso dos consumidores à justiça. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 310, p. 53-63, abr./jun. 1990.

_____. BRYANT, Brian. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1998

_____. O processo civil no direito comparado. Belo Horizonte: Cultura jurídica, 2001

CARVALHO. Milton Paulo de Do pedido no processo civil. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992

CHIARLONI. Sergio. *Giusto processo, garanzie processuali, guistizia della decisione*. *Revista Trimestrale de diritto e procedura civile*. Milano: Dott.A. Giuffrè, , p.129/206, mar/2008.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. III, 2.ed., Campinas: Bookseller, 1998.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. IV (arts. 332 a 475). Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. O princípio da igualdade processual. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 19, p. 39-44, dez.81/dez.82.

_____, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 9.ed., São Paulo: Malheiros, 1993.

COLERIO. Juan Pedro. *Los hechos en los modos anormales*. In: MORELLO. Augusto Mario.(director) *Los hechos en el proceso civil* .Buenos Aires: La Lev, 2003

COMOGLIO. Luigi Paolo. *Garanzie Costituzionali e giusto processo (modelli a confronto)*. **Revista de Processo**, São Paulo, nº 90 abr/mai 1988, p.95/150.

COUTURE, Eduardo J. Fundamentos do Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1946.

CRUZ e TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. A motivação da sentença no processo civil. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____ e BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

_____. Código do consumidor e processo civil. Aspectos polêmicos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 671, p.3-39, set/1991.

_____. Contornos da causa petendi da demanda civil perante o Juizado Especial. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 745, p. 11/17, nov.1997.

_____. Tempo e Processo. Uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DIAS. Francisco Mauro. Estado de direito. Direitos humanos (direitos fundamentais), segurança jurídica e reforma do Estado. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro nº 211, p.135/150, jan/mar.1998.

DIDIER JUNIOR. Fredie. Audiência preliminar no processo civil moderno In: MARINONI, Luiz Guilherme e DIDIER JUNIOR. Fredie (coord) A segunda etapa da reforma processual civil. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo e Processo de conhecimento. Salvador: Juspodium, 2009

DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma da reforma. 3.ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Fundamentos do Processo Civil Moderno. Tomo II. São Paulo: Malheiros. 3.ed., 2000.

_____. Fundamentos do Processo Civil Moderno. Tomo I. São Paulo: Malheiros. 3.ed., 2000.

_____. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. II. 2.ed., São Paulo. Malheiros, 2002.

_____. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. III. 2.ed., São Paulo Malheiros, 2002.

_____. Instrumentalidade do Processo. 11.ed, São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Ônus de afirmar e causa petendi – Os documentos indispensáveis à propositura da demanda – Ônus de afirmar e ônus de impugnação específica (CPC, art. 302)- Pedido determinado e sentença ilíquida-Confissões de dívida como declarações de vontade constitutivas-Honorários advocatícios. **Revista Forense**. Rio de Janeiro n.341, p-215-238, jan/mar 1998.

_____. Ônus de contestar e o efeito da revelia. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 41, p. 185-197, jan./mar. 1986.

DO NASCIMENTO. Carlos Valder. Segurança jurídica: mito e realidade. *Revista Fórum Administrativo*: Belo Horizonte, nº 72, p.07/13, 2007.

ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria General de la Prueba Judicial*. Vol. I, 2.ed., Buenos Aires: Editor Víctor P. de Zawalía, 1972.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 7, p. 30-36, jul./set. 1993.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FREITAS, José Lebre de e SANTOS. Cristina Máximo. O Processo civil na Constituição. Coimbra: Almedina, 2008.

FUX, Luiz. Curso de Direito Processual Civil. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GAJARDONI. Fernando da Fonseca. Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo de procedimento em matéria processual. São Paulo: Atlas, 2008.

GALDINO, Flavio. Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2005

GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 13, jan/mar1995, p.33/41.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Los hechos y la verdad en el proceso por audiências* In MORELLO, Augusto Mario (director) *Los hechos en el proceso civil*. Buenos Aires: La Lev, 2003

GRAU, Eros Roberto. Ônus, Dever e Obrigação: Conceito e Distinções. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 559, p. 51-63, mai./1982.

GRECO, Leonardo. A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa. Brasília: Revista CEJ nº 35 p.

_____. A Teoria da Ação no Processo Civil. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo – Novos Estudos Jurídicos. **Revista Semestral do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica** da Univali, Santa Catarina, n. 14, p. 9/67 abr/2002.

_____. Instituições de Processo Civil. Introdução ao Direito Processual Civil. Volume I. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. Limitações probatórias no processo civil. Palestra proferida na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em 24/03/2009.

_____. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões In MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de; JUNIOR, Luiz Manoel Gomes. Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.292

_____. Publicismo e Privatismo no processo civil. **Revista de Processo**. São Paulo: nº 164, p.30/50, out 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Processo em evolução. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

JUNIOR, Hermes Zanetti. Democracia e Judiciário na (re) politização do direito: Notas para o papel dos juizes e do Judiciário em um modelo deliberativo-procedimental de democracia (Parte I) In MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de; JUNIOR, Luiz Manoel Gomes. Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.210/211

JUNOY. Joan Picó I. *La modificación de la demanda en el proceso civil*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

_____ *Los principios del nuevo proceso civil español*. São Paulo: Revista de Processo nº 103 , julho/set. 2001, p. 68

LEONEL, Ricardo de Barros. Causa de pedir e pedido: O Direito superveniente. São Paulo: Malheiros editores, 2006.

LIMA, José Antonio Farah Lopes de. Convenção Européia de Direitos Humanos. Leme: J.H. Mizuno, 2007

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do Tratamento Paritário das Partes *in Garantias Constitucionais do Processo Civil* coordenado por José Rogerio Cruz e Tucci. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MACHADO, Antonio Montalvão. O dispositivo e os poderes do Tribunal à luz do novo Código de Processo Civil. Coimbra: Almedina, 2001

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. 5. Tomo I – Do Processo de Conhecimento, arts. 332 a 363. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____ . Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. II, Tomo I – Do Processo de Conhecimento, arts. 332 a 363, São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo nº 824, p.34/60, jun 2004.

_____. Efetividade do Processo e Tutela de Urgência. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

_____. Novas Linhas do Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. Tutela inibitória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998

MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais. Vol.I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MATOS, Cecília. O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. **Revista do Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 11, p. 161-169, jul./set. 1994.

MELO. Gustavo de Medeiros. O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo. In: FUX, Luiz; NERY Jr., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo e Constituição**. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.684/705.

_____. O Princípio da fungibilidade no sistema de tutelas de urgência – Um departamento do processo civil ainda de carente de sistematização São Paulo: Revista Forense, p.91/127, jul/ago 2003

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MITIDIERO. Daniel. Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MORELLO, Augusto Mario. *El proceso justo*. Buenos Aires: Libreria Editora Platense, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor. **Revista do Direito do Consumidor**. São Paulo. n.1, p. 200-221, mar. 1992.

_____. Ônus da prova. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 17, p. 210-212, jan./mar. 1980.

_____. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 3.ed. rev. e aum, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

NETO FACCHINI. Eugênio. O Judiciário no mundo contemporâneo. Rio Grande do Sul: Revista AJURIS nº 108 dezembro 2007, p.139/161

NETTO, Fernando Gama de Miranda. A ponderação de interesses na tutela de urgência irreversível. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2005.

_____. Ônus da prova no direito processual público. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2009.

NOBRE JUNIOR. Edílson Pereira. *O Direito Brasileiro e o princípio da dignidade humana*. Rio de Janeiro: **Revista de Direito Administrativo** n 219,p.237-251 jan/mar.2000.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Direito material, processo e procedimento. In: FUX, Luiz; NERY Jr., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo e Constituição**. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.758/778.

_____. Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, nº 1 e 2, 2006, p.253/277

_____. Garantia do Contraditório. In: CRUZ E TUCCI. José Rogério (coord). Garantias Constitucionais do Processo Civil . São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. Revista Forense, São Paulo nº372, p.77/86, mar/abr 2004

_____. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. Revista de Processo, São Paulo nº 135, p.12/25, mai 2006

_____. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. O Ônus da Prova no Direito Processual Civil. 1.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PALHARANI JUNIOR. Sidney. Princípio da isonomia ao direito processual civil In: FUX, Luiz; NERY Jr., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo e Constituição**. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.616/626.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. III (arts. 270 a 331), 5.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1988.

PASTRANA, Angel Tinoco. *La cosa juzgada material en el proceso civil español. Función excluyente y limites objetivos*. Revista de Ciencia Jurídica e Sociais da UNIPAR nº 2, p.255/256, jul/dez 2006.

PIMENTA, Paulo. A fase do saneamento do processo antes e após a vigência do novo código de processo civil.Coimbra: Almedina, 2003.

PINTO, Junior Alexandre Moreira. *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: Revista dos Tribunais,2007.

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000.

_____. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PROGREBINSCHI, Thamy. *Ativismo Judicial e Direito: Considerações sobre o debate contemporâneo*. *Revista de Direito, Estado e sociedade*, v.9, n.17, p.121/143, ago/dez 2000.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Ação Afirmativa - O conteúdo democrático da princípio da igualdade jurídica*. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n 15, p.85-99, 1996

_____. *O princípio da coisa julgada e o vício da inconstitucionalidade*. *in Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2005

ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América. s/d.

SANTOS, Andres de La Oliva. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Navarra: Thomson-Civitas-Arancadi, 2005.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. Vol. I, 3.ed., São Paulo: Max Limonad, s/d.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

_____. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SILVA. José Afonso da. A Dignidade da Pessoa humana como valor supremo da democracia .Rio de Janeiro: **Revista de Direito Administrativo** n. 212.p. 89-94 abr/jun. 1998.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. Vol. I, 5.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____; GOMES, Fábio Luiz. Teoria Geral do Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.

_____. Processo e ideologia. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 110, p. 19-39, abr./jun. 2003.

_____. Sentença e coisa julgada (Ensaio e Pareceres). 4.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SOARES, Fabio Costa. Acesso do Hipossuficiente à Justiça. A Defensoria Pública e Tutela dos Interesses Coletivos Lato Sensu dos Necessitados In: SOFIATI, Raphael Augusto (org). Acesso à Justiça. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2002.

SOTELO. José Luis Vázquez. *Objeto actual y objeto virtual en el proceso civil español* In GONZAGA, Jayme Fernando; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maria Terra. Processo civil: novas tendências. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008.

SOUSA. Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. **Revista de Processo**, São Paulo nº 86, p. 174, abr/jun 1997.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Poderes éticos do juiz (a igualdade das partes no processo e a repressão ao abuso processual). **Revista Forense**, Rio de Janeiro n° 296, p.161-168, 1986.

TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da igualdade em perspectiva histórica, conteúdo, alcance e direções. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, n° 211, p.241/269, jan/mar 1998.

TARUFFO, Michele. *Idee per una teoria della decisione giusta*. in *Revista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, 1997, p.225.

_____. *La Prova dei Fatti Giuridici*. Nozioni Generali. Milano: Dott A. Giuffrè, 1992.

_____. *Narrazioni Processuali*. **Revista de Processo**, São Paulo, n° 155, p. 77/115, jan 2008.

_____. *Studi Sulla Rilevanza della Prova*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1970.

_____. *Verità negoziata?* *Revista Trimestrale di diritto e procedura civile*. Numero Speciale. *Accordi di parte e process*. Milano Dott^a Giuffrè

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A efetividade do proceso e a reforma processual. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 78, p. 85-96, abr./jun. 1995.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Direito Processual Constitucional. Porto Alegre: Revista Magister de direito civil e processual civil. n 25, jul/ago, 2008 p.

_____. *Direito Processual Constitucional*.: **Revista Magister de direito civil e processual civil**. Porto Alegre n° 25, p.26/38, jul/ago2008.

_____. *Redimensionamento da coisa julgada*. **Revista Magister de direito civil e processual civil**, Porto Alegre, n° 28, p. 04/25, jan/fev 2009.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2.ed., São Paulo: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999.

TESE APRESENTADA AO DOUTORADO EM DIREITO DA UNIVERSIDADE GAMA FILHO, NO RIO DE JANEIRO, E
APROVADA PELA COMISSÃO EXAMINADORA FORMADA PELOS SEGUINTE PROFESSORES:

PROF. DR. LEONARDO GRECO
(ORIENTADOR)
Universidade Gama Filho – UGF

PROFA. DRA. FERNANDA DUARTE LOPES LUCAS DA SILVA
Universidade Gama Filho – UGF

PROF. DR. CLEBER FRANCISCO ALVES.
Universidade Gama Filho – UGF

Prof. Dr. NELSON LUIZ PINTO
Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ

PROF. DR. EDSON ALVISI NEVES
Universidade Federal Fluminense – UFF

Rio de Janeiro, 29 de julho de 2009

Prof^a. Dr^a. Maria Stella Faria de Amorim
Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)