

Além do mais, deve ser considerado o disposto no art. 515, §§ 1º a 3º, do CPC. Se o tribunal pode considerar matéria não examinada em primeiro grau, embora deduzida como causa de pedir ou de defesa, ou pedido não julgado, nada obsta a que, considerado na sentença fundamento jurídico sobre que o réu não teve oportunidade de manifestar-se, o contraditório seja efetivado em sede recursal.

A previsão legal é admissível porque não ofende a garantia constitucional da ampla defesa. Nessa mesma medida, deve ser aceto o contraditório apenas em segundo grau quanto a eventual defesa apresentada pelo réu em relação ao fundamento novo, mesmo porque a matéria não envolve controvérsia fática.

O que existe de comum em todas essas situações é a atribuição originária conferida ao tribunal para considerar alegações feitas pelas partes e não examinadas no juízo *a quo*, quer por omissão do julgador, quer porque não apresentadas naquela oportunidade.

Na situação concreta trazida à colação, o réu não se manifestou sobre o aditamento e, em consequência, o juiz não teve oportunidade de analisar sua defesa. Facultada a apresentação perante o tribunal, está suficientemente assegurado o contraditório.

temativo", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul* 9/187).

Na mesma linha de raciocínio, tratando-se de forma processual, ainda que não declarado expressamente pelo legislador nas respectivas regras, o valor ponderante é o fim, o objetivo, do processo. Por isso, a correta compreensão das normas processuais pertinentes à técnica do procedimento depende fundamentalmente desse aspecto. A desconsideração do escopo do processo transforma-o em mero proceder, vazio de conteúdo e destituído de significado substancial. Como bem observa Dinamarco, justamente por isso, toda técnica "é eminentemente instrumental, no sentido de que só se justifica em razão da existência de alguma finalidade a cumprir e de que deve ser instituída e praticada com vistas à plena consecução da finalidade. Daí a idéia de que todo objetivo traçado sem o aporte de uma técnica destinada a proporcionar sua consecução é estéril; e é cega toda técnica construída sem a visão clara dos objetivos a serem atuados". Por isso, só se compreende corretamente a técnica se considerado o fim a ser alcançado, e que constitui a razão de ser daquela: "A técnica está a serviço da eficiência do instrumento, assim como este está a serviço dos objetivos traçados pelo homem e todo o sistema deve estar a serviço deste" (Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, 11ª ed., pp. 273-274).

21. Direito superveniente e alteração dos elementos objetivos da demanda e da defesa

Problema correlato ao examinado acima é o do direito superveniente (CPC, arts. 303, 462 e 517).

Fatos constitutivos do direito do autor, embora não descritos na inicial, devem ser considerados pelo juiz, desde que verificados posteriormente à propositura da ação — art. 462 do CPC.⁹⁷ Tem prevalência na interpretação deste dispositivo entendimento restritivo quanto à possibilidade de o juiz considerar o fato constitutivo superveniente. Eventual alteração da causa de pedir só é admitida de forma bastante limitada, devendo o fato novo guardar nexos com aquele afirmado na inicial, constituindo simples elemento dele. Embora omissis, integra o fundamento jurídico do pedido.⁹⁸

Digno de elogios o avanço do legislador ao possibilitar a introdução de fatos novos, relevantes para o julgamento, no curso do processo. Mas esta solução de compromisso, visando a compatibilizar os princípios da estabilização e da economia processual, não confere o alanceamento desejado à regra processual.

Desde que observado o contraditório, prejuízo nenhum há se admitirmos a introdução de verdadeiras causas de pedir novas, representadas por fatos supervenientes diversos daqueles afirmados na inicial, mas constitutivos do mesmo direito pretendido pelo autor. Esta solução tem como consequência direta a desnecessidade da propositura de nova demanda. A regra da estabilidade somente se justifica

97. A matéria é também regulada nos Códigos de Processo Civil português (art. 663º), colombiano (art. 305, 4), Federal argentino (art. 123, 6º, segunda parte) e Modelo Ibero-Americano (art. 184, 4), como informa Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (*Do Formalismo* ..., 2ª ed., p. 177, nota 124).

98. Segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: "Dentro dessas coordenadas, impõe-se participe o fato superveniente da qualificação jurídica do fato inicialmente descrito, não considerando este como o fato individualizado e concreto gerador do direito, mas integrando a causa de pedir no seu sentido absoluto, como categoria jurídica ou como *acontecer histórico*" (*Do Formalismo* ..., 2ª ed., p. 181). José Rogério Cruz e Tucci também nega a possibilidade de alteração da demanda, entendendo admissível apenas o fato superveniente intimamente relacionado com a causa de pedir ou que venha preencher o interesse de agir (*A Causa Petendi no Processo Civil*, 2ª ed., pp. 176-178).

tifica diante de fatos já existentes à época da propositura da demanda, pois o autor poderia tê-los invocado. Quanto aos posteriores, nada obsta a que sejam aproveitados no mesmo instrumento. A exceção é compatível com a visão instrumentalista do direito processual, além de conferir efetividade ao princípio da economia.

A partir dessa premissa, não parece adequada a interpretação que a doutrina vem dando ao art. 462 do CPC. A ocorrência de fato constitutivo, modificativo ou extintivo novo deve ser levada em conta pelo juiz, ainda que implique modificação da causa de pedir.⁹⁹

99. Galeno Lacerda, aparentemente, concorda com a interpretação extensiva do dispositivo legal. Após fazer referência às opiniões de Chiovenda e José Alberto dos Reis, para quem os fatos novos não poderiam implicar alteração da causa de pedir inicial, conclui ser mais abrangente a tese adotada pelo legislador brasileiro, por admitir a introdução de fatos anteriores e posteriores à inicial e à contestação: "O processo deixa de ater-se a um momento estático no tempo, para afeiçãoar-se, ao contrário, ao dinamismo e à fluência da vida, a fim de, com olhos voltados à economia das partes e à necessidade de eliminar-se o litígio com presteza, aproveitar o já instaurado para fazer a justiça ulterior ao momento inicial" ("O Código e o formalismo processual", *Ajuris* 28/13). Já Luís Guilherme Aídar Bondioli só admite a inserção de novos fatos se houver ligação estreita com a causa de pedir inicialmente deduzida. Não pode haver alteração do núcleo da *causa petendi*. Esta seria o que ele denomina de "inserção responsável dos fatos ulteriormente trazidos ao processo" (cf. "Fato superveniente: conciliação entre princípios, garantias e valores", in Hélio Rubens Batista Ribeiro Costa, José Florácio Halfeld Rezende Ribeiro, e Pedro da Silva Dinamarco, *Linhas Mestras do Processo Civil*, p. 442). Idêntica é a posição de Guilherme Freire de Barros Teixeira, para quem é vedada a *mutatio libeli*, ou seja, a alteração substancial dos elementos objetivos, atuando o fato constitutivo novo como causa conconrente em relação à originária (cf. *O Princípio da Eventualidade no Processo Civil*, pp. 256 e ss.).

Pelos argumentos deduzidos no corpo do texto, tal solução parece-me ainda tímida. Opta-se por conferir maior abrangência ao dispositivo em questão, que representaria verdadeira exceção à regra da estabilização da demanda, justificável em razão da superveniência dos fatos. Entendimento semelhante é defendido por Ricardo de Barros Leonel, embora o autor não reconheça de maneira clara a possibilidade de ampla alteração da demanda na hipótese do art. 462 (cf. *Objeto Litigioso* ..., pp. 239 e ss.). Heitor Vitor Mendonça F. Sica (*Preclusão Processual Civil*, p. 176) sugere interpretação elástica do art. 462, visando a abrandar o princípio da eventualidade, mas não conclui taxativamente sobre a admissibilidade de alteração da causa de pedir, por força do art. 462. Também restritiva é a posição de Mabel de Los Santos, que admite a consideração de fatos supervenientes, não obstante inexistente regra no Código Peruano, mas sem alteração da causa de pedir, mesmo porque geralmente são fatos provocados pela própria parte (cf.

Trata-se de exceção à estabilização da demanda, justificável pela verificação do fato novo. Para legitimar o julgamento fundado na nova causa, basta seja reaberto o contraditório, inclusive para possibilitar a produção de prova. Aproveita-se o mesmo instrumento para solucionar a crise de direito material à luz de fato inexistente no momento da propositura da demanda. A demora maior para a conclusão do processo é amplamente compensada pela eliminação de nova demanda.

Também a dedução de novas alegações pelo réu, após a contestação, não deve ser desconsiderada se a matéria foi submetida ao contraditório e encontrar-se demonstrada nos autos.¹⁰⁰

Tratando-se de defesa direta de mérito, a não-alegação no momento oportuno, a rigor, torna incontroverso o fato não impugnado (art. 302). Se a defesa for indireta, a exceção substancial, em princípio, não pode mais ser apresentada. Trata-se de matéria não cognoscível de ofício e que, não alegada oportunamente, tornou-se preclusa.

"Postulación y flexibilización de la congruencia (su análisis con relación al Código Procesal peruano)", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal* 6/252-256).

Na doutrina italiana há controvérsia, prevalecendo, ao que parece, opinião favorável à admissibilidade de causa-de-pedir diversa, se fundada em fatos novos (cf. Consolo, Luiso e Sassani, *La Riforma del Processo Civile*, pp. 99-100). Com relação à admissibilidade de *mutatio* e *ementatio libeli* na primeira audiência, quer em razão de fatos deduzidos na defesa ou na reconvenção, quer por justo motivo e com autorização judicial (art. 183), cf. Consolo, Luiso e Sassani, *La Riforma* ..., pp. 87-97.

Segundo Comoglio, o autor só pode propor nova demanda se os novos fatos guardarem relação de prejudicialidade ou dependência com os alegados pelo réu. Caso contrário, modificações só com autorização judicial e demonstrada a ocorrência de motivo justo, que deve ser grave (cf. "Istruzione e trattazione nel processo civile", in *Digesto (Civile)*, 4ª ed., vol. X, p. 16). Sobre a possível irrelevância de vício decorrente do julgamento *ultra* ou *extra petit* sem violação ao contraditório, cf.: Bedaque, "Os elementos objetivos da demanda ...", in José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci (coords.), *Causa de Pedir e Pedido* ..., pp. 34 e ss., e *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada* ..., 3ª ed., pp. 95 e ss.; e Guilherme Freire de Barros Teixeira, *O Princípio da Eventualidade* ..., pp. 298 e ss.).

100. Outra não é a opinião de Humberto Theodoro Júnior: "Também, com relação à resposta do réu e aos demais atos do processo, o juiz detém o poder de determinar o suprimento de todas as irregularidades ou nulidades sanáveis. Poder esse que é exercitado, depois de já consumada a fase postulatória do processo, dentro das 'providências preliminares' (art. 327) que antecedem ao 'saneamento do processo' (art. 331)" ("A preclusão ...", *Revista Jurídica* 273/9-10).

material. Mediante interpretação sistemática e teleológica das regras processuais, deve ser adotada solução compatível com o que está disposto no plano da situação jurídico-substancial, pois não se admite que o meio prevaleça sobre o fim.¹⁰⁴

Aliás, a tendência de tornar mais flexíveis o princípio da eventualidade e as normas sobre preclusão manifesta-se de forma nítida na possibilidade de aditamento da inicial e da contestação, prevista expressamente em proposta de unificação das regras processuais sobre litígios transnacionais, desde que o juiz entenda conveniente e não haja prejuízo ao desenvolvimento normal do processo.¹⁰⁵

104. Com base nesta premissa, já se sustentou a inexistência, para o juiz, de preclusão do poder de determinar prova de ofício (cf. Bedaque, *Poderes Instrutórios do Juiz*, 3ª ed., pp. 16-18). Idêntico é o pensamento de Humberto Theodoro Júnior (cf. "A preclusão ...", *Revista Jurídica* 273/17) e de Heitor Vítor Mendonça F. Sica (*Preclusão Processual Civil*, pp. 238 e ss.).

105. Refiro-me aos princípios e às regras do processo civil transnacional submetidos aos membros do *The American Law Institute*, elaborados pelos professores Geoffrey C. Hazard Jr. e Michele Taruffo, com a colaboração de Antonio Giddi. Identifica-se o abrandamento, apontado no corpo do texto, no princípio e nas regras seguintes, veritados livremente para o Português pelo professor Cássio Scarpinella Bueno (parã exame do texto em Inglês, cf. *Uniform Law Review* IX/859 e ss.):

"Princípio: 10.4 A parte, mostrando ter bons motivos, tem o direito de aditar a sua petição inicial ou defesa, dentro de um prazo razoável, dando ciência às outras partes e desde que isto não atrase injustificadamente o procedimento ou, de alguma forma, cause injustiça.

"Regras: 14. Aditamentos

"14.1 A parte, fundamentando seu pedido e dando ciência à parte contrária, pode aditar a inicial ou a contestação, observados prazos razoáveis, quando sua iniciativa não prejudicar o andamento do procedimento ou gerar injustiça. Em especial, os aditamentos são cabíveis para levar em consideração eventos ocorridos após os já articulados, fatos novos ou prova que, anteriormente, não pôde ser obtida mediante a realização de diligências razoáveis ou para fazer referência a prova emprestada.

"14.2 O aditamento será deferido quando ele for justificável, determinando-se, quando necessária, a suspensão ou o prosseguimento do procedimento ou a outorga, à outra parte, de alguma compensação pelos custos correspondentes.

"14.3 A parte contrária deve ser intimada do aditamento e terá 30 dias consecutivos para respondê-lo ou o prazo que determinar o juiz.

"14.4 O julgamento nos termos da Regra 15.2 só será admissível nos casos de aditamento da inicial se a parte contrária, devidamente intimada, deixar de se manifestar sobre ele.

Este limite não se aplica às objeções, compreendendo esta expressão a matéria de defesa cujo conhecimento independe de alegação da parte, podendo o juiz agir *ex officio*.

Com relação às exceções, todavia, são passíveis de dedução alegações relativas a direito superveniente ou se houver autorização legal expressa (art. 303 e incisos do CPC).¹⁰¹

Não pode o juiz ignorar a realidade retratada nos autos apenas para homenagear a técnica processual. Se o conjunto probatório revelar a inexistência do fato constitutivo, o pedido deve ser rejeitado, não obstante inconfessos os fatos. Com relação à ocorrência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo, é preciso distinguir entre exceção e objeção.

Se cognoscível de ofício o fato (objeção substancial), a omissão do réu acaba sendo irrelevante (art. 303, II).¹⁰²

Diversa é a solução para as exceções de mérito, pois não pode o juiz desconsiderar a esfera de disponibilidade conferida à parte pelo legislador. A matéria de defesa caracterizada como exceção material está relacionada a direito disponível, sendo inadmissível ao julgador invadi-la, por força do princípio dispositivo.¹⁰³

Inserese nessa categoria, por exemplo, a prescrição, salvo se favorecer o incapaz. Neste caso é considerada objeção pelo Código Civil (art. 194), porque indisponível o direito do incapaz.

Sempre que possível — e desde que não contrarie opções claras do legislador — deve o juiz adequar a técnica processual ao direito

101. Nesse sentido, substancialmente, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do Formalismo* ..., 2ª ed., p. 180.

102. Segundo Dinamarco esse dispositivo transforma a exceção em regra, pois acaba sendo reduzido o número de questões não mais suscetíveis de dedução após a contestação (cf. *Instituições* ..., 5ª ed., vol. III, p. 470). Essa opção do legislador acaba abrandando bastante a rigidez procedimental, identificada pela doutrina como uma das características do modelo processual brasileiro (cf. Dinamarco, *Instituições* ..., 5ª ed., vol. II, pp. 455 e ss.). A flexibilização, aliás, constitui dever do juiz, na visão do ilustre Titular do Largo de S. Francisco, "de modo a evitar exacerbações preclusivas que possam produzir tais desvios; o valor da certeza das relações jurídicas é muito grande mas não é maior que o da justiça nas decisões — e daí a necessidade de buscar o equilíbrio entre esses valores" (*Instituições* ..., 5ª ed., vol. II, pp. 460-461).

103. Cf. Bedaque, *Poderes Instrutórios do Juiz*, 3ª ed., p. 93.

Não se pretende, com esta sugestão, eliminar a preclusão e a eventualidade, o que implicaria retorno ao processo romano, em que não havia qualquer separação por fases.¹⁰⁶ Propõe-se apenas certa flexibilização na rigidez da estabilização da demanda, desde que presentes determinadas circunstâncias excepcionais, com vistas à economia processual.

O intuito da proposta não é, evidentemente, comprometer a ordem estabelecida pelo modelo processual – o que geraria perda da segurança, consequência prejudicial à confiabilidade e efetividade do processo. Deseja-se simplesmente apresentar solução compatível com a economia processual e a instrumentalidade do processo, em consonância com a tendência verificada em legislações recentes, que se mostram até mais liberais.¹⁰⁷

“14.5 Qualquer parte pode requerer ao juiz que determine à outra que adite ou emende suas alegações para plena observância destas Regras. Este pedido suspende, temporariamente, o prazo para resposta.

“19.2 Antes de proferir uma decisão com base nesta Regra, o juiz deve dar à parte a quem a providência é tomada oportunidade razoável de aditar sua petição inicial ou contestação quando parecer que a deficiência seja suprimível e desde que esta iniciativa não atrase o procedimento ou, de qualquer forma, resulte em injustiça.”

106. Cf. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do Formalismo* ..., 2ª ed., p. 23.

107. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira dá notícia da orientação adotada nos Códigos alemão e austríaco, ambos possibilitando ao juiz, mesmo sem a concordância da parte contrária, entender oportuna a modificação da causa de pedir se não houver risco de atraso relevante no desenvolvimento do processo. Também em relação ao pedido há certa flexibilização, especialmente se verificada alteração superveniente (cf. *Do Formalismo* ..., 2ª ed., pp. 143-144). Mais recentemente, abordou as alterações verificadas no processo civil português, que passou a admitir, de forma bastante ampla, a alteração do pedido mesmo sem concordância da parte contrária (CPC português, art. 273º). Com relação à rigidez do Direito Brasileiro, conclui: “Do ponto de vista cooperativo, no estágio atual da história brasileira, já está mais do que em tempo de se começar a pensar na reforma da legislação processual, para permitir-se a alteração do pedido e da causa de pedir nos termos da recente reforma portuguesa. Dessa forma, estimular-se-ia mais uma vez o desejável diálogo entre o órgão judicial e as partes, quebrando-se ao mesmo tempo um formalismo excessivo, que não tem mais razão de ser” (“Poderes do juiz ...”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* 1 e 2-XXIV/211-212). A proposta merece total apoio. Neste estudo são apresentadas sugestões destinadas a, independentemente de modificação legislativa, abrandar a rigidez da regra da estabilização da demanda.