

Causa de Pedir e Pedido

O Direito Superveniente

Prefácio

José Rogério Cruz e Tucci

 EDITORA
MÉTODO

© EDITORA MÉTODO

Rua Conselheiro Ramalho, 692/694
Tel.: (11) 3289-1366 – Fax: (11) 3262-4729
01325-000 – Bela Vista – São Paulo – SP
metodo@editorametodo.com.br

Capa: Marcelo S. Brandão

Visite nosso site: www.editorametodo.com.br

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ.

Leonel, Ricardo de Barros, 1967-

Causa de pedir e pedido : o direito superveniente / Ricardo de Barros
Leonel. - São Paulo : Método, 2006 - (Professor Arruda Alvim)

Bibliografia

1. Coisa litigiosa. 2. Ação judicial. 3. Processo civil. I. Título. II. Série.

06-3253.

CDU 347.953

ISBN 85-7660-132-X

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda todos os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil
Outubro/2006

CONCEITUAÇÃO

SUMÁRIO: 2.1 Objeto litigioso no processo civil: 2.1.1 Uma questão antiga; 2.1.2 Busca de soluções satisfatórias; 2.1.3 Na doutrina alemã: 2.1.3.1 Contribuição de Karl Heinz Schwab; 2.1.3.2 Contribuição de Walter J. Habscheid; 2.1.4 Na doutrina italiana: 2.1.4.1 Contribuição de Chiovenda; 2.1.4.2 Contribuição de Liebman; 2.1.4.3 Contribuição de Mario Bellavitis; 2.1.4.4 Contribuição de Ernesto Heinitz; 2.1.4.5 Contribuição de Augusto Cerino Canova; 2.1.4.6 Contribuição de Elio Fazzalari; 2.1.5 Na doutrina brasileira: 2.1.5.1 Contribuição de Arruda Alvim; 2.1.5.2 Contribuição de José Rogério Cruz e Tucci; 2.1.5.3 Contribuição de Cândido Rangel Dinamarco; 2.1.5.4 Contribuição de Sydney Sanches; 2.1.6 Dificuldades ante os extremos das concepções processuais e substanciais; 2.1.7 Substanciação ou individuação; 2.1.8 Direitos relativos e absolutos; 2.1.9 Demandas autodeterminadas e heterodeterminadas; 2.1.10 Objeto do processo e objeto litigioso do processo; 2.1.11 Tomada de posição sobre o tema: aproximação para o consenso – 2.2 Direito superveniente: 2.2.1 Concepção ampla; 2.2.2 Concepção estrita; 2.2.3 Concepção adotada: superveniência como efeito jurídico.

2.1 OBJETO LITIGIOSO NO PROCESSO CIVIL

2.1.1 Uma questão antiga

Como é da própria natureza do processo, como instituição jurídica voltada à solução de problemas que ocorrem na comunidade, a definição do seu material de trabalho é dado imanente à sua própria existência.

Não há, nesta sede, a intenção de trazer resenha histórica aprofundada do problema, o que extrapolaria os limites e objetivos do estudo. Mas pode-se afirmar que, desde as origens, assuntos que mereceram atenção na evolução da ciência jurídica foram os contornos da ação, seus elementos caracterizadores, bem como os demais institutos que lhe são conexos e dependentes, como v.g. a litispendência, a coisa julgada, a cumulação de ações, a modificação da demanda, entre outros.¹

O estado atual do problema é fruto de longa elaboração doutrinária a respeito de dois aspectos, nos quais encontra aplicação prática, ou seja, a) a questão da imutabilidade da demanda e b) o problema da autoridade da coisa julgada, que são mais ou menos centrais e aos quais os demais se associam.²

A razão prática disso reside em que, sendo a atuação da Jurisdição uma das faces do exercício do Poder estatal,³ como realização prática, autoritativa e imperativa deste, torna-se necessária a identificação de seus limites subjetivos e objetivos.

Aceitando-se a realização da Justiça como afirmação do ordenamento jurídico no caso concreto, e assim sua indispensabilidade onde quer que exista sociedade organizada – ainda que momentaneamente esteja ausente a legislação ou a administração –,⁴ reforça-se o argumento no sentido da imprescindibilidade de estabelecer de modo claro os extremos da atuação desse poder.

¹ Nesse sentido é a observação praticamente unânime da doutrina de diversas épocas como, entre muitos, v.g.: CRUZ E TUCCI, José Rogério, *A causa petendi no processo civil*, 2. ed., São Paulo, RT, 2001, p. 77; CERINO CANOVA, Augusto, *La domanda giudiziale e il suo contenuto, Commentario del Codice di Procedura Civile*, Torino, Utet, 1980, l. 2, t. 1, p. 10; MANDRIOLI, Crisanto, *Riflessioni in tema di "petitum" e di "causa petendi"*, *Rivista di Diritto Processuale*, fasc.3 (set. 1984): 466; HEINITZ, Ernesto, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, Cedam, 1937, p. 129-130; SCHWAB, Karl Heinz, *El objeto litigioso en el proceso civil*, trad. Tomas A. Banzhaf, Buenos Aires, Ejea, 1968, p. 6; DE STEFANO, Giuseppe, *Per una teoria dell'oggetto del processo, Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Padova, Cedam, 1958, vol. III, p. 233; idem, *Azione civile, Novissimo digesto italiano*, Torino, Utet, 1957, vol. II, p. 51; TARZIA, Giuseppe, *Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno all'oggetto del processo, Problemi del processo civile di cognizione*, Padova, Cedam, 1989, p. 108 etc.

² Cf. BELLAVITIS, Mario, *L'identificazione delle azioni*, 2. ed., Padova, La Litotipo Editrice Universitaria, 1924, p. 20.

³ Como anota José Rogério Cruz e Tucci, "... a faculdade de dizer o direito afigura-se ínsita ao vértice do poder político..." (*Jurisdição e poder*, São Paulo, Saraiva, 1987, p. 20).

⁴ Nesse sentido: SATTA, Salvatore, *Giurisdizione (nozioni generali)*, *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1970, vol. XIX, p. 224.

Se a essência da atividade jurisdicional, para seus destinatários, está no vínculo constituído com relação a estes, é natural a necessidade de precisar até que ponto se estende tal liame.⁵

À definição dos confins do exercício da potestade de dizer o direito por parte do Estado relacionam-se várias máximas, que representam diferentes aspectos do mesmo problema, e entre as quais podem ser recordadas, v.g.: "sententia debet esse conformis libello", "ne procedat iudex ex officio", "ne eat iudex ultra petita partium", "secundum allegata et probata partium iudicare debet". São expressões usualmente empregadas na designação de princípios ou regras técnicas⁶ que informam tradicionalmente o processo civil, sistematizando sua atuação concreta⁷ (correlação ou congruência entre o libelo e a sentença, regra da demanda ou inércia jurisdicional, princípio ou regra do dispositivo etc.).

A delimitação dos contornos da realização concreta da Jurisdição, como poder, função e atividade estatal, relaciona-se, assim, com o esclarecimento pragmático a respeito (a) das pessoas sujeitas a determinado comando oriundo daquela fonte de poder, bem como (b) das situações abrangidas na hipótese considerada.

Dáí, como problema imanente à própria evolução histórica do Direito processual, a questão da identificação das ações, que, nada obstante tenha passado por diferentes concepções, teve como meta sempre o mesmo fim: a delimitação do exercício do Poder jurisdicional diante da crise concreta submetida ao Estado-juiz.

Exemplo disso se vê na gênese romana da denominada teoria dos *tria eadem*, ou seja, os três elementos de identificação das demandas, com a finalidade de evitar que houvesse repropositura de pleito já definido anteriormente. Com essa razão pragmática, foram indicados como tais elementos: *personae, id ipsum de quo agitur, causa proxima actionis*, ou ainda *idem corpus, eadem causa petendi e eadem condicio personarum*.⁸

⁵ Cf. HEINITZ, Ernesto, op. cit., p. 129.

⁶ A distinção será oportunamente abordada no item 3.2 *infra*, não sendo necessário, neste momento, analisar a questão.

⁷ A indicação, feita em caráter exemplificativo, encontra-se no ensaio de: CHIOVENDA, Giuseppe, *Identificazione delle azioni. Sulla regola "ne eat iudex ultra petita partium"*, *Saggi di diritto processuale civile*, cit., vol. 1, p. 157-160.

⁸ Cf. Cruz e Tucci (*A causa petendi no processo civil*, cit., p. 40), que esclarece que (a) foi o jurisconsulto Nerácio que apontou com maior clareza os três elementos de identificação das demandas, indicando como fonte o fragmento do Digesto, assim especificado "D. 44.2.27, *libro VII membranarum*", e referindo-se ainda à (b) contribuição do jurista Paulo, ao esclarecer que não havia necessidade da exata identidade física das pessoas, mas apenas de identidade de condição jurídica.

O senso prático dos antigos, particularmente dos romanos, estabelecia a vedação do desenvolvimento de um novo processo a respeito do mesmo objeto, ou seja *de eadem re*.⁹

Nessa evolução histórica, costuma a doutrina estabelecer, para fins didáticos, a separação de três fases, ainda que em determinados momentos e locais tenham (os sistemas) coexistido entre si: (a) o período das ações da lei ou *legis actiones*, (b) o período formulário ou do processo *per formulas* (c) e, finalmente, o período da cognição extraordinária, ou *cognitio extra ordinem*. Os dois primeiros consubstanciaram a denominada ordem dos juízos privados (*ordo iudiciorum privatorum*); enquanto o último representou a fase final de publicização do processo romano.¹⁰

Já no período mais antigo relacionado à ordem dos juízos privados, na época das ações da lei, era utilizada a expressão *rem acta agere* para indicar um ato que não poderia levar ao resultado pretendido, ou expressões como *res acta est* e *actum est* para indicar o que estava de modo definitivo concluído (impossibilidade de exercício da Jurisdição com relação a determinado conflito já decidido). Delineava-se, assim, a função negativa do julgado, que impedia a renovação da discussão a respeito de certa pendência material envolvendo partes determinadas.¹¹

A operacionalização da vedação sobre nova ação a respeito da mesma situação e das mesmas partes, verificou-se posteriormente, com a institucionalização da exceção de coisa julgada (*exceptio rei iudicatae*).

Ainda na época das ações da lei, a proibição de agir uma segunda vez em juízo poderia decorrer da simples *denegatio actionis*, isto é, uma ação que não poderia ser proposta era inadmissível; ou então, caso isso não ocorresse, a vedação poderia ser operada pelo magistrado, que, limitando-se a invocar o fato consistente na precedente *actio de eadem re*, podia declarar infundada a nova propositura.¹²

Já em momento histórico posterior, com a configuração do processo formulário, a mesma vedação ocorria, porém de forma caracterizada pela conformidade com o próprio sistema processual vigente.

A "fórmula" consubstanciava termos ou expressões sacramentais - modelo abstrato pelo qual era viável litigar de forma escrita -, em

⁹ Cf. PUGLIESE, Giovanni, *Giudicato civile. Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1969, vol. XVIII, p. 728.

¹⁰ Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério e AZEVEDO, Luiz Carlos de, *Lições de história do processo civil romano*, São Paulo, RT, 1996, p. 38-49.

¹¹ Idem, *ibidem*, p. 729.

¹² Cf. PUGLIESE, Giovanni, *Giudicato civile. Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XVIII, p. 729.

conformidade com esquemas jurisdicionais estipulados pelo direito honorário, nos exatos moldes da previsão contida em editos pretorianos, sob pena de rejeição da propositura.¹³

Aqui, o denominado efeito consuntivo ou preclusivo (que vedava a renovação de discussão em juízo, a respeito da mesma situação de direito material), decorria da *litis contestatio*, diferentemente do que ocorria no período anterior, das ações da lei, em que tal efeito advinha da simples iniciativa da parte.¹⁴

Com a *litis contestatio*, as partes assumiam o compromisso de dar cumprimento à decisão que viesse a ser emanada, no caso submetido a conhecimento judicial. Figurava referido ato, ao mesmo tempo, como causa da extinção da obrigação advinda da relação de direito material e fonte de nova obrigação, decorrente do compromisso de atender aquilo que viesse a ser decidido. Caracterizava-se desse modo o efeito (a) *extintivo* (preclusão da ação, vedando-se repositura com a regra *bis de eadem re ne sit actio*), e o (b) *novatório* (extinção da relação obrigacional primitiva e surgimento de um novo liame jurídico, fundado no mencionado ato processual).¹⁵ A *litis contestatio* trazia ainda o efeito (c) *conservativo*, consistente na estabilização definitiva da *res in iudicio deducta* (estabelecimento dos contornos objetivos e subjetivos sobre os quais iria operar a futura decisão judicial).¹⁶

A evolução do direito romano, o surgimento de vicissitudes relacionadas à coexistência de diversos sistemas legislativos, bem como a necessidade de operacionalizar a vedação de agir em juízo por uma segunda vez, fizeram que fosse surgindo um novo remédio com tal fim, sob a forma de *exceptio*, a denominada *exceptio rei iudicatae vel in iudicio deducta*.¹⁷

Evidencia-se novamente a relevância histórica do problema do objeto litigioso do processo: para que fosse viável a utilização da *exceptio rei iudicatae*, era imprescindível a identidade de objeto entre duas ações (que houvesse *eadem res*, isto é, a subsistência de uma identidade entre a nova *res in iudicio deducta* e a *res iudicata*).¹⁸

¹³ Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério e AZEVEDO, Luiz Carlos de, op. cit., p. 73-74.

¹⁴ Cf. PUGLIESE, Giovanni, *Giudicato civile. Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XVIII, p. 732.

¹⁵ Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério e AZEVEDO, Luiz Carlos de, op. cit., p. 101-102; e PUGLIESE, Giovanni, *Giudicato civile. Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XVIII, p. 732-734.

¹⁶ Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério e AZEVEDO, Luiz Carlos de, op. cit., p. 101.

¹⁷ Cf. PUGLIESE, Giovanni, *Giudicato civile. Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XVIII, p. 734.

¹⁸ Idem, *ibidem*, p. 738.

A necessidade de estabelecer critérios para apurar a ocorrência ou não de identidade entre duas ações, mormente quando as partes eram as mesmas, acabou por fazer que o gênio criativo e pragmático dos juristas romanos contribuisse de forma decisiva para a formação da teoria da identificação das demandas.

Foi nessa época que, entre outros, juristas romanos como Nerácio e Paulo¹⁹ conceberam a idéia dos três elementos de identificação das ações, consistentes em: partes, causa da ação e bem pretendido.²⁰

Era mais ou menos assente que a *res* (objeto da relação jurídica feita valer em juízo) deveria ser a mesma. Divergência verificava-se, apenas, quanto à identidade de pessoas, pois no raciocínio desenvolvido por Paulo,²¹ chegou-se ao entendimento de que não era necessária a *identidade física* para a configuração da repetição de demanda anteriormente proposta, bastando a *identidade de condição jurídica*.

Todavia, quanto à causa ou ao fundamento da ação, surgiu o cerne de discussão que dominou a doutrina processual de praticamente todos os tempos, e ainda hoje remanesce acesa: (a) a abrangência e contornos da causa, e (b) a diversidade de configuração ou não nas demandas sobre direitos pessoais ou reais.

A identidade de *causa petendi*, ou da *causa proxima actionis*, tinha particular relevância no caso da *actio in personam*. Isso porque a mesma prestação poderia existir, mais de uma vez, entre as (mesmas) partes (em virtude de diversas relações obrigacionais, cada uma das quais sujeita a ser exercitada em juízo de forma autônoma).²²

Já na *actio in rem*, afirmava-se que todas as causas pelas quais uma coisa poderia pertencer a uma pessoa (ou ser objeto de seu direito), vinham implicitamente feitas valer com uma só postulação. Ou, ainda, que cada ação "real" tinha como fundamento uma única causa: a propriedade ou direito real a que a demanda se referia.

Destacava-se a idéia de que a distinção entre as demandas fundadas em direito pessoal e as reais estava em que as primeiras (pessoais) poderiam ser propostas mais de uma vez entre as mesmas partes,

¹⁹ Cf. mencionado anteriormente, na nota 8.

²⁰ Observação feita também por PUGLIESE, Giovanni, *Giudicato civile, Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XVIII, p. 738.

²¹ Cf. nota 8.

²² O tema será aprofundado mais adiante, nos itens referentes aos problemas da substanciação ou individuação, direitos relativos ou absolutos, e demandas autodeterminadas ou heterodeterminadas, *infra*, itens 2.1.7 a 2.1.9.

motivadas por causas distintas, enquanto as últimas (reais) só poderiam figurar uma única oportunidade entre as mesmas pessoas.²³

Desse modo, o título de aquisição, no caso de direito real, teria a função de simples argumento adotado pelo autor para sustentar suas razões.²⁴

Note-se que, embora usualmente se confira maior destaque a um ou outro texto romano antigo claramente indicativo da concepção da identificação das ações por seus elementos objetivos e subjetivos (ou, em dicção moderna, com base na relação jurídica deduzida em juízo), na verdade o exame das fontes permitiria a constatação de inúmeras passagens com teor mais ou menos similar, em diversas épocas da evolução daquela sociedade.²⁵

É possível afirmar que no pensamento romano podem ser encontrados os fundamentos para ambas as vertentes que posteriormente se desenvolveram, seguindo duas diversas tendências quanto ao problema da identificação das ações, ou seja, (a) a teoria dos *três elementos de identificação das ações* e (b) a teoria da *identidade da relação jurídica*, posteriormente acolhida e desenvolvida pelo gênio de Savigny. Anote-se, contudo, que acabou sagrando-se prevalente a adesão à primeira, nada obstante o peso da autoridade e dos argumentos reconhecidos com relação à segunda.²⁶

A teoria da *identidade da relação jurídica*, em razão da influência de seu patrono, granjeou adeptos na própria Alemanha, enquanto a teoria

²³ Cf. PUGLIESE, Giovanni, *Giudicato civile, Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XVIII, p. 739, referindo-se ao raciocínio de Paulo, cf. passo do Digesto, assim identificado e transcrito: "Paul. 70 ad ed. D. 44, 2, 14, 2: singulas obligationes singulae causae sequuntur nec ulla earum alterius petitione vitatur". Como salienta José Rogério Cruz e Tucci, em tradução livre do passo referente à lição de Paulo, afirmava o jurista romano que "as ações pessoais distinguem-se das reais: quando a mesma coisa me é devida por uma determinada pessoa, cada uma das causas segue cada uma das obrigações, e nenhuma delas é viciada pela demanda concernente à outra" (*A causa petendi no processo civil*, cit., p. 41).

²⁴ CERINO CANOVA, Augusto, op. cit., p. 9, nota 8, transcreve integralmente, para ilustração, o passo que justificava as conclusões do texto acima, consistente em D. 44, 14, 2 (Paul.70 ad ed.): "Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod, cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur nec ulla earum alterius petitione vitatur: at cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur neque enim amplius qual semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest".

²⁵ Nesse sentido BELLAVITIS, Mario, *L'identificazione delle azioni*, cit., p. 21-22.

²⁶ Idem, *ibidem*, p. 23-24.

dos *tria eadem* foi adotada majoritariamente na Itália e na França, inclusive nas respectivas legislações.²⁷

Em síntese, verifica-se que a questão da identificação e delimitação do objeto litigioso não é nova. Sua evolução acompanha a própria existência e desenvolvimento histórico do processo civil.

A opção pela breve referência ao Direito romano não foi imotivada: decorre das próprias raízes de nossa tradição jurídica, vinculada à família romano-germânica do direito, com o escopo de demonstrar que as dúvidas a respeito do tema acompanham a existência da civilização ocidental organizada.

Além da natural imanência entre a existência do processo e a problemática do objeto litigioso, outro fator contribuiu para a presença constante do tema no desenvolvimento do Direito processual: como anotado inicialmente, a Jurisdição é fração de exercício do Poder estatal, e é compreensível que, espontaneamente, tenha-se desenvolvido a tendência à busca de limites para sua atuação.

2.1.2 Busca de soluções satisfatórias

Como visto, embora o problema do objeto litigioso seja antigo, imanente à própria existência e atuação da Jurisdição, só em tempos modernos é que passou a receber tratamento adequado.

Na literatura processual dos últimos dois séculos é que se centrou a discussão, com rigor científico, no tema em exame. Só com a elevação do Direito processual à categoria de Ciência autônoma, e com o reconhecimento de seus institutos fundamentais, é que surgiu o espaço para a elaboração doutrinária consciente a respeito do problema.

Ora, se na Antiguidade romana o ordenamento foi paulatinamente elaborado com o escopo de solucionar problemas concretos, ligados (no particular) aos limites da atuação judicial e ao respeito à *res iudicata*, na modernidade caminhou-se diversamente.

Com o exame do processo de forma sistêmica e independente, com critérios analíticos e científicos, passou-se a buscar explicações dogmáticas para o Direito processual. Partiu-se da elaboração teórica para a prática (dedução), e não, como na Antiguidade, da prática para a elaboração

²⁷ Nesse sentido as observações de José Rogério Cruz e Tucci (*A causa petendi no processo civil*, cit., p. 78-88), fazendo referência à adoção da teoria dos *tria eadem* nos arts. 1351 do Cód. Civil francês de 1804, e 1351 do Código Civil italiano de 1865.

sintética (indução), consistente nas máximas, editos, constituições etc., que configuraram, em sua progressiva formação, o Direito romano.

Como se sabe, o início do desenvolvimento do Direito processual como Ciência autônoma verificou-se no século XIX. Até então o processo era considerado de forma meramente prática – como aspecto do direito privado, subordinado às idéias deste.

Em 1868 veio à luz a obra de Oskar von Bülow, que marcaria a revolução nas concepções a respeito do processo, cujo título²⁸ era *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Fazia análise que se distanciava do simples estudo prático dos procedimentos, levando em consideração os aspectos ressaltados pela polêmica travada entre Bernhard Windscheid e Theodor Muther. Nessa tratativa, em síntese, referido autor conseguiu: (a) evidenciar a existência de uma relação jurídica processual distinta da relação jurídica de direito material; (b) sistematizar os estudos do processo a partir dessa distinção; (c) distinguir duas ordens de dados a analisar em cada processo o binômio composto pelo mérito ou objeto do processo e pelos pressupostos processuais.²⁹

Ressalte-se, entretanto, que tal elaboração foi precedida em cerca de uma década pela famosa polêmica, já mencionada, entre Windscheid e Muther, a respeito da concepção sobre a *actio* romana.

Windscheid escreveu um livro sobre a *actio* romana em 1856, cujo título era *A actio do direito civil romano do ponto de vista do direito hodierno*, e posteriormente, em 1857, Muther editou outro, sob o título *Sobre a teoria da actio romana, o hodierno direito de agir, a litiscontestação e a sucessão na obrigação a título particular*.³⁰

Windscheid desvinculou a ação do conceito romano de *actio*. Partiu da indagação sobre se o ordenamento romano usava estabelecer situações jurídicas materiais ou, ao contrário, poderes e sujeições processuais, isto é, se reconhecia o direito por meio da concessão de *actiones* ou se concebia estas como simples meio para fazer valer direitos já reconhecidos. Buscava a resposta para estabelecer a quem cabia prioridade no direito romano, se às *actiones* ou ao direito subjetivo. Chegou à conclusão oposta à predominante entre os romanistas de então: aduziu que o sistema romano, antes de conceder ao indivíduo determinado direito, outorgava-lhe uma *actio*, razão pela qual esta seria, em decorrência, a expressão daquele.³¹

²⁸ Já na tradução em língua espanhola.

²⁹ Nesse sentido: DINAMARCO, *Fundamentos do processo civil moderno*, cit., vol. 1, p. 87-88.

³⁰ Aproveitando-se aqui a versão para o vernáculo contida em Dinamarco (*Fundamentos do processo civil moderno*, cit., vol. 1, p. 90).

³¹ Cf. PUGLIESE, Giovanni, *Actio e diritto subiettivo*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 101.

Além disso, elaborando seu conceito de pretensão (*Anspruch*), identificou-a como o equivalente moderno da *actio*. Delineou-a pela primeira vez como *situação jurídica substancial*, naturalmente distinta da ação em sentido processual, porém não identificável com o direito subjetivo, da qual representava inicialmente uma emanção. Sua elaboração doutrinária contribuiu para que na codificação civil alemã fosse consagrado, no § 194, o conceito de pretensão.³²

Ficava assim caracterizada, na formulação de Windscheid, a *actio* como pretensão (*Anspruch*), ou seja, aquilo que se poderia pretender de outrem, como possibilidade de impor a própria vontade na via judiciária.³³

Embora a pretensão a que se referia o autor fosse de direito material, e não processual, representou seu estudo praticamente a abertura de uma nova estrada a ser seguida, sedimentada posteriormente em razão da obra de Bülow.

Posteriormente, a doutrina germânica esclareceu definitivamente a distinção existente entre a pretensão material e a pretensão processual, centrando sobre esta última o estudo do objeto litigioso do processo.

Nesse sentido, a elaboração doutrinária demonstrou de forma suficiente, entre outras coisas, que: a) o conceito de pretensão (*Anspruch*) em sentido material só poderia ser utilizado em ações condenatórias, não em declaratórias ou constitutivas, porque nestas últimas se postula ou a declaração, ou então a constituição ou modificação de uma situação jurídica, e não o cumprimento de determinada obrigação com relação ao demandado (sendo o conceito de pretensão material apropriado só a esta hipótese); b) admitir o conceito de pretensão material como objeto do processo levaria à conclusão de que, em caso de improcedência, não teria existido objeto do mesmo processo; c) em casos de cumulação de pretensões materiais (como na ação para indenização por acidente ferroviário, motivada ao mesmo tempo em responsabilidade por culpa e contratual), afastando-se uma das pretensões e admitindo-se a outra, a ação seria parcialmente procedente, porém com

³² Observações feitas por Giovanni Pugliese (Introduzione, *Polemica intorno all'actio di Windscheid e Muther*. Firenze: Stabilimenti Tipolitografici Vallecchi, 1954, p. 13-18 e 22. No mesmo sentido: SCHWAB, Karl Heinz, La teoria dell'oggetto del processo nell'attuale dottrina tedesca, *Studi in onore di Antonio Segni*, Milano, Giuffrè, 1967, tomo 4, p. 315.

³³ L'"actio" del diritto civile romano dal punto di vista del diritto odierno. *Polemica intorno all'actio di Windscheid e Muther*. Firenze: Stabilimenti Tipolitografici Vallecchi, 1954, p. 8-9 e 12. Ainda, no mesmo sentido: MOREIRA ALVES, José Carlos, Direito subjetivo, pretensão e ação, *RePro*, 47 (1987): 118. Sobre a "polêmica", vale ainda a síntese contida em Ovídio A. Baptista da Silva e Fábio Gomes (*Teoria geral do processo civil*, 3. ed., São Paulo, RT, 2002, p. 96-100).

resultado idêntico ao da hipótese de integral procedência (acolhimento das duas pretensões materiais).³⁴

Quanto a Muther, seu pensamento destacou a reaproximação dos conceitos moderno e romano de *actio* e ação, a afirmação de que em Roma o direito recebia prioridade em relação à ação, bem como a conceituação de *actio* de forma similar ao moderno conceito de ação, como direito à tutela jurídica, figurando como titular passivo o juiz.³⁵

Partindo dessa gênese foi que a doutrina alemã passou a desenvolver a Ciência processual, fundando sua análise em ponto central praticamente consistente, entre outros, no tema do objeto litigioso do processo, valendo-se de várias expressões no direito positivo, como *Anspruch* (§ 194 BGB; § 281 ZPO), *Streitgegenstand* (§ 81 ZPO), *Streitverhältnis* (relação litigiosa - §§ 118, III, e 139, I, ZPO), *streitiges Rechtsverhältnis* (relação jurídica litigiosa - §§ 62 e 606 ZPO).³⁶

O que é importante ressaltar nesse momento, para os fins do presente estudo, é que tanto a doutrina como a legislação alemãs desenvolveram-se, no âmbito do processo civil, em torno do conceito nuclear do objeto litigioso do processo. Este pode ser considerado como pólo metodológico em torno do qual se desenvolveu o Direito processual germânico.³⁷

Embora essa noção tenha de algum modo influenciado os processualistas italianos, prevaleceu na península o conceito de ação como pólo metodológico de estudo do Direito processual, até mesmo pela influência da antiga tradição romana. Daí também a preferência pela explicação do problema tomando como ponto de partida a teoria dos *tria eadem*.³⁸

³⁴ Cf. SCHWAB, Karl Heinz, La teoria dell'oggetto del processo nell'attuale dottrina tedesca, cit., tomo 4, p. 315-318.

³⁵ É a síntese feita por Dinamarco (*Fundamentos do processo civil moderno*, cit., vol. 1, p. 90-91).

³⁶ As referências são feitas por José Rogério Cruz e Tucci (*A causa petendi no processo civil*, cit., p. 93), mencionando as expressões e dispositivos do Código Civil (BGB - *bürgerliches Gesetzbuch*) e do Código de Processo Civil (ZPO - *Zivilprozessordnung*) da Alemanha (na redação anterior à reforma legislativa de 1977).

³⁷ Nesse sentido: Cândido Rangel Dinamarco (*Fundamentos do processo civil moderno*, cit., vol. 1, p. 263 e 267-270); e José Rogério Cruz e Tucci (*A causa petendi no processo civil*, cit., p. 97 e ss.), que se refere ao objeto litigioso como "tema central da doutrina processual alemã".

³⁸ Nesse sentido: Dinamarco (*Fundamentos do processo civil moderno*, cit., vol. 1, p. 263-264); Cruz e Tucci (*A causa petendi no processo civil*, cit., p. 109 e ss.); Cerino Canova (*La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., p. 11 e ss. e 44 e ss.), que ressalta, para o tema, a importância da doutrina chiovendiana dos *tria eadem* na identificação das ações, e do *Streitgegenstand* no âmbito do

Com consciência da diversidade de perspectivas do tratamento do problema do objeto litigioso por parte da doutrina dos dois países que mais contribuíram para seu estudo, torna-se viável compreender as soluções esboçadas nos diferentes contextos e a extração de informações úteis para a elaboração de respostas no âmbito do processo civil brasileiro.

Serão utilizadas outras tratativas estranhas aos contextos do direito italiano e do direito alemão. Porém, a opção pelo preponderante exame da doutrina daqueles dois países não é arbitrária nem artificial. Decorre de que, inegavelmente, ali o tema foi tratado com maior atenção, advindo maior produção científica a seu respeito. Esta, embora não seja aqui examinada de modo exaustivo – mas só na medida do necessário – fornece subsídios para o redimensionamento da teoria do objeto litigioso e de sua aplicação no presente trabalho, na questão do direito superveniente.

2.1.3 Na doutrina alemã

2.1.3.1 Contribuição de Karl Heinz Schwab

A elaboração doutrinária de Schwab, especialmente por meio da sua mais ampla tratativa a respeito do tema, em trabalho monográfico sobre o objeto litigioso no processo civil,³⁹ merece especial atenção, tanto por permitir o exame da teoria que construiu, como pela ampla resenha doutrinária elaborada, que possibilita a compreensão de outros importantes estudos do assunto no Direito alemão.

Se não exaure a revisão bibliográfica sobre a matéria, fornece quadro abrangente que concede uma visão global da doutrina de seu país.

Parte Schwab da premissa de que o estudo do tema deve ser formulado teoricamente, e em seguida posto à prova diante de questões práticas. Utiliza este método no exame das mais importantes teorias de vários doutrinadores, tendo como pano de fundo pontos pragmáticos sensíveis, que identifica como sendo a cumulação de ações, a modificação da demanda, a litispêndência e a coisa julgada.

Posteriormente, na segunda parte de seu trabalho, busca elaborar uma concepção uniforme sobre a matéria e passa a testá-la diante de situações hipotéticas relacionadas àqueles mesmos pontos sensíveis.

direito alemão; e Sergio Menchini (*I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 17). No exame das contribuições da doutrina italiana e alemã sobre o tema torna-se perceptível tal conclusão.

³⁹ *El objeto litigioso en el proceso civil*, cit.

Toma ainda o autor a premissa de que a *pretensão* (*Anspruch*), a que se refere em várias oportunidades a ZPO, é conceito de direito processual, inconfundível com a pretensão material de que trata o § 194 do BGB, ou seja o Código Civil alemão. Desde o princípio identifica a *pretensão processual* como sendo o objeto litigioso do processo, ou seja, o próprio objeto da decisão judicial, evidenciando sua importância para aqueles pontos sensíveis já referidos.

Identifica a existência de três grandes correntes a respeito: a) uma que define a pretensão processual como a afirmação de um direito material; b) outra que abandona por absoluto qualquer vínculo com o direito material, definindo o objeto litigioso do processo por meio de fatores puramente processuais, utilizando-se do *estado de coisas* (*Sachverhalt*) que o autor deve expor ao formular seu pedido (*Antrag*); e c) uma terceira, que se utiliza do conceito de *estado de coisas*, mas considera com relação a este o pedido ou pedidos formulados, concentrando maior importância neste (pedido) que naquele (estado de coisas) para a identificação do objeto litigioso.⁴⁰

Passa Schwab a analisar e criticar as principais construções sobre o assunto em estudo.

Tomando em conta a teoria de Lent, observa que todos os seus trabalhos salientam a determinação do conteúdo da pretensão processual por meio do direito material. Não como simples identificação com a pretensão material do § 194 do Código Civil alemão, mas como afirmação de um direito ou de uma relação jurídica, designando-o, portanto, como um conceito processual, embora apoiado no direito material.⁴¹

Lent considerava o objeto do processo não como um simples fato ou acontecimento, mas como um direito ou relação jurídica. Não seria necessário que tal direito existisse realmente, sendo suficiente sua asserção. A inexistência de tal afirmação deveria levar ao não julgamento do mérito, porquanto incompleta e mal formulada a demanda. De outro lado, se feita a afirmação, mas posteriormente não comprovada, deveria a postulação ser rejeitada, porque improcedente.⁴²

Na teoria de Lent, o concurso de normas não representava pluralidade de pretensões, mas eventualmente pluralidade de razões para agir em juízo. De outro lado, refutava a concepção de outros autores a respeito do denominado “estado de coisas” ou “acontecimento da vida”, por si só, como

⁴⁰ SCHWAB, *El objeto litigioso en el proceso civil*, cit., p. 5-6.

⁴¹ Idem, ibidem, p. 13-14. No mesmo sentido: TARZIA, Giuseppe, *Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno all'oggetto del processo*, cit., p. 109.

⁴² V. LENT, Friedrich, *Diritto processuale civile tedesco*, trad. de Edoardo F. Ricci, Napoli, Morano, 1962, p. 149-150.

representativo do objeto do processo. Observava que não é o conjunto dos fatos que representa o dado central do processo, mas sim a afirmação jurídica, e que nem sempre uma pluralidade de fatos leva à cumulação de ações, o que só ocorre quando há mais de uma pretensão material afirmada.⁴³

O "acontecimento da vida" ou "estado de coisas" seria conceito muito amplo, de difícil especificação, e por isso inconveniente.⁴⁴

Para Lent, quanto à cumulação de ações, seria possível afirmar que: a) nas demandas condenatórias deve-se distinguir se o pedido é fundado em várias pretensões materiais ou em uma pura e simples, sendo que no primeiro caso há cumulação apenas se o estado de coisas for plúrimo, derivando deste várias pretensões materiais; b) nas declaratórias haverá pluralidade de pretensões processuais se o autor postula a declaração de vários direitos ou relações jurídicas; c) nas constitutivas a pluralidade de direitos à constituição dá lugar a uma multiplicidade de objetos litigiosos, ainda que o pedido seja um só.⁴⁵

Quanto à modificação da demanda, só ocorreria se o autor fizesse valer um objeto litigioso (pretensão) novo em lugar daquele postulado inicialmente. Se houvesse alteração apenas da fundamentação, não deveria ser considerada como hipótese de modificação, pois a afirmação jurídica continuaria sendo a mesma, salvo se a mudança da motivação implicasse reconhecimento de diversa afirmação de direito material ou consequência jurídica pretendida pelo demandante.⁴⁶

Sobre a litispendência e conseqüentemente a coisa julgada, tal teoria as reconhece quando: (a) exista identidade quanto ao estado de coisas ou fatos alegados como motivação da demanda, bem como quanto à consequência ou afirmação jurídica; (b) ainda que diversa a fundamentação fática, caso seja feita pelo autor a mesma afirmação jurídica, com a mesma pretensão. Particularmente sobre a coisa julgada, admite que alcança os limites do critério ou afirmação jurídica (material) que tenha sido utilizada no julgamento, não impedindo nova demanda com o mesmo pedido, porém fundada em diversa situação jurídica material.⁴⁷

Prosseguindo em seu estudo, Schwab passa a examinar a teoria de Rosenberg, que se afasta do direito material na solução do problema,

⁴³ *El objeto litigioso en el proceso civil*, cit., p. 18.

⁴⁴ Cf. LENT, Friedrich, *Diritto processuale civile tedesco*, cit., p. 154-155.

⁴⁵ *El objeto litigioso en el proceso civil*, cit., p. 27-28; e LENT, *Diritto processuale civile tedesco*, cit., p. 151-152.

⁴⁶ Cf. SCHWAB, *El objeto litigioso en el proceso civil*, cit., p. 29-31; e LENT, *Diritto processuale civile tedesco*, cit., p. 152.

⁴⁷ Cf. SCHWAB, *El objeto litigioso en el proceso civil*, cit., p. 37; e LENT, *Diritto processuale civile tedesco*, cit., p. 247-251.

concedendo natureza processual ao objeto litigioso. Define-o como o pedido destinado a obter uma declaração, suscetível de autoridade de coisa julgada, de uma consequência jurídica caracterizada pela postulação apresentada e, apenas quando necessário, pelos fatos ou estado de coisas, expostos para fundamentá-la. Seriam, assim, elementos constitutivos do *Streitgegenstand* o *Antrag* (*petitum*) e o *Sachverhalt*, compreendido como mero acontecimento histórico sobre o qual é fundado o pedido de tutela.⁴⁸

Rosenberg reconhece a cumulação de ações quando sejam apresentados vários pedidos, mas não quando o mesmo pedido seja fundado em diversos acontecimentos.

Já sobre a modificação da demanda, identifica-a na mudança do pedido apresentado e, quando este depender de fundamentação, na mutação dos fatos ou acontecimentos noticiados, em virtude dos quais se promove a demanda, com a apresentação de uma nova pretensão processual em lugar da inicial ou junto a esta. Assim, a modificação do critério jurídico de direito material não configuraria mutação da demanda. Sendo o acontecimento unitário, a afirmação jurídica poderia cambiar facilmente sem que ocorresse mudança na demanda. Esta só se modificaria se fosse feito valer um novo direito material, alegando um novo acontecimento histórico.

Ao tratar da litispendência, Rosenberg salienta sua existência na hipótese em que dois processos tenham o mesmo objeto litigioso, isto é, quando se postula determinado pedido com base em um mesmo acontecimento histórico. A diversidade da narrativa dos fatos que constituem o acontecimento importaria, desse modo, em exclusão da identidade de pretensões do mesmo modo que a diversidade de pedidos.

Nesse sentido, v.g., se fosse rejeitada uma demanda reparatória em razão de acidente viário, sob o fundamento de que a empresa transportadora não era responsável, por ter o acidentado viajado de forma clandestina, a coisa julgada impediria uma nova propositura fundada em ato ilícito ou em responsabilidade legal específica.

Aduz também, quanto à coisa julgada, que a rejeição de demanda declaratória positiva ou o acolhimento da declaratória negativa impede ulterior propositura, se fundada em outros motivos (v.g., outras causas de aquisição de propriedade), salvo se o novo motivo for posterior, por não existir ao tempo do primeiro julgado. Adota o mesmo raciocínio para as ações constitutivas, especialmente anulação de casamento ou divórcio.⁴⁹

⁴⁸ Cf. *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., p. 29.

⁴⁹ É a síntese da análise de Schwab (*El objeto litigioso en el proceso civil*, cit., p. 39-57). V. ainda, com maior profundidade, Leo Rosenberg (*Tratado de derecho procesal civil*, trad. de Ángela Romera Vera, Buenos Aires, Ejea, 1955, tomo II, p. 27-44).

Na seqüência é examinada a teoria de Nikisch, doutrinador que definiu o objeto litigioso do processo como sendo a afirmação de um direito, apresentada pelo autor, sobre a qual postula uma decisão suscetível da autoridade de coisa julgada.⁵⁰

Se o autor afirma um direito ou relação jurídica já individualizada, estará também delimitada sua afirmação. Por isso, nas ações de declaração de um direito ou relação jurídica (exceção aos direitos de garantia), a afirmação jurídica é determinada apenas pelo pedido. A fundamentação não influencia a definição do objeto litigioso. Entretanto, nos direitos reais de garantia, seria necessária a fundamentação. Isso em razão da possibilidade de multiplicidade de direitos semelhantes entre as mesmas partes, ou gravando o mesmo bem, por mais de uma obrigação ou dívida.

Ao considerar a pluralidade de pretensões processuais, reconhece a cumulação na hipótese em que o autor da demanda formule várias solicitações específicas.

Já quanto à modificação da demanda, ficaria configurada quando houvesse alteração do pedido ou da narrativa dos fatos, e neste último caso (alteração dos fatos) apenas quando imprescindíveis para individualizar a pretensão processual, como v.g. nas demandas condenatórias ou constitutivas. Em contrapartida, se a modificação do dado causal não provocasse alteração alguma na pretensão processual, como v.g. na ação declaratória, não haveria mutação do objeto litigioso e conseqüentemente da demanda.

Coerentemente com seu raciocínio, Nikisch define a ocorrência ou não da litispendência e da coisa julgada, pela reprodução do objeto litigioso pendente, ou já examinado em outro juízo. E para verificar se ocorre ou não a repetição da demanda, leva em consideração a simples repetição do pedido já feito (nas ações declaratórias) ou então do pedido associado à narrativa causal (nas condenatórias e constitutivas).

Assim, v.g., afasta a litispendência ou coisa julgada no caso de segunda ação de cobrança fundada em diverso título, mas reconhece sua incidência, na hipótese de nova ação destinada ao reconhecimento do direito de propriedade, ainda que motivada em causa de aquisição distinta.

Acolhe, desse modo, o raciocínio de que se a afirmação de direito do autor está individuada por seu próprio conteúdo, e a sentença declarará a existência ou inexistência do afirmado direito ou relação jurídica, sem que isto seja limitado a determinado estado factual, como nos direitos reais. Entretanto, se a decisão diz respeito a uma relação originada ou

⁵⁰ V. I limiti oggettivi del giudicato civile, cit., p. 32.

não em certo acontecimento, na prática declara se referido dado factual originou ou não uma pretensão, sendo assim limitada a esse contexto.⁵¹

Examina também Schwab a elaboração conjunta de Stein-Jonas-Schönke, em comentários feitos por estes autores à disciplina do processo civil alemão.

Definem o objeto litigioso como a postulação do autor no sentido de que se pronuncie, mediante sentença, a conseqüência jurídica de um tipo material (*Tabestand*), compreendido como conjunto de fatos com os quais o autor funda sua demanda. Por essa concepção, tanto a narrativa dos fatos quanto o pedido são necessários para delimitar o objeto litigioso, em qualquer hipótese. Isso diferencia tal teoria das examinadas anteriormente.

Aplicando tal concepção, entendem que ocorre a cumulação de ações tanto em decorrência da pluralidade de causas ou complexos de fatos, como da multiplicidade de pedidos.

De outro lado, a modificação da demanda pode ser ocasionada tanto pela alteração do pedido como do complexo de fatos que o justifica. Isso, inclusive, quando se trata de direitos reais: tais autores admitem que a dedução de uma nova causa de aquisição imobiliária implica alteração da ação originariamente proposta, com o escopo de promover o reconhecimento do direito de propriedade.

Finalmente, a compreensão da litispendência e da coisa julgada, dentro desse enfoque, também recebe os influxos da premissa de que o elemento factual e o pedido são, ambos, integrantes e imprescindíveis à definição do objeto litigioso.

Nesse sentido, apenas a identidade da narrativa causal e do pedido, ao mesmo tempo, em duas diferentes demandas, importaria litispendência ou coisa julgada. Diversamente, o mesmo pedido poderia ser renovado, desde que fundado em outra hipótese de fato típico.⁵²

Passa Schwab a examinar o posicionamento de Baumbach-Lauterbach, que se referem à pretensão processual como sendo o pronunciamento buscado junto ao tribunal, suscetível de autoridade de coisa julgada, decorrente de pedido do autor ou de reconvenção. Assim, o objeto litigioso não seria, nesse enfoque, uma afirmação ou simples petição, mas sim a resolução ou decisão do juiz que se pretende com o pedido.

De forma contraditória, em razão de sua concepção a respeito do objeto do processo, admitem tais autores a cumulação de ações na hipótese em que um mesmo pedido é fundado em distintos fatos típicos (*Tabes-*

⁵¹ Cf. SCHWAB, *El objeto litigioso en el proceso civil*, cit., p. 59-72.

⁵² Idem, *ibidem*, p. 73-80.

tand). De forma idêntica, sustentam que haveria modificação da demanda no caso de alteração dos motivos ou do pedido.

Já no que diz respeito à litispendência, dependeria da identidade de objeto litigioso entre dois processos sucessivos, ou seja, da repetição da pretensão processual numa segunda oportunidade, bem como do motivo que a fundamenta. Entretanto, em se tratando da coisa julgada, tornam a sua definição originária a respeito da pretensão processual, indicando a repetição de demanda proposta anteriormente com a simples postulação de nova resolução, sem levar em consideração sua motivação ou narrativa factual.

Daf a crítica dirigida por Schwab a tal concepção: a incoerência estaria em sustentarem Baumbach-Lauterbach, de um lado, que o objeto litigioso consiste na resolução ou decisão pretendida junto ao tribunal, adotando tal critério para fins de análise do problema da coisa julgada, enquanto, de outro lado, para a análise dos demais fenômenos correlatos – cumulação de ações, modificação da demanda e litispendência –, seria necessário, além disso, levar em consideração a fundamentação da propositura.⁵³

Derradeiramente, Schwab realiza estudo a respeito da teoria de Bötticher.

Bötticher, ao analisar o objeto litigioso do processo com relação aos casos de divórcio e anulação de casamento, identifica-o com seu objetivo, afastando o elemento causal. Admite que as causas do divórcio e da anulação são prescindíveis para individualizar o pedido, porque a própria postulação se apresenta suficientemente apta a individualizá-lo, por referir-se a matrimônio determinado.

Referindo-se à acumulação de ações chega à conclusão de que, tratando determinada ação de divórcio ou de anulação de vários fatos, não haverá pluralidade de objetos litigiosos, mas apenas um. Isso porque o objeto litigioso seria, precisamente, o pedido de divórcio ou de anulação, sendo irrelevantes para a deliberação os diversos elementos causais em que se baseia.

Sobre a modificação da demanda, colhe-se em tal teoria que a alteração dos fatos expostos para fundamentar a demanda de divórcio ou anulação não afeta o objeto litigioso e não produz, por consequência, mutação da demanda.

De outro lado, quanto à litispendência e à coisa julgada, sua caracterização dependeria da simples propositura de uma nova demanda pretendendo a dissolução do matrimônio, ainda que sustentada por fatos diversos.

Todavia, rompe a coerência de raciocínio referida teoria, na medida em que, examinando a possibilidade de nova demanda com a finalidade de dissolução do matrimônio, após a formação da coisa julgada sobre decisão

⁵³ Idem, *ibidem*, p. 87-91.

de improcedência em ação anterior, admite-a excepcionalmente, se fundada em fatos que não puderam ser invocados no primeiro julgamento.⁵⁴

Feitas considerações críticas sobre as teorias dos principais doutrinadores que trataram do tema, Schwab constrói sua própria teoria, buscando um conceito unitário do objeto litigioso. Pretende uma definição que solucione todos os problemas relativos ao desenvolvimento do processo em juízo e se adapte a todas as espécies de ações, condenatórias, constitutivas e declaratórias. Passa depois a testar sua elaboração à luz dos pontos sensíveis tantas vezes já referidos, ou seja, a cumulação de ações, a modificação da demanda, a litispendência e a coisa julgada.⁵⁵

Examina inicialmente o problema da cumulação de ações, inclusive particularizando inúmeras situações e casos em que pode o fenômeno processual apresentar-se, concluindo que se há uma só pretensão processual, um só é o objeto litigioso, independentemente da diversidade de fatos ou motivos a que se refere.

Observa, desse modo, que, havendo um só pedido, o objeto litigioso é um, mesmo que sejam expostos vários fatos na fundamentação da demanda. O "estado de coisas", isto é, o elemento factual ou causal, não seria, assim, parte do objeto litigioso. Caso contrário, a pluralidade da causas ou motivos deveria produzir, tanto quanto a multiplicidade de pedidos, o processo cumulativo. Em síntese, a unidade ou pluralidade de pretensões processuais é determinada pela singularidade ou multiplicidade dos pedidos apresentados em determinada demanda. E tal regra é válida para qualquer espécie de ação, declaratória, condenatória ou constitutiva.

Todavia, partindo de hipóteses que levam em consideração demandas condenatórias, particularmente em se tratando de coisas fungíveis (os exemplos invocados, normalmente, referem-se ao pagamento de quantias em dinheiro), ressalta Schwab que, embora os fatos não integrem o objeto litigioso, têm importância para seu correto entendimento caso a caso. Devem ser considerados, assim, para determinar se há um único ou vários pedidos: na cobrança de determinado valor, a importância do elemento factual revela-se na sua imprescindibilidade para distinguir se o pleito refere-se a um ou mais débitos, relacionados a situações distintas de direito material (v.g. determinado contrato e dívida de aluguel).

Anota assim que a multiplicidade de pretensões materiais, assim como de fatos, não influi na unidade ou pluralidade da pretensão processual.⁵⁶

⁵⁴ Idem, *ibidem*, p. 93-98.

⁵⁵ Cf. Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno all'oggetto del processo, cit., p. 113.

⁵⁶ Cf. SCHWAB, *El objeto litigioso en el proceso civil*, cit., p. 101-139.

Com a premissa de que o objeto litigioso se define exclusivamente pela pretensão processual,⁵⁷ passa Schwab a analisar a questão da modificação da demanda, com intuitivas conclusões.

Centra o problema na comprovação da identidade (ou não) de pretensões, como foco para definir a ocorrência (ou não) de alteração da demanda já aforada. Haverá mutação ao operar-se a modificação do objeto litigioso, pela apresentação de nova pretensão processual. Havendo alegação adicional de novo elemento causal que deixe inalterado o pedido, não pode ser considerada como mutação da demanda, por restar imodificada a pretensão processual.

Desta visão do problema resultava a ampla liberdade ao demandante para invocar fatos não considerados inicialmente, sem que isso configurasse modificação da demanda, e desde que não ocorresse mutação do pedido.

Entretanto, se a alegação de novos fatos dá ensejo a uma nova pretensão processual, ainda que aparentemente igual à já deduzida (v.g. pedido de pagamento de quantia em dinheiro, como restituição de determinado empréstimo, alterado no curso da instância para pagamento da mesma quantia, porém em razão de outro empréstimo), terá ocorrido modificação da demanda. Daí a conclusão de que, embora os fatos não integrem o objeto litigioso, composto exclusivamente pela pretensão processual, devem ser levados em conta para sua correta compreensão.⁵⁸

De forma não discrepante, ao tratar da litispendência, o doutrinador alemão segue a mesma linha de pensamento.

Esclarece que esta se verifica com a reprodução da mesma pretensão processual (pedido) já formulada anteriormente. Isso, a princípio, sem considerar os fatos que fundaram a primeira postulação. Ressalva a hipótese de aparente identidade de dois pedidos sucessivamente formulados em ações distintas: nesse caso, a diversidade deve ser esclarecida por meio da verificação da identidade ou não das causas alegadas.

Seria a hipótese, v.g., de duas sucessivas ações de cobrança pelo mesmo valor, porém fundadas em dívidas distintas. Como já esclarecido ainda nesse caso, o objeto litigioso seria definido, nas duas ações, exclusivamente pelos pedidos. Porém, os fatos alegados seriam úteis para a demonstração de que as pretensões – processuais e materiais – em verdade são distintas.

⁵⁷ V. Giuseppe Tarzia (Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno all'oggetto del processo, cit., p. 113), que também observa o caráter puramente processual da concepção de Schwab.

⁵⁸ Idem, ibidem, p. 141-164.

Entretanto, a reformulação do *mesmo* pedido já aforado, agora com outra causa, configuraria a hipótese de litispendência.⁵⁹

Passa finalmente o autor a tratar da hipótese da coisa julgada, na qual a incoerência de seu pensamento se manifesta.

Se, por um lado, Schwab afirma que a configuração do objeto litigioso se dá com a pretensão processual, consubstanciada no pedido formulado pelo autor, de outro conclui que após a prolação da decisão a situação muda: a partir de então, o centro de interesses não se encontrará mais no objeto litigioso, mas sim na decisão ou resolução do tribunal a respeito desse objeto. Esta é que passará em julgado, e na medida dos limites da *res iudicata* estará terminantemente encerrada a controvérsia.⁶⁰

Torna-se necessário, a partir de então, identificar a essência da resolução ou decisão judicial, para que se possam compreender os limites da coisa julgada, na definição de Schwab. E no particular, fica clara sua mudança de perspectiva: a decisão encontra-se, sobretudo, no dispositivo da sentença. Mas não é só essa "fórmula" que recebe a autoridade da *res iudicata*, mas sim o próprio conteúdo da determinação judicial, que deve ser complementado ou elucidado por meio da motivação.

Em decorrência da coisa julgada, com a decisão sobre determinada pretensão processual, juiz e partes restam vinculados pelo dispositivo e pelos motivos adotados na sentença. Isso inviabiliza nova resolução sobre os mesmos fatos postos como fundamento do pedido e da decisão, se pretendido seu reexame em outro processo, em que venha a ser reformulada a mesma pretensão processual (mesmo pedido).

Em resumo, a conclusão do tribunal, subsumindo a situação descrita à pretensão processual trazida pelo autor, é que passaria em julgado de modo global, não seus componentes individualmente (v.g. questões prejudiciais examinadas, exceções etc.).⁶¹

Ao examinar a questão atinente ao alcance ou limites da coisa julgada, fica clara, na teoria estudada, a insuficiência da concepção do objeto litigioso adotada por Schwab, ao identificá-lo simplesmente com a pretensão processual.⁶²

Procurando adequar a solução ao problema da *res iudicata*, acaba por admitir a relevância da causa da demanda para determinar os limites

⁵⁹ Idem, ibidem, p. 165-184.

⁶⁰ Idem, ibidem, p. 185.

⁶¹ Idem, ibidem, p. 193-198.

⁶² Cf. TARZIA, Giuseppe, Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno all'oggetto del processo, cit., p. 117-118.

do julgado e da autoridade a ele inerente, o que significa quebra da unidade de concepção que o autor afirmava buscar.⁶³

Isso fica claro na indicação de que a limitação do objeto litigioso, para fins de análise da *res iudicata*, está na própria resolução ou deliberação do tribunal, que recai sobre a pretensão processual, porém, na medida em que resolve sobre a correspondente pretensão de direito material.⁶⁴

Como conseqüência, o doutrinador admite nova demanda sobre a mesma pretensão processual depois de sentença passada em julgado. Isso desde que fundada em outra pretensão material não examinada no primeiro julgado e, como decorrência, desde que sedimentada em outra causa de pedir.

Tal solução, a rigor, não seria possível pela sua própria concepção. Se o objeto litigioso é a pretensão processual (pedido), seu reexame deveria ficar definitivamente precluso. Estariam esgotados todos os fundamentos, expostos ou não, examinados ou não, mas hipoteticamente relacionados à pretensão processual deduzida no primeiro juízo.

Daf admitir Schwab (de forma contraditória com o que vinha sustentando ao examinar os problemas do objeto litigioso em relação à cumulação de ações, à modificação da demanda e à litispendência) que, v.g., se uma ação de cobrança, amparada em determinado documento de confissão de dívida, é julgada improcedente por nulidade daquele, não se configura o óbice da coisa julgada quanto à propositura de nova demanda com o mesmo fim, fundada, agora, na própria relação de direito material (contrato de compra e venda).⁶⁵ A identidade da pretensão processual, nas duas demandas (cobrança de certo valor), deveria, seguindo a linha de raciocínio construída inicialmente pelo autor, levar a solução totalmente diversa.

Posteriormente à elaboração de sua monografia, o estudioso alemão acabou partindo para uma posição conciliatória entre as diversas correntes analisadas por ele, formadas pelos principais estudiosos do problema no âmbito da doutrina germânica.

Procurou distinguir entre as diversas teorias, de um lado aquelas que davam ao objeto do processo uma concepção substancial, e de outro aquelas – nas quais se incluía ele próprio – que lhe conferiam conteúdo processual.

Com essa premissa finalizou por observar a existência de pontos comuns entre ambas as linhas de pensamento, e a tendência a uma

⁶³ Cf. DE STEFANO, Giuseppe, Per una teoria dell'oggetto del processo, *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, cit., vol. III, p. 233-234.

⁶⁴ Cf. SCHWAB, El objeto litigioso en el proceso civil, cit., p. 205.

⁶⁵ É um dos vários exemplos que Schwab fornece ao tratar da limitação da coisa julgada (*El objeto litigioso en el proceso civil*, cit., p. 228).

aproximação entre elas. Salientou que as duas correntes passaram, a partir de determinado momento, a valer-se, em seus fundamentos, de dois conceitos comuns, consistentes na menção ao fato típico, e na finalidade da demanda (isto é, o próprio pedido).

Especificando, os seguidores das teorias substanciais passaram a servir-se, para a reunião de vários direitos subjetivos concorrentes, do mesmo conceito utilizado pelas teorias processuais: o estado de coisas (*Sacheverhalt*), ou seja, o acontecimento material (*Lebensvorgang*), passa a ser considerado como um elemento do objeto do processo, de importância igual ao pedido.

Do mesmo modo, o escopo da ação (*Ziel der Klage*) passa a adquirir maior significado: a expressão "fim" ou escopo da ação alude especificamente ao elemento que, na teoria processual, é decisivo para individualizar o objeto do processo, isto é, o pedido (*Antrag*). Daf a similitude de conclusões: nas novas teorias substanciais, vários direitos subjetivos voltados ao mesmo escopo acabam sendo considerados como simples pontos de vista jurídicos, ou fundamentos de uma única pretensão. Isso não seria discrepante da concepção processual de Schwab, ao menos na prática, sobre o objeto do processo.⁶⁶

2.1.3.2 Contribuição de Walter J. Habscheid

Segundo esse autor, que se dedicou ao estudo do tema praticamente na mesma época em que Schwab, em que pese a existência de distintas correntes e teorias relacionadas ao objeto litigioso, havia, ao menos do ponto de vista prático, grande similitude nas conclusões, embora cada um dos autores procurasse imprimir certa originalidade e autonomia à sua própria construção.⁶⁷

Concordando que os estudos sobre o Direito processual vinham centrando seu foco de atenção no problema do objeto do processo, anota que a dúvida, de fato, estaria em identificar em que consistiria este conceito, que na prática acaba identificando-se com o direito subjetivo invocado.

Separando duas grandes linhas gerais de pensamento, a processualista e a substancialista, procura traçar seu pensamento, pendendo claramente para a primeira.

⁶⁶ Cf. SCHWAB, Karl Heinz, La teoria dell'oggetto del processo nell'attuale dottrina tedesca, cit., p. 329.

⁶⁷ L'oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco, trad. Angela Loaldi, *Rivista di Diritto Processuale*, ano XXXV (seconda serie), n. 3, (jul.-set. 1980): 454.

Dentro da concepção processual do objeto do processo na forma mais pura, seria inviável a repetição de um mesmo pedido fundado em outra causa. Estaria havendo clara repositura da mesma demanda – examinada anteriormente. Nessa concepção, caberia ao mesmo objeto – examinada anteriormente. Nessa concepção, caberia ao magistrado, por meio de procedimento lógico e intelectual de subsunção, simplesmente aplicar o direito substancial àquilo que foi postulado, isto é, ao pedido, que o juiz teria a atribuição de aferir sob todos os possíveis aspectos de direito substancial.

Buscando explicação histórica para a evolução do debate na Alemanha, assenta o autor que o próprio legislador, ao elaborar o Código de Processo Alemão de 1877 (ainda hoje em vigor, embora com modificações), intuitivamente considerou a necessidade de estabelecer uma noção central para o processo civil, sem contudo chegar a uma boa solução. Daí a diversidade de expressões utilizadas na ZPO (*Anspruch, Streitgegenstand, Streitverhältnis, streitiges Rechtsverhältnis* etc.).

Naquela época, a tendência era identificar esta noção central com o direito material invocado pelo autor. Todavia a própria jurisprudência, com a aplicação das máximas *jura novit curia* e *da mihi factum dabo tibi ius*, acabou demonstrando a estreiteza da definição substancial do objeto do processo. Daí o desenvolvimento da noção processual segundo a qual o tema em estudo deveria ser identificado pela pretensão ou conclusões do autor, individualizadas com fatos, cabendo ao juiz efetuar sua subsunção às regras de direito positivo, e assim prolatar sua decisão.⁶⁸

Referido autor salienta a importância da contribuição de Schwab. Aduz que com este, após a Segunda Guerra Mundial, retomaram força, com novas idéias, os debates a respeito do tema. Entretanto, demonstrando-se também partidário da concepção processualista, critica a definição por ele qualificada como “simplista” daquele outro autor, ao afirmar que não poderia o objeto litigioso ser definido exclusivamente por meio do pedido, “conclusão-síntese”, ou “coisa” pretendida. Para Habscheid o objeto litigioso contém duas partes: a pretensão (*Rechtsbehauptung*) do autor, que aparece nas suas conclusões, compreendendo o direito substancial e o processual (afirmação de mérito e afirmação de rito), e o estado de fato (*Lebenssachverhalt*), sobre o qual se sustenta a pretensão.⁶⁹

⁶⁸ Cf. HABSCHIED, Walter J., *L'oggetto del processo nel diritto processuale civile* tedesco, cit., p. 455-456.

⁶⁹ Idem, ibidem, p. 457; e ainda DE STEFANO, Giuseppe, *L'oggetto del processo* in un libro recente di Walter J. Habscheid, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XI (1957): 335.

Em sua elaboração, Habscheid toma como ponto de partida a própria legislação processual alemã, identificando no § 253, II, 2, da ZPO o parâmetro para a definição do objeto litigioso.⁷⁰

Partindo das expressões utilizadas na ZPO, salienta que se torna evidente a presença dos dois elementos para a identificação do objeto do processo: o *Gegenstand*, que seria a “coisa” pretendida, e o *Grund*, que seria a “causa” da demanda. A “coisa” pretendida seria, justamente, expressão da pretensão (ou conclusão) formulada pelo autor, v.g., a quantia em dinheiro, na hipótese de ação de cobrança.⁷¹

Dito de outro modo, para a individualização do objeto da demanda seria necessária a causa e o pedido, ao qual o tribunal está vinculado, pois *ne eat iudex ultra petita partium*.⁷²

Entretanto, tal pretensão não seria concernente apenas ao mérito da demanda, mas também à sua admissibilidade, pois o juiz deve primeiramente pronunciar-se sobre esta (admissibilidade) e só posteriormente sobre aquele (mérito).

Já quanto ao elemento causal, duas seriam as possibilidades: a) considerá-lo como acontecimento histórico (*das historische Ereignis*); b) ou então, de forma mais abrangente, todos os fatos que constituem uma relação ou situação da vida (*einen Lebenssachverhalt*). Habscheid expressa sua preferência pela segunda opção, afirmando que a causa da demanda deve ser compreendida de forma ampla, abarcando todos os fatos (“complexo coordenado de fatos naturais”) que constituem uma situação ou evento da vida.⁷³

Esse conceito amplo e flexível relacionado aos fatos consentiria, de acordo com tal teoria, a liberalização no ingresso de novo material causal

⁷⁰ O § 253, II, 2, da ZPO, que trata da petição inicial, disciplina que deve conter: “La indicación exacta del objeto y motivo de la reclamación entablada así como una petición precisa” (cf. ENCINAS, Emilio Eiranova e MÍGUEZ, Miguel Loureiro, *Código Procesal Civil alemán*, Madrid, Marcial Pons, 2001), ou, em tradução livre, “a indicação exata do objeto e motivo da reclamação formulada, assim como um pedido preciso”.

⁷¹ Cf. HABSCHIED, Walter J., *L'oggetto del processo nel diritto processuale civile* tedesco, cit., p. 458.

⁷² Cf. HABSCHIED, Walter J., *Giurisdizione civile e processo civile nella Repubblica Federale Tedesca (I)*, *Rivista di Diritto Processuale*, ano XLII (segunda serie), n. 3 (jul-set. 1987): 650; e ainda DE STEFANO, Giuseppe, *L'oggetto de processo* in un libro recente di Walter J. Habscheid, cit., p. 335.

⁷³ V. HABSCHIED, Walter J., *L'oggetto del processo nel diritto processuale civile* tedesco, cit., p. 460; idem, *Giurisdizione civile e processo civile nella Repubblica Federale Tedesca (I)*, cit., p. 650. A mesma observação é feita por Sergio Menchini (*I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., p. 44).

na demanda já ajuizada, sem que se configurasse inovação proscrita pelo sistema processual.⁷⁴

Discorda de Schwab, que admite a necessidade dos fatos na inicial só quando necessários à interpretação da pretensão, ou seja – em termos aos quais estamos habituados – rechaça a teoria da individualização da demanda.⁷⁵ Parte do pressuposto de que a descrição dos fatos que consubstanciam a causa da ação não é necessária apenas para identificar a demanda, mas sim para permitir o exercício do direito de defesa por parte do demandado. Daí concluir que a narrativa causal é sempre um elemento indispensável de toda demanda, demonstrando-se notoriamente partidário da teoria da substanciação.

Chega finalmente à definição do objeto do processo, com base em suas premissas, afirmando que é constituído da pretensão, conclusões ou pedido do autor, no sentido de obter uma sentença, pronunciada em um procedimento que tenha por objeto determinado estado de fato.⁷⁶

Aponta como conseqüências de sua construção, para a relevante questão atinente aos limites da coisa julgada, entre outras coisas, que: a) a sentença que rejeita a demanda do autor nega a existência do direito substancial, pois o juiz, com base no princípio *iura novit curia*, tem o dever de examinar a pretensão com base em todas as normas de direito material (não sendo possível propor novamente a pretensão com amparo em norma de direito positivo, não examinada pelo juiz); b) a qualificação jurídica realizada pelo juiz (conclusão-síntese) compreende o estado de fato invocado, motivo pelo qual sobre o mesmo evento ou fatos, não invocados especificamente, mas integrantes do “estado de fato” objeto do primeiro julgamento, não se pode formular outra pretensão idêntica; c) os motivos da decisão não integram a coisa julgada, e nada impede que uma demanda parcial (v.g. parcela de dívida) seja julgada procedente e posteriormente outra demanda fundada no mesmo evento mas com diverso pedido (v.g. débito remanescente) seja julgada improcedente.⁷⁷

Estaria o doutrinador, desse modo, equacionando ainda diversos problemas, entre eles: a) o somatório, na inicial, de vários motivos, adotados para a formulação de determinado pedido, seria qualificado como cúmulo alternativo; b) a modificação da demanda ocorreria sempre que se verificasse

⁷⁴ V. DE STEFANO, Giuseppe, L'oggetto de processo in un libro recente di Walter J. Habscheid, cit., p. 335.

⁷⁵ Sobre a distinção entre a teoria da individualização e da substanciação, v. *infra*, item 2.1.7.

⁷⁶ V. HABSCHEID, Walter J., L'oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco, cit., p. 462.

⁷⁷ Idem, ibidem, p. 463-464.

inovação no objeto da pretensão (afirmação de rito ou de mérito formulada pelo autor) ou no fundamento deduzido (desde que os fatos novos extrapolassem os limites da “situação da vida” originariamente invocada).⁷⁸

Quanto à litispêndência, os resultados da teoria seriam similares ao da doutrina à época tradicional: sua verificação ocorreria só quando os objetos de dois processos fossem idênticos, o que dependeria, na sua visão, da identidade de motivos e da afirmação (ou pedido) tanto de rito como de mérito.⁷⁹

Como mencionado no início da análise da doutrina alemã, exame mais aprofundado extrapolaria os limites desta tratativa, pois tantos outros foram os autores germânicos que se ocuparam da temática, que a revisão bibliográfica a respeito poderia prosseguir longamente.

Embora a opção pelo estudo das teorias dos doutrinadores indicados possa parecer arbitrária, pode-se concluir, pelo teor das idéias que desenvolveram, aqui sintetizadas, que forneceram boa noção daquilo que ocorreu na dogmática processual germânica a respeito do tema.

Do que foi até o momento exposto é possível afiançar que: (a) na doutrina alemã a discussão levou em consideração a temática do objeto litigioso, como aspecto central de estudo da Ciência processual; b) embora o debate venha de longa data, não houve êxito em sua pacificação; c) não surgiu uma concepção equilibrada, unitária e homogênea, apta a satisfazer todos os pontos sensíveis relacionados ao assunto, todas as espécies de ações, e que pudesse pôr cobro aos debates doutrinários; d) prevalece a tendência de adotar-se a concepção processual do objeto litigioso, sem perder de vista, contudo, a aproximação com o direito material.

2.1.4 Na doutrina italiana

2.1.4.1 Contribuição de Chiovenda

Como dito, os alemães adotaram como pólo metodológico para o desenvolvimento da Ciência processual a temática do objeto litigioso do processo. Paralelamente a isso, na Itália deu-se o aprofundamento no estudo do Direito processual em torno do conceito de ação, até por força da profunda tradição histórica que o trouxe, em suas diversas facetas e

⁷⁸ Cf. DE STEFANO, Giuseppe, L'oggetto del processo in un libro recente di Walter J. Habscheid, cit., p. 336.

⁷⁹ Idem, ibidem, p. 336.

fases evolutivas, arraigado no próprio tecido cultural e na forma de pensar dos processualistas daquele país.

Daí a afirmação de que mesmo quando se voltam os processualistas italianos ao estudo do objeto do processo, acabam presos ao esquema da ação e de seus elementos, isto é, à teoria dos *tria eadem*. Embora advirtam a necessidade de conceituar o objeto do processo, ou seja, a matéria que se coloca diante do juiz para sua decisão, seguem por meio de suas próprias premissas, dentro do "clima" em que toda sua elaboração científica vem, ao longo dos tempos, sendo formada.⁸⁰

Bem postas as coisas, e com observação equidistante das diversas tendências manifestadas no Direito alemão e no italiano, chega-se à conclusão de que, no fundo, o que pretendem as duas vertentes científicas é a mesma coisa. O que se busca, a partir de terminologia e metodologia distintas, é identificar e conceituar de modo universalmente válido aquilo que constitui a *res in iudicio deducta* e conseqüentemente o *thema decidendum*, diante de todas as peculiaridades teóricas e práticas inerentes ao desenvolvimento do processo em juízo.

O que se procurou nos dois distintos ambientes culturais foi definir com precisão a matéria a ser examinada pelo juiz, caso a caso, e resolver de modo uniforme inúmeros problemas concretos. Estes não se limitam àqueles tantas vezes já referidos, como o cúmulo de ações, modificação da demanda, litispendência, coisa julgada. Pode-se ir além, pensando na influência dos debates nas conseqüências quanto à solução de dúvidas sobre, v.g., reconvenção, competência, litisconsórcio, conexão e continência, prejudicialidade, ação declaratória incidental etc.

Assim, embora com dicção um pouco diversa, na doutrina dos dois países até aqui considerados como paradigmas para este estudo, os debates sobre o tema incidiram na difícil questão do conteúdo necessário da demanda e suas conseqüências. Tiveram atenção, por conseqüência, análises relativas aos problemas da individualização ou substanciação da causa de pedir, a identificação de demandas autodeterminadas e heterodeterminadas, e assim sucessivamente. Isso se deu, também, em razão da redação dos preceitos legais aplicáveis a tais questões nos respectivos ordenamentos processuais.⁸¹

⁸⁰ Nesse sentido, entre outros: DINAMARCO, Cândido Rangel, *Fundamentos do processo civil moderno*, cit., tomo I, p. 263-264; CRUZ E TUCCI, José Rogério, *A causa petendi no processo civil*, cit., p. 109 e ss.; HEINITZ, Ernesto, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, cit., p. 130; CERINO CANOVA, Augusto, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, cit., p. 11 e ss.

⁸¹ Tais aspectos serão examinados com maior atenção adiante (*infra*, itens 2.1.7, 2.1.8 e 2.1.9).

Dentro desse contexto, são abundantes as referências encontradas na literatura processual italiana, sendo praticamente impossível realizar sua revisão de forma exaustiva.

É necessário delimitar a análise àquilo que se mostre útil ao ulterior desenvolvimento deste trabalho. Opta-se por examinar alguns bons exemplos da doutrina italiana sobre o objeto litigioso do processo e a identificação das ações. Torna-se possível, ainda que por amostragem, compreender o enfoque ali dedicado a tais temas, bem como as respostas obtidas.

Isso nos leva ao exame da contribuição de Giuseppe Chiovenda.

Em seus estudos, adverte Chiovenda a relação que deve necessariamente existir entre a sentença e a demanda, estampada na máxima segundo a qual *sententia debet esse conformis libello*: quando a aplicação da lei tem como condição demanda do interessado, não pode ocorrer senão nos limites em que seja verificada tal condição. Tal princípio configura conseqüência lógica de outro mais geral, pelo qual *ne procedat iudex ex officio*, figurando este como salvaguarda dos litigantes contra o arbítrio. Conseqüência disso é que o ato inicial do processo deve conter todas as indicações aptas à identificação daquilo que vem a ser o objeto da "lide" introduzida em juízo, e posteriormente da própria sentença.⁸²

Decorrendo desse raciocínio outra máxima, pela qual *ne eat iudex ultra petita partium*, materializa-se a argumentação sobre o conteúdo mínimo do ato inicial da demanda.

Todas as indagações de ordem teórica e prática que viessem a ser propostas poderiam, então, ser reduzidas a um só e fundamental problema: a identificação das ações. Recordamos assim o Mestre que a *exceptio inepti libelli*, a *exceptio mutati libelli*, a *exceptio litis pendentis*, a *exceptio rei iudicatae* estão situadas no mesmo campo de debate. Daí sua afirmação de que a demanda judicial "é uma quantidade constante no processo", pois a análise de seus elementos de identificação não pode ser feita em face de uma ou outra questão duvidosa, mas sim sobre o complexo de questões a que dá ensejo. Referiu-se, desse modo, à necessidade de estabelecimento de um conceito uniforme sobre o tema.⁸³

Optou Chiovenda pelo critério tradicional da tríplice identidade.⁸⁴ Refere-se aos *tria eadem* não como criação da doutrina ou da própria

⁸² Cf. CHIOVENDA, Giuseppe, *Identificazione delle azioni. Sulla regola "ne eat iudex ultra petita partium"*, *Saggi di diritto processuale civile*, cit., p. 157-158.

⁸³ Idem, *ibidem*, p. 159; idem, *Instituições de direito processual civil*, trad. Paolo Capitano, Campinas, Bookseller, 1998, vol. I, p. 427-428.

⁸⁴ *Instituições de direito processual civil*, cit., vol. I, p. 429.

lei, mas como componentes naturais da própria ação, isto é, da demanda judicial que a veicula e revela sua essência.

Identifica a dificuldade maior em relação ao tema não no conhecimento generalizado da necessária correspondência entre a demanda e a sentença, mas sim na delimitação daquilo que deve ser utilizado para identificar a demanda, particularmente quanto ao conceito da *causa petendi* e das suas aplicações concretas.

Tratando tanto da *causa petendi* como da *causa debendi*, anota que devem ser compreendidas como fatos (ou complexo de fatos) aptos a propiciar a aplicação de uma norma legal, provocando efeitos jurídicos. Quem deduz um direito (autor) deve afirmar o elemento factual e provar sua ocorrência. O juiz, todavia, mesmo diante da inércia de quem se defende (réu), não só pode, mas deve, constatar se todos os fatos constitutivos efetivamente foram afirmados e provados.

Partindo dessas asserções, anota também que o que a regra *ne eat iudex ultra petita partium* proscreve é a substituição de fatos constitutivos que identificam a ação, tal como feitos valer pela parte.

Em sua concepção toda demanda se determina pelo fato, e não pela norma legal. Se um mesmo fato incide em diversas normas, a modificação do ponto de vista jurídico pode ser invocada pela própria parte (com respeito à sua anterior iniciativa). Mas pode também ser promovida de ofício pelo juiz. É dever do magistrado examinar a demanda *sponte sua*, sob todo possível aspecto jurídico, pela aplicação do princípio de que se à parte cabe a iniciativa quanto à matéria de fato, ao magistrado cabe a identificação do direito: *da mihi factum, dabo tibi ius*.

Se o autor tivesse argumentado com amparo em normas legais inexistentes ou inadequadas, caberia ao juiz aplicar as que fossem apropriadas, com a condição de que o objeto da demanda não fosse modificado: admissível a modificação da definição jurídica do mesmo fato, sem alteração das suas conseqüências, compreendidas como o próprio pedido.

Assentou que o fato de terem duas ações em comum um elemento da *causa petendi* – exemplificando com a ação possessória e a petitoria – não é suficiente para excluir sua diversidade. Todavia, a diversidade fica excluída – as ações são idênticas – quando o elemento comum é justamente aquele que confere individualidade à ação. Nesse caso, as duas ações distinguem-se apenas nominalmente, podendo haver, então, mera concorrência de normas.⁸⁵

Assim, afirma a existência de verdadeiro concurso de ações, quando propostas: (a) entre pessoas diversas, tendendo ao mesmo resultado (v.g., nas

⁸⁵ Cf. CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*, cit., vol. I, p. 435.

obrigações solidárias, nas fianças etc.); (b) entre as mesmas pessoas, tendendo ao mesmo resultado, mas com diversas causas (possessória e petitoria, ação decorrente da cambial e ação originada na relação de direito material fundamental etc.); (c) entre as mesmas pessoas, voltadas a resultados diversos, mas com o mesmo objetivo econômico (v.g., a ação redibitória e a *quanti minoris*, a ação para adimplemento e a voltada à dissolução do contrato etc.).

Já no concurso de normas (v.g., ação para reparação de danos ao passageiro em decorrência de acidente de trânsito, a opção entre a responsabilidade aquiliana ou contratual) à mesma causa (fato ou evento) seria necessário investigar qual a norma aplicável, sendo a demanda, contudo, uma só.⁸⁶ Daí a impossibilidade, no seu pensamento, de a pretensão (no exemplo, indenizatória) ser perseguida em sucessivos juízos, com base em diversas afirmações quanto à hipótese de responsabilidade a ser reconhecida.⁸⁷

Delimitando assim o campo das atividades do juiz na preparação do “material” a ser considerado em sua decisão, englobava: (a) a determinação dos fatos sobre os quais julgar; (b) o acertamento desses fatos; e (c) a determinação e acertamento das normas a aplicar, sendo certo que quanto ao último aspecto, em razão do princípio *iura novit curia*, não existiriam limites à atividade judicial.⁸⁸

Salientou também que sendo os três elementos – sujeitos, causa e objeto – identificadores da ação, a modificação de qualquer um deles implica alteração da demanda. A dificuldade que surge, todavia, está relacionada justamente à amplitude que se confere à conceituação quando relacionada a direitos reais.⁸⁹

Em sua concepção, o conceito de causa indica o fundamento, a razão de uma pretensão. Não é a norma de lei que é invocada pela parte em juízo, mas sim os elementos de fato que concretizam a vontade da lei. Daí a renovação de sua afirmação de que a mera alteração do ponto de vista jurídico – invocação de norma diferente, quando sobre um mesmo fato haja dúvida sobre qual norma deverá incidir – não importa diversidade de ação ou alteração da demanda.

Formulou, entretanto, distinção entre o fato jurídico e o fato simples, sendo que a alteração deste último é irrelevante para a configuração da demanda, servindo apenas como subsídio à demonstração do primeiro.

⁸⁶ Idem, *ibidem*, p. 443-445.

⁸⁷ Cf. CHIOVENDA, *Identificazione delle azioni*. Sulla regola “ne eat iudex ultra petita partium”, cit., p. 165-168.

⁸⁸ Idem, *ibidem*, p. 173-174.

⁸⁹ Idem, *Instituições de direito processual civil*, cit., vol. I, p. 430.

Dessas idéias veio a sua conclusão de que a *causa petendi* se configura pela: (a) afirmação da existência de uma *relação jurídica* (propriedade, mútuo etc.); (b) afirmação da existência do *fato particula*, que, naquela relação jurídica, dá origem ao direito particular invocado (v.g., o vencimento de uma prestação do aluguel na ação de cobrança); (c) afirmação da existência do *fato de que decorre o interesse de agir* (v.g., a inadimplência, a incerteza na ação declaratória etc.).⁹⁰

No desenvolvimento de idéias lançado nos escritos de Chiovenda, nota-se que este identifica o objeto do processo, isto é, a *res in iudicio deducta*, tanto por intermédio do pedido como da causa de pedir. A peculiaridade de sua construção consiste naquilo que concebe como necessário à elaboração da *causa petendi*, que se reveste, como afirma em mais de uma passagem, no aspecto do problema cuja solução apresenta maior dificuldade.

Sua distinção, na delimitação da *causa petendi*, funda-se em duas ordens de questões: (a) a espécie de ação considerada, e (b) o caráter ou modalidade do direito tutelado.

Examina inicialmente as demandas *condenatórias*, e salienta que, nestas, o objeto do processo identifica-se com a própria prestação devida. Mas isso varia conforme a espécie de direito.

Indica, dessa forma, a categoria dos *direitos absolutos*, exemplificando com os direitos reais. Nas demandas relativas a eles torna-se suficiente, segundo essa concepção, a afirmação da relação jurídica (v.g. propriedade, usufruto, servidão) para que haja adequada identificação da ação. A dedução do fato jurídico pelo qual se formou o direito (v.g., a forma de aquisição do direito de propriedade) faz-se relevante para comprovar a ocorrência da relação jurídica de direito material, não para individualizá-la. Daí que o concurso de títulos de aquisição (v.g., herança, compra e venda, usucapião) não origina novas obrigações de respeito ao direito considerado (no caso do exemplo, a propriedade), nem novas e concorrentes ações. Como consequência disso, também, (a) sustenta a possibilidade de mudança de afirmação quanto ao título de aquisição sem que se verifique modificação no elemento causal da demanda, e (b) aduz impossibilidade de exame de novo pedido em ulterior ação, pois a *res iudicata* estaria a encerrar o exame de todos os possíveis títulos de aquisição, salvo se de formação posterior ao primeiro julgado.⁹¹

Já nas demandas *condenatórias* relativas a direitos obrigacionais, deixa claro que não é suficiente indicar a relação jurídica para a

⁹⁰ Idem, *ibidem*, p. 433-434.

⁹¹ Idem, *ibidem*, p. 436-437. A distinção entre direitos absolutos e relativos será retomada posteriormente (*infra*, item 2.1.8).

identificação da ação. Isso, por serem concebíveis diversas relações jurídicas entre as mesmas pessoas, com idêntico conteúdo, porém decorrentes de diverso fato constitutivo.⁹²

Para a hipótese de ações constitutivas, salienta que o bem jurídico pretendido não se identifica só pelo efeito jurídico (resolução, anulação, constituição de uma nova situação jurídica), mas por esse efeito em relação a determinado fato (inadimplemento, lesão, erro, dolo etc.). Cada fato que dá margem à possibilidade de constituição de uma nova situação jurídica deve ser considerado, havendo plausibilidade de concorrência de ações.

O mesmo raciocínio aplicou às ações declaratórias, excepcionando com relação às declaratórias negativas: nestas, a causa da demanda estaria apenas na afirmada inexistência de determinação ou vontade legal garantindo certo bem ao demandado. Como consequência disso, a demanda seria sempre única, independentemente de sua causa.⁹³

Dentro dessas idéias, o que se observa é que a concepção de Chiovenda a respeito do objeto litigioso do processo fundava-se, essencialmente, na idéia dos *tria eadem*. Além disso, associava, nitidamente, ao conteúdo indispensável da demanda tanto a causa de pedir como o pedido. Delineando a *causa petendi* como simples afirmação de direito ou de fatos, de conformidade com a espécie de ação e com o tipo de direito deduzido, resolveu problemas correlatos.

É evidente que, em que pese a existência de críticas e objeções a esta construção doutrinária, considerado o momento histórico em que foi elaborada, teve o condão de lançar luzes e oferecer boa hipótese de trabalho a respeito do tema. Além disso, pode-se conceder ao memorável doutrinador o mérito de tratar de forma didática e sistemática o problema do conteúdo da demanda. Serviu sua elaboração como ponto de referência na compreensão do intrincado problema do objeto litigioso por parte de todos os que, àqueles tempos e ao depois, se dedicaram ao exame da matéria.

2.1.4.2 Contribuição de Liebman

A importância da doutrina de Enrico Tullio Liebman no desenvolvimento do Direito processual brasileiro é pacificamente reconhecida. Seus ensinamentos marcaram gerações de processualistas pátrios, tanto por

⁹² Idem, *ibidem*, p. 438.

⁹³ Idem, *ibidem*, p. 438-439.

força do direito contato com o saudoso doutrinador, no período em que exerceu a docência junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como em razão da familiaridade com os trabalhos acadêmicos que elaborou.

Isso torna indispensável a leitura, ainda que rápida, de seu posicionamento a respeito do tema do objeto do processo.

Assim como Chiovenda, Liebman centrava o exame do problema na teoria dos *tria eadem*.

Tratando da matéria submetida à cognição do juiz, e conseqüentemente do princípio da congruência, expressamente previsto no art. 112 do CPC italiano, recorda Liebman que a reconstrução dos fatos para a posterior aplicação do direito deve ser feita, pelo magistrado, observando-se os contornos da ação proposta. Cabe ao autor a descrição da situação que considera ilícita e a postulação de um provimento que, de forma concreta, seja idôneo a remover o óbice ao exercício do seu direito. Nessa medida, resta ao juiz apenas acolher ou rejeitar a demanda que lhe foi proposta, concluindo se é fundada ou não, e sendo-lhe vedado pronunciar provimento diverso do que lhe foi postulado. Outra solução significaria violação dos limites de seu poder, fixados em função da própria demanda.⁹⁴

Como visto, a existência de limites ao exercício do poder jurisdicional invoca a necessidade da análise da questão da identificação das ações. Em última análise, importa definir qual o material submetido à cognição e decisão judicial.

Nesse sentido, teceu crítica a respeito do pensamento de Carnelutti, que identificava com o objeto do processo ou mérito a própria lide, definida como conflito de interesses qualificado pela existência da pretensão de uma parte, e pela resistência da outra àquela.

Considerando a argumentação carneluttiana, no sentido da teoria da existência da lide integral (dedução por completo do conflito de interesses em juízo) e parcial (dedução de apenas parte do conflito), anotou que o objeto do processo não é o conflito de interesses em sua mera (e natural) realidade factual. Para a constituição do processo, não é suficiente trazer ao conhecimento judicial a existência desse conflito, para que seja resolvido do modo como o juiz entenda correto. Mais que isso, deve o demandante expor as circunstâncias de fato e outros dados que configuram tal conflito, bem como efetuar o pedido de uma providência que entenda adequada à satisfação de seu interesse. Isso legitima a intervenção do juiz, para examinar a pretensão, reconhecendo sua procedência ou improce-

⁹⁴ *Manuale di diritto processuale civile*, 6. ed. (a cura di Vittorio Colesanti, Elena Merlin, Edoardo F. Ricci), Milano, Giuffrè, 2002, vol. 1, p. 155.

dência. O conflito de interesses não ingressa no processo nos exatos moldes em que verificado na vida, mas na medida em que trazido pelo autor em seu pedido.⁹⁵

Reconhecendo também ser insatisfatória a identificação do objeto do processo com a relação jurídica de direito material, ou com a afirmação da existência dessa relação – nega tais conceitos lembrando do caso da improcedência, em que não teria existido objeto, ou do processo de execução, em que não haveria afirmação alguma –, chega à conclusão de que o pedido do autor é que deve ser reconhecido como o objeto do processo. Isso por constituir-se, verdadeiramente, em manifestação de vontade direcionada à autoridade judiciária, postulando a atividade com determinado conteúdo – decisão – apto a suprir as necessidades relacionadas ao bem da vida.⁹⁶

A adequação do conceito de lide à realidade do processo, e sua assimilação ao mérito, implicaria compreendê-la como conflito efetivo ou virtual de pedidos contrários, sobre o qual o juiz deve decidir. Com essa conotação “processual” do conceito de lide, passou a admitir a aplicação dessa idéia como sinônimo do mérito ou objeto do processo.⁹⁷

Mas filiando-se à doutrina dos *tria eadem*, recorda o Mestre que a ação configura e fixa o objeto do processo, devendo ser identificada pelas partes, causa e pedido.⁹⁸

A *causa petendi* é considerada pelo doutrinador como o fato jurídico que o autor invoca como fundamento da sua demanda, vale dizer, o título de sua ação. É o fato do qual surge o direito que o autor pretende fazer valer, ou a relação jurídica da qual advém o direito feito valer, com todas as circunstâncias e indicações necessárias para individualizar, precisamente, a ação proposta, e que devem variar de conformidade com as diversas categorias de direitos e ações.

De outro lado, considera que as circunstâncias e fatos secundários não são efetivamente relevantes por si mesmos, mas apenas na medida em que considerados para a composição de determinado fato jurídico “principal”. E desde que não haja modificação do fato “principal”, aquelas circunstâncias e fatos secundários podem inclusive variar, sem que seja isso considerado como alteração da causa da demanda.

⁹⁵ Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio, O despacho saneador e o julgamento do mérito, *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1947, p. 129-130.

⁹⁶ Idem, *ibidem*, 131-132.

⁹⁷ Idem, *ibidem*, p. 137.

⁹⁸ Cf. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, cit., vol. 1, p. 177.

Já quanto à norma jurídica invocada, pode ser modificada, cabendo em verdade ao juiz a determinação precisa da qualificação jurídica da relação deduzida em juízo, desde que sem a modificação do fato jurídico.⁹⁹

Verifica-se, pelos pensamentos acima sintetizados, que o autor efetivamente segue a mesma linha de raciocínio traçada por Chiovenda na identificação das demandas, considerando como relevantes os três elementos citados. Salienta também, particularmente quanto à causa, que os fatos devem ser noticiados pelo autor na medida do necessário para a delimitação da ação proposta.

Partindo dessa concepção, acaba por traçar distinção sobre a elaboração da causa de pedir nas ações concernentes a direitos absolutos ou relativos, mencionando também a idéia das demandas autodeterminadas e heterodeterminadas.¹⁰⁰

Desse modo, conclui também que, nas ações declaratórias e condenatórias fundadas em direitos absolutos, é suficiente à identificação da demanda a indicação do direito que se afirma existente (v.g., propriedade, servidão etc.), sem que seja necessário mencionar o fato do qual surge (v.g., o título aquisitivo de propriedade). O direito é o mesmo, qualquer que seja o título de aquisição. A referência a título diverso não significa modificação da *causa petendi*.

Diversamente, nas demandas sobre direitos obrigacionais, considera indispensável a indicação do fato constitutivo, sendo insuficiente a afirmação da relação jurídica de direito material, pois são concebíveis diversas relações com idêntico conteúdo entre as mesmas partes.

Fala assim, no caso de ações identificadas pelo fato constitutivo, em demandas heterodeterminadas; e nos casos de ações identificadas pelo conteúdo do direito, em demandas autodeterminadas. Nestas últimas, embora o fato constitutivo não seja necessário para delimitar a demanda, torna-se útil para demonstrar sua procedência.¹⁰¹

Como conseqüência disso, o autor reconhece não só a possibilidade de modificação do fato constitutivo na demanda autodeterminada, sem que isso signifique alteração da demanda, mas também, em acréscimo, uma maior abrangência objetiva da coisa julgada nesta hipótese.

Aduz que quanto às ações constitutivas, a demanda deve ser identificada pelo direito à modificação jurídica feito valer pelo autor, e portanto pelo fato jurídico do qual advém. Distingue o fato jurídico dos

⁹⁹ Idem, *ibidem*, p. 177-178.

¹⁰⁰ O tema será retomado posteriormente (v. *infra*, itens 2.1.8 e 2.1.9).

¹⁰¹ Cf. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, cit., p. 178.

simples fatos, sendo possível alteração ou acréscimo quanto a estes sem qualquer restrição, o que não ocorre com relação àqueles. Exemplifica que numa mesma demanda podem ser alegadas diversas circunstâncias integrantes da figura, v.g., do dolo, mas não se pode passar da alegação de dolo à afirmação de erro.¹⁰²

Quanto à finalidade da ação, estabeleceu Liebman a clara distinção entre o pedido imediato (tipo de provimento pretendido) e mediato (bem da vida buscado pelo autor).¹⁰³

Outra importante contribuição trazida pelo doutrinador diz respeito à questão do concurso de ações. Nesse particular, seu posicionamento diferenciou-se nitidamente do pensamento chiovendiano, embora partisse ambos de premissas e concepções similares quanto ao objeto do processo.

A resposta de Liebman para tal problema acabou sendo mais satisfatória.

Observou que dois direitos devem ser tidos como concorrentes quando coligados entre si sob o aspecto funcional, de forma que a satisfação de um acaba por "extinguir" o outro. A identidade de resultado prático que pode ser atingido corresponde a uma pluralidade de razões, que, embora autônomas e dignas cada qual de tutela jurisdicional, não permitem que o mesmo resultado seja obtido mais de uma vez.

Aos direitos concorrentes correspondem ações concorrentes: há concurso objetivo quando, havendo identidade de pessoas e de pedidos, em correspondência verificam-se: várias causas de pedir; e o concurso subjetivo na hipótese em que, a diversos sujeitos, correspondem ações diversas, porém similares objetivamente pelo pedido e pela causa de pedir. São exemplos disso: a pretensão ao pagamento de uma soma fundada em uma cambial ou na relação jurídica originária; a pretensão de restituição de um bem, com base em depósito ou comodato; a ação para anulação de deliberação de assembléia de sociedade por ações movida por qualquer dos sócios.

Nesses casos, a procedência da ação impede sua reformulação por diverso título ou por outro legitimado, por falta de interesse de agir, ao passo que sua improcedência não impede a propositura de nova demanda fundada em diverso título (no concurso objetivo) ou por outro legitimado (no caso do concurso subjetivo).¹⁰⁴

¹⁰² Idem, *ibidem*, p. 179.

¹⁰³ Idem, *ibidem*, p. 179.

¹⁰⁴ Idem, *ibidem*, p. 183-184. Liebman examinou o tema com maior profundidade no ensaio *Ações concorrentes, Eficácia e autoridade da sentença (e outros escritos sobre a coisa julgada)*, trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, Rio de Janeiro, Forense, 1945, p. 188-196.

Evidencia-se a diferença entre as doutrinas de Chiovenda e de Liebman na solução do problema do concurso subjetivo.

Parte Chiovenda do exame do concurso subjetivo de ações constitutivas, ou seja, a hipótese de direitos potestativos inerentes a diversas pessoas, tendentes à cessação da mesma situação jurídica (exemplificava, também, com o caso da legitimação dos sócios para a impugnação de assembleia de determinada sociedade). Admite que somente uma decisão pode existir a respeito, embora haja o concurso subjetivo de ações. A coisa julgada formada, constituída com relação a um dos legitimados, teria como efeito a exclusão da possibilidade de aforamento da ação pelos demais.¹⁰⁵

Essa solução criaria o inconveniente do prejuízo concreto, em decorrência da coisa julgada, ao terceiro (v.g., sócio) que não foi parte na demanda proposta, e a possibilidade de colusão entre autor e réu para fraude à lei.

2.1.4.3 Contribuição de Mario Bellavitis

Outros autores se dedicaram a pesquisas sobre o objeto litigioso em estudos monográficos a respeito do próprio tema da identificação das ações, ou de outros a ele conexos, como v.g. a análise dos limites da coisa julgada.

Um deles foi Mario Bellavitis.

Fixou-se também, como a tradicional doutrina italiana, no enfoque da identificação das ações, o que se evidencia no próprio título da monografia que escreveu: *L'identificazione delle azioni*.

Partindo de exame histórico e doutrinário, abordou de forma pormenorizada os aspectos objetivos e subjetivos para a identificação da demandas.

Salientando sua visão nitidamente processual, teceu crítica a propósito da identificação do objeto do processo com a relação jurídica de direito material. Desenvolvida por Savigny, tal doutrina trazia como consequência, entre outras coisas, a abrangência despropositada da coisa julgada, desde que verificada em duas demandas subsequentes a mesma "questão jurídica" (v.g.: em duas ações em que as mesmas partes aparecem, reciprocamente, como autor e réu, se o direito que na primeira ação formava o principal objeto do litígio, na segunda figura como uma condição de outro que é reclamado; se o bem concreto pretendido nas duas demandas é diverso mas a questão de direito é a mesma).¹⁰⁶

¹⁰⁵ Cf. *Instituições de direito processual civil*, cit., vol. I, p. 430-431.

¹⁰⁶ Cf. BELLAVITIS, Mario, *L'identificazione delle azioni*, cit., p. 29-32.

A partir de então, passa a reconstruir o esquema dos *tria eadem* para a identificação das demandas. Centra seu foco na relação jurídica de direito processual, e seu significado quanto ao próprio exercício do direito de ação e à obtenção – utilizando uma expressão mais atualizada – da tutela jurisdicional pelo autor que tiver razão.

A nota característica contida nesta clássica obra, contudo, não reside simplesmente na filiação de seu autor à teoria mencionada, com a conotação processual do objeto do processo. O que peculiarizou referido trabalho, pela profundidade com que o assunto foi examinado, foi o destaque dado por Bellavitis ao fato de que a identidade de cada demanda deve ser procurada não em cada um dos três elementos isoladamente, mas sim na *relação indissociável entre eles existente*.

Nessa concepção, não bastaria analisar de per si a causa de pedir ou o pedido para a identificação objetiva da ação, mas sim ambos os elementos, considerados em sua necessária correlação. De outro lado, quanto à identidade subjetiva da demanda, seria insuficiente o simples apontamento das partes, devendo-se buscar a caracterização destas tendo como pano de fundo a própria causa da demanda.

Daf sua afirmação no sentido de que entre o objeto ou pedido e a *causa petendi* deve existir um nexo inafastável. Da narrativa quanto aos fatos (causa) deve necessariamente resultar, segundo a afirmação do autor, uma situação jurídica e um objeto ou pedido aptos à reintegração do direito material. O mesmo raciocínio deve ser feito entre os sujeitos processuais e o provimento pretendido, buscando o liame que permita sua identificação.¹⁰⁷

Dito de outra forma, a identidade objetiva da demanda deveria ser buscada não na causa ou no pedido separadamente, mas na relação entre eles existente.¹⁰⁸ Partindo dessas idéias, o doutrinador passa a construir critérios distintivos entre demandas, apoiados na classificação relacionada ao tipo de provimento jurisdicional pretendido (sinteticamente: declaratório, condenatório, constitutivo), e também na espécie de direito material tutelado (v.g. direitos reais, obrigacionais e pessoais).¹⁰⁹

Postas essas premissas, procura resolver problemas concretos, salientando sempre que a identidade de ações deve ser procurada: (a) no liame entre o provimento judicial e o direito subjetivo (delineado pelos dois elementos objetivos da demanda); (b) na concorrência de várias normas para a constituição do mesmo fato jurídico, ou de vários fatos jurídicos para a satisfação da mesma prestação, ou de prestações diversas

¹⁰⁷ Idem, *ibidem*, p. 101-103.

¹⁰⁸ Idem, *ibidem*, p. 103-108.

¹⁰⁹ Idem, *ibidem*, p. 127-132.

mas equivalentes; e (c) na identidade de demandas de sujeitos distintos sobre o mesmo accertamento, seja ele positivo ou negativo.¹¹⁰

Tal pensamento leva a conclusões interessantes, como v.g. a negação da teoria sustentada por muitos, à época, a respeito da elaboração da *causa petendi* da demanda reivindicatória, segundo a qual seria consubstanciada pela simples afirmação do direito de propriedade.

Sem questionar o caráter *erga omnes* do direito de propriedade, aduz que a relação processual é independente da relação de direito material, e que o vínculo jurídico a esta inerente não se transforma pura e simplesmente em *causa petendi*. A sentença que reconhece a existência do direito de propriedade a favor do autor ou do réu tem como consequência a exclusão da contemporânea existência de um outro direito, mas sempre com referência a um mesmo fato jurídico que gere tal direito. Não fica excluída a eficácia de um fato jurídico diverso, não deduzido em juízo. Como decorrência, não ficaria excluída a possibilidade de ulterior ação "real" sobre o mesmo bem, com fundamento em outro título de aquisição.¹¹¹

A síntese acima, com algumas aplicações concretas do pensamento de Bellavitis, ressalta a importância de sua elaboração. Não criou tese inovadora para a identificação das ações ou do objeto do processo. Mas a grande riqueza de sua construção doutrinária consistiu em lançar luz sobre a *necessidade da análise conjunta dos tria eadem*.

Com exemplos práticos, o realce dessa idéia ficou patente nessa elaboração. E com as ressalvas que poderiam ser feitas a suas conclusões – consideradas as concepções processuais modernas –, não se pode desconsiderar sua relevância.

Note-se que, ainda hoje, é pacífico o entendimento de que da exposição dos fatos na demanda deve decorrer necessariamente o pedido. Ou então que, embora só o dispositivo da sentença sujeite-se à autoridade da *res iudicata*, sua compreensão deve ser realizada à luz da motivação. São exemplos de que estava correta aquela idéia de que a identificação da demanda deve levar em consideração seus elementos, *considerados em seu conjunto*.

2.1.4.4 Contribuição de Ernesto Heinitz

A inclusão da contribuição de Heinitz no contexto da doutrina italiana deve-se ao fato de que a obra monográfica na qual tratou

¹¹⁰ Idem, *ibidem*, p. 134-135.

¹¹¹ Idem, *ibidem*, p. 144-147.

largamente do tema em exame foi elaborada pelo doutrinador austríaco durante o período em que viveu em Florença como professor convidado.¹¹²

Buscando estabelecer os contornos objetivos da coisa julgada, enfrentou o tema da identificação das ações.

Advertindo a correlação entre os assuntos, assentou que se, na essência, a coisa julgada é o liame dela decorrente com relação a processo futuros, torna-se imprescindível especificar até que ponto estende-se tal vínculo. Daí a importância de reconhecer tais limites na sentença e, como premissa para tal fim, definir em que consiste o objeto do processo.¹¹³

Afirma que o objeto do processo é a fundamentação no fato e no direito da pretensão processual feita valer pelo autor. Para determinar a composição da pretensão no âmbito do processo, invoca os três elementos tradicionalmente citados, isto é, partes, causa de pedir e pedido.

Deixa clara sua concepção de que o objeto litigioso é a pretensão processual, identificada pelo *petitum* e pela *causa petendi*. Embora os dois elementos possam ser tomados em análise isoladamente, não têm existência independente, sendo, em verdade, dois lados da mesma moeda: o pedido é identificado e motivado pela causa, e esta tem significado só em face do pedido que dela decorre.¹¹⁴

Aponta que a maior dificuldade consiste em delimitar os contornos precisos em que devem ser elaborados, em uma demanda, a causa de pedir e o pedido.

Heinitz demonstra, inicialmente, propensão pela adoção da teoria da individualização da causa de pedir,¹¹⁵ sustentando, porém, uma visão conciliatória (intermediária) entre os extremos das duas teorias.

Partindo da máxima *da mihi factum, dabo tibi ius*, sustenta que se impõe ao juiz o dever de valorar a pretensão feita valer pelo autor sob todo e qualquer possível ponto de vista jurídico. Mas tal parêmia não define todos os deveres do autor ao elaborar sua demanda, e é insuficiente que o autor simplesmente alegue certos fatos, deixando para o juiz integralmente a função de extrair destes as consequências jurídicas: deve ser também formulada uma postulação concreta.¹¹⁶

A causa de pedir, segundo o doutrinador, deve compor-se com fatos constitutivos da ação formulada pelo demandante, vale dizer, os fatos que

¹¹² Cf. *A causa petendi no processo civil*, cit., p. 112.

¹¹³ Cf. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, cit., p. 129.

¹¹⁴ Idem, *ibidem*, p. 135.

¹¹⁵ Sobre o problema da individualização ou substanciação, v. *infra*, item 2.1.7.

¹¹⁶ Cf. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, cit., p. 145.

entende como aptos a gerar o efeito jurídico pretendido (fatos jurídicos). Não se enquadra aí qualquer complemento ou acréscimo secundário (simples circunstâncias, que servem, v.g., para provar ou demonstrar a vontade expressa por uma das partes da relação de direito material).¹¹⁷

O *nomem iuris* dado pelo autor à demanda vale apenas como uma abreviação dada ao objeto da pretensão. Entretanto, é necessário distinguir o direito feito valer da relação jurídica que constitui seu fundamento. Tal distinção não pode ser formulada só com vistas à pretensão processual, pois a exigência – exemplificando – da entrega de um bem pode ser feita com base no direito de propriedade ou em algum direito obrigacional. Deve ser especificada a pretensão exercida, de forma que possa ser diferenciada de outras. Isso é feito pela indicação de fatos constitutivos do direito, na medida do necessário à identificação da relação jurídica e do direito feito valer.

Tornam-se assim irrelevantes as alegações ou deduções jurídicas, que nada mais são que pontos de vista jurídicos. Podem ser inclusive modificadas pelas partes e pelo juiz, sem que ocorra alteração da demanda ou vício de decisão *ultra petita*. Embora sirvam para demonstrar e motivar, não são úteis ao escopo de delimitar a demanda.

De conformidade com oportuna síntese, sobre a teoria de Heinitz pode-se afirmar que: a) a matéria de fato limita-se à afirmação daquilo que constitui o “fato particular”, que na relação de direito material dá origem ao “direito particular” invocado, e do qual decorre o interesse de agir; b) a relação jurídica é relevante na medida em que seja, no caso concreto, o próprio objeto da contenda, sendo, entretanto, insuficiente à identificação da razão feita valer, em situações em que o autor pretenda o reconhecimento de apenas um direito particular advindo daquela relação (possibilidade de existência de direitos concorrentes advindos da mesma relação material); c) sobre o “direito particular”, deve ser incluído na causa de pedir, pois de cada direito decorre uma pretensão processual, sendo importante saber exatamente qual é a formulada pelo autor para conhecer os limites objetivos da coisa julgada; d) o *nomem iuris* (a qualificação jurídica), é quase sempre irrelevante, salvo quando há dúvida ou controvérsia a seu respeito, e sua indicação contenha a especificação do direito afirmado; e) as “deduções” ou argumentos jurídicos não integram a causa de pedir, podendo ser alterados livremente pelas partes ou pelo juiz.¹¹⁸

¹¹⁷ Idem, ibidem, p. 149.

¹¹⁸ É a precisa síntese de José Ignácio Botelho de Mesquita (A *causa petendi* nas ações reivindicatórias, *Revista de Direito Processual*, 6 (1967): 188-190).

Em suma, a *causa petendi* deve ser constituída pelos elementos de direito e de fato que servem para esclarecer ou iluminar o *petitum*, completando-o, e constituindo assim um conjunto indicativo da pretensão processual.¹¹⁹

Valendo-se dessa concepção, que aproxima direito material e pretensão processual para a identificação do objeto litigioso do processo, Heinitz procura resolver, também, a questão da distinção entre concurso de normas e de direitos.

Parte da existência de vários direitos substanciais, para passar em seguida ao concurso de pretensões processuais (de ações), e distingui-lo do concurso de normas.

Afasta a ocorrência de concurso de direitos em hipótese em que se verifique mero cúmulo de direitos derivantes de fatos constitutivos distintos (v.g. dois créditos derivados de mútuos diversos), ou então direitos alternativos derivados de um mesmo fato (v.g. *actio quanti minoris* e a *actio redhibitoria*).

Reconhece a hipótese de concurso de normas na situação em que um mesmo direito seja amparado por vários dispositivos legais.

Após estabelecer a distinção do ponto de vista do direito material, centra sua análise no âmbito processual. Afirma, assim, que nem a unidade de fatos constitutivos e tampouco a unidade da *fattispecie* abstrata servem para fornecer um critério preciso para distinguir o concurso de normas do concurso de direitos. Um único fato constitutivo pode dar margem ao nascimento de um ou de vários direitos.

Há simples concurso de normas na situação em que do confronto entre mais de uma *fattispecie* abstratamente envolvida chega-se à conclusão de que o reconhecimento de dois direitos estaria em sentido contrário ao escopo do legislador.

Sem desconhecer a distinção entre o direito substancial e a pretensão processual, ressalta que esta não se identifica sem aquele: a cada direito substancial deve ser reconhecida uma pretensão processual distinta. Tratando-se de um ou mais direitos, ter-se-á a consequência quanto à unidade ou pluralidade de pretensões processuais. O simples concurso de normas, assim, fica excluído sempre que se trate de vários direitos substanciais concorrentes.¹²⁰

Como ao autor cabe estabelecer o objeto do processo, resta-lhe a liberdade de fazer valer um só, ou mais direitos concorrentes, ainda que advindos do mesmo fato constitutivo. Quando se afirma e pretende mais

¹¹⁹ Cf. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, cit, p. 160 e 165.

¹²⁰ Idem, ibidem, p. 165-182.

de um direito substancial, nessa concepção, tem-se o concurso de ações, e não de normas.

Daf a conclusão de Heinitz de que, v.g., há concurso de ações e não de normas em decorrência do mesmo fato constitutivo, no caso da compra e venda, levando-se em conta as pretensões ao reconhecimento da propriedade do autor e de entrega da coisa.

Como o concurso de ações resolve-se no concurso de direitos substanciais, tem-se que a coisa julgada é limitada à pretensão processual e ao direito substancial feito valer, e não podem o juiz ou a parte passar livremente de um direito a outro, pois isso significaria o reconhecimento (pelo juiz) ou o exercício (pela parte) de uma nova ação.¹²¹

Conclui-se pela síntese sobre o pensamento de Heinitz, que, embora se apresente como propenso à adoção da individualização na elaboração da demanda judicial, na prática acaba por representar posição intermediária entre aquela e a substanciação.

A particular relevância de sua contribuição doutrinária está no fato de demonstrar que as diversas tendências – como v.g. a concepção do objeto do processo com base na relação de direito material ou processual, ou a substanciação ou individualização na elaboração da demanda – nada mais são que pontos de vista a respeito do mesmo problema, e não podem prevalecer de forma absoluta umas sobre as outras.

Sua colocação a meio-termo das posições extremadas evidencia que no esclarecimento sobre a configuração do objeto litigioso do processo e na solução dos problemas daí decorrentes não se pode prescindir do direito material: a pretensão feita valer em juízo, em que pese sua conotação estritamente processual, deve ser enxergada à luz do direito material invocado.

2.1.4.5 Contribuição de Augusto Cerino Canova

Deve-se a este autor o estudo provavelmente mais completo a respeito do tema,¹²² em trabalho elaborado sob o pretexto do exame do conteúdo da demanda deduzida em juízo.

Partiu do problema da identificação das ações, com ampla análise sobre a bibliografia nacional e estrangeira, tendo em consideração o direito positivo italiano e alemão.

¹²¹ Idem, ibidem, p. 185-187.

¹²² Observação de José Rogério Cruz e Tucci (A causa petendi no processo civil, cit., p. 116).

Examinou também as tendências jurisprudenciais e, diante das conclusões obtidas, passou a apontar precisos contornos ao assunto.

Seguindo a tradição da doutrina italiana, valeu-se da teoria dos *tria eadem*. Mas procurou compatibilizar esse ponto de vista com a idéia do objeto litigioso do processo, tendo como premissa observação comum às duas concepções de que tudo se resume, no final das contas, à correta compreensão daquilo em que consiste a *res in iudicio deducta*.¹²³

Analisa critérios para distinguir as demandas judiciais, centrando tal operação (a) nos sujeitos da demanda, (b) no conteúdo do direito deduzido, e (c) no fato constitutivo.

Sua elaboração salienta que, embora o reconhecimento por sujeitos da relação processual seja importante, não é suficiente, por não resolver situações complexas, tomando-se imprescindível, ao perfeito conhecimento da *res in iudicio deducta*, a identificação do direito feito valer.

Relembra a antiga concepção romana sintetizada no passo "amplius quam semel res mea esse non potest, saepius autem deberi potest", contida em determinado fragmento do Digesto,¹²⁴ para estabelecer distinção entre demandas autodeterminadas e heterodeterminadas.¹²⁵ Com tal conceituação define o conteúdo da ação formulada em juízo e as soluções de problemas daí decorrentes.

Trata da individualização pelo conteúdo do direito deduzido, invocando a existência de demandas autodeterminadas. Refere-se ao caso de direitos que, por seu conteúdo, podem existir uma única vez entre as mesmas partes. Nesse caso, a identificação da demanda judicial, segundo o doutrinador, deve ser feita pelo reconhecimento do próprio direito material afirmado (feito valer) em juízo, sendo prescindível o título de aquisição, por restarem contemplados todos os possíveis e relevantes títulos.

Como consequência disso, reconhece a unicidade da situação substancial, e a impossibilidade de repropósito de demanda a respeito do mesmo direito. Aponta como tais os casos do direito de propriedade, direitos reais de gozo, direitos e *status* familiares, direitos da personalidade e *status civitatis*. Esclarece, contudo, que não podem ser entendidos desse modo os direitos reais de garantia, particularmente o penhor e a hipoteca, por poderem subsistir mais de uma vez, ao mesmo tempo, entre as mesmas partes.¹²⁶

¹²³ V. CERINO CANOVA, Augusto, op. cit., p. 119 e ss., e *passim*.

¹²⁴ D. 44, 14, 2 (Paul. L. 70 ad ed.) cf. CERINO CANOVA, op. cit., p. 176. O mencionado passo foi integralmente transcrito anteriormente, cf. *supra*, item 2.1.1, n. 24, p. 37.

¹²⁵ V. também *infra*, item 2.1.9.

¹²⁶ Cf. CERINO CANOVA, La domanda giudiziale e il suo contenuto, cit., p. 177-179.

Mostra-se o autor contrário à generalização da idéia contida na afirmação de que seja aplicável só aos direitos absolutos. Primeiro, pela exclusão dos direitos reais de garantia. Posteriormente, pela inclusão (na identificação pelo conteúdo do direito deduzido) dos direitos obrigacionais relativos a uma prestação específica: tanto quanto os direitos reais de gozo, não podem existir mais de uma vez, simultaneamente, entre as mesmas pessoas.¹²⁷

Desse modo, conclui: o que tem relevância para a delimitação do conteúdo da demanda é, somente, a distinção da situação jurídica afirmada (feita valer) com relação a qualquer outra que possa, ao mesmo tempo, subsistir entre os mesmos sujeitos. E, para tal escopo, basta o conteúdo do direito deduzido em todas aquelas hipóteses que menciona (direitos reais de gozo, direitos de *status* e de família, direitos de crédito a uma prestação específica). Nesses casos, as alegações inerentes ao fato constitutivo têm relevo, exclusivamente, para o juízo sobre a procedência da demanda; como consequência, admite a modificação desses fatos, sem que se reconheça a modificação da ação.¹²⁸

Em seguida, passa a examinar o caso da individualização pelo *fato constitutivo*, invocando o conceito de demandas heterodeterminadas. Nestas, a relação de direito material pode subsistir várias vezes, de forma simultânea, entre os mesmos sujeitos e com igual conteúdo. É o caso dos direitos reais de garantia e de crédito a uma prestação genérica, particularmente pecuniária. O único critério, nestes direitos, que torna cada caso peculiar e distinto, é o *fato gerador*.

Com relação à dificuldade em delimitar aquilo que se deve entender como fato constitutivo do direito, aduz que a exata medida da narrativa fática decorre das peculiaridades do direito afirmado. O autor, ao propor sua demanda, deve noticiar a *fattispecie* idônea a sustentar o efeito jurídico que invoca. Consequência disso é que a pluralidade de direitos e de fatos constitutivos se verifica pela apresentação de mais de uma *fattispecie*, desde que aptas a dar sustentação a direitos coexistentes, ainda que similares. Daí, também, que a introdução de novos fatos só significará modificação da demanda se render ensejo a uma nova *fattispecie* e, além disso, ao exercício de outro direito.¹²⁹

Como síntese, conclui que o conteúdo da demanda judicial é o *direito feito valer*, ou seja, uma situação hipotética, simplesmente afirmada pelo autor. Deve guardar correspondência com uma posição substancial espe-

¹²⁷ Idem, ibidem, p. 184-186.

¹²⁸ Idem, ibidem, p. 186.

¹²⁹ Idem, ibidem, p. 186-190.

cífica, diferente de qualquer outra que possa, ao mesmo tempo, subsistir entre as mesmas partes. E a forma de identificação desse direito afirmado irá depender de sua natureza.¹³⁰

Com essa premissa – importa para a identificação da demanda o direito afirmado –, chega à conclusão de que, nos casos tradicionalmente indicados como concurso de ações (concurso de créditos a uma prestação específica, de demandas para a modificação de uma situação jurídica, de responsabilidade contratual e extracontratual, e entre ação cambiária e ação causal), não há em verdade concorrência de direitos. Nega, assim, a possibilidade de instauração de um outro processo, para a tutela do mesmo interesse, ou bem jurídico. Nega, também, o próprio concurso de ações.

Se o direito ao ressarcimento, ou pagamento, ou anulação, é um só (em que pese a existência de mais de uma *fattispecie* e de vários fatos constitutivos), a ação para sua satisfação também é una. A pronúncia judicial, em tais casos, implica consumação de todos os motivos invocáveis, impedindo reexame, salvo na hipótese de fatos supervenientes.¹³¹

2.1.4.6 Contribuição de Elio Fazzalari

A concepção de Fazzalari reflete considerável importância na reaproximação entre direito material e processo, e na demonstração do caráter instrumental deste com relação àquele. Indica sua preocupação em não sacrificar a necessária correlação entre os dois segmentos, a pretexto de compreensão incorreta ou exacerbada daquilo que vem a ser a autonomia do Direito processual.¹³²

Sua visão, com tal nota peculiar, reflete-se na delimitação da *res in iudicio deducta*.

Cumprido ressaltar inicialmente que o doutrinador se mostra contrário à existência propriamente de um único objeto do processo, como conceito sintético, apto a representar tudo aquilo em que deve consistir o desenvolvimento de uma demanda em juízo. Prefere a idéia de que cada espécie de processo (v.g. de conhecimento, de execução etc.) e cada ato processual têm seu próprio objeto.¹³³

¹³⁰ Idem, ibidem, p. 222.

¹³¹ Idem, ibidem, p. 200 e ss., e 233.

¹³² Note in *tema di diritto e processo*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 119.

¹³³ Nesse sentido se manifesta Fazzalari (*Istituzioni di diritto processuale*, 8. ed., Padova, Cedam, 1996, p. 354-356; e *Processo civile (diritto vigente)*, *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1987, vol. XXXVI, p. 170).

Nada obstante a ressalva, ao analisar as correntes processuais ou substanciais relacionadas à delimitação do *thema decidendum*, procura reaproximá-las, salientando o caráter instrumental do direito processual em relação ao direito material.

É premissa central sua concepção do *processo como procedimento em contraditório*, isto é, no qual são habilitados a participar todos aqueles em cuja esfera jurídica a decisão deverá produzir efeitos. Para o autor, o contraditório deve ensejar a participação dos destinatários dos efeitos da decisão, na sua fase preparatória, com paridade de posições e mútua implicação de atividades, de forma que cada contraditor possa exercer escolhas, reações, controles e receber outras tantas atividades de seus oponentes. A decisão deve levar em consideração os resultados dessas atividades.¹³⁴

Ora, seguindo essa linha de raciocínio, e considerando que a decisão final, no processo, está voltada para a solução de um problema concreto, torna-se imprescindível introduzir nessa atividade elementos esclarecedores dessa situação real.

Assim, pondera que a situação substancial encontra-se presente, em verdade, em todos os momentos do desenvolvimento da relação jurídica processual. Daí sua afirmação de que o direito substancial deve ser considerado pressuposto de todo o processo.¹³⁵ Nos atos introdutivos do processo de conhecimento, tal situação é afirmada pelo autor. Posteriormente se torna objeto de alegações, provas e argumentações pelas partes, sobre as quais deverá o contraditório incidir. Finalmente, na fase de decisão, a situação substancial aparecerá como declarada ou acertada pelo juiz.¹³⁶

Desse modo, enquanto não "acertada" pelo órgão judicial, com a sentença de mérito, a situação substancial referente ao conflito concreto, encontra-se apenas *in status assertionis*, ou, na expressão do doutrinador, como um simples *topos* de argumentação.¹³⁷

Se o processo civil pressupõe a existência do direito e sua lesão (ilícito civil), não se pode afastar a ligação existente entre ele e o direito material: o processo se apresenta para a proteção deste, o que só se realiza com o advento da tutela jurisdicional.¹³⁸

Esse pensamento se mostra relevante, conseqüentemente, na elaboração da *causa petendi*, pois é por meio dela que o autor introduz na

¹³⁴ V. FAZZALARI, Procedimento e processo (teoria generale), *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1986, vol. XXXV, p. 827.

¹³⁵ V. FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, cit., p. 113.

¹³⁶ Cf. FAZZALARI, *Processo civile (diritto vigente)*, cit., p. 150-151.

¹³⁷ Cf. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto procesuale*, cit., p. 277.

¹³⁸ Idem, *ibidem*, p. 276.

demanda a situação substancial, deduzida *in status assertionis*.¹³⁹ Deve ali ser consignada como mera afirmação – a ser verificada posteriormente com o desenvolvimento do processo – a existência de um dever, o direito subjetivo correspondente, o inadimplemento do primeiro e a lesão ao segundo, ou de modo sintético, a ocorrência do ilícito civil.¹⁴⁰

A causa de pedir acaba exercendo a função de ponte de ligação entre o direito material violado e o exercício da jurisdição, na medida em que a situação substancial afirmada (não ainda comprovada) no ato inicial da demanda é submetida à apreciação judicial.¹⁴¹ Vale dizer, a situação substancial entra no processo, tornando-se o *thema decidendum* e o objeto da cognição do juiz.¹⁴²

É bem verdade que Fazzalari condiciona a validade dos conceitos científicos a sua utilidade prática,¹⁴³ e formula a ressalva quanto à suposta impossibilidade de uma concepção unificada e de validade geral sobre o objeto do processo.

Entretanto, acaba por identificar o objeto do processo com a situação jurídica concreta, consignada na inicial *in status assertionis*, que se individualiza por meio da "situação de fato contrária ao modelo traçado no direito material".¹⁴⁴

Pode-se concluir com a autorizada afirmação de que a teoria de Fazzalari ostenta o mérito de reconhecer a *causa petendi* como *ponto de inserção do direito material no processo*.¹⁴⁵ Além disso, acaba por mitigar as tendências aos extremos de concepções meramente processuais ou exclusivamente substanciais do objeto do processo. Restabelece, assim, a importância de ambos os segmentos de direito envolvidos – material e processual –, aproximando-os, e reforçando a idéia de que o processo

¹³⁹ Cf. FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, cit., p. 122.

¹⁴⁰ Cf.: FAZZALARI, *Processo civile (diritto vigente)*, cit., p. 148-149; e idem, *Istituzioni di diritto procesuale*, cit., p. 271-273. No mesmo sentido: CRUZ E TUCCI, José Rogério, A denominada "situação substancial" como objeto do processo na obra de Fazzalari, *RePro* 68 (1992): 275.

¹⁴¹ Cf. CRUZ E TUCCI, A denominada "situação substancial" na obra de Fazzalari, cit., p. 275.

¹⁴² Cf. FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, cit., p. 138.

¹⁴³ Cf. *Processo civile (diritto vigente)*, cit., p. 178.

¹⁴⁴ V. CRUZ E TUCCI, A denominada "situação substancial" na obra de Fazzalari, cit., p. 277. A mesma linha de raciocínio é seguida na doutrina mais recente, v.g. por Sergio Menchini, para quem "objeto do processo é a situação subjetiva afirmada com a demanda, sobre a existência da qual o juiz é chamado a pronunciar-se" (*I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., p. 45).

¹⁴⁵ V. CRUZ E TUCCI, A denominada "situação substancial" na obra de Fazzalari, cit., p. 277.

existe como instrumento, exclusivamente para permitir a atuação do direito substancial.

2.1.5 Na doutrina brasileira

2.1.5.1 Contribuição de Arruda Alvim

Os processualistas brasileiros não são, em geral, afetos ao estudo do problema do objeto litigioso do processo, como demonstram ser com relação ao enfoque dos três elementos de identificação das ações.

A razão disso é facilmente compreensível: decorre de que a tradição do direito processual brasileiro se avizinha mais à doutrina italiana. E esta historicamente focou seus trabalhos científicos, de forma predominante, nas teorias a respeito da ação, e por conseqüência, nos *tria eadem*.

Mas há importantes contribuições a mencionar. Isso paralelamente aos trabalhos de cunho geral, que topicamente abordam o problema da identificação das ações por meio dos *tria eadem*, sem maiores questionamentos, e examinam superficialmente as teorias da substanciação e da individualização.

Dentro desse contexto encontra-se análise feita por Arruda Alvim, em trabalho doutrinário clássico que abordou, entre outros temas, o problema da identificação das ações, a doutrina alemã do objeto litigioso e as aplicações práticas decorrentes.¹⁴⁶

Posteriormente, como tópico de obra geral, examinou de forma sintética, clara e precisa o assunto.

Estabelece inicialmente a distinção entre os pontos controvertidos ou questões de caráter preliminar (atinentes aos pressupostos processuais e às condições da ação) e prejudiciais (que influenciam o modo como poderá ser julgado o mérito: v.g. a discussão sobre a filiação, em relação à petição de herança). Afora destes, devem situar-se aqueles que dizem respeito ao próprio *thema decidendum*: o mérito da ação.

Resolve, assim, o problema do objeto litigioso do processo, identificando-o com a "lide" ou o mérito da demanda.¹⁴⁷

Salienta, também, que na petição inicial é que devem ser localizados os elementos para a identificação do objeto litigioso (referindo-se à causa

¹⁴⁶ V. *Direito processual civil – teoria geral do processo de conhecimento*, São Paulo, RT, 1972, vol. II, p. 39-138.

¹⁴⁷ Cf. ARRUDA ALVIM NETO, *Manual de direito processual civil*, 8. ed., São Paulo, 2003, vol. 1, p. 483.

de pedir e ao pedido), sendo assim fixados pelo autor. Cabe, contudo, paralelamente, ao réu fixar os pontos controvertidos de fato e de direito; não, todavia, o objeto litigioso. Ressalva, contudo, hipóteses em que pode o objeto litigioso ser ampliado pelo réu ou terceiros, como ocorre, v.g., no caso de ação declaratória incidental, oposição, ou reconvenção.

Conclui, daí, que o objeto do processo é um conceito mais amplo que o objeto litigioso.¹⁴⁸

2.1.5.2 Contribuição de José Rogério Cruz e Tucci

A doutrina de José Rogério Cruz e Tucci decorre da ampla tratativa realizada a respeito dos elementos de identificação das ações (*tria eadem*), particularmente da *causa petendi*, justamente o que apresenta maiores dificuldades em sua configuração.¹⁴⁹

Partindo da retrospectiva histórica na análise do problema, e com larga abordagem em relação ao direito comparado, o doutrinador realiza resenha das teorias existentes. Examina também a realidade verificada na doutrina e no direito positivo brasileiro, bem como inúmeras perspectivas decorrentes do desenvolvimento do processo em juízo, como, v.g., a correlação com outros institutos processuais e temas complementares (conexão, litisconsórcio, intervenção de terceiros, reconvenção, prorrogação de competência, prevenção, ação reivindicatória, usucapião extraordinária, recursos etc.).¹⁵⁰

¹⁴⁸ Idem, *ibidem*, p. 484. Já havia ele externado essa posição anteriormente, no seu *Direito processual civil – teoria geral do processo de conhecimento* (cit., vol. II), deixando clara a distinção entre objeto do processo e objeto litigioso do processo (cf. nota 96, p. 148-149).

¹⁴⁹ Entre outros: *A causa petendi no processo civil*, 2. ed., São Paulo, RT, 2001; *A causa petendi na ação reivindicatória, Questões práticas de processo civil*, São Paulo, Atlas, 1998; *A causa petendi na ação rescisória, Revista Forense*, 339 (1997): 109-112; Contornos da *causa petendi* da demanda civil perante o Juizado Especial, *RT* 745 (1997): 11-17; Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos, *RT* 786 (2001): 57-67; Identificação de ações. *Apreciação incidenter tantum*. Não abrangência pelo julgado. Inexistência de coisa julgada material. Enriquecimento indevido, *Revista Jurídica* 289 (2001): 43-57; A denominada "situação substancial" como objeto do processo na obra de Fazzalari, *RePro* 68 (1992): 271-281; A regra da eventualidade como pressuposto da denominada teoria da substanciação. *Revista do Advogado (AASP)*, 40 (1993): 39-43; *A causa petendi no novo CPC português*, in: CRUZ E TUCCI, José Rogério e BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.), *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*, São Paulo, RT, 2002; *A causa petendi na ação de usucapião extraordinária, Processo civil, evolução, 20 anos de vigência*, São Paulo, Saraiva, 1995.

¹⁵⁰ Com profundidade em *A causa petendi no processo civil*, cit., *passim*.

Além do evidente valor sistemático da sua obra, releva notar sua peculiar concepção a respeito do problema da causa de pedir, diante das controvérsias relacionadas à teoria da individualização e da substanciação.

Sem aprofundar no tópico, que terá oportuna análise,¹⁵¹ procura afastar-se da dicotomia tradicionalmente adotada pela doutrina, consistente na opção pela individualização ou substanciação, com natural prevalência ou predomínio desta última entre os estudiosos do processo.

Salienta que em verdade não se trata de opção por uma ou outra teoria (referindo-se à individualização ou substanciação). Trata-se sim da espécie de bem jurídico tutelado na demanda, a indicar a necessidade de maior ou menor detalhamento na descrição da causa de pedir. Serve o exemplo da ação de usucapião extraordinária: em decorrência da forma como o instituto é regulado pelo direito material (presunção do título hábil, decorrente da posse *longissimi temporis*), a substanciação da demanda torna-se mais tênue.¹⁵²

Oferece, dessa maneira, interessante perspectiva que contribui para a mitigação das dificuldades na solução de dúvidas decorrentes da opção pelas posições extremadas.

2.1.5.3 Contribuição de Cândido Rangel Dinamarco

Buscando definir precisamente o conceito do mérito no âmbito do processo civil, Cândido Rangel Dinamarco realiza digressão a respeito de tópicos correlatos, como pontos, questões, demanda, pretensão e finalmente o problema do objeto litigioso.

Por meio do exame crítico dessas concepções, depura-as de algumas imperfeições e delas extrai, em sua perspectiva, o que possuem de útil e proveitoso.

Embora tenha afirmado não ter conclusões seguras a respeito do tema, pelas inúmeras dúvidas remanescentes¹⁵³ demonstrou posteriormente sua tendência no sentido de concluir que o mérito, identificado com o objeto do processo, consiste justamente na pretensão (processual) ou pedido formulado pelo demandante,¹⁵⁴ devidamente iluminado pela causa de pedir.¹⁵⁵

¹⁵¹ V. *infra*, item 2.1.7.

¹⁵² CRUZ E TUCCI, A causa petendi na ação de usucapião extraordinária, cit., p. 168; idem, A causa petendi no processo civil, cit., p. 256.

¹⁵³ Cf. DINAMARCO, O conceito de mérito em processo civil. *Fundamentos do processo civil moderno*, vol. 1, cit., p. 275-276.

¹⁵⁴ Cf. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, São Paulo, Malheiros, 2001, vol. I, p. 296, e vol. II, p. 180-185.

¹⁵⁵ Idem, *ibidem*, vol. II, p. 188.

Nesse sentido pode ser compreendida sua afirmação de que a pretensão é que configura o mérito, de forma que "prover sobre este significa estabelecer um preceito concreto em relação à situação trazida de fora do processo".¹⁵⁶ Isso sem esquecer a observação de que a pretensão comporta dupla direção, isto é, consubstancia-se com o pedido imediato (provimento jurisdicional pretendido) e mediato (bem da vida), que só podem ser corretamente entendidos se considerados os motivos afirmados pelo autor (causa de pedir) e aqueles adotados pela sentença (fundamentos da decisão).¹⁵⁷

2.1.5.4 Contribuição de Sydney Sanches

Em artigo publicado a respeito do tema, Sydney Sanches aprofunda e esclarece, com propriedade, a distinção entre o objeto do processo e o objeto litigioso do processo. Nessa particularidade reside a importância de sua tratativa.

Salienta que como objeto do processo deve ser compreendida toda matéria de fato e de direito relativa aos pressupostos processuais, às condições da ação e ao próprio mérito, envolvendo tudo aquilo que deve ser aferido pelo juiz, por provocação das partes ou mesmo de ofício, de forma incidental ou principal.

Dá sua conclusão de que o objeto do processo é o *gênero*, no qual deve ser compreendida a espécie, consistente no objeto litigioso. Este último está circunscrito, nessa concepção, à matéria efetivamente submetida a julgamento, ou seja, os "pedidos" formulados pelo autor, réu, ou mesmo por terceiro (quando estes possam fazê-los).

Em síntese, aduz que o objeto litigioso deve ser identificado com o próprio mérito, compreendido como o pedido do autor, feito na própria petição inicial ou em outras oportunidades em que possa fazê-lo, nos casos em que seja admissível a ampliação ou modificação da demanda. Devem ser também inseridos, em seu contexto, o pedido do réu na reconvenção ou na contestação nas ações dúplices, o pedido na ação declaratória incidental, o pedido feito na denunciação da lide, o formulado no chamamento ao processo, na oposição, e assim sucessivamente.¹⁵⁸

¹⁵⁶ Idem, *ibidem*, p. 255.

¹⁵⁷ Cf. DINAMARCO, *Capítulos de sentença*, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 51, 58-59.

¹⁵⁸ Cf. SANCHES, Sydney, Objeto do processo é objeto litigioso do processo, *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, vol. 55 (1978): 13-26, 23-25. A distinção conta também com o apoio, entre outros, de: CRUZ E TUCCI, A causa petendi no processo civil, cit., p. 92; ARRUDA ALVIM NETO (v. *supra*, item 2.1.5.1); e de CARVALHO, Milton Paulo de, *Do pedido*

2.1.6 Dificuldades ante os extremos das concepções processuais e substanciais

Do exposto em razão da resenha de várias elaborações doutrinárias pode-se observar a existência das duas tendências. Uma no sentido de delimitar o objeto do processo ao âmbito exclusivamente processual, circunscrito ao pedido, desconsiderando quase por completo os aspectos atinentes à relação de direito material. Outra, exatamente oposta, voltada para a compreensão da *res in iudicio deducta*, com amparo exclusivo, ou predominante, na relação de direito material, como acolhimento e desenvolvimento da construção do expoente da escola histórica do direito alemão, Savigny.

As maiores dificuldades, incoerências e incertezas decorreram, precisamente, dos posicionamentos extremos.

É necessário recordar que a validade da elaboração científica encontra-se, justamente, na sua utilidade e adequação para a solução de problemas concretos, que constitui seu verdadeiro banco de provas.¹⁵⁹

E o grande problema das teorias processuais e substanciais extremadas é sua relativa aptidão para o equacionamento de dúvidas pragmáticas, inerentes à sua aplicação, associada ao equívoco na própria concepção.

As teorias substanciais, por um lado, demonstravam excessivo apego ao direito material, de forma a praticamente subjugar a este o processo, ressuscitando a noção imanentista ou sincrética do direito de ação. Além disso, ao negar o reconhecimento de objeto próprio ao processo e ao exercício do direito de ação, criavam situações concretas inaceitáveis.

Seguindo tal linha de pensamento, se o objeto litigioso do processo fosse identificado com a relação jurídica de direito material, no caso de coincidência de situação substancial entre duas diferentes demandas, entre elas deveria ser reconhecida a litispendência ou a coisa julgada, em que pese a diversidade de pedidos, de partes, e de causa de pedir. A extensão dos limites da coisa julgada poderia ser levada a alcançar situações e pessoas estranhas ao que fora examinado no julgado, sempre que duas demandas tivessem como pano de fundo a mesma questão de direito.¹⁶⁰

Pela noção substancial da coisa julgada, haveria óbice à nova demanda em casos como de: a) improcedência de demanda de petição

no processo civil, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Ed., 1992, p. 58-61. Mitigando a importância da distinção, v.: DINAMARCO, *Fundamentos do processo civil moderno*, cit., vol. I, p. 265-267; idem, *Instituições de direito processual civil*, cit., vol. II, p. 180 e ss.

¹⁵⁹ É a precisa observação de Fazzalari (*Processo civile (diritto vigente)*, cit., p. 178).

¹⁶⁰ Cf. BELLAVITIS, Mario, op. cit., p. 29.

de herança de determinado bem, impedindo posterior ação, voltada a outro bem do espólio, em razão do reconhecimento da inexistência do direito à herança na primeira ação;¹⁶¹ b) improcedência de cobrança de multa contratual por vício no instrumento do contrato, impedindo outra ação destinada à cobrança de prestações ou aluguéis vencidos; c) improcedência de ação de cobrança por nulidade do instrumento de confissão de dívida, vedando ulterior cobrança fundada na própria relação causal; d) improcedência da ação de usucapião, inviabilizando a possessória, por ter sido reconhecida, na primeira demanda, a inexistência da posse.

Em todos estes exemplos, a *res iudicata* estaria abrangendo toda a relação jurídica de direito material, independentemente da diversidade dos elementos da ação, como a causa de pedir, o pedido, e até mesmo os sujeitos.

De outro lado, as teorias que sustentavam o caráter essencialmente processual do objeto do processo também não resolveram adequadamente o problema.

Denotavam desconhecimento do escopo instrumental do direito processual, destacando a visão puramente autonomista do processo e do direito de ação. Tiveram como resultado, também, soluções inadequadas para situações concretas.

Exemplificando, fosse correta a idéia de que o objeto do processo consiste exclusivamente no pedido, a improcedência da ação buscando a condenação ao pagamento de quantia em dinheiro impediria, definitivamente, que a mesma soma fosse pretendida pelo mesmo autor em face do mesmo réu, ainda que em função de outra dívida.

Estes poucos exemplos referentes a hipóteses extremas das linhas de pensamento distintas – teorias substanciais e processuais – demonstram sua impropriedade.

A revisão doutrinária feita anteriormente¹⁶² provoca a intuição de que a melhor definição do objeto litigioso do processo está em uma solução intermediária, de consenso.

E não poderia ser diferente. Se uma definição substancial do objeto do processo demonstra apego à concepção imanentista do direito de ação, e se uma concepção processual suscita a filiação à idéia absolutamente autônoma daquele direito, a melhor resposta estará na visão instrumentalista: o processo deve ser visto como meio para a atuação do direito material, não existindo, portanto, sem este, em que pese a necessidade de reconhecimento de sua independência.

¹⁶¹ Exemplo formulado por Cruz e Tucci (*A causa petendi no processo civil*, cit., p. 79).

¹⁶² V. particularmente a elaboração de Schwab, *supra*, item 2.1.3.1.

No correto enfoque – instrumentalista – do processo, não se pode fugir à solução consensual para o entendimento do objeto litigioso do processo.

Isso acabou ocorrendo naturalmente. Ao longo do tempo, os estudiosos do tema foram propendendo ao reconhecimento de que a *res in iudicio deducta*, efetivamente, deve ser identificada pela pretensão processual ou pedido. Sem desconsideração, porém, dos fundamentos invocados, que, embora não integrem a pretensão processual, permitem sua correta interpretação e delimitação.¹⁶³

Só essa visão intermediária ou consensual, que busca a aproximação das tendências processuais e substanciais – representando, quiçá, uma fusão entre elas –, pode levar a soluções apropriadas e cientificamente válidas, pela sua uniformidade de raciocínio e razoabilidade de respostas.

É a compreensão do objeto litigioso do processo como pretensão processual iluminada pela sua motivação, consistente na causa de pedir. Ou em outra dicção cuja essência é a mesma, entendimento da *res in iudicio deducta* como direito feito valer, ou meramente afirmado – *in status assertionis* –, emoldurado no pedido e explicitado pela *causa petendi*. Desse modo, o direito substancial feito valer ingressa no processo “filtrado” pela demanda.¹⁶⁴

É a única noção adequada para a construção de respostas compatíveis entre si, para todos os problemas concretos decorrentes do desenvolvimento do processo em juízo.

2.1.7 Substanciação ou individuação

O problema da individuação ou da substanciação da demanda, que se manifesta na elaboração da causa de pedir, tem como origem remota a distinção feita pelos romanos no tocante às ações envolvendo direitos reais e direitos pessoais.

¹⁶³ Nesse endereçamento – caminhando para o consenso – foram v.g. as tratativas elaboradas por Ernesto Heinitz (*I limiti oggettivi della cosa giudicata*, cit., p. 143 e ss.), Augusto Cerino Canova (*La domanda giudiziale e il suo contenuto*, *passim*, especialmente p. 172 e ss.), Elio Fazzalari (*Note in tema di diritto e processo*, cit., p. 109 e ss.; *Istituzioni di diritto processuale*, cit., p. 269 e ss. e 354-356; *Processo civile (diritto vigente)*, cit., p. 148-150), Walter J. Habscheid (*L'oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco*, cit., *passim*; *Giurisdizione civile e processo civile nella repubblica federale tedesca*, cit., p. 650) e Sergio Menchini (*I limiti oggettivi del giudicio civile*, cit., p. 45) etc.

¹⁶⁴ Cf. MANDRIOLI, Crisanto, op. cit., p. 467.

Como já referido,¹⁶⁵ admitiam os juristas de então a necessidade de maior fundamentação da demanda na hipótese das ações pessoais, pois a mesma obrigação reclamada em juízo podia subsistir mais de uma vez (ao mesmo tempo e com idêntico conteúdo) entre as (mesmas) partes,¹⁶⁶ o que não se verificava nas ações reais.

Ao longo do tempo, a consolidação do diverso enfoque dado à configuração da causa de pedir, nas duas espécies de ações acima referidas, levou à generalização e ao distanciamento da própria razão de ser existente na origem da distinção – a espécie de direito material envolvido. Chegou-se, assim, à construção das duas teorias distintas relacionadas à elaboração da demanda, e mais especificamente da *causa petendi*.

Sintetizando, pela teoria da *substanciação* a demanda judicial deve ser elaborada mediante a descrição dos fatos constitutivos do direito (*causa agendi remota*), enquanto para a teoria da *individuação* é necessário que o autor esclareça o direito ou a relação jurídica afirmada (*causa agendi proxima*).¹⁶⁷

Do ponto de vista da substanciação da demanda, o fato constitutivo é que contribui para sua delimitação; enquanto para o enfoque da individuação é o direito afirmado, isto é, feito valer, que especifica a demanda.¹⁶⁸

¹⁶⁵ Cf. n. 24, *supra*, item 2.1.1.

¹⁶⁶ Cf. Emilio Betti (Causa (diritto romano), *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet, 1959, vol. III, p. 31), que se refere ao seguinte trecho do Digesto: “Paul. 70 ad ed. D. 44, 2, 14, 2: “Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod, cum eadem res ab eodem mihi debeat, singulas obligationes singulae causae sequuntur nec ulla earum alterius petitione vitantur: at cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae a petitione adprehenduntur neque enim amplius qual semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest”. Como salienta José Rogério Cruz e Tucci, em tradução livre do passo referente à lição de Paulo, afirmava o jurista romano que “as ações pessoais distinguem-se das reais: quando a mesma coisa me é devida por uma determinada pessoa, cada uma das causas segue cada uma das obrigações, e nenhuma delas é viciada pela demanda concernente à outra” (A causa petendi *no processo civil*, cit., p. 41).

¹⁶⁷ Nesse sentido: FAIREN GUILLÉN, Victor, *La transformación de la demanda en el proceso civil*, Santiago de Compostela, Porto, 1949, p. 21-22; GIANNOZZI, Giancarlo, *La modificación della domanda nel processo civile*, Milano, Giuffrè, 1958, p. 35-36; RICCI, Gianfranco, “Individuazione” o “sostanziazione” nella riforma del processo civile, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 4 (1995): 1229-1233; HEINITZ, Ernesto, op. cit., p. 146; CERINO CANOVA, n. 4 (1995): 1229-1233, HEINITZ, Ernesto, op. cit., p. 46; entre outros.

¹⁶⁸ Cf. RICCI, Gianfranco, “Individuazione” o “sostanziazione” nella riforma del processo civile, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, cit., p. 1229-1230 e 1233.

As conseqüências da adoção de uma ou outra linha de pensamento são inúmeras e diversas. Vale exemplificar.

Partindo-se da substanciação da demanda, em sistemas que adotem restrições à sua alteração após a propositura, qualquer mudança relacionada aos fatos constitutivos leva à modificação proscribida da causa de pedir.¹⁶⁹

Entretanto, ficam excluídos da abrangência da eficácia preclusiva da coisa julgada os fatos não alegados pelo autor, que poderão fundamentar, futuramente, outra demanda a respeito do mesmo direito. Nota-se, assim, que os fatos constitutivos são imperativos para a identificação da ação, o estabelecimento dos limites à atuação jurisdicional, à possibilidade de modificação da demanda, e para a própria coisa julgada.

Decorre disso, também, a "aceleração" no procedimento (solução da demanda), mas não quanto ao encerramento definitivo da crise verifica no direito material, pela possibilidade de ulterior demanda a respeito do mesmo problema concreto.¹⁷⁰

São conseqüentes a esse raciocínio, igualmente, as afirmações de que os fatos são apanágio da parte, e de que o direito cabe ao juiz (*da mihi factum dabo tibi ius e iura novit curia*).¹⁷¹ Este, contudo, dentro dos limites do *thema decidendum*, fixado por meio dos fatos invocados pelo autor, como material para sustentação do direito feito valer.¹⁷²

É oportuna a observação de que a regra da eventualidade acaba funcionando como pressuposto da teoria da substanciação. Isso em função da exigência da narração simultânea e inicial de todos os fatos que dão margem à pretensão do autor (reconhecidos como *causa petendi remota*), associada ao enquadramento ou qualificação jurídica da situação afirmada, *in status assertionis* (definida esta como *causa petendi proxima*).¹⁷³

Já na teoria da individuação da demanda, como esta se identifica pelo conteúdo do direito deduzido, ficam absorvidos todos os fatos que

¹⁶⁹ Cf. FAIREN GUILLÉN, Victor, op. cit., p. 23 e 70.

¹⁷⁰ Nesse sentido, v.g.: CERINO CANOVA, La domanda giudiziale e il suo contenuto, cit., p. 136; RICCI, Gianfranco, "Individuazione" o "sostanziazione" nella riforma del processo civile, cit., p. 1237; Joel Dias Figueira Jr., *Comentários ao CPC*, São Paulo, RT, vol. 4, tomo II, p. 45-46.

¹⁷¹ Cf. FAIREN GUILLÉN, Victor, *La transformación de la demanda en el proceso civil*, cit., p. 25.

¹⁷² V., a respeito, Aldo Attardi (*Diritto processuale civile*, 3. ed., Padova, Cedam, vol. I, p. 98-103) e ainda Gianfranco Ricci (*Principi di diritto processuale generale*, 3. ed., Torino, Giappichelli, 2001, p. 266-268), com interessantes exemplos de aplicação da máxima *iura novit curia*.

¹⁷³ Cf. CRUZ E TUCCI, A *causa petendi* na ação de usucapião extraordinária, *Processo civil, evolução, 20 anos de vigência*, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 160.

servem à sustentação do direito invocado em juízo. Inviabiliza-se que, em ulterior ação, seja formulada a mesma pretensão, com amparo em fatos já existentes na época da primeira ação, ainda que não alegados.

Aqui, os fatos jurídicos servem apenas para a prova do direito alegado, não para sua identificação.¹⁷⁴

Conseqüência da individuação é o retardamento na solução da demanda – em função da ampla possibilidade de variação quanto aos fatos constitutivos, com introdução de novas deduções pelo autor, desde que inalterado o direito afirmado –, com a contrapartida da obtenção da resposta definitiva para a controvérsia verificada no direito material. Só a modificação do direito alegado induziria à alteração proibida da demanda.¹⁷⁵

A discussão gira em torno, em síntese, do conteúdo mínimo da demanda deduzida em juízo.

Fator que contribuiu para o acirramento dos debates e incertezas a respeito da prevalência de uma ou outra das teorias foi a imprecisão dos textos legislativos a respeito. Exemplo disso foi a edição da ZPO alemã em 1879, que, fazendo referência, no § 230, apenas ao "fundamento da pretensão deduzida" como exigência da petição inicial, levou estudiosos a concluir que os fatos podiam ser dispensados na descrição inicial feita na demanda.¹⁷⁶

A discussão verificou-se também na Itália, com as sucessivas reformas processuais implementadas em 1942, 1950, 1973 (*rito del lavoro*), e na década de 1990. Como se sabe, em cada qual dessas oportunidades o legislador italiano propendeu para um sistema mais ou menos rígido quanto às preclusões, regra da eventualidade, e conseqüentemente quanto à necessidade de maior ou menor especificação dos fatos no ato inicial da demanda (*citazione* ou *ricorso*, conforme o caso). Com as idas e vindas do legislador, os debates voltaram-se à busca da identificação da opção que estaria sendo adotada pelo sistema processual codificado, a substanciação ou a individuação.¹⁷⁷

¹⁷⁴ Cf. CRUZ E TUCCI, A *causa petendi* na ação de usucapião extraordinária, cit., p. 160.

¹⁷⁵ Cf. FAIREN GUILLÉN, Victor, op. cit., p. 23.

¹⁷⁶ Nesse sentido: CERINO CANOVA, op. cit., p. 46 e ss.; CRUZ E TUCCI, A *causa petendi no processo civil*, cit., p. 90.

¹⁷⁷ A questão será retomada no exame do direito comparado. Cf. *infra*, item 4.1, subitens 4.1.1. a 4.1.6. Na doutrina se manifesta a discussão em inúmeros trabalhos, v.g.: RICCI, Gianfranco, "Individuazione" o "sostanziazione" nella riforma del processo civile, cit., p. 1228 e 1238; *idem*, L'allegazione dei fatti nel nuovo processo civile, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc. 3 (1992): 835; PROTO PISANI, Andrea, La nuova disciplina della nullità dell'atto di citazione, *Il Foro Italiano*, fasc. 4 (1991): 177-213, *passim*.

No Brasil, do mesmo modo, teve curso o debate. Tem prevalecido na doutrina a posição segundo a qual, por força do art. 282, III, do CPC, referindo-se à necessidade de a petição inicial conter a exposição dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido, teria sido adotada a teoria da substanciação. O mesmo raciocínio predominava na vigência do CPC de 1939, em razão da similar redação do art. 158, III, daquele Código.¹⁷⁸

Entretanto, a exigência legal da exposição dos fatos não pode ser admitida, por si só, como acolhimento de uma teoria em detrimento de outra.¹⁷⁹ Isso pode ser justificado como adoção de técnica processual, relacionada à eventualidade e conseqüentemente, v.g., à maior celeridade na decisão, amplo exercício do direito de defesa, fixação e preparação do *thema disputandum* e do *thema probandum* desde princípio etc.¹⁸⁰

Analisando criticamente o problema sobre a adoção pelo sistema codificado brasileiro de uma ou outra teoria, e procurando retornar às origens da distinção, pode-se caminhar para a conclusão de que a solução da dúvida não deve ser dada por uma resposta excludente. O raciocínio que opta por uma das doutrinas com a exclusão da outra em verdade realiza análise superficial do tema, desconhecendo sua verdadeira ratio.

A substanciação e a individualização da demanda, pela elaboração da *causa petendi*, são apenas dois lados da mesma moeda. Os acontecimentos históricos não têm significado para a identificação da demanda,

ATTARDI, Aldo, Le preclusioni nel giudizio di primo grado, *La riforma del processo civile*, Padova, Cedam, 1992, p. 94-95; GASBARRINI, Elisabetta, Osservazioni in tema di modifica della domanda, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fac. 4 (1995): 1253-1311, *passim*; GRASSO, Eduardo, Interpretazione della preclusione e nuovo processo civile in primo grado, *Rivista di Diritto Processuale*, ano XLVIII (2.ª serie), n. 3, jul.-set. (1993): 646 e ss.; COSTA, Sergio, Domanda giudiziale, *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet, 1957, vol. VI, p. 163; etc.

¹⁷⁸ Nesse sentido: CRUZ E TUCCI, A causa petendi no processo civil, cit., p. 143 e ss; idem, A causa petendi na ação reivindicatória, cit., p. 22-24; ASSIS, Araken de, *Cumulação de ações*, 3. ed., São Paulo, RT, 1998, p. 135; SANTOS, Moacyr Amaral dos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, 14. ed., São Paulo, Saraiva, 1990, vol. 2, p. 135; CALMON DE PASSOS, José Joaquim, *Comentários ao CPC*, 8. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000, vol. III, p. 160; PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao CPC*, 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, tomo IV, p. 17; ARRUDA ALVIM NETO, *Manual de direito processual civil*, cit., vol. 2, p. 238; entre inúmeros outros.

¹⁷⁹ Nesse sentido: RICCI, Gianfranco, L'allegazione dei fatti nel nuovo processo civile, cit., p. 852; PROTO PISANI, Andrea, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 69; idem, La nuova disciplina della nullità dell'atto di citazione, cit., p. 205-206.

¹⁸⁰ Cf. MENCHINI, Sergio *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., p. 205.

senão quando referidos a uma *fattispecie*, e, do mesmo modo, esta não se concretiza na demanda se não é invocada com referência a determinados fatos constitutivos.¹⁸¹ As duas teorias, desse modo, não se excluem, mas complementam-se mutuamente, buscando a identificação do objeto do processo a partir de pontos de vista ou métodos distintos.¹⁸²

Em verdade, as duas construções doutrinárias se avizinham, pois figuram como faces da mesma realidade. A alegação dos fatos constitutivos e do efeito jurídico decorrente nada mais é que a indicação de aspectos perfeitamente compatíveis e complementares, do ponto de vista da *fattispecie* substancial e das conseqüências que dela advém.¹⁸³

O melhor encaminhamento para a resposta à dúvida examinada envolve-se no sentido de admitir a aproximação das duas teorias e sua compatibilização. É necessário deslocar-se o ponto de partida, no exame do tema, para o tipo de direito material tutelado. É imprescindível analisar as peculiaridades da *fattispecie* substancial deduzida em juízo.

Desse modo, a maior ou menor substanciação da demanda, pela causa de pedir, estará ligada à descrição suficiente dos fatos, com maior ou menor detalhamento, de acordo com a modalidade de direito material deduzido, *in status assertionis*.

Essa solução intermediária – afastando-se da contraposição entre individualização e substanciação –, não está em conflito, v.g., com o art. 282, III, do CPC brasileiro, pois a exigência de indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos do pedido não especifica em que medida tal narrativa deva ser feita. É razoável, desse modo, noticiar fatos constitutivos *na medida do imprescindível* à configuração do direito feito valer em juízo.¹⁸⁴

Parte dessa idéia autorizada doutrina que, examinando a hipótese da ação de usucapião extraordinária, relativiza a importância da descrição factual na causa de pedir. A particularidade no enfoque, como afirmado, verifica-se nas características da *fattispecie* traçada pelo direito material.¹⁸⁵

Segundo se aduz, o título hábil é presumido pelo legislador, em decorrência do lapso temporal inerente à posse, dispensando-se a demons-

¹⁸¹ Nesse sentido: MANDRIOLI, Crisanto, op. cit., p. 473-474.

¹⁸² Nesse sentido: FAIREN GUILLÉN, Victor, op. cit., p. 71-72; DE STEFANO, Giuseppe, Per una teoria dell'oggetto del processo, cit., p. 229; idem, *Azione civile*, cit., p. 53-54.

¹⁸³ Cf. FAZZALARI, Elio, *Note in tema di diritto e processo*, cit., p. 118.

¹⁸⁴ Essa parece ser a posição adotada por Ovídio A. Baptista da Silva (Limites objetivos da coisa julgada no direito brasileiro atual, *RevPro* 14-15 (1979): 45-71 e 68-69).

¹⁸⁵ A referência é feita ao art. 550 do CC/1916, matéria atualmente disciplinada no art. 1.238 do CC/2002.

tração de boa-fé por parte do possuidor. Desse modo, o autor estará constricto a noticiar, como causa de pedir, os requisitos para a aquisição da propriedade por meio da usucapião extraordinária, isto é, a caracterização física do imóvel associada à simples afirmação da posse pelo prazo legal, ininterrupto e sem oposição. Nesse contexto, será dispensável a narração com respeito à origem da posse – fato secundário ou simples alegação, com relação à *causa petendi* –, em que pese sua utilidade eventual para facilitar o reconhecimento pelo juiz da incidência da presunção legal. Evidentemente, como consequência dessas considerações, em caso de improcedência não será possível aforar nova demanda para o reconhecimento da usucapião extraordinária, se fundada em posse anterior à propositura da primeira ação.¹⁸⁶

A mesma linha de argumentação acaba por alcançar as ações relativas aos direitos reais em geral. Vem a observação de que nestas, particularmente na ação reivindicatória, a narrativa inerente à *causa petendi* mostra-se mais suave, se comparada com a maior complexidade dos fatos constitutivos nas demais espécies de ações referentes a direitos pessoais. Não pode ser dispensada assim, na inicial da reivindicatória, a asserção relativa ao título de aquisição da propriedade como causa de pedir remota (compra e venda, usucapião, sucessão *causa mortis*), à qual estará delimitada a demanda (fato essencial). As demais circunstâncias noticiadas (local da aquisição, data, preço, partes no negócio etc.), serão irrelevantes à configuração do direito substancial afirmado (fatos secundários), embora sejam úteis à sua comprovação.¹⁸⁷

Ainda que com outra dicção, pretende a mesma conclusão a doutrina que identifica a causa de pedir, na ação reivindicatória, com as seguintes afirmações: (a) o fato constitutivo (título de domínio); (b) a relação jurídica; (c) a pretensão de direito subjetivo particular (*diritto singolo*); (d) o fato do réu contrário ao direito afirmado pelo autor (fato violador). Assim, a necessidade de indicação dos “fundamentos jurídicos do pedido” na inicial em verdade deve ser compreendida como a narrativa da relação jurídica controvertida e do direito particular do demandante aí surgido. Isso seria reflexo de um equilíbrio entre as teorias da substanciação e da individuação, pois a lei exige a alegação de ambos os elementos indicativos de cada uma das teorias – fatos e fundamentos jurídicos.¹⁸⁸

¹⁸⁶ É a síntese do posicionamento de Cruz e Tucci (A *causa petendi* na ação de usucapião extraordinária, cit., p. 168; e A *causa petendi* no processo civil, cit., p. 255-256).

¹⁸⁷ Cf. CRUZ E TUCCI, A *causa petendi* na ação reivindicatória, cit., p. 29, idem, A *causa petendi* no processo civil, cit., p. 247, 249-250.

¹⁸⁸ Cf. BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio, A *causa petendi* nas ações reivindicatórias, cit., p. 196-197; idem, Conteúdo da causa de pedir, RT 564 (1982): 48-49.

Observa-se, assim, que a divergência existente entre as duas doutrinas (individuação e substanciação), em verdade, é mais de ponto de vista que substancial. Ademais, o aspecto central e sensível onde reside a diversidade é, justamente, a hipótese dos direitos reais – e, com igual razão, os direitos absolutos em geral. É nesse particular que elas se distanciam, o que não ocorre em relação aos direitos obrigacionais.¹⁸⁹

2.1.8 Direitos relativos e absolutos

A distinção entre direitos absolutos e relativos guarda estreita relação com o problema da substanciação ou individuação da demanda judicial, bem como com a questão das ações autodeterminadas e heterodeterminadas.

Parte-se de uma concepção inerente ao direito material, para melhor compreender situações que se apresentam no âmbito do direito processual.

Ressalve-se que toda e qualquer classificação em direito está sujeita a críticas, havendo quem afirme que cada autor possui sua própria sistematização.¹⁹⁰

De todo modo, pela utilidade da distinção, é oportuno examiná-la.

A classificação em epígrafe leva em conta a eficácia do direito subjetivo com relação a outras pessoas, que não seu próprio titular.

Os *direitos absolutos*, nessa visão, são aqueles que possuem eficácia universal, importando sujeição de todas as demais pessoas em relação ao respectivo titular. A este direito corresponde um dever geral de abstenção com relação a qualquer turbação quanto a seu gozo e fruição.

Já os *direitos relativos* são os que geram uma eficácia ou dever particular apenas sobre uma ou mais pessoas determinadas, que se encontram constrictas a fazer ou deixar de fazer alguma coisa.¹⁹¹

¹⁸⁹ Nesse sentido: CERINO CANOVA, op. cit., p. 48; BOTELHO DE MESQUITA, A *causa petendi* nas ações reivindicatórias, cit., p. 190; COSTA, Sergio, Domanda giudiziale, cit., p. 163.

¹⁹⁰ Nesse sentido: DE RUGGIERO, Roberto, *Instituições de direito civil*, trad. da 6. ed. italiana, por Paolo Capitano, Campinas, Bookseller, 1999, vol. 1, p. 277. Para a síntese das críticas formuladas pela doutrina em face da classificação em exame, v.: SANTORO PASSARELLI, Francesco, *Diritti soggettivi* (diritti assoluti e relativi), *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1964, vol. XII, p. 748 e ss.

¹⁹¹ Nesse sentido: DE RUGGIERO, op. cit., vol. 1, p. 278; SANTORO PASSARELLI, *Diritti soggettivi* (diritti assoluti e relativi), cit., p. 748; PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, Campinas, Bookseller, 2000, tomo 5, p. 305-306.

Assim, sobre a eficácia do direito, verifica-se que os absolutos podem ser invocados e feitos valer *erga omnes*, ao passo que os relativos só admitem sua sustentação em confronto com uma ou algumas pessoas.¹⁹²

É verdade que a distinção partiu, inicialmente, da contraposição entre a diversa configuração e estrutura da relação jurídica material nos direitos reais e de crédito. Mas a ela não se limita. A doutrina vem afirmando que a categoria dos direitos absolutos engloba, além dos (a) direitos reais de gozo, (b) os direitos sobre bens imateriais, (c) os direitos da personalidade (nome, imagem, privacidade, honra, vida, liberdade etc.) e (d) os direitos de *status civitatis* e de família, em uma crescente evolução e abrangência do conceito.¹⁹³

Vale dizer, v.g., que: a) uma vez adquirido o direito real de gozo, seu conteúdo é único (propriedade, uso, usufruto, habitação, servidão etc.), bastando indicar seu título de constituição, sendo desnecessário descrever o modo de sua formação para individualizá-lo; b) uma vez formado o direito de personalidade ou de *status civitatis* ou de família, como o nome, a imagem, a situação do herdeiro, a condição de casado, a de filho, a de eleitor, tal situação jurídica é única, sendo prescindível demonstrar o modo pelo qual se configurou, bastando simplesmente afirmá-la.

Particularmente com relação a direitos reais, é necessário diferenciar: tratando-se de direitos reais de gozo (propriedade, uso, habitação, servidão, usufruto, superfície etc.), enquadram-se no rol daqueles considerados absolutos. Sua eficácia é geral, impondo dever de respeito e abstenção a todas as pessoas, não podendo subsistir mais de uma vez em relação ao mesmo titular.

Entretanto, quanto aos direitos reais de garantia (v.g., penhor, hipoteca etc.), ficam despidos daquela característica, na medida em que podem ser instituídos em mais de uma oportunidade, ao mesmo tempo, em relação ao mesmo bem, para fins de asseguuração de duas ou mais obrigações distintas.

Tais observações são relevantes para o exercício da demanda em juízo. Destaca-se que a necessidade de maior ou menor substanciação, no que toca à elaboração da causa de pedir, é decorrente das peculiaridades do direito feito valer (afirmado) pelo autor.

É evidente que não se pode olvidar, nesse particular, que no sistema processual brasileiro é clara a exigência de exposição, na inicial, dos fatos

¹⁹² Cf. SANTORO PASSARELLI, *Diritti soggettivi (diritti assoluti e relativi)*, cit., p. 748. No mesmo sentido: CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*, cit., vol. I, p. 26-27.

¹⁹³ Cf. SANTORO PASSARELLI, *Diritti soggettivi (diritti assoluti e relativi)*, cit., p. 748 e 753-755.

e dos fundamentos jurídicos do pedido (art. 282, III, do CPC). Seria inepta destarte, por exemplo, petição inicial de ação reivindicatória em que o autor afirmasse, pura e simplesmente, ser titular do direito de propriedade. É necessária a indicação da origem do direito de propriedade como fato essencial da demanda (v.g., direito de propriedade decorrente de compra e venda registrada, doação, sucessão *mortis causa* etc.). Os demais dados noticiados configuram fatos secundários (peculiaridades da escritura, data, local etc.), irrelevantes para a identificação da *res in iudicio deducta*.¹⁹⁴

Isso demonstra que a "substanciação" da demanda, na hipótese do direito real de gozo, acaba sendo, efetivamente, menos intensa do que ocorre em casos de direitos relativos, como v.g., no direito de crédito: neste caso, o autor deve descrever detalhadamente todas as circunstâncias relativas à constituição do seu direito, que aqui têm caráter de essencialidade no que toca à configuração da causa de pedir.

Note-se que não se pode concordar, pura e simplesmente, com a doutrina que vê como causa de pedir, nos direitos reais, a mera afirmação do direito de propriedade, independentemente do título de aquisição, com a conseqüente possibilidade de variação do título, sem que isso caracterize mutação vedada da demanda. Tal raciocínio é fundado na "absorção" de todos os títulos de aquisição pelo direito dominial ou então na idéia de que o que importa é a aquisição originária (usucapião, ocupação, acesso), que "cobriria" os títulos derivados (compra e venda, doação, sucessão).¹⁹⁵

Desse modo, pode-se afirmar que nas demandas relacionadas a direitos absolutos, os fatos são imprescindíveis *na medida do necessário* a identificar o conteúdo do direito afirmado.¹⁹⁶ Vale imaginar hipóteses a respeito.

Em demanda que pleiteie o respeito a determinada servidão imobiliária, a causa de pedir deverá conter a descrição do imóvel dominante, do gravado com o ônus, e o título que veio a constituí-lo. Este é o dado (fato constitutivo) essencial para a caracterização do conteúdo do direito deduzido - v.g. direito de servidão de águas ou de passagem. Outros dados (fatos secundários) poderão ser alegados, como os motivos da instituição da servidão, as peculiaridades do local, a necessidade concreta de respeitá-la etc. Mas serão prescindíveis à configuração da pretensão processual deduzida.

¹⁹⁴ Cf. CRUZ E TUCCI, *A causa petendi no processo civil*, cit., p. 249.

¹⁹⁵ Idéias esposadas, v.g., por Corrado Ferri (*Struttura del processo e modificazione della domanda*, Padova, Cedam, 1975, p. 159-162).

¹⁹⁶ Nesse sentido, ao menos parcialmente, Sérgio Menchini (op. cit., p. 207). A posição desse autor, todavia, é mais extrema - contrariamente ao que vem sendo sustentado neste trabalho - ao concluir, v.g., que a modificação do título de aquisição na ação real (usucapião, antes que compra e venda) não importa novidade na demanda.

No exemplo, ainda que outra servidão exista com relação ao mesmo imóvel, como tal direito se constitui com referência a outro fundo dominante, não haverá confusão entre as duas situações que gravam o bem em questão. Ademais, na maioria dos casos, outra fração do imóvel gravado estará sendo onerada.

Na hipótese de ação voltada ao exercício de direitos de uso, usufruto ou habitação, bastará, do mesmo modo, descrever o imóvel e indicar o título de constituição do direito real de gozo (escritura pública, testamento etc.), que será o fato essencial. Outros dados inerentes ao titular do direito, ao instituidor, às razões do ato de instituição, à finalidade do empenho do bem serão prescindíveis à configuração do direito afirmado.

Também nas hipóteses dos direitos de personalidade, de *status civitatis* e de família, a tendência é de que a substanciação seja tênue. Vale recordar que os direitos da personalidade (v.g. imagem, nome, honra etc.) são adquiridos com o nascimento, e perecem com a morte de seu titular. Por essa razão, o fato que os constitui acaba sendo sempre o mesmo, ou seja, o nascimento com vida. O herdeiro necessário que formula petição de herança deve deduzir seu direito sucessório com base na relação de parentesco, que comporta simples afirmação, salvo no caso em que se dependa, v.g., do reconhecimento judicial, como na investigação de paternidade.¹⁹⁷

As coisas passam-se de modo diverso nos direitos relativos. Como podem subsistir mais de uma vez vários direitos similares, entre as mesmas partes, sendo contudo distintos, o fato constitutivo ganha maior relevo. Exige-se maior detalhamento na formulação da demanda, particularmente na elaboração da *causa petendi*. Basta imaginar o que ocorre com os direitos de crédito em geral e com os direitos reais de garantia.¹⁹⁸

Quem propõe ação de cobrança deve indicar detalhadamente os fatos jurídicos que deram margem ao respectivo direito obrigacional: a existência de determinado contrato, a data da estipulação, seu objeto, partes, obrigações dos sujeitos envolvidos, valor etc.. Isso por ser possível a existência de outro crédito do mesmo valor, entre as mesmas partes, surgido na mesma data, porém referente a outra relação obrigacional ou negócio jurídico.

Estes exemplos ilustram a diversa gradação da narrativa fática, no contexto causal das ações relacionadas às duas espécies de direitos mencionados.

¹⁹⁷ Idem, ibidem, p. 208-218, para ulteriores exemplos, seguindo a mesma linha de raciocínio desenvolvida no texto acima.

¹⁹⁸ Idem, ibidem, p. 219-232.

2.1.9 Demandas autodeterminadas e heterodeterminadas

Na mesma linha de pensamento desenvolvida na análise das teorias da substanciação e da individuação, e dos direitos absolutos e relativos, insere-se a questão da diferenciação entre demandas autodeterminadas e heterodeterminadas.

Estabelecida a premissa de que há diversidade de eficácias do direito material com relação a terceiros, e transportando essa construção para o direito processual, chega-se à conceituação em epígrafe.

As demandas *autodeterminadas*, desse modo, são identificadas por meio do conteúdo do direito material deduzido. Pela eficácia *erga omnes* de tais direitos, que provocam sujeição geral de terceiros e não podem coexistir mais de uma vez entre as mesmas partes com idêntico conteúdo, basta identificar o conteúdo do direito deduzido para especificar a *res in iudicio deducta*.

Já as demandas *heterodeterminadas* são identificadas pelo fato constitutivo, pois é por seu intermédio que se torna possível esclarecer o conteúdo do direito deduzido. Ressalta, aqui, a importância do fato jurídico, porque o mesmo direito pode subsistir mais de uma vez, com idêntico conteúdo, entre as mesmas partes.¹⁹⁹

Trata-se desse modo da aplicação processual da idéia advinda do direito material. Especifica-se a distinção originada na contraposição entre direitos reais e de crédito, inicialmente, que posteriormente foi extrapolada como contraposição entre direitos absolutos e relativos.

Todavia, não há correspondência perfeita entre a idéia oriunda do direito material e sua aplicação no âmbito do processo. Em verdade, a categoria das demandas autodeterminadas utiliza o conceito de direitos absolutos, mas não se limita a eles. Isso porque também devem ser inseridos em seu contexto, além da hipótese dos direitos reais de gozo, de personalidade, de *status civitatis* e de família, os direitos reais de crédito a uma prestação específica, ou seja, os casos de obrigações infungíveis. Aqui vale também a idéia de que não podem coexistir mais de uma vez, simultaneamente, entre as mesmas partes.

Pode-se exemplificar. Imagine-se a obrigação assumida por um artista de elaborar uma obra com determinada peculiaridade (retrato do

¹⁹⁹ Sobre a distinção: CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., p. 177 e ss.; PROTO PISANI, Andrea, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 68-69; idem, *La nuova disciplina della nullità dell'atto di citazione*, cit., p. 205-206; VERDE, Giovanni, *Il nuovo processo di cognizione*, Napoli, Jovene, 1995, p. 7; MANDRIOLI, Crisanto, op. cit., p. 475-476; RICCI, Gianfranco, *L'allegazione dei fatti nel nuovo processo civile*, cit., p. 846-851.

Desse modo, a construção teórica sobre o tema ganha importância. Contribui para o correto entendimento dos fenômenos e incidentes relacionados ao desenvolvimento do processo judicial e para o seu adequado dimensionamento.

Nesse contexto, é relevante a distinção entre as locuções *objeto litigioso do processo* e *objeto do processo*. Isso, nada obstante não seja ela aceita de forma pacífica pela doutrina,²⁰⁵ e muitas vezes as expressões sejam usadas indistintamente, ou mesmo como sinônimas, sem preocupação com seu preciso significado, que só pode ser aferido dentro do conjunto textual de seu emprego.

Mesmo neste trabalho, tais locuções já foram algumas vezes utilizadas para refletir algo idêntico, até porque a forma mais abreviada – “objeto do processo” – acaba facilitando a dicção. Isso ocorre também, como fruto do emprego da práxis, com outros termos com significado preciso no Direito processual. Por vezes se emprega o termo “ação” no sentido de demanda, outras no sentido de processo, e em outras ainda com o significado de relação jurídica processual. Isso não retira, contudo, a consciência de seu real significado, em termos científicos, e a noção de que sua utilização, em cada um dos casos, tem uma finalidade própria.

Mas é relevante atentar para a diferença ontológica das expressões aqui examinadas.

Deve-se, no estudo do processo e dos fenômenos relativos à sua dinâmica, ter clara a noção de que há, pode-se dizer, uma linha imaginária que une, de um lado, a causa de pedir da demanda à motivação da sentença, e de outro, o pedido formulado pelo autor ao dispositivo da decisão. Isso ocorre por força do princípio da congruência ou correlação.²⁰⁶

Pode-se dizer que a demanda judicial figura, assim, como “projeto de sentença”. A meio caminho entre o planejado e o realizado na decisão, poderão ocorrer alterações advindas de peculiaridades no desenvolvimento da relação processual.

Ao formular sua demanda, o autor pretende uma solução para uma crise verificada no direito material (conflito de interesses), e aguarda um

215. No mesmo sentido: CAZETTA JÚNIOR, José Jesus, *Cumulação simples de pedidos e julgamento incompleto do recurso especial: variações em torno de uma questão polêmica*, in: CRUZ E TUCCI, José Rogério e BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.), *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*, São Paulo, RT, 2002, p. 444-445.

205 V., a respeito, as contribuições da doutrina nacional, *supra*, item 2.1.5. Note-se a admissão da distinção por autores como Arruda Alvim, José Rogério Cruz e Tucci e Sydney Sanches, e mitigação de sua importância por Cândido Rangel Dinamarco.

206 A respeito, v.: DINAMARCO, *Capítulos de sentença*, cit., p. 58 e 61.

provimento judicial apto a conferir-lhe determinado bem da vida (pedido imediato e mediato, respectivamente). Ampara sua pretensão, contudo, em afirmações com relação a fatos constitutivos e sua respectiva qualificação jurídica (causa de pedir remota e próxima, respectivamente). Parte, portanto, da dedução de pontos (afirmações com relação a fatos), que poderão tornar-se controversos em razão da atividade defensiva desenvolvida pelo demandado, passando, então, a figurar como questões.²⁰⁷

O juiz, ao examinar determinado processo, realizará, primeiramente, análise da presença ou não dos pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito (pressupostos processuais e condições da ação). Se positivo for o resultado, passará à verificação da pretensão do autor. Nessa fase, deverá observar se os fatos ocorreram efetivamente como afirmado pelo autor, se as normas de direito material invocadas são aplicáveis e se delas decorre a consequência pretendida pelo postulante (questões de mérito).²⁰⁸

Todavia, é necessário considerar que entre a formulação da demanda pelo autor (consubstanciada no pedido, iluminado pela causa de pedir), e a decisão, materializada no dispositivo esclarecido pela motivação, insere-se a atividade defensiva do réu. Esta faz que (a) pontos afirmados pelo autor e impugnados pelo réu transformem-se em questões (pontos duvidosos ou controversos), (b) sejam opostos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, e (c) sejam eventualmente deduzidas pretensões pelo próprio demandado (pedido contraposto, reconvenção, denunciação da lide, chamamento ao processo, ação declaratória incidental etc.).²⁰⁹

Essa observação permite concluir que nem sempre há coincidência entre o objeto do processo (ou objeto formal do processo, ou ainda objeto do conhecimento do juiz) e o objeto litigioso do processo (ou objeto material, ou mérito).²¹⁰

207 Sobre o conceito de questões, v. a célebre lição de Francesco Carnelutti (*Instituições do processo civil*, trad. de Adrián Sotero de Witt Batista, Campinas, Servanda, 1999, vol. I, p. 86-88), bem como a lúcida exposição de Dinamarco (*Fundamentos do processo civil moderno*, cit., tomo I, p. 240) com apoio em Francesco Menestrina (*La pregiudiziale nel processo civile*, Milão, Giuffrè, 1963), e em Carnelutti (*Instituições de direito processual civil*, cit., vol. III, p. 35-37).

208 V. por todos: DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, cit., vol. II, p. 184 e ss.

209 No mesmo sentido: ARRUDA ALVIM NETO, *Manual de direito processual civil*, cit., vol. I, p. 483-484.

210 A dicção entre parêntesis é preferida por Dinamarco (*Instituições de direito processual civil*, cit., vol. II, p. 187), que utiliza, como sinônimos as locuções, “objeto do processo” e “objeto litigioso do processo”. Mas diferencia o “objeto do processo” do “objeto do conhecimento do juiz”. Para o autor, o objeto do

Vale dizer, de outro modo, que: (a) a demanda judicial específica o direito substancial feito valer em juízo; (b) a afirmação de fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos interfere diretamente no exame da pretensão processual, para fins de seu acolhimento ou rejeição; (c) a coisa julgada forma-se com relação à decisão (dispositivo, comando da sentença, ou objeto do julgado); (d) com relação aos motivos da decisão, que partem do exame das questões (pontos controversos com relação a fatos do autor ou do réu), não ingressam no objeto da decisão. Opera-se com relação a estes, contudo, a eficácia preclusiva da coisa julgada, impedindo seu reexame em futuro processo, exclusivamente para o escopo de reapreciação de pretensão já julgada anteriormente.²¹¹

Essa visualização do problema, considerando o dinamismo do processo, deixa entrever a importância da distinção – independentemente da dicção utilizada – entre toda a matéria que é levada ao conhecimento do juiz (pontos e questões relacionados aos pressupostos de admissibilidade de julgamento do mérito, ou propriamente a este etc.) e aquilo que constitui, efetivamente, a pretensão ou pretensões processuais, deduzidas pelo autor e pelo réu. Apenas sobre estas recairá o julgamento, com a procedência ou improcedência, e formação da coisa julgada.

No que toca particularmente ao exame da superveniência no direito processual, de igual relevo se mostra a noção da diversidade existente entre o objeto do processo (ou objeto formal do processo, ou do conhecimento do juiz) e o objeto litigioso do processo (ou objeto material do processo, ou mérito).

Em relação àquilo que não se configura, no processo, como pretensão processual (v.g. exame de questões atinentes aos pressupostos processuais e às condições da ação), a ocorrência do efeito jurídico (fato ou direito) superveniente é evento corriqueiro. Ao menos a princípio, não deve gerar maiores dificuldades de solução. Como exemplos, basta imaginar a

conhecimento do juiz “é composto pelas questões relativas à admissibilidade do julgamento do mérito e pelas questões de mérito. Objeto do processo é o conjunto de todo o material lógico que o espírito do juiz capta e elabora de modo a saber se julgará o mérito e como o julgará (...). O objeto do conhecimento do juiz é também designado por objeto formal do processo, em oposição ao seu objeto material, que é o mérito”.

²¹¹ Nesse sentido: PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 63 e ss. Sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada: idem, *ibidem*, p. 67; e na doutrina nacional: José Carlos BARBOSA MOREIRA, A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro, *Temas de direito processual*, 1.ª série, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 97-109; GUIMARÃES, Luiz Machado, Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo, *Estudos de direito processual civil*, Rio de Janeiro e São Paulo, Ed. Jurídica e Universitária, 1969, p. 9-32.

situação, bastante comum, da satisfação dos pressupostos processuais ou condições da ação após a propositura da demanda (v.g., integração da capacidade postulatória no curso da ação, configuração superveniente do interesse de agir pelo vencimento da dívida na cobrança ou pelo decurso do prazo legal mínimo para a ação de separação ou divórcio etc.).

Já com relação à pretensão processual (pedido) e aos fatos e fundamentos jurídicos que a iluminam (causa de pedir), as dificuldades de equacionamento do problema da superveniência são maiores, em virtude da existência de regras relacionadas à estabilização da demanda, matéria cujo exame será aprofundado ulteriormente.

2.1.11 Tomada de posição sobre o tema: aproximação para o consenso

Do quanto foi exposto, pode-se concluir, com relativa tranquilidade, utilizando inclusive jargão popular, que “a virtude está no meio-termo”. A melhor solução para o problema da correta concepção sobre o objeto litigioso do processo, e para todas as dificuldades a ele relacionadas no desenvolvimento da relação processual em juízo caminha para a aproximação consensual entre os posicionamentos extremos.

Não há respostas definitivas em torno de um tema ainda hoje não pacificado. Mas em todas as oportunidades em que a doutrina especializada buscou equacionar as dúvidas correlatas, valendo-se de posições extremadas, chegou-se à percepção de que, em algum momento, ou quanto a alguma particularidade, a resposta oferecida não era satisfatória.²¹²

Daí a possibilidade de sugerir, nessa linha de pensamento, uma idéia mais clara do objeto litigioso do processo. Deve ser fruto da apreensão daquilo que cada tendência apresenta, de positivo, associado à realidade das concepções modernas. Deve, também, ser dotada de operacionalidade, uniformidade e aptidão para funcionar como ponto de partida apropriado para a resolução de dúvidas surgidas ao longo do desenvolvimento da relação processual em juízo.

Não há, aqui, intenção de absoluta originalidade, pois um pouco de tudo já foi dito por autores de escol. Contudo, explicitando-se tais idéias e sedimentando-as de forma clara, ter-se-á a hipótese de trabalho apta para prosseguir no exame do problema do direito superveniente no processo civil.

Tomando como base tais premissas, pode-se afirmar que o objeto litigioso do processo civil nada mais é que a pretensão processual.

²¹² A respeito, v. o exame da doutrina alemã e italiana, *supra*, itens 2.1.3 e 2.1.4.

consubstanciada no pedido formulado pelo autor ou pelo réu, nos casos e oportunidades admitidas pelo ordenamento, considerado tanto o provimento judicial pretendido (pedido imediato) como o bem jurídico (pedido mediato) para cuja proteção se pede a tutela jurisdicional. Sobre esta pretensão, também identificada por autorizada doutrina como o "mérito"²¹³ (ou utilizando a terminologia carneluttiana, a "lide" deduzida em juízo), é que recairá a decisão judicial, e sobre esta formar-se-á a coisa julgada.

Embora os fundamentos de fato e de direito (causa de pedir) não integrem a pretensão, esta não pode ser corretamente compreendida e delimitada sem a visualização daqueles, pois é por meio de tais fundamentos que os limites do objeto litigioso são precisamente definidos.

Dentro dessa linha de pensamento, buscando a aproximação entre direito material e processo, e recordando o caráter instrumental deste com relação àquele, deve-se ter em conta que a pretensão processual reflete o direito material deduzido, afirmado ou feito valer pelo autor ou réu (nas oportunidades em que este formule pedido), portanto não a real existência do direito material – pois a conclusão sobre sua existência depende do desfecho do processo e do julgamento de mérito –, mas sim sua dedução *in status assertionis*.

Isso nada mais é que, na elaboração da demanda judicial, a dedução de fatos, seu enquadramento em determinada moldura jurídica (*fattispecie* da qual pretende o demandante extrair certa consequência jurídica) e a formulação do pedido de tutela jurisdicional. Nessa explicação silogística, pode-se ver a aproximação da formulação de uma demanda judicial, analogicamente, à situação de alguma pessoa que explica certo evento verificado em sua vida, e para isso pede uma resposta.

Buscando um enquadramento sistemático para tais idéias é que se chega à utilização de importantes categorias jurídicas: a *causa petendi* e o *petitum*. Estes são úteis para emoldurar os dados concretos da vida ao formato exigido pelo ordenamento jurídico para o desenrolar de um processo judicial.

Não se deve perder de vista, finalmente, como já explicitado anteriormente,²¹⁴ que o modo como deverá ser elaborada a demanda judicial, com maior ou menor fundamentação quanto aos fatos ou títulos constitutivos do direito do demandante, estará diretamente ligado às peculiaridades, características e estrutura do direito material feito valer em juízo. Essa conclusão é decorrente da inevitável interação entre o direito material e o processo, e do reconhecimento do caráter instrumental deste em relação ao primeiro.

²¹³ V., a respeito, a contribuição de Cândido Rangel Dinamarco, *supra*, item 2.1.5.3.
²¹⁴ Remete-se, mais uma vez, aos confrontos realizados *supra*, nos itens 2.1.6. a 2.1.9.

Com essa concepção, aqui sintetizada como premissa geral, conseqüente à elaboração que vem sendo desenvolvida nesse trabalho, acredita-se na possibilidade de solução uniforme e coerente, para dúvidas correlatas ao tema. Basta lembrar dos problemas, reiteradamente mencionados pelos autores, v.g., de: identificação das ações, cúmulo de demandas, modificação da demanda, litispendência, coisa julgada, e outros como conexão, continência, competência, valor da causa etc.

Mais ainda: afirma-se a premissa necessária – clara noção do objeto litigioso – para o exame do problema do direito superveniente em face do processo já instaurado.

2.2 DIREITO SUPERVENIENTE

2.2.1 Concepção ampla

A locução "direito superveniente", como outras tantas corriqueiramente empregadas pelos operadores do direito, pode ser utilizada em vários e distintos significados, possuindo, assim, caráter equívoco.

Pela sua própria carga semântica, indica, numa primeira abrangente acepção, a noção de ordem jurídica que sobrevém a outra, já existente.

Ingressaria nesse contexto, assim, a idéia relacionada a toda e qualquer produção normativa (de qualquer espécie legislativa) ocorrida a partir de determinado momento, tomado como ponto de partida ou referente temporal na elaboração positiva do ordenamento jurídico.

Além disso, levaria em consideração a produção legislativa voltada tanto à regulação do direito material como do direito processual.

Esta visão amplificada da expressão "direito superveniente" traduz em dimensão prática as "leis" em sentido lato, elaboradas após dado momento por entes políticos aos quais a ordem constitucional outorgou o poder de legislar. Invoca, de modo praticamente intuitivo, o problema do estudo do direito intertemporal.

Sob essa perspectiva, surge a discussão a respeito da identificação da incidência da lei nova no tempo, em confronto com outra que regule total ou parcialmente a mesma temática, e com relação às situações de fato a elas inerentes. É a discussão a respeito do conflito temporal de normas sucessivas: qual lei aplicar, a partir de quando, e quais os princípios e limites a serem observados na solução de tais dúvidas.²¹⁵

²¹⁵ Cf.: TRABUCCHI, Alberto, *Istituzioni di diritto civile*, 40. ed., Padova, Cedam, 2001, p. 30-32; DE RUGGIERO, Roberto, *op. cit.*, vol. I, p. 215 e ss.

Note-se, aliás, que as dúvidas relativas ao conflito de leis no tempo decorrem, normalmente, do fato de que a lei posterior nem sempre indica de forma clara quais as disposições normativas anteriores que deixam de valer (revogação expressa). Cabe na maioria das vezes ao intérprete delimitar a questão. Além disso, em situações peculiares, mesmo com a expressa indicação, surgem incertezas quanto ao alcance das normas conflitantes no tempo.²¹⁶ Daí decorre, também, a necessidade da construção de um sistema de princípios que auxilie o intérprete a solucionar esses problemas.²¹⁷

Seja como for, aspectos preponderantes na solução dos dilemas inerentes ao direito intertemporal são, entre outros, (a) a intensidade que caracteriza a hierarquia das normas do ordenamento considerado, e (b) as diretrizes fornecidas pelo próprio sistema para encontrar respostas.

Basta imaginar a diferença de entonação do intrincado tema, de um lado, nos sistemas jurídicos ligados à *common law*, em que predomina a tendência à adoção de constituições flexíveis, e de outro, naqueles associados à *civil law*, nos quais normalmente as constituições são rígidas.

Recorde-se que nas constituições flexíveis a modificação normativa se dá de forma similar, seja no tocante à alteração da Constituição, seja no que diz respeito à elaboração das demais espécies legislativas. Há a possibilidade de afastamento de normas constitucionais por outras de diversa natureza. De modo diverso, quando se trata de constituições rígidas, há procedimento diferenciado para a modificação do texto constitucional, marcado por maiores dificuldades que aquele voltado à alteração da legislação infraconstitucional (iniciativa restrita, *quorum* mais elevado etc.).²¹⁸

Não há dúvida de que no sistema flexível há necessidade de esforço muito maior do intérprete, na medida em que nem sempre são claras as diretrizes do ordenamento. Até mesmo o costume pode, ao menos em tese, alcançar a mesma importância, e quiçá superar dispositivo previsto em sede de Constituição escrita.

Isso, evidentemente, não ocorre num sistema em que haja rigidez constitucional.

De todo modo, é praticamente pacífico o entendimento no sentido de que, como regra, as leis têm eficácia prospectiva, vale dizer, regulam

²¹⁶ V. a respeito a clássica obra, porém ainda hoje atual, de Carlos Maximiliano Pereira dos Santos (*Hermenêutica e aplicação do direito*, 18. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, *passim*, e esp. p. 356 e ss).

²¹⁷ Cf. SILVA PEREIRA, Caio Mário da, *Instituições de direito civil*, 19. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000, vol. I, p. 88-91.

²¹⁸ Para exame mais aprofundado dos conceitos de constituições rígidas e flexíveis, v. v.g.: CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 211-212 e 989 e ss.; José Afonso da Silva, op. cit., p. 45-46.

situações concretas que venham a se verificar em sua vigência. Isso equivale a dizer que a regra geral nos sistemas jurídicos é a irretroatividade da lei, e a exceção que esta seja retroativa.²¹⁹

Esse ponto de partida, no exame do problema do conflito de leis no tempo, deve ser analisado à luz das peculiaridades do direito positivo, pois a ação do legislador, no plano constitucional e infraconstitucional, pode ofertar temperamentos ou mitigações a tais premissas.

No direito brasileiro, v.g., em que impera a rigidez constitucional (há marcante hierarquia normativa, pois a alteração das normas constitucionais depende de procedimento qualificado em relação à elaboração de leis complementares e leis ordinárias²²⁰), a Constituição Federal e a denominada Lei de Introdução ao Código Civil fornecem disciplina clara para a matéria.

Numa singela observação, deve-se levar em conta que há normas expressas determinando a irretroatividade prejudicial das leis, bem como a intangibilidade do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito.²²¹

É importante salientar que, diferentemente do que ocorre em outros sistemas jurídicos, no direito brasileiro a proteção ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada e ao direito adquirido figuram como garantias individuais. Desse modo, integrando limites materiais ao poder constituinte derivado de reforma ou de revisão, são protegidos contra qualquer iniciativa de modificação da Constituição tendente a reduzir seu teor protetivo.²²² Como consequência, não podem também sofrer ação reductiva por parte do legislador comum.

Em face dessa situação, é correto observar que só com a ruptura da ordem constitucional em vigor, vale dizer, com o exercício do poder constituinte originário e elaboração de uma nova Constituição, é que se tornam vulneráveis aqueles preceitos especialmente protegidos, notoriamente conhecidos como "cláusulas pétreas".²²³

²¹⁹ Cf. SILVA PEREIRA, Caio Mário da, *Instituições de direito civil*, cit., vol. I, p. 91 e ss.; DE RUGGIERO, Roberto, op. cit., vol. I, p. 215 e ss.

²²⁰ Recorde-se que a iniciativa para emendas constitucionais é restrita, havendo necessidade de aprovação da proposta em dois turnos na Câmara e no Senado e, sempre, por maioria qualificada de três quintos (cf. art. 60 da CF/1988). Já para leis complementares basta a maioria absoluta (cf. art. 69 da CF/1988), e para as leis ordinárias, maioria simples (cf. art. 47 da CF/1988), em um só turno de votação em cada uma das casas do Congresso Nacional.

²²¹ Cf. art. 6.º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei 4.657/1942), e art. 5.º, XXXVI e XL, da CF/1988.

²²² Entre outras matérias, o art. 60, § 4.º, IV, da CF/1988 determina que "não será objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais".

²²³ A respeito, v.: RAMOS, Elival da Silva, *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 205 e ss.

Como síntese do que foi até aqui exposto, e voltando ao argumento lançado inicialmente, a idéia ampla da locução "direito superveniente" diz respeito, primordialmente, às indagações em torno do momento a partir do qual passa a incidir, com toda sua força, a produção legislativa posterior àquela até então existente, e quais as situações concretas que a essa nova ordem se submetem. Com maior precisão, e invertendo a ordem dos termos, poder-se-ia falar, nessa acepção, em "superveniência normativa".

Fica evidente que essa linha de investigação encontra-se fora dos limites do presente estudo, pois se volta à sedimentação de conceitos e princípios que têm sede fora do âmbito do direito processual.

Portanto, não é este o sentido da investigação da problemática do direito superveniente no processo.

2.2.2 Concepção estrita

Numa outra perspectiva, agora restrita, fugindo da visão abstrata relacionada à "superveniência normativa" (sentido amplo), caberia indagar a respeito das consequências concretas, no plano do direito, da incidência de normas posteriores em situações subjetivas protegidas pelo ordenamento.

Nessa visão subjetivista, a investigação estaria voltada ao estabelecimento de diretrizes para a solução de problemas relacionados ao advento de situações jurídicas tuteladas pelo ordenamento (direitos individualizados ou interesses protegidos juridicamente), em razão da incidência concreta de determinados preceitos.

Também a superveniência do direito, individualmente considerado, estaria ligada à (a) existência de norma legal produzida posteriormente, com incidência no caso concreto, ou então (b) à incidência posterior de norma já existente.

Na concepção ampla do direito superveniente, a discussão está ligada ao plano normativo. É a noção abstrata do ordenamento jurídico e dos conflitos inerentes à sucessão do produto das atividades legislativas. Já quanto à idéia restrita, o debate se desenvolve no plano das relações entre sujeitos de direitos, ou seja, na concreção da norma, fundada na verificação de fatos que justifiquem sua incidência.

Aqui, naturalmente, a questão surge como discussão de direito material concreto. Pode, contudo, ser transportada para o âmbito do processo: basta pensar em situações que exijam a intervenção do Poder Judiciário, para garantir ao titular da posição jurídica protegida sua efetiva implementação.

É inevitável observar, diante dessa perspectiva, a dicotomia entre, de um lado, a ocorrência do *fato*, e de outro, a verificação do *direito*

concreto, que sobrevenham a partir de dado marco temporal. Trata-se de visão *estrita* ou *analítica* do direito ou situação jurídica superveniente.

Esse modo de análise, que realça a dicotomia entre o fato e o direito, encontra-se materializado na própria legislação processual. Basta ver que em dispositivos que cuidam diretamente do problema da superveniência no curso do processo há precisa referência aos "fatos", "direito" ou "questões de fato", cf. arts. 303, I, 462 e 517 do CPC.

Dito de outro modo, essa perspectiva justifica o modo de pensar no sentido de que: (a) "fatos" supervenientes dizem respeito ao autor, cf. art. 462 do CPC; (b) "direito" superveniente aplica-se exclusivamente em relação ao réu, cf. art. 303, I, do CPC; e (c) em sede recursal, apenas as "questões de fato" podem ter curso, nos limites do art. 517 do CPC.

Aliás, essa abordagem, evidenciada pelo uso de tais expressões, fica nítida em diversas manifestações doutrinárias.²²⁴

Embora o problema da estabilização da demanda, como técnica procedimental, seja objeto de exame mais aprofundado em tópico específico,²²⁵ pode-se desde já afirmar que a dicção que leva em consideração a separação entre fatos e direito possui grande utilidade nesse particular, no mínimo por colaborar no entendimento da temática relativa (a) à indicação da causa de pedir e do pedido na elaboração da demanda, e (b) na fixação dos limites com relação a eventuais alterações, auxiliando a extremar, ao menos a princípio, aquilo que é permitido e aquilo que é vedado.

Partindo dessas premissas é que a doutrina procura definir, de modo analítico, o conteúdo da causa de pedir e do pedido. A propósito, é fácil encontrar variações nas expressões utilizadas pelos doutrinadores. Mas na essência o raciocínio invocado e as conclusões obtidas são muito próximos, senão idênticos.

Fala-se assim, v.g., na composição da causa de pedir por (a) fato constitutivo, (b) relação jurídica, (c) pretensão de direito subjetivo particular, e (d) fato do réu contrário ao direito afirmado pelo autor.²²⁶

²²⁴ V. v.g. as expressões utilizadas nos seguintes escritos: GRINOVER, Ada Pellegrini, *Direito superveniente. Repercussão sobre o mérito da causa. A marcha do processo*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2000; NERY JUNIOR, Nelson, *Separação judicial. Injúria grave praticada por cônjuge alienado mental. Natureza jurídica da sentença que decreta a separação. Direito superveniente. Não cabimento de alteração da causa de pedir*, *RePro*, 25 (1982): 214-219; DE CRESCI SOBRINHO, Elício, *Fatos supervenientes*, *RePro*, 93 (1999): 318-322; COSTA, José Rubens, *Fato superveniente*, *RT* 796 (2002): 157-169.

²²⁵ V. *infra*, cf. 5.1.1.
²²⁶ Essas expressões são utilizadas por José Ignácio Botelho de Mesquita (A "causa petendi" nas ações reivindicatórias, cit., p. 196; e Conteúdo da causa de pedir, cit., p. 49).

Ou, em outros termos, indica-se a composição da causa de pedir remota com (a) o fato constitutivo (que origina a relação jurídica substancial entre autor e réu) e (b) o fato particular (que afeta a normalidade no desenvolvimento do fato constitutivo). De outro lado, para indicar a causa de pedir próxima, aponta-se (a) a *repercussão jurídica dos fatos*, ou fundamento jurídico da pretensão, e (b) o *direito particular*, ou seja, a solução ou proteção conferida pelo ordenamento ao autor, diante da situação de fato deduzida por ele.²²⁷

Essa especificação concorre para diferenciar também o *fundamento jurídico*, que deve integrar a causa de pedir, do *fundamento legal* (dispositivo de lei), que é dispensável. Aquele (fundamento jurídico) decorre de que, com a formulação do pedido de tutela jurisdicional, o autor deve atribuir aos fatos invocados a produção de certas conseqüências jurídicas, independentemente dos dispositivos legais indicados, que podem ser aceitos ou alterados pelo juiz.²²⁸ Vale, assim, afirmar que a fundamentação jurídica nada mais é que a qualificação jurídica dos fatos narrados.

Seja como for, o que se procura ressaltar quanto aos elementos objetivos que compõem a demanda é que devem propiciar a noção (a) dos fatos que o autor alega para demonstrar seu direito, (b) o enquadramento desses fatos em uma categoria jurídica de direito material, (c) o provimento jurisdicional pretendido, e (d) o bem da vida almejado.²²⁹ Respectivamente, são a causa de pedir remota e próxima (a e b), e o pedido imediato e mediato (c e d).

Daí advém, também, a distinção entre *fatos principais*, efetivamente constitutivos da pretensão e imprescindíveis à *causa petendi*, e os *fatos simples* ou *secundários*, que ilustram a situação concreta, mas podem ser dispensados. Do mesmo modo, promove-se diferenciação entre os *fundamentos jurídicos* do pedido (qualificação jurídica dos fatos), de um lado, e de outro, *meras alegações jurídicas*, bem como indicação de *fundamentos legais* (dispositivos legais), também dispensáveis.

²²⁷ Essa é a dicção de Milton Paulo de Carvalho (Pedido novo e aditamento ao pedido. O art. 294 do CPC na sua nova redação. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.), *Processo civil, evolução, 20 anos de vigência*, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 174.

²²⁸ Cf., com clareza, José Roberto dos Santos Bedaque (Os elementos da demanda examinados à luz do contraditório, cit., p. 33). No mesmo sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, vol. II, cit., p. 128; BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio, *Conteúdo da causa de pedir*, cit., p. 48-49; idem, A "causa petendi" nas ações reivindicatórias, cit., p. 197.

²²⁹ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, cit., vol. II, p. 112.

Partindo dessas diferenciações, há tendência doutrinária em afirmar que a regra da estabilização da demanda diz respeito apenas aos fatos constitutivos e aos fundamentos jurídicos. Já quanto aos fatos simples ou secundários, as alegações ou argumentos jurídicos e os fundamentos legais podem ser introduzidos no curso da ação ou mesmo alterados livremente, a qualquer tempo. Significa dizer que as alterações permitidas não podem dizer respeito, nessa concepção, à própria causa de pedir ou ao pedido.²³⁰

Em razão dessa linha de argumentação, afirma-se, v.g., que se o pedido na separação foi fundado na ocorrência de sevícias ou injúria grave, não se pode mudar a causa de pedir para motivar o pleito em doença grave e de cura improvável, ou mesmo na ocorrência de adultério.²³¹

Essa propensão a centrar o foco da discussão sobre o prisma do fato identifica-se, também, na argumentação de autores que aduzem, v.g., que a possibilidade de alegação em defesa, posterior à contestação, de "direito superveniente", refere-se à situação que se integrou ou completou no curso da demanda. É o caso de hipóteses de frutos, aluguéis vencidos na pendência da ação, agravamento de danos decorrentes de ato ilícito, entre outros.²³²

A mesma linha de pensamento é identificada na delimitação da possibilidade de conhecimento de situação superveniente, quando se afirma que esta, como exceção à regra da estabilização da demanda, não autoriza "a alegação nova de fato superveniente, mas a nova alegação (*reiteração*) de fato justificada pela sua superveniência".²³³ Em outras palavras: simples confirmação do fato deduzido na inicial, que se materializou no curso da ação (v.g., decurso do prazo necessário da separação de fato após a propositura da ação, vencimento do título no curso da execução já

²³⁰ Nesse sentido, v.g.: CARVALHO, Milton Paulo de, *Pedido novo e aditamento ao pedido*. O art. 294 do CPC na sua nova redação, cit., p. 177; DE CRESCI SOBRINHO, Elicio, *Fatos supervenientes*, cit., p. 320; GRINOVER, Ada Pellegrini, *Direito superveniente. Repercussão sobre o mérito da causa*, cit., p. 291; COSTA, José Rubens Fato superveniente, cit., p. 160.

²³¹ Cf., v.g.: NERY JUNIOR, Nelson, *Separação judicial. Injúria grave praticada por cônjuge alienado mental. Natureza jurídica da sentença que decreta a separação. Direito superveniente. Não cabimento de alteração da causa de pedir*, cit., p. 218.

²³² Nesse sentido, ao analisarem o conteúdo e significado da regra do art. 303, I, do CPC: PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., tomo IV, p. 142; CALMON DE PASSOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., vol. III, p. 288-289.

²³³ Cf. Antônio Carlos de Araújo Cintra (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 1. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000, vol. IV, p. 287), ao comentar o teor do art. 462 do CPC.

proposta, hipóteses em que, na pendência da demanda, é que se materializa o dado que integra o fato constitutivo e configura o interesse de agir).

Similar pensamento verifica-se, quando se confere interpretação restritiva à hipótese do denominado *ius novorum* em grau de recurso. Isso, com a afirmação de que o dispositivo respectivo refere-se, exclusivamente, às "questões de fato insuscetíveis de apreciação *ex officio*", invocadas pela primeira vez em grau de apelo por uma das partes, desde que demonstrada a impossibilidade de dedução anterior, por motivo de força maior, sempre afastada a possibilidade de inovação da *causa petendi*.²³⁴

A propósito da menção ao denominado *ius novorum* em grau de recurso, é mais abrangente, mas não foge da perspectiva metodológica centrada na dicotomia entre fato e direito, a concepção que delimita o "direito novo" em segundo grau, como possibilidade de propor novas alegações (de fato ou de direito), novas exceções (defesas) e novas provas.²³⁵

As referências formuladas acima, em caráter exemplificativo e assistemático, não têm por escopo apontar equívocos ou formular juízo de valor negativo com relação à perspectiva de consideração dicotômica (fato em contraposição a direito) do problema do direito superveniente.

Ao contrário, tal forma de visualização, extremamente analítica, tem o mérito de permitir uma compreensão mais didática do problema da superveniência no processo.

Contudo, pela própria forma de raciocínio em que se sedimenta, essa aceção tende a ser de abrangência mais restritiva (assim como suas aplicações), deixando de considerar possibilidades que, diante das perspectivas mais atuais das necessidades do processo, seriam extremamente úteis.

Mais uma vez se apresenta o eterno confronto entre as duas diversas tendências, consistentes na concepção mais ou menos ampla (e flexível) quanto à admissibilidade do *ius superveniens* no processo.

Trata-se da discussão sobre a amplitude do *ius variandi*, com o antigo conflito entre a adoção de um sistema positivo (e de posicionamento hermenêutico), que favoreça a economia "interna" (rápida solução do feito) ou "externa" (solução definitiva do conflito e restrição à possibilidade

²³⁴ Cf. José Carlos Barbosa Moreira (Comentários ao Código de Processo Civil, 7. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, vol. V, p. 448-449), ao analisar a hipótese prevista no art. 517 do CPC.

²³⁵ Cf. clássica obra de Marco Tullio Zanzucchi (*Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, cit., p. 373-374).

de nova demanda com fundamento na mesma crise de direito material) em relação a determinado processo.²³⁶

2.2.3 Concepção adotada: superveniência como efeito jurídico

Sem retirar a importância e o caráter sistemático (e didático) da adoção de uma concepção mais genérica (ou ampla), ou então mais restrita (ou analítica), a respeito do que se deva entender por "direito superveniente", é necessário indicar sob qual perspectiva, para o presente estudo, a locução deve ser compreendida.

Recordando, numa visão mais ampla, o direito superveniente teria o significado "superveniência normativa", com relação a determinado momento, reconhecido como marco temporal relevante.

De outro lado, sob uma perspectiva mais restrita (analítica), a idéia do direito superveniente indica a visão dicotômica das ocorrências posteriores de fato ou direito. Assim, nesse sentido *só seria precisamente correto falar em "direito superveniente" ao tratar da hipótese prevista no art. 303, I, do CPC.*

Esta última permite analisar o problema da superveniência em cotejo com as regras inerentes à estabilização da demanda e às preclusões daí decorrentes.

Aliás, pode-se observar e concluir que toda construção clássica com relação à estabilização do objeto litigioso no processo centrou-se nessa forma de visualização do problema.

Desse raciocínio decorrem algumas idéias mais ou menos assentes, como v.g. que: a) é possível reconhecer a ocorrência superveniente do interesse de agir, na hipótese de integração de situação de fato (já descrita na inicial) relativa ao interesse, no curso da demanda (como o prazo para a separação judicial, ou então o vencimento do título na ação de execução);²³⁷ b) é possível reconhecer a ocorrência de fatos simples ou secundários, e não de novos fatos principais, que invoquem, na hipótese concreta, a existência de nova causa de pedir; c) fatos a serem reconhecidos como supervenientes são aqueles relacionados ao objeto deduzido inicialmente ou, ainda, ao

²³⁶ V., a respeito, sobre as diversas perspectivas do problema: COMOGLIO, Luigi Paolo, *Il principio di economia processuale*, Padova, Cedam, 1980, vol. I, p. 238-243; idem, *Il principio di economia processuale*, vol. II, Padova, Cedam, 1982, p. 18-36.

²³⁷ Nesse sentido, v.g.: COSTA, Sergio, *Ius superveniens*, *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet, 1982, vol. IX, p. 391.

"aperfeiçoamento de fato já existente"²³⁸ que justifiquem desdobramentos do pedido originário (juros, frutos e outros consectários verificados no curso da ação; ou mesmo reconhecimento do agravamento de lesões ou morte, com conseqüente exasperação do dano e do valor da indenização etc.), e não pedidos absolutamente novos ou distintos.

Embora essa percepção seja perfeita do ponto de vista analítico, tende a propender para soluções mais limitadas. Demonstra a exacerbação da técnica processual, mitigando, naturalmente, os valores inerentes à instrumentalidade e efetividade do processo.

A concepção que se pretende aqui sugerir, sem demérito das demais, deve ser compatível com os valores que vêm sendo frisados, isto é, com a realização dos escopos do processo, sem, evidentemente, perder de vista o respeito aos princípios constitucionais que devem ser observados, de forma concreta, no tratamento de cada demanda judicial.

Em última análise, a visão dicotômica que contrapõe o fato ao direito, verificados posteriormente à propositura da demanda, acaba por negligenciar ou pelo menos obscurecer a noção de que, em qualquer ramo do direito, e conseqüentemente no processo, o fato ou a norma, isoladamente, têm sua relevância reduzida.

A construção do ordenamento se assenta no pressuposto de que o legislador, identificando abstratamente fatos e situações da vida, formula juízo de valor com relação a estes. Após, promove sua inserção no contexto normativo, através da positivação de condutas que se configuram como *fattispecie* (tipo) de caráter abstrato. Manifesta-se, nesse primeiro momento, a tridimensionalidade do direito (fato, valor e norma),²³⁹ que deve estar presente também, no momento subseqüente, quando se cogita da *fattispecie* concreta, ou seja, da incidência, no mundo dos fatos, das normas hipoteticamente estabelecidas pelo legislador.

Note-se que essa idéia essencial à Ciência jurídica – tipo, *fattispecie* ou *Tatbestand* – se assenta no tácito reconhecimento da *indissociabilidade do binômio fato-norma, produzindo como resultado o "direito" ou a "situação jurídica" relevante no contexto considerado.*

Parece ser mais adequado, nessa linha de pensamento, ponderar que em concreto, fato e norma devem ser considerados de forma inseparável, e portanto apta à produção de efeitos jurídicos.

Essa é a linha de raciocínio de autorizada doutrina, que procura conceituar a *eficácia jurídica* do ponto de vista concreto (funcional), ou

²³⁸ Expressão utilizada por José Rubens Costa (op. cit., p. 160).

²³⁹ Cf. REALE, Miguel, *Lições preliminares de direito*, cit., p. 64 e ss.

seja, os efeitos jurídicos, como sendo "todo valor jurídico condicionado, todo valor jurídico tomado pelo direito positivo sob a condição de que seja produzida uma precedente situação de fato".²⁴⁰

Se no plano abstrato as proposições jurídicas expressam uma relação condicional entre um fato hipotético e o valor a ele atribuído, no plano concreto o efeito ou eficácia jurídica configura-se como materialização daquele valor condicionado, em decorrência de determinado ato ou fato.

Isso não significa que não haja distinção entre o fato e o valor a ele atribuído, pois a diferenciação, apresentando sua clara importância na dogmática jurídica, manifesta-se na indicação dos elementos integrantes dos íteis (e didáticos) conceitos de *fattispecie* abstrata e *fattispecie* concreta.²⁴¹

Todavia, torna-se evidente que as noções de fato e de valor se aproximam do ponto de vista operacional ou prático de aplicação (concreta) da dogmática jurídica. Vale dizer que o efeito ou eficácia jurídica transcende tanto o *valor jurídico* objetivamente considerado pelo legislador, como o *simples fato*, significando muito mais *uma relação entre os dois termos*: a eficácia jurídica não é, apenas, o valor ou o fato, mas o valor atribuído a determinado fato.²⁴²

Sem aprofundamento maior no exame dessa peculiar noção, relacionada ao estudo da teoria geral do direito (e sem descurar que, como toda construção, é passível de elogios, e críticas), anote-se que para o presente estudo apresenta ela uma utilidade operacional extremamente relevante.

O que importa ressaltar, na concepção de eficácia jurídica como decorrência de um valor condicionado à verificação de um fato, é a indissociabilidade das noções de norma e fato, para fins de produção de efeitos jurídicos, em determinada situação concreta.

Não se trata de "reinvenção da roda", mas apenas de *ressaltar a perspectiva global e contextual do fenômeno jurídico da incidência concreta da fattispecie*, que a visão analítica e dicotômica anteriormente referida acaba por esmaecer.

Procurando traçar a aplicação dessa idéia no âmbito da dinâmica processual, deve-se reconhecer que, sucessivamente à propositura de uma demanda, pode ocorrer a intervenção de duas espécies de eventos: a superveniência de fatos relevantes, ou então a incidência de normas

²⁴⁰ Cf. FALZEA, Ângelo, *Efficacia giuridica*, *Enciclopédia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1965, vol. XIV, p. 472.

²⁴¹ V., a respeito da concepção de *fattispecie* abstrata e concreta, *infra*, item 3.3.1.

²⁴² Cf. FALZEA, Ângelo, *Efficacia giuridica*, cit., p. 473.

jurídicas aplicáveis à hipótese. Isso demonstra o duplice condicionamento que determina a duração limitada das situações jurídicas, isto é, a temporalidade da *fattispecie*.

Contudo, isso não impede, mas ao contrário recomenda, que a noção de superveniência (ou na dicção aqui adotada, o "direito superveniente") seja identificada como um conceito unitário: tanto quando decorre de um fato, como quando advém de uma norma, a superveniência se verifica com a *produção de um efeito jurídico*, isto é, valor jurídico condicionado, tomado pelo direito positivo sob a condição de que seja verificada precedente situação de fato.²⁴³

Essa idéia destaca a perspectiva funcional do conceito de direito superveniente, que se relaciona à *efetiva produção de efeitos concretos*.

Isso demonstra que a superveniência decorre, sempre, da soma de dois fatores: o *fato* e a *previsão jurídica*. Daí ser viável estudá-la no mundo jurídico, e particularmente no processo, como sendo a *sucessão temporal de efeitos jurídicos ocorridos no plano do direito substancial*.²⁴⁴

Não se contrapõe à noção de eficácia jurídica superveniente nem mesmo a concepção tradicional (aceita majoritariamente) relativa à coisa julgada. Recorde-se que esta é definida como uma qualidade dos efeitos da sentença, consistente na sua imutabilidade, que se manifesta dentro e fora do processo, na vida das pessoas atingidas de forma imperativa pelo comando estatal proferido no caso concreto.²⁴⁵

Nada obstante o reconhecimento da coisa julgada, com a qualidade de tornar imutáveis os efeitos do comando emergente da sentença dentro do processo (determinação imperativa e dotada de autoridade contida no dispositivo da decisão) e fora dele (efeitos concretos na vida das pessoas), isso se verifica enquanto não haja modificação da própria situação concreta, na qual aquele comando se insere.

Certamente, ninguém negará que após sentença passada em julgado, em que seja fixada determinada obrigação, as partes envolvidas possam,

²⁴³ Essa inteligente perspectiva é tomada como premissa para o estudo do problema dos limites temporais da coisa julgada por Remo Caponi (*L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 29-30).

²⁴⁴ Idem, *ibidem*, p. 31.

²⁴⁵ Cf. Enrico Tullio Liebman (*Eficácia e autoridade da sentença*, trad. de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, Rio de Janeiro, Forense, 1945, p. 46-51, esp. p. 50). Ao dizer que a autoridade da coisa julgada é "a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato".

sponte propria, pactuar de forma diversa a relação de direito material definida por aquela decisão, seja ampliando a obrigação, seja reduzindo-a, ou mesmo eximindo-se a parte obrigada do seu cumprimento (v.g., renúncia ao direito pelo credor).

Ninguém negará, também, que em determinadas hipóteses a modificação das circunstâncias que envolvem a relação de direito material produza, independentemente da vontade das partes, alteração substancial no direito envolvido. Basta pensar no clássico exemplo relativo às obrigações alimentares, ou mesmo na impossibilidade superveniente de cumprimento da obrigação estatuída na sentença, como ocorre em caso de advento de incapacidade física do devedor de prestação infungível (v.g., elaboração de obra de arte).²⁴⁶

Essas idéias demonstram que aquilo que é relevante não é simplesmente o ato, ou o direito, considerados isoladamente, mas a eficácia ou os efeitos jurídicos que estes, associados, são aptos a produzir, de modo ulterior, no âmbito da relação de direito material deduzida em juízo.

É nessa perspectiva que deve ser abordado o problema da superveniência no curso da demanda já aforada, ou mesmo posteriormente ao seu julgamento. Essa linha de raciocínio não renega a visão analítica e dicotômica centrada no ato ou fato e na norma, mas a revitaliza. Ademais pelo próprio conteúdo e modo de compreensão da idéia da eficácia jurídica superveniente, surge naturalmente margem de flexibilidade um pouco maior, para busca de soluções quanto a problemas concretos.

Essa leitura permite compreender, v.g., os art. 303, I, 462 e 517 do CPC como relativos, *todos eles*, ao direito superveniente. Até porque os "fatos", o "direito", e as "questões de fato" neles tratados só terão relevância na exata medida dos efeitos concretos (eficácia jurídica) que puderem produzir.

Essa noção permite considerar também a situação em que o efeito jurídico (incidência de fato e norma) seja invocado posteriormente à propositura da demanda, embora já verificado anteriormente. É o caso (em dicção analítica) em que fatos e "direitos" já haviam ocorrido anteriormente, mas só foram deduzidos no curso da ação já instaurada. Esse caso apresenta, na prática, consequências concretas no contexto do processo e da relação de direito material, já deduzida em juízo.

Embora o sistema processual ofereça, ao menos a princípio, respostas para tais circunstâncias, é necessário reexaminar tais soluções à luz das

²⁴⁶ É nesse sentido que Cândido Rangel Dinamarco, com amparo em Liebman, fala em "eficácia *rebus sic stantibus* da coisa julgada material" (*Instituições de direito processual civil*, vol. III, cit., p. 301 e ss.).

idéias que aqui vêm sendo desenvolvidas. Deve-se tomar em conta as concepções adotadas quanto ao objeto litigioso, ao direito superveniente, à estabilização da demanda, aos princípios e regras técnicas do processo, e, finalmente, quanto à forma e ao formalismo no processo civil.²⁴⁷

Em síntese, adota-se a noção do "direito superveniente" como sendo a *eficácia jurídica que se sobrepõe àquela deduzida anteriormente*, quando da propositura da demanda judicial. Ademais, estende-se tal idéia, por razões práticas, à dedução superveniente de eficácia já materializada precedentemente (invocação de situações jurídicas já existentes). Com isso, fica caracterizado método de trabalho e de pensamento para, em cotejo com as premissas adotadas, equacionar os problemas inerentes ao tema, e permitir uma interpretação sistemática de todos os dispositivos do CPC aplicáveis.

Uma última observação.

Seria possível falar em superveniência normativa, fática, e de situação jurídica, esta última em caráter mais abrangente que a expressão "direito superveniente". Mas nessa acepção, ter-se-ia a compreensão do direito superveniente como "direito subjetivo" superveniente, e o entendimento de situação jurídica superveniente, como "interesse jurídico protegido" (não assimilado propriamente ao "direito subjetivo"), ou como situação relevante juridicamente, de conotação mais ampla (contraposição entre a situação como gênero e o direito como espécie). Como exemplos de situações jurídicas supervenientes, temos a declaração de falência, a declaração judicial de incapacidade de uma das partes, a alienação do bem disputado em juízo etc., que não são propriamente fatos nem "direitos", mas produzem conseqüências, inclusive no âmbito do processo.

A carga semântica da expressão "situação jurídica superveniente" está plenamente ajustada às idéias aqui desenvolvidas. Entretanto, o próprio costume forense já se apropriou da locução "direito superveniente" como sendo aquela relacionada à designação dos temas aqui tratados. Fica assim compreendido que a opção pelas expressões aqui utilizadas (o "direito superveniente"), não tem o sentido de "direito subjetivo" superveniente, mas sim de situações que são aptas a afetar (de algum modo) o objeto litigioso do processo.

²⁴⁷ Sobre a estabilização da demanda, princípios e regras técnicas, e forma e formalismo, v. *infra*, itens 3.1, 3.2 e 3.3.

3

PREMISSAS

SUMÁRIO: 3.1 Estabilização da demanda: 3.1.1 Preclusão e eventualidade; 3.1.2 Perspectiva filosófica e política; 3.1.3 Contraposição: celeridade no processo ou na solução definitiva da controvérsia? – 3.2 Princípios e regras técnicas no processo civil: 3.2.1 Princípios no sistema de direitos e no direito processual civil; 3.2.2 Princípios constitucionais do processo; 3.2.3 Princípios infraconstitucionais e regras técnicas do processo; 3.2.4 Visão finalística e importância da dicotomia: sistema de princípios versus regras técnicas do processo civil – 3.3 Forma no processo civil: 3.3.1 Forma e formalismo; 3.3.2 Invalidades: 3.3.2.1 Três diferentes planos (existência, validade e eficácia); 3.3.2.2 Aplicação no processo; 3.3.3 Instrumentalidade, economia, ausência de prejuízo e escopo; 3.3.4 Relativismo das invalidades no processo.

3.1 ESTABILIZAÇÃO DA DEMANDA

3.1.1 Preclusão e eventualidade

A exata noção e dimensionamento do problema da estabilização da demanda judicial, compreendida como impossibilidade de alteração de seus elementos subjetivos (partes) e objetivos (causa de pedir e pedido) – particularmente estes últimos – isto é, a fixação de um momento a partir do qual não seja mais possível alterar a pretensão processual e tampouco os fundamentos que a delimitam, envolve o exame da questão da preclusão e da eventualidade.