

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

HOMERO FIGUEIREDO LIMA E MARCHESE

IDENTIFICAÇÃO DA AÇÃO

Elementos teóricos para a efetividade processual

CURITIBA

2010

Livros Grátis

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

Milhares de livros grátis para download.

HOMERO FIGUEIREDO LIMA E MARCHESE

IDENTIFICAÇÃO DA AÇÃO

Elementos teóricos para a efetividade processual

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni

CURITIBA

2010

TERMO DE APROVAÇÃO

HOMERO FIGUEIREDO LIMA E MARCHESE

IDENTIFICAÇÃO DA AÇÃO

Elementos teóricos para a efetividade processual

Dissertação aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: _____

Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Curitiba, de de 2010

Aos meus irmãos, Maurício e Otávio,
pela companhia e pelo exemplo

AGRADECIMENTOS

Não há exagero em concluir que o presente trabalho não seria redigido sem o apoio de algumas pessoas, a quem agradeço no presente momento.

Agradeço, em primeiro lugar, ao Prof. Luiz Guilherme Marinoni. A ele devo muito mais do que a orientação no presente trabalho. Devo, em grande medida, o próprio ingresso na carreira acadêmica. Foi por sua indicação que comecei a lecionar. Também por sua iniciativa, e do Prof. Sérgio Arenhart, é que tive o privilégio de colaborar com a realização de pesquisa jurisprudencial e revisão de aspectos formais de algumas de suas obras, parte delas redigida em coautoria com o Prof. Sérgio. A oportunidade, além de extremamente enriquecedora, despertou o gosto pela pesquisa. Em todas essas ocasiões, pude notar a generosidade e o senso prático do Prof. Marinoni, qualidades que, pensando bem, não poderiam mesmo faltar em quem revolucionou o processo civil no Brasil.

Também agradeço ao Prof. Sérgio Arenhart pelo incentivo à carreira acadêmica. A competência do Prof. Sérgio, aliás, é, por si só, fonte de incentivo. Como professor, ministra aulas que despertam em seus alunos dois sentimentos fundamentais: o de que se aprendeu muito em pouco tempo e o de que é preciso estudar mais, muito mais. Como Procurador da República, é profissional sério e combativo, que dignifica o importante cargo que ocupa.

Embora a responsabilidade em não desapontar os Profs. Marinoni e Sérgio seja grande, e muitas vezes superior à capacidade deste autor, muito maior é o orgulho por ter contado com seu apoio nesta caminhada, e por ser, como eles, filho da Universidade Federal do Paraná.

Devo agradecer, também, é claro, à minha família. Agradeço à minha mãe, que, num sinal inequívoco de inteligência e bom coração, continua a evoluir a cada dia, em proveito seu e de quem pode contar com ela. Agradeço ao Eduardo, pela importância de sua presença entre nós. E agradeço aos meus irmãos, a quem dedico este trabalho. A oportunidade de conviver com eles mantém vivo um exemplo de caráter e conduta muito importante.

Agradeço, por fim, a todos os meus amigos. Em especial, a Bruno Guiss, que, ao lado de sua esposa Helena, tem sido leal companheiro na

advocacia, além de interlocutor constante nas discussões sobre o direito ou sobre a vida. Agradeço, também, a Fábio Yamasaki, Diogo Boeira e Silvia Barros, amigos de primeira hora, a toda hora. Ao final, agradeço aos nobres e dinâmicos membros da DCM do TCE-PR, pelo convívio alegre e positivo de sempre, e os quais não nomearei para não cometer injustiça.

RESUMO

A ação ocupa o centro do processo civil brasileiro. Nessa qualidade, determina todos os temas e institutos processuais, que são pensados a partir dela. A identificação da ação é, assim, fundamental. O trabalho analisa, inicialmente, como a ação tem sido concebida pela doutrina, especialmente pelas duas correntes teóricas mais difundidas no país. Em seguida, após a adoção de uma dessas correntes, são analisados os três elementos da ação – partes, causa de pedir e pedido. Ao final, a identificação da ação é levada a confronto com vários temas e institutos processuais. Todo o trabalho é voltado à elaboração de suporte teórico para a efetividade processual. Para tanto, parte-se da crença de que o correto domínio dos conceitos e categorias teóricas é pressuposto para manuseio eficaz das técnicas processuais, especialmente daquelas que têm surgido no processo civil contemporâneo.

Palavras-chave: ação – partes – causa de pedir – pedido – identificação da ação – efetividade processual

ABSTRACT

The concept of 'action' plays a central role at the Brazilian Civil Procedure, determining all procedural issues and institutes. The adequate identification of 'action' is, therefore, a fundamental topic. This study examines, initially, how the action has been designed by the doctrine, especially by the two theoretical perspectives more widespread in the country. Subsequently, after adopting one of these viewpoints, this investigation examines the three elements of the action – parties, cause of action and request. Finally, the identification of the action is taken to confront several themes and procedural institutes. This research aims to develop a theoretical support in order to increase procedural effectiveness. For this purpose, it starts from the belief that the correct understanding of theoretical concepts and categories is a prerequisite for an efficacious employment of procedural techniques, particularly those which have been emerging on the contemporary civil procedure.

Keywords: action - parties - cause of action - request - identification of action - procedural effectiveness

SUMÁRIO

PARTE I - PRESSUPOSTOS TEÓRICOS.....	11
1. INTRODUÇÃO.....	11
1.1. O significado de efetividade processual.....	13
1.2. A busca pela efetividade do processo e o papel da técnica processual.....	15
1.3. Princípios e pressupostos do processo civil contemporâneo e sua influência sobre a efetividade processual.....	18
1.4. Efetividade processual e formas de tutela dos direitos.....	25
2. O DIREITO, O PROCESSO E A ATIVIDADE DO MAGISTRADO...	28
2.1. A compreensão da finalidade do processo por meio da análise da natureza, estrutura e funcionamento da norma jurídica.....	36
3. A AÇÃO, ESSA VELHA, MAS NEM TANTO CONHECIDA, DEFINIÇÃO.....	41
3.1. A teoria da ação da Escola Processual de São Paulo e a teoria da ação de direito material.....	42
3.2. A opção por uma das teorias.....	51
3.3. A teoria da ação adequada à tutela do direito e ao caso concreto.....	53
3.4. A moderna tendência de dar ênfase à tutela do direito, e a manutenção do interesse em pensar o processo a partir da ação.....	55
3.5. O objeto (litigioso) do processo, a ação e o mérito.....	57
3.6. Requisitos processuais preliminares ao julgamento de mérito.....	63
3.7. A possibilidade de classificar a ação.....	67
PARTE II - ELEMENTOS DA AÇÃO.....	74
4. OS ELEMENTOS DA AÇÃO.....	74
4.1. A identificação da ação.....	76

5. PARTES.....	78
5.1. Conceito de parte.....	78
5.2. Influência do direito material na disciplina das partes.....	79
5.3. Distinção entre partes e elemento partes.....	81
5.4. Conceito do elemento partes e critério para identificá-lo.....	86
5.5. A possibilidade de julgamento de mérito e o caso do litisconsórcio necessário.....	88
6. CAUSA DE PEDIR.....	90
6.1. Conteúdo da causa de pedir.....	90
6.1.1. Teorias sobre o conteúdo da causa de pedir.....	90
6.1.2. Teoria adotada no Brasil.....	93
6.2. Particularidades do conteúdo da causa de pedir.....	95
6.2.1. Causa de pedir ativa e causa de pedir passiva.....	95
6.2.2. Fatos principais e fatos secundários.....	97
6.2.3. Causa de pedir e questões.....	99
6.2.4. Fatos ou causa de pedir remota e fundamentos jurídicos ou causa de pedir próxima.....	105
6.2.5. Fundamentos jurídicos como elemento da causa de pedir: a contradição da doutrina.....	107
6.3. Fronteira entre causa de pedir e fundamentos jurídicos.....	113
6.4. A influência da alteração do direito (direito superveniente).....	117
6.5. Conceito de causa de pedir e critério objetivo para identificá-la.....	119
7. PEDIDO.....	123
7.1. Conteúdo e conceito de pedido.....	123
7.2. Identificação e pluralidade de pedidos.....	125

7.3. A mitigação do princípio da congruência e a influência na identificação da ação.....	126
PARTE III - REPERCUSSÕES DA IDENTIFICAÇÃO DA AÇÃO.....	131
8. TEMAS E INSTITUTOS INFLUENCIADOS.....	131
8.1. Extensão da atividade jurisdicional de cognição.....	131
8.2. Estabilização da demanda.....	134
8.3. Cumulação de ações.....	138
8.4. Conexão.....	140
8.5. Continência.....	147
8.6. Litisconsórcio.....	148
8.7. Oposição, denúncia da lide e chamamento ao processo.....	148
8.8. Reconvenção.....	148
8.9. Ação declaratória incidental.....	150
8.10. Coisa julgada.....	152
8.11. Litispendência.....	159
8.12. Ação coletiva.....	160
9. CONCLUSÃO.....	162
BIBLIOGRAFIA.....	163

PARTE I - PRESSUPOSTOS TEÓRICOS

1. INTRODUÇÃO

Inequivocamente, a administração da Justiça sofre de certo descrédito na sociedade brasileira. Fruto da lentidão e ineficiência que marcam o provimento jurisdicional em nosso país, o sentimento é tal que, não raras vezes, a movimentação do Poder Judiciário é vista mais como um obstáculo à satisfação de um direito do que propriamente como sua solução.

É fora de dúvida que a sobrecarga do Poder Judiciário e sua dificuldade em resolver os conflitos são devidas, em boa parte, a um vício infelizmente presente na sociedade brasileira, que produz efeitos em todas as outras esferas institucionais. Trata-se da falta de enraizamento de uma crença fundamental, segundo a qual o cumprimento da lei e dos deveres individuais deve ser espontâneo e imediato.¹

De qualquer forma, a constatação não pode levar ao desânimo completo. Ao contrário, deve partir dela a reação para o alcance de um estágio em que os direitos sejam efetivamente tutelados, ainda que de forma não espontânea.

Não há mais qualquer novidade, portanto, em constatar a necessidade de dar efetividade ao processo judicial realizado no Brasil. Sob pena de perda de legitimação do Poder Judiciário e conseqüente ruptura democrática, não se pode seguir adiante sem que o processo pátrio seja dotado de instrumentos capazes de proporcionar uma tutela jurisdicional satisfatória, voltada, principalmente, à realização completa e tempestiva da tutela dos direitos.

Com o fim declarado de perseguir a efetividade processual, alguns passos importantes têm sido dados, especialmente pela criação, no âmbito legislativo, de técnicas processuais adequadas ao processo judicial da

¹ Egas Dirceu Moniz de Aragão, após indicar que a maior preocupação na sociedade, atualmente, parece ser a de estimular litígios, pondera com perspicácia que “Ninguém revela interesse na educação para o cumprimento de deveres e obrigações, a fim, precisamente, de evitar os litígios. Mas, assim como se fazem eficazes campanhas de alfabetização, de saneamento, ou de saúde pública, entre estas destacando-se a do começo do século, no Rio de Janeiro, para vacinação, que gerou conflito urbano, é preciso fazer campanhas em prol do respeito à lei, ao cumprimento de deveres e obrigações, da conciliação, da solução alternativa de disputas (ADR), etc.” (MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Procedimento: formalismo e burocracia*, p. 50).

contemporaneidade.² Assim, por exemplo, o ingresso da tutela antecipada no ordenamento jurídico nacional deu agilidade à satisfação dos direitos, revolucionando a atividade jurisdicional no país de maneira inequívoca. Do mesmo modo, a concessão ao juiz, nas ações para entrega de coisa e para cumprimento de dever de fazer ou não fazer, do poder de atuar as medidas necessárias à tutela dos direitos, independentemente de requerimento do autor, tem permitido que a resposta jurisdicional nesses casos seja, pelo menos em tese, a mais adequada possível.

A adoção dessas e de outras medidas, contudo, não pode prescindir de um suporte teórico sistemático e racional. Isso porque a aplicação de tais medidas na prática forense dependerá, em grande parte, do domínio de certos conceitos e categorias teóricas.

O trabalho que ora se inicia terá por fim exatamente a busca por suporte teórico para a efetividade processual. Por meio dele, buscar-se-á, inicialmente, promover reflexões a respeito de como um dos principais institutos do processo, a ação, tem sido visto e identificado pela doutrina. Depois, buscaremos analisar cada um dos seus elementos, para, ao final, levar a identificação da ação a exame diante de alguns temas e institutos processuais.

O assunto escolhido envolve questões fundamentais da teoria geral do processo civil, todas com forte repercussão na prática forense. Da proposição da petição inicial, passando pelo processamento do feito até a extinção do processo, dúvidas envolvendo a identificação da ação proposta são constantes. Assim, por exemplo, apontar se uma determinada ação foi corretamente proposta e quais são os limites de sua apreciação pelo magistrado, bem como indicar se há pluralidade de ações em julgamento e quais são elas, são indagações cujas respostas envolvem diretamente a identificação da ação. Além disso, diversos e importantes institutos processuais, como a conexão, a reconvenção, a coisa julgada e a litispendência, são essencialmente determinados pela identificação da ação.

² Sobre os conceitos de efetividade processual, tutela dos direitos e técnica processual, ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. Do mesmo autor, ver também *Teoria Geral do Processo*.

Move-nos o desejo de, a partir da recensão da doutrina somada a algumas reflexões pessoais, elaborar trabalho tão prático quanto possível, no sentido de que possa servir à prática forense, ao menos como estudo destinado a tornar mais simples a compreensão dos elementos da ação e dos institutos processuais dela dependentes.

1.1. O significado de efetividade processual

Não parece exagerada a conclusão de que a busca pela efetividade processual é o principal tema do processo civil contemporâneo. O sentimento de que algo não vai bem com a aplicação do direito, e que, portanto, precisa ser aprimorado ou superado, parece ser compartilhado por grande parcela da sociedade. Entre os profissionais do Direito, o sentimento parece ainda mais generalizado. O discurso sobre a efetividade processual figura com frequência em petições elaboradas por advogados e decisões judiciais, além de ocupar boa parte da produção doutrinária.³

Mas, afinal, o que é efetividade processual?

Efetividade significa qualidade do que é efetivo. Efetivo, por sua vez, designa aquilo que produz efeitos. Logo, efetividade processual significa a qualidade de produção de efeitos do processo. O raciocínio ajuda na compreensão da expressão, mas não a define completamente, já que passa a exigir a indicação dos efeitos do processo.

E, nesse campo dos efeitos do processo, inúmeras concepções dividem espaço, cada uma determinada por aquilo que se entende seja o fim do ordenamento processual. Há quem veja o fim do processo, por exemplo, na realização de valores superiores, como a justiça, a paz social e o bem comum. Para os defensores de tais concepções, processo efetivo seria aquele que, respectivamente, assegurasse a justiça, a paz social ou o bem comum. Também há quem veja no fim do processo a busca pela proteção judicial dos

³ E não se trata de preocupação exclusivamente nacional. Em texto escrito em 2000, Barbosa Moreira noticiava que a demora do processo, por exemplo, era preocupação recorrente em congressos internacionais e afetava países insuspeitos, como Itália, Japão, Inglaterra e Estados Unidos. No mesmo texto, o formidável processualista chamava a atenção para o cuidado necessário na importação de modelos estrangeiros para o processo nacional (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O futuro da justiça: alguns mitos*, p. 1-13).

interesses do maior número possível de pessoas. Para os adeptos dessa corrente, efetivo seria o processo de que grande parcela da população poderia se valer; e assim por adiante.

Há, assim, várias possíveis definições das finalidades do processo, elaboradas a partir do ponto de vista de quem as sustenta. Entre todas as definições, contudo, apenas uma, ao que parece, não pode ser colocada em xeque. Trata-se da definição que vê na finalidade do processo a aplicação do direito material. De fato, é exatamente para isso que o processo serve, e é exatamente esse o sentido de sua desvinculação do direito material. Como afirma Fredie Didier Jr., “o processo é instrumento de definição (certificação), proteção (asseguração) e realização (efetivação) do direito substancial – eis a síntese de seu escopo jurídico”.⁴

Para essa concepção, processo efetivo é aquele que aplica o direito material, e efetividade processual é a qualidade de produção de tal efeito pelo processo. É nesse sentido que a expressão efetividade processual será utilizada no presente trabalho. Sem descuidar de que é possível falar em efetividade processual tendo em mente outros significados,⁵ no presente texto a expressão será empregada tendo em conta a relação de meio e fim que envolve o direito processual e o direito material.⁶

⁴ DIDIER JR., Fredie. *Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento*, p. 531.

⁵ Barbosa Moreira, propondo-se a dissertar sobre a efetividade processual em determinado artigo, ressaltou que teria em conta o fim específico do processo, sem descuidar outros possíveis fins seus, como o social e o político: “Efetivo é sinônimo de eficiente. Penso que a efetividade, aqui, consiste na aptidão para desempenhar, do melhor modo possível, a função própria do processo. Ou, noutras palavras, talvez equivalentes, para atingir da maneira mais perfeita seu fim específico. Ora, o fim específico, no plano jurídico, do processo de conhecimento, é a solução do litígio por meio da sentença de mérito a que tende toda a atividade nele realizada. Faço questão de frisar o adjetivo ‘jurídico’: o processo, como se sabe, não tem apenas fins jurídicos; tem também fins sociais, tem também fins políticos” (*A efetividade do processo de conhecimento*, p. 128).

⁶ De qualquer forma, anote-se nossa desconfiança quanto à possibilidade de atribuir ao processo finalidades metafísicas, como a realização do bem comum, a busca pela justiça ou a pacificação social. Definições como essas eternizam o problema ao invés de solucioná-lo, pois passam a exigir a definição do que é bem comum, justiça, paz social, etc., num movimento que tende ao infinito. Além disso, as definições são marcadas pelo subjetivismo, já que cada intérprete tem seu conceito de bem comum, justiça, paz social, etc. – e, muitas vezes, um conceito bem peculiar, marcadamente arbitrário. Por fim, fazer ingressar na definição do escopo do processo a ideia de que ele se destina àquelas finalidades dependeria da constatação de que todas as regras processuais e todos os ordenamentos processuais vigentes no mundo caminham para esses fins, o que, sabidamente, não corresponde à verdade.

A constatação não tem o objetivo de servir de fundamento à utilização do processo como instrumento para a prática de abusos e maldades. Ao contrário, ao apontar que o ordenamento

Por conta de tal relação, aliás, em que é papel do processo servir de instrumento ao direito material, emprega-se, por vezes, a expressão instrumentalidade do processo para designar o que se quer dizer com efetividade processual.⁷

1.2. A busca pela efetividade do processo e o papel da técnica processual

A busca pela efetividade processual não acontece por acaso. Ela só faz sentido a partir da constatação de que a ciência apresenta um panorama tal que deve ser aprimorado ou até mesmo superado.

Apesar de não existir consenso em relação ao arcabouço conceitual que deve amparar o processo civil contemporâneo – como será visto adiante –, não parece haver divergência em torno da ideia de que a mudança do panorama do processo deve passar pela adoção de técnicas processuais adequadas, isto é, pela adoção de adequados meios de atuação da jurisdição. Busca-se a introdução de técnicas inovadoras no ordenamento processual, e, também, o aperfeiçoamento da aplicação das técnicas já existentes, com o fim de otimizar a tutela dos direitos.

Barbosa Moreira, por exemplo, ao sintetizar em cinco itens aquilo que considera “uma espécie de programa básico da campanha em prol da efetividade”, dá amplo destaque ao papel da técnica processual. Pela excelência das lições do autor, vale a pena transcrevê-las na íntegra: “a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja

processual é o que é, e não o que se diz sobre ele, busca deixar claro que é preciso batalhar cotidianamente por uma concepção de processo justa e democrática, que tenha como fruto, principalmente, a publicação de regras que garantam o devido processo legal.

⁷ Mais uma vez, Barbosa Moreira é preciso: “Efetividade do processo é expressão que, superando as objeções de alguns, se tem largamente difundido nos últimos anos. Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Por um processo socialmente efetivo*, p. 15).

preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do legislador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias.”⁸

Luiz Guilherme Marinoni também indica claramente que a efetividade processual depende da disponibilização de técnicas processuais idôneas à tutela do direito material, e vê no direito de ação, inclusive, um direito que vincula o legislador a editá-las.⁹

Podem ser vistas como técnicas pensadas à luz do processo civil contemporâneo a técnica da antecipação da tutela (em suas três modalidades), a técnica monitoria e a técnica do emprego da multa nas execuções. Ainda que já fosse possível visualizar traços de tais técnicas no ordenamento jurídico, especialmente nos procedimentos especiais, é na contemporaneidade que ganham importância, pois o campo de sua utilização foi estendido a praticamente todos os tipos de direitos (ressalvada a afirmação em relação à técnica monitoria, destinada às hipóteses previstas no art. 1.102-A do CPC).

Também se insere entre as inovações do processo civil contemporâneo a crescente previsão na legislação de normas abertas e conceitos indeterminados, que conferem ao magistrado maior liberdade em relação ao

⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Efetividade do processo e técnica processual. Por um processo socialmente efetivo*, p. 17-18.

⁹ “Como a jurisdição não pode atuar se não tiver a seu dispor uma estrutura administrativa adequada e técnicas processuais que realmente lhe permitam prestar a tutela jurisdicional de forma efetiva, o direito fundamental de ação, antes de exigir algo do juiz, fica na dependência do legislador. Na perspectiva da necessidade de técnicas processuais, o direito fundamental de ação pode ser concebido como um direito à fixação das técnicas processuais idôneas à efetiva tutela do direito material. Trata-se de um direito que vincula o legislador, obrigando-o a traçar as técnicas processuais capazes de permitir a proteção das diversas situações conflituosas” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*, p. 211).

Marinoni vai além na defesa da necessidade de previsão de técnicas processuais idôneas, e sustenta que, na falta de previsão pelo legislador de técnica adequada à tutela do direito em julgamento, o próprio julgador deverá criá-la: “... não há como admitir que a técnica processual possa ser incapaz de permitir a tutela do direito. Na ausência de técnica processual adequada, o juiz deve suprir a omissão da legislação processual com base no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva” (Idem, p. 143).

emprego da técnica processual, e que também são, por si sós, técnicas processuais.¹⁰

Mas não só da introdução de novas técnicas ou da ampliação do campo de atuação de técnicas já existentes vive o processo contemporâneo. Importante tendência na ciência processual atual é o aperfeiçoamento da aplicação das técnicas processuais já existentes. Trata-se de uma releitura das técnicas existentes, tendo a efetividade processual como meta.

Barbosa Moreira, após denunciar a “falsa idéia da oposição entre o empenho da efetividade e a convivência com a boa técnica”, conclui que “efetividade e técnica não são valores contrastantes ou incompatíveis (...), senão, ao contrário, valores complementares, ambos os quais reclamam a nossa mais cuidadosa atenção”, e que “a técnica bem aplicada pode constituir instrumento precioso a serviço da própria efetividade”.¹¹

José Roberto dos Santos Bedaque, em sua obra-prima “Efetividade do processo e técnica processual”,¹² chama atenção para o fato de que o emprego inadequado da técnica processual é um dos motivos para a falta efetividade processual. Preocupa o autor, especialmente, a aplicação da técnica processual sem consideração de sua finalidade, o que colocaria o processo “a serviço do formalismo estéril, não do direito material e da ordem jurídica justa”.¹³

¹⁰ Por normas abertas entendem-se as normas que dão ao magistrado uma série de técnicas processuais, dentre as quais poderá escolher uma ou mais para tutelar adequadamente o caso concreto. No Direito processual brasileiro, o exemplo clássico deste tipo de normas é o art. 461 do CPC. Já por conceitos indeterminados entendem-se situações previstas na norma cujo preenchimento o juiz deve avaliar no caso concreto. Caso o magistrado entenda presentes tais situações, poderá lançar mão das técnicas processuais previstas. São exemplos de conceitos indeterminados, no ordenamento processual brasileiro, as expressões “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” (art. 273, I, do CPC), “abuso de direito de defesa” (art. 273, II, do CPC), “justificado receio de ineficácia do provimento final”, etc. Sobre normas abertas e conceitos indeterminados, ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*, p. 121 e 296. A previsão de normas abertas e conceitos indeterminados parece ser fruto da tendência de valorização do papel do juiz no processo de aplicação da legislação, que marca o processo civil contemporâneo (vide capítulo abaixo).

¹¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Efetividade do processo e técnica processual. Por um processo socialmente efetivo*, p. 28.

¹² O Manual de redação e estilo do jornal O Estado de S. Paulo, destinado, entre outros fins, a auxiliar jornalistas na produção de um texto correto e preciso, tece os seguintes comentários em relação à expressão obra-prima: “Pense bem. Quantas obras merecem essa classificação?” (MARTINS, Eduardo. *Manual de redação e estilo*, p. 227). Certamente, a obra de José Roberto dos Santos Bedaque a merece. Escrito de forma clara e elegante, o livro de Bedaque apresenta conclusões tão inovadoras quanto convincentes a respeito do emprego das técnicas processuais.

¹³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 32.

Assim, Bedaque sustenta a necessidade de dar preferência ao resultado almejado pela técnica, ainda que, formalmente, ela não seja estritamente obedecida¹⁴. A partir dessa concepção, chega a diversas conclusões a respeito da aplicação da técnica processual, como, por exemplo: 1- “observadas determinadas premissas, está o juiz autorizado a flexibilizar a técnica processual”; 2- “as conseqüências pela não-observância das técnicas da correlação, da eventualidade e da preclusão podem ser relevadas”; 3- “o art. 462 do CPC deve ser interpretado de forma ampla, admitindo-se a alteração da própria causa de pedir”; e 4- “na obstante o exame das questões preliminares preceda o de mérito, há situações em que este será julgado ainda que ausente um dos requisitos processuais prévios. Não realizado o controle no momento procedimental próprio, a solução do problema passa a depender de outro fator: a existência, ou não, de prejuízo para a parte que o requisito faltante visava a proteger”.¹⁵

Bedaque, como ninguém, põe em xeque a questão do formalismo exagerado, alvo constante dos teóricos da efetividade processual, e contra o qual se levanta a defesa da simplificação dos procedimentos.¹⁶

1.3. Princípios e pressupostos do processo civil contemporâneo e sua influência sobre a efetividade processual

Como dito acima, a busca pela efetividade processual não acontece por acaso, e a adoção de novas técnicas processuais ou o aperfeiçoamento

¹⁴ “Não deve o processo, pois, ser escravo da forma. Esta tem sua importância dimensionada pelos objetivos que a determinam. A estrita obediência à técnica elaborada pelo legislador processual e às regras formais do processo é importante para garantir igualdade de tratamento aos sujeitos parciais, assegurando-lhes liberdade de intervir sempre que necessário. Tudo para possibilitar que o instrumento atinja seu escopo final com justiça. Mas o apego exagerado ao formalismo acaba por transformar o processo em mecanismo burocrático e o juiz no burocrata incumbido de conduzi-lo. Não é este o instrumento que desejamos. (...) É preciso reconhecer que muitas vezes o fim é alcançado embora não observada a forma destinada a garanti-lo. Por isso, as regras relacionadas aos requisitos formais desse método de trabalho devem ser interpretadas à luz desta premissa: o que importa é o fim, sendo a forma mero meio para atingi-lo” (Idem, p. 45-46).

¹⁵ Idem, p. 575-576. Algumas ideias sustentadas por Bedaque serão retomadas adiante.

¹⁶ A propósito, válidas são as conclusões de Egas Dirceu Moniz de Aragão: “Com respeito ao processo e à administração da justiça, a equação do problema sem o que será impossível sequer tentar solucioná-lo, passa, no mínimo e necessariamente, pela revisão do procedimento judicial, a fim de simplificá-lo, o que somente será alcançado com a abolição de todo formalismo desnecessário e de toda burocracia dispensável” (MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Procedimento: formalismo e burocracia*, p. 54).

das já existentes tem um motivo para ser. Concluir que novas técnicas processuais foram concebidas porque as antigas eram ineficazes é, obviamente, parte da resposta, mas não explica, por si só, seu surgimento. Algo na própria maneira de pensar o processo civil foi alterado para que as mudanças acontecessem.

Com o fim de justificar a evolução do modo de pensar o processo, a doutrina apresenta explicações diferentes.

Antônio Carlos Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, por exemplo, encaram a busca por efetividade processual como um terceiro momento metodológico do processo civil. Em sua concepção, o processo civil teria passado por uma primeira fase de sincretismo jurídico, em que não era nítida sua separação do direito material. Em sequência, o processo teria passado por uma fase autonomista ou conceitual, em que farta produção doutrinária teria levado a um amadurecimento inédito da ciência, com o conseqüente estabelecimento de suas grandes definições, como as de ação e processo, além da teorização de assuntos correlatos, como as condições da ação e os pressupostos processuais. Por fim, o processo teria chegado à fase instrumentalista, em que a ciência processual, satisfatoriamente desenvolvida no plano conceitual, deveria voltar-se ao plano dos resultados. Construções doutrinárias meramente dogmáticas deveriam ser deixadas de lado em troca de construções voltadas à consecução de determinados fins.

Nesse sentido, são as palavras de Cândido Rangel Dinamarco: “O processualista sensível aos grandes problemas jurídicos sociais e políticos do seu tempo e interessado em obter soluções adequadas sabe que agora os *conceitos* inerentes à sua ciência já chegaram a níveis mais do que satisfatórios e não se justifica mais a clássica postura metafísica consistente nas investigações conceituais destituídas de endereçamento teleológico. Insistir na autonomia do direito processual constitui, hoje, como que preocupar-se o físico com a demonstração da divisibilidade do átomo. Nem se justifica, nessa quadra da ciência processual, pôr ao centro das investigações a polêmica em torno da natureza privada, concreta ou abstrata da ação; ou as sutis diferenças entre a jurisdição e as demais funções estatais, ou ainda a

precisa configuração conceitual do *jus excepcionalis* e sua suposta assimilação à idéia de ação”.¹⁷

Sem negar no histórico do processo civil a existência de uma primeira fase de uma certa indistinção em relação ao direito material e de um momento seguinte de celebração da autonomia da ciência, há quem, por outro lado, veja a mudança no processo civil a partir de uma nova leitura de seus institutos fundamentais. É o caso de Luiz Guilherme Marinoni, para quem as ideias de jurisdição, ação, defesa e processo, na contemporaneidade, devem ser substancialmente distintas daquelas sustentadas no passado.

De acordo com Marinoni, o Estado Liberal foi marcado pelos valores da igualdade formal, da liberdade individual mediante a não interferência do Estado nas relações privadas e do princípio da separação de poderes como mecanismo de subordinação do Executivo e do Judiciário à lei. Por conta disso, àquela época, o direito foi resumido à norma jurídica – “cuja validade não dependeria de sua correspondência com a justiça, mas somente de ter sido produzida por uma autoridade dotada de competência normativa”¹⁸ –, e a jurisdição foi compreendida como a atividade voltada à aplicação da lei genérica e abstrata.

Ainda de acordo com Marinoni, com a constatação de que a simples aplicação da lei geral e abstrata provocava injustiças, tornou-se necessário positivar regras e princípios de justiça em uma posição superior, com o fim de condicionar a aplicação de todo ordenamento jurídico. Isso levou à elaboração das Constituições, nas quais tais regras e princípios foram incluídos. Assim, no Estado Constitucional, a jurisdição passa a ser vista como a atividade de conformação da lei aos princípios constitucionais de justiça e direitos fundamentais, e o juiz assume a missão de construir a norma jurídica a partir da interpretação de acordo com a Constituição, do controle da constitucionalidade e da adoção da regra do balanceamento dos direitos fundamentais. As novas construções levam Marinoni a conceituar a ação como o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, segundo o qual todo e

¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 22-23. A respeito da posição dos autores mencionados, cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 17-25, e CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 42-45.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*, p. 25.

qualquer direito deve ser tutelado adequadamente, e que tem como corolário o direito à construção da ação adequada à tutela do direito e ao caso concreto.¹⁹

Sustentando-se ou não uma nova leitura dos institutos fundamentais do processo civil, parece inequívoco concluir que a mudança no modo de pensar o processo civil não se deu apenas a partir da evolução da própria ciência, mas passou por uma alteração no modo de conceber o Estado e seu papel. Não parece haver dúvidas de que a transformação do perfil do Estado acarretou transformações no próprio Direito e, por consequência, no processo civil.

O Estado liberal surgiu como uma reação ao Estado absolutista e, para cumprir a missão, foram adotadas medidas no âmbito político, econômico e jurídico. No âmbito do Direito, a influência do liberalismo acarretou a configuração de um processo que visava, precipuamente, a garantia do indivíduo diante do Estado. Partindo do pressuposto de que o Estado não era digno de confiança, pois tenderia a abusar do poder de que dispunha, a ideia era evitar, o máximo possível, a invasão estatal na esfera privada. Assim, por exemplo, só se autorizava a atuação de medidas executivas por parte dos agentes estatais depois que não restasse mais qualquer dúvida a respeito da existência de um direito a tanto, e desde que a execução se desenvolvesse nos exatos termos previstos na lei.

A defesa da atuação de um direito apenas em situações de ausência de dúvida levou à adoção de um procedimento destinado a disponibilizar ao réu ampla oportunidade de alegar fatos e produzir provas e de sempre recorrer da decisão tomada em primeira instância. Apenas após o trânsito em julgado da decisão é que se permitia ao Estado atuar medidas concretas contra o réu, e, ainda assim, sob a condição resolutiva da apresentação de embargos na fase de execução. O que se buscava, de todas as formas, era condicionar a execução à obtenção de um juízo de certeza jurídica.

Já a previsão de que a atividade executiva só deveria se desenvolver nos exatos limites previstos em lei levou à edificação do princípio da tipicidade dos meios executivos. De acordo com esse princípio, o juiz somente poderia se valer das modalidades executivas previstas em lei, sem socorro de qualquer

¹⁹ Os conceitos serão retomados adiante. A respeito das posições do autor, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*.

outra, e somente poderia atuar dentro dos limites previstos por tais modalidades.

As teses se justificavam plenamente. O liberalismo, com o fim de impedir o arbítrio do Estado, buscou sujeitar o seu poder à rígida observância dos preceitos legais, e dar ao réu todos os meios necessários para fazer valer suas razões antes de ter sua esfera jurídica atingida. Buscava-se obter do Estado, assim, no campo do Direito, a mesma postura que deveria ter no âmbito da economia: uma postura passiva, que deveria ser abandonada apenas quando fosse estritamente necessário.

Com o passar do tempo, contudo, o Estado de perfil liberal foi sendo repensado, e deu lugar a um Estado preocupado não apenas em proteger a liberdade do cidadão, mas também em proporcionar-lhe condições de inclusão social, para que o exercício da cidadania deixasse de ser exceção e passasse à condição de regra geral. Passou-se a tolerar, assim, uma maior influência do Estado na esfera privada. A mudança ocorreu inicialmente no campo da Economia – especialmente a partir das primeiras décadas do século XX – e foi sendo gradualmente estendida para os ramos do direito. Em primeiro lugar, atingiu o Direito Público, onde o Direito Constitucional, desprestigiado, foi alçado à posição de absoluta predominância no ordenamento jurídico. Em seguida, atingiu também o Direito Privado.

É claro que tais modificações, se constituíram atenuações da ideologia liberal, não acarretaram seu completo abandono – e nem deveriam, já que o liberalismo, com a devida regulação, é o sistema político-econômico que melhor parece reger a vida em sociedade. Aliás, é sintomático observar que a superação da ideologia liberal somente foi possível a partir da consolidação de seus frutos, como a economia de mercado, a democracia e o fortalecimento das instituições republicanas.

De qualquer forma, é possível concluir que a defesa de uma maior influência do Estado na esfera privada representou o abandono de alguns dogmas típicos da época liberal. Assim, por exemplo, a defesa de que toda execução só se fizesse a partir de uma sentença transitada em julgado, após o réu ter ampla oportunidade de alegar fatos em seu favor, produzir provas e

recorrer,²⁰ deu lugar a uma concepção que autoriza a execução antes da fase de conhecimento terminar, e, até mesmo, antes da participação do réu no processo – condicionada, é claro, a alguns requisitos, especialmente a demonstração de ser alta a probabilidade de que o autor tenha, de fato, o direito que alega ter. Está aí a figura da tutela antecipada para comprovar a afirmação. A ideia da busca pela certeza jurídica cedeu, assim, diante da presença bastante da verossimilhança. A isso muito contribuiu, aliás, a demonstração de que, em virtude das limitações que toda atividade cognitiva enfrenta, é impossível atingir uma “certeza jurídica”.

Por sua vez, a defesa da tipicidade dos meios executivos também foi revista, originando a concepção de que ao juiz devem ser concedidos os poderes necessários para atuar determinada medida, ainda que expressamente não previstos em lei – mas desde que não vedados, evidentemente. Sai o princípio da tipicidade dos meios executivos e entra o princípio da concentração dos poderes do juiz.

Outra importante mudança deu-se em relação à tutela jurisdicional predominantemente buscada. Quando o direito ainda se submetia à forte influência liberal, todo o ordenamento processual era voltado à consecução da tutela pelo equivalente monetário, isto é, a tutela que entrega ao autor o equivalente em dinheiro do dever descumprido pelo réu. Isso ocorria por dois motivos principais: 1- não se concebia que o próprio réu tivesse sua vontade atingida pelo Estado a ponto de ser compelido a fazer ou não fazer – assim, para evitar uma tal invasão em sua esfera privada, esse dever, uma vez inadimplido, convertia-se num dever de pagar perdas e danos, e a execução processava-se sob o rito da execução de pagamento de quantia; 2- não se admitia a proteção a um direito a um fazer ou a um não fazer apenas ameaçado. Só direitos lesados eram atuados em juízo, pois o contrário também era considerado uma invasão estatal não justificada da esfera privada. Para obtenção de uma tutela preventiva, o autor devia formular um pedido de sentença declaratória, meio que, como se sabe, tem pouca eficácia para esse fim.

²⁰ Tal era a concepção refletida no princípio *nulla executio sine titulo*, que orientava o processo civil clássico.

A busca pela tutela pelo equivalente monetário ocupava posição de tal destaque no processo civil que os ordenamentos jurídicos pouco se preocupavam em dotar o procedimento para atuação forçada de deveres de fazer e de não fazer de meios idôneos a tanto. Para concluir no mesmo sentido, basta pensar no sistema de atuação desses deveres no CPC antes da alteração do art. 461, em 1994 – lembre-se que o CPC, nitidamente influenciado pela doutrina italiana clássica, entrou em vigor em 1974 refletindo em seus dispositivos a inequívoca presença da ideologia liberal.²¹

Com as alterações no modo de pensar o processo civil, a tutela jurisdicional posta em destaque passa a ser a tutela específica, entendida como a tutela que produz o mesmo resultado que o dever descumprido ou ameaçado produziria caso fosse espontaneamente observado. Assim, se um dever de fazer é estabelecido em um contrato, por exemplo, e é posteriormente ameaçado ou descumprido, o ordenamento jurídico deve disponibilizar ao

²¹ Até 1994, quando o *caput* do art. 461 foi alterado e inseriram-se parágrafos no dispositivo, o autor que buscava realizar um direito a um fazer ou a um não fazer descumprido devia valer-se de um longo e complicado procedimento, de reduzidíssimo, ou nenhum, interesse prático. O rito procedimental era o seguinte: quem tinha um direito desta natureza descumprido devia propor uma ação para que o réu fosse condenado a prestar ou deixar de prestar. Como, à época, o CPC ainda não dispunha da figura da tutela antecipada, a fase de conhecimento transcorria normalmente, sem que houvesse possibilidade de antecipação de medidas executivas. Assim, uma vez proposta a ação, o réu era citado para se defender. Depois, realizava-se a instrução probatória, com a admissão de qualquer meio de prova, e o processo seguia à sentença. Julgando procedente a ação, o juiz devia condenar o réu a prestar ou deixar de prestar. Como só se pensava, à época, em uma *condenação* do réu a prestar ou deixar de prestar, só era possível atuar em juízo direitos lesados, que tivessem produzido danos. Não se cogitava, portanto, da proteção de direitos ameaçados – um direito ameaçado é um direito que ainda não produziu danos, e se não produziu danos, não pode ser atuado por uma sentença condenatória. Para obter uma tutela preventiva, o autor tinha de valer-se de um pedido de sentença declaratória, meio sabidamente ineficaz para este fim.

Continuando: se, embora condenado a tanto, o réu ainda não prestasse ou deixasse de prestar – o que, aliás, era o que ocorria com mais frequência –, o autor devia instaurar um processo de execução, no qual devia solicitar a citação do réu, agora executado, para, de novo, oferecer-lhe oportunidade para prestar ou deixar de prestar, no prazo fixado pelo juiz. Não atendida a ordem, ou o dever convertia-se em perdas e danos, ou instaurava-se um surreal incidente de concorrência pública, em que terceiros se ofereciam, mediante pagamento, a fazer ou a desfazer aquilo que o executado devia ter prestado ou não. Apontado o vencedor, o custo do fazer ou do não fazer devia ser adiantado ao terceiro pelo exeqüente, que, após a realização do serviço, passava a ter o direito de cobrá-lo do executado.

Ora, uma simples análise de tal sistemática é suficiente para entender por que eram raríssimos os casos de pedido de atuação forçada de deveres de fazer e de não fazer em juízo. Diante de um quadro tal de técnicas processuais postas ao titular do direito, não é de estranhar o fato de que, quase sempre, o autor desistia de procurar o fazer ou o não fazer, pleiteando em seu lugar perdas e danos. No fundo, a falta de técnicas processuais idôneas às tutelas dos direitos de fazer e de não fazer acabava, na prática, transformando esses deveres em deveres alternativos, pois, ainda que descumpridos, não eram atuados na forma específica, mas, sim, convertidos em dever de indenizar.

titular do direito correspondente meios capazes de obter o mesmo resultado que o cumprimento espontâneo daquele dever produziria, sem que se transforme em um dever de indenizar.

Ter em mente esses princípios e pressupostos do processo civil contemporâneo parece fundamental para compreender o movimento pela efetividade processual.^{22 23}

1.4. Efetividade processual e formas de tutela dos direitos

A tutela de um direito é a sua atuação, isto é, sua realização no plano material. Para tutelar um direito, o Poder Judiciário vale-se das técnicas processuais, que são os meios de atuação da jurisdição. São técnicas processuais, por exemplo, a sentença e as modalidades destinadas a executar uma dada decisão – como a multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, etc.

Tutela processual, portanto, é conceito de direito material, e técnica processual, de direito processual: “A tutela jurisdicional, em determinada perspectiva, é o resultado que o processo proporciona no plano do direito material; em outra, é o conjunto de meios processuais estabelecidos para que tal resultado possa ser obtido. Porém, quando se pensa nos meios processuais, concebidos pela lei, para a tutela do direito material, há, mais propriamente, técnica processual de tutela. Quando se tem em consideração o resultado que as técnicas processuais de tutela proporcionam, há, em toda a sua plenitude, uma espécie de tutela jurisdicional do direito. Quando se percebe a necessidade de distinguir os meios (que permitem a prestação da tutela) do fim ou do resultado a ser obtido no plano do direito material (ou seja,

²² Para uma leitura mais aprofundada dos princípios e pressupostos do processo civil moderno, cf. MARINONI, *Teoria geral do processo*, e MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio. *Execução*.

²³ Todas as mudanças na forma de ver o processo civil comentadas no capítulo podem ser visualizadas no dispositivo do CPC que melhor reflete o caráter do processo civil contemporâneo: o art. 461. O predomínio da verossimilhança está assegurado no art. 461 em seu § 3.º, que estabelece uma modalidade especial de tutela antecipada para a atuação de deveres de fazer e de não fazer – além de não excluir, para, o mesmo fim, a aplicação das modalidades de antecipação de tutela previstas no art. 273. O princípio da concentração dos poderes do juiz está previsto no § 5.º do 461, que confere ao magistrado o poder de atuar, inclusive de ofício, medidas executivas não previstas em lei. E a busca pela tutela específica é celebrada pelo art. 461 desde o seu *caput*, deixando-se claro que é esse mesmo o fim por excelência do dispositivo.

da tutela jurisdicional do direito), torna-se evidente a distinção entre técnica processual e tutela jurisdicional do direito.”²⁴

Um direito pode ser tutelado por diversos meios. Quando isso ocorre, diz-se que há pluralidade de técnicas processuais. Um direito a um não fazer, por exemplo, pode ser atuado por meio da fixação de uma ordem ao réu para que o observe espontaneamente, sob pena de multa, ou pode ser atuado forçadamente por um oficial de justiça, acompanhado de força policial se necessário. Nesse sentido, pense-se no direito à posse, por exemplo, que tem como contrapartida um dever de não fazer – não ameaçar, não turbar e não esbulhar.

Assim como há pluralidade de técnicas processuais, alude-se muito hoje em dia à existência de uma pluralidade de tutelas dos direitos. Para designar o fenômeno, fala-se em formas de tutela dos direitos.

Luiz Guilherme Marinoni, por exemplo, identifica as seguintes formas de tutelas dos direitos: 1- tutela inibitória, destinada a impedir a prática, repetição ou continuação de um ilícito; 2- tutela de remoção do ilícito, destinada a remover um ilícito e que não pressupõe o dano; 3- tutela específica da obrigação inadimplida ou cumprida de modo imperfeito, destinada a obter o cumprimento da obrigação ou a correção de seu cumprimento; 4- tutela ressarcitória, que visa ressarcir o dano, seja pelo equivalente monetário ou na forma específica; 5- tutela de imissão na posse, que visa à obtenção da posse pelo possuidor contra aquele que tem a obrigação de transferi-la; 6- tutela reivindicatória, destinada à obtenção da posse pelo proprietário; 7- tutela de reintegração de posse, que visa à obtenção da posse pelo possuidor contra aquele que cometeu o esbulho; e 8- tutela de restituição da coisa que depende da desconstituição do contrato.²⁵

De acordo com Marinoni – que melhor sistematiza a matéria no país –, a classificação das formas de tutela não tem importância apenas teórica, pois a tutela a ser buscada em juízo determina o alcance das alegações das partes e

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*, p. 428. Para um amplo estudo sobre a distinção entre os conceitos de tutela dos direitos e técnicas processuais, e as consequências daí advindas, ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*, e MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*.

²⁵ Para um estudo mais profundo das formas de tutela identificadas por Marinoni, ver MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*, p. 435 e ss.

da atividade cognitiva do juiz. Assim, por exemplo, a concessão da tutela inibitória, que tem como pressuposto único a existência de uma situação de ameaça a um direito, não depende da apuração de um ato ilícito, da probabilidade da ocorrência de um dano, nem da existência de culpa por parte do réu. Da mesma forma, a concessão da tutela de remoção do ilícito, que exige apenas a demonstração da ocorrência de um ato ilícito, não é condicionada à demonstração da ocorrência de danos nem de culpa do réu.

A temática das formas de tutela é tão cara a Marinoni que o autor sustenta – e ao que parece, com razão –, sua prevalência em relação à própria questão da efetividade processual. Na visão do autor, a questão da efetividade processual é problema cuja superação passa pela identificação das formas de tutela. Apenas depois de identificadas as formas de tutela é que se poderia pensar na adoção de técnicas processuais idôneas a proporcioná-las.²⁶

²⁶ “Ademais, a questão das formas de tutela, por dizer respeito ao plano do direito material, não deve se confundir com o problema de se saber se o processo civil é capaz de dar efetividade aos direitos, ou melhor, às formas de tutela prometidas pelo direito material. Pergunta-se sobre as formas de tutela na esfera do direito material, portanto antes de se analisar a efetividade do processo. Aliás, caso a questão das ‘formas de tutela’ pudesse ser confundida com a da ‘efetividade do processo’, estaria negada a obviedade de que a pergunta sobre a forma de tutela é um degrau que necessariamente deve ser ultrapassado para se chegar à problematização da efetividade do processo (...) Ou melhor, quando se indaga sobre a efetividade do processo já se identificou a forma de tutela prometida pelo direito material, restando verificar se as técnicas processuais são capazes de propiciar sua efetiva prestação” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*, p. 246).

2. O DIREITO, O PROCESSO E A ATIVIDADE DO MAGISTRADO

Que é papel do processo servir à aplicação do direito material não parece haver dúvidas, como sustentado acima. Discute-se há tempos, contudo, e com intensidade crescente, se a atividade do magistrado no processo estaria limitada a extrair da norma geral a solução para o caso em julgamento, ou se daria de forma distinta.

Hans Kelsen, por exemplo, embora não descuidasse que o magistrado aplicava direito, também atribuía ao juiz o papel de criá-lo. Para Kelsen, competiria ao juiz criar a norma jurídica individual para regulamentar determinado caso.²⁷ Essa norma, de acordo com o eminente jurista, seria resultado de um processo de individualização e concretização da norma geral e abstrata,²⁸ num processo de particularização da norma superior à norma inferior que viria desde a norma fundamental.^{29 30}

²⁷ “Uma decisão judicial não tem, como por vezes se supõe, um simples caráter declaratório. O juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída. A função do tribunal não é simplesmente ‘descoberta’ do Direito ou juris-‘dicção’ (‘declaração’ do Direito) neste sentido declaratório. A descoberta do Direito consiste apenas na determinação da norma geral a aplicar ao caso concreto. E mesmo esta determinação não tem um caráter simplesmente declarativo, mas um caráter constitutivo” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*, p. 329).

²⁸ “A partir de uma perspectiva dinâmica, a norma individual criada pela decisão judicial é um estágio de um processo que começa com o estabelecimento da primeira constituição, é continuado pela legislação e pelo costume, e conduz a decisões judiciais. O processo é completado pela execução da sanção individual. Os estatutos e as leis consuetudinárias são, por assim dizer, apenas produtos semimanufaturados, acabados apenas através da decisão judicial e da sua execução. O processo através do qual o Direito se recria constantemente vai do geral e abstrato ao individual e concreto. Trata-se de um processo de individualização e concretização constante e crescente” (KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 196).

²⁹ “Do ponto de vista de uma consideração centrada sobre a dinâmica do Direito, o estabelecimento da norma individual pelo tribunal representa um estágio intermediário do processo que começa com a elaboração da Constituição e segue, através da legislação e do costume, até à decisão judicial e desta até à execução da sanção. Esse processo, no qual o Direito como que se recria em cada momento, parte do geral (ou abstracto) para o individual (ou concreto). É um processo de individualização ou concretização sempre crescente” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*, p. 328).

³⁰ Como dito, Kelsen não descuidava que o juiz também aplicava direito. Como a norma jurídica individual, de acordo com ele, tiraria sua validade da norma jurídica geral, a criação da norma individual pelo juiz seria acompanhada da aplicação da norma jurídica geral. Ademais, para Kelsen, eram poucos os efeitos que o magistrado poderia dispor por conta própria. De qualquer forma, segundo o autor, o juiz exercia atividade criadora de direito. Aliás, para Kelsen, a criação do direito pelo juiz não se limitava à especificação da norma geral. Kelsen também via criação de direito na definição, pelo juiz, dos fatos que o conduziram a decidir: “A decisão judicial é claramente constitutiva na medida em que ordena que uma sanção concreta seja executada contra um delinquente individual. Mas ela possui um caráter constitutivo também na medida em que averigua os fatos que condicionam a sanção. No mundo do Direito não existe nenhum ‘fato em si’, nenhum ‘fato absoluto’, existem apenas fatos averiguados por um órgão

Outro renomado jurista que via no processo a possibilidade de criação do direito é James Goldschmidt. Goldschmidt reparou que a incerteza era inerente ao processo. Notou que nunca era possível prever com certeza o conteúdo de uma sentença judicial, e que sentenças injustas também eram proferidas. Intuiu, então, que no processo as coisas passavam-se de forma diversa do que acontecia no direito material.

De acordo com Goldschmidt, os direitos pré-existiriam a um processo judicial,³¹ mas, uma vez discutidos nele, teriam seu reconhecimento condicionado à atuação das partes. Comparando o processo com uma guerra, cujo fim pode levar o vencedor a usufruir de direitos que não possuía originariamente,³² Goldschmidt sustentava que as normas jurídicas representariam apenas medidas para o julgamento dos cidadãos pelo juiz, o qual, ao contrário daqueles, era soberano do direito e, assim, não estava subordinado a ele. Em virtude disso, segundo Goldschmidt, o magistrado

competente num processo prescrito pelo Direito. (...) Se, de acordo com uma norma jurídica, uma sanção tem de ser executada contra um assassino, isso não significa que o fato do assassinato é, 'em si', a condição da sanção. Não existe o fato 'em si' de que A matou B, existe apenas a minha crença ou meu conhecimento ou de outra pessoa de que A matou B. O próprio A pode confirmar ou negar. A partir da perspectiva do Direito, porém, todas essas nada mais são que opiniões particulares sem relevância. Apenas a confirmação pelo órgão competente tem relevância jurídica. Se a decisão judicial já obteve força de Direito, se tornou-se impossível substituir essa decisão por outra porque existe o status de res judicata – o que significa que o caso foi definitivamente decidido por uma corte de última instância – então a opinião de que o condenado era inocente não tem significação jurídica. Como já foi assinalado, a formulação correta da regra de Direito não é 'se um sujeito cometeu um delito, um órgão dirigirá uma sanção contra o delinquente', mas 'se o órgão competente determinou, na ordem devida, que um sujeito cometeu um delito, então um órgão dirigirá uma sanção contra esse sujeito'" (KELSEN, Hans. *Teoría Geral do Direito e do Estado*, p. 197-198).

³¹ Ao criticar a concepção de jurisdição de Bülow, Goldschmidt teceu os seguintes comentários: "Hay quienes consideran el fallo judicial como una *lex specialis*. Pero si esta teoría tuviera fundamento, la ley no sería nada más que un plan, un proyecto del orden jurídico, y el juez sería el verdadero legislador. El Derecho material nacería del resultado del proceso y no antes de la sentencia, mientras que, al contrario, todo ejercicio de derechos o cumplimiento de deberes antes de la sentencia o fuera del proceso no sería tal, em verdad, sino que se haría em um espacio vacío" (GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*, p. 37).

³² É clássica a seguinte passagem: "Durante la paz, la relación de um Estado com sus territorios y súbditos es estática, constituye um império intangible. Em cuanto la guerra estalla, todo se encuentra em la punta de la espada; los derechos más intangibles se convierten em expectativas, posibilidades y cargas, y t todo derecho puede aniquilarse como consecuencia de haber desaprovechado uma ocasión o descuidado uma carga; como al contrario, la guerra puede proporcionar al vencedor el disfrute de um derecho que en realidad no le corresponde. Todo esto puede afirmarse correlativamente respecto del Derecho material de las partes y de la situación em que las mismas se encuentran com respecto a él, em cuanto se ha entablado pleito sobre el mismo" (Idem, p. 58).

estabeleceria uma segunda ordem jurídica ao julgar, ordem que, inclusive, precederia a ordem legal caso entrasse em conflito com ela.³³

A negativa da concepção da atividade do magistrado como simples extração da solução do caso a partir da norma geral também encontra guarida entre aqueles que imputam ser impossível a obtenção de uma solução unívoca para os casos em julgamento. Sustenta-se que, ainda que o magistrado queira, não conseguirá descobrir uma eventual vontade da lei. Defende-se que a “vontade da lei” dependerá do intérprete, do sentido que ele dê à norma interpretada, e, assim, nunca será única.³⁴

³³ “Al contrario, si el derecho se comprende como medida para el juicio del juez, éste se imagina no como súbdito, sino como soberano del derecho, instrumento mediante el cual el juez juzga del mismo modo que – valga la metáfora – el albañil se sirve de la plumada para enderezar el muro. El juez establece, como hemos visto anteriormente (num. 17), por medio de la ley, un segundo orden, que incluso le precede em caso de colisión. La particularidad de la relación del juez com el derecho consiste em que el juez aplica la ley no sólo para obedecerla, sino con carácter profesional” (Idem, p. 48).

Emblemática na teoria de Goldschmidt é a concepção de que o fim do processo é a constituição da coisa julgada. Como Goldschmidt via na decisão do juiz a constituição de uma segunda ordem jurídica, prevalecente, inclusive, sobre a ordem legal em caso de conflito, atribuía ao processo um fim prático, consistente na força vinculativa da coisa julgada. Goldschmidt abria mão, assim, de qualquer pressuposto metafísico para fundamentar o processo: “A este fin hay que partir del concepto del proceso, pero no del concepto ‘metafísico’, como opino Wach, lo que induce a considerar el proceso como medio para realizar la exigência de protección jurídica o, lo cual es esencialmente lo mismo, para hacer efectiva la ley, sino del concepto empírico. Según éste, el proceso es el procedimiento cuyo fine s la constitución de la cosa juzgada, es decir, del efecto de que la pretensión del actor valga em el porvenir ante los tribunales como jurídicamente fundada o no fundada” (Idem, p. 33-34).

³⁴ Ovídio Baptista demonstra sua descrença quanto à possibilidade de busca de uma eventual vontade da lei – note-se a influência da doutrina de Goldschmidt, admitida também em outros textos, sobre as lições do saudoso processualista gaúcho: “A questão reside em saber quando uma sentença pode ser acusada de ser contrária à lei. Como ainda nos conservamos fiéis ao pensamento que foi dominante nos séculos XVIII e XIX, consideramos, como uma verdade indiscutível, que a lei tenha uma ‘vontade’ que seu sentido seja, portanto, *unívoco*, no sentido de que somente uma solução esteja autorizada, qual o resultado de um problema aritmético. (...) No momento em que o direito ingressa na relação processual litigiosa, perde, em virtude de uma conseqüência essencial do conflito, sua natural indiscutibilidade, tornando-se uma simples ‘expectativa de direito’, cuja existência poderá, ou não, ser proclamada pela sentença. Conseqüentemente, o julgador terá sempre duas ‘versões’ de um mesmo direito – ‘afirmado’ pelo autor e negado pelo réu. Além disso, a lei, que é uma norma a ser hermeneuticamente interpretada, comporta duas ou mais ‘compreensões’ de sentidos diferentes, podendo ocorrer que mais de um deles seja perfeitamente ‘razoável’; e, portanto, legítimo, a ser *discricionariamente* aplicado pelo juiz” (SILVA, Ovídio Baptista da. *Direito alternativo*). São palavras de Ovídio Baptista, ainda, no mesmo texto: “Costuma-se acusar de ‘alternativos’ os magistrados que decidem contra a ‘nossa’ versão da lei; ou os magistrados que, rompendo com os padrões jurídicos ultrapassados pelos novos valores aceitos pela comunidade social, procuram hermeneuticamente atualizar o texto legal, cuja antiga *compreensão* tornara-se anacrônica. Isto pressupõe que aceitemos que o *texto* e a própria *norma* que ele procura traduzir, nunca poderão ter um sentido sempre idêntico a si mesmo. O texto, em sua materialidade, não sofre modificação, mas o ‘sentido da norma’ é construído com a colaboração do intérprete. É necessário distinguir entre a norma e sua expressão gráfica.”

A constatação da impossibilidade de descoberta de uma vontade unívoca da lei, ademais, tem sido acompanhada de uma crescente valorização do papel do juiz no processo de aplicação da legislação. Diante do reconhecimento de que o papel do juiz não se limita a extrair da norma jurídica geral a solução para o caso, busca-se dar ao magistrado opções para decidir de forma mais adequada, ainda que isso acarrete uma certa renúncia, por parte da norma geral, da pretensão de regulamentar o caso por conta própria.³⁵

O reconhecimento da necessidade de valorizar o papel do juiz na aplicação da lei tem partido do próprio legislador, que vem estabelecendo medidas para favorecer uma maior autonomia decisória por parte do julgador. Talvez a providência mais emblemática nesse sentido seja a inscrição de princípios na legislação. Os princípios funcionam sob a lógica da maior medida possível, ao contrário das regras, que funcionam sob a lógica do “tudo ou nada”. Por conta disso, a aplicação dos princípios depende da análise do caso concreto e da ponderação dos valores envolvidos. Essa análise e essa ponderação devem ser realizadas pelo magistrado, que passa, assim, a ter grande influência na decisão do caso.³⁶

Outra medida que tem sido adotada pela legislação para valorizar o papel do juiz na aplicação da lei é a previsão de normas abertas e conceitos indeterminados. Com a previsão de normas abertas e conceitos indeterminados, o papel desempenhado pelo magistrado na aplicação da lei também aumenta em importância. É possível dizer, até mesmo, que a própria aplicação da lei, em determinados casos, passa a ser condicionada por ele.

³⁵ Defensor da necessidade de reconhecer aos juizes maior autonomia de decisão, Ovídio Baptista é mais uma vez claro quanto aos pressupostos de sua opção: “No caso dos sistemas formados a partir do direito romano-canônico medieval, de que é exemplo o processo civil brasileiro, a permanência do mito da ‘vontade constante’ da lei, é potencializado, como fator negativo, pela circunstância de ainda permanecermos fiéis ao pressuposto político de que o juiz não deve interpretar o texto legal, cabendo-lhe apenas a tarefa de ‘revelar-lhe’ o sentido imutável. (...) A consequência óbvia desta concepção é privarem-se os juizes de produzirem verdadeiras decisões, posto que lhes cabe apenas ‘declarar’ a ‘vontade da lei’. Quem decide será sempre o legislador. (...) Para que o julgador possa, além de julgar, decidir, será indispensável que o sistema lhe conceda um determinado grau de discricionariedade” (SILVA, Ovídio Baptista da. *Advocacia em tempos de crise*).

³⁶ Tem sido freqüente a edição de leis em que a previsão de regras jurídicas é acompanhada da previsão de princípios. Muitas vezes, esses princípios ocupam o capítulo introdutório do diploma legal, com o que se deixa claro que deverão orientar a aplicação de todas as regras seguintes. A prática dá maior liberdade ao juiz no processo de aplicação da lei. Quando os princípios são positivados na Constituição, então, o papel do juiz na solução do caso ganha ainda mais relevância. Nesse caso, não apenas uma lei específica, mas todo o ordenamento jurídico poderá sofrer uma interpretação particularizada por parte do juiz.

Ao lado da crescente valorização do papel do magistrado na aplicação da legislação, outro fenômeno do processo civil contemporâneo que também importa para negar a concepção da atividade do magistrado como simples extração da solução do caso a partir da norma geral é a tendência à particularização da jurisdição. O fenômeno designa a busca de uma jurisdição voltada a resolver o caso de acordo com as suas peculiaridades. Por força dessa ideia, torna-se não apenas possível, como desejável, que casos aparentemente semelhantes tenham decisões diferentes, desde que suas circunstâncias o justifiquem.

Uma das mais interessantes doutrinas que se inserem na tendência de particularização da jurisdição é a de Gustavo Zagrebelsky. Zagrebelsky critica o que chama de concepção positivista tradicional, que, em sua visão, faria a aplicação do direito depender apenas da legislação, sem levar em conta o caso em julgamento.³⁷ Para o autor, a solução do caso é tão importante que precede até mesmo a vontade legislativa e pode invalidá-la.³⁸ ³⁹ Por conta disso, Zagrebelsky sustenta que as circunstâncias do caso devem influenciar o julgamento, e que o papel do direito, mais do que registrar os casos em julgamento, deve ser o de resolvê-los.⁴⁰

³⁷ *“Según la concepción positivista tradicional, em la aplicación del derecho la regla jurídica se obtiene teniendo em cuenta exclusivamente las exigencias del derecho. (...) Se eliminaba así de raíz toda influencia del caso em la interpretación del derecho. La labor de la jurisprudência se agotaba em el mero servicio al legislador y a sua voluntad, es decir, em ser expresión del ‘verdadero’ significado contenido em las fórmulas utilizadas por el legislador”* (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, p. 131-132).

³⁸ *“Debiendo elegir entre sacrificar las exigências del caso o las de la ley, son estas últimas las que sucumben em el juicio de constitucionalidad al que la própria ley viene sometida”* (Idem, p. 134).

³⁹ Zagrebelsky só poderia chegar a esta conclusão porque não é adepto da teoria segundo a qual cabe ao juiz encontrar a vontade da lei: *“No se comprendería el significado de las afirmaciones que acabamos de hacer – es más, podría considerárselas carentes de sentido – si se mantuviera que el ordenamiento está siempre em condición de ofrecer al intérprete uma y solo uma respuesta para regular el caso, solo con que se lo interprete correctamente o, dicho de otro modo, con que se haga um buen uso de los métodos de interpretación. (...) El método es, em general, sólo un expediente argumentativo para mostrar que la regla extraída del ordenamiento es uma regla posible, es decir, justificable em un ordenamiento dado”* (Idem, ibidem).

⁴⁰ *“El derecho escrito em las leyes sirve para proporcionar a los casos la regla que les corresponde, pero carece de poder exclusivo para determinarla. (...) El caso, para el juez y para la ciencia jurídica, es esencialmente um acontecimiento problemático que plante ala cuestión de como responder al mismo, de como resolverlo em términos jurídicos. Para el derecho, por tanto, el caso no es algo que deba ser simplemente registrado, sino algo que debe ser resuelto. La resolución viene exigida por la existencia del problema”* (Idem, p. 135).

Os postulados teóricos de Zagrebelsky foram ratificados, no Brasil, por Luiz Guilherme Marinoni. A exemplo de Zagrebelsky, Marinoni entende que o processo de aplicação da lei pelo juiz passa pela atribuição de sentido ao caso em julgamento. De acordo com essa ideia, o juiz deveria atribuir sentido contemporâneo aos casos disciplinados em lei – envolvendo, por exemplo, a família, a empresa e o trabalho –, a partir da apreensão dos novos fatos sociais que alteraram esses modelos clássicos previstos na legislação.^{41 42}

Em suma, cada vez mais a concepção da atividade do magistrado como simples extração da solução do caso a partir da norma geral tem sido colocada em xeque.

Por mais que a ideia ganhe força, contudo, parece necessário não descuidar que a atividade do magistrado está condicionada à aplicação de um direito material já existente. A desconsideração dessa premissa levaria à conclusão de que, no processo, o juiz não está obrigado a aplicar direito pré-existente. Defender-se-ia, então – como, de fato, já se tem sustentado –, que todo e qualquer direito seria convertido em simples expectativa de direito com a

⁴¹ “Quando se insiste na necessidade de o juiz atribuir sentido ao caso levado à sua análise, deseja-se, antes de tudo, dizer que ele não pode se afastar da realidade em que vive. Se a percepção das novas situações, derivadas do avanço cultural e tecnológico da sociedade, é fundamental para a atribuição de sentido aos casos que não estão na cartilha do judiciário, a apreensão dos novos fatos sociais, que atingem a família, a empresa, o trabalho, etc., é igualmente imprescindível para a atribuição de um sentido contemporâneo aos velhos modelos capazes de ser estratificados em casos” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*, p. 96-97).

⁴² Em texto em que sustenta a necessidade de adoção do sistema precedentalista no Brasil, Marinoni revela-se nitidamente partidário de ideias que acompanham as tendências do processo civil contemporâneo de valorização do papel do juiz e particularização da jurisdição. Em virtude de seus pontos de partida, Marinoni chega a visualizar, inclusive, uma certa equiparação entre os papéis desempenhados pelos juízes na *civil law* e na *common law*: “Ademais, o juiz do civil law passou a exercer, com o tempo, papel inconcebível diante da tradição do civil law e tão criativo quanto o do seu colega do common law. O juiz que controla a constitucionalidade da lei obviamente não é submetido à lei. O seu papel nega a idéia de supremacia do legislativo. O juiz, mediante as técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto, confere sentido à lei. A feição judicial da imposição do direito também é clara – ou ainda mais evidente – ao se prestar atenção na tarefa que o juiz exerce quando supre a omissão do legislador diante dos direitos fundamentais. Ora, isto apenas pode significar, aos olhos dos princípios e da tradição do civil law, uma afirmação do poder judicial com força de direito, nos moldes do que se concebe no common law. No entanto, percebe-se que há, no civil law, preocupação em negar ou obscurecer – ou talvez tornar irrelevante – o papel que o neoconstitucionalismo impôs ao juiz. Há completo descaso pelo significado da nova função judicial. Não há qualquer empenho em ressaltar que o juiz, no Estado constitucional, deixou de ser um mero servo do legislativo. A dificuldade em ver o papel do juiz sob o neoconstitucionalismo impede que se perceba que a tarefa do juiz do civil law, na atualidade, está muito próxima da exercida pelo juiz do common law. É exatamente a cegueira para a aproximação destes juízes que não permite enxergar a relevância de um sistema de precedentes no civil law” (MARINONI, Luiz Guilherme. *A transformação do civil law e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil*, p. 01-03).

instauração de um processo, ou, o que parece pior, que o juiz estaria livre para criar o direito no caso concreto.

A ideia parece bastante nociva. Se o juiz tem o poder de identificar ou até mesmo criar o direito no momento do julgamento, qualquer decisão sua é tida como correta. A decisão passa a ser justa ou acertada pelo simples fato de ter sido proferida. A possibilidade de manipulação é evidente.

De outro lado, a concepção de que o magistrado deve obter a solução do caso a partir da norma geral implica em um fundamento ético importante, por sujeitar a decisão judicial à avaliação de sua correção. Se o magistrado deve obter da norma a solução para o caso, pressupõe-se que existe uma solução adequada para o caso. Por conta disso, ao julgar, o magistrado deve compreender que sua decisão será submetida à crítica, seja por parte de outros operadores do Direito, seja por parte de membros da sociedade, e, assim, deve ver-se obrigado a convencer essa esfera de pessoas do acerto da decisão. Isso traz responsabilidade à atividade judicial, o que é muito desejável.

É evidente que a concepção não é livre de reservas. É inegável que a definição da solução do caso a partir da norma geral não é algo unívoco ou indiscutível. No final das contas, a definição da solução legal para o caso depende sempre de um julgamento de um homem, e, por consequência, pode variar de acordo com o homem que realiza o julgamento. Assim, até seria possível qualificar determinada decisão como injusta, mas esse juízo não teria utilidade, porque seria indemonstrável.

De qualquer forma, se a concepção de que o magistrado deve obter a solução do caso a partir da norma geral apresenta, de fato, limitações, as concepções em sentido contrário, como visto, também as têm, e, além disso, não são acompanhadas do fundamento ético de que goza aquela. Assim, ainda que a teoria revele-se defeituosa, não há razão em substituí-la por teorias que, ao final, podem revelar-se mais perniciosas, apesar de aparentarem mais sofisticação.⁴³

⁴³ Não é papel do presente trabalho ditar a doutrina que superaria as contradições das concepções sobre a atividade do magistrado no processo. Esse nem poderia ser mesmo seu objetivo, já que a missão é superior às forças de seu autor. Parece-nos, contudo, que uma possível saída esteja na legitimação da decisão judicial a partir do procedimento. A ideia de que a decisão judicial seja válida se o procedimento que conduzir a ela for regularmente

É inequívoco, também, que a concepção não pode ser levada ao pé da letra, de modo que se entenda que a solução do caso estaria sempre à disposição do juiz, bastando-lhe descobri-la por meio da leitura da norma jurídica. Não há qualquer dúvida de que o magistrado assume papel importante no processo de interpretação da norma, sobretudo em um ordenamento jurídico cada vez mais integrado por princípios, normas abertas e conceitos indeterminados. Mas isso não pode levar à conclusão de que o direito é criado pelo juiz no processo. O juiz continua obrigado a extrair do ordenamento jurídico a solução para o caso, mesmo que a atribuição de sentido a palavras previstas na legislação dependa cada vez mais de si. Aliás, a tendência à valorização do papel do juiz no processo, observada atualmente, antes de negar a concepção da atividade do magistrado como aplicação de direito pré-existente ao processo, permite a oxigenação da teoria e, assim, a sua manutenção.

Assim, importa desde já alertar que a concepção defendida neste trabalho é a de que o magistrado, no processo, aplica direito pré-existente e tira da norma geral a solução para o caso.⁴⁴ Com base nessa concepção, entende-se que direitos e deveres existem antes, e, portanto, fora de um processo judicial. Seguindo essa linha de raciocínio, o magistrado é visto como o agente que atua em caso de conflitos, buscando atuar direitos descumpridos ou ameaçados de descumprimento – direitos, portanto, anteriores à atividade judicial –, ou, o que é dizer o mesmo, buscando atuar deveres descumpridos ou sujeitos a descumprimento.

Na defesa de tal concepção, aliás, não estamos sozinhos. Ao contrário. Trata-se da concepção clássica de aplicação do direito. Encontra-se com facilidade nos livros de Teoria Geral do Direito a defesa de que o direito pré-existe aos conflitos resolvidos pelo Poder Judiciário por meio do processo. O fato, em grande parte das vezes, é até mesmo dado como pressuposto. A

observado agrada porque, ao mesmo tempo em que livra a avaliação da decisão judicial de qualquer fundamento metafísico, exige responsabilidade por parte do magistrado. Essa maneira de encarar o processo, contudo, também não é livre de ressalvas. Ela pressupõe que a atividade do magistrado seja vista como exercício de poder, e isso pode ser bastante problemático em um país como o Brasil, onde o apreço pela democracia é, muitas vezes, apenas declarado.

⁴⁴ Não se descuida, é claro, da hierarquia das normas do ordenamento jurídico, por força da qual as normas constitucionais assumem posição principal. Também não se descuida que entre as normas jurídicas incluem-se as regras e os princípios.

concepção também é soberana fora dos domínios estritos dos operadores do direito. É bastante disseminado na sociedade o uso das expressões “tenho um direito” ou “tenho um dever”, ou “ele me deve” ou “devo a ele”, a indicar que se imagina a existência de direitos e deveres independentemente da decisão de um magistrado.

2.1. A compreensão da finalidade do processo por meio da análise da natureza, estrutura e funcionamento da norma jurídica

Toda norma jurídica é uma proposição. De acordo com Norberto Bobbio, o termo indica “um conjunto de palavras que possuem um significado em sua unidade”⁴⁵ e não se confunde com enunciado, que é a forma gramatical e linguística pela qual uma determinada proposição é emitida. Assim, por exemplo, os enunciados “é proibido matar” e “não se deve matar” apresentam não duas, mas somente uma proposição.

Dizer que as normas jurídicas são proposições, no entanto, é dizer muito pouco, pois resulta em providência insuficiente para separá-las de uma infinidade de proposições obviamente diferentes, como aquelas que se limitam a difundir uma constatação (“meu carro é branco”, “as pessoas estão sorrindo”) ou a manifestar um desejo (“gostaria de comprar um carro”, “sorte para você!”). Depurando a análise, deve-se, então, verificar que as normas jurídicas são proposições prescritivas, ou seja, proposições que estabelecem comandos aos indivíduos,⁴⁶ ratificando, permitindo ou rejeitando determinados comportamentos no seio social. Toda norma dessa natureza, portanto, proclama um “dever ser”, independentemente do verbo pelo qual é enunciada.

A conclusão sobre a natureza da norma jurídica é fundamental e permite que se avance, agora para apontar a sua estrutura. Isso porque, se as normas jurídicas são proposições prescritivas, elas precisam comunicar aos seus destinatários o que querem, o que toleram ou o que rejeitam. Precisam, ainda, configurada a conduta ou o evento tipificado, e sob pena de restarem inúteis, imputar a alguém uma determinada consequência jurídica, que será definida de acordo com a constatação de que houve ou não concordância em

⁴⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*, p. 73.

⁴⁶ Cf. BOBBIO, Norberto. *Idem*, p.80.

relação ao que era previsto. Revela-se, daí, que a norma jurídica é uma proposição composta por outras duas: a primeira é a previsão da ocorrência de um fato ou de um grupo de fatos; a segunda, a previsão da atribuição de efeitos jurídicos à ocorrência desse fato ou grupo de fatos.

A previsão da ocorrência de um fato ou de um grupo de fatos pode também ser chamada, com a vantagem da redução do conceito, de previsão de *suporte fático*. A expressão foi cunhada por Pontes de Miranda,⁴⁷ a partir da tradução do vocábulo *Tatbestand*, utilizado para o mesmo fim pela doutrina germânica.⁴⁸ Podem compor o suporte fático de uma norma jurídica,⁴⁹ de forma isolada ou combinada: condutas humanas, como uma manifestação de vontade, por exemplo; fatos da natureza, como a vigência do dia e da noite e o transcurso do tempo; fatos de outros animais, como a invasão de um terreno por um rebanho; dados psíquicos, como a existência de intenção em uma certa conduta; estimativas valorativas, como a existência de moralidade ou idoneidade em um dado comportamento; probabilidades, como a dos lucros cessantes; e até elementos negativos, como uma omissão ou o silêncio.

A segunda proposição que compõe a norma jurídica, aquela que contém a previsão da atribuição de efeitos jurídicos à ocorrência do suporte fático, denomina-se preceito. É ela que, configurado certo suporte fático, fará nascer, a partir da juridicização deste, efeitos jurídicos para determinada pessoa, como direitos, deveres, pretensões, exceções, sanções, etc.⁵⁰

Em extraordinária obra, Marcos Bernardes de Mello faz bem ver como o conjunto funciona, lançando uma oportuna ponderação lógica: “Desse modo, a norma jurídica constitui uma proposição através da qual se estabelece que,

⁴⁷ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*, t. 1, p.4.

⁴⁸ A proposição do suporte fático é elemento que se encontra presente em todas as regras jurídicas, independentemente do ramo jurídico a qual pertencem. No Direito Tributário, costuma-se empregar, além da expressão suporte fático, e com o mesmo sentido dela, as expressões *situação-base*, *pressuposto de fato do tributo*, *fato imponible*, *hipótese de incidência* e *fato gerador*, esta última hoje muito criticada, por referir-se já ao fato jurídico e não propriamente ao suporte fático (Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*, p. 154).

⁴⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 40–47.

⁵⁰ Os efeitos jurídicos podem ser os mais diversos, já que são frutos apenas da inteligência humana. Há, no entanto, certas categorias, como o direito, o dever, a pretensão, a exceção e a sanção, que podem ser ditas universais, já que presentes em praticamente todos os sistemas jurídicos existentes. (Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Obra citada*, p. 67). Ressalte-se que não só a constituição destas categorias é efeito de fato jurídico, já que também o é a sua extinção – o distrato de um dado contrato, por exemplo, encerra os direitos e deveres que por foram por ele estabelecidos.

ocorrendo determinado fato ou conjunto de fatos (= suporte fático) a ele devem ser atribuídas certas conseqüências no plano do relacionamento intersubjetivo (= efeitos jurídicos). (...) Parece mais do que evidente que uma norma jurídica que apenas descrevesse um suporte fático, sem imputar uma conseqüência jurídica ao fato jurídico correspondente, ou que prescrevesse certa eficácia jurídica, sem relacioná-la a determinado fato jurídico, seria uma proposição sem sentido, do ponto de vista lógico-jurídico, embora até pudesse ser uma proposição lingüística completa, com sentido”.⁵¹

A proposição do suporte fático e o preceito são, desse modo, as duas partes integrantes da estrutura da norma jurídica. Dizer que uma determinada norma jurídica incidiu é o mesmo, portanto, que dizer que o suporte fático por ela previsto ocorreu na prática e que foram atribuídos efeitos jurídicos a alguém por causa disso. Assim, por exemplo, para que haja a incidência da regra contida no art. 1.238 do CC, que disciplina a chamada usucapião extraordinária, é preciso que, por quinze anos, alguém possua um dado bem imóvel, com ânimo de dono e sem oposição nem interrupção. Esse é o suporte fático da norma. Se ocorre na prática, ao sujeito possuidor será, após o nascimento do fato jurídico, atribuído o efeito jurídico respectivo: no caso, o direito real de propriedade sobre o bem.

Da mesma forma no art. 1.052 do CC: constituída uma sociedade limitada (suporte fático), a responsabilidade de seus sócios será restrita ao valor de suas cotas (preceito); no art. 481 do CC: se duas pessoas acordarem uma compra e venda (suporte fático), uma delas terá direito a receber um bem e o dever de pagá-lo, e a outra, o dever de transferi-lo e o direito de receber o preço respectivo (preceito); no art. 58 da CLT: se for prestado trabalho (suporte fático), a jornada diária ordinária não excederá oito horas (preceito), etc.

A incidência de uma norma jurídica nunca falha, já que todo o seu mecanismo existe apenas no pensamento das pessoas. Assim, configurado seu suporte fático, a norma, imediata e incondicionalmente, desce sobre ele e imputa-o realizado, com o conseqüente advento de conseqüências jurídicas – especialmente direitos e deveres – para os sujeitos envolvidos.

⁵¹ MELLO, Marcos Bernardes de. Obra citada, p. 20-21.

Na maioria das vezes, esses efeitos jurídicos são espontaneamente observados. Com isso, extinguem-se, liberando os sujeitos do vínculo antes existente. Em alguns casos, no entanto, a observância dos efeitos não ocorre na prática, e, assim, direitos restam desrespeitados e deveres não são cumpridos. Para corrigir tais estados patológicos, a sociedade disponibiliza aos que se sentem prejudicados pelo descumprimento do direito a via do processo judicial. Dirigido pelo Estado, esse processo deve envolver os sujeitos imputados responsáveis pela lesão cometida, e, uma vez constatada a procedência das alegações formuladas por quem o desencadeou, deve resultar na realização forçada do comportamento que deveria ter sido adotado. Note-se que o processo judicial, portanto, não é mais do que o instrumento empregado pela coletividade para fazer coincidir o atendimento das normas jurídicas com a sua incidência.⁵²

Assim, e indo agora mais longe na conclusão de que o processo tem por finalidade aplicar o direito material, é possível afirmar que o processo judicial tem a finalidade precípua de atuar forçadamente um direito desrespeitado.⁵³ Com base no art. 5º, XXXV, da Constituição da República, é possível dizer, ainda, que o processo pode servir também à proteção de direitos que, contanto não lesados, estejam ameaçados de lesão. Conjugando-se as duas afirmações, pode-se dizer, enfim, que realizar forçadamente um direito descumprido ou ameaçado de descumprimento é o objetivo elementar do processo.⁵⁴ Não é difícil concluir nesse sentido, já, que, evidentemente, se

⁵² “A incidência das regras jurídicas nada tem com o seu atendimento: é fato do mundo dos pensamentos. O atendimento é em maior número, e melhor, na medida do grau de civilização. A falta no atendimento é que provoca a não-coincidência entre incidência e atendimento (= auto-aplicação) e a necessidade de aplicação pelo Estado” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de Direito Privado*, t.1, p. 16).

⁵³ Exceção feita, evidentemente, aos processos judiciais cuja instauração é obrigatória para que um dado direito subjetivo seja exercido, ainda que não haja controvérsia alguma entre os envolvidos a respeito de sua existência. É o caso dos processos judiciais integrantes da chamada jurisdição voluntária. Nestes casos, a instauração do processo não se fundamenta na busca de uma solução para uma controvérsia, mas, apenas, na ideia de que, certos direitos, em virtude de sua importância para a coletividade, só podem ser atuados pelos particulares sob a fiscalização do Poder Judiciário.

⁵⁴ A expressão “realização forçada de um direito descumprido ou ameaçado” é utilizada no texto com o sentido de efetivação de um direito independentemente da vontade do réu. A afirmação não ignora a possibilidade de o processo, em determinados casos, obter o cumprimento de direitos por comportamento espontâneo do sujeito passivo, ou em virtude de transação entre as partes. Assim, é possível, por exemplo, que o réu de uma ação indenizatória, uma vez processado, promova o pagamento da quantia demandada antes de proferido o julgamento, ou que aquele contra quem foi proferida uma sentença mandamental

um direito subjetivo é atendido espontaneamente, e se não há notícia de que ele possa ser lesado, a instauração de um processo judicial não acarreta nenhuma utilidade a seu titular.

cumpra a ordem contra si emanada, para se ver livre da aplicação de uma eventual multa fixada pelo juiz. Da mesma forma, é possível que os sujeitos do processo resolvam por fim ao litígio mediante concessões mútuas. É preciso observar, contudo, que, nesses casos, se o processo serviu para satisfazer o direito do autor, assim o fez apenas em caráter eventual. Para concluir no mesmo sentido, basta pensar nas mesmas hipóteses, mas extrair dos exemplos um réu com tal vontade de colaboração – o que, aliás, reflete melhor a prática forense. Por conta disso, o processo não pode deixar de ser pensado como o instrumento destinado a atuar forçadamente um direito descumprido ou ameaçado. Se o processo servir para compelir o réu a cumprir o que já deveria ter cumprido, ótimo, mas se não alcançar tal fim, não é preciso lamentar-se. Ao contrário, nesse caso, deve-se lançar mão de outras técnicas processuais mais eficazes para atingir o objetivo. É esse mesmo o papel principal do processo. Aliás, deixar de pensar o processo com tal finalidade pode conduzir a erro semelhante ao cometido pelos artífices do processo liberal, que imputavam natureza satisfativa a tutelas que evidentemente não a tinham (sobre o assunto ver capítulo “A falsa suposição de que a sentença condenatória é tutela jurisdicional do direito”, em MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, p. 31-33).

3. A AÇÃO, ESSA VELHA, MAS NEM TANTO CONHECIDA, DEFINIÇÃO

Compreendida a finalidade do processo judicial e analisado o funcionamento da norma jurídica, é logo possível intuir um conceito de ação, por mais simples que seja. Não é difícil perceber que a ação é uma espécie de via ofertada aos cidadãos para que levem ao conhecimento do Poder Judiciário fatos que, em seu entendimento, configuram uma lesão ou ameaça a um direito seu, e para que formulem os pedidos de providência que entendam necessários.

Esse tipo de conhecimento intuitivo a respeito da ação parece ser compartilhado por boa parte da população. “Alguém moveu ação contra outrem” ou “alguém propôs ação contra outrem” são afirmações que parecem objeto de imediata compreensão por grande parte dos membros da sociedade, inclusive profissionais do Direito.

No entanto, poucos conceitos em Direito como o de ação apresentaram e ainda apresentam tantas e tão diversas definições pela doutrina, e é certamente possível afirmar que nenhum conceito de ação alcançou a unanimidade no meio acadêmico. Há, por exemplo, quem veja a ação como um direito, há quem a veja como um poder e há, ainda, quem a veja como ação mesmo, ou seja, como um agir. Além disso, mesmo entre os que compreendem a ação de um determinado modo, há diferenças de concepção. Entre os que a compreendem como um direito, por exemplo, pode-se visualizar diferenças quanto à definição de quem ocupa a posição contrária a este pólo e diferenças em relação a seu conteúdo.

Tendo essas reflexões em mente, não se procurará, no presente capítulo, fazer uma recensão histórica das teorias da ação – que costuma iniciar com a polêmica entre Windscheid e Muther, passar pelas teorias concretista e abstrativista da ação e encerrar com a teoria mista ou eclética. Embora o tema do histórico das teorias da ação tenha inexorável ligação com o objeto do presente trabalho, é farta a produção da doutrina a respeito, apresentada em diversos e bons manuais de processo civil. Assim, sob pena de provável e solene desconsideração por parte do leitor de eventual capítulo do trabalho que se dedique a esse assunto, importa avançar no texto.

Como o desenvolvimento do presente trabalho, contudo, pressuporá o conhecimento de alguns conceitos adotados por algumas teorias sobre a ação, cabe passar brevemente em revista as duas teorias que, atualmente, dividem a doutrina nacional no tema. Na sequência, optaremos por uma delas e, ao final, avaliaremos sua compatibilidade com uma nova e importante teoria da ação que surge na doutrina pátria.

3.1. A teoria da ação da Escola Processual de São Paulo e a teoria da ação de direito material

Predomina há muito tempo no país a teoria da ação da chamada Escola Processual de São Paulo,⁵⁵ linha doutrinária elaborada basicamente a partir das lições de Enrico Tullio Liebman,⁵⁶ e que acabou escolhida pelo legislador nacional para informar o Código de Processo Civil atualmente em vigor. De outro lado, tem ganhado adeptos, principalmente no Sul do país, a teoria da ação de direito material, que foi capitaneada pelo professor gaúcho Ovídio Baptista da Silva a partir da recuperação dos ensinamentos de Pontes de Miranda.

Embora nenhuma das teorias negue o caráter autônomo e abstrato da ação em relação ao direito material – o que também impede seja uma considerada totalmente estranha à outra –, a formulação que dão para o tema é bastante diferente. Funda-se a discórdia principalmente na adoção, exclusivamente pela segunda vertente e com destaque, de uma outra ação, distinta e, de certa forma, complementar à ação processual: a chamada ação de direito material.

De acordo com a doutrina que sustenta a existência da ação de direito material, tanto o direito subjetivo quanto seu correspondente dever jurídico designam apenas posições, respectivamente de vantagem e desvantagem, atribuídas a seus titulares em relação a um interesse ou a um bem.⁵⁷ Ainda de

⁵⁵ Cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Obra citada, p. 126.

⁵⁶ Eminent jurista italiano que viveu no Brasil na década de 1940.

⁵⁷ “A regra jurídica é *objetiva* e incide nos fatos; o suporte fático torna-se fato jurídico. (...) Para o jurista, direito tem sentido estrito: é a vantagem que veio a alguém, com a incidência da regra jurídica em algum suporte fático. (...) A regra jurídica, com a especificidade do processo social de adaptação, de que é meio, dirige-se às pessoas, fixando-lhes *posições* em relações

acordo com essa linha doutrinária, o direito, como mera posição de vantagem que é, embora já possa, assim, ser cumprido pelo devedor, para que seja juridicamente exigível, isto é, para que seja capaz de obrigar o devedor, tem que ser dotado de um poder de exigir, chamado de pretensão.^{58 59}

Quando, para a corrente, embora nascida e deduzida a pretensão pelo titular do direito subjetivo, o devedor não cumpre seu dever espontaneamente, algo, então, deve ser capaz de promover a execução forçada daquele direito. É aí que entra a ação de direito material. Segundo os autores que a defendem atualmente, a ação de direito material é o exercício de um direito subjetivo independentemente da vontade ou do comportamento do devedor.⁶⁰

jurídicas. (...) O dever jurídico é correlato do direito: ao *plus*, que é o direito, corresponde o *minus* do dever. Há de haver relação jurídica básica, ou relação jurídica interna à eficácia (relação intrajurídica), para que haja direito e, pois, dever. *Quem* está no lado ativo da relação jurídica é o sujeito do direito; *quem* está no lado passivo, é o que deve, o devedor (em sentido amplo)” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*, t. 1., p. 29-31. Os mesmos trechos encontram-se no *Tratado de Direito Privado*, t. 5, escrito antes do *Tratado das Ações*, às p. 225-226 e 422-423).

⁵⁸ “Pretensão é a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. 5, p. 451; e *Tratado das Ações*, t. 1, p. 52). “Temos, portanto, que existem, no campo do direito material, o direito subjetivo e a pretensão, que é faculdade de se poder exigir a satisfação do direito” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v.1, p. 79).

⁵⁹ Não confundir a pretensão da teoria que sustenta a ação de direito material com a pretensão defendida por Francesco Carnelutti, que a definia como “a exigência da subordinação de interesse alheio a um interesse próprio” (CARNELUTTI, Francesco. *Sistemas de Direito Processual*, v. 2, p. 30). As duas designam objetos completamente diferentes, a começar do fato de que, enquanto a primeira relaciona-se com o direito material, a segunda liga-se ao direito processual.

⁶⁰ Embora tenha sido elaborada a partir das lições de Pontes de Miranda, a definição de ação de direito material hoje em voga, a nosso ver, não corresponde exatamente à concepção que aquele autor tinha desse objeto. Para Pontes de Miranda, ação de direito material não significava o exercício de um direito subjetivo independentemente do comportamento do devedor, mas um poder de exercer um direito subjetivo independentemente do comportamento do devedor; um poder, portanto, que se somava a um direito subjetivo. Assim, para Pontes, a ação também tinha que ser exercida. O tema merece máxima atenção porque sobre ele se manifesta, infelizmente, uma característica por vezes presente nas lições do eminente jurista: a profusão de enunciados diversos sobre um mesmo conceito. Segundo Pontes de Miranda, pois: “A ação é um poder, no sentido em que se chama, por exemplo, ‘restrição de poder’ à cláusula de inalienabilidade. Os direitos subjetivos são cheios e cercados de poderes. Sempre que, do outro lado, alguém pode ter de sofrê-lo, o poder é *pretensão*; sempre que se pode exercer para efetivar-se, estatalmente, essa sujeição – é *ação*” (*Tratado das Ações*, t. 1, p. 170); “Quando se exerce a pretensão, a ação, ou a exceção, exerce-se o direito em que se funda” (*Tratado das Ações*, t. 1, p. 61); “Segundo o princípio da liberdade de exercício, o exercer, ou não, os direitos, pretensões, ações e exceções fica ao titular, bem como o exercê-los de acordo ou contra os seus interesses” (*Tratado das Ações*, t. 1, p. 71); “O direito, a pretensão, a ação e a exceção são exercíveis *desde que se criam*” (*Tratado das Ações*, t. 1, p. 78); “Não se pode a ação; pois que a ação se tem: pede-se que se declare, se condene, se mande, ou se execute” (*Tratado das Ações*, t. 1, p. 289). Dos excertos reproduzidos percebe-se que, para Pontes, ação era algo exercível e não um exercício.

Quanto ao primeiro trecho, aquele da p. 170 do *Tratado das Ações*, é importante notar um detalhe: nele está dito que o exercício da ação é feito estatalmente. Parece haver aí outra

contradição episódica no discurso de Pontes, já que, em várias outras passagens de seus livros, o autor diz que a ação não precisa, sempre, ser exercida em juízo. Veja-se: “As ações exercem-se em juízo ou fora dele” (*Tratado das Ações*, t. 1, p. 63); “A ação exerce-se principalmente por meio de “ação” (remédio jurídico processual), isto é, exercendo-se a pretensão à tutela jurídica, que o Estado criou. A ação exerce-se, porém, de outros modos. Nem sempre é preciso ir-se contra o Estado para que ele, que prometeu a tutela jurídica, a preste; nem, portanto, estabelecer-se a relação jurídica processual, na qual o juiz haja de entregar, afinal, a prestação jurisdicional. A ação nada tem com a pretensão à tutela jurídica” (*Tratado das Ações*, t. 1, p. 110-11). Nem se fale que, no trecho da p. 170, o autor está fazendo referência não à ação de direito material, mas à sua “ação”, processual. Não está. Fosse assim, a contradição existente não se resumiria a um mero detalhe do trecho, mas a ele todo. Isto porque, para Pontes, conforme veremos, “ação” processual não é poder, mas o instrumento – ou, na expressão por ele utilizada, o “remédio jurídico processual” – por meio do qual se exerce a pretensão à tutela jurídica.

Além de conceber a ação como poder que se agrega a um direito subjetivo, Pontes de Miranda, pelo menos em uma ocasião, concebeu-a como um segundo direito que se agrega a um direito subjetivo já existente. Assim, em seus *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n.º 01 de 1969*, t.1, arts. 1º a 7º, o jurista sai-se com a seguinte e inédita definição de ação de direito material: “A ação é direito a reclamar. Não é o direito subjetivo, que já definimos, nem a pretensão, nem o direito-meio, que os Estados conferem com os remédios jurídicos processuais. A ação não é contra determinado Estado, o que dela faria direito público subjetivo; mas a admissão, por parte do direito mesmo que cria a relação, a reclamar-se obediência à lei” (*Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n.º 01 de 1969*, t.1, arts. 1º a 7º, p. 145).

De qualquer forma, fica fora de dúvida, portanto, que, para Pontes, ação não era exercício, mas algo que vinha antes dele e que, por isso, também precisava ser exercido. A definição de ação de direito material atualmente sustentada pela doutrina, ao contrário, encara a ação de direito material não como um poder, ou como um direito, mas como um exercício de um direito subjetivo. O professor Ovídio A. Baptista da Silva, por exemplo, quem primeiro recuperou os ensinamentos de Pontes de Miranda sobre o tema e cuja conceituação de ação de direito material é adotada por todos aqueles que atualmente a sustentam, define-a como “o exercício do próprio direito por ato de seu titular, independentemente de qualquer atividade voluntária do obrigado” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v.1, p. 81).

O que chama atenção é que, embora apresente concepção diferente da de Pontes de Miranda, Ovídio Baptista cita justamente esse autor para embasar sua definição. Após assentar que “Enquanto limito-me a exigir, ainda não ajo”, por exemplo, Ovídio Baptista faz referência ao § 6, do v. 1, do *Tratado das Ações* de Pontes, dando a entender que sua lição encontraria respaldo na obra de Pontes de Miranda (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Idem*, p. 80). Consultando a obra desse jurista, encontra-se o trecho que motivou a referência: “A ação não é só exigência: se digo ao devedor que desejo que me pague o que me deve, *exijo-o*; porém, ainda não ajo contra ele: se lhe tomo a coisa que me deve, *ajo* condenatoriamente, *condeno e executo*.” (*Tratado das Ações*, v. 1, p. 47-48). Do excerto reproduzido, de fato, a impressão que se tem é que, para Pontes, ação seria mesmo exercício. No entanto, a leitura de todo capítulo de onde se extraiu o trecho permite ver que Pontes acaba utilizando a palavra “ajo” para dizer “exercício de ação”, e não para dizer “ação”. Assim, por exemplo, na mesma página, algumas linhas abaixo, é possível ler “A ação é, existe, antes de ser exercida pela dedução em juízo e antes, portanto, de qualquer invocação da pretensão à tutela jurídica”. Ora, se ação deve ser exercida, não pode ser exercício.

A divergência teórica que resulta dos ensinamentos do extraordinário jurista gaúcho tem uma consequência fundamental: em sua seqüência explicativa das várias possibilidades de realização de um direito subjetivo, Ovídio Baptista passa da dedução da pretensão, que para ele é exigência de cumprimento de direito subjetivo, à ação de direito material, que para ele é exercício de direito subjetivo independentemente da colaboração do devedor, sem inserir nenhum estágio lógico entre os dois. Disso resulta a inevitável pergunta: mas afinal, se o direito é posição de vantagem, se a pretensão é poder de exigir o cumprimento espontâneo do direito, o que é, então, que justifica um indivíduo ou um Estado a realizarem uma ação de direito material? Logo se percebe que a questão é irrespondível.

Deve haver, portanto, um poder anterior à ação de direito material, e aí é preciso adotar Pontes de Miranda. No, entanto, dado que a terminologia ação de direito material como exercício, e

Para a corrente, portanto, um direito subjetivo pode ser exercido ou mediante a colaboração do devedor, seja por meio de uma atuação ou de uma abstenção, ou sem contar com ela. No primeiro caso, diz-se que houve simples exercício do direito subjetivo. No segundo, ação de direito material.

Em resumo, a constituição de uma ação de direito material sempre pressuporia, primeiro e por motivos óbvios, a existência de um direito subjetivo. Em segundo lugar, requereria que esse direito subjetivo não fosse espontaneamente observado por quem devia. Exigiria, por fim, que o devedor, além de não ter espontaneamente cumprido seu dever, não o tivesse feito mesmo em face da dedução de uma pretensão por parte do titular do direito subjetivo, realizada pessoalmente ou por qualquer outro meio.^{61 62}

Do raciocínio já se percebe que, para a corrente, só pode haver ação de direito material se houver, antes, um direito subjetivo. A conclusão será fundamental para, mais abaixo, distingui-la da ação processual. Antes disso, no entanto, é preciso notar que, depois da proibição da autotutela ou justiça de mão própria pelo Estado, apenas parte das ações de direito material ainda caberia, hoje, aos próprios titulares dos direitos subjetivos.

No Brasil, seria o caso, por exemplo, do desforço imediato, ação pela qual aquele cuja posse foi turbada ou esbulhada pode empregar sua própria

não como poder ou direito, goza hoje de unanimidade na doutrina que a defende, até porque, gramaticalmente, é muito mais correto ver ação como sinônimo de exercício do que de poder ou direito, deve-se utilizá-la neste sentido; mas sem esquecer que há, em sua frente, um poder, diferente e posterior à pretensão – que talvez pudesse ser chamado de poder de ação de direito material.

⁶¹ Há uma relevante exceção, a dos direitos potestativos, que, embora acionáveis, são destituídos de pretensão. Isso justamente porque não precisam dela. Segundo Pontes de Miranda, “Pode ser que a ação seja o único elemento que se refira ao direito, e os casos, que não são raros, provam, por si sós, que a ação pode existir sem a pretensão (ou sem o resto da pretensão). Tal o que ocorre com os direitos formativos, ou sejam geradores, ou modificativos, ou extintivos, se exercíveis por ação” (*Tratado das Ações*, t. 1, p. 115). Por não dependerem de prestação alguma do devedor para serem satisfeitos, os direitos potestativos são insuscetíveis de lesão. Exatamente por isso, aliás, ao contrário dos direitos subjetivos em sentido estrito ou direitos à prestação, que são sujeitos à prescrição – a qual atua sobre a pretensão –, os direitos potestativos são suscetíveis apenas à decadência – que atua diretamente sobre o direito. Sobre o tema, ver o já clássico artigo de Agnelo Amorim Filho “*Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*”.

⁶² Sobre o nascimento da ação, disse Pontes de Miranda: “A ação ocorre na vida da pretensão, ou do direito mesmo, (a) quando a pretensão exercida não é satisfeita e o titular age (reminiscência do ato de realização ativa dos direitos e pretensões), ou (b) quando, tratando-se de pretensões que vêm sendo satisfeitas pelos atos positivos ou negativos, ocorre interrupção dessa conduta duradoura” (*Tratado de Direito Privado*, t. 5, p. 481; e *Tratado das Ações*, t. 1, p. 114-115).

força para resguardá-la, desde que o faça logo (art. 1.210, § 1º, do CC). Também seriam exemplos a legítima defesa, ação de quem, usando moderadamente os meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem (art. 25 do CP), e a ação de quem, encontrando-se em estado de necessidade, busca salvar de perigo atual, não provocado por si, direito próprio ou alheio cujo sacrifício não é razoável exigir-se em dadas circunstâncias (art. 24 do CP).⁶³ Haveria, ainda, ação de direito material na compensação (art. 386 do CC), na qual é “evidente o fato de auto-satisfação do credor”⁶⁴, nos casos “do corte dos ramos e das raízes das árvores que invadem o terreno”⁶⁵ e nos exercícios do “direito de retenção [e] [d]o de matar animais que estão a causar danos maiores que o seu valor, nas plantações”.⁶⁶

Fora essas e outras exceções,⁶⁷ as demais ações de direito material, atualmente, seriam atributos exclusivos do Estado, o qual, inclusive, tipifica como criminosa a conduta de quem as realizasse indevidamente (art. 345 do CP).

É aí, então, que a doutrina faz surgir a figura da ação processual, chamada de “ação” – assim, com aspas, para distingui-la da ação de direito material.⁶⁸ Como foi proibida aos particulares a atuação de boa parte das ações

⁶³ Poderia causar espanto dizer que, nos casos limites de legítima defesa e de estado de necessidade, poder-se-ia matar alguém exercendo um direito subjetivo. De fato, nenhuma pessoa tem o direito de matar outra. Ocorre que todos têm o direito à vida, e é o exercício desse que justifica tirar a vida de uma pessoa em determinadas situações.

⁶⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. 5, p. 475; e *Tratado das Ações*, t. 1, p. 11.

⁶⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n.º 01 de 1969*, t.1, arts. 1º a 7º, p. 139.

⁶⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Idem*, *Ibidem*.

⁶⁷ Muitas dessas exceções podem ser encontradas nos direitos potestativos, os quais, em regra, são exercidos por simples declaração de vontade de seu titular. É o que acontece, por exemplo, com o direito do condômino de desfazer a comunhão, o direito do sócio de dissolver a sociedade, o direito de um dos contratantes de perfectibilizar o contrato pela aceitação da oferta, o direito de escolha nas obrigações alternativas, etc. Por ser insuscetível de lesão, o direito potestativo, uma vez acionado pelo seu titular, acarreta, por si só, uma mudança no estado jurídico do devedor. No caso do direito de aceitar a oferta de um contrato, por exemplo, se alguém aceita a proposta de um contrato que lhe foi dirigida, o contrato é perfectibilizado, e direitos e deveres nascerão para ambas as partes. Pode ser que esses direitos não sejam satisfeitos e esses deveres não sejam cumpridos, e haja, assim, necessidade de que sejam atuados pelo Poder Judiciário, mas há aí já se estará buscando a atuação dos direitos e deveres que surgiram com o exercício do direito potestativo, e não a aplicação do próprio direito potestativo. Do que já se vê que não são poucas as ações de direito material exercíveis pelos indivíduos sem a atuação do Estado.

⁶⁸ Empregam o termo desta forma Pontes de Miranda e Ovídio Baptista, ressaltando-se que a definição de “ação” para ambos não é idêntica, conforme será visto adiante.

de direito material possíveis, para que estas se realizem é preciso, segundo a teoria, que os indivíduos dirijam-se ao Estado e peçam-lhe que as efetive em seus lugares.

Daí que, para a corrente, tem que existir um direito subjetivo oponível contra o Estado, que o obrigue a agir no lugar dos indivíduos. E como por direito essa doutrina entende apenas uma posição de vantagem, é preciso haver, ainda, um poder de exigir essa tutela jurídica, uma pretensão, portanto. Emergem, respectivamente, o direito subjetivo de acesso aos tribunais e a pretensão à tutela jurídica.

Os dois institutos sozinhos, porém, não explicariam completamente o mecanismo de atuação estatal da ação de direito material, que só se completa com a previsão da “ação” processual, ou só “ação”, vista agora como o exercício do direito subjetivo de acesso aos tribunais.⁶⁹

Repare que, diversamente da ação de direito material, “ação”, aqui, não é um exercício de direito subjetivo independentemente da vontade ou do comportamento do devedor, mas o exercício de um direito subjetivo com a colaboração do seu sujeito passivo, já que “Aquele que age (exerce ação) no plano do processo absolutamente não pode prescindir da atividade do Estado para realização do seu direito à jurisdição”.⁷⁰ Uma ação, portanto, não corresponde à outra.

⁶⁹ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v.1, p. 92.

⁷⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v.1, p. 93. Ovídio Baptista, após definir o direito subjetivo de acesso aos tribunais, a pretensão à tutela jurídica e a “ação”, a nosso ver, deveria concluir que a terceira é o exercício da segunda pelo autor. Isto porque, se define a pretensão à tutela jurídica como o poder de exigir a prestação jurisdicional e define a “ação” processual como exercício do direito de acesso aos tribunais pelo autor com a colaboração do Estado, logo deveria ver que esta é aquela em situação dinâmica. É o que faz, por exemplo, Fábio Luiz Gomes: “Com uma divergência sem maior relevância quanto à clássica visualização do fenômeno, entendemos ínsito na pretensão a exteriorização do ato de pretender; por isso, vislumbramos a pretensão, no plano processual, como encaminhamento que deflagrará a ação, ou seja, o estágio intermediário entre o direito subjetivo, enquanto estado inerte, e o efetivo exercício do mesmo perante o Estado” (GOMES, Fábio Luiz. In: SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*, p. 130).

De qualquer forma, outra vez, o conceito de “ação” formulado pela doutrina atualmente, apesar de tomado emprestado de Pontes de Miranda, não é equivalente ao deste jurista. Pontes de Miranda concebia “ação” como o instrumento por meio do qual o autor exercia a pretensão à tutela jurídica e não como o exercício da pretensão à tutela jurídica pelo autor, ou, o que é dizer o mesmo, como o exercício do direito de acesso aos tribunais com a colaboração do Estado pelo autor: “O direito à tutela jurídica, com a sua pretensão e o exercício dessa pelas “ações”, é direito, no mais rigoroso e preciso sentido” (*Tratado de Direito Privado*, t. 5, p. 482; e *Tratado das Ações*, t. 1, p. 116). Aliás, Pontes de Miranda, no lugar de “ação”, preferia falar em remédio jurídico processual: “Nos Estados de duplo direito, a matéria das ações toca ao poder que faz o direito material, ao passo que os remédios dependem dos legisladores do direito processual.

Visualizando na prática o funcionamento conjunto da ação de direito material e da “ação” processual, poder-se-ia dizer, portanto, de acordo com a teoria, que um indivíduo que se imagina titular de um direito subjetivo não satisfeito espontaneamente pelo seu devedor, exercendo o direito subjetivo público de acesso aos tribunais, deve agir, processualmente, para pedir ao Estado que realize a ação de direito material cujo exercício dele tomou quando proibiu a autotutela.

Em seguida, o Estado, por meio dos juízes, deve revelar se aquele que lhe vem pedir atuação é realmente titular do direito subjetivo que afirma ter e, além disso, se esse direito já está em um estágio tal que possa ser realizado forçadamente. Se for afirmativa a resposta, o Estado deve agir, materialmente, no lugar do titular; se for negativa, deve continuar inerte.

Bem se diferenciam, assim, as duas acepções de ação. Do raciocínio, aliás, emerge uma importante consequência: para a doutrina, tem “ação” processual tanto aquele cujo direito já pode ser materialmente acionável, quanto aquele cujo direito ainda não pode, ou seja, tanto tem “ação” quem tem razão quanto quem não a tem. Deve-se o fato à abstração e à incondicionabilidade do direito público subjetivo de acesso aos tribunais, que, constitucionalmente previsto, é outorgado a todos os cidadãos. Na linguagem de Ovídio Baptista, “Admitindo-se que todos tenham o ‘direito subjetivo de acesso aos tribunais’, o que evidentemente ninguém põe em dúvida, é natural que todos possam exercê-lo (agir para sua realização). Se o direito de acesso aos tribunais é abstrato e outorgado a todos indistintamente, é lógico que a ação que lhe compete há de ser igualmente abstrata e incondicionada”.⁷¹

O direito subjetivo que se busca acionar materialmente, ao contrário, é concreto, determinado, limitado apenas a seu titular ou a seus titulares. Isso porque “não se podendo saber quem tem razão antes de se proceder ao exame *in casu*, a situação humana impôs que se cindisse o direito em direito material (civil) e direito processual (formal), a que correspondem a pretensão e

Infelizmente, encambulham-se sob o nome genérico de ‘ações’ o que significa estar em situação de exercer em juízo a pretensão e o que constitui remédio processual. Quando se diz ‘As ações são especiais ou ordinárias’, distinguiram-se remédios, e não pretensões. As categorias ‘ações reais, ações pessoais’ pertencem ao direito material” (*Tratado das Ações*, t. 1, p. 92).

⁷¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v.1, p. 102.

a ação de direito material, de um lado, e, do outro, a pretensão de direito público, pré-processual, e a ‘ação’”.⁷²

Com a citação, dá-se por encerrada a abordagem da doutrina que sustenta a ação de direito material. Passemos agora à análise do conceito de ação da chamada Escola Processual de São Paulo.

Para essa linha doutrinária, um direito subjetivo pode ser realizado ou mediante a colaboração do devedor, ou pela atuação do Estado.⁷³ No segundo caso, por meio do exercício de uma ação. Para defini-la, tomamos, de imediato, a seguinte lição de Cândido Rangel Dinamarco, o maior expoente da corrente atualmente: “Ação é costumeiramente definida como direito ou poder de exigir o provimento jurisdicional final ou, especificamente no processo de conhecimento, como o poder de exigir a sentença que julgue o mérito da causa ou ainda direito à sentença de mérito. Julgar o mérito é decidir a pretensão trazida pelo autor em busca de tutela jurisdicional – pela procedência ou improcedência. Ter ação não significa, por si só, ter direito à sentença favorável, mas direito à sentença de mérito *tout court*”.⁷⁴

Do excerto percebe-se que, para a vertente, ação é um direito subjetivo a uma sentença de mérito – e não um exercício de um direito subjetivo. Isso significa que, para a corrente, ação só existe quando é possível ao juiz afirmar se o autor tem ou não razão, o que não acontece, por exemplo, quando o processo é extinto sem julgamento do mérito.

Posição fundamental para essa doutrina tem, por isso, a formulação das chamadas condições da ação, requisitos que, presentes ou ausentes, indicam, respectivamente, se os casos são passíveis ou não de sentença de mérito, ou, o que é dizer o mesmo, se o autor tem ou não ação. De acordo com o ordenamento processual brasileiros, são condições da ação a legitimidade de partes, a possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir.

Novamente Cândido Dinamarco é quem bem exemplifica a questão: “Para que o autor possa obter uma sentença de mérito – não necessariamente favorável – é preciso que, já antes de vir a juízo, concorram em seu apoio certos requisitos, entre os quais a possibilidade jurídica, o legítimo interesse

⁷² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*, t. 1, p. 169.

⁷³ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 2, p. 35.

⁷⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1, p. 300-301.

processual e a legitimidade *ad causam*. Ausente uma dessas *condições da ação*, o processo deve ser extinto sem o julgamento do mérito, ou seja, sem que o juiz se pronuncie acerca da pretensão ao bem da vida. (...) O condicionamento do *direito de ação* a esses requisitos constitui uma técnica absorvida pelas legislações em geral e, ao impô-la, a lei processual infraconstitucional delimita legitimamente o âmbito da *garantia constitucional da ação* (Const., art. 5º, inc. XXXV). Segundo essa técnica, sempre que falte uma das condições inexistente o *direito de ação* no caso concreto – ou seja, o direito a obter sentença de mérito sobre determinada pretensão”.⁷⁵ Portanto, ação, para essa corrente, é direito público subjetivo à sentença de mérito.

Apesar de vincular o julgamento de mérito à existência da ação, a corrente doutrinária não descuida que todos têm o direito, e o Estado, o dever, de apreciação das demandas propostas, ainda que o julgamento termine no reconhecimento da falta do direito de ação, ou, o que é dizer o mesmo, o processo seja extinto sem julgamento do mérito. Por isso, acima do direito de ação, a corrente concebe a existência de um direito de acesso aos tribunais, com sede constitucional. Ao contrário do primeiro, esse segundo direito, na visão da teoria, é incondicionado, isto é, atribuído a todas as pessoas.

Em função da exposição das lições da vertente não revelar maiores dificuldades, até por gozar de ampla difusão no país, dá-se por cumprido o objetivo de analisá-la.

Arrematando o tópico, então, vejamos no que as duas grandes correntes examinadas sobre ação se igualam e no que se diferenciam. Resumidamente, poder-se-ia apontar o seguinte: 1) enquanto para a primeira corrente, o conceito de ação de direito material tem relevância fundamental, para a segunda ele não tem valor algum, quando não é mesmo negado;⁷⁶ 2) ambas as correntes sustentam a existência de uma ação processual; 3) para ambas, também, essa ação processual é abstrata, já que seu manejo não pressupõe que o autor tenha razão, e é dirigida contra o Estado; 3) no entanto, enquanto para a primeira, a ação processual é exercício de um direito público subjetivo – o de acesso aos tribunais –, para a segunda é um próprio direito público subjetivo – o direito de obter sentença de mérito; 4) além disso,

⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 2, p. 110.

⁷⁶ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v.1, p. 83.

enquanto para a primeira a ação processual é incondicionada, atribuída a qualquer indivíduo, uma vez que o direito na qual ela se funda tem essa mesma característica, para a segunda, a ação processual é condicionada, atribuída apenas a quem demonstre o preenchimento de três condições: a legitimidade de partes, a possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir; 5) por fim, a segunda corrente também concebe a existência de um direito de acesso aos tribunais incondicionado, mas esse direito não se confunde com o direito de ação.

3.2. A opção por uma das teorias

Pessoalmente, no campo das teorias da ação, preferimos a teoria que sustenta a existência da ação de direito material. Segundo entendemos, ela permite abordar o fenômeno processual de maneira mais completa e coerente.

A grande qualidade da teoria reside no cuidado com que apresenta os conceitos fundamentais do direito material antes de partir para seu regulamento no processo e, principalmente, do fato de serem esses conceitos logicamente compatíveis entre si. Isso os torna convincentes e facilita seu manuseio por seus operadores. Permite, enfim, uma melhor aplicação do direito, que, como objeto que só existe no pensamento das pessoas, exige apuro na formulação de seus alicerces.

As definições que a corrente dá ao direito subjetivo e à pretensão, por exemplo, vistos, respectivamente, como posição de vantagem em relação a um bem e poder de exigir do devedor a satisfação espontânea de um direito subjetivo, significam qualitativo avanço se comparadas com definições fornecidas por outras teorias, processuais ou mesmo não. Na doutrina em geral, o direito subjetivo é quase sempre definido como o poder de exigir uma prestação do devedor, com o que nele se agrega, indevidamente, o conceito de pretensão. Daí a perceptível dificuldade, enfrentada por quase todos os autores que sustentam essa concepção dilatada de direito subjetivo, para, por exemplo, diferenciar a prescrição da decadência, com a afirmação de que na primeira, ao contrário da segunda, o direito não é atingido, mas apenas a possibilidade de exigi-lo; ou para integrar, no mesmo gênero dos direitos subjetivos, os direitos

subjetivos em sentido estrito e os direitos potestativos, que não pressupõem atuação nenhuma do devedor para que possam ser exercidos.

Mais importante que a correta especificação das definições de direito subjetivo e pretensão, no entanto, é a sustentação que a corrente faz do conceito de ação de direito material, concebida como o último estágio possível de realização de um direito subjetivo, quando este é exercido independentemente da vontade ou do comportamento do devedor. Embora tal concepção seja deixada de lado pela maioria dos estudiosos do direito, por lhe negarem validade ou serventia, parece impossível não concluir que, de fato, um direito subjetivo, configuradas certas circunstâncias, pode ser realizado sem levar em conta a conduta da parte obrigada. Nada mais natural, portanto, do que atribuir a esse fenômeno um nome, com o fim de distingui-lo do exercício de um direito subjetivo com a colaboração do devedor.

Mesmo o fato de que boa parte das ações de direito material foi absorvida pelo Estado não autoriza a conclusão de que, exatamente por isso, seria errado ou desnecessário referir-se a elas. Isso porque, em primeiro lugar, como vimos, várias ações de direito material ainda são autorizadas aos próprios titulares dos direitos subjetivos; e, em segundo lugar, porque, embora muitas ações tenham passado das mãos dos indivíduos para as do Estado, elas não deixam de ser realizadas por causa disso.⁷⁷ “A realização coativa do direito, com absoluta prescindência da vontade ou da colaboração do obrigado, que se consegue através da jurisdição, é rigorosamente a mesma *ação de direito material*, ou seja, o mesmo agir para a realização inerente a todo direito, com a única diferença que, proibida a autotutela privada, a efetivação do direito se dá através da *ação dos órgãos estatais*”.⁷⁸

Enfim, as bases da corrente que sustenta a ação de direito material parecem mais verossímeis e, por esse motivo, mais úteis à compreensão e aplicação do processo civil. Não bastasse isso, a adoção da corrente pode

⁷⁷ Repare que só há transferência para o Estado da titularidade da ação de direito material. O poder de ação de direito material, por se ligar ao direito subjetivo, continua atrelado à pessoa que titulariza esse direito. Veja, neste sentido, a lição de Pontes de Miranda – lembrando que o jurista utilizava a palavra ação para designar poder, como expusemos atrás: “Não se pode a ação; pois que a ação se tem: pede-se que se declare, se condene, se mande, ou se execute” (*Tratado das Ações*, t. 1, p. 289).

⁷⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v.1, p. 84.

desempenhar ainda um importante papel: o de legitimar a busca por efetividade no processo.⁷⁹

E o rol de vantagens não para aí. Como a teoria entende por ação processual ou “ação” um exercício de um direito incondicionado, dispensa tanto falar em condições da ação, como faz a Escola de São Paulo, quanto conceber outro direito público subjetivo, ao lado do direito de ação, para justificar o dever que o Estado tem de igualmente sentenciar os processos que serão extintos sem julgamento do mérito, como também faz aquela Escola. Ela facilita, ademais, a compreensão dos institutos correlacionados à ação, como veremos adiante.

O presente trabalho, contudo, não será, de modo algum, inacessível aos leitores não familiarizados com a teoria de ação de direito material. Trabalhar o processo civil a partir dessa teoria exige a menção constante a categorias bem conhecidas do direito substancial, especialmente o direito e o dever. O fato, como se constatará, traz clareza à exposição e a torna perfeitamente compreensível mesmo a quem se oriente por outra teoria da ação. Aliás, por envolver categorias clássicas do direito substancial, a exposição baseada na ação de direito material é, até mesmo, capaz de ser adotada por defensores de corrente doutrinária distinta, senão totalmente – para que também não se traia a preferência teórica manifestada –, ao menos em sua maior parte.

3.3. A teoria da ação adequada à tutela do direito e ao caso concreto

Luiz Guilherme Marinoni, em seu *Teoria Geral do Processo*, elaborou recentemente a importante teoria da ação adequada à tutela do direito e ao caso concreto.⁸⁰ Segundo o autor, é direito do cidadão construir a ação adequada à tutela de seu direito, no caso concreto. Por conta disso, o Estado

⁷⁹ É o que atestaram Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart: “Com a nova questão, intitulada de ‘acesso à justiça’, surgiram, dentre outras, a preocupação com a efetividade do processo, ou melhor, a preocupação em se saber se o processo estava realmente atendendo às expectativas do consumidor do serviço jurisdicional, que não desejava outra coisa senão um processo que fosse capaz de conferir ao cidadão o mesmo resultado que seria alcançado caso ao agir (a ação) privado (de direito material) não estivesse proibido pelo Estado” (MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*, 2. ed., p. 65).

⁸⁰ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*, p. 283-303.

tem o dever de estabelecer os procedimentos e as técnicas processuais adequadas às diferentes situações de direito substancial e, na falta de previsão de tais técnicas, o magistrado deve criá-las no caso concreto – desde que não adote técnica proibida, evidentemente. Preocupa Marinoni, especialmente, a concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, que, em sua concepção, como visto, garante a defesa adequada de todo e qualquer direito material.

Para Marinoni, o direito à construção da ação adequada à tutela do direito e ao caso concreto não é apenas teórico, mas já encontra previsão legal no art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal e nos arts. 83 e 84 do Código de Defesa do Consumidor e 273 e 461 do Código de Processo Civil. Em relação aos artigos do CDC e do CPC, o autor destaca a presença de normas abertas e conceitos indeterminados, a garantir a possibilidade de o juiz, no caso concreto, adotar a providência mais adequada para tutelar o direito material em julgamento.

Marinoni apresenta sua teoria da ação após negar aceitação à teoria da ação de direito material, a qual, embora impute ser generosa por pensar o processo a partir do direito substancial, não considera tratar adequadamente as relações entre processo e direito.

Apesar dos apontamentos do autor, não vislumbramos, de nossa parte, restrição à teoria da ação de direito material. Aliás, a nosso ver, a teoria da ação adequada e a teoria da ação de direito material não são incompatíveis. Ao contrário, em uma perspectiva voltada à efetividade do processo, parece-nos que as teorias podem ser pensadas em conjunto. A ação de direito material, como o próprio nome diz, é conceito do direito material. É o próprio direito subjetivo em um outro estágio. A ação adequada, por seu lado, liga-se ao direito processual. Os planos de uma e outra, assim, não se justapõem.

Assim, é possível pensar o processo como o instrumento voltado a realizar um direito descumprido ou ameaçado de descumprimento, ou, o que é dizer o mesmo, a realizar a ação de direito material que foi proibida ao cidadão, e, ao mesmo tempo, sustentar que tal instrumento, por força do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e de seu corolário – o direito à construção da ação adequada à tutela do direito e ao caso concreto –, deve ser

dotado das técnicas processuais e dos procedimentos idôneos à tutela de todo e qualquer direito.

3.4. A moderna tendência de dar ênfase à tutela do direito, e a manutenção do interesse em pensar o processo a partir da ação

Há no processo civil contemporâneo tendência a dar ênfase à tutela do direito, isto é à proteção do direito material, em detrimento de outras categorias historicamente posicionadas no centro das reflexões sobre o processo.

Extremamente significativa a respeito é a concepção de Luiz Guilherme Marinoni, para quem as formas de tutela dos direitos passam a ter mais importância, inclusive, que as normas atributivas destes mesmos direitos. De acordo com o autor, “Como se vê, a postura dogmática preocupada com as tutelas é atenta para as formas de proteção ou de tutela dos direitos. Ela não está preocupada em saber se os cidadãos têm este ou aquele direito, ou mesmo com a identificação de direitos difusos e coletivos. É que, na perspectiva das ‘formas de tutela dos direitos’, a atribuição de titularidade de um direito fica na dependência de que lhe seja garantida a disponibilidade de uma forma de tutela que seja adequada à necessidade de sua proteção. Ou melhor, o sujeito só é titular de um direito, ou de uma posição juridicamente protegida, quando esse direito disponha de uma forma de tutela que seja adequada à necessidade de proteção que esta posição exija.”⁸¹

Dessa preocupação com as formas de tutela surge, por exemplo, o interesse de Marinoni em classificar as tutelas ao invés de classificar outras

⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*, p. 245. Da mesma obra: “A preocupação com a tutela dos direitos não diz respeito apenas a idoneidade do processo para atender aos direitos, pois é uma questão que se coloca, já em um primeiro momento, no âmbito do direito material. E no plano do direito material, implica na adoção de uma postura dogmática que retira o foco das normas ditas atributivas de direitos para jogar luz sobre as esferas das tutelas, local em que se encontram as formas de tutela ou de proteção que os direitos reclama quando são violados ou expostos a violação. As formas de tutela são garantidas pelo direito material, mas não equivalem aos direitos ou às suas necessidades. É possível dizer, considerando-se um desenvolvimento linear lógico, que as formas de tutela estão em um local mais avançado: é preciso partir dos direitos, passar pelas suas necessidades, para então encontrar as formas capazes de atendê-las” (p. 244); “Vale dizer que importa mais do que afirmar que existe direito ao meio ambiente sadio saber que há direito à tutela inibitória e à tutela ressarcitória na forma específica, assim como vale mais do que estabelecer que há direito à honra deixar claro que há direito à tutela inibitória e à tutela ressarcitória em razão de dano moral. Apenas depois, é que entra em cena o problema da adequação das técnicas processuais para a prestação de tais tutelas” (p. 301).

categorias processuais, como a ação. Para o autor, a ação passa a ser vista e estruturada de acordo com a tutela pleiteada.⁸²

Outro jurista que dá ênfase à tutela dos direitos é Cássio Scarpinella Bueno, que nela vê o tema fundamental do processo civil: “Porque a tutela jurisdicional não está na ‘sentença’ ou no ‘processo’ e, no que interessa mais de perto para o momento da exposição, na ‘ação’, é que este *Curso* preferiu colocar o tema da ‘tutela jurisdicional’ como tema-fundamento do direito processual civil”.⁸³ Cássio Scarpinella Bueno, inclusive, vê um certo desinteresse em definir a ação.⁸⁴

Há, com certeza, inequívoco interesse prático em estudar e identificar as formas de tutela dos direitos. Apontar de que forma um direito subjetivo pode ser atuado, ou, o que é dizer o mesmo, apontar qual resultado o demandante pode esperar do processo, é, sem sombra de dúvida, medida fundamental para pensar como o processo pode e deve ser estruturado, isto é, para definir quais procedimentos e técnicas processuais podem e devem ser adotados. Além disso, a investigação permite identificar as deficiências do processo e do próprio direito material, permitindo a adoção de medidas para corrigi-las. Não há dúvidas de que o fato de parte importante da doutrina nacional ter passado a pensar o processo a partir das tutelas do direito constituiu relevantíssimo passo para a busca da efetividade processual no país, pois deu frutos significativos, como a mudança de mentalidade de parte dos operadores do Direito e a inserção de novas técnicas processuais no ordenamento jurídico.

⁸² “A razão de ser da classificação das tutelas tem um objetivo concreto e prático bem definido, pois parte da premissa de que as normas atributivas de direito não bastam, já que a titularidade de um direito depende da existência de formas para sua tutela, para deixar claro que a ação, como meio através do qual se pode exigir uma dessas formas de tutela, deve estruturar de maneira adequada a permitir a sua obtenção” (Idem, p. 298).

⁸³ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*, v. 1, p. 347.

⁸⁴ “É por causa do isolamento da categoria processual ‘tutela jurisdicional’ – erigida neste *Curso* a ‘tema fundamental do direito processual civil’ – que as tradicionais discussões relativas ao que é e o que não é ‘ação’ deixam de ser tão importantes. A ‘ação’, o número anterior ocupou-se desta demonstração, é o que, como contrapartida da vedação da autotutela, garante que se rompa a inércia da jurisdição e, para tanto, toma como ‘hipótese de trabalho’ a ocorrência de alguma lesão ou ameaça a direito que ocorre no plano material. O reconhecimento efetivo desta lesão ou ameaça já não diz respeito à ‘ação’ mas, bem diferentemente, ao que é *resultado* da provocação do exercício da função jurisdicional, isto é, à *tutela jurisdicional*” (Idem, p. 340).

Apesar de tudo isso, não parece possível deixar de pensar o processo também, e principalmente, a partir da ação. É com a análise da ação que se identificam os fatos que levaram o cidadão a juízo, as partes que litigam e o pedido que se requer. A identificação desses elementos, e, portanto, da própria ação, é absolutamente indispensável para a determinação dos mais importantes temas e institutos do processo.

Assim, ainda que haja espaço para pensar o processo a partir de outros pontos de vista, é certamente indispensável continuar pensando-o também a partir da ação.⁸⁵

3.5. O objeto (litigioso) do processo, a ação e o mérito

Ao julgar, o magistrado tem diante de si todas as alegações das partes, além das provas colhidas no processo. Toda essa matéria compõe o objeto de conhecimento do juiz, que deve ser por ele avaliado, com o fim de decidir o caso em julgamento (art. 131 do CPC).

Quando a doutrina faz alusão à expressão objeto do processo – também chamado de objeto litigioso do processo –, contudo, quer indicar conceito diferente. Trata-se de construção voltada a indicar os contornos mínimos de um caso em julgamento, de maneira a apontar quantos casos em julgamento existem, se o caso continua o mesmo ou foi alterado no curso do processo e, ainda, se o caso já foi julgado ou não.⁸⁶ O objeto do processo é, assim, um fundamental parâmetro para a atuação do Poder Judiciário, pois atribui uniformidade, e, por consequência, previsibilidade e segurança, à atividade de aplicação do direito.

O termo objeto (litigioso) do processo é utilizado predominantemente na Alemanha, onde, ao contrário do que ocorre na Itália e no Brasil, a doutrina

⁸⁵ Talvez alguns autores tenham dificuldade em continuar atribuindo à ação posição primordial no processo por não vislumbrarem sua composição pelos elementos partes, causa de pedir e pedido. Os três elementos são encarados como componentes de outra categoria, como a demanda, por exemplo. Voltaremos ao tema adiante. Note-se, contudo, que, ainda que os três elementos não formassem a ação, seria preciso dar destaque especial à categoria supostamente formada por estes elementos, dada sua enorme importância para a configuração de institutos capitais do processo.

⁸⁶ “*Uma definición del objeto litigioso debe probar su eficacia em las cuestiones decisivas del proceso. Debe ser adecuada para explicar simple y claramente cuándo hay más de un objeto litigioso, cuándo se modifica ese objeto y cuándo está fundada la excepción de litispendencia*” (SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*, p. 249).

não é afeita a trabalhar o processo a partir da ação. Naquele país, o termo encontra referência inclusive no Código de Processo Civil nacional (ZPO), em que é equiparado à *anspruch*, a qual pode ser traduzida como pretensão processual.⁸⁷

Historicamente, a doutrina alemã apresentou três versões para a pretensão processual: a pretensão foi definida ora como a afirmação de um direito material, ora como a causa de pedir (estado de coisas) e o pedido, e ora como o pedido, simplesmente.⁸⁸

Karl Heinz Schwab, o jurista alemão que redigiu a obra mais conhecida sobre o assunto, pelo menos aos brasileiros – *Der streitgegenstand in zivilprozess*⁸⁹ –, foi um dos autores que definiu a pretensão processual como o pedido.⁹⁰ Na visão do autor, o pedido, somente, definia o objeto do processo, embora a causa de pedir servisse para individualizá-lo em determinadas ocasiões: “*Objeto litigioso es la petición de la resolución designada en la solicitud. Esa petición necesita sin embargo en todos los casos ser fundamentada por hechos. Aquí estriba una función sustancial del § 253 II 2 de la ZPO. Sólo en algunos pocos casos el estado de cosas expuesto com fines de fundamentación sirve para individualizar, pero nunca con la consecuencia de convertir el estado de cosas en elemento del objeto litigioso*”.⁹¹

Cândido Dinamarco, que qualifica de decepcionante a conclusão de Schwab, menciona que a obra do jurista, redigida em 1954, foi o último trabalho de fôlego produzido a respeito do objeto do processo na doutrina alemã, e que, após isso, “os estudiosos entenderam-se do tema do objeto do processo e não se conhecem escritos posteriores que hajam conduzido a resultados mais conclusivos”.⁹²

⁸⁷ A respeito, cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, p. 213-214. Dinamarco destaca que a doutrina alemã apressa-se em esclarecer que a pretensão do ZPO não é a mesma do Código Civil alemão (BGB), pois é categoria do direito processual, ao contrário desta, que é do direito material.

⁸⁸ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, p. 217.

⁸⁹ Para a elaboração deste trabalho, foi consultada a tradução espanhola da obra, cujo título é *El objeto litigioso en el proceso civil*.

⁹⁰ Embora reconhecendo que a posição majoritária entendia que a causa de pedir também formava o objeto do processo: “*Debido a la posición especial que em nuestra opinión corresponde a la solicitud, nuestra teoría se diferencia de la opinión actualmente dominante para la qual el objeto litigioso consiste en solicitud y estado de cosas*” (SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*, Epílogo).

⁹¹ Idem, p. 251.

⁹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 185.

Parece-nos com muita clareza que o objeto do processo não pode ser apenas o pedido. Se o objetivo da construção teórica é estabelecer os contornos mínimos de um caso em julgamento, a simples apuração do pedido formulado é insuficiente para distinguir um caso em julgamento de outro. É possível imaginar muitos casos que, apesar de conterem o mesmo pedido formulado, são distintos entre si, por conta da diversidade de fundamento que os sustentam. Cobranças de dívidas de mesmo valor, por exemplo, apresentam pedidos idênticos, mas podem ser fruto de uma série de atos jurídicos distintos, o que as torna diferentes. Da mesma forma, tentativas de rescisão de um mesmo contrato serão diferentes se fundadas em inadimplementos distintos. Assim, a causa de pedir, além do pedido, também importa para a identificação de um caso em julgamento e, por conta disso, faz parte do objeto do processo.

A importância dos fatos para a identificação do caso em julgamento, aliás, não parece despercebida sequer por quem sustenta ser o pedido, simplesmente, o objeto do processo. Karl Schwab, por exemplo, e como visto, assentou em seu *Der streitgegenstand in zivilprozess* que a fundamentação, em determinados casos, serviria para individualizar o objeto do processo.⁹³ Ora, se a fundamentação serve para individualizar o objeto do processo, determina-o, o que significa dizer que ela também o compõe. O simples emprego de outra palavra não altera a essência do fenômeno.

As partes também importam para a identificação do caso em julgamento, já que um direito ou um dever estão sempre vinculados a uma pessoa determinada.

A dificuldade em apontar o que compõe, efetivamente, o objeto do processo, que ainda hoje existe na doutrina, talvez esteja na defeituosa prática, infelizmente comum, de visualizar o processo civil apartado do direito material, como se aquele não servisse justamente à aplicação deste. Seja por imaginar

⁹³ “Sólo cuando se peticiona la prestación [condena] o también la declaración de deudas em especie o de dinero, la solicitud por si sola resulta generalmente insuficiente para discernir si hay uno o más objetos litigiosos. En esos casos, la fundamentación jurídica sirve para individualizar las pretensiones procesales. Algo similar ocurre con la modificación de la demanda. También em su caso la solicitud determina generalmente por sí sola la identidad del objeto litigioso. Sólo es necesario recurrir a una fundamentación cuando aun después de modificado el estado de cosas se peticiona el mismo número de deudas em especie o la misma suma de dinero” (SCHWAB, Karl Heinz. Obra citada, p. 250).

desnecessário pensar o processo civil a partir dos conceitos fundamentais do direito material, seja por desconhecer mesmo tais conceitos, deixa-se de explicar o fenômeno processual a partir do que ocorre fora e antes do processo, com prejuízo para a sua compreensão.

É preciso perceber, contudo, que no processo as coisas se passam assim: uma pessoa, acreditando ser titular de um direito e sentindo ter este direito lesado ou ameaçado de lesão por alguém, vai a juízo solicitar a adoção de uma providência pelo Poder Judiciário contra este sujeito. Para tanto, deve narrar ao magistrado, um terceiro que a princípio não conhece o que acontece entre as partes, por que é titular de um direito e como este direito foi lesado ou está sendo ameaçado de lesão, para que o Estado, constatando a veracidade das informações trazidas e caso seja necessário, possa agir em seu lugar para atuar forçadamente o direito descumprido ou ameaçado de descumprimento pelo réu.⁹⁴

Ou seja, o autor deve permitir ao Poder Judiciário a visualização de uma ação que deseja seja adotada, e é esta ação que forma o objeto do processo – note-se que a identificação da ação dependerá da indicação das partes, da narração da causa de pedir e da dedução do pedido; partes, causa de pedir e pedido, assim, e não por acaso, são os três elementos da ação, conforme veremos melhor adiante. Caso o autor requeira ao Poder Judiciário mais de uma ação – o que dependerá da variação de um de seus elementos –, haverá tantos objetos do processo quantas forem as ações requeridas. A ação proposta, assim, é o objeto do processo.

Pode-se argumentar que a conclusão é particularizada – e, portanto, destituída de utilidade prática –, porque esta ação a que nos referimos não é a ação majoritariamente reconhecida pela doutrina nacional, mas, sim, a ação de direito material, entendida hoje como o exercício de um direito subjetivo independentemente da vontade ou do comportamento do devedor. De fato, a ação a que nos referimos é justamente a ação de direito material, cuja adoção defendemos acima.

É preciso observar, contudo, que ainda que se atribua os três elementos – partes, causa de pedir e pedido – a outra categoria, por se negar

⁹⁴ Há exceção no caso de exercício de direitos potestativos, como veremos adiante.

validade ao conceito de ação de direito material, será impossível abrir mão dos elementos para compor o objeto do processo. Ainda que se diga que os três elementos são, por exemplo, da demanda, será preciso pensar o objeto do processo a partir deles.

Chiovenda, por exemplo, que, conforme suas clássicas lições, entendia que o processo servia à atuação da vontade da lei e que a ação nada mais era do que o poder jurídico de realizar a condição para atuação desta vontade, concebia o objeto do processo como a vontade concreta da lei cuja atuação é requerida⁹⁵ mais a própria ação.

Em relação à ação, Chiovenda deixava claro que a operação de sua identificação levava em conta a ação vista em exercício. Como, em sua opinião, a ação se exercia por meio da demanda, Chiovenda, equiparava, então, a identificação da ação à identificação da demanda – embora preferisse falar em identificação da ação, dado que o problema teria origem na ação.⁹⁶

Em qualquer dos casos, porém, Chiovenda não descuidava que a identificação das categorias era determinada pelos três elementos. “Toda ação resulta de três elementos, os quais se nos oferecem claramente, desde que se

⁹⁵ “De quanto se assentou, resulta que objeto do processo é a vontade concreta da lei, cuja afirmação e atuação se reclama, assim como o próprio poder de reclamar-lhe a atenção, isto é, a ação.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1, p. 50).

Ainda que se ratificasse a teoria de Chiovenda a respeito da jurisdição e da ação, pensamos que a inclusão da vontade concreta da lei cuja atuação é requerida no objeto do processo seria discutível. Analise-se, por exemplo, o seguinte trecho da obra do autor: “Se uma relação jurídica dá origem a diferentes vontades concretas de lei, pode constituir objeto do processo cada vontade de per si, ou o complexo de vontades, conforme a demanda. Reclamada a atuação de uma vontade, pode tornar-se sucessivamente objeto da lide o complexo das vontades mediante uma ação declaratória incidental. De outro modo, o objeto do processo permanece limitado à vontade singular da lei cuja atuação se reclama, quando a relação jurídica simplesmente se deduz em juízo como título ou causa da vontade a ser atuada (supra, ns. 2, 5). Uma coisa, portanto, é que uma vontade de lei seja deduzida em juízo, outra é que forme objeto do processo” (Idem, *ibidem*).

O trecho indica que somente haveria outro objeto do processo se existisse uma outra reclamação de atuação da vontade da lei. Note-se, agora, que essa outra reclamação de atuação de vontade da lei parece ser justamente a dedução de outra causa de pedir e pedido. O caso, assim, é certamente de pluralidade de objetos do processo, mas não pela existência de pluralidade de atuações de vontades da lei, mas, sim, pela existência de pluralidade de ações. Isso indicaria, a nosso ver, a possibilidade de pensar o objeto do processo apenas a partir da ação.

⁹⁶ “Conhece-se por identificação das ações a operação por meio da qual se confrontam entre si várias ações com o fim de estabelecer se são idênticas ou diversas. E a doutrina da identificação propõe-se fornecer os critérios para semelhante operação. O problema encara as ações em seu exercício; e, pois que a ação se exerce com a demanda, identificação das ações significa identificação das demandas. Como, no entanto, os critérios para resolvê-los são extraídos da essência da ação, o assunto se enquadra neste lugar, tanto mais que a frequência das ocasiões que o processo oferece para a aplicação desses critérios exige que sejam fixados em via geral” (Idem, p. 353).

análise a propositura de uma demanda judicial, conforme a tenha o autor formulado mais ou menos explicitamente; e essa análise é da máxima importância para a doutrina da identificação das ações e para todas as doutrinas que dela se desenvolvem (coisa julgada, litispendência, novidade da demanda, poderes do juiz).⁹⁷ Da mesma obra: “Daí deriva esta primeira proposição: duas ações e duas demandas são idênticas quando têm de comum todos os três elementos. A diversidade de um só elemento acarreta diferença de ação.”⁹⁸

A equiparação do objeto do processo à ação parece-nos perfeita porque, em primeiro lugar, representa justamente o que o conceito significa e, em segundo lugar, evita falar em duas ordens de categorias processuais autônomas, uma relacionada à ação e outra ao objeto do processo. Aliás, diante da identidade das categorias, indaga-se mesmo se não seria conveniente para o ensino e emprego do direito processual deixar de utilizar o termo objeto (litigioso) do processo, ou, ao menos, diminuir a ênfase atribuída a ele. Lembre-se que a expressão é utilizada predominantemente na Alemanha, onde a doutrina não costuma trabalhar o processo a partir da ação. No Brasil, onde a ação sempre ocupou posição de destaque, seja na doutrina, seja no próprio ordenamento processual, não há necessidade de que isso ocorra.

O que importa, sobretudo, é evitar que a utilização do termo traga confusão à compreensão do processo civil ao invés de facilitá-la. Cândido Dinamarco, inegavelmente e com méritos um dos maiores processualistas brasileiros, limita o objeto do processo, por exemplo, ao pedido, definindo-o como “a pretensão a um bem da vida, quando apresentada ao Estado-juiz em busca de reconhecimento ou satisfação”.⁹⁹ Embora Dinamarco indique que é na capacidade de absorver pedidos e dar-lhes solução segundo o direito que se encontra a utilidade do processo,¹⁰⁰ o autor reconhece que o pedido, por si só, é insuficiente para definir outras categorias processuais, como chegou a sustentar a doutrina alemã. De modo que se indaga qual, afinal, seria a utilidade em trabalhar com esse conceito de objeto do processo, que não se confunde com a ação nem com a demanda, nem gera repercussão para outras

⁹⁷ Idem, p. 31.

⁹⁸ Idem, p. 354.

⁹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 180.

¹⁰⁰ Idem, p. 184.

categorias processuais. Indaga-se, aliás, por que utilizar a expressão objeto do processo, ao invés de fazer menção apenas ao pedido, já que os conceitos equiparar-se-iam.

Outro conceito em processo civil que não deveria ser apartado da ação proposta é o conceito de mérito. Há julgamento de mérito quando o juiz avalia se a ação proposta pelo autor deve ser realizada ou não. A ação será procedente, e deverá ser realizada pelo Poder Judiciário no lugar do autor, se constatada a existência de um direito descumprido ou ameaçado de descumprimento. De outro lado, a ação será improcedente, e o Poder Judiciário deverá declarar o fato, quando não constatar a existência de um direito descumprido ou ameaçado – seja porque o próprio direito não existe, seja porque, embora exista, não foi descumprido ou ameaçado. Em ambos os casos, porém, haverá julgamento de mérito.

Ao contrário, não haverá julgamento de mérito quando o juiz não avaliar se a ação proposta pelo autor deverá ser realizada ou não, seja por conta de questões processuais, seja pela própria impossibilidade de identificação de uma ação proposta.

A equiparação entre mérito e ação proposta pode ser confirmada por outro raciocínio: só haverá julgamento de mérito se tiverem sido indicadas as partes, a causa de pedir e o pedido, que formam o conteúdo mínimo de um julgamento que não se limita a questões processuais.

3.6. Requisitos processuais preliminares ao julgamento de mérito

O julgamento do mérito depende da identificação de uma ação proposta, mas depende também do preenchimento de requisitos processuais. A princípio, ainda que seja possível identificar uma ação proposta, na falta de tais requisitos não será possível proferir um julgamento de mérito. Por conta disso, o preenchimento de tais requisitos deve ser aferido o quanto antes no processo.

A doutrina costuma identificar duas ordens de requisitos processuais: as condições da ação e os pressupostos processuais. As condições da ação são concebidas, como o próprio nome revela, como as condições de existência

da própria ação, enquanto os pressupostos processuais são tidos como os requisitos de validade do processo.

Nosso Código de Processo Civil indica três condições da ação (art. 267, VI): a legitimidade das partes, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido. Discute-se muito hoje em dia, contudo, a validade e a conveniência da construção teórica. A construção está ligada à concepção de ação que não atribui a ação processual a todo e qualquer cidadão, mas apenas àqueles que demonstram o preenchimento das condições. Assim, os adeptos dessa concepção, para explicar por que qualquer cidadão deve ter sua demanda processada pelo Poder Judiciário, ainda que seja apenas para ser considerado carecedor da ação, precisam lançar mão de outro direito, o direito de acesso aos tribunais, que assentam na Constituição. A duplicação de direitos não parece necessária e causa estranhamento.

Além disso, a decisão, exclusivamente processual, que reconhece a falta de uma das condições da ação, pode ser substituída por um julgamento de mérito. Dizer que o autor é parte ilegítima no processo, na verdade, é o mesmo que dizer que o autor não tem direito contra o réu. Concluir pela falta de interesse de agir significa dizer que o autor pode até ser titular de direito contra o réu, mas que este direito ainda não pode ser exigido, porque ainda não foi dotado de pretensão, ou não pode ser acionado, porque a pretensão ainda não foi desobedecida.¹⁰¹ Por fim, concluir pela impossibilidade jurídica do pedido também significa reconhecer a falta do direito alegado pelo autor, ou, ao menos, a impossibilidade de que este direito seja exercido da maneira solicitada. Em todos os casos, há negativa de realização da ação proposta, o que significa julgamento de improcedência.

Quanto à conveniência do emprego das condições da ação, deve-se reconhecer que a construção tem o inequívoco propósito positivo de evitar o

¹⁰¹ A doutrina costuma sustentar que o interesse de agir estaria preenchido caso presentes a necessidade do provimento jurisdicional e a adequação da via eleita. A adequação da via eleita, contudo, estaria melhor classificada se incluída entre os pressupostos processuais (requisitos de validade do processo, conforme visto abaixo). Todas as condições da ação têm fundamento no direito material, pois buscam, de alguma forma, indicar se o autor pode mesmo ser titular do direito que alega ter e se pode vê-lo atuado forçadamente, ainda que, adiante, reconheça-se que ele não é titular do direito ou, apesar de sê-lo, que ele não pode executá-lo. A verificação da adequação da via eleita não tem a mesma finalidade, pois busca apontar, tão-somente, se o procedimento escolhido para fazer valer determinado direito em juízo é ou não adequado.

processamento de demandas inúteis, além de evitar que pessoas sejam incluídas em um processo judicial e sofram, sem motivo justificado, as consequências penosas advindas do fato. Indaga-se, contudo, se os objetivos não seriam atingidos mesmo sem a adoção das condições da ação, e talvez até com mais força. Note-se que o reconhecimento de carência de ação implica em extinção do processo sem julgamento do mérito, o que indica a possibilidade de nova proposição da mesma ação contra o réu, e a repetição dos efeitos nocivos correspondentes ao fato de ser demandado. De outro lado, realizado julgamento de mérito, a proposição da mesma ação implica em ofensa à coisa julgada, o que torna menos exposta a posição do réu.

Por conta de tais motivos, é possível e parece recomendável abandonar a categoria das condições da ação. Contudo, ainda que se continue empregando a construção, com a qual boa parte dos operadores do direito tem familiaridade e que ainda goza de previsão legal, parece necessário abrandar o emprego da construção.

Para Luiz Guilherme Marinoni, por exemplo, o reconhecimento de carência de ação somente deve ocorrer no início do processo, quando o juiz não tem condições de julgar o mérito. Caso contrário, deve ser proferida sentença de mérito.¹⁰² José Roberto dos Santos Bedaque, por sua vez, que indica existir julgamento de mérito em determinados casos tidos como de carência de ação e que sustenta que a não verificação da falta de uma das condições da ação no tempo adequado deve levar à sua desconsideração e a julgamento do mérito (caso não prejudique a parte cuja condição da ação visa proteger – ou seja, o réu), entende que, mesmo sendo proferida sentença que

¹⁰² “Não há lógica e utilidade em admitir uma sentença de extinção do processo sem julgamento do mérito ao final do processo, quando o juiz pode reconhecer que o autor não é titular do direito material (legitimidade para a causa?) ou que o autor não pode exigir o pagamento de uma dívida por ela não estar vencida (ausência de interesse de agir?). Se a ação se desenvolve até a última fase do processo, chega-se a um momento em que o juiz está apto para reconhecer a existência ou a inexistência do direito material ou para julgar o mérito ou o pedido, de modo que não há racionalidade em sustentar que a sentença, nessa ocasião, pode simplesmente extinguir o processo sem julgamento do mérito. A menos quando se vê o preenchimento das condições da ação como uma garantia de que o processo não se desenvolverá de forma inútil. Ou seja, quando se entende que as condições da ação têm a sua função ligada ao princípio da economia processual – ou precisamente com a necessidade de impedir o desenvolvimento do processo quando o juiz não pode julgar o mérito por faltar uma das condições da ação (de forma inútil) –, não há qualquer lógica em admitir que o juiz declare a ausência de uma condição da ação ao final do processo, pois nesse caso se estará admitindo a sua inutilidade após dois ou três anos do seu início” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*, p. 180-181).

reconheça carência de ação, a decisão será apta a adquirir a qualidade da coisa julgada material, nos limites das questões substanciais solicitadas.¹⁰³

A segunda ordem de requisitos processuais preliminares ao julgamento de mérito identificada pela doutrina é a dos pressupostos processuais, considerados requisitos de validade do processo. A expressão, como seus próprios termos permitem notar, foi empregada originariamente para destacar os pressupostos necessários à existência do processo. Com o tempo, contudo, observou-se que os requisitos historicamente identificados como de existência do processo eram, na verdade, requisitos de sua validade. Ou seja, na ausência de tais requisitos, o processo é dotado de alguma nulidade, mas não deixa de existir.¹⁰⁴

São geralmente tidos pela doutrina como pressupostos processuais a existência de demanda regularmente formulada, a existência de citação válida, a regularidade procedimental, a ausência de litispendência, a ausência de coisa julgada e a ausência de perempção, usualmente nomeados como pressupostos objetivos, pois levam em conta o processo em si mesmo. Também são habitualmente considerados pressupostos processuais a capacidade de ser parte, a capacidade de estar em juízo, a capacidade postulatória, a investidura regular do juiz, sua competência absoluta e a ausência de impedimento seu. Esses pressupostos são usualmente nomeados de pressupostos subjetivos, já que levam em conta os sujeitos do processo – autor, réu e juiz.

A construção dos pressupostos processuais não parece sujeita à confrontação quanto à sua validade ou conveniência.

¹⁰³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Obra citada, p. 405-406.

¹⁰⁴ Não é desejo do presente trabalho deduzir afirmação peremptória a respeito dos pressupostos de existência do processo. A medida implicaria na análise das várias teorias sobre a natureza do processo e na remissão a várias situações concretas, o que não convém à fluência do texto. Fosseamos apontar os pressupostos de existência do processo, contudo, indicaríamos apenas dois: a existência de demanda e a investidura do juiz. Os requisitos parecem representar os elementos mínimos para que se reconheça a instauração de um processo. José Roberto dos Santos Bedaque é ainda mais sucinto em suas lições e indica que apenas a investidura do juiz, ou a jurisdição, é requisito para existência do processo. Nem mesmo a existência de demanda, para o autor, seria necessária à existência do processo, pois um processo poderia existir mesmo na ausência de autor e de pedido (Cf. obra citada, p. 212-226). Apesar das percucientes lições do autor (ilustrada com vários exemplos), e da clareza com que as expõe, não as ratificamos, por entender que o que há nestes casos são apenas atos, ou seja, atos documentados, mas não processo, que é relação jurídica e, portanto, algo que exige ao menos a provocação do Estado por uma pessoa.

Apenas a obrigatoriedade de reconhecimento da falta dos pressupostos processuais, em qualquer caso, parece ser posta à prova com sucesso. De acordo com a legislação, o reconhecimento da falta de um pressuposto processual deve ocorrer de ofício, a qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 267, § 3.º, do CPC). Em importante reflexão, contudo, José Roberto dos Santos Bedaque faz ver que, embora os pressupostos processuais busquem dar ordem e segurança ao processo, a maioria está relacionada ao interesse das partes. Por conta disso, caso a falta do pressuposto processual não seja reconhecida no momento adequado, o mérito do processo deverá ser julgado, desde que o resultado não cause prejuízo à parte que o pressuposto processual buscava proteger.¹⁰⁵

Bedaque chega à conclusão depois de notar que o próprio ordenamento processual, em primeiro lugar, determina ao juiz que desconsidere nulidade advinda da não observação de forma, se o ato, realizado de outro modo, alcançar a mesma finalidade, e, em segundo lugar, determina ao magistrado que, se puder, julgue o mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração de nulidade, deixando de pronunciá-la, repetir o ato ou suprir sua falta (arts. 244 e 249, §§ 1.º e 2.º, do CPC).¹⁰⁶ Apenas a existência de incompetência absoluta, na visão de Bedaque, impediria o julgamento do mérito em qualquer circunstância.

As lições parecem irrefutáveis e, ademais, favorecem a efetividade processual.

3.7. A possibilidade de classificar a ação

Diversas classificações da ação são encontradas na doutrina. Entre as mais freqüentes, estão as que classificam a ação como: 1- ação real ou pessoal; 2- ação mobiliária ou imobiliária; 3- ação petítória ou possessória; 4- ação principal ou acessória;¹⁰⁷ 5- ação declaratória, constitutiva ou de condenação, e, ainda, ação mandamental ou executiva; e 6- ação de conhecimento, execução ou cautelar.

¹⁰⁵ Cf. Idem, p. 577.

¹⁰⁶ Cf. Idem, p. 204-211.

¹⁰⁷ V. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1, p. 33-34.

As classificações são baseadas em critérios diversos. As três primeiras classificações citadas acima, por exemplo, levam em conta o direito subjetivo que se busca atuar no processo; a quarta leva em conta a relação existente entre duas ou mais ações julgadas em um mesmo processo; a quinta, a eficácia das ações; e a sexta, a sua finalidade. Indaga-se, contudo, em que medida as classificações seriam válidas.

De acordo com a concepção sustentada neste trabalho, ação é exercício de direito subjetivo independentemente da vontade ou do comportamento do devedor. Trata-se, como visto acima, da ação de direito material. Vista a ação de tal maneira, é certamente possível classificá-la levando em conta o direito subjetivo que se busca atuar no processo. Assim, caso o direito a atuar tenha natureza real, a ação poderá ser chamada de ação real; caso tenha natureza de direito pessoal, a ação poderá ser chamada de ação pessoal, e assim por diante.

Também é certamente possível classificar a ação levando em conta a relação que mantém com outra ação julgada no processo. A reconvenção, por exemplo, será ação acessória em relação à ação proposta pelo autor, assim como serão acessórias a ação declaratória incidental e as ações propostas por força de intervenção de terceiro.

Problemas na classificação da ação, contudo, começam a surgir com a tentativa de classificá-la segundo sua eficácia. É célebre, nesse sentido, a tentativa de Pontes de Miranda de classificar a ação segundo sua eficácia preponderante, por meio da qual o eminente jurista identifica as ações declaratória, constitutiva, condenatória, executiva e mandamental.¹⁰⁸ A classificação falha, contudo, por colocar, lado a lado, categorias distintas, pois trata indistintamente de ações e técnicas processuais.

É certa, por exemplo, a existência da ação declaratória, que declara a existência ou inexistência de uma relação jurídica. Por meio dela, atua-se forçadamente o direito subjetivo do autor de ver reconhecida a existência, ou a inexistência, de determinada relação jurídica, que o vincula, ou não, ao réu.¹⁰⁹

¹⁰⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*, t. 1, p. 117 e ss.

¹⁰⁹ É assente na doutrina e jurisprudência o entendimento de que é pressuposto para a obtenção de uma sentença declaratória a existência de interesse por parte de quem vem a juízo. Diz-se, inclusive, e com acerto, que o interesse que legitima a ação declaratória “deve ser demonstrado objetivamente. Não basta o autor estar em estado de dúvida a respeito de

A ação declaratória declara, ainda, a autenticidade ou falsidade de documento, na hipótese do art. 4º, II, do CPC. Também nesse caso exercita-se um direito ao reconhecimento, desta vez em relação à autenticidade ou não de determinado documento.

A ação constitutiva igualmente existe. Por meio dela, promove-se a alteração, constituição ou extinção de uma relação jurídica. A exemplo das demais ações, a ação constitutiva realiza forçadamente um direito – embora, aqui, sob fundamento diverso.¹¹⁰

seu direito para que a demanda seja procedente. Ele haverá de demonstrar que a incerteza provém de alguma circunstância externa e objetiva, diversa e mais grave do que a simples incerteza subjetiva, ou puramente acadêmica” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v. 1, p. 163). Note-se, agora, que a exigência deste interesse na obtenção da declaração indica que a prolação de uma sentença declaratória pressupõe a existência de uma lesão a um direito ao reconhecimento da existência ou inexistência de uma determinada relação jurídica, ou a existência de uma possível lesão a este direito. Isso não ocorre por acaso, mas justamente porque a ação declaratória atua forçadamente esse direito, caso tenha sido, ou possa ser, descumprido.

Parte considerável da doutrina não gosta de pensar na efetiva existência de um direito à declaração, especialmente de um direito a uma declaração negativa. Não nos parece, contudo, que seja assim. Ora, se não há um direito subjetivo à declaração, seja ela negativa ou positiva, o que justificaria a inclusão de uma outra pessoa no pólo passivo de um processo em que se busca a declaração? Por acaso, no processo declaratório, só haveria exercício de direito contra o Estado (ação processual), e não pedido de exercício forçado de direito contra a outra parte (exercício de ação de direito material)? O que justificaria a concessão de oportunidade ao réu para defender-se, por exemplo? E a participação do réu na instrução probatória, que fim teria? Não há respostas razoáveis para essas perguntas. Parece-nos claro que, se alguém vai a juízo para reclamar uma declaração, e para isto é obrigado a demonstrar uma situação de incerteza, o que está a fazer não é nada mais do que a formulação de um pedido de atuação forçada de um direito não observado pelo réu, que não reconheceu o que deveria ter reconhecido espontaneamente. Pense-se no seguinte exemplo: por acaso, poderia alguém ingressar na Justiça para ver-se declarado proprietário de determinado bem por motivos de conveniência, ainda que dúvida alguma existisse em relação a esta propriedade? É claro que não. Veja que, nesse caso, sequer seria possível imaginar quem deveria figurar no pólo passivo da ação. Em nossa opinião, sendo proposta ação declaratória e restando comprovado no processo que não há ou nunca houve qualquer situação de incerteza envolvendo a relação jurídica objeto de apreciação, o juiz deve julgar improcedente a ação, condenando o autor ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios do patrono da outra parte. Isso porque o direito que se busca atuar em juízo já está satisfeito. Pensar o contrário significaria fazer do Judiciário palco para enriquecimento ilícito de autores, e, do juiz, um profissional dedicado a atestar o óbvio, ao invés de julgar. É por tudo isso que, na defesa da existência de um direito à declaração, ratificamos integralmente conhecida lição de Pontes de Miranda: “Tem havido certa lentidão e certa dificuldade em perceberem os juristas que da existência do direito de B contra mim, nascido de relação jurídica entre mim e B, deriva, para mim, o dever de reconhecê-la e, pois, aos seus efeitos, e para ele o direito, a pretensão e a ação para isso. Se não existe essa relação jurídica, que B afirma existir, e tenho interesse em pôr-se claro (= declarar-se) que não existe, a promessa de tutela jurídica de incidência de regras jurídicas, que o Estado faz a todos, estaria sacrificada, se não tivesse eu direito, pretensão e ação para a declaração negativa.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*, t. 1, p.118).

¹¹⁰ A ação constitutiva realiza forçadamente direitos potestativos. Como visto, por não dependerem de prestação alguma do devedor para serem satisfeitos, os direitos dessa natureza, ao contrário dos direitos subjetivos em sentido estrito – também chamados de direitos à prestação –, são insuscetíveis de lesão. Àquele que ocupa posição contrária à do

A classificação de Pontes de Miranda apresenta sua primeira falha ao apresentar a ação condenatória. Certamente, não existe uma ação condenatória, no sentido de ação que atua forçadamente um direito subjetivo. A condenação é técnica processual à disposição do Poder Judiciário, e não ação propriamente. Tanto que a simples condenação não realiza forçadamente direito algum, mas apenas exorta o réu ao cumprimento da sentença e abre espaço para a execução forçada, esta, sim, realizadora da ação.

Também não é possível falar em ação mandamental. A determinação ao réu para que cumpra o que foi determinado pelo juízo também, por si só, não realiza forçadamente um direito subjetivo. Aliás, isso fica claro porque, quando instado a tanto pelo Poder Judiciário, é o próprio réu que cumpre o dever que lhe incumbe e, assim, atende o direito que o autor busca atuar. A expedição de ordem ao réu é apenas uma técnica processual, um meio, enfim, de atuação do Poder Judiciário.

De outro lado, é seguramente possível conceber uma ação executiva. Essa ação é costumeiramente definida como “aquela pela qual se passa para a esfera jurídica de alguém o que nela devia estar, e não está”,¹¹¹ o que, de fato, designa a realização forçada de um direito subjetivo. Não nos parece, contudo, que a ação deva ser pensada – como por vezes se faz – exclusivamente em relação a certos tipos de direitos, como os direitos reais, por exemplo. Na ausência de identificação de uma outra ação, a que seria a sexta em relação as cinco sustentadas pela doutrina, parece possível estender a ação executiva para a realização forçada de outros tipos de direitos, como os direitos obrigacionais, por exemplo. A expropriação que segue a penhora na execução de pagamento de quantia tem clara natureza de realização forçada de direito e,

titular do direito potestativo não cabe adotar comportamento algum para satisfazer o direito respectivo, mas apenas se sujeitar. Como também já visto, em razão desta característica, os direitos potestativos, em regra, são exercidos por simples declaração de vontade de seu titular. Ao contrário do que ocorre na maioria das vezes, no entanto, alguns direitos potestativos, em virtude da repercussão que seu exercício acarreta para a coletividade, não podem ser exercidos por simples declaração de vontade. Nesses casos, para que sejam exercidos, é necessário instaurar um processo judicial, o qual é desencadeado por meio de uma ação de natureza constitutiva. É o caso, por exemplo, da ação de anulação de ato jurídico. Perceba-se que, nesses casos, o fundamento para atuar forçadamente o direito potestativo – como o direito à anulação –, não é o fato de o direito ter sido descumprido – já que isso seria impossível –, mas a relevância para a coletividade do direito potestativo que se busca exercer. É por isso que se afirmou que a atuação forçada de um direito, realizada pela ação constitutiva, tem fundamento distinto daquela realizada pelas demais espécies de ações.

¹¹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*, t. 1, p.122.

por conta disso, de ação, e não há motivo para não classificá-la, também, de ação executiva.

Aliás, Ovídio Baptista, ao negar a existência de uma ação condenatória, sustentou que a ação proposta em processo que enseja sentença condenatória é, na verdade, ação executiva: “A conclusão, portanto, é a seguinte: temos sentenças condenatórias, mas não temos uma correspondente ação condenatória. Quem exerce o que se diz ‘ação condenatória’, na verdade limita-se a exercer ‘pretensão condenatória’. A verdadeira ação, nesse caso, é executiva ou, se quisermos, ‘condenatória-executiva’”.¹¹²

Assim, retomando a classificação da ação segundo sua eficácia, é possível dizer que uma classificação razoável da ação com base nesse critério contemplaria as ações executiva, declaratória e constitutiva. A ação executiva designaria a realização forçada de direitos subjetivos em geral, enquanto a ação declaratória designaria a realização forçada do direito subjetivo ao reconhecimento, e a ação constitutiva, a realização de direitos potestativos.¹¹³

A classificação das ações segundo sua finalidade em ações de conhecimento, execução ou cautelar também apresenta falhas. Parece razoável pensar na existência de uma ação cautelar, que busca acautelar outro direito e, por consequência, outra ação, e que, assim, distingue-se da ação principal.

Contudo, não parece possível distinguir a ação da fase de conhecimento daquela da fase de execução. A ação é exatamente a mesma, alterando-se apenas o modo como é encarada ao longo do processo. Na fase de conhecimento, a ação é analisada, enquanto que na fase de execução é realizada.¹¹⁴ A conclusão vale também para a execução de títulos

¹¹² SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v.1, 174.

¹¹³ As ações declaratória e constitutiva são realizadas por meio das sentenças declaratória e constitutiva, respectivamente. Em virtude de a prolação de tais sentenças bastar, por si só, para realizar os direitos acionados no processo, as sentenças são chamadas de sentenças satisfativas. A ação executiva, na concepção sustentada pelo trabalho, pode ensejar a prolação das sentenças condenatória, mandamental e executiva. Tais sentenças dependem de medidas externas aos autos do processo para efetivarem os direitos acionados no processo e, por conta disso, são chamadas de sentenças não-satisfativas (sobre a diferença entre sentenças satisfativas e não-satisfativas, e as consequências decorrentes de tal distinção, ver MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, p. 94 e ss.).

¹¹⁴ Versando ainda sobre a disciplina antiga do Código de Processo Civil, que previa a existência de processo autônomo de execução inclusive para os títulos executivos judiciais, e

extrajudiciais, embora aqui a execução preceda a fase de conhecimento, cuja instauração é de responsabilidade do executado. Note-se que também nesse tipo de execução há realização de ação.

Enfim, é possível classificar a ação, embora a providência não se dê sem questionamento – talvez por isso, aliás, fortalece-se a tendência de classificar as formas de tutela, ao invés de classificar as ações ou as sentenças.

De qualquer forma, o interesse em classificar a ação não é apenas teórico. A classificação da ação permite uma melhor compreensão do conceito, o que, por sua vez, possibilita um manejo mais adequado da própria ação e de seus institutos correlatos.

Para finalizar o capítulo, importa verificar a questão do nome da ação. Considerando que a ação designa um agir, na forma da realização forçada de um direito subjetivo, parece adequado atribuir um nome à ação de acordo com o agir que se requer. Uma ação que utiliza as técnicas do art. 461 do CPC, por exemplo, pode ser chamada de ação para cumprimento de dever de fazer ou não fazer – ou ação de dever de fazer ou não fazer, ou, ainda, de ação de direito a um fazer ou a um não fazer, já que é possível utilizar várias expressões para designar a mesma ideia. Uma ação que utiliza as técnicas do art. 461-A, por sua vez, pode ser chamada de ação para cumprimento de dever de entrega de coisa, entre outras denominações.

Muitas vezes, o ordenamento processual brasileiro baseia-se no agir que o autor requer para nomear várias ações, o que acontece, por exemplo, quando batiza a ação de reintegração de posse, a ação de manutenção de posse, a ação de prestação de contas, a ação de usucapião, a ação de despejo e os embargos de terceiro.

Nem sempre isso ocorre, contudo, já que o ordenamento também atribui nomes às ações a partir de outros critérios. São critérios utilizados nesse

fazendo notar que a ação proposta na fase de conhecimento era a mesma realizada no processo de execução, Ovídio Baptista sustentou a necessidade de eliminar a autonomia da ação condenatória: “A sentença condenatória deve funcionar como sentença incidental, contendo julgamento parcial de mérito, devendo a relação processual prosseguir executivamente. Por uma determinação lógica, imposta pelo próprio sistema, devemos eliminar a autonomia da ação condenatória, de modo que a execução que se seguir à sentença de procedência seja simples fase final de uma única ação, que, começando com a petição inicial, prossiga até o ato final realizador da pretensão” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v.1, 174).

fim, por exemplo: 1- a indicação de parte do agir que se busca com o processo (ação de nunciação de obra nova e ação de inventário); 2- a indicação da técnica processual buscada (mandado de segurança, interdito proibitório e ação monitória); e, ainda, 3- a indicação de palavra que mais imediatamente designa a discussão judicial travada nos autos (ação de depósito).

Embora a designação das ações pelo agir requerido fosse a medida mais adequada, a existência de critérios diferentes para batizar as ações, somada da prática reiterada em mencioná-las, deve, certamente, dispensar a exigência de uma nomenclatura padrão para as ações indicadas no ordenamento. Como afirma Cássio Scarpinella Bueno, como as expressões empregadas para nomear as ações “representam suficientemente realidades jurídicas, não há nenhum mal em empregá-las, mas ainda no dia-a-dia do foro”.¹¹⁵ Além disso, as coisas são o que são, e não o que se diz sobre elas. Ainda que o magistrado entenda que a ação proposta não foi adequadamente nomeada, competir-lhe-á identificar a ação requerida e atuá-la, caso seja possível. É inaceitável que deixe de decidir alegando desacerto no nome atribuído à ação.

¹¹⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. Obra citada, p. 344.

PARTE II - ELEMENTOS DA AÇÃO

4. OS ELEMENTOS DA AÇÃO

Com o fim de identificar a propositura de uma ação, e de distinguir uma ação proposta de outra, o gênio romano chegou a três elementos: as partes, a causa de pedir e o pedido. Constatou-se que os conceitos formam o conteúdo mínimo necessário para que um caso seja analisado e decidido pelo magistrado, ou, em outras palavras, constatou-se que, na ausência de qualquer um deles, é impossível ao juiz conhecer e resolver um litígio.

A narração de alguns fatos e a dedução de um ou mais pedidos podem levar o magistrado a compreender o que se passa e o que se deseja com a instauração do processo, mas sem que as partes sejam identificadas será impossível adotar qualquer providência. A indicação das partes e a dedução de um ou mais pedidos, por sua vez, podem permitir ao magistrado compreender o que se pede, quem pede e contra quem se pede, mas sem que fatos sejam narrados o juiz não poderá avaliar se o direito à providência solicitada existe. A indicação das partes e a narração de alguns fatos, por fim, podem levar o juiz a visualizar quem pede, contra quem e por que, mas, na falta da dedução de um ou mais pedidos, será impossível identificar o que fazer.

A teoria dos três elementos, assim, não é aleatória – e nem mais tanto teórica, já que a prática demonstrou suficientemente sua validade.

Acima, sustentou-se que os três elementos compõem a ação de direito material requerida pelo autor. Assim foi feito por se entender que, justamente por meio da indicação dos três elementos, o autor permite ao Poder Judiciário a visualização da ação de direito material que deseja. É mais frequente na doutrina, contudo, a atribuição dos três elementos a outras categorias, especialmente à ação processual ou à demanda – até mesmo em virtude do desconhecimento ou da negação da teoria da ação de direito material. Desde que percebida a real função dos três elementos, e não havendo prejuízo à prática processual, não parece existir problema na medida.

No campo teórico, contudo, é necessário insistir na ligação dos três elementos à ação (de direito material), ao invés de relacioná-los à demanda ou à ação processual. A conclusão provém do raciocínio de que a ausência de algum ou de alguns elementos da ação processual ou da demanda¹¹⁶ representaria tanto a negação delas mesmas quanto a negação do processo.

A palavra elemento designa algo que integra a composição de um objeto. Assim, afirmar que falta algum ou faltam alguns elementos a um dado objeto significa o mesmo que dizer que ele não existe. Com a ação processual e demanda não poderia ser diferente. Dizer, pois, que não há um ou mais elementos de uma ação processual ou demanda tem que significar, ao mesmo tempo, a afirmação de sua inexistência. Além disso, como a ação processual ou a demanda tem por contraponto a realização de um processo, tem que significar, ainda, a afirmação da inexistência do próprio processo, haja vista que, se aquelas não existem, este, que é simples resultado delas, também não pode existir.

Assim, já que a realidade revela ser possível a existência de ação processual, demanda e processo sem que sejam deduzidas partes, causa de pedir ou pedido, é porque elementos delas não são. Aliás, a própria providência processual que segue a constatação da ausência de um ou mais dos elementos – a extinção do processo sem julgamento do mérito –, comprova o fato, já que só pode ser extinto aquilo que existe.¹¹⁷

¹¹⁶ Há um certo consenso na doutrina na definição da demanda como o ato jurídico que dá início ao processo. Assim, por exemplo, para Giuseppe Chiovenda, demanda era “o ato pelo qual a parte, afirmando existente uma vontade concreta da lei, que lhe garante um bem, declara querer que essa vontade se atue, e invoca para êsse fim a autoridade do órgão jurisdicional” (*Instituições de Direito Processual Civil*, v. 2, p. 297). Para Pontes de Miranda, também, era “o ato jurídico com o qual o autor põe o juiz na obrigação de resolver a questão, ainda que seja ‘se cabe a constituição ou o mandamento, ou a execução’” (*Tratado das Ações*, t. 1, p. 236) – o autor repete a definição em obra posterior, mas substitui ato jurídico por negócio jurídico (*Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 1, p. XIX). A demanda não se confunde com a petição inicial, que é apenas o instrumento por meio da qual ela se manifesta. Conforme Cândido Dinamarco, “A petição inicial, como *papel* em que os termos da demanda estão escritos (art. 282), não é *um ato* mas a representação física de um ato – assim como a escritura instrumentalizadora de um contrato não é o contrato” (*Instituições de Direito Processual Civil*, v. 2, p. 104).

¹¹⁷ Ademais, a ação processual é usualmente concebida pela doutrina como um direito, como visto acima. Com tal qualidade, esta “ação” tem que ter precedência lógica à dedução da das partes, causa de pedir e pedido, e, por conta disso, não pode ser composta por esses três dados fundamentais. O direito de “ação” é sempre o mesmo, independentemente dos elementos deduzidos. Percebendo este fato, Cândido Dinamarco atribui os três elementos à demanda (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1, p. 302). Todavia, conforme analisado neste momento, também esta imputação não é válida.

Partes, causa de pedir e o pedido, portanto, não são elementos da ação processual ou da demanda, mas apenas dados que uma demanda ou o exercício de uma ação processual podem veicular. A relação existente entre estas e aqueles é a de principal e complementar, e não a de composto e componente.^{118 119}

4.1. A identificação da ação

Tendo em conta que são três os elementos da ação, a cada grupo formado por eles teremos uma ação, o que significa que, havendo mais de um grupo dos três elementos, teremos mais de uma ação, conforme o número de grupos formados. Da mesma forma, variando um dos elementos, uma nova ação poderá ser identificada, nos termos do art. 301, § 2º, do Código de Processo Civil, segundo o qual “uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido”.¹²⁰

¹¹⁸ E como uma demanda ou o exercício de uma ação processual veiculam justamente uma proposta de ação de direito material, parece suficientemente comprovada a ligação dos três elementos a esta última ação. É importante notar que a identificação dos três elementos resulta da análise da ação de direito material requerida pelo autor e não da ação a que, porventura, haja um poder de realizar. O que importa como objeto de apreciação judicial é, pois, a ação buscada pelo autor, seja possível ou não.

¹¹⁹ Não é papel deste trabalho desvelar quais seriam, afinal, os elementos da demanda ou da ação processual, mas pode-se aproveitar o momento para um exercício de reflexão. Em relação à demanda, em primeiro lugar, parece-nos que sempre que alguém declarar vontade de obtenção de provimento jurisdicional, e desde que tal declaração seja reduzida à forma escrita – exceção feita às declarações orais admitidas nos Juizados Especiais –, poder-se-á falar nela. Assim, por exemplo, haverá demanda mesmo que a petição que a instrumentalize for pessimamente redigida e, por isso, apresente-se incompleta ou até mesmo incompreensível para o juiz. Haverá aí processo, e o juiz terá que adotar alguma providência jurisdicional, nem que seja a de extinguir liminarmente o processo por total inépcia da inicial. Já quando das circunstâncias ficar óbvio que não há declaração de vontade de obtenção de provimento jurisdicional, de demanda não se poderá falar. É o que aconteceria, por exemplo, se, por engano, um bilhete escrito por alguém que prestou serviços para um dado fórum, em que comunicasse ao juiz diretor o encerramento do trabalho e o desejo de receber a remuneração respectiva, fosse distribuído no lugar de uma petição inicial; ou quando também fosse distribuído por engano um desenho que a filha de um magistrado endereçasse a seu pai. Nesses casos, demanda não haveria, do mesmo modo que não haveria processo, e o juiz que recebesse o recibo ou o desenho não precisaria adotar providência jurisdicional alguma. Apontar os elementos da ação processual é tarefa mais simples. Essa “ação” é usualmente vista como um direito pela doutrina. Seus elementos, assim, devem ser aqueles suficientes para fazer surgir o direito: as condições da ação, no caso da teoria eclética da ação, e a existência de uma pessoa, no caso das teorias que atribuem a ação a todo e qualquer cidadão. Para a teoria da ação de direito material, a “ação”, como visto acima, significa hodiernamente o exercício do direito subjetivo de acesso aos tribunais. Nesse sentido, equipara-se à demanda, e para ela valem as mesmas ponderações deduzidas acima em relação à demanda.

¹²⁰ Daí que o fato de o Código de Processo Civil pátrio ter sido redigido sobre as lições de Enrico Tullio Liebman e, por isso, não remeter à figura da ação de direito material, não impede

Essa operação de apurar a configuração de uma ação, e de confrontar uma ação com outra, é chamada de identificação da ação. Trata-se de operação fundamental para definir uma série de temas e institutos processuais,¹²¹ conforme veremos na terceira parte deste trabalho.

Antes, contudo, importa passar em revista os conceitos-chave dessa operação, os elementos da ação. Isso porque, na missão de identificar a ação, esses elementos também precisam, de algum modo, ser identificados: primeiro para indicar se, de fato, foram deduzidos no processo; depois, se constatado que foram deduzidos no processo, para apontar se encontram-se em número singular ou plural.

Note-se que o presente trabalho não versará sobre todos os aspectos dos elementos da ação no processo. O objetivo do texto é tratar da identificação da ação e, com esse fim, o exame dos elementos da ação estará voltado a seu conceito e identificação. Em relação ao elemento partes, por exemplo, não versaremos temas como os direitos e deveres das partes no processo, nem nos deteremos na apreciação exaustiva das capacidades envolvendo as partes ou das categorias nomeadas pelo CPC como intervenções de terceiros. Em relação ao pedido, igualmente, não nos deteremos nas espécies de cumulação de pedidos. Apenas a causa de pedir merecerá exame mais detido, mas ainda assim apenas para tratar de sua estrutura, que é mais complexa que a dos demais elementos.

que ele também seja lido a partir dos postulados da corrente que sustenta tal figura, por vezes de forma até mais coerente, como é exemplo o próprio art. 301, §2º.

¹²¹ “Conhece-se por identificação das ações a operação por meio da qual se confrontam entre si várias ações com o fim de estabelecer se são idênticas ou diversas. E a doutrina da identificação propõe-se fornecer os critérios para semelhante operação. O problema encara as ações em seu exercício; e, pois que a ação se exerce com a demanda, identificação das ações significa identificação das demandas. Como, no entanto, os critérios para resolvê-los são extraídos da essência da ação, o assunto se enquadra neste lugar, tanto mais que a frequência das ocasiões que o processo oferece para a aplicação desses critérios exige que sejam fixados em via geral. Exemplos: Não cabem duas decisões de juiz sobre a mesma ação. Não podem pender ao mesmo dois processos sobre a mesma ação. Deve-se manter sem modificação a ação no curso da lide. Não se admitem demandas novas no processo de apelação. Pode recusar-se o juiz numa causa quando uma questão idêntica em direito deva decidir-se em seu interesse. Não pode a sentença pronunciar-se sobre coisa diversa da demanda. Acolhe-se a demanda ainda que o fato jurídico em que se funda a pretensão tenha sobrevivido durante a lide, desde que não se trate de demanda nova. A apelação incidente é necessária para se reproporem em segundo grau as demandas diversas das demandas acolhidas que deram lugar à apelação principal” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1, p. 353).

5. PARTES

5.1 . Conceito de parte

Significativa parcela da doutrina nacional, ao versar sobre o conceito de parte, festeja a célebre definição de Chiovenda, segundo a qual “parte é aquele que demanda em seu próprio nome (ou em cujo nome é demandada) a atuação duma vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada”.¹²² De acordo com a doutrina nacional, a definição permite notar que o conceito é obtido a partir da observação do que ocorre no processo, e não do que ocorre no plano do direito material.

De fato, parte é conceito vinculado ao direito processual. Assim como o autor pode não fazer jus ao pedido que formula, e a causa de pedir por ele deduzida pode não refletir fatos verdadeiros, as partes indicadas podem não representar os verdadeiros sujeitos de uma relação jurídica. Basta que se afirme que determinadas sujeitos ocupam os pólos de uma relação jurídica, contudo, para que se possa falar na dedução das partes.

Fossemos conceituar parte de acordo com nossas palavras, diríamos que parte é aquele que propõe uma ação em seu nome, aquele contra o qual esta ação é proposta e também aquele arrolado para acompanhar a ação proposta. Além da diferença terminológica, fundada na adoção de uma teoria da ação diferente da de Chiovenda, a definição apresenta uma extensão em relação àquela do eminente jurista italiano, com o fim de incluir no conceito de parte o litisconsorte necessário por força de disposição de lei. O fato será melhor compreendido adiante.

Por enquanto, contudo, e a partir das definições fornecidas, deve-se observar que não é parte o representante, que não propõe ação em seu nome, mas, sim, em nome e no interesse do representado – como o pai em nome do filho, o tutor e o curador em nome do tutelado e do curatelado e a associação em nomes dos seus membros, quando autorizada a tanto (art. 5.º, XXI, da Constituição Federal). De outro lado, é parte o substituto processual, que age no interesse de outrem, mas em nome próprio. Assim é o Ministério Público,

¹²² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 2, p. 234.

quando defende direito coletivo em juízo, ou as associações, quando interpõem mandado de segurança (art. 5.º, LXX, da Constituição Federal) ou outra ação coletiva no interesse da categoria que representam.

Por fim, é preciso observar que muitos sujeitos tidos como terceiros são, na verdade, partes, ou porque propõem ações em seu próprio nome, ou porque têm ações propostas diante de si. É o caso dos sujeitos que ingressam no processo na qualidade das figuras disciplinadas pelo CPC no capítulo da intervenção de terceiros (arts. 56 a 80).

5.2. Influência do direito material na disciplina das partes

Na disciplina das partes, e pelo menos para a maior parte da doutrina, o direito material serve para definir a legitimidade de quem demanda ou é demandado. De acordo com essa concepção, é parte legítima quem guarda pertinência com a relação jurídica narrada, ou seja, quem, ao menos a partir do litígio afirmado como existente, pode ser visto como o titular do direito ou do dever a ser exercido (ou, ainda, no caso do réu, da posição de sujeição que corresponde ao direito potestativo do autor).¹²³

Faltando legitimidade a uma das partes, o processo deve ser extinto, posição que é refletida pelo CPC (art. 267, VI).

Ainda de acordo com a maior parte da doutrina, também faltará legitimidade a quem, embora titular do dever ou da posição de sujeição, esteja em juízo desacompanhado de outra pessoa ou de outras pessoas contra quem, conjuntamente, o direito correspondente deveria ser exercido.¹²⁴

Como visto acima, prefere-se não falar em condições da ação – e, portanto, no conceito de legitimidade de partes. Se a parte não tem legitimidade para figurar no processo é porque ou não tem o direito que busca exercer, no caso do autor, ou porque não é titular do dever cuja atuação se

¹²³ Ressalvados os casos de legitimação extraordinária, em que a ordem jurídica atribui legitimidade ativa a alguma pessoa física ou jurídica ou órgão ainda que o direito a exercer não lhe pertença.

¹²⁴ Também faltará legitimidade ao cônjuge que, nas ações do art. 10.º do Código Civil, for a juízo sem o consentimento do outro cônjuge. De acordo com o CPC, a falta de consentimento leva à invalidade do processo (art. 11, parágrafo único), embora haja na doutrina quem prefira pensar em extinção do processo, levando em conta, para tanto, o art. 267, IV, do CPC. É o que sustenta, com coerência, Celso Agrícola Barbi (*Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 1, p. 101).

requer ou não ocupa a posição de sujeição correspondente, no caso do réu. Ou ainda, embora seja titular do dever ou ocupe a posição de sujeição, não pode ter o direito exercido apenas contra si. Assim, em casos como esses, ao invés de deixar de julgar o mérito do processo, o magistrado poderia julgá-lo, reconhecendo a falta de direito, dever ou sujeição e, logo, reconhecendo a improcedência da ação (de direito material, frise-se novamente) proposta.^{125 126}

Outra função exercida pelo direito material em relação às partes diz respeito à sua diferenciação dos sujeitos que, embora não sendo partes, são autorizados a participar do processo. São os chamados terceiros interessados, do qual o assistente é o exemplo por excelência.

A distinção entre partes e terceiros interessados leva em conta o grau de comprometimento das esferas jurídicas dos sujeitos pela decisão judicial, como Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart indicam de forma muito proficiente: “Mediatamente, portanto, as informações do direito material são relevantes para a fixação não do conceito de parte, mas para a separação que aqui se pretende fazer entre a idéia de parte legítima e terceiro interveniente. É o grau de interesse jurídico que atribui ao sujeito a condição de parte legítima, de terceiro interessado ou, ainda, de terceiro indiferente. Esse grau de interesse é medido não com base no direito processual, mas sim de acordo com critérios de direito material, segundo os reflexos da decisão da causa sobre a esfera jurídica do sujeito. Com base nesses elementos, pode-se concluir que será parte, no processo, aquele que demandar em seu nome (ou em nome de quem for demandada) a atuação de uma ação de direito material e aquele outro em face de quem essa ação deva ser atuada. Terceiro

¹²⁵ Ovídio Baptista apresenta lições muito claras a respeito: “Mudando-se as partes transforma-se a lide primitiva em outra. Daí porque a questão da legitimidade para a causa (*legitimitas ad causam*), definida como a pertinência ao autor (legitimação ativa) e ao réu (legitimação passiva) real e efetiva da relação jurídica afirmada como existente, é questão de mérito, e a sentença que declarar inexistente a legitimidade do falso credor decidirá, com força de coisa julgada, sua pretensão em face do réu. (...) Dizer o juiz, em sua sentença, que o falso credor realmente o é não significa apenas afirmar que ele não é titular da relação jurídica material existente entre o verdadeiro credor e o devedor. Significa afirmar que ele – o falso credor – não tem direito, nem pretensão e menos ainda ação (de direito material), contra o réu. O falso credor realmente *carece de ação*, por carecer de qualquer direito!” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v.1, p. 239-240).

¹²⁶ O magistrado não poderá julgar o mérito, contudo, constituindo-se exceção ao raciocínio, quando se tratar de litisconsórcio necessário por disposição de lei e não for arrolado como réu o litisconsorte que deveria acompanhar o titular do dever no processo. O tema será melhor exposto adiante.

interessado será, por exclusão, aquele que não efetivar semelhante demanda no processo, mas, por ter interesse jurídico próprio na solução do conflito (ou, ao menos, afirmar possuí-lo), é autorizado a dele participar sem assumir a condição de parte.”¹²⁷

5.3. Distinção entre partes e elemento partes

Autor e réu: cada um deles, isoladamente, é parte do processo, como não há dificuldade em notar. Quando se faz menção às partes como elemento da ação, contudo, autor e réu devem ser vistos em conjunto, como integrantes de um só objeto. Isso ocorre porque autor e réu, isoladamente, não são elementos da ação. Somente há elemento da ação com a combinação de um autor e um réu – com a reunião de partes, enfim. Por isso, aliás, designa-se o elemento no plural, e não no singular.

A mais básica estrutura de participação de sujeitos em um processo judicial é aquela que envolve um autor e um réu. Há uma série de casos, contudo, em que mais de um autor ou mais de um réu vêm a juízo – casos, enfim, de pluralidade de autores e réus. Isso ocorre, por exemplo, quando duas pessoas litigam contra uma só, quando uma pessoa litiga contra mais de uma, ou quando, ainda, várias pessoas litigam entre si. Uma pergunta que surge daí é se a pluralidade de autores e réus significa, também, a pluralidade de elementos partes.

A pergunta tem bastante sentido porque, sendo as partes elemento da ação, a pluralidade de partes também significaria, a princípio, a existência de pluralidade de ações, o que é fundamental para identificar cada ação proposta.

Em regra, a pluralidade de autores e de réus importa, sim, em pluralidade de elementos partes. Em regra, havendo mais de um autor ou mais de um réu, ou mais de um autor e mais de um réu, haverá tantos elementos partes – e, por consequência, ações –, quantas combinações de autor e réu puderem ser apuradas. Assim, por exemplo, se determinado proprietário requerer em juízo reintegração de posse contra dois esbulhadores, haverá dois elementos partes e, por consequência, duas ações. Se dois compradores

¹²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*, p. 162-163.

requererem indenização contra o mesmo vendedor de determinado bem, haverá também dois elementos partes – e, assim, duas ações. Se dois vizinhos requererem providências contra outros dois vizinhos, haverá quatro ações, e assim por diante.

Cada uma dessas ações, a princípio, seria distinta das demais. Por conta disso, aliás, as ações poderiam até ser julgadas separadamente. O ordenamento jurídico, contudo, com o fim de evitar decisões contraditórias e aproveitar a instrução processual, prefere que as ações que guardem afinidade entre si sejam julgadas ao mesmo tempo. O arranjo de autores e réus que ocorre nesses casos é chamado de litisconsórcio facultativo, que é previsto no art. 46 do CPC.^{128 129}

Embora a pluralidade de autores e de réus importe, em regra, em pluralidade de elementos partes, há, contudo, um caso em que isso não ocorre. Trata-se do caso do litisconsórcio necessário.

Ao lado do litisconsórcio facultativo, prevê o CPC a figura do litisconsórcio necessário, aquele que, nos termos do Código, existe “quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes” (art. 47). É possível, assim, falar em dois tipos desse litisconsórcio: aquele fundado em disposição de lei, e aquele fundado na natureza da relação jurídica. Perpassa a figura do litisconsórcio necessário, distinguindo-o do litisconsórcio facultativo, a ideia de

¹²⁸ Nem sempre duas ou mais pessoas poderão ocupar, ao mesmo tempo, o pólo ativo ou passivo de um processo judicial. Ou seja, nem sempre haverá litisconsórcio, ainda que haja pluralidade de partes. O julgamento conjunto das ações dependerá da satisfação dos objetivos do ordenamento jurídico, como explicam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, ao tratarem do litisconsórcio facultativo: “O litisconsórcio, nesse caso, forma-se em razão da oportunidade da parte, mas também fundado em critério de conveniência do Estado em resolver o conflito, em face de quem quer que seja, da maneira mais rápida e completa possível. Se, ao contrário, isso puder gerar mais tumulto do que benefício (em juízo formulado pela lei, através do critério deduzido no art. 46 do CPC), não se autoriza a cumulação. Assim, em exemplo caricatural, não pode o autor, por sua exclusiva conveniência, cumular ação de despejo em face de ‘A’, ação de cobrança em face de ‘B’ e ação de indenização em face de ‘C’. Por óbvio, essa cumulação, se autorizada fosse, ao invés de colaborar para a solução rápida dos conflitos, somente viria a retardá-los, mostrando-se indevida e inadmissível ” (Idem, p. 165).

¹²⁹ Ressalte-se que o art. 46, embora estabeleça os casos de litisconsórcio facultativo, não estabelece *apenas* os casos desse tipo de litisconsórcio, como leciona Ovídio Baptista: “Esse dispositivo [art. 46] emprega a locução ‘podem litigar’, sugerindo a idéia de *facultatividade* na formação do litisconsórcio, em quaisquer das hipóteses aí numeradas. Essa idéia é falsa: tanto pode acontecer que as fontes indicadas pelo dispositivo formem um litisconsórcio necessário, onde as partes não apenas podem mas *devam* litigar em conjunto, como podem dar origem efetivamente a uma modalidade de litisconsórcio apenas facultativo” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v.1, p. 251).

indispensabilidade. Isso significa que o litisconsórcio deve ser obrigatoriamente formado, sob pena de extinção do processo (art. 47, parágrafo único).

É exemplo de litisconsórcio necessário fundado em disposição de lei aquele determinado pelo art. 10, § 1º, I, do CPC, que exige a citação de ambos os cônjuges nas ações que versem sobre direitos reais imobiliários, ainda que o bem seja de propriedade de um deles apenas, exceto se forem casados no regime da separação absoluta (art. 1.647 do CC). Também é exemplo desse tipo de litisconsórcio aquele que deve existir entre os confinantes do bem usucapido, na ação de usucapião (art. 942 do CPC).¹³⁰

São exemplos de litisconsórcio necessário fundado na natureza da relação jurídica aquele que envolve os sujeitos participantes da fraude contra o credor, na ação pauliana; aquele que envolve todos os sócios, na ação de apuração de haveres; aquele que envolve marido e mulher, na ação de anulação de casamento; aquele que envolve todos os condôminos, na ação de divisão; aquele que envolve os confrontantes, na ação de demarcação; etc. Nesse tipo de litisconsórcio, a natureza da relação de direito material torna impossível o julgamento da situação litigiosa sem a presença de todos os interessados no processo.¹³¹

Ao que parece, o litisconsórcio necessário será sempre passivo. Isso porque a ordem jurídica não impõe a ninguém o dever de propor uma ação. Assim, mesmo em casos em que, aparentemente, alguém não poderia vir a juízo desacompanhado de outra pessoa, o ordenamento jurídico concede-lhe o direito material necessário. É o caso do condômino e do coerdeiro, que podem, respectivamente, reivindicar o bem (art. 1.314 do CC) e a herança (art. 1.791, parágrafo único, do CC) de terceiro, ainda que o façam sozinhos.¹³² Contra a

¹³⁰ Mas não o litisconsórcio entre eventuais condôminos do bem usucapido, que é exigido pela natureza jurídica, e não por disposição de lei.

¹³¹ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v.1, p. 255.

¹³² Embora anote que a exigência de litisconsórcio necessário ativo pode provocar a grave situação de impedir que determinada pessoa vá a juízo, bastando para tanto que o colegitimado se negue a participar da demanda, Cândido Dinamarco entende possível a exigência da figura, desde que rigorosamente restrita às “situações em que, segundo o direito material, cada um dos colegitimados tenha o poder de opor-se aos resultados desejados pelos outros”. Segundo Dinamarco, da “legitimidade conjunta para a realização do negócio jurídico decorre a legitimidade conjunta para postular em juízo os mesmos resultados que este produziria”. Como exemplo, o autor cita a ação de resolução de contrato de compra e venda por compradores que adquiriram o imóvel *pro indiviso* e em comunhão. De acordo com Dinamarco, nesse caso seria lícito a cada um dos compradores “externar preferência pela manutenção do *status quo*, optando então por não demandar (até porque pode considerar

conclusão poderia ser levantado o exemplo do cônjuge, que, por força do art. 10 do CPC, não pode ir a juízo sem o consentimento do outro cônjuge. É preciso notar a respeito, contudo, e em primeiro lugar, que a hipótese não representa caso de litisconsórcio necessário, mas, sim, de autorização necessária para demandar. Isso significa que apenas um dos cônjuges, o autorizado, é parte da ação. Em segundo lugar, é preciso notar que se trata de situação excepcionalíssima, prevista expressamente no ordenamento jurídico – o qual, aliás, também prevê expressamente a medida a adotar pelo cônjuge que não obtém o consentimento necessário (art. 11 do CPC).

Note-se, agora, que, ao contrário do que acontece quando há litisconsórcio facultativo, apenas uma ação é julgada quando se estabelece um litisconsórcio necessário. Isso ocorre porque esse tipo de litisconsórcio é exigido quando se atua em juízo um único direito, que, no entanto, precisa ser exercido contra mais de uma pessoa – no caso do litisconsórcio fundado na natureza da relação jurídica –, ou cujo exercício precisa ser acompanhado de outros sujeitos – no caso do litisconsórcio fundado em disposição de lei.¹³³

prejudicial a resolução contratual)”, explicando que, como “perante o direito material a resolução consensual dependeria sempre do concurso da vontade de todos esses adquirentes – porque a ninguém é lícito dispor de direitos alheios – segue-se a indispensabilidade do litisconsórcio ativo nesse caso.” Dinamarco ainda dá dois outros exemplos de litisconsórcio necessário ativo: “a) se dois ou mais co-proprietários celebram com terceiro um contrato de promessa de compra-e-venda de imóvel, será necessariamente conjunta a demanda de rescisão por inadimplemento do promissário-comprado; b) se um dos contratantes solidários quer a declaração de nulidade do contrato, só com o concurso dos demais ele poderá pleiteá-la em juízo” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1, p. 358). Embora os exemplos fornecidos por Dinamarco provoquem, de fato, reflexão, a exigência de formação de litisconsórcio ativo em casos como esses não parece ser a medida mais adequada. A exigência tolheria o direito fundamental à tutela jurisdicional (art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal) de alguns cidadãos, bastando para tanto que outros sujeitos se negassem a demandar em conjunto. O fato poderia provocar situações de grave injustiça. Imagine-se, por exemplo, a existência de conluio entre o eventual colegitimado para a demanda e a parte contrária. Por conta disso, o mais acertado a fazer neste tipo de situação, parece-nos, é dispensar o litisconsórcio ativo – exigindo, em troca, talvez, a formação de litisconsórcio passivo entre a parte contrária originária e o eventual colegitimado.

¹³³ Em interessante passagem, Ovídio Baptista, após indagar se sempre que houvesse litisconsórcio haveria, também, multiplicidade de ações, ou se em determinados casos isso não ocorreria, conclui pela segunda alternativa: “Sempre que houver litisconsórcio, haverá pluralidade de causas, ou poderá ocorrer que várias pessoas demandem ou sejam demandadas como litisconsortes de uma só causa? Segundo alguns (assim ROSENBERG, *Tratado...* v. 2, § 94, II, 1, b, e § 95, I, 3), a pluralidade de partes caracterizadora do litisconsórcio implica necessariamente em cumulação de lides, ou seja, a cada autor e a cada réu corresponderá uma lide; se o autor demandar contra dois réus, haverá duas lides cumuladas. Já a doutrina italiana, seguindo, em linhas gerais, a teoria de REDENTI (*Il giudizio civile con pluralità di parti*, passim), distingue as hipóteses de litisconsórcio formado por uma única demanda das outras em que haja realmente cumulação subjetiva e objetiva de causas. Parece-nos que esta última solução é mais correta, pois não julgamos apropriado dizer-se que

Perceba-se que, dos exemplos de litisconsórcio necessários fornecidos acima, há, em todos, um único direito sendo exercido. No caso do litisconsórcio fundado na natureza da relação jurídica, o mesmo direito é exercido contra mais de um sujeito. No caso do litisconsórcio fundado em disposição de lei, o direito é exercido contra um sujeito, que é necessariamente acompanhado por outro por força de lei, mas se trata de um único direito em exercício.

Assim, é possível concluir que, havendo litisconsórcio necessário, ainda que haja pluralidade de autores ou réus, não haverá pluralidade de elementos partes. A conclusão tem importância decisiva para a conceituação do elemento, a ser feita no próximo capítulo.

Antes de encerrar, contudo, é preciso notar que, no presente capítulo, deixamos propositadamente de distinguir o litisconsórcio necessário em unitário ou simples, como costuma fazer a doutrina. Assim procedemos por entender que a diferenciação não é tão exata quanto parece ser, e que, por consequência, não produz tantos benefícios para a compreensão do fenômeno processual como parece produzir.

A doutrina costuma definir o litisconsórcio necessário unitário como aquele existente quando a demanda tem de ser julgada de modo uniforme para todos os litisconsortes, e o litisconsórcio necessário simples como aquele existente quando, embora seja indispensável a formação do litisconsórcio, a demanda não tem de ser julgada de modo uniforme a todos os litisconsortes. A distinção, comumente, leva a doutrina a questionar a validade da inserção da frase “o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes” no texto do art. 47 do CPC, já que nem todo litisconsórcio necessário levaria a um julgamento uniforme para os litisconsortes.

Observando-se a doutrina, contudo, nota-se que a definição de julgamento uniforme não está bem resolvida. Isso leva, inclusive, à atribuição do mesmo exemplo a categorias distintas de litisconsórcio. Celso Agrícola Barbi, por exemplo, entende que o litisconsórcio necessário existente entre os

a ação de divisão contenha tantas demandas quantos sejam os condôminos do imóvel a dividir; ou que haja demandas cumuladas na ação de nulidade de casamento proposta pelo Ministério Público contra ambos os cônjuges. Nestes casos, como veremos, ocorrerá sempre um litisconsórcio indispensável (necessário), os litisconsortes integram uma só lide, impossível de ser formada senão em presença de todos os seus participantes no plano do direito material” (*Curso de Processo Civil*, v.1, p. 250-251).

condôminos na ação de divisão é unitário, “porque a decisão final terá de ser uniforme em relação a todos eles, uma vez que o imóvel não pode ser considerado indiviso em relação a alguns e dividido em relação a outros”.¹³⁴ O mesmo litisconsórcio, porém, é qualificado por Ovídio Baptista como necessário simples.¹³⁵

Note-se que, em todo caso de litisconsórcio necessário, há, de certo modo, julgamento uniforme para os litisconsortes. Isso porque, como vimos, trata-se da mesma ação em julgamento, que será julgada procedente ou improcedente em relação a todos os litisconsortes. Eventual diferença resultante do julgamento para os litisconsortes – como a diferença nas porções de terra demarcadas, na ação demarcação, ou a diferença no aporte de recursos devido por cada sócio remanescente, na ação de apuração de haveres – será apenas parcial. Por conta de tais motivos, aliás, parece necessário rever a afirmação de que, existindo o chamado litisconsórcio necessário simples, cada litisconsorte deve ser considerado parte autônoma em relação aos demais, de modo que seus atos não beneficiem a todos.¹³⁶

5.4. Conceito do elemento partes e critério para identificá-lo

Diante do que se examinou até aqui, é possível definir o elemento partes como o conjunto formado por um autor que se afirma titular de um direito subjetivo e por um ou mais réus afirmados como titulares do dever ou da respectiva posição de sujeição correspondente àquele direito.

Assim, a cada conjunto desse tipo formado, haverá um elemento partes e, por consequência, uma ação. Assim, existindo pluralidade desses conjuntos, haverá, igualmente, pluralidade de elementos partes e, também, pluralidade de ações.

Note-se, mais uma vez, que o conceito do elemento partes não se confunde com o conceito de partes. Parte, como visto, é aquele que propõe uma ação em seu nome, aquele contra o qual esta ação é proposta e, ainda, aquele que é arrolado para acompanhar a ação proposta. Para que exista parte

¹³⁴ BARBI, Celso Agrícola. Obra citada, p. 207.

¹³⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v. 1, p 255.

¹³⁶ Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart apresentam interessante reflexão a respeito. Cf. *Processo de Conhecimento*, p. 170.

no processo, portanto, basta que alguém adote uma dessas medidas, sendo possível pensar em processo com apenas uma parte – o autor. Para a configuração do elemento partes, contudo, é preciso mais. É preciso um conjunto de um autor e de um ou mais de um réu em volta de um direito subjetivo. Isso ocorre porque é esse conjunto que configura o elemento identificador da ação, e não as partes isoladamente. Como prova da diferenciação, percebe-se que, se apenas uma pessoa vier a juízo demandar, somente será possível falar na existência de um autor, independentemente da quantidade de direitos a exercer. No entanto, se houver pluralidade de direitos a exercer, será perfeitamente possível falar na existência de mais de um elemento partes.

Embora o conceito de parte deva ser procurado exclusivamente no direito processual, como visto acima, a definição do elemento partes não prescinde de menção a categorias do direito material, como o direito, o dever e a sujeição, sob pena de não ser possível a identificação da presença de um ou mais desses elementos – e, por consequência, de uma ou mais ações. É preciso, especialmente, saber diferenciar quando o direito em torno do qual as partes discutem é um só, ou quando existe pluralidade de direitos. No primeiro caso, haverá um só elemento partes; no segundo, dois ou mais. Do que já se vê, aliás, a inequívoca repercussão que o direito material exerce sobre os elementos da ação.

Fosse a definição do elemento partes apartada do direito material, como é a definição das partes, ela não teria qualquer utilidade. Haveria tantas partes quantos fossem os sujeitos participantes do processo, o que não resolve nada em termos de identificação da ação. É possível, por exemplo, que haja várias ações entre apenas um autor e um réu, julgadas em conjunto por força do art. 292 do CPC, enquanto é possível que vários autores e réus, ao mesmo tempo, discutam uma única ação.

É preciso notar, contudo, que a definição proposta do elemento partes não exige que o autor seja efetivamente titular do direito subjetivo, nem que o réu ou os réus sejam efetivamente titulares do dever ou da posição de sujeição correspondente. Para que haja a configuração do elemento partes, basta a afirmação da existência de um direito subjetivo e a afirmação da existência do

correspondente dever ou posição de sujeição, ainda que, na prática, o direito, o dever ou o estado de sujeição não existam. Na ausência de visualização desse conjunto mínimo de categorias, o processo deverá ser extinto por indeferimento da inicial (art. 267, I, do CPC), após a concessão de oportunidade ao autor para emendar a peça introdutória da demanda (art. 284 do CPC). Não haverá, assim, julgamento de mérito – justamente porque não será possível visualizar nenhuma ação proposta.

5.5. A possibilidade de julgamento de mérito e o caso do litisconsórcio necessário

Caso seja possível identificar aquele conjunto mínimo de categorias, no entanto, o elemento partes estará preenchido, o que significa que poderá ser visualizada uma ação proposta – ainda que, na prática, ela não exista. Nesse caso, o processo deverá resultar em julgamento de mérito.

Por exemplo, se determinado comprador alega ser titular do direito de recebimento de um bem, não entregue pelo vendedor, uma ação poderá ser visualizada e, assim, poderá ser julgada – procedente, caso se constate que o direito de fato existe e foi descumprido, ou improcedente, caso se constate o contrário.

O raciocínio também vale para a situação em que, apesar de possível a visualização de uma ação, ela não puder ser exercida, pelo fato de um ou mais réus não terem sido arrolados no processo. É o caso do litisconsórcio necessário fundado na natureza da relação jurídica. Se determinado condômino, ao buscar dividir o patrimônio comum, indica como réu tão-somente um dos demais condôminos, uma ação certamente poderá ser visualizada, mas não será aquela ação que significa a realização forçada do direito subjetivo de divisão, e que só pode ser atuada contra todos os titulares do dever correspondente. Nesse caso, a ação deverá ser julgada improcedente, já que em julgamento estará a ação proposta, e não a ação eventualmente cabível.¹³⁷

¹³⁷ Corrigido o pólo passivo, para nele incluir todos os demais condôminos, uma nova ação poderá ser visualizada, diferente da primeira. Assim, não haverá coisa julgada a impedir sua proposição. Note-se, contudo, que, nesse segundo caso, ainda haverá uma única ação

Providência distinta, contudo, deverá ser adotada na falta de formação de litisconsórcio necessário exigido por disposição de lei. Nesse caso, como visto, um ou mais réus ocupam o pólo passivo do processo não porque sejam os titulares do dever correspondente ao direito exercido, mas porque a ordem jurídica entende necessário que acompanhem a realização do direito. Trata-se, no fundo, de determinação de política legislativa. É o caso da mulher, casada em regime distinto do da separação absoluta, que deve ser arrolada como ré no processo em que se reivindica bem próprio do marido. Nesse tipo de litisconsórcio, como o corréu não é titular do dever correspondente ao direito exercido, a ação não é exercida contra ele. No exemplo fornecido, a ação não é exercida contra a mulher, mas apenas contra seu marido.

Nesse caso, porém, ainda que o autor arrole no pólo passivo o titular ou todos os titulares do dever ou da posição de sujeição correspondente ao direito exercido, e, assim, seja possível cogitar a procedência da ação proposta, não deverá haver julgamento de mérito, por faltar a participação do corréu no processo. Assim, o processo deverá ser extinto sem exame do mérito.¹³⁸

proposta, pois, apesar da presença de mais de um réu, o direito em torno do qual as partes controvertem será um só.

¹³⁸ E, em nossa opinião, o fundamento para a extinção do processo nesse caso não será a falta de legitimidade de parte, como sustentaria a maior parte da doutrina. Como visto, é preferível não falar em condições da ação. No entanto, ainda que se adotem as categorias, é preciso perceber que as condições da ação têm fundamento no direito material, pois buscam, de alguma forma, indicar se o autor pode mesmo ser titular do direito que alega ter e se pode vê-lo atuado forçadamente, ainda que, adiante, reconheça-se que ele não é titular do direito ou que, apesar de sê-lo, não pode executá-lo. Como a ação não é exercida contra o corréu, pode-se avaliar a existência do direito e a possibilidade de executá-lo mesmo sem a sua participação. A presença do corréu, assim, é requisito de direito processual. Talvez, por conta disso, devesse ser incluído na categoria dos pressupostos processuais – assim como sustentamos, acima, em relação ao requisito da adequação da via eleita. De qualquer forma, o tema é bastante polêmico.

6. CAUSA DE PEDIR

Dentre os elementos da ação, a causa de pedir é, certamente, aquele a que se devem voltar as maiores atenções. Isso ocorre, em primeiro lugar, em virtude do seu conteúdo, muito mais complexo do que o dos elementos partes e pedido. Ocorre, em segundo lugar, em virtude de uma certa indeterminação doutrinária a respeito de seus contornos,¹³⁹ o que pode acarretar delicadas consequências na prática forense.

Por conta de tais motivos, o exame da causa de pedir exigirá, aqui, uma reflexão mais demorada.

Provisória e superficialmente, a causa de pedir pode ser definida como a alegação de fatos realizada por quem busca do Estado uma certa ação contra outrem. Em outras palavras, é a alegação de fatos realizada por quem busca receber do Estado uma dada tutela jurisdicional. É, portanto, a razão, o fundamento, a causa mesmo, de um pedido judicial.

A expressão causa de pedir teve origem nos conceitos *causae* e *agere*, utilizados na Roma antiga para explicar o funcionamento das *legis actiones*, que marcam o primeiro período do processo civil romano.¹⁴⁰ Ainda em Roma, quando o processo passou a ser compreendido do ponto de vista subjetivo, a *causa* e o *agere*, juntos, passaram a ser vistos como *causa petendi*, expressão que, traduzida para o português, deu origem à expressão conhecida.

Com o fim de versar a figura da causa de pedir, estudaremos, em primeiro lugar, seu conteúdo. Em seguida, buscaremos avaliar seu conceito.

6.1. Conteúdo da causa de pedir

6.1.1. Teorias sobre o conteúdo da causa de pedir

Duas grandes teorias tomam partido a respeito do conteúdo da causa de pedir. Ambas tiveram origem na Alemanha,¹⁴¹ a partir de uma divergência

¹³⁹ Para José Rogério Cruz e Tucci, o assunto causa de pedir é controvertido a ponto “de ser possível constatar que, nas últimas cinco décadas, cada autor que tratou do assunto tem encontrado soluções próprias, discrepantes, não poucas vezes, de resultados anteriormente atingidos, e dando, assim, margem para a elaboração de inúmeras teorias” (*A Causa Petendi no Processo Civil*, p. 27).

¹⁴⁰ Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Idem*, p. 33-34.

¹⁴¹ Cf. BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *Conteúdo da causa de pedir*, p. 48.

de interpretação do ZPO, publicado em 1879.¹⁴² A primeira, chamada de teoria da individualização,¹⁴³ foi originariamente sustentada por Adolf Wach, Konrad Hellwig e Heinrich Degenkolg. A segunda, denominada teoria da substanciação, foi defendida inicialmente por James Goldschmidt, Jacob Weisman e Stein-Jonas.¹⁴⁴

A divergência entre as teorias está na determinação da causa de pedir para as ações fundadas em direitos absolutos, categoria que reúne os direitos que têm em seu pólo passivo toda a coletividade, como os direitos reais e da personalidade.¹⁴⁵ As duas teorias concordam que se inclui na causa de pedir dessas ações a alegação do fato ou dos fatos praticados pelo réu contrários ao interesse do autor, mas completam o conceito com exigências distintas. Enquanto para a teoria da substanciação, deve ser alegado também o fato ou o conjunto de fatos geradores do direito que se busca tutelar em juízo, para a teoria da individualização basta a afirmação deste direito ou da relação jurídica que ele compõe.

Para essa última teoria, embora existam modos diferentes de aquisição de um dado direito absoluto – como, por exemplo, há a compra e venda, a doação e a usucapião para a constituição de um direito real de propriedade –, o direito que deriva de todos eles, em relação a um certo bem, é sempre o mesmo. Em razão disso, para identificar a causa de pedir da ação em que ele é veiculado, ou – o que é simples conclusão lógica – para identificar a própria ação em que ele é veiculado, basta referir-se a ele. Um proprietário de uma casa que a quisesse reivindicar, por exemplo, a fim de embasar sua ação, além de narrar o fato ou dos fatos praticados pelo réu contrários a seu interesse, deveria simplesmente alegar ser proprietário dela.

Segundo a teoria, a afirmação em juízo do fato ou do conjunto de fatos constitutivos do direito absoluto serve apenas como prova da existência deste. Tanto que uma eventual mudança desse quadro fático narrado, que faça passar de um título de aquisição do direito absoluto a outro, não importa

¹⁴² Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. Obra citada, p. 90.

¹⁴³ Parte da doutrina no Brasil prefere chamar a teoria de individuação, ao invés de individualização.

¹⁴⁴ Cf. BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Obra citada, p. 48.

¹⁴⁵ Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. Obra citada, p. 91; e BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Obra citada, p. 48.

alteração da causa de pedir e, por consequência, da própria ação. Ainda de acordo com a individualização, uma vez que a alteração da narração dos fatos constitutivos não importa a alteração da causa de pedir, julgada procedente ou não a ação fundada no direito absoluto afirmado pelo autor, submeter-se-ia à coisa julgada a discussão de todo e qualquer modo de constituição possível daquele direito, promovida ou não na primeira ação. Ressalvar-se-ia apenas o caso em que a constituição do direito tivesse ocorrido depois da sentença.¹⁴⁶

Já para a teoria da substanciação, como dito acima, a questão da causa de pedir nas ações que veiculam direitos absolutos é encarada de modo contrário. Para ela, o que verdadeiramente interessa na identificação dessas ações, além da alegação do fato ou dos fatos praticados pelo réu contrários ao interesse do autor, é a narração do fato ou conjunto de fatos geradores do direito que se busca tutelar. A razão para tanto realça novamente a figura do direito. Para essa teoria, os vários modos de constituição de um direito servem não apenas para provar sua existência, mas também para discriminá-lo. Dessa forma, direitos surgidos de fatos diferentes, apesar de poderem revelar natureza e conteúdo idênticos, seriam, também, direitos diferentes.¹⁴⁷ Um direito de propriedade adquirido mediante doação, por exemplo, seria distinto de um direito de propriedade adquirido mediante compra e venda, ainda que ambos tivessem por objeto o mesmo bem e por titular a mesma pessoa.

Para a teoria, por consequência, uma ação só pode ser identificada se o direito que se quiser fazer valer com ela igualmente o for. E disso advêm duas conclusões importantes: a primeira é que a fim de individualizar uma ação, o autor teria de descrever o fato ou o conjunto de fatos que entende constitutivos do direito que pretende exercer; a segunda, que se for alterado esse fato ou conjunto de fatos – que nada mais é do que a causa de pedir da ação –, alterar-se-á, automaticamente, a própria ação.

¹⁴⁶ Para melhor compreensão da teoria da individualização, ver as lições de Enrico Tullio Liebman e Giuseppe Chivenda, dois de seus defensores mais importantes (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, v. 1, p. 193-194. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1, p. 358-363).

¹⁴⁷ Comentando a repercussão da alteração do fato para a causa de pedir, José Rogério Cruz e Tucci afirma que “(...) há modificação da demanda, uma vez que se altera o fato (causa petendi), e, alterado este, dir-se-á que o direito, feito valer pelo autor, não é o mesmo, mas, sim, outro, ainda que de natureza e conteúdo idênticos” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Obra citada*, p. 119).

Desse modo, ao contrário do sustentado pela teoria da individualização, para a teoria da substanciação, por exemplo, a compra e venda, a usucapião e o recebimento por herança de um dado bem dão origem a causas de pedir distintas, e a passagem da alegação de uma delas para a outra não se pode dar sem acarretar, ao mesmo tempo, uma mudança da própria ação – no caso, uma ação reivindicatória. Pela mesma razão e também em sentido contrário à individualização, se apenas um desses fatos jurídicos for deduzido em juízo, os demais não se submeterão à coisa julgada.

Quanto às ações fundadas em direitos relativos, não há divergência entre as teorias. Nesses casos, ambas concordam não bastar ao conteúdo da causa de pedir a alegação do direito, e exigem a narração do fato ou do conjunto de fatos geradores dele.¹⁴⁸

6.1.2. Teoria adotada no Brasil

Analisadas tanto a teoria da individualização como a da substanciação, o passo seguinte é saber qual das duas foi adotada pelo ordenamento brasileiro.¹⁴⁹ A questão tem importância fundamental. Como vimos, cada teoria apresenta soluções totalmente distintas em relação à outra para o conteúdo da causa de pedir nas ações fundadas em direitos absolutos, o que acarreta

¹⁴⁸ Para melhor compreensão da tese dos apoiadores da teoria da individualização a respeito da causa de pedir das ações fundadas em direitos relativos, ver, por todos, CHIOVENDA, Giuseppe. *Obra citada*, v. 1, p. 361-362.

¹⁴⁹ Embora alguns defensores da substanciação insistam em negar validade teórica à individualização – como, por exemplo, Araken de Assis (*Cumulação de Ações*, p. 141-142) –, parece inexorável afirmar que a segunda teoria também tem respaldo lógico suficiente para ser adotada por um ordenamento jurídico processual. Certamente há algo nos direitos absolutos que permite encarar as ações que lhes correspondem de maneira singular. Esse algo especial, se não é a insensibilidade do direito absoluto à diversidade de fatos jurídicos dos quais ele pode emanar, é a característica que ele tem de, para o seu titular, sobre um mesmo bem, não ser acompanhado de mais nenhum outro direito de igual natureza. Uma mesma pessoa, pois, não pode ser titular, ao mesmo tempo, de dois direitos de propriedade sobre um só bem, nem de dois direitos de posse ou de dois direitos de servidão. Igual conclusão já não vale para os direitos relativos: uma mesma pessoa, por exemplo, pode perfeitamente ser titular de dois ou mais direitos a um idêntico serviço, a serem prestados seguidamente por um só devedor. Também não vale a crítica dirigida à individualização, muito frequente, que a imputa falha no trato da coisa julgada no caso da ação fundada em direito absoluto cuja titularidade já foi analisada pelo Judiciário, mas transmitida a outro titular depois do processo. Os partidários da individualização deixam claro que a discussão de direito absoluto constituído por título superveniente à sentença não se submete à coisa julgada (ver, por exemplo, CHIOVENDA, Giuseppe. *Obra citada*, v. 1, p. 361) e quanto a isso nada há a questionar. Não é incorreto, portanto, concluir que as ações fundadas em direito absoluto podem, sim, de certa forma, ser identificadas tão-só a partir da afirmação do direito que buscam efetivar.

consequências processuais importantes. Assim, enquanto a individualização dispensa a afirmação dos fatos geradores do direito, a substanciação a exige; enquanto a individualização não reputa mudança da causa de pedir a alteração do quadro fático narrado, a substanciação a reputa; e enquanto a individualização considera submetida à coisa julgada todo e qualquer fato que poderia dar origem ao direito subjetivo deduzido, a substanciação só o faz em relação ao específico fato gerador narrado.

Para a quase totalidade dos processualistas brasileiros, nosso Código de Processo Civil se filiou à teoria da substanciação. Assim é, por exemplo, para José Joaquim Calmon de Passos,¹⁵⁰ Pontes de Miranda,¹⁵¹ Cândido Dinamarco,¹⁵² José Rogério Cruz e Tucci,¹⁵³ Araken de Assis,¹⁵⁴ Moacyr Amaral Santos, José Frederico Marques e Humberto Theodoro Júnior.¹⁵⁵ Apenas José Botelho de Mesquita e Ovídio Baptista da Silva, de acordo com José Rogério Cruz e Tucci,¹⁵⁶ apresentam concepção diferente no país: para o primeiro, o Código pátrio adotou uma posição mista, equilibrada entre as duas teorias; para o segundo, o CPC, embora não tenha ratificado a individualização, atenuou a substanciação.

Independentemente da posição assumida pelos juristas mencionados, todos desenvolvem seu raciocínio a partir da análise da fórmula em que teria sido positivada a causa de pedir no CPC, o art. 282, III: “A petição inicial indicará: (...) III- o fato e os fundamentos jurídicos do pedido”. Segundo a opinião dominante, por exigir expressamente a narração do fato, teria o CPC aberto mão da individualização; de acordo com as opiniões divergentes, por fazer constar também os fundamentos jurídicos, teria somado a substanciação à individualização, ou, ao menos, enfraquecido a primeira. Para ambas as opiniões, contudo, a solução seria extraída do dispositivo legal.

¹⁵⁰ Cf. CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 202.

¹⁵¹ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 4, p. 17. Pontes afirma expressamente que o ordenamento brasileiro teria adotado a substanciação, mas, curiosamente, chega a defender que “Nas ações reais, basta a afirmação de relação jurídica para que se identifique a ação (propriedade, usufruto, hipoteca, servidão)” (p. 16).

¹⁵² Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1, p. 127.

¹⁵³ Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Obra citada*, p. 151.

¹⁵⁴ Cf. ASSIS, Araken de. *Obra citada*, p. 139.

¹⁵⁵ Para a opinião dos últimos três autores citados, ver CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Idem*, p. 144-146.

¹⁵⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Idem*, p. 146.

Conforme entendemos, vai bem a doutrina pátria ao se basear nesse critério. De fato, apontar se um dado ordenamento processual adotou ou não uma das teorias parece mesmo ser questão de análise de lei. Cada ordenamento fixa o conteúdo da causa de pedir da maneira que entende conveniente: se imputa suficiente a afirmação do direito absoluto, assim pode fazer o autor; do contrário, não. Em face disso, aliás, não podemos deixar de concluir com a maioria e sustentar que o ordenamento processual brasileiro adotou a substanciação. Parece claro que, se foi exigida a narração do fato, sem discriminação de qualquer tipo de ação, é a substanciação que rege o conteúdo da causa de pedir no CPC. Isso porque tal “fato”, mesmo que mal empregado no singular e inadequadamente fazendo alusão ao pedido, só pode dizer respeito ao fato ou ao conjunto de fatos geradores do direito. E aí, ainda que haja a necessidade de alegar também os “fundamentos jurídicos”, a individualização já não pode ser imputada ao ordenamento.

6.2. Particularidades do conteúdo da causa de pedir

Costumam-se fazer várias observações a respeito do conteúdo da causa de pedir. Por terem importância tanto do ponto de vista didático quanto do ponto de vista prático, antes de analisarmos o conceito de causa de pedir, algumas delas serão versadas aqui. Note-se que, a partir de agora, limitaremos a considerar a causa de pedir para o ordenamento brasileiro, pressupondo sua adesão à teoria da substanciação.

6.2.1. Causa de pedir ativa e causa de pedir passiva

A causa de pedir é formada por duas diferentes alegações de fatos, como vimos: a alegação do fato ou dos fatos geradores do direito do autor e a alegação do fato ou dos fatos praticados pelo réu contrários ao interesse do autor. À primeira é comumente dado o nome de causa de pedir ativa; à segunda, causa de pedir passiva. Note-se em relação à causa de pedir passiva que os fatos praticados pelo réu contrários ao interesse do autor são aqueles que configuram lesão ou ameaça a direito seu. Por conta disso, pode-se passar

a definir mais precisamente a causa de pedir passiva como a alegação de fatos praticados pelo réu que ameaçam ou lesam o direito do autor.

O conjunto formado pela causa de pedir ativa e causa de pedir passiva pode ser visualizado no seguinte exemplo: “se o autor reclama a restituição de quantia emprestada, a *causa petendi* abrange o empréstimo, fato *constitutivo* do direito alegado (aspecto ativo), e o não pagamento da dívida no vencimento, fato *lesivo* do direito alegado (aspecto passivo)”.¹⁵⁷ Do mesmo modo, se o autor reclama a rescisão de qualquer contrato, deve narrar sua celebração, que é sua causa de pedir ativa, e o descumprimento do réu, sua causa de pedir passiva.

Variando a causa de pedir ativa, passiva ou ambas, a causa de pedir propriamente dita também variará.¹⁵⁸ Por exemplo, a alegação da celebração de um acordo, causa de pedir ativa, que foi desrespeitado pelo réu por mais de uma vez, compõe tantas causas de pedir quantas forem as descrições de descumprimento, causas de pedir passivas, com que possa ser combinada. E como a variação da causa de pedir implica em variação da ação, a própria ação também variará.

Há uma exceção à regra da composição da causa de pedir pelas causas de pedir ativa e passiva, contudo. Ela surge quando a ação proposta é constitutiva. Esse tipo de ação não tem causa de pedir passiva, pois é fundada em direito potestativo, naturalmente insuscetível à lesão e, por consequência, à ameaça.

Existe situação, ainda, em que, embora a causa de pedir seja, efetivamente, formada pelas causas de pedir ativa e passiva, a causa de pedir ativa não precisa ser narrada no processo. Isso ocorre nos casos em que o fato ou os fatos constitutivos do direito do autor são pressupostos, como nas ações em que o fato gerador é a própria existência da pessoa. Aí, basta narrar a lesão ou ameaça ao direito ou causa de pedir passiva para identificar a ação. É o que acontece, por exemplo, quando se busca acionar direitos da personalidade.

¹⁵⁷ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo Processo Civil brasileiro*, p. 15.

¹⁵⁸ Em sentido contrário, Araken de Assis (Obra citada, p. 152).

6.2.2. Fatos principais e fatos secundários

Só compõe a causa de pedir a alegação de fatos capazes, por si só, de sustentar a ação proposta no processo. Tais fatos recebem da doutrina o nome de fatos principais ou essenciais. Ao lado deles, existem os fatos secundários, também chamados de circunstâncias ou fatos simples, que são narrados pelo autor apenas com o fim de compor sua argumentação, especialmente para propiciar ao juiz fonte indiciária de convencimento.¹⁵⁹

De acordo com José Rogério Cruz e Tucci, Andrea Proto Pisani apresenta os seguintes exemplos da distinção: “a) em acidente de trânsito, a culpa do condutor por excesso de velocidade é o fato principal; a alta velocidade do automóvel poucos minutos antes do acidente e o hábito do condutor em dirigir em excesso de velocidade constituem fatos secundários; b) a lesão física de alguém, provocada por facadas, é o fato essencial na demanda em que a vítima pleiteia indenização por ato ilícito; já a luta entre os antagonistas, a posse pelo demandado de uma faca compatível com o ferimento, as manchas de sangue na roupa do ofensor, a impressão digital no cabo da faca encontrada na cena do crime são todos fatos simples...”.¹⁶⁰

Calmon de Passos, com base em um caso de responsabilidade por ato ilícito, também expõe bons exemplos da distinção: “No caso antes mencionado, as circunstâncias ou acontecimentos que levam o juiz a firmar sua convicção no sentido de que a vítima realmente estava no local, dia e hora mencionados, de que o autor do ato ilícito ali também se achava e foi de um ato seu que resultou a queda, de que nesse gesto esteve presente a maldade ou a imprudência do réu, etc.(...)”.¹⁶¹

Note-se que, ao contrário dos fatos principais, os fatos secundários não têm o condão de justificar a ação proposta. No primeiro caso pensado por Proto Pisani, por exemplo, a ação do condutor que provocou o acidente – e não a culpa, faça-se esta pequena ressalva¹⁶² – é o fato principal, porque é justamente sua ocorrência que daria direito a uma hipotética indenização. A

¹⁵⁹ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 2, p. 71-72.

¹⁶⁰ Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. Obra citada p. 153-154.

¹⁶¹ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Obra citada, p. 203.

¹⁶² A qualificação “culpa”, conforme se verá adiante, não integra a causa de pedir, mas apenas os fundamentos jurídicos.

alta velocidade desenvolvida pelo automóvel do réu antes do acidente e o hábito deste de dirigir em alta velocidade são apenas fatos secundários, porque não poderiam, isoladamente, dar ensejo àquela ação, mas tão-somente fortalecer seu deferimento.

Outro exemplo poderia ser dado: em uma ação que busca anular um dado negócio jurídico em virtude de dolo, a concordância do autor com o negócio emitida após ter sido levado a erro pelo réu é o fato principal. Outros fatos envolvendo a operação, como o eventual parentesco entre as partes, a diferença de idade entre elas e o tempo e o lugar de celebração do negócio são apenas circunstâncias¹⁶³ envolvendo a operação ou – em outras palavras – fatos secundários em relação ao fato principal. Note-se que nenhum deles, por si só, fundamentaria a ação de anulação.¹⁶⁴

A alegação dos fatos secundários não se submete à regra do art. 264, do CPC, que veda a alteração da causa de pedir após a citação – ou até o saneamento do processo, se com a mudança concordar o réu –, exatamente porque não compõe a causa de pedir. Desse modo, tal alegação pode ser feita pelo autor em 1.º grau mesmo depois de a inicial já ter sido proposta.¹⁶⁵ É o que sustenta Cândido Dinamarco, apoiado nos seguintes exemplos: “a) numa ação de separação judicial a autora traz como fundamento o abandono do lar conjugal pelo marido e, depois da citação, vem com a alegação de que ele passou a viver com outra mulher; b) no curso de um processo com pedido de anulação do contrato por erro, o autor acrescenta que fora induzido em erro pelo réu; c) numa ação civil pública por danos ambientais, o Ministério Público acrescenta que algumas ou muitas pessoas vêm contraindo moléstia em virtude da poluição causada pela ré etc. Cada um desses fatos novos pode influir no convencimento do juiz, destinado ao julgamento do mérito da causa,

¹⁶³ O termo circunstância designa uma particularidade que acompanha um fato. A expressão é perfeita para designar os fatos secundários em relação ao fato principal.

¹⁶⁴ Ação, aliás, que é constitutiva, e, como tal, não apresenta causa de pedir passiva. Perceba-se que, ao contrário do que se pode imaginar à primeira vista, a conduta do réu de levar o autor a erro é fato constitutivo do direito potestativo à anulação do negócio, e não fato lesivo de direito do autor a alguma prestação. Tanto é assim que o réu, por conta própria, não pode anular o contrato, mas apenas se sujeitar ao direito de anulação do autor.

¹⁶⁵ Em sentido contrário opina Calmon de Passos, para quem os fatos secundários também deveriam ser narrados na inicial, a fim de resguardar-se a lealdade processual (Obra citada, p. 203-204).

mas nenhum deles é essencial para que esse julgamento seja proferido, nos limites postos pelo autor ao demandar.”¹⁶⁶

Ainda que a alegação dos fatos secundários possa ser feita pelo autor após a dedução da inicial, contudo, o magistrado não deverá analisá-la caso a outra parte não tenha a oportunidade de manifestar-se em seguida, em virtude do princípio do contraditório. Além disso, em 2.º grau de jurisdição, por força do art. 517, é proibida a alegação de fatos secundários não deduzidos em 1.º grau, a menos que o autor comprove que deixou de fazê-lo por motivo de força maior. O motivo da proibição, nesse caso, tem a ver com a impossibilidade de inovar em sede recursal, e não com a impossibilidade de alterar a ação – que, de todo modo, não ocorreria com a simples dedução de novos fatos secundários.

Por fim, é preciso anotar que, também de modo diferente do que ocorre com os fatos principais, os fatos secundários não precisam ser deduzidos para que possam ser apreciados pelo magistrado.¹⁶⁷

6.2.3. Causa de pedir e questões

Vem de Carnelutti a célebre definição de questão como ponto duvidoso de fato ou de direito.¹⁶⁸ No processo, o magistrado encontra-se diante de inúmeras questões, as quais deve resolver antes de chegar à decisão final. Em uma ação de despejo por falta de pagamento de aluguel, por exemplo, antes de decidir pelo deferimento ou indeferimento do despejo, o juiz pode ver-se diante das seguintes questões: a data exata de celebração do contrato, a data exata de vencimento dos aluguéis, o efetivo pagamento dos aluguéis, a edificação de benfeitorias necessárias no bem pelo réu, a existência de crédito do réu em relação ao autor, etc.¹⁶⁹

¹⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 2, p. 71-72.

¹⁶⁷ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*, p. 261.

¹⁶⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*, v. 2, p. 39.

¹⁶⁹ Na doutrina, costuma-se empregar o termo questão no sentido de ponto *controvertido* de fato ou de direito. A denominação não parece adequada, contudo, tendo em vista que o conceito não depende da efetiva discussão do ponto pelas partes. Tanto que formam questões não só os pontos discutidos no processo a partir das alegações das partes, como também aqueles que são identificados pelo juiz a partir da prova presente nos autos (art. 131 do CPC). Além disso, também formam questões pontos que poderiam ter sido discutidos, mas, por uma

Uma vez decididas, as questões não podem mais ser reapreciadas no processo em que foram suscitadas, em virtude da preclusão, mas, a princípio, podem ser reexaminadas em outros processos.

A possibilidade de reexame das questões encontra fundamento, em primeiro lugar, no reconhecimento de que uma decisão judicial, pelo simples motivo de ser proferida, não altera a essência das coisas. Os fatos ocorrem no mundo independentemente de qualquer manifestação judicial a respeito. A conclusão, por parte de determinado magistrado, a respeito da existência deste ou daquele fato não acarreta, necessariamente, a sua existência. Assim, a análise promovida por um magistrado sobre determinada questão será protegida e considerada indiscutível porque é necessário que o processo chegue ao fim, mas não vinculará juízes que se deparem com a mesma questão em processos futuros.¹⁷⁰

A possibilidade de reexame das questões também encontra um fundamento prático, consistente no reconhecimento de que a extensão da indiscutibilidade futura para todas as questões decididas no processo traria inconvenientes, como a demora no julgamento e a insegurança jurídica. Chiovenda é mais uma vez preciso a respeito: “Do ponto de vista prático, deve-se observar que o estender-se a coisa julgada a todas as questões decididas poderia encerrar alguma vantagem, porque evitaria algum processo futuro e decisões contraditórias. Seriam, porém, muito mais graves os inconvenientes de semelhante extensão. As partes, ao proporem uma ação ou ao se defenderem, não teriam mais nenhuma certeza sobre os limites e o alcance da

razão qualquer, não foram suscitados pelas partes. A conclusão terá importância adiante, ao versarmos sobre a coisa julgada.

¹⁷⁰ Nas claras lições de Chiovenda: “O raciocínio sobre os fatos é obra da inteligência do juiz, necessária como meio de preparar a formulação da vontade da lei. Por vezes, como verificamos (nas provas legais), o juiz não pode sequer raciocinar sobre os fatos (supra, nº 32). O juiz, porém, não é somente um lógico, é um magistrado. Atingido o objetivo de dar formulação à vontade da lei, o elemento lógico perde, no processo, toda a importância. Os fatos permanecem o que eram, nem pretende o ordenamento jurídico que sejam considerados como verdadeiros aqueles que o juiz considera como base de sua decisão; antes, nem se preocupa em saber como se passaram as coisas, e se desinteressa completamente dos possíveis erros lógicos do juiz; mas limita-se a afirmar que a vontade da lei no caso concreto é aquilo que o juiz afirma ser a vontade da lei. O juiz, portanto, enquanto razão, não representa o Estado; representa-o enquanto lhe afirma a vontade. A sentença é unicamente a afirmação ou a negação de uma vontade do Estado que garanta a alguém um bem da vida no caso concreto; e só a isto se pode estender a autoridade do julgado; com a sentença só se consegue a certeza da existência de tal vontade e, pois, a incontestabilidade do bem reconhecido ou negado” (CHIOVENDA, Giuseppe. Obra citada, v. 1, p. 371-372).

lide; e seriam forçadas a preparar um esforço de ataque e de defesa efetivamente desproporcionado à sua intenção. Dada, pois, a necessária distribuição da competência entre juízes diversos, por efeito da qual cada juiz pode encontrar-se na contingência de resolver preliminarmente uma questão que, tomada em separado, seria da competência de outro, e considerada a própria relação existente entre coisa julgada e competência, por força da qual toda decisão com autoridade de julgado deve proceder do juiz competente, assistiríamos a um contínuo suspender da instância para transferi-la de um a outro magistrado, se a respeito de cada ponto preliminar contestado devesse o juiz decidir com autoridade de coisa julgada.”¹⁷¹

A possibilidade de reexame das questões é ratificada pelo CPC no art. 496, que indica não transitarem em julgado: “I- os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II- a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III- a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo”.

Nem todas as questões, contudo, podem ser livremente apreciadas em processos posteriores. Conforme veremos ao tratar da coisa julgada, não podem ser reexaminadas questões referentes à mesma ação já proposta.

Além disso, é possível que uma dada questão, que originariamente poderia ser revista em outros processos, ganhe o selo da indiscutibilidade ao ser expressamente suscitada no processo. É o que o art. 470 do CPC indica ao apontar que “Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (art. 5.º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide”. A providência pode ser suscitada, por parte do réu, na reconvenção. Também pode ser suscitada por meio de ação declaratória incidental, a ser proposta tanto por parte do autor quanto por parte do réu. Também pode ser suscitada pela proposição de outra ação qualquer entre as partes, dada a evidente conexão entre as demandas.

As questões suscetíveis incidentalmente no processo são chamadas de questões prejudiciais – como, aliás, o próprio art. 470 do CPC indica. São questões que, embora prévias à decisão final, poderiam, por si só, levar à

¹⁷¹ Idem, p. 394-395.

composição de um objeto autônomo do processo.¹⁷² Diferem-se, assim, de outras questões, que poderíamos chamar de questões comuns, e que, embora também prévias à decisão final, não poderiam dar forma a um outro objeto do processo. As questões envolvendo a data exata de celebração do contrato de locação e a data exata de vencimento dos aluguéis, por exemplo, são questões comuns, pois não poderiam levar, por conta própria, à composição de objetos autônomos do processo.

Em interessante compilação, Chiovenda indica que podem ser consideradas prejudiciais as seguintes questões: 1- a questão relativa a um estado jurídico (p. ex., o estado de cidadania, de família, de matrimônio, etc.); 2- a questão sobre a existência de uma relação jurídica complexa suscitada no processo em que se alegue certo direito oriundo dessa relação (p. ex., a qualidade de herdeiro na ação hereditária, a propriedade ou posse nas ações por danos e prejuízos aos imóveis urbanos e rústicos, etc.); 3- a questão sobre a existência de uma relação jurídica com obrigações em quotas periódicas, suscitada no processo em que se cobra a prestação (p. ex., cada débito pagável por parcela ou a prazo nas ações de cobrança de aluguéis, pensões alimentícias, impostos, etc.); 4- a questão que versa sobre a existência de uma relação jurídica condição da principal (p. ex., a locação na ação em que se discute a sublocação, a obrigação principal na ação em que se discute a fiança); e 5- a questão que versa sobre a existência de uma relação jurídica incompatível com a principal (p. ex., a condição do réu de proprietário ou usufrutuário na ação de restituição de coisa alugada, na ação de depósito e na ação de reivindicação, etc.).¹⁷³

Para os fins deste trabalho, importa notar, agora, que as questões prejudiciais, quando expressamente suscitadas no processo pela forma legal, seja pelo autor, seja pelo réu, nada mais fazem do que dar forma a novas causas de pedir. Ora, se apenas compõe a causa de pedir a alegação dos fatos capazes, por si só, de sustentar a ação requerida pelo autor, e se é

¹⁷² “Em primeiro lugar, há que se ver quais sejam as questões prejudiciais cuja decisão entendemos não constituir normalmente coisa julgada. Claro está que normalmente se trata de questões relativas a vontades concretas de lei, as quais poderiam constituir objeto dum processo autônomo e ensejar, nele, a coisa julgada; por quanto só em respeito a essas questões tem importância afirmar que são decididas sem efeito de coisa julgada no caso de se apresentarem como prejudiciais num processo que tenha outro objeto” (Idem, p. 386).

¹⁷³ V. Idem, p. 388-392.

prejudicial apenas a questão capaz de compor um objeto autônomo do processo, a equiparação entre causa de pedir e questão prejudicial suscitada parece perfeitamente possível. Ao deduzir uma questão prejudicial observando a forma legal, a parte introduz no processo uma nova causa de pedir – por consequência, introduz no processo uma nova ação, que, uma vez julgada, não poderá ser julgada novamente.

Voltando ao exemplo da ação de despejo, indicado acima, observa-se que poderiam compor objetos autônomos do processo as questões da edificação de benfeitorias necessárias no bem e da existência de crédito do réu em relação ao autor. Ambas, devidamente complementadas pelas respectivas causas de pedir passivas, poderiam compor causas de pedir próprias e, assim, dar origem a ações distintas. Assim, se tais questões forem expressamente deduzidas no processo na forma legal, o juiz terá diante de si mais de uma ação para julgar. As questões, assim, deixarão de ser apenas prévias à decisão final, para passarem a ser, também, objeto principal da decisão final.

Assim, em resumo, numa comparação de elementos que considera a causa de pedir, a questão prejudicial e a questão comum, tem-se o seguinte: a causa de pedir envolve alegação de fatos suficientes para sustentar uma ação; a questão prejudicial também envolve alegação de fatos suficientes para sustentar uma ação, mas que não foram deduzidos com essa intenção, embora possam sê-lo, já que podem formar um objeto autônomo do processo; e, por fim, a questão comum envolve alegação de fatos insuficientes para sustentar uma ação.¹⁷⁴

É preciso deixar claro que somente formam questões prejudiciais os pontos duvidosos cuja solução deva ser anterior à decisão final e que tenham relação com a ação proposta. A conclusão tem fundamento no princípio da

¹⁷⁴ Considerando o que foi dito no presente capítulo a respeito das questões, e o que ficou assentado no capítulo anterior acerca dos fatos secundários, poder-se-ia, a princípio, cogitar a equiparação dos conceitos. Assim, afirmar-se-ia que as questões comuns deveriam ser tidas no processo como fatos secundários, e que as questões prejudiciais, quando expressamente deduzidas na forma legal, deveriam ser consideradas fatos principais. Afirma-se-ia, mais, que até que as questões prejudiciais fossem expressamente deduzidas no processo, deveriam ser consideradas fatos secundários. A conclusão, certamente, seria válida em relação às questões deduzidas pelo autor. Em relação às questões deduzidas pelo réu, contudo, o raciocínio não poderia ser aceito. Isso porque, para essas questões, não vale a disciplina aplicável aos fatos secundários. O réu não pode, por exemplo, deduzir novas questões após a contestação (art. 303), salvo exceções, embora o autor esteja autorizado a alterar os fatos secundários após a inicial. Voltaremos ao tema adiante.

demanda, segundo o qual cabe à parte definir se quer ou não exercer em juízo os direitos de que dispõe (arts. 2.º, 128 e 460 do CPC). Também leva em conta o fato de que, no Brasil, como visto acima, adotou-se a teoria da substanciação para definir a causa de pedir.

Assim, por exemplo, embora determinado autor possa solicitar o despejo alegando falta de pagamento de aluguéis e danos causados ao imóvel, não é obrigado a deduzir ambas as alegações. Assim, caso deduza apenas uma delas, a outra não será objeto de apreciação judicial, pois se referirá a direito que o autor optou por não exercer – pelo menos até aquele momento. A alegação não será objeto de exame nem mesmo na qualidade de questão prejudicial, tendo em vista que não haverá relação de prejudicialidade entre uma e outra. Ou seja, para decidir pelo despejo por falta de pagamento, não será necessário analisar se o réu causou danos ao imóvel. Da mesma forma, para decidir pelo despejo por danos ao imóvel, não será necessário analisar se o réu não pagou os aluguéis.

Por outro lado, se, em determinada situação, ambas as alegações forem deduzidas, certamente deverão ser apreciadas, mas, aí, cada uma delas assumirá a natureza de causa de pedir distinta – dotada de suas próprias questões –, e não de questão prejudicial em relação à outra. Ou seja, haverá duas ações em julgamento, e não uma ação apenas.

Note-se bem a diferença desse exemplo em relação a outra situação mencionada acima: a alegação de edificação de benfeitorias necessárias é questão prejudicial tanto na ação de despejo por falta de pagamento quanto na ação de despejo por danos ao imóvel. Isso porque, em ambas as ações, o deferimento ou indeferimento do despejo dependerá da análise da existência de benfeitorias dessa natureza, as quais, pelo menos em regra, dão azo à retenção do bem pelo réu até que sejam indenizadas.^{175 176}

¹⁷⁵ E, na qualidade de questão prejudicial, a alegação de edificação de benfeitorias necessárias poder formar objeto autônomo do processo, e, assim, caso seja suscitada pelo réu, transformar-se-á em causa de pedir. Nesse caso, porém, a nova causa de pedir não formará uma ação de despejo – até mesmo porque só há motivo para falar em despejo em relação ao réu. A nova causa de pedir poderá formar uma ação para exercício do direito de retenção do bem (embora dispensada pela jurisprudência consolidada do STJ, que, em ação de despejo, autoriza a dedução do direito de retenção em contestação), uma ação indenizatória (para cobrar o valor das benfeitorias, sendo ou não acompanhada da ação para exercício do direito de retenção), ou, no mínimo, uma ação declaratória (para apenas declarar o direito à retenção ou indenização).

A conclusão terá grande importância adiante, ao tratarmos da coisa julgada.

Por fim, deve-se anotar que, embora o conceito clássico de questão, como visto acima, refira-se indistintamente a ponto duvidoso de fato ou de direito, ao versarmos sobre as relações entre causa de pedir e questões no presente capítulo apenas fizemos menção à questão quando designadora de ponto duvidoso de fato. Assim procedemos por entender que a discussão relacionada a questões de direito não diz respeito à causa de pedir, conforme veremos a seguir. Aliás, é curioso notar que as questões de direito, com uma única provável exceção, não poderiam formar um objeto autônomo de processo.¹⁷⁷ As questões envolvendo a legalidade de determinado contrato e a legitimidade de dado autor, por exemplo, ainda que expressamente não discutidas, não poderiam ser suscitadas em processo posterior sem caracterizar ofensa à coisa julgada.¹⁷⁸

6.2.4. Fatos ou causa de pedir remota e fundamentos jurídicos ou causa de pedir próxima

Assunto que merece muita atenção, ainda, é o da divisão da causa de pedir em alegação de fatos e alegação de fundamentos jurídicos. A construção é baseada no texto do art. 282, III, do CPC, que exige a narração na petição inicial “do fato e dos fundamentos jurídicos do pedido”, e que, segundo a quase

¹⁷⁶ *Mutantis mutandis*, o mesmo raciocínio é aplicável à questão prejudicial da existência de crédito do réu contra o autor.

¹⁷⁷ Parece-nos que a única questão de direito capaz de formar um objeto autônomo do processo é aquela relacionada à inconstitucionalidade ou constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo. Tal questão, contudo, somente pode dar origem a um objeto autônomo do processo caso seja deduzida em sede de controle concentrado de constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal. A exigência praticamente elimina o interesse em examinar essa eventual questão prejudicial, tendo em vista que os juízos inferiores não podem julgá-la em processo autônomo – e nem precisam, já que estão autorizados a realizar o controle difuso de constitucionalidade –, e que poucos são os legitimados pela Constituição a discuti-la perante o STF.

¹⁷⁸ Quase todos os exemplos de questões prejudiciais fornecidos por Chiovenda, e transcritos no texto acima, parecem representar questões de direito. Note-se, porém, que os exemplos revelam, na verdade, questões de fato, que apenas se encontram qualificadas juridicamente. Talvez Chiovenda tenha apresentado as questões prejudiciais desta forma, sem apartá-las de sua qualificação jurídica, por não entender relevante para o assunto promover a distinção entre questões de fato e questões de direito. A separação entre razões de fato e razões de direito, contudo, é medida bastante importante, conforme veremos a seguir.

totalidade da doutrina, delinea a figura da causa de pedir no ordenamento brasileiro.

De acordo com a interpretação inspirada no texto legal, a alegação dos fatos, denominada também de causa de pedir remota pela maioria da doutrina, representa o conjunto formado pela causa de pedir ativa e pela causa de pedir passiva, e a alegação dos fundamentos jurídicos, também chamada de causa de pedir próxima pela mesma maioria,¹⁷⁹ indica o enquadramento dos fatos narrados em uma determinada categoria jurídica.¹⁸⁰

Em especial em relação aos fundamentos jurídicos, sustenta-se ser possível modificá-los no curso do processo, desde que o pedido continue compatível com a alteração promovida. Afirma-se ser possível, ainda, que o próprio juiz desconsidere a alegação dos fundamentos feita pelo autor, se imputar que este errou ao qualificar os fatos narrados, e mesmo assim haja possibilidade de deferimento do pedido formulado. Se, por exemplo, “o autor narra determinados fatos na petição inicial e com fundamento neles pede a anulação do contrato por *erro*, nada o impede – e nada impede o juiz também – de alterar essa capitulação e considerar que os fatos narrados integram a figura da *coação* e não do erro. O resultado prático será o mesmo, porque qualquer um desses vícios do consentimento conduz à anulabilidade do negócio jurídico (...)”.¹⁸¹

Isso porque a subsunção dos fatos narrados à norma é papel do juiz e não do autor. “Importante são os fatos que o juiz deve conhecer como narrados pelo autor, cumprindo-lhe proceder, mediante a atividade processualmente

¹⁷⁹ Os termos causa remota e próxima, no sentido dado pelo texto, são empregados por José Rogério Cruz e Tucci (Obra citada, p. 155), José Ignácio Botelho de Mesquita (Obra citada, p. 48), Joel Dias Figueira Júnior (*Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 2, p. 46 e 48) e Araken de Assis (Obra citada, p. 149). Para Cândido Dinamarco e Moacyr Amaral Santos, ao contrário, a causa próxima é a alegação dos fatos, e a causa remota a alegação dos fundamentos jurídicos (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 2, p. 126). Destoando dos dois grupos, Calmon de Passos dá aos objetos definições inéditas: “Para alguns autores a distinção se faz em termos de causa de pedir remota e causa de pedir próxima. Remota, a que se vincula ao fato matriz da relação jurídica. Próxima, a que se relaciona como dever (*lato sensu*) do titular da situação de desvantagem, ou daquele de quem se deve ou pode exigir determinado ato ou comportamento” (Obra citada, p. 201).

¹⁸⁰ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 4, p. 14; CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Obra citada, p. 200-201; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 2, p. 127; e CRUZ E TUCCI, José Rogério. Obra citada, p.155.

¹⁸¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 2, p. 128.

admissível, à verificação dos mesmos, para tê-los ou não como verídicos”.¹⁸² Tanto é papel do juiz a qualificação jurídica dos fatos que a simples mudança dos fundamentos jurídicos em demanda posterior, também, não seria suficiente para acarretar a constituição de uma nova ação e, por consequência, para evitar sua submissão à coisa julgada existente.¹⁸³

6.2.5. Fundamentos jurídicos como elemento da causa de pedir: a contradição da doutrina

Há uma evidente contradição na inclusão da alegação dos fundamentos jurídicos, ou causa próxima, na causa de pedir. A incoerência, levada a cabo pela quase totalidade dos autores brasileiros, reside em sustentar a afirmação dos fundamentos jurídicos como componente da causa de pedir e, ao mesmo tempo, considerar que eles não têm importância para identificá-la. Como consequência, complica-se desnecessariamente a individualização da causa de pedir, com prejuízos para o entendimento do fenômeno processual.

A confusão nasce da leitura do art. 282, III, do CPC. Prevê ele, como visto, que “A petição inicial indicará: (...) III- o fato e os fundamentos jurídicos do pedido”. Para a doutrina pátria, estaria nesse dispositivo a previsão da causa de pedir para o ordenamento nacional. Quanto a isso – já tivemos oportunidade de manifestar-nos –, concordamos sem oposição alguma. O problema, no entanto, está em dizer que tal dispositivo teria previsto tão-só a causa de pedir – nela incluídos os fatos e os fundamentos jurídicos –, e não a causa de pedir e os fundamentos jurídicos.

Mesmo aderindo maciçamente à substanciação, a doutrina nacional expõe que a causa de pedir é formada, também, pelos fundamentos jurídicos. Daí que, como visto, defende que os fatos narrados pelo autor devam ser por ele, ainda, enquadrados em uma dada categoria jurídica: “Feita a narração dos fatos, seguir-se-á a exposição dos fundamentos jurídicos do pedido, isto é, de como os fatos narrados justificam que o autor peça que pede. Os fatos e os

¹⁸² CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Obra citada*, p. 201.

¹⁸³ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 4, p. 14.

fundamentos jurídicos do pedido, por conseguinte, nada mais significam do que a descrição clara e precisa do acontecimento que foi a razão de ser da demanda e a categorização jurídica desse mesmo acontecimento”.¹⁸⁴

A mesma doutrina, no entanto, acaba por ressaltar que a afirmação dos fundamentos jurídicos pode ser alterada durante o processo, tanto pela parte autora quanto pelo magistrado, e que sua variação em demanda seguinte, mantidos os mesmos fatos narrados, não é capaz de evitar a submissão da segunda ação à coisa julgada.

Pontes de Miranda, por exemplo, inicialmente afirma que “A *causa petendi* supõe o fato ou série de fatos dentro de categoria ou figura jurídica com que se compõe o direito subjetivo ou se compõem os direitos subjetivos do autor e o seu direito público subjetivo a demandar”. À frente, continua: “De categoria ou figura jurídica, dissemos. Não, da categoria ou da figura jurídica. Ainda que o autor erre nesse ponto, que mais se refere à realização do direito objetivo, pode ele mudar o seu modo ver quanto à categoria ou à figura, desde que, mudando-a, a nova categoria ou figura ainda se concilie com o seu pedido (...). Tanto ao juiz quanto à parte é permitido referir-se a outro texto de lei, a categoria ou figura jurídica diferente daquela a que a petição inicial se referia”. E, por fim, arremata: “Duas conseqüências desse princípio da fungibilidade da *forma* do fundamento: a) pode ser condenado o réu mesmo se não é exato, em boa técnica e adequada terminologia, o nome que se deu à situação jurídica ou a ela; b) mudando-se o nome da relação de direito material, ou o texto de lei, não se evita, somente por isso, a exceção de coisa julgada”.¹⁸⁵

Calmon de Passos, por sua vez, aduz que “O *nomen iuris* que se dá a essa categoria jurídica ou o dispositivo de lei que se invoque para caracterizá-la são irrelevantes, se acaso erradamente indicados. O juiz necessita do fato, pois que o direito ele é que o sabe”. Mais à frente: “Se o fato narrado na inicial e o que foi pedido são compatíveis com a categorização jurídica nova, ou com o novo dispositivo de lei invocado, não há por que se falar em modificação da causa de pedir, ou em inviabilidade do pedido”. E termina: “A tipificação dos fatos pelo autor é irrelevante, pois se ele categorizou mal, do ponto de vista do

¹⁸⁴ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Obra citada, p. 200.

¹⁸⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 4, p. 14.

direito, os fatos que narrou, pouco importa, pois o juiz conhece o direito e deve categorizá-los 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”.¹⁸⁶

Ora, do que se expôs fica claro que os fundamentos jurídicos, na verdade, não compõem a causa de pedir. Isso porque se a incorreta formulação dos fundamentos jurídicos dentro de um processo não tem o condão de evitar o acolhimento do pedido, e se a alteração deles em processo posterior não é capaz de revolver a coisa julgada, logo qualquer argüição sua não importa para a identificação da ação proposta e, com ainda maior razão, para a identificação da própria causa de pedir.

A solução precisa ser lógica: afirmar que um dado objeto é formado por dois componentes tem que significar, necessariamente, que a mudança de qualquer um deles seja suficiente para acarretar a mudança do objeto todo. É o que ocorre, por exemplo, com a alteração das causas de pedir ativa e passiva, que, isolada ou conjuntamente, implicam a modificação da causa de pedir propriamente dita. Em sentido contrário, afirmar que a modificação de um objeto não implica a de outro tem que resultar, de imediato, na conclusão de que o primeiro não compõe o segundo.

Veja-se, por exemplo, a questão dos vícios de consentimento, muito empregada para elucidar a variabilidade de alegação dos fundamentos jurídicos no processo: parte majoritária da doutrina costuma afirmar que, se o autor imputa determinada conduta ao réu e alega que sem ela não teria celebrado o negócio jurídico que celebrou, mesmo que a qualifique incorretamente – chamando, por exemplo, de dolo o que deveria chamar de coação, ou de coação o que deveria chamar de erro –, não haverá ilegalidade nem no deferimento do pedido, nem na constituição de coisa julgada para ações posteriores que apenas alterarem tal qualificação jurídica.¹⁸⁷ Analisada,

¹⁸⁶ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Obra citada, p. 201.

¹⁸⁷ A doutrina que defende a insuscetibilidade da causa de pedir à alteração dos fundamentos jurídicos limita tal defesa, como visto no tópico anterior, à existência de compatibilidade entre os novos fundamentos e o antigo pedido (Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 4, p. 14; CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Obra citada, p. 201; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 2, p. 128). Não há razão, no entanto, para promover essa restrição. Em primeiro lugar, conforme se está analisando, os fundamentos jurídicos não integram a causa de pedir e, por

essa conclusão só pode indicar que a alegação dos fundamentos jurídicos não integra a causa de pedir, já que, se integrasse, determinaria os contornos dela, e, aí, tanto o pedido não poderia ser aceito se firmado em fundamento jurídico inadequado, como a coisa julgada não se estenderia para ação seguinte, se esta fosse baseada em fundamento jurídico diverso.¹⁸⁸

isso, sua variação não determina qualquer modificação desta. Em segundo lugar, para impedir a alteração dos fundamentos jurídicos no curso do processo deveria existir dispositivo no CPC que a vedasse, o que não há. Assim, por exemplo, se determinado autor narra que o réu o enganou para que celebrasse um contrato desfavorável e formula pedido de anulação do negócio jurídico, mesmo que classifique a conduta do réu de simulação – que, de acordo com o Código Civil (art. 167) ensejaria nulidade, e não anulação –, em vez de dolo, não haverá problema algum no deferimento do pedido. Conforme se verá adiante, o que vincula a análise do juiz são os fatos, assumindo os fundamentos jurídicos mero caráter de proposta ao magistrado de como avaliar as consequências jurídicas advindas da ocorrência destes.

¹⁸⁸ A alteração dos fundamentos jurídicos nunca é capaz de alterar a causa de pedir; apenas a dedução de novos fatos tem o condão de fazê-lo. A ideia pede desenvolvimento e, para tanto, é proficiente lançar mão do seguinte exemplo: um determinado autor narra em juízo que o réu, mecânico, em uma certa ocasião recomendou-lhe fortemente que se livrasse de seu automóvel, por estar perto de ter o motor comprometido. Narra ainda que, em função de tal recomendação, e diante da manifestação do próprio mecânico da vontade de desmontar o veículo para aproveitar algumas peças, entregou a este o bem, em troca de uma módica quantia. Alega, por fim, que, meses depois da transação, surpreendeu-se ao constatar que o réu, em vez de desmontar o automóvel, fez dele seu veículo particular, e que, além disso, o carro funcionava com o mesmo motor que supostamente estaria avariado. Dizendo-se enganado pelo réu, o autor pede a anulação do negócio, mas não sem antes classificar a conduta do réu de coação e chamar o contrato que celebraram de doação.

Bem, se depois da inicial o autor pondera que classificou indevidamente a conduta do réu ou o contrato que firmou, poderá classificá-los novamente sem problemas. Imagine-se, por exemplo, que passe a chamar de dolo a ação da outra parte e de contrato de compra e venda o negócio realizado. Não haverá mudança na causa de pedir nesse caso, porque os fatos narrados, que a determinam, seguirão inalterados, mudando-se apenas os fundamentos jurídicos. Continua como causa de pedir da ação a descrição da conduta do réu que enganou o autor, fazendo com que lhe entregasse definitivamente um automóvel para receber de volta uma determinada quantia. A mesma conclusão cabe para a atitude oposta, isto é, se o autor chama primeiro de dolo a conduta do réu e de contrato de compra e venda o negócio que celebrou, e depois os nomeia de coação e contrato de doação. Em ambos os casos, a mudança dos fundamentos jurídicos não vincula a atividade do magistrado – até porque os fundamentos não vinculariam mesmo se mantidos inalterados –, e não é capaz de revolver a coisa julgada. Por exemplo, se o autor não consegue provar suas alegações e fracassa em um primeiro processo em que alegou coação e doação, não poderá ter o mérito analisado em um segundo, se apenas alterar as denominações para dolo e compra e venda. Mantida a mesma causa de pedir, mantém-se a mesma ação requerida, e, portanto, se já houve um julgamento de mérito, ação idêntica não poderá ser analisada outra vez.

Questão diferente, no entanto, ocorre se o autor, além dos fundamentos jurídicos, altera no curso do processo os próprios fatos narrados. É o que acontece, por exemplo, se, depois de alegar que foi enganado pelo réu para repassar-lhe o veículo em troca de uma quantia, o autor, que havia qualificado o contrato que celebrou de compra e venda, diz que, na verdade, não recebeu quantia alguma, mas que apenas entregou o automóvel ao réu, designando agora o contrato firmado de doação. Mais do que alteração nos fundamentos jurídicos, o que há em casos como este é a alteração dos fatos inicialmente alegados. Daí que, aí sim, será possível concluir pela mudança da causa de pedir – o que é vedado.

Da leitura do art. 282, III, fica claro que o CPC exige a narração dos fatos e dos fundamentos jurídicos,¹⁸⁹ mas é impossível deduzir que ambos constituem a causa de pedir.¹⁹⁰ Ao juntá-los em um mesmo gênero, acaba-se dizendo mais do que deveria, e o resultado é a apontada ilogicidade.

José Rogério Cruz e Tucci, por exemplo, após definir a causa próxima como “o enquadramento da situação concreta, narrada *in status assertionis*, à previsão abstrata, contida no ordenamento de direito positivo, e do qual decorre a juridicidade daquela, e, em imediata seqüência, a materialização, no pedido, da conseqüência jurídica alvitada pelo autor”, sustenta ser irrelevante à conformação da causa de pedir a indicação do fundamento legal da demanda e de seu *nomen iuris*, “uma vez que a qualificação jurídica que emana da argumentação encetada pelo autor não tem o condão, como adiante melhor veremos, de pré-fixar a atuação judicial quanto ao direito aplicável”.¹⁹¹ O que já parece bastante controverso, todavia, fica um pouco mais confuso quando o autor se propõe a delimitar a causa próxima em uma dada situação concreta – no caso, de ação de usucapião extraordinária: “Como componentes da *causa petendi remota* sobressaem, portanto, a posse longeva, o justo título e a boa-fé, constituindo a conformação destes à previsão do citado art. 551 a *causa petendi próxima*”.¹⁹²

Cândido Dinamarco, por sua vez, mesmo reconhecendo que “a invocação dos fundamentos jurídicos na petição inicial não passa de mera proposta ou sugestão endereçada ao juiz, ao qual compete fazer depois os enquadramentos adequados”, afirma que “Isso não significa que os fundamentos jurídicos deixem de integrar a *causa petendi*. Exige-os a lei expressa (art. 282, III) e eles têm algumas das utilidades que a lei associa à individualização das demandas – ao menos no tocante à competência (p. ex., causas fundadas em direito pessoal ou real: arts. 94-95)”^{193 194}.

¹⁸⁹ O texto legal, aliás, é bastante sofrível: usa “fato”, no singular, quando deveria aludir a “fatos” – uma vez que, embora possível, é incomum a existência de causa de pedir formada pela alegação de um fato apenas; e faz tanto o “fato” quanto os “fundamentos jurídicos” referirem-se ao pedido, com o que, numa leitura compatibilizada do dispositivo, tenha-se o “fato do pedido” e os “fundamentos jurídicos do pedido”, quando seria muito mais adequado qualificar de alguma forma o primeiro, talvez como “fato motivador do pedido”.

¹⁹⁰ Até porque sequer há menção de que o dispositivo estaria prevendo a causa de pedir.

¹⁹¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Obra citada, p.155.

¹⁹² CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Idem*, p.253.

¹⁹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 2, p. 128.

Raras são as defesas da não inclusão dos fundamentos jurídicos no conteúdo da causa de pedir na doutrina pátria. No livro *Teoria Geral do Processo*, por exemplo, escrito por Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e pelo recém citado Cândido Rangel Dinamarco, pode-se encontrar uma delas: “O fato que o autor alega, seja no crime ou no cível, recebe da lei determinada qualificação jurídica (...). Mas o que constitui a *causa petendi* é apenas a exposição dos fatos, não a sua qualificação jurídica. Por isso, é que, se a qualificação jurídica estiver errada, mas mesmo assim o pedido formulado tiver relação com os fatos narrados, o juiz não negará o provimento jurisdicional”.¹⁹⁵

Outro jurista que bem separa a causa de pedir dos fundamentos jurídicos é José Carlos Barbosa Moreira. Para o autor, não integra a causa de pedir “a qualificação jurídica dada pelo autor ao fato em que apóia sua pretensão (v.g., a referência a ‘erro’ ou a ‘dolo’, na petição inicial, para designar o vício do consentimento invocado como causa da pretendida anulação do ato jurídico)”.¹⁹⁶ Tanto que o art. 282, III, do CPC, não exige a narração apenas da causa de pedir, mas também dos fundamentos jurídicos: “A petição inicial, instrumento da demanda, é a peça escrita na qual o autor formula o pedido ao órgão judicial. Deve ela indicar (art. 282): (...) III- o fato e os fundamentos jurídicos do pedido, isto é, a *causa petendi* (*supra*, n.º VI) e o nexa que, ao ver do autor, existe entre ela e o efeito jurídico afirmado, ou, em outras palavras, a razão por que ao fato narrado se deve atribuir esse efeito”.¹⁹⁷

Ainda de acordo com Barbosa Moreira, “todo efeito jurídico resulta da incidência de uma norma sobre determinado fato ou conjunto de fatos. A norma não precisa ser indicada pelo autor: *iura novit curia*. O que lhe cabe apresentar ao juiz é o fato, ou o conjunto de fatos, a que atribui aptidão para surtir o efeito afirmado, ou para justificar a produção do efeito por meio da sentença. Se nesse esquema, que é constante, há lugar para algo a que se chame *causa*

¹⁹⁴ Das duas justificativas apresentadas por Cândido Dinamarco, a primeira não é válida, já que a lei não diz expressamente que os fundamentos jurídicos são integrantes da causa de pedir, e a segunda, embora até possa ser verdadeira, não tem ligação com o problema da inclusão dos fundamentos jurídicos na causa de pedir.

¹⁹⁵ Cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, p. 262.

¹⁹⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo Processo Civil brasileiro*, p. 16.

¹⁹⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Idem*, p. 17.

petendi, será ela necessariamente o fato ou o conjunto de fatos invocado pelo autor”.¹⁹⁸

Embora seja ainda limitada a defesa da separação da causa de pedir dos fundamentos jurídicos, o certo é que ela é muito mais convincente que a tese oposta. Portanto, parece inexorável a afirmação de que os fundamentos jurídicos não compõem a causa de pedir.

6.3. Fronteira entre causa de pedir e fundamentos jurídicos

Tarefa mais delicada do que afirmar a separação da causa de pedir e dos fundamentos jurídicos, contudo, é a de demarcar, exatamente, a fronteira existente entre os dois objetos.

A questão envolve delicadas repercussões processuais, originadas todas do fato de que a causa de pedir é elemento da ação, ao contrário dos fundamentos jurídicos. Isso significa, entre outras coisas, que apenas ao material contido na causa de pedir vincula-se o magistrado, que somente ela fixa a matéria sobre a qual deve recair a prova, e que tão-só com base nela é que se apura a configuração de institutos capitais do processo, como a litispendência e a coisa julgada.

Antes de atacar o problema, no entanto, é preciso fazer uma observação a respeito do conceito de fundamentos jurídicos. A doutrina brasileira, como visto, costuma definir esse objeto como a conexão que o autor deve fazer dos fatos que narra a determinados fatos jurídicos – erro, dolo, culpa, contrato de compra e venda, etc.. É o que fazem, por exemplo, Pontes de Miranda e Calmon de Passos, ao defender que os fatos narrados na inicial devem ser enquadrados, pela parte autora, em uma dada categoria jurídica.

Essa solução é incompleta. A expressão fundamentos jurídicos do pedido, parece claro, só pode significar o mesmo que razões de direito para acolhimento do pedido. Por isso, ela deve indicar não apenas a designação jurídica dos fatos narrados na inicial, como também a afirmação de qualquer outro argumento jurídico destinado ao deferimento da ação requerida. Desse modo, não haveria problema algum em fazer entrar no conceito alegações

¹⁹⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A conexão de causas como pressuposto da reconvenção*, p. 108-109.

como a alusão a uma norma jurídica, a afirmação da existência de direitos subjetivos ou deveres, a sustentação da existência de pretensão, etc.

Em um caso de responsabilização do réu por culpa em acidente de trânsito, por exemplo, poderiam compor os fundamentos jurídicos o enquadramento da conduta do réu no fato jurídico culpa, a referência às normas do ordenamento jurídico que declaram ilícita tal conduta e obrigam à indenização, a afirmação do direito do autor a ser indenizado, a afirmação do dever do réu de indenizar, entre outras alegações.

Devidamente dilatado o conceito de fundamentos jurídicos, pode-se agora retomar a missão de separá-lo da causa de pedir.

A resposta para a questão pressupõe o entendimento do fenômeno processual e, por isso, é proficiente lembrá-lo: conforme visto, por existir apenas no pensamento das pessoas, a incidência de uma norma jurídica é automática e nunca falha. Por força dela, concretizado um certo suporte fático na prática, nascem automaticamente efeitos jurídicos para determinados sujeitos, especialmente direitos subjetivos e deveres. Observados espontaneamente, os direitos e deveres desaparecem do mundo jurídico. Se, ao contrário, não há franco atendimento destes direitos e deveres, é preciso que sejam atuados na prática, e, para isto, em regra, deve-se realizar um processo judicial, no qual se requer uma ação. Avançando na visualização do fenômeno processual, nota-se ainda que, desencadeado um processo, o autor e o réu devem expor a um terceiro imparcial responsável por julgar o caso, o juiz, os fatos que os levam a, respectivamente, procurar e refutar a tutela jurisdicional, para que este, que não conhece o litígio, passe a conhecê-lo, e, assim, verificando a posição do ordenamento jurídico diante do que resta apurado, possa decidir conforme o interesse de um deles.

Do esquema explicativo, o mais importante, a esta altura do trabalho, é a percepção de que a atividade do magistrado pode ser dividida em três grandes fases: a comprovação dos fatos aportados pelas partes no processo, a qualificação jurídica desses mesmos fatos e a decisão sobre o pedido formulado pelo autor. Em especial em relação à segunda, é fundamental observar tratar-se da ocasião em que o juiz revista todo o mecanismo de incidência da norma jurídica. Isso porque, verificado, na primeira fase, que os

fatos ocorreram de uma certa maneira, passa o juiz, na segunda, a repetir mentalmente os passos de um raciocínio capaz de levar à análise do pedido, a terceira. Põe-se o magistrado, então, em seqüência: 1- a comparar o fato ou os fatos apurados com os suportes fáticos das normas do ordenamento jurídico; 2- encontrada a norma ou as normas que tinham por suporte fático aquele fato ou aqueles fatos, a verificar qual fato jurídico resultou de sua incidência; e 3- determinado qual fato jurídico resultou dessa incidência, a verificar quais efeitos jurídicos ele produziu, como direitos subjetivos, deveres, pretensões, sujeições, poderes de ação de direito material, etc.

Note-se agora que a linha de raciocínio desenvolvida pelo juiz na segunda fase é rigorosamente equivalente àquela desenvolvida pelo autor nos fundamentos jurídicos do pedido. As duas iniciam-se na alusão a uma norma jurídica, passam pela afirmação da constituição de um fato jurídico e seguem até a alegação dos seus efeitos. Ambas, também, pressupõem que já tenha havido a narração de fatos e conduzem a uma conclusão. No entanto, se em volta da segunda fase da atividade do magistrado encontram-se a exposição dos fatos apurados no processo e o dispositivo do julgamento, em torno dos fundamentos jurídicos aparecem a causa de pedir e o pedido.

Daí que, tendo como modelo as fases de atividade do magistrado no processo, chega-se ao objetivo almejado de delimitar a fronteira entre causa de pedir e fundamentos jurídicos: enquanto a causa de pedir pára na descrição dos fatos que desencadeiam o mecanismo de incidência da norma jurídica, os fundamentos jurídicos partem exatamente da exposição desse mecanismo e seguem compreendendo a descrição de todos os efeitos que dele emanam. Em uma petição inicial, portanto, toda narração de fatos que antecedem a incidência da norma jurídica é causa de pedir, e toda narração de fatos referentes ou posteriores a ela é fundamentos jurídicos.^{199 200}

Antes de encerrar o tópico, é importante ressaltar que o raciocínio contido nos fundamentos jurídicos, apesar de equivalente ao desenvolvido na fase de verificação do direito pelo magistrado, não precisa ser, e geralmente não é, idêntico a ele. A razão é simples: apenas os juízes são investidos do

¹⁹⁹ Não se inserem nem na causa de pedir, nem nos fundamentos jurídicos, evidentemente, a qualificação das partes e o pedido.

²⁰⁰ Também os efeitos jurídicos são fatos (jurídicos, é claro) (Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. 1, p. 17-18).

poder de ditar o direito para um caso concreto. Dessa forma, a exposição do entendimento do autor acerca de sua própria situação jurídica – assim como a exposição do réu – assume tão-somente a natureza de proposta para o magistrado de como avaliar as consequências jurídicas dos fatos, com a função única de convencê-lo a ratificar a providência requerida.

Continuam tendo validade para nosso sistema processual os velhos aforismos romanos *iura novit curia e narra mihi factum dabo tibi ius*, que indicam que o fundamental, para as partes, é a narração dos fatos, já que o Direito quem dita é o juiz – há, inclusive, previsão legal a respeito, no art. 126.²⁰¹ É por causa disso, aliás, que só a narração dos fatos importa para a identificação da ação requerida.

Os fundamentos jurídicos assumem posição de tal modo secundária no processo que, mesmo em face da exigência de sua descrição pelo art. 284,²⁰² é praticamente impossível encontrar decisões judiciais que, na sua ausência, determinem ao autor que emende a petição inicial. É grande a difusão entre os magistrados da ideia de que, para um julgamento, é suficiente que as partes aporem os fatos. Tal concepção, a nosso ver, não é só razoável como absolutamente adequada à busca por efetividade processual.²⁰³ É tão possível a dispensa da descrição dos fundamentos jurídicos que na Justiça do Trabalho, por exemplo, ela não é só comum, como também autorizada em lei. Prevê, pois, o artigo 840, *caput* e parágrafos, da CLT, que ao autor basta narrar os

²⁰¹ “Art. 126 do CPC. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando a lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.”

²⁰² “Art. 284 do CPC. Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de dez (10) dias.”

²⁰³ A doutrina pátria, mesmo ratificando a exigência da narração dos fundamentos jurídicos, limita o seu conteúdo, como vimos atrás, à alegação, feita pelo autor, de que os fatos narrados na inicial são determinados fatos jurídicos. Em função disto, é muito freqüente encontrar nela a afirmação de que não comporiam os fundamentos jurídicos o nome da ação, o chamado *nomem iuris*, nem a indicação do fundamento legal da ação, isto é, a remissão a um ou mais artigos de lei que a justifiquem (Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. Obra citada, p. 155). Tal sustentação, a nosso ver incorreta, parece não ter outra razão de ser que a de restringir ao mínimo possível o conteúdo da expressão fundamentos jurídicos, sendo baseada, provavelmente, na compreensão de que pouca importância para o processo tem sua narração.

fatos em sua reclamatória, nada exigindo a respeito dos fundamentos jurídicos.^{204 205}

6.4. A influência da alteração do direito (direito superveniente)

Quando nos referimos a fundamentos jurídicos, designamos as razões de direito alegadas pelo autor para influenciar o julgamento do juiz. Ao empregarmos, aqui, a expressão alteração do direito, tratamos de assunto distinto. Referimo-nos à efetiva alteração do direito no plano legal ou constitucional, ou seja, à superveniência de uma nova norma legal ou constitucional. O fenômeno é designado como direito superveniente ou *ius superveniens*.

Na toada do que tem se sustentado a respeito da composição da causa de pedir, cabe apontar que o direito superveniente não é capaz de alterá-la. A menção a qualquer dispositivo legal ou constitucional não integra o conteúdo da causa de pedir.²⁰⁶ Da mesma forma, a menção a outro dispositivo legal ou constitucional não importa para designar causa de pedir nova, independentemente do fato de esse outro dispositivo compor direito

²⁰⁴ “CLT. Art. 840. A reclamação poderá ser escrita ou verbal. § 1º Sendo escrita, a reclamação deverá conter a designação do presidente da Junta, ou do juiz de direito, a quem for dirigida, a qualificação do reclamante e do reclamado, uma breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio, o pedido, a data e a assinatura do reclamante ou de seu representante. § 2º Se verbal, a reclamação será reduzida a termo, em 2 (duas) vias datadas e assinadas pelo escrivão ou diretor de secretaria, observado, no que couber, o disposto no parágrafo anterior.”

²⁰⁵ Ao que parece, somente nas ações do controle concentrado de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão e arguição de descumprimento de preceito fundamental) e na ação rescisória por violação de literal disposição de lei, a causa de pedir deve fazer menção a razões de direito e, portanto, somente nesses casos a causa de pedir é integrada por fundamentos jurídicos. Para identificar as ações do controle concentrado, é necessário indicar a existência de uma lei ou ato normativo em contradição com a Constituição, o que exige, além da menção à própria Constituição, a identificação da lei ou do ato normativo impugnado. Para identificar a ação rescisória fundada em violação de literal disposição de lei, é necessário indicar a existência de uma decisão com trânsito em julgado e a ofensa a um determinado dispositivo legal.

Apenas essa indicação da lei ou do ato normativo impugnado, no caso das ações do controle concentrado, e essa indicação do dispositivo legal, no caso da ação de rescisória, contudo, terão importância para identificar a ação, pois o Tribunal (apenas o STF, no primeiro caso) não estará vinculado aos demais fundamentos jurídicos deduzidos pelo autor. O Tribunal, por exemplo, poderá julgar procedente a ação por razões de direito distintas das deduzidas pelo demandante. Além disso, eventual alteração das demais razões de direito sustentadas pelo autor não importará para configurar a propositura de uma nova ação.

²⁰⁶ Ressalvadas as causas de pedir das ações do controle concentrado de constitucionalidade e da ação rescisória, como visto acima.

superveniente. Note-se que a alteração do direito não alterará a ação requerida ao magistrado. Por exemplo, as ações (de direito material, frise-se mais uma vez) de reintegração de posse de determinado bem e de indenização de determinado valor propostas mais de uma vez, desde que baseadas nos mesmos fatos, serão rigorosamente as mesmas, tenha ou não surgido direito superveniente.

Isso não significa, contudo, que a alteração do direito não importará na possibilidade de novo julgamento da ação, ainda que já exista decisão sob coisa julgada. O CPC indica no art. 471, I, que não haverá novo julgamento a menos que “tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença”.

Assim, por exemplo, ainda que determinado contribuinte já tenha tido negado, em decisão que passou em julgado, o reconhecimento do direito subjetivo à isenção ou imunidade tributária, poderá buscar novo julgamento da ação caso haja alteração do direito objetivo – imagine-se, por exemplo, que o ordenamento jurídico passe a prever novas hipóteses de isenção e imunidade.²⁰⁷

Daí a dizer que haveria alteração da causa de pedir em virtude de direito superveniente, contudo, é fazer conclusão que o ordenamento não faz. O art. 471, I, do CPC não diz que, em caso de alteração do direito positivo, um novo julgamento poderá ser feito em razão da alteração da causa de pedir.²⁰⁸ O dispositivo apenas autoriza o novo julgamento por não ignorar a nítida

²⁰⁷ Luiz Guilherme Marinoni faz notar que o precedente firmado pelo STF a respeito da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada norma também deve ser visto como direito superveniente. A conclusão é utilizada pelo autor para sustentar a impossibilidade de o precedente firmado pelo Tribunal implicar em revisão das decisões judiciais já atingidas pela coisa julgada e faz parte de interessante estudo que põe em xeque a tendência no direito brasileiro, infelizmente crescente, de relativizar a coisa julgada material, quase sempre de forma irrefletida: “Chega-se, assim, ao momento propício para se desnudar o equívoco. Se a ação rescisória é proposta com base em precedente do Supremo Tribunal Federal, o seu fundamento não é violação literal de lei nem violação de norma constitucional. O fundamento encontrado, mas não expressamente revelado, é *ius superveniens* ou direito superveniente. Porém, como é curial, o *ius superveniens* não tem efeito retroativo sobre a coisa julgada. (...) Sustenta-se que a ação é fundada em ‘violação literal de lei’ obviamente porque existe esta previsão para a rescisão da coisa julgada (art. 485, CPC). Não há, nem poderia haver, ação rescisória amparada em *ius superveniens*.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*, p. 115-117).

²⁰⁸ Embora a superveniência de fato novo, também prevista no art. 471, I, importe, efetivamente, em alteração da causa de pedir.

influência que a efetiva alteração do direito positivo provoca para o exame da ação.

6.5. Conceito de causa de pedir e critério objetivo para identificá-la

Munidos da compreensão do conteúdo da causa de pedir para o ordenamento processual brasileiro e de seus aspectos fundamentais, podemos agora conceituá-la. Causa de pedir é a alegação de fatos capaz de identificar um direito subjetivo e uma ameaça ou lesão a este direito.²⁰⁹ A fim de tornar mais inteligível a definição, é proficiente analisá-la em etapas:

Inicialmente, é a causa de pedir representada por alegação de fatos, e não por fatos, porque ela designa uma “realidade suposta, simplesmente afirmada, de maneira unilateral, pelo autor”.²¹⁰ Ao ir a juízo, a parte autora narra os fatos que entende capazes de justificar o pedido que faz; no entanto, pode ser que esses fatos sequer tenham ocorrido, ou que tenham ocorrido de modo diferente. Daí que, fossem a causa de pedir meros fatos, no caso de eles serem considerados inexistentes, ela própria não existiria. Já se a causa de pedir significa apenas alegação de fatos, esse problema não ocorre e, existentes ou não os fatos narrados, haverá causa de pedir, passando a ser essencial apontar se a alegação é verídica ou não.²¹¹

Em segundo lugar, é a causa de pedir conceituada como a alegação de fatos capaz de identificar um direito subjetivo e uma ameaça ou lesão a este direito porque nem toda alegação é suficiente para revelá-la. Aqui, a exposição pede bastante atenção.

²⁰⁹ A definição é limitada ao ordenamento pátrio, especialmente em virtude de sua orientação pela substanciação. Não existe uma conceituação de causa de pedir válida para todos os ordenamentos do globo. No máximo, poder-se-ia defini-la como a alegação de fatos realizada por alguém que busca receber do Estado uma certa tutela jurisdicional, mas, como já dito, tal concepção seria apenas superficial.

²¹⁰ ASSIS, Araken de. Obra citada, p. 207.

²¹¹ Redigido a respeito do objeto da prova, no qual assume posição central a própria causa de pedir, o seguinte trecho de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart pode ser emprestado com proveito para auxiliar na percepção da diferença entre fatos e alegações de fatos: “Da definição acima apresentada, um elemento deve ser destacado, qual seja, a menção a que a prova não se destina a provar fatos, mas sim *afirmações de fato*. É, com efeito, a alegação, e não o fato, que pode corresponder ou não à realidade daquilo que se passou fora do processo. O fato não pode ser qualificado de verdadeiro ou falso, já que este existe ou não existe. É a alegação do fato que, em determinado momento, pode assumir importância jurídico-processual e, assim, assumir relevância a demonstração da *veracidade da alegação do fato*” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*, p. 261.

A realização forçada de um direito subjetivo pelo Estado é o que qualquer autor vai buscar ao agir processualmente.²¹² E com o fim de identificar uma ação, como vimos, todo autor deve indicar três elementos: partes, causa de pedir e pedido. Como vimos também, esses três elementos também precisam ser identificados, seja para indicar se, de fato, foram deduzidos no processo, seja para apontar se encontram-se em número singular ou plural.

Lançado, pois, o objetivo de identificar a causa de pedir, a primeira providência a tomar é encontrar um critério capaz de promover esta identificação. E a lógica determina que o único critério capaz de identificá-la é o que faz sua existência depender da visualização de um direito subjetivo e de uma ameaça ou lesão a este direito.²¹³ A solução impõe-se por duas razões. A primeira é que referido critério reflete precisamente o papel da causa de pedir no processo. De fato, não é difícil perceber que o estabelecimento da causa de pedir como elemento identificador da ação tem o exato motivo de possibilitar ao magistrado a verificação da linha de constituição e vigência de um direito subjetivo do autor, para que, constatando seu descumprimento pelo réu, possa executá-lo forçadamente. A segunda é que tão-somente por esse critério é possível fixar uma exigência mínima a qualquer alegação de fatos para ser considerada causa de pedir e, ao mesmo tempo, determinar exatamente, em caso de pluralidade de causas de pedir deduzidas, quantas e quais são elas.

Assim, se defende-se que a causa de pedir deve ser o espaço que o autor tem para fazer ver o magistrado a constituição de um direito subjetivo e a configuração de uma ameaça ou lesão a este direito, é preciso sustentar, também, que só haverá causa de pedir quando tiverem sido narrados dois tipos de fatos: os fatos constitutivos de um direito subjetivo e os fatos que ameaçaram ou lesaram este direito. Daí que, a partir da verificação de que esses dois tipos de fatos foram narrados, será tanto possível apontar a constituição de uma causa de pedir, como calcular, com base no número de combinações existentes entre esses dois tipos de fatos descritos, quantas causas de pedir²¹⁴ foram deduzidas. Por exemplo, se o autor diz que celebrou um contrato com o réu, e que ele o descumpriu, haverá uma causa de pedir,

²¹² Ou o que, pelo menos, deveria ir buscar.

²¹³ Exceto no caso das ações constitutivas, conforme se verá adiante.

²¹⁴ E, por consequência, ações.

porque será possível identificar tão-só uma combinação entre os fatos constitutivos de um direito subjetivo e os fatos que lesaram este direito; já se o autor diz que celebrou dois contratos com o réu, e que ele descumpriu ambos, ou diz que o réu descumpriu um mesmo contrato duas vezes, haverá, nos dois casos, duas causas de pedir, porque poderão ser identificadas duas combinações entre os fatos constitutivos de um direito subjetivo e os fatos que lesaram este direito.

O critério é assumidamente influenciado pelo direito material porque qualquer tentativa de elaborar um critério que não se submeta a esta influência fatalmente acabará falhando, seja no apontamento da cumulação de causas de pedir, seja na própria identificação de uma causa de pedir.²¹⁵ Por exemplo, se for defendido que a causa de pedir, como alegação de fatos que é, independe do tipo dos fatos narrados, podendo ser formada com qualquer alegação do autor, será possível designar não mais do que uma causa de pedir, porque não haverá um limite de conteúdo determinado para cada causa. Já se for defendido que o que importa é o número de fatos narrados pelo autor, havendo tantas causas de pedir quantos forem estes, o próprio sentido da busca pela identificação da causa de pedir sucumbirá, uma vez que é evidente que ela pode ser composta por mais de um fato narrado.²¹⁶

Repare que adotar o critério que exige a visualização de um direito subjetivo e de uma ameaça ou lesão a este direito para identificar a causa de pedir não é nada mais do que ratificar a validade da divisão do conteúdo da causa de pedir em causa de pedir ativa, formada pela alegação dos fatos geradores do direito do autor, e causa de pedir passiva, formada pela alegação

²¹⁵ O mesmo ocorre com o critério para identificar as partes, como visto acima.

²¹⁶ Vejam-se os seguintes exemplos: 1- se uma dada pessoa jurídica, participante de uma licitação, vai a juízo pedir a suspensão ou a declaração de nulidade deste procedimento, porque, embora tenha apresentado a melhor proposta, foi preterida pela Administração Pública, deve, pelo menos, narrar quatro fatos: a realização da licitação, sua habilitação no procedimento, a melhor oferta que fez e sua preterição pelo Poder Público; 2- se uma pessoa pede em juízo a execução de um contrato comum de compra e venda, deve narrar, no mínimo, dois fatos: a celebração do acordo e o descumprimento do réu; 3- se um legatário pede em juízo a execução de testamento em que foi previsto uma doação em seu favor, condicionada à condição suspensiva, deve narrar não menos do que quatro fatos: a morte do testador, a existência de testamento com a condição suspensiva, o implemento da condição e o não cumprimento do benefício por parte do herdeiro ou herdeiros. Em todos esses casos, embora haja pluralidade de fatos narrados, há tão-só uma causa de pedir.

dos fatos do réu que lesaram ou ameaçaram este direito.²¹⁷ É também confirmar a validade da assertiva que faz inserir na causa de pedir apenas os fatos principais, deixando de fora os fatos secundários.²¹⁸

O mesmo se diga em relação à separação da causa de pedir dos fundamentos jurídicos, que permanece íntegra. A causa de pedir precisa permitir a visualização de um direito subjetivo e de uma lesão a este direito, mas ela não é o direito subjetivo ou a lesão ao direito subjetivo. Sua natureza é de alegação de fatos que antecedem a incidência da norma jurídica. Os efeitos jurídicos que desta incidência resultam são apenas consequências da causa de pedir, consequências que são inseridas no critério para identificá-la justamente porque são contraprovas de sua existência.

Ressalte-se que, para que haja causa de pedir, o autor não precisa ser, de fato, titular de um direito subjetivo, nem é necessário que verdadeiramente tenha havido ameaça ou lesão a este direito. O que se exige é a identificação de um hipotético direito subjetivo e de uma hipotética ameaça ou lesão a direito subjetivo, isto é, a descrição de fatos que conduziriam a um direito subjetivo e de fatos que representariam ameaça ou lesão deste direito. Quem dirá se o autor tem ou não direito e se houve ou não ameaça ou lesão ao direito, baseando-se na apuração dos fatos narrados, é o juiz, que deverá executar forçadamente o direito subjetivo em caso positivo.

Ressalte-se, por fim, que o conceito de causa de pedir e o critério para identificá-la formulados não têm validade para as ações constitutivas. Isso porque, como visto, tais ações são fundadas em direitos potestativos, cujo exercício por parte de seus titulares – diferentemente do que ocorre com os direitos subjetivos em sentido estrito ou direitos à prestação, como os direitos obrigacionais e reais, por exemplo –, independe da colaboração dos réus, que nada podem fazer a não ser se sujeitarem. Em outras palavras, os direitos potestativos não são suscetíveis à lesão ou ameaça. Por tal razão, a identificação da causa de pedir das ações constitutivas faz-se apenas com a narração dos fatos constitutivos de um direito potestativo.²¹⁹

²¹⁷ Inclusive para confirmar suas exceções, analisadas acima no capítulo “Causa de pedir ativa e causa de pedir passiva”.

²¹⁸ Conforme visto acima no capítulo “Fatos principais e fatos secundários”.

²¹⁹ É o que ocorre com a ação de resolução de contrato, por exemplo. Nela, a causa de pedir é formada tão-somente com a descrição dos fatos que levaram ao nascimento do direito

7. PEDIDO

7.1. Conteúdo e conceito de pedido

Segundo a doutrina, ao deduzir o pedido, o autor deve indicar o tipo de provimento jurisdicional que deseja e o bem que por meio dele busca alcançar. A constatação leva à decomposição do terceiro elemento da ação, o pedido, em dois. Fala-se, assim, em pedido imediato (o tipo de provimento jurisdicional desejado) e pedido mediato (o bem buscado), numa classificação que tem por fim indicar que a variação de ou outro importaria na variação do próprio pedido e, portanto, na formação de um pedido novo.²²⁰

Embora a existência do chamado pedido mediato seja indiscutível, já que a busca de uma utilidade parece ser exatamente o que se pretende em juízo, o mesmo, contudo, não pode ser dito a respeito do chamado pedido imediato, cuja dedução não parece exigível – tanto que sua presença não é notada em vários processos.

Não se exige do autor de uma ação de reintegração de posse ou de uma ação de imissão na posse, por exemplo, que indique o desejo de um provimento jurisdicional executivo. Basta que requeira a própria reintegração ou

potestativo à resolução do contrato, ainda que entre estes insiram-se fatos que implicaram lesão de um direito subjetivo em sentido estrito. Por exemplo, são fatos constitutivos do direito potestativo tanto a celebração de um contrato – fato constitutivo de um direito subjetivo em sentido estrito – quanto o seu inadimplemento por parte do réu – fato lesivo de um direito subjetivo em sentido estrito. Para comprovar que o direito exercido em uma ação resolutória tem natureza de direito potestativo, basta notar que o réu, desde que tenha dado causa à rescisão do contrato, não pode rescindir o contrato, mas apenas se sujeitar ao pedido do autor. É certo que as partes poderão resolver o contrato por mútuo acordo, mas, neste caso, haverá rescisão, e não rescisão.

²²⁰ “A *estrutura bifronte* da demanda com que o sujeito abre caminho para obter o bem da vida pretendido (*supra*, n. 434) projeta-se na técnica processual mediante a exigência de que ao demandar (a) ele indique a *espécie de provimento jurisdicional* pretendido do juiz e (b) especifique concretamente o *bem da vida* a ser-lhe outorgado mediante esse provimento. Por essas duas vertentes estende-se o conceito de *pedido*, como elemento identificador das demandas. Um pedido é *diferente de outro* sempre que em cada um deles se postule uma espécie de provimento, mesmo que ambos se refiram ao mesmo bem da vida (p. ex., a *condenação* a entregar o bem e a *declaração* de que o demandante tem direito de propriedade sobre ele); inversamente, também diferem os pedidos quando coincide o tipo de provimento postulado mas o bem da vida é outro (*condenação* à entrega do bem esbulhado e a pagar dinheiro como reparação dos danos que o esbulho haja causado). Numa linguagem menos precisa, mas que revela uma sensibilidade ao menos subliminar ao caráter bifronte da demanda, a doutrina tradicional distingue o *objeto imediato do pedido* (que seria o provimento jurisdicional) do seu objeto *mediato* (o bem da vida – *supra*, n. 1)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 2, p. 118).

imissão na posse. Da mesma forma, não se exige do autor de uma ação de anulação ou de rescisão de negócio jurídico que pleiteie um provimento constitutivo, senão que peça a própria anulação ou rescisão do negócio.

É certamente comum a dedução de um pedido de condenação do réu a pagar determinada quantia, ou a dedução de um pedido de expedição de ordem ao réu para que adote ou deixe de adotar algum comportamento, mas a menção aos tipos de provimento jurisdicional nesses casos explica-se mais pela prática reiterada em indicá-los do que pela efetiva necessidade de deduzi-los. Para permitir suficientemente a visualização do que deseja, bastaria ao autor, por exemplo, pedir o pagamento forçado da importância ou o cumprimento forçado do fazer ou do não fazer. A medida, aliás, seria até mais adequada tecnicamente, já que, como visto acima, não existe uma ação condenatória, assim como não existe uma ação mandamental. Condenação e determinação ao réu são apenas técnicas processuais à disposição do Poder Judiciário.

Também é certamente comum a dedução de um pedido de declaração de existência ou inexistência de relação jurídica. Nesse caso, contudo, a declaração é a própria providência buscada pelo autor no processo.

Ou seja, é possível concluir que o tipo de provimento jurisdicional não compõe o conteúdo do pedido, pois não importa para identificá-lo. Isso tanto é verdade que é possível pensar na variação do provimento solicitado sem que haja a variação do próprio pedido. Muitos deveres de fazer e de não fazer, por exemplo, podem ser atuados forçadamente tanto por meio de provimentos de natureza executiva quanto por meio de provimentos mandamentais, sem que se possa falar na variação de pedido. Em um caso como no outro, a ação de direito material proposta é rigorosamente a mesma.

Um pedido é composto pela indicação de uma providência e de um bem. O termo providência, aí, é empregado no sentido de medida tomada pelo Poder Judiciário no plano dos fatos para realizar o direito do autor. O termo, assim, não se confunde com provimento jurisdicional, que é medida de cunho processual. É providência, por exemplo, a reintegração do autor na posse de determinado bem, assim como é providência a expropriação de patrimônio do réu para pagar a dívida cobrada em juízo.

O autor, após qualificar o réu e a si próprio e deduzir a causa de pedir, deve pedir uma providência em relação a um bem. Por isso, aliás, definimos pedido como a indicação de uma providência em relação a um bem.

A indicação de uma providência e a indicação de um bem podem ser visualizadas em qualquer tipo de ação, inclusive nas ações declaratórias e constitutivas. Nessas ações, a providência é a medida solicitada – a declaração de existência ou inexistência de uma relação jurídica, no caso das ações declaratórias, e a criação, extinção ou modificação de uma relação jurídica, no caso das ações constitutivas –, e o bem é a própria relação jurídica identificada.

7.2. Identificação e pluralidade de pedidos

Como terceiro elemento da ação, o pedido completa sua definição, permitindo ao magistrado a visualização, enfim, da ação de direito material que o autor requer seja realizada em seu lugar, ou seja, da ação de direito material proposta. Definidos o suposto titular da ação e o suposto titular da posição contrária, definido o suposto direito lesado ou ameaçado, chega o momento de apontar em que medida busca-se atuar este direito, papel que é desempenhado pelo pedido.

Quando um autor requer a reintegração na posse de determinado bem, por exemplo, está, afinal, delimitando a ação que quer ver atuada contra quem arrolou no pólo passivo do processo, ação que, em sua opinião, pode ser realizada em virtude dos motivos que deduziu na causa de pedir. Se o autor, apesar de arrolar o mesmo réu e deduzir a mesma causa de pedir, indica o desejo de reintegrar-se na posse de outro bem, propõe outra ação.

Da mesma forma, se, no lugar de pedir a reintegração na posse de determinado bem, solicita a sua venda, ou a sua divisão, ou, ainda, a sua demarcação, está, na verdade, propondo ação distinta. O mesmo ocorre quando o autor, ao invés de solicitar a declaração de existência de determinada relação jurídica, requer sua anulação.²²¹

²²¹ O que não significa, contudo, que o julgamento de uma ação declaratória não afetará o julgamento de outras ações baseadas na mesma relação jurídica. Sendo reconhecida a existência ou inexistência de determinada relação jurídica, o fato não poderá mais ser

Formando o conteúdo do pedido a indicação de uma providência e a indicação de um bem, a cada variação da providência ou do bem haverá um novo pedido e, por consequência, uma nova ação. No caso de pluralidade de pedidos, haverá, igualmente, pluralidade de ações. É o que ocorre, por exemplo, no caso de dedução no processo de pedidos cumulados, sucessivos, eventuais ou alternativos.

Para identificação da ação, assim, é imprescindível a escorreita definição tanto da providência quanto do bem pretendidos.²²² Por conta disso, exige o CPC a formulação de pedido certo e determinado, somente autorizando a dedução de pedido genérico quando for impossível ao autor determiná-lo (art. 286).

7.3. A mitigação do princípio da congruência e a influência na identificação da ação

Entende-se por princípio da congruência o princípio segundo o qual a decisão do juiz deve adstringir-se ao pedido formulado pelo autor. O princípio vigora no ordenamento jurídico nacional (arts. 128 e 460 do CPC), mas é mitigado no processo cautelar (arts. 797 do CPC) e nas ações para cumprimento de dever de fazer e não fazer (art. 461 do CPC). Nesses casos, o juiz é autorizado a adotar providência diferente da solicitada pelo autor.

O art. 461 do CPC, por exemplo, indica que, no processo em que se busca a atuação forçada de um dever de fazer ou de não fazer, o juiz deve conceder a tutela específica do dever ou, procedente o pedido, determinar providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. Embora a redação do *caput* do art. 461 dê a impressão de que o conceito de providência que assegura resultado prático equivalente é contrário ao de tutela específica, não é isso o que ocorre, contudo. A providência que assegura o resultado prático equivalente também é tutela

discutido, em virtude da coisa julgada formada sobre a decisão, e deverá ser levado em conta em julgamentos futuros.

²²² “Qualquer que seja o bem da vida pretendido e qualquer o fundamento pelo qual ele o é, sua concreta e precisa individualização é indispensável para a identificação da demanda, para delimitar a dimensão do julgamento possível e para a eventual confrontação desta com outras” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 2, p. 119-120)

específica. A expressão quer designar tão-somente que o juiz pode, por conta própria, determinar providência diferente da solicitada pelo autor, desde que tendente a alcançar resultado prático equivalente ao daquela. Ou seja, providência que assegura o resultado prático equivalente ao do adimplemento é uma providência não solicitada pelo autor, mas determinada pelo juiz, com o fim de satisfazer o direito do autor na mesma forma específica.²²³

A possibilidade de substituição da providência requerida não se dá de forma arbitrária. Para que ela ocorra, exige-se do magistrado ao menos três providências: a ponderação dos dois princípios que orientam toda atividade executiva, quais sejam, o princípio da máxima efetividade da execução e o princípio da menor restrição possível ao executado, o oferecimento do contraditório à parte eventualmente prejudicada – não necessariamente antes da atuação da medida –, e a completa fundamentação de sua decisão.

Costuma-se exemplificar a atuação do magistrado a partir da regra do art. 461 com a seguinte situação: diante da constatação de que determinada indústria polui o meio ambiente, mediante a emissão de gases tóxicos, o Ministério Público move ação coletiva para fechar o estabelecimento. O magistrado, contudo, constata a existência de outra providência igualmente capaz de atingir o resultado prático pretendido pelo autor – a cessação da poluição –, mas menos gravosa para o réu. Assim, por exemplo, a determinação de que a empresa instale algum equipamento capaz de impedir a poluição. Nesse caso, deve o magistrado optar pela segunda medida no lugar da primeira.

Outros exemplos poderiam ser dados. Assim, se determinada pessoa tem sua imagem indevidamente veiculada em um *site* de vídeos na internet e move ação para remover o *site* do ar, o magistrado pode, ao invés de determinar a retirada do *site* do ar, mandar cessar apenas a veiculação daquele vídeo específico. Em ambas as situações, o direito do autor estaria

²²³ Perceba-se, portanto, como o ordenamento processual pátrio atual incentiva a busca pela tutela específica. É tão forte o desejo de que o direito do autor seja realizado desta forma que se permite ao juiz, inclusive, que atue fora do pedido do autor. Aliás, tal atuação pode ocorrer não apenas por ocasião da sentença, mas também em sede de tutela antecipada. Neste sentido, cabe repelir mais uma interpretação literal do *caput* do art. 461, segundo a qual a atividade substitutiva somente poderia ocorrer na sentença, após a declaração de procedência do pedido do autor.

idoneamente tutelado, mas, na segunda hipótese, isso seria feito de forma menos prejudicial para o réu.

Da mesma forma, se determinada boate emana níveis de ruído que contrariam o direito ao sossego e à saúde dos moradores vizinhos, e estes vão a juízo requerer a interdição do lugar, o juiz pode, no lugar da medida solicitada, determinar a imediata realização de obras para impedir a propagação do barulho, se constatar que tal medida é capaz de obter, com a mesma eficácia, o mesmo resultado da providência solicitada pelo autor.

A possibilidade de alteração da providência solicitada pelo autor desperta uma inquietante questão, relacionada à identificação da ação a partir do pedido. Trata-se, em linhas gerais, de apontar se a mudança da providência implica na mudança da própria ação. A indagação leva a outras discussões processuais relevantes, como a definição da estabilização da demanda e do alcance da litispendência e da coisa julgada para esses casos.

A questão, além disso, ganha maior importância na medida em que se tem sustentado, e a nosso ver com razão, que a alteração da providência pode resultar da substituição de providência já atuada, mas que se revelou inadequada, e que a substituição pode ser feita não apenas de ofício pelo juiz, mas também a pedido das partes, e inclusive depois do trânsito em julgado da decisão.

Embora o assunto, por incipiente e extremamente palpitante, esteja a exigir maiores reflexões, parece-nos que a alteração da providência solicitada importa, sim, em alteração da ação. Como visto acima, sustentamos compor o conteúdo do pedido a indicação de um bem e a indicação de uma providência. Alterada esta, o próprio pedido será alterado e, por consequência, uma nova ação será identificada.

Assim, a possibilidade de alteração da providência solicitada significa exceção à regra da estabilização da demanda (art. 264 do CPC) – exceção que, respeitados os pressupostos para sua concretização, deve ser festejada, uma vez que voltada a promover a efetividade processual. A alteração também importará em extensão da coisa julgada e da litispendência para a nova ação identificada no processo, embora o grande problema a resolver aqui não diga

respeito à nova ação identificada, mas, sim, àquela que poderia ter sido deduzida e não foi.²²⁴

É importante frisar que a possibilidade de adoção, pelo juiz, do meio executivo que entender mais apropriado, ainda que não solicitado pelo autor – o que também tem lugar no processo cautelar (arts. 797 e 805 do CPC) e nas ações para cumprimento de dever de fazer e não fazer (art. 461, §§ 4.º, 5.º e 6.º do CPC) – não significa mitigação do princípio da congruência, porque não afeta a providência solicitada, mas apenas o modo de atuá-la. O fechamento de uma fábrica para que deixe de poluir, por exemplo, pode ser obtido pela lacração do estabelecimento por oficial de justiça ou pela fixação de multa elevada para que a empresa deixe de operar por conta própria. Em ambos os casos, apesar de a via adotada ser distinta, a providência a obter será a mesma.

Da mesma forma, a alteração do provimento jurisdicional solicitado não significará afetação do princípio da congruência. Como visto acima, o tipo de provimento jurisdicional não integra o pedido. Por conta disso, sua variação não importa para a identificação de um pedido novo. A variação do provimento jurisdicional pode ser exemplificada a partir do mesmo caso envolvendo o fechamento da fábrica mencionado acima: caso o magistrado opte por determinar a lacração do estabelecimento, proferirá sentença de natureza executiva; caso opte por fixar multa para que a empresa encerre suas atividades, proferirá sentença mandamental. Em qualquer dos casos, porém, continuaremos diante de uma só providência: o fechamento da fábrica.

²²⁴ A partir das situações indicada acima no texto, indaga-se, por exemplo, se uma vez julgada improcedente a ação para retirada do *site* de vídeos do ar, sem que houvesse substituição da providência requerida, o autor poderia vir a juízo em nova oportunidade solicitar apenas a retirada do ar do vídeo específico. Da mesma forma, pergunta-se se, indeferido o fechamento da boate, sem a adoção de providência substitutiva, poder-se-ia cogitar em processo posterior da realização de obras para impedir a propagação do barulho. Como mencionado, não há resposta fácil para as indagações, especialmente pelo fato de que o magistrado, logo nos processos iniciais, poderia ter adotado as providências suscitadas posteriormente. A princípio, no entanto, entendemos que os novos pedidos poderiam ser deduzidos, tendo em vista comporem ações não analisadas na primeira oportunidade. A opinião parece mais prudente na medida em que a regra do art. 461 do CPC visa facilitar a atuação forçada de deveres de fazer ou de não fazer. Ou seja, a regra prestigia a posição do autor. Caso os novos pedidos não pudessem ser formulados, a regra deixaria de prestigiar a posição do autor ou, até mesmo, prejudicá-la-ia. Note-se, ademais, que, tanto em um exemplo como no outro, não só as novas providências, como os próprios direitos exercidos parecem ser diferentes dos originais, a recomendar uma nova análise da sua existência.

Por fim, cabe mencionar que o princípio da congruência é apenas mitigado, e não revogado, no processo cautelar e nas ações para cumprimento de dever de fazer e de não fazer. Está o juiz autorizado a adotar outra providência apenas se tendente a alcançar resultado prático equivalente ao do pedido originariamente deduzido.

Assim, o princípio da congruência continua valendo para proibir o magistrado de dispor sobre bem não suscitado no processo. O juiz não pode, por exemplo, determinar o fechamento de outra fábrica do réu, ou determinar-lhe a entrega de uma coisa ao invés da adoção ou não adoção de um comportamento.²²⁵ Da mesma forma, o juiz continua proibido de condenar o réu em quantidade superior à pretendida pelo autor.

²²⁵ Embora o magistrado possa determinar um fazer no lugar de um não fazer, e vice-versa. O juiz poderá, por exemplo, determinar a boate que construa obra antirruído (fazer) ao invés de determinar seu fechamento (não fazer). Também poderá determinar a fábrica que deixe de poluir (não fazer) ao invés de obrigá-la a instalar filtro antipoluição (fazer).

PARTE III - REPERCUSSÕES DA IDENTIFICAÇÃO DA AÇÃO

8. TEMAS E INSTITUTOS INFLUENCIADOS

Na qualidade de objeto do processo, a ação determina todos os temas e institutos processuais, que são pensados a partir dela. Após o exame de como se configura uma ação, por meio da análise de seus elementos, chega o momento de apontar como alguns temas e institutos processuais são influenciados por sua identificação.

Assim como se anotou em relação ao exame dos elementos da ação, deve-se advertir que não é objetivo do presente trabalho versar sobre todos os aspectos relacionados aos temas e institutos processuais apontados adiante. Buscar-se-á versá-los apenas no que se relacionarem com a identificação da ação.

8.1. Extensão da atividade jurisdicional de cognição

A extensão da atividade jurisdicional de cognição é determinada pela ação. É a ação proposta que indica ao magistrado quais sujeitos podem participar do processo, qual bem está em disputa e quais questões devem ser examinadas.

Nesse tema, o problema das questões é o que apresenta maior complexidade, e, por conta disso, vale basear nele nossas reflexões.

Como visto, o juiz encontra-se diante de várias questões antes de acolher ou rejeitar o pedido formulado. Tais questões, fundamentalmente, são colocadas pelas partes do processo por meio de suas alegações, mas também podem ser identificadas pelo juiz ao se deparar com a prova produzida nos autos (art. 131 do CPC).

Somente compõem o campo de apreciação do juiz, contudo, as questões relacionadas à ação proposta. Questões que não dizem respeito à ação em julgamento estão fora desse campo e, portanto, não devem ser levadas em conta no julgamento do caso. A conclusão justifica-se pelo princípio

da demanda, que atribui à parte a definição do direito que quer exercer em juízo.

Se, por exemplo, ao julgar uma ação de cobrança fundada em determinado negócio jurídico, o magistrado concluir faltar direito ao autor, por não vislumbrar o advento de direito a partir daquele negócio jurídico, não poderá julgar procedente a demanda, ainda que, diante dos fatos de que tomou conhecimento no processo, conclua ter o autor direito contra o réu por força de outro negócio jurídico. A medida implicaria no julgamento de ação não proposta pelo autor. De quebra, implicaria em decisão tomada sem que o réu tivesse a oportunidade de defender-se adequadamente.

A mesma conclusão vale para proibir o magistrado de atribuir ao autor providência ou bem diverso do solicitado, assim como para proibi-lo de atuar ação contra pessoa não arrolada no pólo passivo do processo.

Em contrapartida, todas as questões que digam respeito à ação proposta, caso tenham sido deduzidas pelas partes ou até mesmo caso tenham sido identificadas pelo juiz a partir da prova produzida nos autos, poderão ser examinadas por ele. O magistrado, por exemplo, ao examinar determinada ação de cobrança, poderá avaliar a idade do réu no momento da celebração do negócio jurídico, sua situação mental naquela oportunidade e o eventual pagamento da dívida. Deixando o réu de alegar na contestação questão a seu favor, contudo, e inexistindo nos autos prova a partir da qual ela seja identificável, a questão não poderá ser mais alegada pelo réu nem considerada pelo juiz (art. 300), e os fatos afirmados pelo autor serão reputados verdadeiros (arts. 302 e 319).²²⁶ Há exceção à regra em relação às questões supervenientes, questões passíveis de alegação em qualquer tempo e juízo e questões passíveis de reconhecimento pelo juiz de ofício (art. 303) – que, por natureza, também são reconhecíveis em qualquer tempo e juízo.

Lembre-se que, ao falarmos de questões, empregamos a expressão no sentido de questões de fato, já que as questões de direito não importam para

²²⁶ A afirmação de que o magistrado pode identificar questão a partir da prova produzida nos autos, ainda que não tenha sido fruto de alegação do réu, poderia soar incorreta diante da regra que imputa verdadeiros os fatos narrados na inicial e não contestados. É preciso observar, contudo, que a presunção de veracidade dos fatos não contestados é apenas relativa e deve ceder diante de prova em contrário nos autos. Raciocinar de forma diferente significaria atribuir interpretação exacerbada ao atributo da disponibilidade dos direitos, em prejuízo da justiça.

identificar a causa de pedir e, portanto, não importam para identificar a própria ação. No campo da extensão da atividade jurisdicional de cognição, por exemplo, é possível dizer que qualquer questão de direito pode ser levada em conta pelo juiz no julgamento de uma ação, independentemente de ter sido suscitada pelas partes.

Em sede recursal, a extensão da atividade jurisdicional de cognição também é determinada pela ação.

Quando determinada parte interpõe um recurso – e a não ser que o apelo verse sobre matéria exclusivamente processual ou verse apenas questões de direito –, está, na verdade, solicitando o reexame de uma ação. Quando o recorrente é o autor, solicita-se novo julgamento com o fim de considerar procedente, parcial ou integralmente, a ação que foi tida improcedente, também parcial ou integralmente. Quando quem recorre é o réu, o raciocínio inverte-se, e pede-se novo julgamento para considerar improcedente o que foi tido como procedente.

Por conta disso, com a adaptação necessária, também vale, em sede recursal, o que foi dito acima em relação ao exame de questões: o juízo destinatário do recurso poderá apreciar as questões relacionadas à ação cujo novo julgamento se requer, caso tenham sido deduzidas pelas partes em 1.º grau ou caso sejam identificadas a partir da prova produzida nos autos. Poderá apreciar, inclusive, questões que não tenham sido decididas pelo juízo recorrido (arts. 515, § 1.º, e 516 do CPC), observada, sempre, a proibição da *reformatio in pejus*. O Tribunal também poderá examinar as questões indicadas no art. 303 do CPC, e, caso a parte comprove que deixou de argüir questões no juízo recorrido em virtude de força maior, poderá, por fim, examinar estas questões também (art. 517 do CPC).²²⁷

Frise-se que, como o alcance do recurso é determinado pelo recorrente, o juízo destinatário do apelo somente poderá dispor sobre a ação

²²⁷ Versando sobre o motivo de força maior indicado pelo art. 517, Barbosa Moreira aponta quais questões podem ser suscitadas em grau recursal: “Deve reconhecer-se a ocorrência de tal motivo, em primeiro lugar, quando o fato que se traz à apreciação do tribunal *ainda não se verificara* até o último momento em que a parte poderia tê-lo eficazmente arguido no primeiro grau de jurisdição. Assim também quando o fato já se dera, mas a parte *ainda não tinha ciência dele*; ou quando, apesar de conhecê-lo, estava impossibilitada, por circunstância alheia à sua vontade, de comunicá-lo ao advogado, para que este o levasse à consideração do juiz; ou, enfim, quando ao próprio advogado fora impossível a arguição *opportuno tempore*” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 439).

cujo novo julgamento se requer, ainda que outras ações tenham sido examinadas no juízo recorrido. Nisso, aliás, a regra geral sobre o exame de questões é confirmada.

Quanto às questões de direito, por fim, também vale a regra geral, e o Tribunal poderá examiná-las ainda que não tenham sido suscitadas pela parte ou, até mesmo, ainda que não tenham sido empregadas pelo juízo recorrido em sua decisão.

8.2. Estabilização da demanda

De acordo com o previsto no art. 264 do CPC, o autor pode alterar o pedido ou a causa de pedir até a citação. Depois desse momento, a alteração dos elementos depende de consentimento do réu e deve ocorrer, em qualquer caso, até o saneamento do processo. Trata-se da chamada regra da estabilização da demanda. O comando tem sentido evidente, já que a alteração indiscriminada da causa de pedir e do pedido – e, por consequência, da própria ação –, traria incerteza quanto aos limites da discussão travada nos autos²²⁸ e levaria desordem à instrução processual.

A regra não alcança, porém, a introdução, pelo autor, de fatos secundários no processo, que, como vimos, por não comporem a causa de pedir, podem ser alterados e deduzidos a qualquer tempo em 1.º grau de jurisdição,²²⁹ independentemente de concordância do réu – a menos que não haja oportunidade para o contraditório, como também visto acima.

Por esse motivo, aliás, a regra também não encontra exceção no art. 462 do CPC, que prevê a necessidade de o juiz tomar em consideração fato superveniente à propositura da ação. Como indica a quase totalidade da doutrina,²³⁰ o dispositivo limita-se a autorizar o magistrado a considerar – e, por

²²⁸ Em prejuízo, especialmente, da posição do réu.

²²⁹ Mas não em 2.º grau, em virtude da impossibilidade de inovação em grau recursal (art. 517), como visto acima.

²³⁰ Resumindo a disciplina da estabilização da demanda do CPC, Ricardo de Barros Leonel anota: “Vale recordar que o Código de Processo Civil determina (a) a ampla possibilidade de modificação antes da citação, (b) a possibilidade de modificação com o consenso do réu até o saneamento, (c) a impossibilidade de modificação após o saneamento, (d) a admissão da dedução do ‘fato’ e do ‘direito’ superveniente (noção analítica ou estrita) a qualquer tempo e grau de jurisdição, compreendidos na concepção clássica, que pode ser sintetizada como tudo

consequência, o autor a alegar – apenas fatos secundários que tenham surgido depois da propositura da ação. Não são admitidas, assim, alegações capazes de alterar a causa de pedir. Portanto, em essência, o dispositivo mantém o impedimento à alteração da ação proposta.

Embora o sentido da regra do art. 264 seja claro, não é possível desconsiderar a possibilidade de o autor, a partir de fatos distintos, mover nova ação contra o réu, ainda que se exija a instauração de outro processo. A todos os cidadãos é outorgado o direito fundamental de ação, e, diante de ameaça ou lesão a direito seu, o prejudicado pode mover tantas ações quantas forem necessárias contra o responsável pelos fatos. Não se exige do prejudicado, assim, que aguarde o julgamento de determinado caso, para que só então apresente nova ação contra o réu. Aliás, e por força do princípio da demanda, o prejudicado não é obrigado a propor contra um mesmo réu, ao mesmo tempo, todas as eventuais ações que poderia propor.

É preciso dar destaque à conclusão, pois ela pode resultar em situação que a, princípio, contrariaria o art. 264 do CPC. Trata-se da proposição contra o mesmo réu de ações relacionadas entre si. Nessa hipótese, ainda que uma das ações seja proposta em momento posterior ao da propositura da primeira ação – inclusive após o saneamento do processo –, as ações deverão ser reunidas para julgamento conjunto, em virtude da conexão. Por via indireta, assim, uma nova ação será introduzida no processo.

Ainda que a medida possa soar contraditória, não encerra, contudo, qualquer irregularidade, já que, como visto, a proposição de ações fundadas em fatos distintos não é nem pode ser vedada pelo ordenamento jurídico.

A constatação tem servido à doutrina como argumento importante em prol da flexibilização da regra de estabilização da demanda. Bruno Silveira de Oliveira, por exemplo, notando que a reunião de ações conexas produziria, na prática, consequências idênticas à alteração intempestiva da ação no próprio processo, sustenta a possibilidade de alteração da ação por meio de simples petição nos autos, mesmo após o saneamento do processo e desde que

aquilo que a princípio não altere a causa de pedir ou pedido” (LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido*. O Direito superveniente, p. 250).

obedecidas determinadas condições.²³¹ De acordo com o autor, as razões para autorizar a medida “se traduzem por três valores, fortíssimos na constelação axiológica do processo civil de resultado, quais sejam: *economia, celeridade e simplicidade das formas*”.²³²

Ricardo de Barros Leonel, em obra destinada a versar o problema do direito superveniente,²³³ também constata que a regra da estabilização da demanda poderia ser contornada no caso da propositura de outra ação pelo demandante.²³⁴ O raciocínio conduz o autor a defender a possibilidade de admitir a introdução de causa de pedir e pedido após o momento fixado pelo ordenamento processual, desde que respeitados alguns parâmetros.

Em virtude da qualidade das lições do autor, vale, aqui, repetir os parâmetros identificados por Ricardo Leonel: “a) trata-se de *solução excepcional*, que não afasta a validade e necessidade das regras inerentes à formação e estabilização da demanda; b) depende da *incidência do contraditório e da ampla defesa*, e em última análise do respeito ao *devido processo legal* do modo mais abrangente possível, como forma de legitimação da solução excepcional; c) evidencia a necessidade de que a introdução do dado superveniente *não decorra de má-fé*, devendo, se for o caso, contar com *adequada justificação*; d) na análise conjuntural das *conseqüências da*

²³¹ As condições estabelecidas por Bruno de Oliveira são “(a) a manifestação da vontade do autor nesse sentido (ocorra ela por novo exercício do direito de ação ou por petição simples dirigida ao juízo prevento); (b) conexão por identidade de causas de pedir remotas ou de pedidos mediatos entre a demanda nova e o objeto litigioso do processo; e, por fim, (c) que essa manifestação de vontade ocorra dentro do limite temporal estipulado por nossa regra de flexibilização do procedimento (i.e., que ocorra antes do fim da primeira metade ideal da fase instrutória – período em que prevalecem, às razões de celeridade, aquelas de justiça formal e de economia externa, amiúde invocadas ao longo do texto) “(OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual*, p. 331-332). O autor ainda arremata: “Conjugados tais elementos, a admissão da nova demanda é algo mais que possível, é devida pelo juiz” (p. 332).

²³² Idem, p. 329. As razões para manifestação de cada um dos valores na hipótese são especificadas pelo autor às fls. 329-332.

²³³ LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido. O Direito superveniente*, p. 247.

²³⁴ “Ainda que não seja admitida a possibilidade de reconhecimento do direito ou da eficácia jurídica superveniente em violação às regras inerentes à estabilização da demanda, por via transversa poderia ser alcançado o mesmo resultado. Basta imaginar que, proposta a demanda fundada inicialmente em determinada *causa petendi* e com certo pedido, seja posteriormente – já superados os limites para eventual aditamento – aforada nova demanda pelo mesmo autor, em face do mesmo réu, relacionada à mesma hipótese de direito material, todavia agora com novos fundamentos (*causa petendi*) e com outro pedido. (...) Desse modo, por via indireta será alcançado o mesmo resultado: acréscimo de causa de pedir, pedido ou defesa, ulteriormente aos limites fixados pelo ordenamento para a estabilização da demanda. E não há razão para negar, em caráter teórico, aquilo que validamente, de forma prática, pode ser alcançado por via transversa” (Idem, p. 247).

aceitação ou rejeição da dedução superveniente será necessário ao magistrado considerar o efetivo proveito ou *economia, em sentido global, para a solução definitiva da controvérsia* (se da inovação decorre tumulto processual, ou necessidade de retorno a fases procedimentais já superadas, como, v. g., complexa instrução probatória, deve ser rejeitada e reservada para ulterior demanda); e) será necessário ponderar também, partindo do exame das posições jurídicas das partes, a *inexistência de prejuízo concreto e indevido*, considerando o contraditório, a possibilidade de defesa pelos litigantes e a produção de resultados legítimos (v.g., se a pretensão ou causa de pedir deduzidos pelo autor, violando os limites da estabilização, acabam contando com sentença de improcedência, não há por que se reconhecer nulidade, na medida em que aquele que será prejudicado, o réu, acabou sendo beneficiado: definitivamente estará afastada a possibilidade de que venha a ser novamente demandado, em função da mesma situação de direito material)".²³⁵

Nos termos do que tem sustentado a doutrina, a flexibilização da regra de estabilização da demanda, de fato, parece não só possível como necessária. A análise das condições para a medida, contudo, por complexa, mereceria trabalho à parte, voltado, talvez, a versá-la com exclusividade.

De qualquer forma, é possível tratar desde logo, de exceção à estabilização da demanda que já vigora no ordenamento processual brasileiro. Trata-se da possibilidade de alteração da providência solicitada pelo autor, prevista no processo cautelar (arts. 797 do CPC) e nas ações para cumprimento de dever de fazer e não fazer (art. 461 do CPC). Como visto acima, a medida implica em alteração da ação proposta. Como também visto acima, a medida pode ser fruto de substituição de providência já atuada, mas que se revelou inadequada, e pode ocorrer também a pedido das partes, inclusive depois do trânsito em julgado da decisão.

Para que a providência solicitada seja alterada, contudo, como visto, exige-se do magistrado ao menos três medidas: a ponderação dos dois princípios que orientam toda atividade executiva, quais sejam, o princípio da máxima efetividade da execução e o princípio da menor restrição possível ao executado, o oferecimento do contraditório à parte eventualmente prejudicada

²³⁵ Idem, p. 249.

– não necessariamente antes da atuação da medida – e a completa fundamentação de sua decisão.

No caso de substituição de providência já atuada, mais uma condição é exigida: a alteração no estado de fato da matéria em discussão no processo. A nova medida deve ser tomada apenas a partir do surgimento de novos fatos, sob pena de rediscussão de matéria preclusa.²³⁶

Há motivo para substituição de providência já atuada, por exemplo, quando a medida revela-se ineficaz para tutelar o direito em exercício. Isso ocorreria, por exemplo, se determinada fábrica poluidora recebesse ordem para instalação de filtro antipoluição e não cumprisse a determinação. Caberia ao juiz nesse caso, de ofício ou a pedido do autor, determinar outra providência, mais efetiva, como o fechamento do estabelecimento.

Outra exceção à regra da estabilização da demanda prevista no ordenamento processual brasileiro pode ser encontrada no art. 461, § 1.º, do CPC, que admite a conversão do dever de fazer ou não fazer em equivalente monetário, caso o autor o requeira ou caso seja impossível o cumprimento da tutela específica. A regra também vale para o pedido de cumprimento de dever de entrega de coisa, por força do art. 461-A, § 3.º, do CPC. Não há dúvida de que a medida importa em variação da ação analisada proposta, dada a possibilidade de alteração do pedido.

Em relação ao tema em análise, por fim, cabe lembrar que a introdução de novas questões de direito no processo, por não importar alteração da causa de pedir, não ofende a regra da estabilização da demanda. A conclusão vale, inclusive, para a alegação de direito superveniente, como visto acima.

8.3. Cumulação de ações

²³⁶ Evidentemente, o pedido de substituição da providência executiva a partir da mudança de situação fática pode e deve ser formulado nos mesmos autos do processo em que a providência original foi atuada, ainda que já haja sentença submetida ao trânsito em julgado. Exigir que tal pedido fosse formulado em outro processo, instaurado por uma nova demanda, não apenas seria extremamente contraproducente, como configuraria, também, medida tecnicamente incorreta. Perceba-se que o pedido de substituição da providência originariamente atuada não tem o condão de individuar uma nova ação.

Ordinariamente, o processo é voltado ao julgamento de uma só ação. Pode acontecer, contudo, que mais de uma ação seja analisada em um mesmo processo, caso em que se estará diante de uma cumulação de ações.

Nesse tema, assumem importância fundamental os elementos partes, causa de pedir e pedido, já que, havendo pluralidade deles, haverá, igualmente, pluralidade – e, assim, cumulação – de ações.

O art. 292 do CPC autoriza a proposição por parte do autor de mais de uma ação contra o réu. De acordo com a redação do dispositivo, é “permitida a cumulação, num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão”. O dispositivo, assim, indica uma hipótese de cumulação de ações, que, de acordo com o § 1.º do dispositivo, só não poderá ocorrer caso os pedidos deduzidos pelo autor sejam incompatíveis entre si,²³⁷ o juízo não seja competente para conhecer todos eles e os procedimentos de cada ação sejam incompatíveis.

Apesar de a única relação entre as ações exigida pelo art. 292 do CPC ser a dedução de todas por um só autor contra um mesmo réu, os demais casos de cumulação de ações previstos no ordenamento processual exigem a presença de uma relação de outro tipo. Exige-se a presença de uma relação capaz de tornar recomendável o julgamento conjunto dos feitos. A medida tem em conta dois objetivos: evitar a prolação de decisões contraditórias e favorecer a economia processual.²³⁸ Ou seja, nem toda cumulação de ações é permitida pelo ordenamento processual. A, por exemplo, não pode mover ação de indenização contra B fundada em determinado acidente de trânsito em que se envolveram e, pela mesma via, buscar, contra C, a anulação de determinado negócio jurídico firmado com este, totalmente independente do primeiro evento narrado. A reunião das ações, nesse caso, traria ao processo mais inconvenientes do que vantagens.

²³⁷ Há pedidos incompatíveis, por exemplo, quando o autor pede, ao mesmo tempo, a reintegração na posse de determinado bem e o reconhecimento de que não é possuidor da coisa.

²³⁸ Observe-se que, no caso do art. 292 do CPC, a cumulação de ações é autorizada apenas tendo em conta o favorecimento da economia processual. Não se cogita do impedimento à prolação de decisões contraditórias, já que as ações propostas pelo autor podem ser independentes entre si. O autor, por exemplo, desde que dirija as ações contra um mesmo réu, poderá propor ação de cobrança fundada em determinado negócio jurídico e ação de indenização de dano moral fundada em outro evento.

É por conta daquela relação exigida entre as ações, capaz de tornar recomendável um julgamento conjunto, que o ordenamento processual brasileiro, por exemplo, favorece a formação de litisconsórcio, ao estabelecer suas hipóteses de cabimento no art. 46 do CPC. Note-se que, ressalvada a hipótese do inciso I, que trata de caso de litisconsórcio necessário – no qual, como vimos, há apenas uma ação em julgamento –, os demais incisos do art. 46 prevêem casos de cumulação de ações. Nesses casos, dois ou mais autores ou dois ou mais réus discutem mais de uma ação. A combinação entre autores e réus advinda de tais incisos é chamada, como visto, de litisconsórcio facultativo.

Também é por força daquela relação entre as demandas que o ordenamento processual disciplina as figuras da oposição, denunciação da lide e chamamento ao processo. Por ter consciência de que determinadas ações comumente levam a outras, o ordenamento já predispõe regras específicas para que a cumulação se dê nesses casos.

A existência da relação entre as ações leva o ordenamento processual a estabelecer, ainda, a possibilidade de o réu propor reconvenção, bem como a prever a possibilidade de o autor ou o réu proporem ação declaratória incidental. Em ambos os casos, uma nova ação é somada à ação em julgamento, o que configura a cumulação.

Ainda pela mesma razão, por fim, a ordem jurídica processual estabelece a continência e a conexão.

Aliás, todos os institutos mencionados acima (litisconsórcio facultativo, oposição, denunciação da lide, chamamento ao processo, reconvenção, ação declaratória incidental e continência) prevêem, em essência, casos de conexão de ações, conforme se verá adiante.

8.4. Conexão

Buscando evitar a prolação de decisões contraditórias e favorecer a economia processual, a ordem processual estabelece a conexão como critério para reunião e julgamento conjunto de ações (art. 105 do CPC).

De acordo com o art. 103 do CPC, “reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir”. A fórmula legal é reiteradamente posta em xeque pela doutrina, que se recusa, em especial, a sustentar que a conexão dependeria da identidade das causas de pedir ou dos pedidos²³⁹ das ações, como o art. 103 dá a entender

Nesse sentido, por exemplo, Paulo Roberto Gouvêa Medina faz ver que a regra do art. 103 do CPC não poderia contrariar aquela do art. 46, II, que prevê a formação de litisconsórcio caso “os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito”, e na qual a conexão entre as causas de pedir deduzidas seria apenas parcial, e não plena. Por defender que “o instituto da reconvenção é um só e o conceito em que se expressa deve ser unívoco”, o autor sustenta que a regra do art. 46, II, “permite reconhecer a existência dessa figura processual em um maior número de hipóteses”.²⁴⁰

Egas Dirceu Moniz de Aragão, por sua vez, sustenta que o emprego do termo “comum”, na redação do art. 103, indicaria contentamento, por parte do CPC, com a existência de causas de pedir ou pedidos apenas semelhantes, e não idênticos. Para tanto, argumenta que, se o Código quisesse ter exigido a identidade dos elementos, teria utilizado a própria expressão “identidade” – como fez para tratar da continência (art. 104) –, ou teria falado em “mesmos” elementos – como fez em relação à coisa julgada e litispendência (art. 301, § 2.º).²⁴¹

O eminente jurista sustenta que é “visível a distinção de significados que esses vocábulos refletem; ‘comum’ não é sinônimo de ‘idêntico’; no entanto ‘mesmo’ significa ‘idêntico’”. Sustenta, também, que “disso resulta, sem sombra de dúvida, que a lei subordina a admissão da litispendência e da coisa julgada à ocorrência de *identidade* de partes, de pedido e de causa de pedir, o que também sucede relativamente à continência quanto às partes e à causa de pedir, visto como essa identidade será tão-só parcial no que tange ao pedido, que em uma causa é mais amplo e por isso contém o outro (ou outros), não havendo identidade, portanto, naquilo em que o maior excede o menor. No que

²³⁹ Não há dúvida de que o texto legal emprega o termo objeto no sentido de pedido.

²⁴⁰ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *A conexão de causas no processo civil*, p. 69.

²⁴¹ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Conexão e “tríplice identidade”*.

concerne à conexão, porém, não se dá o mesmo. A seu respeito a lei fala em elemento *comum* a ambas as causas; não fala em elemento *idêntico*.²⁴²

Convenha-se que a distinção dos significados dos termos “comum” e “idêntico” não é tão evidente quanto sustenta Egas Moniz de Aragão. A princípio, aliás, o raciocínio deveria ser o contrário, já que os termos parecem equivaler-se. De qualquer forma, a aplicação literal do art. 103 do CPC teria o inconveniente de limitar a conexão apenas à parcela das ações cujo julgamento conjunto, a partir dos objetivos do impedimento à prolação de decisões contraditórias e da busca pela economia processual, seria recomendável.

É certamente possível imaginar casos de identidade de pedidos entre ações. Pode-se imaginar, por exemplo, a disputa de um mesmo bem em duas ações distintas. Também é possível imaginar a ocorrência de identidade de causas de pedir. É o que ocorre, por exemplo, quando se cumula ação de despejo por falta de pagamento dos alugueis com ação de cobrança das importâncias respectivas.²⁴³ Também é o que ocorre quando dois consumidores, em virtude de um mesmo defeito no produto que cada um adquiriu, movem ações contra o fabricante comum, um deles deduzindo pedido de restituição da importância paga, e o outro pedido de abatimento proporcional do preço. Aliás, é possível cogitar, até mesmo, de ações que apresentem, ao mesmo tempo, identidade de pedidos e causas de pedir. Pense-se, por exemplo, na impetração de mandados de segurança por dois servidores públicos contra ato da autoridade coatora que os atingiu da mesma maneira, e contra o qual solicitam a mesma providência. Pense-se, também, na cobrança movida por um credor contra dois devedores solidários de uma importância.²⁴⁴

²⁴² Idem, p. 54.

²⁴³ Nesse caso, a causa de pedir da ação de despejo e a causa de pedir da ação de cobrança serão idênticas, sendo ambas compostas pela alegação da existência da locação (causa de pedir ativa) e pela alegação da falta de pagamento dos aluguéis (causa de pedir passiva).

²⁴⁴ Note-se que, nesse caso, a cobrança envolverá duas ações propostas pelo autor, e não apenas uma. A confirmar o raciocínio, note-se que o autor, ao cobrar dívida pela qual respondem dois devedores solidários, poderá escolher apenas um para arrolar no pólo passivo (art. 275 do CC). Caso opte por arrolar os dois, contudo, moverá uma ação contra cada um deles, e poderá ver ambas as ações julgadas procedentes – embora somente possa executar a decisão até o valor total da dívida (art. 277 do CC). Anote-se em relação a esse caso, por fim, que a presença de duas ações em julgamento indica a existência de litisconsórcio facultativo, como visto acima, e não de litisconsórcio necessário, como a princípio se poderia supor.

Apesar de tais exemplos, há muitas outras hipóteses em que a realização de um julgamento conjunto é recomendável ainda que as ações não apresentem pedidos ou causas de pedir idênticos, mas apenas pedidos ou causas de pedir relacionados entre si. Não há dificuldade na conclusão, já que, com a dispensa da identidade dos elementos, aumenta o número de combinações possíveis entre as ações.

Assim, caso o art. 103 do CPC fosse aplicado literalmente, ficariam fora do alcance da conexão ações cujo julgamento conjunto seria a medida que, evidentemente, melhor asseguraria os objetivos processuais.

Não seriam conexas, por exemplo, as ações movidas por vítimas de um mesmo acidente de trânsito, cada qual tendo sofrido danos materiais específicos. Nesse caso, tanto as causas de pedir quanto os pedidos a deduzir por cada vítima seriam diferentes uns dos outros, já que a extensão dos danos sofridos por cada uma teria importância tanto para definir a causa de pedir quanto o pedido. Apesar de tais diferenças, não há qualquer dúvida de que o julgamento de todas as ações em uma só oportunidade, perante um só juízo, seria a medida mais adequada, tendo em conta, especialmente, a possibilidade de promover a instrução probatória de uma só vez.²⁴⁵

Também não seriam conexas, por exemplo, a ação que A move contra B responsabilizando-o por determinado ato ilícito e exigindo danos materiais, e a ação que B move contra A, imputando-lhe a prática de atos ofensivos à sua honra praticados após o mesmo ato ilícito, e exigindo danos morais. A causa de pedir da primeira ação é a ocorrência do ato ilícito (causa de pedir ativa) e a falta de indenização (causa de pedir passiva), e o pedido é a indenização dos danos materiais. A causa de pedir da segunda ação é a personalidade do

²⁴⁵ O exemplo do acidente de trânsito é de Candido Dinamarco, que apresenta a respeito as seguintes reflexões: "Dificilmente ocorre a completa e integral coincidência entre duas ou mais causas de pedir, presentes em duas ou mais demandas. Na grande maioria dos casos, os fatos são comuns entre elas até certo ponto da narrativa, diferenciando-se em seguida. São conexas as demandas de duas pessoas que alegam haver sofrido danos no mesmo acidente automobilístico, porque ambas invocam um só evento concreto, causador de danos a ambas; mas o dano concreto que cada uma sofreu não é o mesmo suportado pela outra, pois cada uma delas tem a sua história e não coincidem os modos como cada uma ficou lesada nem a natureza do dano sofrido. Daí falar a doutrina italiana em *identidade parcial de títulos*, que é suficiente para produzir a conexidade" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 2, p. 150).

sujeito (causa de pedir ativa)²⁴⁶ e a prática dos atos ofensivos (causa de pedir passiva), e o pedido é a indenização dos danos morais. Não há, assim, identidade entre as causas de pedir e os pedidos das ações. Não se nega, contudo, que as ações devam ser julgadas em conjunto em virtude da evidente relação entre si.

Poderiam ser dados outros exemplos de ações que, a vingar a interpretação literal do art. 103 do CPC, não seriam consideradas conexas: I- a ação de indenização movida pelo sujeito lesado contra o causador do dano e a ação movida por este último contra outro sujeito a que imputa a responsabilidade pelo evento; II- a ação pauliana movida pelo prejudicado contra os dois participantes da fraude e as ações indenizatórias movidas pelo prejudicado contra cada um dos réus, fundadas no prejuízo causado pelo ato ilícito; III- a ação inibitória movida por alguém ameaçado pela publicação de uma notícia falsa, contra determinado jornal componente de um grupo econômico, e a ação inibitória movida pela mesma pessoa contra emissora de televisão do mesmo grupo, com o fim de impedir veiculação de reportagem baseada nos mesmos fatos falaciosos, etc.

Por conta de tais motivos, não é possível compreender a norma do art. 103 do CPC em seu sentido literal. O raciocínio, aliás, tem reconhecimento praticamente unânime na doutrina e jurisprudência pátrias.

A ratificação do conceito de conexão previsto no art. 103 ofenderia, certamente, o direito constitucional à construção da ação adequada à tutela do direito e ao caso concreto, previsto no art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal, e que, como visto, exige do Estado a previsão de procedimentos e técnicas processuais idôneas adequadas às diferentes situações de direito substancial.

O emprego literal do conceito, da mesma forma, seria incompatível com uma interpretação que considerasse outros institutos processuais predispostos à reunião de ações para julgamento simultâneo, como o litisconsórcio facultativo, a oposição, a denunciação da lide, o chamamento ao processo, a reconvenção e a ação declaratória incidental. Todos os institutos albergam casos de reunião de ações em que normalmente não há identidade

²⁴⁶ Lembre-se que, quando o fato constitutivo do direito do autor é pressuposto, como ocorre nas ações em que o fato gerador é a própria existência da pessoa, a narração da causa de pedir ativa é dispensada.

de causas de pedir ou pedidos. Em razão disso, aliás, e considerando que os institutos também são voltados a evitar julgamentos conflitantes e garantir a economia processual, parece perfeitamente possível concluir que, todos eles, em essência, disciplinam hipóteses de conexão de ações.

A impossibilidade de ratificar o conceito previsto no art. 103 leva à necessidade de pensar em outra definição para a conexão, e aí, parece necessário adotar fórmula capaz de alcançar todas as situações em que o julgamento conjunto de ações é recomendado. O objetivo parece ter sido atingido por Bruno Silveira de Oliveira, para quem “conexidade é a existência de alguma relação lógica entre os elementos objetivos e concretos das demandas: identidade, oposição (contraditoriedade, contrariedade e subcontrariedade) ou subordinação”. Segundo o autor, o reconhecimento da existência de conexão entre ações dependeria da possibilidade do advento de alguma incompatibilidade lógica ou jurídica no caso de as ações serem julgadas separadamente: “se a resposta for positiva, revelará a necessidade de formação de uma *convicção única* acerca dos pontos ou das questões que estabelecem a relação lógica entre as demandas, evidenciando a existência de algum padrão de conexidade entre elas. Se negativa, por óbvio, as demandas contrastadas se mostrarão independentes e, nesse sentido, desconexas”.²⁴⁷

Ainda de acordo com Bruno Silveira de Oliveira “por incompatibilidade lógica tomamos o *conflito de sentidos* entre as decisões. Haverá, portanto, esse tipo de incompatibilidade, quando os motivos das decisões forem logicamente inconciliáveis”. E “os motivos das decisões serão logicamente inconciliáveis quando, conjugados, afirmarem e negarem, simultaneamente, o mesmo fato”.²⁴⁸ Quanto ao outro tipo de incompatibilidade, diz o autor que, “de um modo geral, haverá incompatibilidade prática entre julgados quando – do ponto de vista fático ou no que disser respeito à conservação de suas eficácias – for impossível efetivá-los simultaneamente”.²⁴⁹

Note-se que a existência de conexão entre as ações deve ser reconhecida pelo juiz no caso concreto. Caso o magistrado não vislumbre entre

²⁴⁷ OLIVEIRA, Bruno Silveira de. Obra citada, p. 135.

²⁴⁸ Idem, p. 137-138.

²⁴⁹ Idem, p. 142. Para uma exposição mais detalhada dos critérios adotados pelo autor, ver OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual*, p. 135-143.

as ações relação suficiente a recomendar o julgamento conjunto, deverá determinar a separação dos feitos.

Note-se, ainda, que nem sempre a conexão levará, necessariamente, à reunião das ações para julgamento conjunto.²⁵⁰ Assim é que isso não ocorrerá caso o juiz não tenha competência absoluta para julgar todas as ações, como mencionado acima, ou caso uma das ações já tenha sido julgada – como parece claro. A última situação, inclusive, é prevista pela súmula 235 do STJ, que dispõe: “a conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado.” A reunião das ações também não deverá ocorrer caso sejam excessivamente numerosas as ações propostas ou caso o julgamento conjunto das ações já tenha deixado de ser conveniente.

Em relação às duas últimas questões, em especial, não parece possível enunciar fórmula que, abstratamente, dê conta do problema. Ou seja, indicar quando serão excessivamente numerosas as ações propostas ou quando o julgamento conjunto das ações já terá deixado de ser conveniente é tarefa a ser desempenhada pelo juiz, no caso concreto. O magistrado deverá avaliar se um dos objetivos assegurados pela reunião dos processos, a busca pela economia processual, estará sendo, de fato, prestigiado pelo julgamento conjunto, e se o outro objetivo, o impedimento a decisões contraditórias, não deverá ceder diante de outros objetivos considerados mais importantes na hipótese – como, por exemplo, a tutela tempestiva do direito do autor de uma das ações.

De qualquer forma, em relação à definição do momento para reunião das ações, pode-se concluir que, a princípio, a reunião deverá acontecer caso a instrução probatória ainda não tenha iniciado. Em relação à presença de número excessivo de ações, por sua vez, é preciso anotar que a separação das ações não precisará acarretar, necessariamente, na remessa dos feitos para julgamento por outro juízo.

Antes de encerrar, observe-se como o reconhecimento da conexão pode levar, por via indireta, à análise de ações que originariamente não poderiam ser mais deduzidas no processo, como a oposição, a denúncia da lide, o chamamento ao processo, a reconvenção e a ação declaratória

²⁵⁰ Daí a distinção, feita pela doutrina, entre conexão e *efeitos* da conexão.

incidental. Aliás, e relembando o que mencionamos ao tratar da estabilização da demanda, observe-se como o reconhecimento da conexão pode servir, também, à alteração da ação em julgamento fora dos limites do art. 264 do CPC.

As eventuais consequências advindas da constatação, contudo, mereceriam exame particularizado, o que está fora dos objetivos do presente estudo. Uma provável conclusão do trabalho, contudo, seria a defesa da flexibilização tanto do prazo para propositura das ações referidas acima, quanto da regra de estabilização da demanda, como mencionado anteriormente.

Em relação à conexão, por fim, é preciso anotar que nenhuma relação entre as partes de cada ação importa para definir o instituto. A conexão, como visto, é apurada apenas com base na causa de pedir ou no pedido, como indica o art. 103. A pluralidade de elementos partes no processo leva, certamente, à cumulação de ações, mas nunca leva, por si só, à conexão. Assim é que todos os casos de litisconsórcio facultativo previstos no art. 46 do CPC, por exemplo, indicam hipóteses de conexão pela causa de pedir ou pelo pedido, e não pelas partes.²⁵¹

8.5. Continência

Para configuração da conexão, como visto, não se exige identidade das causas de pedir e dos pedidos, e nenhuma relação entre as partes importa. Para a configuração da continência, contudo, exige-se identidade total das partes e das causas de pedir, além de identidade parcial dos pedidos, sendo um mais amplo que o outro. Há continência, por exemplo, entre a ação de restituição de determinado bem e a ação de restituição do bem e de seus acessórios, movida pelo mesmo autor contra o mesmo réu em virtude de idênticas causas de pedir. Dada à sua reduzida ocorrência na prática, a continência não desperta maiores reflexões, até mesmo porque, em essência, todo caso de continência configura, também, uma hipótese de conexão.

²⁵¹ No litisconsórcio necessário, como visto, há tão-só uma ação em julgamento, o que, por si só, afasta a possibilidade de falar-se em cumulação de ações ou conexão nesse caso.

8.6. Litisconsórcio

Todos os casos de litisconsórcio facultativo previstos no art. 46 do CPC indicam hipóteses de cumulação de ações conexas pela causa de pedir ou pelo pedido, como mencionado acima. A possibilidade de conexão pela causa pedir, declarada no inciso III, está também prevista no inciso II, que fala em direitos ou deveres derivados do mesmo fundamento de fato, e no inciso IV, que fala em afinidade de questões por ponto comum de fato. Embora os dispositivos também façam menção a fundamento de direito e ponto comum de direito, a mera identidade ou semelhança das razões de direito deduzidas não importará em litisconsórcio, se não for acompanhada de conexão pela causa de pedir ou pelo pedido.

O litisconsórcio previsto no inciso I do art. 46 é necessário e, como tal, não importa em cumulação de ações. Se entre as partes “houver comunhão de direitos ou obrigações relativas à lide”, as partes litigarão, em realidade, em torno de um só direito, e, portanto, haverá uma só ação em julgamento.

8.7. Oposição, denunciação da lide e chamamento ao processo

A oposição, a denunciação da lide e o chamamento ao processo são ações movidas no processo em razão da prévia proposição de outras ações. As figuras são expressamente previstas pelo ordenamento processual em virtude da constatação de que, comumente, a existência de determinadas demandas leva à dedução de outras.

Contudo, ainda que o ordenamento processual não as tivesse disciplinado explicitamente, as ações poderiam ser movidas normalmente, e, de todo modo, em virtude da conexão, acabariam reunidas às ações que as motivaram.

8.8. Reconvenção

Ao prever a reconvenção, o ordenamento processual autoriza o réu a deduzir ação contra o autor no próprio processo. O CPC indica que a medida é

admitida toda vez que a reconvenção é conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa (art. 315).

Assim como faz em relação ao conceito de conexão dado pelo art. 103, a doutrina apressa-se em dilatar a definição de reconvenção do art. 315 do CPC, especialmente para recusar a interpretação de que a reconvenção deveria apresentar identidade de causa de pedir ou de pedido com a ação principal, ou de que os fatos narrados na defesa deveriam se confundir com a causa de pedir da reconvenção.

Para demonstrar a inadequação de eventual interpretação literal do art. 315 do CPC, é conhecido o exemplo da reconvenção em se que busca a contraprestação estabelecida no negócio jurídico que fundamenta a demanda. Também é conhecido o exemplo da reconvenção para cobrança do excesso do crédito arguido na defesa como objeto de compensação. Em relação ao primeiro exemplo, imagine-se que A move ação contra B requerendo o pagamento da importância correspondente ao bem que alega ter transferido ao réu, e que B, em reconvenção, alegando que os fatos ocorreram de forma contrária – isto é, que a importância foi paga, mas o bem não foi transferido –, requer a entrega do bem. Em relação ao segundo exemplo, imagine-se que A cobra R\$ 1.000,00 de B, que, no entanto, aduz em defesa ser credor de R\$ 1.700,00 em relação a A, o que o leva, em reconvenção, a cobrar a diferença de R\$ 700,00.

Tanto em um exemplo como em outro, a causa de pedir ou o pedido da reconvenção não se confundiriam com os elementos correspondentes da ação principal ou, ainda, com os fatos alegados na defesa. No primeiro caso, a ação movida por A tem como causa de pedir a celebração do negócio e a entrega do bem (causa de pedir ativa) e o não pagamento do preço (causa de pedir passiva). O pedido é o pagamento do preço. A reconvenção movida por B, por sua vez, tem como causa de pedir a celebração do negócio e o pagamento do preço (causa de pedir ativa) e a não entrega do bem (causa de pedir passiva). O pedido é a entrega do bem. No segundo caso, o fundamento da defesa é a existência de crédito suficiente para a compensação, e a causa de pedir da reconvenção é a existência de crédito além do limite da compensação (causa de pedir ativa), somado à falta do pagamento (causa de pedir passiva). Muitos

outros exemplos de falta de coincidência dos elementos da reconvenção com os elementos correspondentes da ação ou com os fatos narrados na defesa poderiam ser dados.

Com o fim de impedir uma leitura rígida do conceito legal de reconvenção, esforçou-se na doutrina nacional, especialmente, Barbosa Moreira, para quem o problema da admissibilidade da reconvenção “só pode ser bem resolvido na perspectiva da valoração dos interesses em jogo” De acordo com o autor, a esta valoração deveria proceder “diante da espécie, o órgão judicial, não de maneira arbitrária, mas à luz dos critérios que procuramos delinear, dentro da maior clareza possível”.²⁵²

De fato, a admissibilidade da reconvenção deve ser avaliada pelo juiz no caso concreto. O magistrado deve procurar apontar, especialmente, se a reconvenção apresenta relação com a ação principal capaz de recomendar o julgamento conjunto. Aliás, como a reconvenção configura, em essência, uma hipótese de conexão de ações, o que foi dito no capítulo anterior a respeito dos critérios para reunião das ações também vale aqui.

8.9. Ação declaratória incidental

Outro caso de reunião de ações para julgamento conjunto é aquele formado a partir da dedução de uma ação declaratória incidental. Por meio dela, o autor ou o réu buscam a declaração de existência ou inexistência de uma relação jurídica, cuja análise configura questão prejudicial ao julgamento de determinada ação. Como visto, uma vez deduzida na forma legal, a questão torna-se causa de pedir de uma nova ação e passa a se sujeitar à coisa julgada formada.

A ação declaratória incidental é expressamente prevista pelo ordenamento processual (arts. 5.º e 325 do CPC) em virtude, possivelmente, do reconhecimento de que as questões prejudiciais mais frequentemente suscitadas no processo dão origem a uma ação declaratória. É preciso

²⁵² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A conexão de causas como pressuposto da reconvenção*, p. 163. Os possíveis interesses em jogo a que a passagem faz menção são versados pelo autor às p. 142-148.

observar, no entanto, que nem toda questão prejudicial expressamente deduzida forma uma ação desse tipo.

Vimos acima, por exemplo, que a alegação de edificação de benfeitorias necessárias é questão prejudicial tanto na ação de despejo por falta de pagamento quanto na ação de despejo por danos ao imóvel. Vimos, também, que a questão, em ambas as ações, caso seja expressamente deduzida pelo réu – e, assim, transformada em causa de pedir –, pode dar origem a três ações distintas: uma primeira ação, para exercício do direito de retenção do bem;²⁵³ uma segunda ação, indenizatória, para cobrança do valor das benfeitorias; e, por fim, uma terceira ação, para declarar o direito à retenção ou indenização. Vemos, agora, que somente essa última ação tem natureza declaratória.

Assim, a disciplina da ação declaratória incidental deve ser encarada apenas como a previsão, pelo ordenamento processual, dos contornos de uma medida recorrente na prática forense, e nunca como a indicação de que a propositura de ação incidental de outra natureza estaria proibida.

Aliás, a ação declaratória incidental tanto é apenas uma das ações incidentais possíveis que, surgindo interesse em suscitar questão prejudicial logo com a leitura da inicial, o réu deverá reconvir, ocasião em que poderá cumular ação declaratória com ação de qualquer outro tipo, desde que igualmente relacionada à ação principal.²⁵⁴

Ademais, ainda que não existisse a previsão autônoma da ação declaratória incidental no CPC, tanto o autor quanto o réu poderiam propor esse e qualquer outro tipo de ação, e, havendo relação entre as ações

²⁵³ Embora, como visto, possa exercê-lo em contestação, nos termos da jurisprudência consolidada do STJ.

²⁵⁴ “A demanda de declaração não é modalidade autônoma de resposta do demandado. O réu que reage à citação recebida, propondo uma nova demanda a ser julgada no mesmo processo, seja ela qual for, estará formulando *reconvenção*. Esta é a via procedimental adequada para que ele reaja propondo em face do autor demandas de caráter condenatório, constitutivo ou meramente declaratório – e, entre estas, a de declaração *incidente*. Quando formulado pelo réu, o pedido de declaração da existência ou inexistência de relação jurídica, a que aludem os arts. 5º, 265, inc. IV, letra c, 265 e 470 do Código de Processo Civil, é o conteúdo específico de uma *reconvenção*, não nova modalidade de resposta. Quando proposta pelo autor, a ação declaratória incidental é reação deste aos termos da contestação do demandado. O Código de Processo Civil não indica o momento para a propositura da demanda incidente pelo réu: seu art. 325 fala apenas do prazo para o autor, sem estabelecer qualquer regra sobre o procedimento a adotar, o que reconfirma que ela não tem autonomia procedimental, inserindo-se na disciplina da reconvenção” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 3, p. 516-517).

propostas e a ação principal, os feitos deveriam ser reunidos, em virtude da conexão.

8.10. Coisa julgada

Sob pena de os litígios se eternizarem, com óbvio prejuízo para a ordem pública e segurança jurídica, o ordenamento jurídico liga à decisão judicial da qual não caiba mais recurso a qualidade da coisa julgada. A qualidade torna imutáveis os efeitos declaratórios da decisão para processos futuros. Trata-se de condição do próprio discurso jurídico, que, para fazer sentido, tem que chegar a um fim.²⁵⁵

A coisa julgada opera ao proibir os magistrados de reexaminarem as alegações que já foram ou poderiam ter sido deduzidas pelas partes no processo em que foi formada. Essa proibição é determinada pela chamada eficácia preclusiva da coisa julgada.²⁵⁶

Como visto acima, a análise das questões em determinado processo não impede, a princípio, um novo exame a seu respeito em processos futuros. Como visto, trata-se de regra baseada, em primeiro lugar, na constatação de que um pronunciamento judicial, por si só, não altera a verdade dos fatos, que existem no mundo independentemente dele. A regra é baseada, em segundo lugar, na necessidade de dar agilidade ao processo e proporcionar segurança jurídica às partes. Por força da eficácia preclusiva da coisa julgada, contudo, determinadas questões deixam de ser alegáveis em processos futuros.

²⁵⁵ Para visualizar a importância fundamental da coisa julgada no ordenamento jurídico e refletir sobre o risco – atualmente subestimado por muitos no país – de relativizá-la, ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*.

²⁵⁶ Ao dispor sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada, o CPC prefere considerar “deduzidas e repelidas” as alegações que a parte poderia ter oposto no processo em que se formou a coisa julgada (art. 471). Alude, assim, a uma espécie de julgamento implícito, ao invés de falar em proibição de exame de alegações – o que seria mais adequado. O fato foi observado por Barbosa Moreira, em trabalho escrito antes da entrada em vigor do atual CPC, e que faz menção ao atual Código ainda na qualidade de anteprojeto: “No Anteprojeto, o risco de interpretações deformantes fica extremamente atenuado à vista do art. 509, que de modo categórico exclui a ampliação da <<auctoritas rei iudicatae>> a quaisquer questões distintas da principal. Todavia, embora denote considerável progresso em confronto com o texto vigente, a técnica do Anteprojeto, no particular, ainda se mantém presa à inútil ficção do <<julgamento implícito>>. Trata-se menos, com efeito, de <<reputar deduzidas e repelidas>> as <<alegações, defesa e exceções>> capazes de influir no resultado do processo, do que de proibir que tais <<alegações, defesas e exceções>>, deduzidas ou não, se venham a usar como instrumentos de ataque àquele resultado” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A eficácia preclusiva da coisa julgada material*, p. 17-18).

Em suas origens no direito romano, a coisa julgada referia-se ao bem disputado no processo, após ter sido reconhecido ou negado ao autor. A expressão, assim, era empregada em seu sentido literal: “Para os romanos, a coisa julgada não é mais que a *res in iudicium deducta*, a dizer, o bem da vida disputado por litigantes, depois que a *res* foi *iudicata*, isto é, reconhecida ou negada ao autor”.²⁵⁷

Assumindo a coisa julgada tal significado, entendia-se estar vedada, em processos futuros, qualquer discussão que tendesse a atribuir ao bem destino diverso daquele já atribuído. A eficácia preclusiva da coisa julgada, então, alcançava todas as questões que as partes já haviam deduzido na tentativa de ter reconhecido o direito ao bem, assim como todas as questões que poderiam ter deduzido. Chiovenda, após frisar o caráter pragmático da coisa julgada para os romanos,²⁵⁸ expõe o tema com clareza, mais uma vez: “Essa incontestabilidade ulterior do bem reconhecido ou negado realiza-se mediante a preclusão de todas as questões que se suscitaram e de todas as questões que se poderiam suscitar em torno da vontade concreta da lei, com o fim de obter o reconhecimento do bem negado ou o desconhecimento do bem reconhecido”.²⁵⁹

Assim, de acordo com a concepção clássica de eficácia preclusiva da coisa julgada, as questões já apreciadas em determinado processo poderiam ser reapreciadas em processos posteriores, a menos que isso tendesse a levar à nova decisão sobre destino do bem.²⁶⁰

²⁵⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1, p. 121

²⁵⁸ “E os romanos admitiram essa autoridade da *res iudicata*, ou seja, a indiscutibilidade ulterior do bem reconhecido ou desconhecido pelo juiz, por uma razão eminentemente prática, e entre os limites dessa razão, quer dizer: pela suprema exigência da vida social, de que haja certeza e segurança no gozo dos bens da vida...” (Idem, *ibidem*).

²⁵⁹ Idem, p. 372. Da mesma obra, vale a pena ainda citar: “Preclusas, portanto, todas as questões propostas ou proponíveis, temos a coisa julgada, isto é, a afirmação indiscutível, e obrigatória para os juízes de todos os futuros processos, duma vontade concreta da lei, que reconhece ou desconhece um bem da vida a uma das partes (...) A relação, portanto, entre coisa julgada e preclusão de questões pode assim formular-se: a coisa julgada é um bem da vida reconhecido ou negado pelo juiz; a preclusão de questões é o expediente de que se serve o direito para garantir o vencedor no gozo do resultado do processo (ou seja, o gozo do bem reconhecido ao autor vitorioso, a liberação da pretensão adversária ao réu vencedor)” (Idem, p. 374).

²⁶⁰ “Dessas premissas decorre estoutra afirmação: que a resolução judicial das questões lógicas, longe de conduzir em si o selo da verdade eterna, não exclui que a questão se possa sempre renovar em subseqüentes processos, toda vez que se possa fazer isso sem atentar contra a integridade da situação das partes fixada pelo juiz com respeito ao bem da vida controverso” (Idem, p. 375).

Ao que parece, contudo, a teoria clássica sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada não foi recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro – ao menos, não integralmente. Embora a afirmação não encontre explícita confirmação na doutrina nacional, é latente na doutrina uma certa indefinição quanto ao alcance do instituto, a revelar nítido desconforto na ratificação da teoria clássica. Ademais, o conceito de coisa julgada como bem da vida reconhecido ou negado pelo juiz está certamente descartado.

O afastamento da concepção clássica sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada pelo processo civil nacional parece ter ocorrido, em primeiro lugar, em virtude da adoção do princípio da demanda (arts. 2.º, 128 e 460 do CPC). Como visto, de acordo com esse princípio, cabe à parte definir se quer ou não exercer em juízo os direitos de que dispõe. O princípio autoriza, assim, que o autor, embora seja titular de dois ou mais direitos a um mesmo bem, faça valer apenas um deles. É o caso, multicitado acima, do locador que move ação de despejo alegando apenas falta de pagamento de aluguel, embora também pudesse alegar danos ao imóvel. Da mesma forma, é o caso de um dos contratantes que, podendo solicitar a rescisão do contrato narrando a infração da cláusula x, prefere buscar a rescisão apenas sustentando a infração da cláusula y, distinta.

A concepção clássica sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada também foi afastada em virtude da adoção, pelo ordenamento nacional, da teoria da substanciação. A teoria, como visto, exige a dedução dos fatos constitutivos do direito do autor para identificar a causa de pedir, o que significa que a variação dos fatos narrados importa para definir o caso em julgamento. Aliás, é emblemático perceber que Chiovenda, provavelmente o mais importante defensor da concepção clássica da eficácia preclusiva da coisa julgada, era adepto da teoria da individualização. Assim, e como sustentava que a causa de pedir nas ações envolvendo direitos absolutos era formada apenas pela afirmação do direito, pouco importando a variação de seus possíveis fatos geradores, revelava coerência ao indicar que a coisa julgada alcançava todas as questões relacionadas à definição do destino do bem.²⁶¹

²⁶¹ Embora, de todo modo, o raciocínio falhasse para as ações fundadas em direitos relativos.

Parece acertado afirmar que, no Brasil, a princípio, a coisa julgada e a eficácia preclusiva da coisa julgada têm por parâmetro a tríplice identidade dos elementos da ação.

A afirmação – que encontra previsão no art. 301, §§ 1.º a 3.º, do CPC²⁶² –, indica, em primeiro lugar, que só há coisa julgada quando se requer em juízo a mesma ação, formada pelas mesmas partes, causa de pedir e pedido. Assim, caso o autor proponha outra ação, alterando um de seus elementos, não haverá coisa julgada a impedir seu exame. Assim, por exemplo, não haverá coisa julgada caso determinada ação seja dirigida contra B, e não contra A, como fora; também não haverá coisa julgada caso determinada ação de despejo seja baseada em danos ao imóvel, e não mais na falta de pagamento dos aluguéis; da mesma forma, não haverá coisa julgada caso determinado pedido seja de dano moral, e não mais de dano material.

A afirmação indica, em segundo lugar, que a identificação de quais questões podem ser rediscutidas também depende da apuração da tríplice identidade dos elementos da ação. As questões somente não poderão ser reexaminadas caso a mesma ação seja deduzida novamente. Caso outra ação seja deduzida, as questões poderão ser livremente reapreciadas.

Ou seja, variando partes, pedido ou causa de pedir, as questões relacionadas à ação anterior já julgada poderão ser livremente reexaminadas. Por exemplo, poderão ser reexaminadas todas as questões discutidas e discutíveis no primeiro processo, caso a ação seja dirigida contra B, e não contra A; caso o despejo seja fundada em danos ao imóvel, e não na falta de pagamento dos aluguéis; e caso o pedido seja de dano moral, e não de dano material.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart são precisos ao tratar do assunto: “Em síntese, pois, é necessário fixar a seguinte conclusão: a preclusão, capaz de operar em razão do art. 474 do Código de Processo Civil, diz respeito apenas às questões concernentes à mesma causa de pedir.

²⁶² “Art. 301 do CPC. (...) § 1.º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada. § 2.º Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. § 3.º Há litispendência, quando se repete ação, que está em curso; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso”.

Somente as questões internas à causa determinada, relativas à ação proposta – e, portanto, referentes às mesmas partes, ao mesmo pedido e à mesma causa de pedir – é que serão apanhadas por esse efeito preclusivo, de forma a torná-las não dedutíveis em demanda diversa. *Qualquer outra questão, não pertencente àquela específica ação, ainda que relacionada indiretamente a ela* – porque correspondente a outra causa de pedir passível de gerar o mesmo pedido, ou porque concernente à pretensão de outra parte sobre o mesmo objeto etc. – *não pode ficar sujeita a essa eficácia preclusiva.*²⁶³

Nem sempre, contudo, a coisa julgada e a eficácia preclusiva da coisa julgada terão a tríplice identidade dos elementos da ação como parâmetro. Por isso, aliás, é que, ao tratarmos do tema acima, indicamos que a conclusão valeria apenas a princípio. Haverá parâmetro distinto para apurar os institutos caso a nova ação tenha sido proposta por quem foi réu no primeiro processo, contra quem foi autor.

Embora no ordenamento processual brasileiro o autor esteja livre para definir se quer ou não exercer os direitos de que dispõe – e, assim, esteja livre para definir os limites de sua demanda –, o réu, quando chamado a se defender, é obrigado a deduzir todas as alegações que poderia opor ao pedido formulado, sob pena de não poder deduzi-las adiante e de presumirem-se verdadeiros os fatos não contestados (arts. 300 e 302 do CPC). Trata-se da regra da eventualidade.

A regra – que tem por fim concentrar em uma só oportunidade as discussões envolvendo um mesmo litígio e, assim, dotar a atividade jurisdicional de racionalidade –, se vale para proibir a dedução de outras alegações pelo réu fora da contestação, tem que valer, também, para proibir sua dedução em processos posteriores que tendam a negar o pedido formulado pelo autor. Assim, ainda que o réu, após ter sido vencido em um primeiro processo, mova ação contra o autor alegando diferente causa de pedir, a ação não poderá ser julgada, em virtude da coisa julgada, caso o segundo processo busque retirar do autor aquilo que lhe foi concedido pelo primeiro processo.

²⁶³ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; e ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*, p. 650.

Em uma ação de cobrança, por exemplo, o réu pode opor ao pedido formulado pelo autor a alegação de que a dívida nunca existiu, porque não celebrou com o autor qualquer contrato; a alegação de que não deve o valor cobrado, porque o contrato firmado é nulo; a alegação de que já pagou a importância; a alegação de que tem crédito contra o réu e que, portanto, deve haver compensação; etc. Caso o réu sofra condenação nesse primeiro processo, tenha ou não deduzido as alegações que poderia deduzir, certamente não poderá deduzi-las em processos seguintes, instaurados por si próprio, em que busque retirar do autor aquilo que ele já teve reconhecido.

Pelo mesmo motivo – e lançando-se mão mais uma vez do exemplo da ação de despejo –, caso o réu, despejado, volte a juízo, agora na qualidade de demandante, para exigir a restituição do bem, e para tanto narre a edificação de benfeitorias necessárias ou a existência de crédito contra o réu suficiente para a compensação, a demanda não deverá ser julgada em virtude da coisa julgada.

Não há dúvida de que todas as alegações que o réu poderia opor ao acolhimento do pedido mencionadas acima, seja na ação de cobrança, seja na ação de despejo, constituiriam questões prejudiciais. Nessa qualidade, caso fossem deduzidas em processos seguintes, deixariam a natureza de questões para assumir a natureza de causas de pedir, como visto. Haveria, assim, a propositura de ações novas, porque fundadas em causas de pedir distintas. Nem mesmo isso, no entanto, implicaria na eliminação da coisa julgada, porque, como visto, se o novo pedido buscar negar o pedido anterior, pouco importará o fato de a ação proposta ser diferente.

Isso não significa, contudo, que as questões não poderão mais ser deduzidas em processo algum. Desde que não tenham por objetivo retirar do autor o que ele já teve reconhecido no processo anterior, as questões poderão formar causas de pedir de ações novas, perfeitamente admissíveis.

Lembre-se, por exemplo, do que foi anotado acima a respeito da possibilidade de a questão prejudicial da edificação de benfeitorias necessárias transformar-se em novas causas de pedir e, por consequência, em novas ações: a questão poderia formar uma ação para exercício do direito de retenção do bem, uma ação indenizatória e uma ação declaratória. Anote-se,

agora, que apenas a primeira ação, caso não tivesse sido deduzida antes do julgamento da ação de despejo, não poderia ser mais proposta, uma vez que tenderia a alterar o resultado do primeiro processo. As duas ações restantes seriam perfeitamente admissíveis e, inclusive, poderiam ser julgadas procedentes sem que houvesse qualquer contrariedade à ordem jurídica. A contradição eventualmente existente seria apenas lógica, e não jurídica.²⁶⁴

²⁶⁵ Aliás, parece-nos que toda vez que a questão prejudicial convertida pelo réu em causa de pedir resultar em uma ação de natureza declaratória, a demanda será admissível.²⁶⁶

Em suma, é possível concluir o seguinte a respeito da coisa julgada e sua eficácia preclusiva: a apuração da coisa julgada e de sua eficácia preclusiva dependerá da apuração da tríplice identidade dos elementos da ação, a não ser que a nova ação tenha sido proposta por quem foi réu no primeiro processo, contra quem foi autor. Nesse caso, a apuração da coisa julgada e de sua eficácia preclusiva dependerá da constatação de que o segundo processo tende a retirar do autor do primeiro o que lhe foi reconhecido, independentemente da existência de tríplice identidade dos elementos da ação – assim, de certa forma, vale, aqui, a teoria clássica sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada.

Poder-se-ia, certamente, imaginar um ordenamento processual que exigisse do autor a dedução de todas as alegações capazes de embasar ações suas contra o réu que apresentassem o mesmo pedido,²⁶⁷ sob pena de não serem dedutíveis mais. A exigência equipararia a posição do autor à posição do réu e implicaria na adoção irrestrita da concepção clássica sobre eficácia preclusiva da coisa julgada. Não é, contudo, o caso do ordenamento processual brasileiro. Ademais, como visto acima, o ordenamento pátrio não

²⁶⁴ Vide SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v.1, p. 508.

²⁶⁵ Questão interessante envolvendo a dedução de questão prejudicial como causa de pedir é indicar se, uma vez julgada procedente ação de cobrança, o réu poderia propor ação contra o autor alegando compensação do valor cobrado. A resposta é certamente negativa – como, aliás, já se sustentou acima. Isso não significa, contudo, que o réu não terá ação contra o autor para cobrar a eventual importância que lhe é devida. Nesse caso, a segunda ação não terá por finalidade retirar do autor o que lhe foi reconhecido, pois não discutirá o crédito do autor, mas apenas o crédito do réu.

²⁶⁶ Talvez esse, aliás, seja outro motivo não revelado o ordenamento processual prever expressamente apenas a ação incidental de caráter declaratório.

²⁶⁷ Especialmente para afastar o nítido privilégio outorgado à posição do autor no âmbito da coisa julgada e de sua eficácia preclusiva.

aderiu à teoria da individualização, que poderia, pelo menos em relação aos direitos absolutos, justificar a adoção daquela concepção.

Frise-se que, independentemente do fato de a nova ação ser proposta pelo réu da primeira ação contra seu autor, não se submeterão à coisa julgada, é claro, as alegações relacionadas a fatos supervenientes ao julgamento do primeiro processo. Tais fatos, assim, poderão ser deduzidos ainda que o novo processo tenda a retirar do autor o que lhe foi concedido.

Por fim, resta versar brevemente sobre os limites subjetivos da coisa julgada. Até aqui, tratou-se apenas de seus limites objetivos, isto é, da matéria tornada indiscutível pelo instituto. Em relação aos seus limites subjetivos, anote-se que a coisa julgada estende-se apenas às partes do processo. Quem não é parte no processo, ou seja, quem é terceiro, também sofre os efeitos da sentença, mas não está sujeito à indiscutibilidade da decisão. Terceiros interessados que tenham ingressado no processo, contudo, embora estejam livres da coisa julgada, poderão sofrer o chamado “efeito de intervenção”, previsto no art. 55 do CPC. O efeito, que é em certa medida mais restritivo que a própria coisa julgada – por impedir a discussão das razões de fato e de direito da decisão –, só não será produzido caso o terceiro prove uma das circunstâncias previstas nos incisos I e II do art. 55.

8.11. Litispendência

Ao contrário do que ocorre com a coisa julgada, a litispendência é integralmente determinada pela tríplice identidade dos elementos da ação. Há litispendência apenas quando se repete ação idêntica, já em curso (art. 301, § 3.º do CPC). Não haverá litispendência, assim, ainda que a nova ação seja proposta pelo réu do primeiro processo contra seu autor, e busque contrariar o pedido formulado no primeiro processo. Nesse caso, as ações não serão idênticas, mas conexas, e deverão ser reunidas para julgamento conjunto.

8.12. Ação coletiva

A identificação da ação coletiva é peculiar porque a ordem jurídica, com a intenção de tutelar mais adequadamente os direitos coletivos, atribui legitimidade ativa extraordinária a determinadas pessoas físicas ou jurídicas ou órgãos. Ou seja, tais pessoas são admitidas no processo como partes legítimas, embora o direito a exercer não lhes pertença.

Disso advém que uma ação coletiva, ainda que proposta por parte diferente, não se distingue de outra ação coletiva que apresenta a mesma causa de pedir e pedido. No fundo, o fato significa que, na ação coletiva, a variação do autor não importa para identificar a ação.

A consequência tem importância fundamental para determinar a litispendência e a coisa julgada nessas ações. Assim, ainda que outro colegitimado proponha a ação coletiva, se a causa de pedir e o pedido forem os mesmos, haverá litispendência e coisa julgada, caso, respectivamente, a ação ainda esteja tramitando ou já tenha sido julgada (arts. 103 e 104 do CDC). No caso da litispendência, caso queira e ainda haja tempo hábil, o colegitimado poderá intervir no processo na qualidade de litisconsorte do autor.²⁶⁸

O mesmo não ocorrerá caso se trate de ação coletiva para exercício de direito individual homogêneo e o titular do direito propuser ação individual com a mesma causa de pedir e pedido – diferentemente dos direitos coletivos e difusos, os direitos individuais homogêneos podem ter seus titulares identificados. Nessa situação, caberá ao autor optar pela suspensão de seu processo, caso queira beneficiar-se da decisão a ser proferida na ação coletiva. Se não o fizer, valerá o que ficar decidido no processo que instaurou (art. 104 do CDC).²⁶⁹

²⁶⁸ E, dado que a variação do autor não importa para identificar a ação coletiva, ainda que haja litisconsórcio desse tipo formado, restará apenas uma ação em julgamento.

²⁶⁹ Como bem indicam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, “A legitimação extraordinária do titular da ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos fica, por assim dizer, submetida à condição resolutiva parcial, já que a propositura de ação individual (e a ausência de pedido de sua suspensão) importa na retirada de legitimação do ente coletivo do poder de proteger o direito daquele que postulou e insistiu na tutela de seu direito na forma individual. O pedido de suspensão deve ser feito no prazo máximo de trinta dias, contados da ciência inequívoca da propositura da ação individual. Findo o prazo, preclui o direito de pleitear a suspensão e de beneficiar-se do resultado da ação coletiva” (MARINONI, Luiz Guilherme; e ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*, p. 754).

Na hipótese de existência de mais de uma ação coletiva proposta, se as causas de pedir e os pedidos não coincidirem, mas existir relação entre as ações a ponto de o julgamento conjunto ser recomendável, haverá conexão a determinar a reunião dos processos. A conclusão não deve valer, contudo, quando a cumulação de ações envolver uma ação coletiva e uma ou mais ações individuais, sob pena de acarretar graves inconvenientes à instrução processual.²⁷⁰

Sobre o tema, ainda, é preciso anotar que a coisa julgada na ação coletiva é dotada de peculiaridade importante, por formar-se conforme o sucesso da prova, ou seja, *secundum eventum probationis*. Isso significa que não haverá coisa julgada para os demais colegitimados caso a ação coletiva tenha sido julgada improcedente por insuficiência de prova. Será admissível, assim, a propositura de ação coletiva com a mesma causa de pedir e pedido da ação já julgada, desde que fundada em prova nova (art. 103, I e II, do CDC).

Além disso, no caso da ação coletiva para exercício de direito individual homogêneo, a coisa julgada só é formada para os titulares dos direitos individuais na hipótese de procedência, isto é, a coisa julgada, nesse caso, é *secundum eventus litis*. Assim, não haverá coisa julgada a impedir a propositura de ação com a mesma causa de pedir e pedido, a menos que o titular do direito tenha intervindo no processo na qualidade de litisconsorte ou não tenha solicitado a suspensão de seu processo quando deveria tê-lo feito (arts. 103, III e § 2.º, e 104 do CDC).

²⁷⁰ É preciso, nesse ponto, ratificar outra lição de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart: “Deveras, adotar-se conexão entre ações coletivas (para a tutela de direitos individuais homogêneos) e ações individuais (para análise das pretensões específicas contidas naquela) poderia inviabilizar, diante do volume de ações reunidas sob um único juízo, a operacionalidade de uma vara. O volume (que pode ser monstruoso) de ações a serem reunidas importará em fazer o juiz trabalhar, praticamente, apenas com aquela questão, abandonando todas as demais causas submetidas a seu exame e, ainda assim, correndo o risco de prestar tutela inadequada para a situação particular de cada ação individual. O tumulto que se criaria, então, com essa reunião, recomenda a não aplicação do instituto da conexão entre ações coletivas e ações individuais” (Idem, p. 756).

9. CONCLUSÃO

A ação ocupa o centro do processo civil brasileiro. Nessa qualidade, determina todos os temas e institutos processuais, que são pensados a partir dela. A identificação da ação é, assim, fundamental.

No trabalho que ora se encerra, analisamos, inicialmente, como a ação tem sido concebida pela doutrina, especialmente pelas duas correntes teóricas mais difundidas no país. Após optarmos pela concepção de uma dessas correntes, procedemos à análise dos três elementos da ação, para, ao final, levar a identificação da ação a confronto com vários temas e institutos processuais.

Todo o trabalho foi voltado à elaboração de suporte teórico para a efetividade processual. Para tanto, partiu-se da crença de que o correto domínio dos conceitos e categorias teóricas é pressuposto para manuseio eficaz das técnicas processuais, especialmente daquelas que têm surgido no processo civil contemporâneo.

Como mencionamos desde a introdução, foi nosso desejo elaborar trabalho tão prático quanto possível, no sentido de que possa servir à prática forense, ao menos como estudo destinado a tornar mais simples a compreensão dos elementos da ação e dos institutos processuais dela dependentes.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. de Alfredo Bosi. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, v. 300, p. 7-37, out. 1960.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitoria da vida privada*. São Paulo: RT, 2000.

ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2002.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed. rev. e ampl. v. 1, arts 1º a 153. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Conexão de causas como pressuposto da reconvenção*. São Paulo: Saraiva, 1979.

_____. A eficácia preclusiva da coisa julgada material. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, v. 441, p. 14-23, jul. 1972.

_____. A efetividade do processo de conhecimento. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 74, p. 126-137, abr-jun. 1994.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 5. arts. 476 a 565. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

_____. Efetividade do processo e técnica processual. Por um processo socialmente efetivo. In: *Temas de Direito Processual*. 6.ª série, São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. O futuro da justiça: alguns mitos. In: *Temas de Direito Processual*. 8.ª série, São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *O novo Processo Civil brasileiro*. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Por um processo socialmente efetivo. In: *Temas de Direito Processual*. 8.ª série, São Paulo: Saraiva, 2004.

_____; ASTORGA, Antonio Luiz Fernandes. Cumulação de pedidos. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 113, p. 354-361, jan-fev. 2004.

BATISTA, Francisco de Paula. *Compêndio de teoria e prática do Processo Civil*. 1. ed. Campinas: Russel Editores, 2002.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. Influência do direito material sobre o processo. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2009.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 3. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

_____. *Teoria da norma jurídica*. Trad. de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. de Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BORGES, José Souto Maior. *Isenções tributárias*. 2. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Conteúdo da causa de pedir. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, v. 564, p. 41-61, out. 1982.

_____. *Teses, estudos e pareceres de Processo Civil*. V. 1. São Paulo: RT, 2005.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*. v. 1. Teoria geral do Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*. v. 2. Procedimento comum: ordinário e sumário. v. 2, t. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. Trad. de Hiltomar Martins Oliveira. v.2. São Paulo: Classic Book, 2000.

_____. *Sistema de Direito Processual Civil*. Trad. de Hiltomar Martins Oliveira. v.3. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO, Milton Paulo de. *Do pedido no Processo Civil*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 9. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1997.

CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. v. 1. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería "El Foro", 1996.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 3, arts. 270 a 331, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. da 2.^a ed. italiana por J. Guimarães Menegale. Notas de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva. v. 1, 1969.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. da 2.^a ed. italiana por J. Guimarães Menegale. Notas de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva. v. 2, 1969.

_____. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Trad. de José Casais y Santalo. Madrid: Reus.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

COVAS, Silvânio. Questão de fato e questão de direito – quantificação do dano moral. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 100, p. 257-273, out-dez. 2000.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3. ed. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no Processo Civil*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001.

_____; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. Coord. de José Rogério Cruz e Tucci e José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: RT, 2002.

DIDIER JR., Fredie. Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, n. 21, p. 530-541, jul-set. 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Capítulos de sentença*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Fundamentos do Processo Civil moderno*. São Paulo: RT, 1986.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 1. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 2. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 3. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. 2, arts. 282 a 331. São Paulo: RT, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 1991.

GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*. Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro: Editorial Labor S.A., 1936.

GUIMARÃES, Luiz Machado. Preclusão, coisa julgada e efeito Preclusivo. In: *Estudos de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro – São Paulo: Jurídica e Universitária, 1969.

GIANOZZI, Giancarlo. *La modificazione della domanda nel Processo Civile*. Milano: Dott. A. Giufrè, 1958.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 4. ed. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Teoria pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

LACERDA, Galeno. O Código e o formalismo processual. *Revista da AJURIS*, n. 28, ano X, p. 7-14, jul. de 1983.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido. O Direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006.

_____. Causa de pedir e pedido nos processos coletivos: uma nova equação para a estabilização da demanda. In: *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Coord. de Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 2007, p. 144-155.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *A ação na teoria do Processo Civil*. Prolusão de Torino, 1949.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. v. 1. Trad. e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIMA, Alcides de Mendonça de. Ação de investigação de paternidade. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 11-12, p. 243-251, jul-dez. 1978.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; GABBAY, Daniela Monteiro; ALVES, Rafael Francisco; ANDRADE, Tathiana Chaves. Interpretação do pedido e da causa de pedir nas demandas coletivas (conexão, continência e litispendência). In: *Tutela Coletiva. 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos. 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. Coord. de Paulo Henrique dos Santos Lucon. São Paulo: Atlas, 2006, p. 184-199.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A causa de pedir da ação de preferência da Lei n. 6.649, de 1979*. *Revista Justitia*, ano 47, vol. 130, jul-set. 1985, p. 9-43.

MARINONI, Luiz Guilherme. A transformação do civil law e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil. *Cadernos Jurídicos da OAB Paraná*. n. 03, junho de 2009, p. 01-03.

_____. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: RT, 2008.

_____. *Curso de Processo Civil*. v. 1. Teoria Geral do Processo. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Tutela inibitória*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. v. 2. Processo de Conhecimento. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. v. 3. Execução. São Paulo: RT, 2007.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003.

MARTINS, Eduardo (org. e edit.). *Manual de redação e estilo*. São Paulo: O Estado de S. Paulo, 1990.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa Medina. A Conexão de causas no Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 109, p. 63-70, jan-mar. 2003

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MITIDIERO, Daniel Francisco. Polêmica sobre a teoria dualista da ação (ação de direito material – “ação” processual): uma resposta a Guilherme Rizzo Amaral. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, n. 34, p. 690-696, out-dez. 2004.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Conexão e “tríplice identidade”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 29, p. 50-56, jan-mar. 1983.

_____. Procedimento: formalismo e burocracia. *Revista Forense*, v. 385, ano 97, p. 49-58, nov-dez 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral, v. 1, 2. ed. rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 1981.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do Direito Civil*. 3. ed. atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

NAVES, Celso. *Ação*. Textos elaborados pelo Prof. Celso Neves para debate e desenvolvimento da matéria. *Direito Processual Civil – II*. Pós-graduação. 2.º semestre de 1980. Faculdade de Direito da USP.

NORONHA, Carlos Silveira. A Causa de pedir na execução. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 19, p. 26-39, jul-set. 1994.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual*. São Paulo: RT, 2008.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de Direito de Família*. 4. ed. atual. Curitiba: Juruá, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n.º 01 de 1969*. t.1, arts. 1º a 7º, 2. ed. rev. São Paulo: RT, 1974.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. 1, arts. 1º a 45, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. *Tratado das Ações*. t. 1, 2. ed. São Paulo: RT, 1972.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Parte geral, t. 1. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Parte geral, t. 5. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 25. ed. rev. e atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2007.

SCHOPENHAUER, Arthur. *Como vencer um debate sem precisar ter razão*. Comentários de Olavo de Carvalho. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.

SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Tradução do alemão por Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1968.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Advocacia em tempos de crise*. Disponível em <http://www.baptistadasilva.com.br/artigos021.html>.

_____. *Curso de Processo Civil*. v. 1, 6. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Curso de Processo Civil*. v. 2, 5. ed. rev. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Direito alternativo*. Disponível em <http://www.baptistadasilva.com.br/artigos013.htm>.

_____. *Reforma do Poder Judiciário (I)*. Disponível em <http://www.baptistadasilva.com.br/opiniaoo001.htm>.

_____. *Sentença e coisa julgada*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

_____; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1997.

SUNDERLAND, Edson R. *Cases and materials on code pleading*. 3. ed.. Chicago: Callaghan & Company. 1953.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005

_____. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: RT, 2001.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2005

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de Processo Civil*. Coord. de Luiz Rodrigues Wambier. 8. ed. rev. e ampl. v. 3. São Paulo: RT, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 92, p. 52-70, out-dez. 1998.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. de Marina Gascón. 6. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

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](#)