

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

FACULDADE DE DIREITO

ITACHIR TAGLIARI NETTO

RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DEMANDA NO PROCESSO CIVIL
CONSTITUCIONAL

CURITIBA

2014

ITACHIR TAGLIARI NETTO

RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DEMANDA NO PROCESSO CIVIL
CONSTITUCIONAL

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito das Relações Sociais na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas.
Orientador: Profº. Drº. Sérgio Cruz Arenhart

CURITIBA

2014

ITACHIR TAGLIARI NETTO

RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DEMANDA NO PROCESSO CIVIL
CONSTITUCIONAL

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito das Relações Sociais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

Prof.^o. Dr.^o. Sérgio Cruz Arenhart (Orientador) – UFPR

Prof.^o Dr.^o Clayton de Albuquerque Maranhão – UFPR

Prof.^o Me. Gustavo Osna – UFPR

Curitiba, 13 de novembro de 2014.

AGRADECIMENTOS

Nada sou sem Deus, família e amigxs. São Elxs que dão efetividade à minha felicidade, tendo em vista meu propósito em vida de ser e fazer feliz.

Agradeço a Deus, norma hipotética fundamental da minha existência, que nunca me abandonou e nunca me abandonará.

Ao meu pai, Itamar Agustinho Tagliari, meu exemplo. À minha guerreira mãe, Marilda de Oliveira Biscaia, meu exemplo. À minha irmã, Lisliane Marisa Tagliari de Oliveira. Aos meus irmãos, Itamar Adriano Tagliari, Carlos Agostinho Tagliari, Rômulo Augusto Tagliari, Flávio Tagliari, Marcos Tagliari, Carlos Itacir Tagliari e Mateus Arruda. Aos demais familiares, que não são poucos, dentre eles avôs e avós, tios e tias, primos e primas, sobrinhos e sobrinhas, cunhados e cunhadas. Lado a lado, todos, sem exceção, são minha base, verdadeiras *cláusulas pétreas* em minha vida.

Aos meus diferenciados amigxs, que já passaram, que permaneceram e que ainda virão. Por falta de espaço não posso numerá-los exaustivamente nessas páginas, mas estão gravados permanentemente em minha alma e em meu coração. André Thomazoni, Andrei Hayashi, Felipe Klein Gussoli (apesar de insistir em me chamar de “Ceras”), Eliezer Freitas e Pedro Pannuti, meus amigos que a UFPR proporcionou, muito obrigado por todo o suporte que me deram desde o primeiro dia em que conheci vocês. Alexsandro Sahequi, Anna Flávia Machado, Bianca Ferri, Bianca Maria Rocha Carneiro, Caio Gomes Neto, Italo de Oliveira Beloso, Luan Andrade da Cunha, Luana Cavalcante, Pedro Marcos Freire, Renata Thais de Almeida, Sidney Tomiatto, Thamara Costa e Uirah Ribeiro de Souza, cada qual com sua personalidade, nada comum, marcou e mudou meu eu de tal maneira que se tornou impossível um retorno ao *status quo ante*. Eu enxergo em vocês aquilo que os olhos não podem ver.

À Alana Guimarães V. Andrade, minha vizinha, que aplicou uma restritiva de direitos por tempo indeterminado aos meus sentimentos.

Amor é pouco, o que eu sinto por todos vocês ainda não tem nome.

*“É necessário sempre acreditar
que o sonho é possível
Que o céu é o limite e você é
imbatível
Que o tempo ruim vai passar, é
só uma fase
E o sofrimento alimenta mais a
sua coragem
Que a sua família precisa de
você
Lado a lado se ganhar pra te
apoiar se perder”*

Racionais MC's – A vida é
desafio.

RESUMO

O princípio da demanda, no processo civil brasileiro, limita a atuação jurisdicional qualitativa e quantitativamente, preconizando que descabe ao magistrado conceder aquilo que não consta do pedido ou da causa de pedir, bem como impõe o enfrentamento de todas as questões essenciais suscitadas. Ocorre que em situações que colocam em jogo direitos constitucionais fundamentais predominantemente existenciais, tais como a vida e a saúde, referido princípio se mostra um obstáculo e acaba por dificultar ou até mesmo negar a efetivação da normativa constitucional. Num paradigma em que a Constituição goza de supremacia no ordenamento jurídico, mostra-se inconstitucional a aplicação de regras ou princípios legais em detrimento de direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Magna. Nesse aspecto, evidencia-se necessária a flexibilização do princípio da demanda, como imperativo do processo civil constitucional, objetivando-se garantir aos indivíduos e coletividades a concretização de direitos fundamentais eminentemente existenciais decorrentes da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil com maior valor axiológico inegável na doutrina e na jurisprudência.

Palavras-chave: Processo Civil Constitucional. Direito Processual Civil Constitucional. Princípio da demanda. Relativização. Mitigação. Efetividade da Constituição. Direitos fundamentais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. RECORTE METODOLÓGICO E CONTEXTUALIZAÇÃO	11
1.1. Constitucionalização do Direito e neoconstitucionalismo	11
1.2. Estado Democrático de Direito	16
1.3. Processo civil constitucional.....	18
2. PRINCÍPIO DA DEMANDA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	20
2.1. Breve explanação dos princípios fundamentais do processo civil brasileiro ...	20
2.1.1. Princípio dispositivo.....	24
2.1.2. Princípio da demanda.....	26
2.1.2.1. Elementos identificadores da demanda.....	29
2.1.2.2. Teorias da causa de pedir	31
2.1.3. Objeto litigioso do processo	33
2.1.4. Estabilização da demanda	34
2.1.5. Alteração da demanda no direito posto	35
3. RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DEMANDA NO PROCESSO CIVIL CONSTITUCIONAL	39
3.1. Direitos fundamentais como fundamento da flexibilização da demanda	41
3.2. Flexibilização da demanda e princípio da efetividade da tutela jurisdicional..	49
3.3. Flexibilização da demanda e princípio dispositivo.....	51
3.4. Flexibilização da demanda e princípio da imparcialidade	53
3.5. Flexibilização da demanda, princípio da economia processual e princípio da instrumentalidade do processo e processo justo.....	56
3.6. Flexibilização da demanda e ordem pública	57
3.7. Flexibilização da demanda <i>ex officio</i>	58
CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	62

INTRODUÇÃO

Inserido no paradigma jurídico do neoconstitucionalismo, caracterizado pela presença de um Estado Democrático de Direito, o processo civil brasileiro se torna um dos maiores instrumentos de defesa e efetivação da Constituição Federal, principalmente no que tange aos direitos fundamentais e princípios de justiça¹. É cediço que a força normativa da Constituição, no atual paradigma, irradia-se por todo o ordenamento, sendo que toda a sistemática jurídica deve ser criada, interpretada e aplicada à luz da Carta Magna².

A dignidade da pessoa humana foi alçada a princípio fundamental da República, insculpida no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tendo este princípio função instrumental e integradora de direitos fundamentais³ (de índole individual e social – quando não considerada a superação desta dicotomia) também previstos no texto constitucional, tais como os direitos à igualdade, à vida, a saúde, à propriedade, à alimentação, ao trabalho, à previdência social, à proteção social, à maternidade, à infância, à assistência aos desamparados e mais uma ampla gama de direitos essenciais aos indivíduos e à coletividade.

Nesse contexto, o formalismo excessivo de determinados princípios e regras processuais infraconstitucionais acabam por obstaculizar o atingimento daquela que deveria ser a principal razão de existir do processo civil constitucional: dar a máxima efetividade possível à normatividade da Carta Maior, em especial aos direitos fundamentais e princípios de justiça nela previstos⁴. Um dos princípios que mais retarda a observância e a efetivação dos direitos fundamentais, quando aplicado

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo. Vol. 1, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 47-48.

² Nesse sentido: *“As constituições contemporâneas desempenham um papel central no ordenamento jurídico. Além de limitarem os poderes políticos, as suas normas podem incidir diretamente sobre as relações sociais. Além disso, seus preceitos e valores são considerados vetores para interpretação e aplicação de todo o Direito, impondo a releitura dos conceitos e institutos existentes nos mais variados ramos do ordenamento. A Constituição não é vista mais como uma simples norma normarum — cuja finalidade principal é disciplinar o processo de produção de outras normas. Ela passa a ser enxergada como a encarnação dos valores superiores da comunidade política, que devem fecundar todo o sistema jurídico”*. (NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 35-36).

³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 95.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**. *Op. Cit.*, p. 47-48.

com formalismo excessivo, em detrimento da dignidade da pessoa humana, é o princípio da demanda.

Atualmente, tem-se o entendimento majoritário de que, em regra raramente excetuada, só é dado à parte aquilo que pediu e não mais do que isso, observando-se também a causa de pedir, mesmo quando dos fatos narrados na inicial e da prova colhida aos autos se constate a existência de direitos fundamentais de índole predominantemente existencial passíveis de serem efetivados a uma ou outra parte no bojo do processo.

É contra tal formalismo excessivo que se impulsiona o presente trabalho monográfico, albergando-se conceitos de direito material e processual, constitucional e infraconstitucional, de selecionados autores, e trabalhando-os com o objetivo de *introduzir a temática da possibilidade de relativização do princípio da demanda com a finalidade de efetivarem-se direitos fundamentais de cunho predominantemente existencial.*

No primeiro capítulo tratar-se-á de delinear o recorte metodológico realizado neste trabalho monográfico, apresentando os conceitos e características do neoconstitucionalismo, do Estado Democrático de Direito e do processo civil constitucional, essenciais para a correta compreensão da problemática apresentada e para uma acertada solução jurisdicional a ser adotada no plano prático.

Em seguida, no segundo capítulo, far-se-á a abordagem do princípio da demanda no processo civil posto. Para tanto, trataremos dos princípios constitucionais e infraconstitucionais do processo civil e que guardam relação com a temática da relativização do princípio da demanda a ser analisada de forma específica no capítulo terceiro, dando mais enfoque ao princípio dispositivo e o correlato princípio da demanda, bem como suas possibilidades de alteração e a estabilização da demanda no direito posto.

Por fim, no terceiro capítulo, abordar-se-á a relativização do princípio da demanda sob a perspectiva dos direitos fundamentais e princípios processuais, confrontando-se a temática com pontos-chaves do direito processual civil constitucional. Abordaremos os direitos constitucionais fundamentais como fundamento da flexibilização do princípio da demanda, bem como passaremos por tópicos de importância, tais como a efetividade da tutela jurisdicional, o princípio dispositivo, a imparcialidade do juiz, o princípio da economia processual, da

instrumentalidade do processo e o processo justo, relacionando todos estes pontos à flexibilização do princípio da demanda.

Certo é que não há pretensão de aprofundamento e esgotamento da temática, principalmente pela escassa produção bibliográfica e complexidade da questão. Por tal motivo, pretende-se a realização de um trabalho de cunho introdutório e questionador, através do qual se realiza, estrategicamente, um recorte metodológico, ou seja, *tratar-se-á da temática a partir do direito posto*, através de breve contextualização necessária para o seu correto desenvolvimento.

1. RECORTE METODOLÓGICO E CONTEXTUALIZAÇÃO

Antes que se inicie o conteúdo deste trabalho monográfico, é de suma importância salientar que não se pretende, de forma alguma, a análise aprofundada e exauriente sobre o tema, até mesmo pela natureza introdutória e questionadora pretendida neste trabalho, bem como por se tratar de assunto recente, com pouca produção bibliográfica.

Com isso em mente, tem-se como necessário um recorte metodológico, trazendo-se a conhecimento aspectos de contextualização do atual paradigma Constitucional brasileiro e do Processo Civil. Para tanto, conceituar-se-ão e destacar-se-ão características do neoconstitucionalismo, do Estado Democrático de Direito e da conseqüente necessidade de releitura do Processo Civil à luz da Constituição, o que se pode chamar de Processo Civil Constitucional.

Esse recorte se mostra estratégico na medida em que a flexibilização do princípio da demanda decorre exatamente das características principais de um Estado Democrático de Direito, inserido no paradigma do neoconstitucionalismo e que impõe a releitura do Processo Civil para que este passe a atender à normativa Constitucional.

Portanto, será dada ênfase e destaque à análise do princípio da demanda em seu conceito, estrutura e aplicação contemporânea, bem como sua projeção futura, tendo em vista o Direito posto.

1.1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E NEOCONSTITUCIONALISMO

Tem-se atualmente como superado o positivismo jurídico que vigorou antes da Segunda Guerra Mundial, com o surgimento do paradigma do neoconstitucionalismo. A Constituição deixou de representar tão somente uma carta

estrutural e programática, passando a possuir força normativa, com elevado teor axiológico e absorção de valores ético-morais e políticos⁵.

Passou-se a reconhecer a força normativa dos princípios jurídicos, a negar o formalismo excessivo em prol de conferir maior efetividade à normativa constitucional. Em reação às atrocidades cometidas no período imediatamente anterior, houve uma reaproximação entre o Direito e a Moral, impregnando-se a ordem jurídica com valores fundamentais como a dignidade da pessoa humana. O judiciário passou a exercer papel determinante na efetivação da Constituição, cabendo-lhe a sua guarda e interpretação⁶. Ao juiz constitucional, cabe, sobretudo, afastar abusos cometidos por omissão ou ação do legislador⁷, efetivando-se os direitos fundamentais, que possuem aplicabilidade imediata. Nesse sentido, há uma demanda por buscar a substância da lei e “encontrar os instrumentos capazes de permitir a sua limitação e conformação aos princípios de justiça”⁸.

Porém, a principal característica do neoconstitucionalismo é a constitucionalização do Direito, em que a Constituição Federal, ao mesmo tempo em que se coloca em posição normativa hierarquicamente superior, se torna o centro do ordenamento jurídico, da qual devem observância todos os outros ramos do direito⁹.

A Constituição de 1988, nesse aspecto, possui supremacia formal e substancial em nosso ordenamento jurídico¹⁰, o que significa dizer que, além de ser estar no ápice da pirâmide jurídica, suas normas são de observância obrigatória aos órgãos, entes e autoridades dos Poderes Públicos, bem como aos particulares (como exemplo temos a reconhecida eficácia horizontal dos direitos fundamentais)¹¹.

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni:

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 59-60.

⁶ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**. *Op. cit.*, p. 286.

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. *Op. Cit.*, p. 60.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**. *Op. cit.*, p. 46.

⁹ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**. *Op. cit.*, p. 17.

¹⁰ NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9ª ed. São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 76-77.

¹¹ Nesse sentido: “A Constituição Federal de 1988 contém princípios constitucionais fundamentais, como o princípio republicano, o princípio democrático, o princípio do Estado de Direito, a cidadania, a dignidade da pessoa humana; direitos civis dos cidadãos, como a vida, a liberdade e a igualdade; direitos sociais básicos, como a saúde, a educação e a previdência social. As normas que veiculam essas matérias são “materialmente constitucionais”. Além da supremacia formal, é inegável que a Constituição de 1988 também possui supremacia material, por incorporar a “reserva de justiça” da democracia brasileira” (NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**. *Op. cit.*, p. 17)

Essas Constituições, para poderem controlar a lei, deixaram de ter resquícios de flexibilidade – tornando-se “rígidas”, no sentido de escritas e não passíveis de modificação pela legislação ordinária – e passaram a ser vistas como dotadas de plena eficácia normativa. A lei, dessa forma, perde o seu posto de supremacia, e agora se subordina à Constituição.

Ao se dizer que a lei encontra limite e contorno nos princípios constitucionais, admite-se que ela deixa de ter apenas uma legitimação formal, ficando amarrada substancialmente aos direitos positivados na Constituição. A lei não vale mais por si, porém depende de sua adequação aos direitos fundamentais.¹²

Diante da supremacia formal e substancial da Constituição, houve uma transformação no princípio da legalidade, que passou também a ser visto em sua análise substancial de modo a se prestar para uma conformação da Lei com a Constituição, em especial com os direitos fundamentais e princípios de justiça.¹³

Segundo Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto, a constitucionalização do Direito pode ocorrer através da constitucionalização-inclusão e da constitucionalização releitura:

a) a modalidade de inclusão seria a abrangência, pela Carta Maior, de temas antes tratados apenas em legislação ordinária ou que sequer eram tratados no ordenamento jurídico;

b) por sua vez, a constitucionalização releitura, desdobramento de maior importância para este trabalho, é consequência da irradiação das normas constitucionais a todo o ordenamento jurídico posto, impondo que este seja interpretado em conformidade com os ditames da Carta maior. Isso importa, segundo os autores, numa filtragem constitucional, propiciando significativa mudança na compreensão e aplicação dos mais variados ramos do direito.¹⁴

Nesse sentido, a constitucionalização do direito “*não se esgota no tratamento constitucional de temas anteriormente disciplinados pela legislação ordinária. Mais que isso, ela envolve a filtragem constitucional do Direito, vale dizer, a interpretação de todas as normas à luz da Constituição, buscando-se sempre a exegese que mais prestigie os seus valores e promova os seus objetivos*”¹⁵.

Num paradigma constitucional em que os valores inseridos na normatividade constitucional são de observância obrigatória de todos, tem-se que a irradiação das

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**. Op. cit., p. 46.

¹³ *Idem*.

¹⁴ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**, Op. Cit., p. 37.

¹⁵ *Ibidem*, p. 287.

normas constitucionais por todo o ordenamento jurídico é impositiva para que sejam alcançados os valores emancipatórios previstos na própria Carta Maior¹⁶. Vale dizer que o valor normativo supremo da Constituição subordina todos os poderes por ela constituídos¹⁷. O Poder Judiciário, através do juiz constitucional, exerceu e exerce importante papel na releitura constitucional dos ramos do Direito.

Porém, é necessária cautela por parte dos magistrados no momento de concretizar a chamada constitucionalização releitura. A legitimidade do judiciário para atuação que restringe ou modifica a liberdade do legislador em sua atuação, com vistas a uma constitucionalização do Direito, é alvo de críticas diante do princípio democrático, tendo em vista que o juiz ocupa cargo através de concursos públicos e não de eleições¹⁸. Também “o elevado grau de indeterminação das normas empregadas no processo de ‘filtragem constitucional’” mostram-se como um problema à constitucionalização realizada pelo Poder Judiciário.¹⁹

É por tal motivo que é necessária cautela na atuação jurisdicional quando se busca constitucionalizar o direito através de uma releitura, devendo o esforço em busca de ponderações e interpretações construtivas, bem como de maior racionalidade e transparência do Judiciário. As decisões jurisdicionais devem buscar ao máximo a justificação racional, através de uma argumentação jurídica satisfatória, buscando deixar claro que a interpretação atribuída na decisão é efetivamente a que mais prestigia a ordem constitucional.²⁰

¹⁶ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**, Op. Cit., p. 287. Vale destacar também o seguinte trecho: “Uma interpretação extensiva e abrangente das normas constitucionais pelo Poder Judiciário deu origem ao fenômeno de constitucionalização da ordem jurídica, que ampliou a influência das constituições sobre todo o ordenamento, levando à adoção de novas leituras de normas e institutos nos mais variados ramos do Direito”.

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit., p. 59.

¹⁸ Tais críticas acerca da ausência de legitimidade democrática dos juízes em atuações que contrariem a vontade do legislador devem ser sempre levadas a sério, impondo uma atuação construtiva dos Juízes: “Estas objeções são importantes e devem ser levadas a sério. Concepções radicais do neoconstitucionalismo, que endossem a opção por um ‘governo de juízes’ ou que aplaudam o decisionismo judicial, alimentado por uma invocação emotiva e pouco fundamentada de princípios e valores constitucionais, devem ser evitadas, porque incompatíveis com o ideário do constitucionalismo. Tampouco se deve respaldar a hiperconstitucionalização do Direito, que suprima o espaço necessário para o desenvolvimento da política majoritária. Porém, deve ser louvado um novo constitucionalismo que, sem desprezar o papel essencial das instâncias democráticas na definição do Direito, reconheça e valorize a irradiação das normas constitucionais pelo ordenamento, a invocação fundamentada e racional dos princípios jurídicos, bem como a atuação firme e construtiva do Judiciário para proteção e promoção dos direitos fundamentais e dos pressupostos da democracia”. (NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**. Op. Cit., p. 290)

¹⁹ *Ibidem*, p. 39

²⁰ *Ibidem*, p. 39-40.

Além disso, o paradigma do neoconstitucionalismo trouxe mudanças significativas no conceito de democracia, o que permite, de certo modo, afastar as críticas à atuação jurisdicional que restringe ou modifica a prévia atuação legislativa. Conforme Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento:

No neoconstitucionalismo, a leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao protagonismo judicial em defesa dos valores constitucionais. No lugar de concepções estritamente majoritárias do princípio democrático, são endossadas teorias de democracia mais substantivas, que legitimam amplas restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias, e possibilitam a sua fiscalização por juízes não eleitos. Ao invés de uma teoria das fontes do Direito focada no código e na lei formal, enfatiza-se a centralidade da Constituição no ordenamento, a ubiquidade da sua influência na ordem jurídica, e o papel criativo da jurisprudência.²¹

Deveras, no paradigma contemporâneo, *“o processo jurisdicional se habilita, num plano micro, como um locus da democracia e em instrumento de democracia participativa e de garantia da cidadania, consolidando os escopos do Estado Democrático de Direito”*.²²

Aliás, neste ponto vale mencionar a distinção realizada por Bobbio entre democracia formal e democracia substancial. Contemporaneamente é possível falar da existência de Democracia formal e Democracia substancial. Sobre a diferenciação, cumpre emprestar os seguintes ensinamentos:

Chama-se formal à primeira porque é caracterizada pelos chamados "comportamentos universais" (universali procedurali), mediante o emprego dos quais podem ser tomadas decisões de conteúdo diverso (como mostra a co-presença de regimes liberais e democráticos ao lado dos regimes socialistas e democráticos). Chama-se substancial à segunda porque faz referência prevalentemente a certos conteúdos inspirados em ideais característicos da tradição do pensamento democrático, com relevo para o igualitarismo. Segundo uma velha fórmula que considera a Democracia como Governo do povo para o povo, a democracia formal é mais um

²¹ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**, *Op. Cit.*, p. 288.

²² ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. Vol. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 22.

*Governo do povo; a substancial é mais um Governo para o povo.*²³

Assim, conclui-se que há uma demanda constitucional e também democrática pela atuação jurisdicional em prol da maior efetividade dos direitos fundamentais e princípios de justiça previstos na Carta Maior²⁴. Porém, esta atuação demanda maior esforço dos juízes no sentido de trazer argumentação jurídica satisfatória e que demonstre que a decisão tomada se alinha com os anseios democráticos de concretização da normativa constitucional, através de fundamentação clara e transparente, dentro da competência atribuída ao judiciário.²⁵

Por fim, é de se registrar que houve um forte movimento de repersonalização e despatrimonialização do Direito Civil, sendo que é impositiva, pois, uma necessária releitura e constitucionalização de todos os ramos do direito, em especial do Direito Processual Civil, que se mostra como instrumento apto e eficaz na busca da observância e efetivação da normatividade constitucional.

1.2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A ideia de Estado Democrático de Direito está intimamente ligada à supremacia da Constituição e, por consequência, ao neoconstitucionalismo. Passa-se do império da lei (Estado de Direito) ao de superioridade da Constituição e seus ditames democráticos (Estado Democrático de Direito ou Estado Constitucional Democrático).

Segundo Marcelo Novelino, as principais características do Estado Democrático de Direito (ou Constitucional de Direito) são:

²³ BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. 1º Vol., 11ª Ed. Brasília: UnB, 1998, p. 324.

²⁴ Nesse sentido, importante registrar o princípio da máxima efetividade, presente no âmbito constitucional, segundo o qual “o intérprete deve atribuir à norma constitucional o sentido que lhe dê maior eficácia, mais ampla efetividade social”. Além disso, tem-se que a máxima efetividade abrange toda e qualquer norma constitucional, primordialmente àquelas que estabelecem direitos e garantias fundamentais. (PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 9ª ed. São Paulo: MÉTODO, 2012, p. 74).

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. *Op. Cit.*, p. 60.

- I) consagração de institutos de democracia direta e indireta que introduzem o povo no governo do Estado, tais como plebiscito, referendo e iniciativa popular (CF, art. 14, I a III);
- II) preocupação com a efetividade e dimensão material dos direitos fundamentais, assegurados mediante a jurisdição constitucional;
- III) limitação do Poder Legislativo, não apenas no aspecto formal (modo de produção do direito), mas também no âmbito material, fiscalizando a compatibilidade do conteúdo das leis com os valores consagrados na Constituição;
- IV) imposição constitucional não apenas de limites, mas também de deveres ao legislador;
- V) aplicação direta da Constituição com o reconhecimento definitivo de sua força normativa;
- VI) ampliação do conceito meramente formal de democracia (participação popular, vontade da maioria, realização de eleições periódicas, alternância no Poder) para uma dimensão substancial, como decorrência do reconhecimento da força normativa e vinculante dos direitos fundamentais, os quais devem ser usufruídos por todos, inclusive pelas minorias perante a vontade popular (pluralismo, proteção das minorias, papel contramajoritário do Poder Judiciário...).

Veja-se que muitas das características do Estado Democrático de Direito são comuns ao neoconstitucionalismo, tratado no subitem anterior, justamente pelo fato de estarem intimamente relacionados.

Destaca-se, para os fins deste trabalho, o atual estágio de *“preocupação com a efetividade e dimensão material dos direitos fundamentais, assegurados mediante a jurisdição constitucional”*, de *“aplicação direta da Constituição com o reconhecimento definitivo de sua força normativa”* e, sobretudo, de *“ampliação do conceito meramente formal de democracia (participação popular, vontade da maioria, realização de eleições periódicas, alternância no Poder) para uma dimensão substancial, como decorrência do reconhecimento da força normativa e vinculante dos direitos fundamentais, os quais devem ser usufruídos por todos, inclusive pelas minorias perante a vontade popular (pluralismo, proteção das minorias, papel contramajoritário do Poder Judiciário (...))”*²⁷.

Este último aspecto destaca a força vinculante dos direitos fundamentais²⁸ e o papel do Poder Judiciário em face da inefetividade da normativa constitucional. Deveras, no Estado Democrático de Direito há a preocupação maior com a garantia e proteção dos direitos fundamentais individuais e sociais, impondo, por vezes, o

²⁶ NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. *Op. cit.*, p. 76-77.

²⁷ *Idem*.

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. *Op. Cit.*, p. 167-176.

afastamento de formalismos excessivos e demais empecilhos para a concretização de tais direitos.

É nesse contexto, da constitucionalização do Direito, do neoconstitucionalismo e do Estado Democrático de Direito, que se destaca a necessidade de constitucionalização do Processo Civil brasileiro e releitura de dispositivos que dispendam tratamento formalista ao processo mesmo quando se está diante da concretização de direitos fundamentais de índole eminentemente existenciais consagrados na Carta Magna, ligados à dignidade da pessoa humana, que se apresenta atualmente como norma jurídica constitucional vinculante e valor fundamental²⁹.

1.3 PROCESSO CIVIL CONSTITUCIONAL

Conforme mencionado anteriormente, a constitucionalização dos demais ramos do Direito se viu mais evidente no Direito Civil, com reconhecimento da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais e conseqüente releitura deste ramo do Direito, repersonalizando-o e despatrimonializando-o. Ou seja, passou-se a observar com maior rigor valores existenciais em detrimento de valores meramente patrimoniais.³⁰

Impõe-se, da mesma forma, uma constitucionalização-releitura do Processo Civil posto e observância dos ditames constitucionais em eventual Novo Código. Ideais de efetividade da tutela jurisdicional, observância do devido processo legal e direito a um processo justo ganham força no paradigma atual do Direito.

Há, portanto, uma maior preocupação com os resultados concretos que devem ser gerados pela prestação jurisdicional, superando clássicos conceitos do direito processual e dando maior ênfase em questões éticas e existenciais do que em questões sistemáticas, formais e de solenidade dos procedimentos.³¹

Nota-se da jurisprudência dos Tribunais Superiores, ainda de forma tímida, uma relativização de princípios clássicos do Direito Processual Civil em prol da

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Op. cit., p. 90.

³⁰ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**, Op. cit., p. 38.

³¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Op. cit., p. 53.

efetividade da normativa constitucional, como, por exemplo, mitigação do princípio dispositivo, do princípio da demanda, do princípio da coisa julgada, dentre outros.

Direitos e princípios fundamentais, sociais e individuais, tais como o da proteção social, vêm sendo invocados tanto pelo Supremo Tribunal Federal quanto pelo Superior Tribunal de Justiça com a finalidade de efetivar direitos fundamentais previdenciários, por exemplo³².

Humberto Theodoro Junior comenta referida atuação do Poder Público com a finalidade de constitucionalizar o Processo Civil:

Toda uma grande reforma se fez, nos últimos anos, nos textos do Código de Processo Civil, com o confessado propósito de desburocratizar o procedimento e acelerar o resultado da prestação jurisdicional. Legislação extravagante também cuidou de criar ações novas e remédios acauteladores visando a ampliar o espectro da tutela jurisdicional, de modo a melhor concretizar a garantia de amplo e irrestrito acesso à justiça, tornado direito fundamental pelas Constituições democráticas, tanto em nosso país como no direito comparado. Até a própria Constituição foi emendada para acrescer no rol dos direitos fundamentais a garantia de uma duração razoável para o processo e o emprego de técnicas de aceleração da prestação jurisdicional (CF, art. 5º, inc. LXXVIII, com o texto da EC no 45, de 08.12.2004)³³

Trata-se, essa atuação dos Poderes da República, de um processo para tornar o Processo Civil posto em um Processo Civil Constitucional³⁴. Um dos campos que possibilita maior efetivação dessa proposição, além da mitigação do ritualismo processual, é a relativização do princípio da demanda, ainda pouco explorado, conforme se verá.

³² Conforme se verá mais adiante neste trabalho.

³³ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. *Op. cit.*, p. 53.

³⁴ Para além disso, Luiz Guilherme Marinoni ainda traz considerações acerca da teoria das fontes do Direito, questionando a ideia clássica de que apenas o Estado é fonte normativa para o Direito e concluindo que se faz necessário reavaliar a teoria das fontes e redefinir a relação entre a Constituição e as normas infraconstitucionais. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**. *Op. cit.*, p. 45)

2. PRINCÍPIO DA DEMANDA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Código de Processo Civil de 1973, em sua redação atual, traz positivado o princípio da demanda, que pode ser extraído da hermenêutica dos artigos 2º, 128, 262, 286, 460, 615, I, e 797³⁵.

É de se salientar que o princípio da demanda encontra origem no princípio dispositivo que, por sua vez, originou-se da ideia de autonomia da vontade e disponibilidade de direitos dos indivíduos particulares. Conforme restará analisado nesta parte do trabalho, o cerne da ideia é a de que a parte tem livre disposição de seus bens jurídicos e, portanto, só pede em Juízo aquilo de que quer dispor, não podendo o magistrado dar aquilo que ela não pediu (justamente porque a parte não quis exercer a disposição sobre o bem ou direito).

Trata-se de uma ficção, um mito, de que a parte processual tem conhecimento de todos os seus direitos e, diante disso, selecionou os que queria pleitear em Juízo, não podendo o Juiz conceder aquilo que a própria parte não quer, pois ofenderia o princípio da autonomia da vontade e da disponibilidade, bem como o princípio da imparcialidade do julgador.

2.1 BREVE EXPLANAÇÃO DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Obviamente que a questão dos princípios processuais civis brasileiros não são tratados de forma absolutamente uniforme pela doutrina. Nesse aspecto, tratar-se-á tão somente dos princípios constitucionais e infraconstitucionais que possuem amplo reconhecimento doutrinário e que guardam relação temática com o presente

³⁵ CPC. Art. 2.º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais; Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte; Art. 262. O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial; Art. 286. O pedido deve ser certo ou determinado; Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado; Art. 615. Cumpra ainda ao credor: I - indicar a espécie de execução que prefere, quando por mais de um modo pode ser efetuada; Art. 797. Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes.

trabalho monográfico, reservando item específico àqueles considerados de maior importância.

Segundo classificação proposta por Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, os princípios processuais fundamentais constitucionais são: inafastabilidade, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, duplo grau de jurisdição, juiz natural, motivação das decisões, publicidade, razoável duração do processo, efetividade do processo, vedação das provas ilícitas, assistência jurídica integral e gratuita. Por sua vez, segundo os mesmos autores, os princípios processuais fundamentais infraconstitucionais são: dispositivo, impulso oficial, oralidade, fungibilidade, lealdade, proporcionalidade.³⁶ Adiciona-se, além dos princípios elencados pelos autores, o princípio da cooperação ou do processo cooperativo, que também será tratado, ainda que brevemente, neste tópico.

O princípio constitucional do devido processo legal está previsto no rol dos direitos fundamentais do artigo 5º, mais especificamente no inciso LIV, da CRFB/88, sob a garantia expressa de que “ninguém será privado da liberdade ou dos seus bens sem o devido processo legal”. Atualmente o princípio do devido processo legal possui duas dimensões: a material (substancial) e a formal (processual). O aspecto material diz respeito à necessidade de que o processo garanta a vida, a liberdade e a propriedade, objetivando uma decisão razoável, da qual surge os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Por sua vez, o aspecto processual do devido processo legal é entendido como “garantia do pleno acesso à Justiça”, ou seja, seria “o direito a ser processado e processar de acordo com as normas previamente estabelecidas para tanto”.³⁷

A normatividade do direito fundamental ao devido processo legal impõe que as consequências processuais no âmbito patrimonial e pessoal do indivíduo deve se dar através de decisão obtida no bojo de um processo que observou antecedente previsão legal e as garantias constitucionais fundamentais. Logo, “o devido processo legal significa o processo cujo procedimento e cujas consequências tenham sido previstas em lei e que estejam em sintonia com os valores constitucionais”.³⁸

³⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Vol 1, 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 63-83.

³⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **Direito processual civil contemporâneo**. Vol. 1, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 85-86.

³⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. *Op. cit.*, p. 64.

Intimamente relacionado ao direito fundamental ao devido processo legal, encontram-se os direitos, também fundamentais, ao contraditório e à ampla defesa, expressamente previstos no artigo 5º, LV, da CRFB/88. O princípio do contraditório e da ampla determina que haja diálogo entre as partes no desenvolvimento do processo, garantindo-se a ciência de todos os atos processuais e a possibilidade de que as partes influenciem no convencimento do magistrado e, por consequência, no resultado do processo.³⁹

Além de diálogo entre as partes, o princípio do contraditório e da ampla defesa, também deve o magistrado observar o contraditório, ou seja, o diálogo também deve se dar entre o juiz e as partes do processo, assegurando, assim, decisões de melhor qualidade.⁴⁰

Também ligado ao princípio do devido processo legal, o princípio constitucional da motivação das decisões, conhecido ainda como princípio da fundamentação⁴¹, encontra texto no artigo 93, IX, da CRFB/88, e determina que todas as decisões do Poder Judiciário devem ser devidamente fundamentadas, sob pena de nulidade, garantindo-se às partes o controle da atividade jurisdicional através das impugnações cabíveis, objetivando à segurança das relações jurídicas.⁴² Além de ser princípio constitucional, a motivação das decisões é requisito da sentença, previsto no artigo 458, II, do atual CPC.

Esse princípio ganha grande relevo no paradigma atual do neoconstitucionalismo, merecendo transcrever-se:

No Estado contemporâneo, o dever de fundamentação ganha uma especial relevância, tendo em vista o agigantamento dos poderes dos magistrados, bem como a utilização de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados nos textos legais.

A partir das técnicas utilizadas na hermenêutica constitucional, torna-se imperativo que o magistrado revele em sua decisão mais do que uma simples adequação da norma ao caso concreto.

Até mesmo porque essa técnica puramente positivista, hoje, não é mais capaz de resolver grande parte dos conflitos.

Se não se pode mais falar em um direito processual alheio à Constituição, me parece que também não pode haver atividade

³⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **Direito processual civil contemporâneo**. *Op. cit.*, p.88.

⁴⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. *Op. cit.*, p. 65.

⁴¹ *Idem*.

⁴² PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **Direito processual civil contemporâneo**. *Op. cit.*, p.92. Conforme afirma o autor: “Seria inútil assegurar o direito de ação e o direito de defesa, se as alegações e provas trazidas aos autos pelas partes não precisassem ser obrigatoriamente examinadas pelo juiz no momento da decisão”.

hermenêutica sem levar em conta as técnicas advindas com o neoconstitucionalismo.⁴³

Deveras, o princípio da motivação das decisões ganha maior importância no Estado Constitucional de Direito, impondo que a decisão do magistrado seja justificada e explicada, com o objetivo de tornar inteligível as suas razões de decidir e tornar transparente a atividade judiciária, inclusive para fins de controle das decisões. Nesse aspecto, decisões implícitas, no bojo do processo civil, não são admitidas no direito posto.⁴⁴

Do texto do artigo 5º, XXXV, da CRFB/88, é possível extrair o princípio da efetividade do processo. Segundo Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, a efetividade do processo “significa que os mecanismos processuais (isto é, os meios instrutórios, as eficácias das decisões, os meios executivos) devem ser aptos a propiciar decisões justas, tempestivas e úteis aos jurisdicionados – assegurando-se concretamente os bens jurídicos devidos àquele que tem razão”.⁴⁵

Já o princípio constitucional da razoável duração do processo trabalha com o binômio: celeridade e eficácia. Isso quer dizer que não se deve buscar o precoce fim do processo a todo custo, mas sim observar o tempo necessário à todo o deslinde processual, buscando a celeridade sem que haja dilações temporais indevidas e que ao mesmo tempo encontre solução adequada.⁴⁶ Oportuno se faz a transcrição *ipsis litteris*:

Razoável será o tempo necessário para a cognição da causa até a efetiva entrega (ou não) do bem pretendido pela parte, ou seja, de todo o iter processual até a efetivação do provimento final.

A razoável duração do processo tem como características: a) a universalidade, b) a limitabilidade, c) cumulatividade e d) irrenunciabilidade, e seu conteúdo deve ser harmonizado com o conceito de jurisdição, no intento da efetividade, ao concentrarem-se, seja na busca de formas diferenciadas de tutela de direitos, seja por meios alternativos de solução de conflito, seja pela participação democrática do cidadão na persecução da solução do conflito

⁴³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **Direito processual civil contemporâneo**. *Op. cit.*, p. 93.

⁴⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. *Op. cit.*, p. 65.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 67.

⁴⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **Direito processual civil contemporâneo**. *Op. cit.*, p. 97-99. Nesse sentido, alerta o autor: “Devemos ponderar, contudo, que, apesar da demora na solução do litígio apresentar seus elementos nocivos, o princípio da celeridade processual deve ser observado com cautela. Não se deve buscar uma celeridade a qualquer custo, sob pena de comprometimento do devido processo legal e, conseqüentemente, da prestação jurisdicional adequada, justa e eficaz”.

submetido ao Judiciário, como formas de viabilizar o Estado Democrático de Direito e os novos conflitos da sociedade moderna.⁴⁷

Por fim, importante registrar também o surgimento no processo civil contemporâneo do chamado princípio da cooperação ou do processo cooperativo. Segundo este princípio, são elementos essenciais ao desenvolvimento do processo a busca da jurisdição de forma clara, leal e honesta, por parte de todos os envolvidos no desenrolar do processo. O conflito deve, portanto, ser solucionado com a cooperação das partes, retirando-se na medida do possível a ideia de conflitividade.⁴⁸

Nesse aspecto, cabe ao magistrado constitucional exercer seu papel de intermediação, facilitando a comunicação e diálogo entre as partes, buscando uma interação adequada para a busca de uma solução justa do conflito estabelecido. Ora, “a proposta de solução do Estado Democrático de Direito é pela busca de uma efetiva participação dos envolvidos na realização dos fins estatais. Essa proposta representa para o sistema de pacificação dos conflitos a necessidade de interação entre as partes que compõem a relação processual no âmbito da jurisdição, além da adoção de métodos não jurisdicionais de solução das lides”.⁴⁹

Observa-se do conteúdo dos princípios acima elencados, extraídos expressa ou implicitamente da Carta Magna, que todos eles corroboram a necessidade de uma flexibilização do princípio da demanda para que seja concretizada a normatividade dos direitos fundamentais de caráter existencial previstos na Constituição, conforme restará analisado mais a frente.

Com a finalidade de melhor explanar o sentido e conteúdo do princípio da demanda trazido neste trabalho, necessário se faz destinar tópico exclusivo ao infraconstitucional princípio dispositivo e o correlato e também infraconstitucional princípio da demanda.

2.1.1. PRINCÍPIO DISPOSITIVO

⁴⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **Direito processual civil contemporâneo**. *Op. cit.*, p. 98.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 100.

⁴⁹ *Idem*.

Classicamente, há estabelecida a dicotomia entre o princípio dispositivo e o inquisitivo. Tem-se como princípio inquisitivo aquele que confere ampla liberdade de iniciativa ao magistrado na relação processual, seja pela sua instauração ou desenvolvimento. A colaboração das partes, sob a égide deste princípio, fica relegada a segundo plano, sendo que cabe ao Juiz a busca, pelos meios que entender adequados e necessários, da chamada verdade real.⁵⁰

Por sua vez, o princípio dispositivo caracteriza-se pela atribuição às partes da iniciativa processual e de seu desenvolvimento. Para este princípio, somente às partes caberia a produção de provas, operando o julgador como mero expectador da relação processual.⁵¹

Conforme pacífica doutrina, tais princípios não aparecem nos sistemas processuais contemporâneos em sua forma pura, mas sim com predominância de um ou de outro. Dai porque chamar, atualmente, um sistema de inquisitivo ou de dispositivo querer dizer que há predominância dum ou doutro princípio.⁵²

No Direito Processual Civil brasileiro posto, o princípio dispositivo é consagrado na ordem infraconstitucional, encontrando-se mais intimamente ligado ao ônus da parte de provocação da máquina estatal para a tutela de direitos que tenha como devido.

Conforme Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, *“na esfera do direito processual civil, o Poder Judiciário é absolutamente inerte, só se manifestando (em amplo sentido) mediante solicitação (= provocação) do interessado”*⁵³, nos termos do artigo 2º do Código de Processo Civil de 1973.

A par das discussões acerca do alcance do princípio dispositivo no processo civil brasileiro – como, por exemplo, se estaria atrelado tão somente à provocação do Judiciário –, tem-se que a construção do princípio dispositivo parte do pressuposto da autonomia da vontade e da disponibilidade do direito material pretendido no processo⁵⁴, o que é um importante registro para discussões que se seguirão no próximo capítulo deste trabalho monográfico.

⁵⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. *Op. cit.*, p. 88.

⁵¹ *Idem.*

⁵² ARENHART, Sérgio Cruz. **Reflexões sobre o princípio da demanda**. Disponível em: <<http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart>>. Acesso em: 11.02.2014., p. 08.

⁵³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. *Op. cit.*, p. 68.

⁵⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. Vol. 1, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 505.

2.1.2. PRINCÍPIO DA DEMANDA

O princípio da demanda é tido pela doutrina como corolário do princípio dispositivo ou princípio da inércia da jurisdição⁵⁵, sendo também chamado de princípio da vinculação do juiz ao pedido, da imutabilidade do libelo, da adstrição do juiz ao pedido, da congruência, da correlação entre provimento e demanda.

É importante registrar que não é uniforme a posição da doutrina quanto à nomenclatura que se atribui ao princípio da demanda, sendo que, por vezes, autores conceituam este princípio de forma diversa, porém, a essência da norma, independentemente da nomenclatura atribuída, permanece a mesma.

Veja-se, por exemplo, que Humberto Theodoro Júnior traz que do princípio dispositivo há duas derivações importantes no ordenamento brasileiro, quais sejam o princípio da demanda e o princípio da congruência. Segundo o autor, o princípio da demanda diz respeito à abertura do processo (art. 2º do CPC), enquanto o princípio da congruência diz respeito à correlação, congruência ou adstrição do juiz àquilo que foi deduzido pela parte.⁵⁶

Por sua vez, conforme visto no item anterior, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini preferem a definição de que não é o princípio da demanda aquele que preconiza que magistrado não pode dar início a um processo civil sem ser provocado, cabendo à parte retirar-lhe da inércia jurisdicional, mas sim o princípio dispositivo.⁵⁷

Já Sérgio Cruz Arenhart traz que a doutrina expressa “o princípio da demanda através da ideia de que o pedido formulado pela parte determina os limites

⁵⁵ Nesse sentido: “(...) é ponto incontroverso que este caráter inercial domina completamente os sistemas processuais modernos. Justamente em razão deste caráter, e como sua contrapartida, coloca-se o princípio da demanda como elemento fundamental do processo civil atual.” (ARENHART, Sérgio Cruz. **Reflexões sobre o princípio da demanda**. Op. cit., p. 01).

⁵⁶ Confirma-se, *ipsis literis*: “Há duas derivações importantes do princípio dispositivo, em nosso sistema processual civil: a) o princípio da demanda e b) o princípio da congruência. Pelo primeiro, só se reconhece à parte o poder de abrir o processo: nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando requerida pela parte (CPC, art. 2o), de sorte que não há instauração de processo pelo juiz *ex officio*. Pelo segundo princípio, que também se nomeia como princípio da adstrição, o juiz deverá ficar limitado ou adstrito ao pedido da parte, de maneira que apreciará e julgará a lide “nos termos em que foi proposta”, sendo-lhe vedado conhecer questões não suscitadas pelos litigantes (art. 128). Prevalece, portanto, o princípio dispositivo na instituição da relação processual e na definição do objeto sobre o qual recairá a prestação jurisdicional. Justifica-se a prevalência do princípio dispositivo nesses momentos cruciais do processo pela necessidade de preservar a neutralidade do juiz diante do conflito travado entre os litigantes. Cabe-lhe receber e solucionar o litígio, tal qual deduzido pelas partes, em juízo, sem ampliações ou derivações para temas por elas não cogitados.” (THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Op. cit., p. 89.)

⁵⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. Op. cit., p. 68.

da atuação jurisdicional, importando na razão da atuação do Estado e também na fixação do objeto a ser decidido”⁵⁸.

Diferencia o autor o princípio da demanda do princípio dispositivo. Aquele estaria ligado, sobretudo, ao objeto do processo, incluindo-se o poder da parte de dar início ao processo e de limitar a extensão do julgamento a ser realizado pelo magistrado no que se refere ao direito material. Já o princípio dispositivo estaria relacionado primordialmente à “tratativa processual da demanda”, em que o magistrado não teria um papel ativo na colheita da prova e andamento do feito, ou seja, o modo que deve ser conduzido o processo. Um sistema inquisitivo admitiria a atuação oficiosa do magistrado como forma prevalecente de condução do processo, enquanto um sistema dispositivo somente admitiria essa atuação de forma excepcional.⁵⁹

Para os fins deste trabalho, adotar-se-á a ideia mais ampla do princípio da demanda, entendendo que este não se limita à abertura do processo, estando também relacionado ao pedido e à causa de pedir. Trabalhar-se-á com a noção de que referido princípio preconiza que as decisões que veiculem tutela jurisdicional são limitadas, qualitativa e quantitativamente, ao que o autor requereu quando rompeu com a inércia da jurisdição, sendo atualmente defeso ao magistrado, salvo raras exceções, dar provimento jurisdicional de natureza diversa do pedido ou em quantidade superior a este.⁶⁰

A origem do princípio da demanda encontrada na inércia da jurisdição tem como consequência a ideia de que o princípio aqui questionado “decorre naturalmente da essência dos direitos subjetivos sujeitos à atuação jurisdicional civil: tratando-se de direito disponível, fica a atuação estatal condicionada ao pedido formulado pela parte”⁶¹.

Portanto, tem-se instituída a noção de que a característica da inércia da jurisdição, bem como do decorrente princípio processual da demanda, possui origem

⁵⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. **Reflexões sobre o princípio da demanda**. *Op.cit.*, p. 02.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 07-09. Oportuno transcrever-se: “Como observa Liebman, o princípio da demanda recorda a característica fundamental dos direitos postos à apreciação jurisdicional pelo processo civil, que é o seu caráter disponível; já o princípio dispositivo nada mais é que um princípio técnico instituído para regular o processo e, especificamente, a conduta das partes neste. Também Trocker considera que a determinação do sujeito responsável por trazer os meios de prova no processo é tema que respeita apenas à política legislativa – que tanto pode optar por uma solução extrema ou por algo intermediário – ao passo que a garantia da ação (demanda), assim como da defesa, são elementos fundamentais e intangíveis de todos os sistemas judiciários”.

⁶⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. *Op. cit.*, p. 502.

⁶¹ ARENHART, Sérgio Cruz. **Reflexões sobre o princípio da demanda**. *Op. cit.*, p. 02.

no “caráter disponível do direito material”. Conforme ensina Sérgio Cruz Arenhart, tem-se hoje a seguinte premissa: “se é certo que o direito subjetivo tem caráter privado e é de cunho disponível, não teria sentido autorizar-se o Estado a interferir na vontade do particular, impondo-lhe a proteção de interesse deste, quando este assim não o desejasse”.⁶²

Além disso, o princípio da demanda aparece no sistema atual também com a função de resguardar e garantir a imparcialidade do julgador, evitando-se que este se torne “partidário” de uma tese no decorrer da relação jurídica processual. Evidencia-se, pois, um papel psicológico deste princípio processual.⁶³

Portanto, para fins deste trabalho, engloba também o princípio da demanda aquilo que Sérgio Cruz Arenhart especifica como princípio da congruência, ou seja, a norma processual que determina que “o juiz não pode decidir fora ou além do pedido formulado pela parte”, bem como “lhe impõe o dever de examinar o pedido em toda sua extensão”. Logo, “o princípio da demanda não representa apenas uma garantia negativa – consistente em impedir o juiz de ir além do pedido da parte –, mas configura também um dever positivo – que impõe a apreciação da totalidade do pedido”.⁶⁴

A decisão proferida pelo julgador que extrapole os limites do pedido traz consequências assim definidas pela doutrina:

Quando a sentença vai além do pedido, isto é, quando a sentença dá ao autor mais do que ele pediu, é ela *ultra petita*. A sentença que concede ao autor providência não pleiteada (de natureza ou objeto diverso do requerido) é *extra petita*. Trata-se, nesse caso, de dar ao autor coisa diversa da que pediu. Também quando a sentença levar em conta quem não é parte do processo ou que nele não interveio a título algum é ela *extra petita*. Quando a sentença deixa de apreciar algum pedido formulado pelo autor, inclusive um dos pedidos cumulados (arts. 288, 289 e 292) ou parcela de pedido, é ela *infra* ou *citra petita*.

Todos esses casos são de nulidade da sentença (ou, mais amplamente, da decisão proferida sem a observância das limitações

⁶² ARENHART, Sérgio Cruz. **Reflexões sobre o princípio da demanda**. *Op. cit.*, p. 02.

⁶³ *Ibidem*, p. 03.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 10. Nesse ponto, oportuno destacar que o autor também preconiza que o dever de apreciação integral do litígio pelo magistrado decorre também do princípio da proibição da autotutela privada, vez que diante desta proibição não pode o juiz desconsiderar parte do pedido formulado, “examinando apenas aquilo que lhe aprouver”. Portanto, “por conta do monopólio estatal da jurisdição, é dever do Estado responder ao pleito da parte integralmente, ou seja, em toda a extensão do deduzido”.

do pedido) que, se não corrigidos no processo em curso, dão ensejo à propositura de ação rescisória com esteio no art. 485, V.⁶⁵

Porém, conforme já dito, não é só o pedido que compõe o princípio da demanda. A causa de pedir, segundo doutrina e jurisprudência, também engloba o que se tem por demanda no Processo Civil brasileiro. Nesse sentido, “a sentença deverá levar em conta não só os fatos constitutivos do direito do autor, mas também os fatos modificativos, impeditivos e extintivos trazidos pelo réu na exata medida em que alegados (e provados) pelas partes, salvo quando há autorização para atuação oficiosa do magistrado (art. 128)”.⁶⁶

Deveras, a vinculação do juiz à causa de pedir deduzida, como normatividade do princípio em análise, significa que o juiz pode examinar todos os fatos que englobam a *causa petendi*, alegados ou não, desde que estejam provados no processo através da atividade das partes, do próprio juiz ou até mesmo de outrem. A proibição diz respeito ao exame de fatos externos à causa de pedir apresentada na ação, o que corresponderia à análise de outra ação. Esta é a vedação constante no ordenamento jurídico posto.⁶⁷

Além disso, assim como ocorre com o pedido, o princípio da demanda impõe a análise pelo magistrado de todos os fatos alegados pelas partes e que possam influir no sentido da decisão, seja para a procedência do pedido ou para o seu não acolhimento. É neste aspecto que se tem o pedido e a causa de pedir como elementos da demanda.⁶⁸

Importante registrar, porém, que a interpretação dos fatos ou a qualificação jurídica atribuída não importam em alteração da demanda e, portanto, não violam o princípio da demanda, exceto quando decorra a modificação do pedido formulado.⁶⁹

2.1.2.1 ELEMENTOS IDENTIFICADORES DA DEMANDA

⁶⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. *Op. cit.*, p. 503.

⁶⁶ *Idem*.

⁶⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. **Reflexões sobre o princípio da demanda**. *Op. cit.*, p. 11.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 12.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 13.

Conforme visto, a demanda (ou ação) é composta pelo pedido, causa de pedir e partes. Os dois primeiros formam o chamado elemento objetivo da demanda, enquanto o último é tido como elemento subjetivo da demanda. O princípio da demanda (que não se confunde com a demanda em si), nos termos aqui expostos, guarda relação com o pedido e com a causa de pedir, ou seja, com os elementos objetivos da demanda. Para os fins questionadores e introdutórios deste trabalho, direcionado à possibilidade de flexibilização do princípio da demanda com a finalidade de concretizar direitos fundamentais de índole eminentemente existenciais, importa a análise mais detalhada, portanto, dos elementos objetivos da demanda.

O pedido pode ser visto sob o seu aspecto processual e sob o seu aspecto material, é o que a doutrina classicamente chama de pedido imediato e pedido mediato, respectivamente⁷⁰. O primeiro diz respeito ao provimento jurisdicional pretendido por aquele que demanda, ou seja, tutela declaratória, condenatória, constitutiva, mandamental, executiva lato sensu ou acautelatória. Por sua vez, o pedido mediato se relaciona ao próprio bem da vida perseguido na ação, ou seja, a vantagem no plano dos fatos.⁷¹

Do artigo 286, *caput*, do CPC, extrai-se que o pedido deve ser certo e determinado⁷². Tanto o pedido imediato quanto o mediato devem ser certos, determinando-se de forma clara e precisa a espécie de tutela jurisdicional e o gênero de bem da vida pretendidos. Já a determinação é regra aplicada tão somente ao pedido mediato, devendo este estar determinado qualitativa e quantitativamente, ressalvadas as exceções de pedido genérico previstas nos incisos do referido dispositivo legal.⁷³

Também, conforme já dito anteriormente, o pedido deve ser expresso, sendo que descabe ao magistrado conceder algo diferente ou a mais do que foi pedido (vide item 2.1.2). A regra do pedido expresso sofre exceções, ou seja, admite-se o pedido implícito em casos expressamente previstos em lei. São hipóteses de pedido

⁷⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. *Op. cit.*, p. 148-149.

⁷¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 6ª ed. São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 163.

⁷² Apesar de a redação trazer o conectivo “ou”, a doutrina e jurisprudência é pacífica no sentido de que se trata de uma incorreção redacional do CPC.

⁷³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. *Op. cit.*, p. 164-168. Tratam as hipóteses de pedido genérico quando dizem respeito a: universalidade de bens, demanda de indenização quando impossível a fixação do valor do dano e valor a depender de ato a ser praticado pelo réu.

implícito: despesas e custas processuais; honorários advocatícios (art. 20 do CPC); correção monetária (art. 404 do CC); (d) prestações vincendas e inadimplidas na constância do processo em caso de contratos de trato sucessivo (art. 290 do CPC); (e) os juros legais/moratórios (arts. 404 e 406 do CC) – não sendo considerados pedidos implícitos os juros convencionais ou compensatórios.⁷⁴

Quanto à causa de pedir, sua análise depende da explanação de suas teorias, quais sejam a teoria da individualização e a teoria da substanciação, em subitem próprio.

2.1.2.2 TEORIAS DA CAUSA DE PEDIR

A causa de pedir é elemento identificador da ação (ou da demanda). A doutrina elenca duas teorias principais acerca da composição da causa de pedir da ação: a teoria da individualização e a teoria da substanciação. Analisaremos sucintamente ambas.

A teoria da individualização encontra origem no direito alemão e preconiza que a causa de pedir é composta pela relação jurídica afirmada pelo autor em Juízo⁷⁵.

Por sua vez, a teoria da substanciação também encontra origem no direito alemão e preconiza que a causa de pedir é composta pelos fatos jurídicos narrados pela parte autora⁷⁶.

A doutrina majoritária entende que o direito processual civil brasileiro adota a teoria da substanciação, tendo em vista que o artigo 282, III, do CPC, exige a narrativa dos fatos na petição inicial. Porém, além dos fatos jurídicos, afirma a doutrina que a causa de pedir também é composta pela fundamentação jurídica, exigida pelo mesmo dispositivo legal.⁷⁷

Por tal motivo, ou seja, pelo fato de se afirmar que no direito brasileiro a causa de pedir é composta tanto pelos fatos jurídicos quanto pelos fundamentos jurídicos, há autores que afirmam que o processo civil brasileiro adota, em verdade,

⁷⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. *Op. cit.*, p. 168.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 175.

⁷⁶ *Idem*.

⁷⁷ *Idem*.

uma teoria mista, abarcando tanto a teoria da substanciação quanto a teoria da individualização.⁷⁸

Porém, em que pese o reconhecimento de que a fundamentação jurídica compõe a causa de pedir, também a doutrina majoritária, bem com a jurisprudência dominante, entendem que esta não vincula o magistrado julgador, ou seja, só haveria vinculação quanto aos fatos jurídicos narrados, podendo o magistrado proceder livremente na requalificação jurídica destes.⁷⁹

Disto é possível extrair que a exigência do fundamento jurídico como requisito da petição inicial e componente da causa de pedir seria tão somente um norte dado ao magistrado, ou seja, uma “sugestão endereçada ao juiz” – *narra mihi factum dabo tibi jus*.⁸⁰

Neste ponto é importante registrar que nos processos objetivos, ou seja, em que não se encontram em jogo tão somente os interesses das partes processuais, mas sim da supremacia da constituição (controle concentrado de constitucionalidade), vigora a chamada causa de pedir aberta, segundo a qual não há vinculação do tribunal com o pedido ou fundamentos jurídicos invocados pelo autor.⁸¹

Também a doutrina tradicional classifica a causa de pedir em ativa e passiva. A causa de pedir ativa é composta pelos fatos constitutivos do direito do autor. Já a causa de pedir passiva é composta pelos fatos contrários ao direito pretendido pelo autor, invocados pelo réu. Porém, ressalva-se que nem todos os fatos narrados pela parte autora integram a causa de pedir, mas tão somente os fatos jurídicos, que seriam os fatos essenciais. Fatos simples, tidos como os secundários ou instrumentais, não compõem a causa de pedir.⁸²

Nesse aspecto, mister conceituar o que são os chamados fatos jurídicos ou essenciais. Seriam aqueles fatos “aptos por si sós a gerar consequências jurídicas”. Os fatos secundários ou simples, portanto, somente teriam relevância quando

⁷⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. *Op. cit.*, p. 176. Importante registrar a discussão doutrinária acerca do que seriam a causa de pedir remota e a causa de pedir próxima: “Para alguns, a causa de pedir próxima são os fundamentos jurídicos do pedido, enquanto a causa de pedir remota são os fatos constitutivos¹⁰⁰. Para outros, é exatamente o contrário: causa de pedir próxima são os fatos e causa de pedir remota são os fundamentos do pedido. Sem grandes consequências práticas, a divergência exaure sua importância no campo doutrinário, mas em minha concepção pessoal a causa de pedir próxima são fatos e a causa de pedir remota é o fundamento jurídico, porque é dos fatos que decorrem os fundamentos jurídicos”.

⁷⁹ *Idem*.

⁸⁰ *Idem*.

⁸¹ *Idem*.

⁸² *Idem*.

relacionados aos fatos essenciais. A conclusão que se chega, a partir dessa análise, é a de que os fatos simples podem ser utilizados pelo magistrado independentemente de terem sido invocados pelas partes.⁸³

Aliás, é pertinente também diferenciar o fundamento jurídico do fundamento legal, sendo que este não compõe a causa de pedir. O fundamento legal se esgota no apontamento, pela parte, do artigo de lei (em sentido amplo) que entende aplicável ao caso concreto. Já o “fundamento jurídico é o liame jurídico entre os fatos e o pedido, ou seja, é a explicação à luz do ordenamento jurídico do porquê o autor merece o que está pedindo diante dos fatos que narrou”⁸⁴.

2.1.3. OBJETO LITIGIOSO DO PROCESSO

O objeto litigioso do processo, segundo a melhor doutrina, diz respeito à causa de pedir em consonância com o pedido. Apesar das divergências acerca de a causa de pedir englobar ou não o objeto litigioso, tem-se que a doutrina contemporânea vem admitindo tanto o pedido quanto a causa de pedir compõem o objeto litigioso da ação.

Esse é o posicionamento apresentado na dissertação de mestrado de Rafael Flach:

Em face do ordenamento jurídico brasileiro, parece que objeto litigioso do processo pode assim ser conceituado: como o pedido delimitado pela causa de pedir (fatos e fundamentos jurídicos), compondo ambos o conteúdo do objeto litigioso do processo. O objeto do processo é, pois, a pretensão processual.

(...)

Conclui, então, que para identificar o objeto litigioso do processo são necessários dois elementos: o objetivo, que se traduz no pedido, e o causal, que consiste na causa de pedir (...).

(...)

⁸³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. *Op. cit.*, p. 177. O autor usa o seguinte exemplo para facilitar a compreensão: “Marina costuma mudar a estação do rádio de seu carro com frequência, sendo tais atitudes caracterizadas como fatos simples, incapazes de isoladamente gerar consequências jurídicas. São, portanto, irrelevantes para o Direito. Ocorre, entretanto, que, na eventualidade de Marina colidir seu veículo (fato jurídico) enquanto modifica a estação de seu rádio, esse fato, apesar de continuar a ser um fato simples, passa a ter importância para o Direito”.

⁸⁴ *Idem*.

O objeto litigioso é, ainda, o que se entende como o mérito da causa, como vai bem conceituado por Alfredo Buzaid. (...) Julgar o mérito é acolher ou rejeitar a pretensão trazida pelo autor, 'é conceder ou negar a tutela jurisdicional postulada' por ele. Vê-se, assim, que os conceitos andam juntos. A pretensão diz respeito ao mérito da causa, que constituem, por sua vez, o objeto litigioso do processo.⁸⁵

De qualquer forma, há aqueles autores que identificam o objeto litigioso com a lide ou o mérito da questão posta em Juízo⁸⁶. Ora, o que seria o mérito da questão senão a causa de pedir delineada pelo pedido apresentado em Juízo, do qual se pretende obter uma tutela jurisdicional? O mérito⁸⁷, então, se confundiria com a pretensão e com o objeto litigioso do processo.

Teresa Arruda Alvim Wambier, ao discorrer sobre a petição inicial, afirma que o aspecto substancial da exordial deve ser entendido como aquilo que deverá ser apreciado pelo Judiciário, ou seja, aos elementos que identificam a lide ou o objeto litigioso⁸⁸. Por tal motivo é que se conclui que o entendimento segundo o qual o objeto litigioso do processo é a causa de pedir delineada pelo pedido, consubstanciando-se no mérito da causa, parece o mais acertado dentro da sistemática processual posta.⁸⁹

2.1.4. ESTABILIZAÇÃO DA DEMANDA

A flexibilidade ou a rigidez da demanda é opção do legislador acerca da técnica processual a ser adotada em um ordenamento jurídico.⁹⁰

⁸⁵ FLACH, Rafael. **Alteração da demanda**. *Op. cit.*, p. 53-54.

⁸⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. *Op. cit.*, p. 371. Oportuno transcrever: "É também como decorrência destes entendimentos que aquilo que o Código de Processo Civil chama de "lide" ou "mérito" (como, por exemplo, nos arts. 5º, 128, 267, 269, 301, 325, 462, 468, 470, 471, 474, 798, 808, III, e 1.039, II) – e o faz em função de lições doutrinárias que, historicamente, influenciaram a evolução do estudo do direito processual civil entre nós –, e que alguns autores chamam de "objeto litigioso", deve ser entendido como o reconhecimento, pelo Estado-juiz, do direito que autoriza a prestação da tutela jurisdicional, isto é, do direito que, tal qual reconhecido, merece proteção (tutela) do Estado-juiz".

⁸⁷ *Ibidem*, p. 532. Afirma o autor: "Mérito – relativo ao enfrentamento, pelo magistrado, da lesão ou da ameaça a direito que justificou o exercício da função jurisdicional; sinônimo de 'conflito de interesses'; 'lide'; 'objeto litigioso'".

⁸⁸ ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda. **Omissão judicial e embargos de declaração**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 126.

⁸⁹ FLACH, Rafael. **Alteração da demanda**. *Op. cit.*, p. 54.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 116.

Ocorre que, por vezes, um modelo se torna anacrônico em virtude de alterações culturais perpetradas em uma dada sociedade, em que naturalmente surgem novas ideologias, tomando o lugar daquelas que antes imperavam na sociedade. É dever do legislador atentar-se a tais mudanças e adequar-se a elas.⁹¹

No Brasil, o formalismo processual em relação à alteração do pedido e da causa de pedir é marcado por uma rigidez que pode ser, atualmente, considerada anacrônica. A citação do réu é o momento pelo qual ocorre uma preclusão e que se impede a alteração unilateral da demanda, nos termos do artigo 264, *caput*, do CPC: “Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei”.

Porém, mesmo após a citação do réu ainda há a possibilidade de alteração da demanda até o despacho saneador, desde que haja concordância entre as partes. É nesse sentido o ensinamento do artigo 264, parágrafo único, do CPC: “A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo”.

Portanto, “a citação do réu e o saneamento significam momentos em que o sistema quer ver estabilizada a relação processual”.⁹² Ainda, importante registrar que em casos de revelia não é dado ao autor alterar a causa de pedir ou o pedido, nos termos do artigo 321 do CPC⁹³.

Após tais momentos, somente é permitida a alteração da demanda quando se tratar de *ius superveniens*, com previsão legal inserida nos artigos 303 e 462, ambos do CPC.⁹⁵

2.1.5. ALTERAÇÃO DA DEMANDA NO DIREITO POSTO

⁹¹ FLACH, Rafael. **Alteração da demanda**. *Op. cit.*, p. 117.

⁹² *Ibidem*, p. 144.

⁹³ CPC. Art. 321. Ainda que ocorra revelia, o autor não poderá alterar o pedido, ou a causa de pedir, nem demandar declaração incidente, salvo promovendo nova citação do réu, a quem será assegurado o direito de responder no prazo de 15 (quinze) dias.

⁹⁴ FLACH, Rafael. **Alteração da demanda**. *Op. cit.*, p. 145.

⁹⁵ *Idem*.

A alteração da demanda, na sistemática processual posta, é possível nos casos acima expostos, antes que se estabilize a demanda. Além disso, a regra processual traz algumas hipóteses excepcionais em que é permitida a alteração. Em todo caso, é de se ressaltar que o contraditório deve sempre ser observado, seja ela entendido como contraditório entre as partes ou entre estas e o juiz.

Portanto, antes que se adentre aos casos específicos em que é permitida a alteração da demanda no direito posto, importante registrar que deve sempre atender à preservação do contraditório, garantindo-se a oportunidade das partes de efetivamente participarem da formação da convicção do magistrado e, por conseguinte, da decisão. Trata-se de pressuposto legitimador da prolação judicial, sendo que somente é possível as partes influírem na decisão se tiverem prévia ciência daquilo que será objeto da decisão.⁹⁶

Na sistemática processual vigente, é possível que o magistrado aja *ex officio* no sentido de dar início ao processo ou de alterar os seus limites, afastando-se, nesses casos, a aplicação do princípio da demanda.

No que diz respeito ao início do processo, pode o magistrado afastar o princípio da demanda:

Na hipótese da convalidação da concordata preventiva (negada) em falência (conforme previa o art. 16, da antiga lei de falências e concordatas – decreto-lei n. 7.661/45 e estabelece hoje o art. 56, § 4o, da lei n. 11.101/05), da incoação de ofício da execução trabalhista (art. 878, da cit), bem como casos de jurisdição voluntária, como a instauração de ofício do processo de inventário e partilha, quando os legitimados não o hajam requerido no prazo legal (art. 989, do código de processo civil). Outros casos de jurisdição voluntária poderiam ser agregados a este rol, a exemplo das previsões referentes às alienações judiciais (do art. 1.113, do código de processo civil) e alusivas à herança jacente (art. 1.142, do código de processo civil), ou ainda a possibilidade outorgada ao juiz de poder ordenar ao detentor de testamento que o exhiba em juízo (art. 1.129, do código de processo civil), bem como a nomeação de curador para os bens arrecadados de ausente (art. 1.160, do código de processo civil).⁹⁷

Veja-se, acima se encontram descritas algumas hipóteses em que se permite, na sistemática atual, que o magistrado dê início ao processo por ato

⁹⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. **Reflexões sobre o princípio da demanda**. *Op. cit.*, p. 13.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 16.

oficioso, sem que haja a efetiva provocação da parte. Afasta-se o princípio da inércia da jurisdição e o princípio da demanda.

Além desses casos, existem também exceções ao princípio da demanda (no seu gênero do princípio da correlação, adstrição, etc.) que permitem que o julgador afaste-se do pedido formulado pelo autor.

Segundo o artigo 129 do CPC, pode o julgador afastar o princípio da demanda quando verificar que as partes estão utilizando o processo como forma de praticar ato simulado. Outra hipótese é a de o magistrado conceder *Habeas corpus ex officio*, prevista a possibilidade no artigo 654, §2º, CPP, que pode ser aplicado tanto no bojo de um processo penal quanto de um processo civil. Também os artigos 797 e 801 do CPC permitem ao magistrado conceder, sem pedido das partes, medidas cautelares, bastando que haja apresentação da situação para a qual necessita da tutela estatal.⁹⁸

Contudo, a exceção ao princípio da demanda positivada de maior relevância parece ser aquela que diz respeito às tutelas específicas, previstas nos artigos 460, 461 e 461-A do CPC, bem como no artigo 84 do CDC. Segundo preconiza a lei, independentemente da tutela específica requerida, pode o magistrado adaptar sua tutela no sentido de melhor atender às circunstâncias do caso concreto. Basta que a parte requeira providência de fazer ou não fazer, bastando que “o autor individualize, na petição inicial, qual é precisamente a prestação buscada”. Feito isto, o magistrado pode exprimir tutela mandamental, inclusive cominando multa para o caso de descumprimento, ou determinar outras medidas adequadas e necessárias à satisfação do direito do autor. Tratam-se de verdadeiras “técnicas que o magistrado pode empregar para a satisfação da pretensão à tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente”.⁹⁹

Segundo observa Sérgio Cruz Arenhart, “a fungibilidade entre tais tutelas - inibitória, reintegratória, ressarcitória - é possível por uma estrita questão de lógica, sendo ademais uma imposição necessária em concessão ao princípio da instrumentalidade, que preside o sistema processual brasileiro”¹⁰⁰.

Porém, começa-se a observar que não é só através da autorização expressa de texto legal que ocorre a relativização do princípio da demanda. Também a

⁹⁸ARENHART, Sérgio Cruz. *Reflexões sobre o princípio da demanda*. *Op. cit.*, p. 17.

⁹⁹*Ibidem*, p. 18.

¹⁰⁰*Ibidem*, p. 20.

jurisprudência dos Tribunais Superiores começam a admitir sua mitigação em proveito da efetivação de direitos fundamentais e da proteção social em relações jurídicas previdenciárias, inclusive na concessão de benefício diverso daquele requerido, sem que a ocorrência de fato superveniente ou de conhecimento superveniente.¹⁰¹

Também nos processos objetivos, ou seja, naqueles do controle concentrado de constitucionalidade, a doutrina e a jurisprudência majoritária defende a existência da chamada causa de pedir aberta, segundo a qual órgão julgador não está vinculado ao fundamento jurídico ou ao pedido do autor, podendo declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos diversos daqueles requeridos na inicial, desde que com estes guarde relação, ou até mesmo declarar a (in)constitucionalidade de natureza diversa daquela invocada (“alegação de inconstitucionalidade formal e procedência do pedido por inconstitucionalidade material e vice-versa”).¹⁰²

Em verdade, o foco deste trabalho é exatamente este: a flexibilização do princípio da demanda frente à necessidade de efetivação de direitos fundamentais de índole eminentemente existenciais, conforme restará melhor analisado no capítulo que segue.

¹⁰¹ REsp 847587/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 07/10/2008, DJe 01/12/2008.

¹⁰² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. *Op. cit.*, p. 176.

3. RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DEMANDA NO PROCESSO CIVIL CONSTITUCIONAL

Conforme visto, o princípio da demanda vigora no direito brasileiro, porém não de forma absoluta, admitindo-se sua flexibilização frente a exceções legais que permitem ao magistrado dar início ao processo *ex officio*, julgar de forma diversa do pedido e também levar em consideração causas de pedir diversas daquelas deduzidas na exordial.¹⁰³

Aliás, a relativização deste princípio não ocorre tão somente no direito pátrio, sendo possível observar, segundo Sérgio Cruz Arenhart, uma ampliação recente de situações em que se afasta o princípio da demanda também em outros ordenamentos.¹⁰⁴

É certo que a melhor maneira de operar a flexibilização do princípio da demanda, cedendo espaço para atuação de ofício do magistrado ou das próprias partes no sentido de alterar a demanda no curso do processo, é por meio de atividade legislativa. Porém, no panorama atual, mostra-se imperativa a relativização deste clássico princípio do direito processual civil, num esforço de releitura constitucional da matéria, com a estrita finalidade de efetivarem-se direitos fundamentais eminentemente existenciais previstos na Carta Magna.

Logo, o princípio da demanda, mais especificamente seu desdobramento no princípio da congruência, continua vigente, porém flexibilizado em casos de necessária e impositiva tutela de direitos fundamentais como a saúde e a vida, por exemplo. Em todo caso, isso não afasta a necessária garantia do contraditório e da ampla defesa, devendo o juiz oportunizar às partes manifestar-se sobre as questões relativas à iniciativa que altera a demanda no caso concreto, bem como analisar todos os pedidos da inicial, justamente observando o princípio da congruência, que passa ser um princípio de garantia constitucional.

Nesse aspecto, deve haver uma mudança de foco no princípio da congruência, que continua vigente e surtindo efeitos, passando a ser tido como um princípio de garantia de efetividade constitucional e não um princípio meramente

¹⁰³ ARENHART, Sérgio Cruz. **Reflexões sobre o princípio da demanda**. Op. Cit., p. 14.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

restritivo. Isso se torna possível a partir da perspectiva de um processo civil constitucional, impregnado de valores cooperativos.

Tal mitigação já vem ocorrendo no direito brasileiro, inclusive em casos não previstos em lei e por iniciativa do magistrado. A magistratura vem inovando com práticas judiciais que recorrem à ponderação, aos princípios e direitos constitucionais e à métodos que possibilitam uma flexibilidade de interpretação. Valoriza-se os direitos fundamentais envolvidos na demanda colocada sob a sua apreciação. Vê-se que isso ocorre com maior frequência em virtude do princípio constitucional da celeridade processual, relativizando-se o ritualismo processual, de “um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário”.¹⁰⁵

Ora, se o princípio da demanda e seus correlatos se apoiam na natureza disponível dos direitos envolvidos num processo civil e na preservação da imparcialidade do julgador, tem-se que proceder à reanálise do instituto, verificando-se se permanecem válidas tais justificativas, principalmente quando se está no bojo de um processo que discute direitos fundamentais existenciais.¹⁰⁶

Segundo Sérgio Cruz Arenhart, a primeira razão de existir do princípio da demanda, qual seja o da disponibilidade dos direitos que se buscam tutela no direito processual civil brasileiro, não mais subsiste. Isso porque atualmente o processo civil pátrio versa tanto sobre direitos disponíveis quanto sobre os indisponíveis, sendo que mesmo no caso de disponibilidade dos direitos há interesse estatal indisponível de aplicar o direito de forma adequada e de preservar a paz social.¹⁰⁷

O autor, por sua vez, discorre que o fundamento da preservação da imparcialidade do magistrado permanece sustentando o princípio da demanda, dispondo que “não há dúvida que, no geral, autorizar o magistrado a agir de ofício põe em risco a garantia de sua imparcialidade. Justifica-se, assim, plenamente, a manutenção do princípio da demanda, mas apenas como princípio (que há, então, de admitir exceções). (...) Em casos excepcionais, todavia, parece ter ele cabimento, especialmente tendo em conta a realidade do Estado brasileiro, a pobreza (especialmente cultural) reinante, e a deficiente assistência jurídica por ele ofertada

¹⁰⁵ ANDRADE, Paulo Sérgio Souza. Ativismo judicial no ritualismo processual. In: **Revista de direito público**. Porto Alegre: Síntese, ano X, n.º 57, p. 09-26, mai-jun, 2014, p. 14-15;

¹⁰⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. **Reflexões sobre o princípio da demanda**. *Op. cit.*, p. 23.

¹⁰⁷ *Idem*.

aos necessitados (embora prometida categoricamente – art. 5º, inc. LXXIV, da CF)”.¹⁰⁸

Passar-se-á, adiante, a focar o trabalho na possibilidade de flexibilização do princípio da demanda, independentemente de lei expressa que autorize, em casos específicos e excepcionais em que se está diante de tutela adequada e necessária à efetivação de direitos fundamentais eminentemente existenciais, objetivo inegável de um Estado Democrático de Direito e imperativo de um Processo Civil Constitucional.

3.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO FUNDAMENTO DA FLEXIBILIZAÇÃO DA DEMANDA

No paradigma do neoconstitucionalismo mostra-se imperiosa a necessidade de flexibilizar, relativizar, plasticizar, relaxar, mitigar o princípio da demanda diante da força normativa constitucional, observando-se normas tais como a dignidade da pessoa humana e igualdade, bem como seus desdobramentos de acesso à justiça material, processo justo, efetividade da tutela jurisdicional, princípio da solidariedade do processo civil constitucional, humanização do processo constitucional, caráter social da decisão judicial e da maior efetividade de todos direitos fundamentais através do processo civil constitucionalizado.

A flexibilização que visa a dar maior efetividade aos direitos fundamentais constitucionais também dá maior efetividade ao princípio democrático, pois visa a albergar minorias que têm seus direitos fundamentais violados sem sequer ter conhecimento disto, pagando o custo da ignorância com prejuízo à sua existência digna.

Observa-se no direito pátrio que, com a mesma finalidade de observar e resguardar a supremacia da constituição, a jurisprudência criou a chamada inconstitucionalidade por arrastamento, sequencial, por atração ou por reverberação normativa¹⁰⁹. Conforme já aludido, no processo objetivo a causa de pedir tem sido muito aberta. Os pedidos também têm sido muito abertos. Autoriza-se que o Supremo Tribunal Federal possa declarar a inconstitucionalidade de norma não

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 25.

¹⁰⁹ Vide, por exemplo, ADI 3236 do STF.

impugnada na inicial, mas que guarde relação com aquela arguida. Relativiza-se o princípio da demanda em prol da suprema normatividade da Constituição Federal nos casos do controle concentrado de constitucionalidade.

Nesse aspecto, também em matéria previdenciária vem sendo flexibilizado o princípio da demanda, em nome da proteção social e da efetivação dos direitos fundamentais previstos na Carta Magna. Trata-se de estrito reconhecimento, principalmente pelo Superior Tribunal de Justiça, de que o processo civil (no caso, previdenciário) deve ser constitucionalizado, submetendo-se os princípios processuais infraconstitucionais aos direitos e princípios previstos na Constituição Federal.

Deveras, conforme preconiza José Antônio Savaris, a correspondência da decisão judicial aos termos do pedido tem tido certa fungibilidade nas ações previdenciárias na jurisprudência pátria por força do princípio *iuria novit cūria* (segundo o qual cabe ao magistrado conhecer a norma aplicável ao caso concreto), reconhecendo-se assim a legitimidade da sentença que concede benefício previdenciário distinto daquele pleiteado pela parte autora.¹¹⁰

Os Tribunais, de forma geral, vêm reconhecendo, ainda que timidamente, que não ofende o princípio da demanda a decisão que adequa os fatos narrados ao direito, independentemente se a parte requereu o benefício “a” ou “b”, pois bastaria a observância do núcleo do pedido e à causa de pedir.¹¹¹

Também buscam os magistrados fundamentar a flexibilização do princípio da demanda em ações previdenciárias através do artigo 462 do CPC, que permite ao magistrado, depois da propositura da ação, tomar em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, fatos constitutivos, modificativos ou extintivos do direito que

¹¹⁰ SAVARIS, José Antônio. **Direito processual previdenciário**. Curitiba: Alteridade, 2014, p. 63.

¹¹¹ “Nesse sentido: ‘O princípio da fungibilidade é aplicado aos benefícios previdenciários por incapacidade, permitindo que o juiz conceda espécie de benefício diversa daquela requerida na petição inicial, se os correspondentes requisitos legais tiverem sido preenchidos. Prevalece a flexibilização do rigor científico por uma questão de polícia judiciária: considerando que trata de processo de massa, como são causas previdenciárias, não seria razoável obrigar o segurado a ajuizar nova ação para obter a concessão de outra espécie de benefício previdenciário cujos requisitos tenham ficado demonstrados durante a instrução processual. 4. O núcleo do pedido deduzido na petição inicial é a concessão de benefício por incapacidade (...) não afronta o princípio da congruência entre pedido e sentença, previsto nos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil. Em face da relevância social da matéria é lícito ao juiz adequar a hipótese fática ao dispositivo legal pertinente à adequada espécie de benefício previdenciário.’ (IUJEF 05037710720084058201, Turma Nacional de Uniformização, Rel. Juiz Federal Rogério Moreira Alves, DJ 06.09.2012, data da decisão: 16.08.2012). (SAVARIS, José Antônio. **Direito processual previdenciário**. *Op. cit.*, p. 63-64, rodapé).

influem no julgamento da lide.¹¹² Veja-se, a jurisprudência pátria vem se esforçando para encontrar “saídas” diversas para prestarem a devida tutela jurisdicional, de forma a efetivar a proteção social dispendida pela Constituição Federal, afastando-se o formalismo excessivo nas demandas previdenciárias.

É pacífico no Superior Tribunal de Justiça de que não constitui julgamento extra ou ultra petita a decisão que concede ao autor benefício diverso daquele requerido na inicial, desde que este preencha os requisitos do benefício a ser concedido¹¹³. Tal posicionamento vem sendo adotado até mesmo quando inexistente fato superveniente¹¹⁴. Simplesmente efetiva-se direito constitucional da parte autora, extraído da causa de pedir e da instrução processual, sem que haja pedido nesse sentido.

Ora, apesar de inúmeras vezes não constar expressamente do julgado que a postura do magistrado de flexibilizar o princípio da demanda (mais especificamente seu corolário da correlação entre sentença, pedido e causa de pedir) se deu em virtude da necessária efetividade da tutela constitucional, pois os magistrados utilizam-se de “brechas” legais, certo é que o julgado acaba por fazê-lo.

Tal postura conforma a normatividade infraconstitucional aos direitos fundamentais e princípios de justiça extraídos da Carta Magna. O próprio devido processo legal exige tal postura dos julgadores. José Antônio Savaris conclui no mesmo sentido, afirmando que “o que se percebe, em tal proceder, é a adoção de soluções processuais adequadas à relação jurídica previdenciária, como resposta à exigência do princípio constitucional do devido processo legal”.¹¹⁵

Além do direito fundamental do devido processo legal, o caráter protetivo da previdência social, extraído da Constituição, e o alto alcance social da lei previdenciária vêm possibilitando uma verdadeira relativização do princípio da

¹¹² *Ibidem*, p. 64.

¹¹³ “1. Este Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão no sentido de que não constitui julgamento extra ou ultra petita a decisão que, verificando não estarem atendidos os pressupostos para concessão do benefício requerido na inicial, concede benefício diverso cujos requisitos tenham sido cumpridos pelo Segurado. 2. Na ausência de fundamento relevante que infirme as razões consideradas no julgado agravado, deve ser mantida a decisão hostilizada por seus próprios fundamentos. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag 1232820/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 26/10/2010, DJe 22/11/2010)”. (SAVARIS, José Antônio. **Direito processual previdenciário**. *Op. cit.*, p.64).

¹¹⁴ “1. Cuidando-se de matéria previdenciária, o pleito contido na peça inaugural deve ser analisado com certa flexibilidade. In casu, postulada na inicial a concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença, incensurável a decisão judicial que reconhece o preenchimento dos requisitos e concede ao autor o benefício assistencial de prestação continuada.(...) (REsp 847587/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 07/10/2008, DJe 01/12/2008)”. (*Ibidem*, p. 65)

¹¹⁵ *Idem*.

demanda. Afirmam os Ministros do Superior Tribunal de Justiça que o magistrado, ao se deparar com a possibilidade de efetivar um direito social constitucionalmente garantido não pode deixar de assim proceder tão somente pela formalidade de não haver pedido expresso¹¹⁶. Tais fatos levam-nos a seguinte conclusão:

Com efeito, essa premissa de que ‘o juiz deve aplicar o direito incidente sobre a situação fática constatada’ (STJ, AgRg no AREsp. 155.067/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 22.05.2012, DJe 26.06.2012) nos leva muito além do que uma mera fungibilidade das ações previdenciárias por incapacidade para o trabalho, para servir de mais genérica diretriz, no sentido de que o que realmente importa em uma lide previdenciária é outorgar ao indivíduo a proteção previdenciária a que efetivamente faz *jus*.¹¹⁷

Realmente, no bojo de um processo previdenciário o escopo da jurisdição é exatamente outorgar ao indivíduo a proteção previdenciária a que efetivamente faz *jus*, tendo em vista que o que está em jogo é o direito fundamental à proteção social previdenciária, previsto no *caput*, do artigo 6º, da CRFB/88. Ocorre que se tal raciocínio é aplicado pelos Tribunais para proteção do direito fundamental à previdência social, por que não utilizá-lo para efetivação de outros direitos fundamentais de índole predominantemente existencial e que também necessitem de uma proteção social?

É evidente o esforço hoje existente no Superior Tribunal de Justiça para atribuir a devida proteção social que merecem os indivíduos envolvidos em uma lide previdenciária, reconhecendo-se que nestes casos cabe ao Juiz enquadrar a hipótese fática e conceder a tutela jurisdicional cabível. Vejamos exemplos:

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. É firme o entendimento jurisprudencial deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de lide previdenciária, pode o juiz enquadrar a hipótese fática no dispositivo legal pertinente à concessão do benefício cabível, sem que isso importe em julgamento extra petita, tendo em vista a relevância da questão social. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1282928/RS, Rel. Ministra MARIA

¹¹⁶ “De importantes derivações percebe-se, neste sentido, a premissa de que ‘tendo em vista o caráter eminentemente protetivo e de alto alcance social da lei previdenciária, [...] não pode o magistrado, se reconhecer devido o benefício, deixar de concedê-lo ao fundamento de não ser explícito no pedido’ (AREsp. 75.980/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 05.03.2012).” (SAVARIS, José Antônio. **Direito processual previdenciário**. *Op. cit.*, p. 65).

¹¹⁷ *Idem*.

THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 09/10/2012, DJe 17/10/2012)

O STJ tem entendimento consolidado de que, em matéria previdenciária, deve-se flexibilizar a análise do pedido contido na petição inicial, não entendendo como julgamento extra ou ultra petita a concessão de benefício diverso do requerido na inicial, desde que o autor preencha os requisitos legais do benefício deferido. (AgRg no REsp 1305049/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. em 03/05/2012, DJe 08/05/2012)

Mostra-se, portanto, imperativo que não só na busca pela efetivação do direito fundamental à previdência social seja relativizado o princípio da demanda, mas também a todos os demais direitos fundamentais existenciais constitucionalmente assegurados, desde que haja respeito também aos direitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa. A seguinte conclusão empregada por José Antônio Savaris de que “desde que respeitados o contraditório e a ampla defesa, a outorga da devida proteção previdenciária deve levar em conta o direito mais protetivo do segurado, o que deve ser reconhecido de ofício e em qualquer grau de jurisdição”¹¹⁸ vale perfeitamente aos casos concretos em que o magistrado se depara com a possibilidade de efetivar-se o direito à vida, à saúde e aos demais direitos fundamentais intimamente ligados à dignidade da pessoa humana.

Não restam dúvidas, portanto, que a jurisprudência pátria já trabalha com a relativização do princípio da demanda, mais especificamente ao princípio da adstrição da sentença, em matéria de proteção de social¹¹⁹. A questão é porque não há extensão desta postura aos demais casos que envolvam direitos fundamentais que não possuam cunho eminentemente patrimonial e de efetivação da dignidade humana?

Se é verdade que “outra coisa não se tem aqui senão a adoção de soluções processuais adequadas à relação jurídica de proteção social, como resposta à força vinculante do princípio constitucional do devido processo legal e dos direitos fundamentais que se buscam satisfazer judicialmente”¹²⁰, também é verdade que se deve ter as mesmas soluções processuais adequadas à relação jurídica de proteção de direitos fundamentais que guardem relação com a própria existência digna do indivíduo.

¹¹⁸ SAVARIS, José Antônio. **Direito processual previdenciário**. *Op. cit.*, p. 60.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 130.

¹²⁰ *Ibidem*., p. 131.

José Antônio Savaris, nesse sentido, fala em princípio da primazia do acerto, preconizando-se que este “presta-se suficientemente como matriz teórica legitimadora desse posicionamento, mesmo porque a aplicação desse princípio conduzirá o magistrado a indagar sobre fatos não suscitados originariamente pelas partes e a assumir seus poderes de instrução com vistas à verdade real e à justa definição da proteção social para o caso”.¹²¹

Continua o autor afirmando que “com esses fundamentos, a relativização do princípio da adstrição da sentença em matéria de proteção social não se limita às hipóteses de concessão de benefícios por incapacidade. Com efeito, tal orientação jurisprudencial tem assegurado, por exemplo, a possibilidade de conceder benefício em percentual maior do que requerido na inicial (REsp. 929.942). Para além disso, esse entendimento respalda a concessão de aposentadoria por tempo de serviço pela instância recursal quando a parte postulava revisão da renda mensal de aposentadoria por idade (REsp. 1.019.569). Parte-se do pressuposto, em relação a este último caso, de que a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço seria mais benéfica do que a revisão da aposentaria por idade”.¹²²

Ora, até mesmo Cândido Rangel Dinamarco já especulava acerca das tendências do sistema processual civil para o atingimento dos fins estatais, afirmando que “o princípio da demanda e o dispositivo têm o seu inegável valor, mas não são suficientes, em si mesmos, para infirmar as tendências que advêm da ligação do sistema processual aos fins do Estado”¹²³.

Tratar-se-ia de certo ativismo judicial a postura do magistrado de averiguar se realmente há ou não direitos fundamentais existenciais a serem concretizados. Ao mesmo tempo em que se busca a celeridade processual por meio da flexibilização do ritualismo processual, o que é inegavelmente ocorre contemporaneamente, também seria possível a flexibilização do princípio da demanda através de um ativismo judicial voltado à concretização de direitos fundamentais materiais, nos termos propostos.¹²⁴ Se há relativização do rito

¹²¹ SAVARIS, José Antônio. **Direito processual previdenciário**. *Op. cit.*, p. 131.

¹²² *Idem*.

¹²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 166.

¹²⁴ ANDRADE, Paulo Sérgio Souza. Ativismo judicial no ritualismo processual. In: **Revista de direito público**. *Op. cit.*, p. 15

processual em prol de direitos e garantias fundamentais, também deve haver mitigação do princípio da demanda com o mesmo objetivo.

Dados de pesquisa acadêmica realizada recentemente demonstram, ao menos no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, a existência de ativismo judicial voltado à flexibilização do rito processual, em detrimento do formalismo excessivo, com o escopo da maior concretização do direito fundamental constitucional à celeridade processual¹²⁵. Portanto, importante repisar que se hoje é uma realidade um ativismo judicial no sentido de efetivar-se o direito fundamental à celeridade processual, com maior motivo ainda o deveria ser com vistas à concretização do fundamento da República da dignidade da pessoa humana.

Deveras, a passagem de um Estado Liberal até um Estado Democrático de Direito impõe a efetiva constitucionalização de todos os ramos do direito. O princípio da demanda, infraconstitucional que o é, não pode mais sobrepor-se à normativa constitucional a que não guarde relação harmoniosa. Nesse aspecto, o próprio princípio da legalidade passa por verdadeira transformação:

Por consequência, o princípio da legalidade obviamente não pode mais ser visto como à época do positivismo clássico. Recorde-se que o princípio da legalidade, no Estado legislativo, implicou na redução do direito à lei, cuja legitimidade dependia apenas da autoridade que a emanava. Atualmente, como se reconhece que a lei é o resultado da coalizão de forças dos vários grupos sociais, e que por isso frequentemente adquire contornos não só nebulosos, mas também egoísticos, torna-se evidente a necessidade de submeter a produção normativa a um controle que tome em consideração os princípios de justiça.¹²⁶

O princípio da legalidade, nesse aspecto, deve ser compreendido a partir de uma nova configuração, ou seja, além de sua dimensão formal, também deve ser visto a partir do seu conteúdo substancial, tendo em vista que agora de conformar-se com a Constituição e, principalmente, com os direitos fundamentais. É por tal motivo que Luiz Guilherme Marinoni afirma que “não há mais qualquer legitimidade na velha ideia de jurisdição voltada à atuação da lei; não é possível esquecer que o

¹²⁵ ANDRADE, Paulo Sérgio Souza. Ativismo judicial no ritualismo processual. In: **Revista de direito público**. *Op. cit.*, p. 25-26.

¹²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**. *Op. Cit.*, p. 45.

Judiciário deve compreendê-la e interpretá-la a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais”.¹²⁷

Segundo o autor, as próprias concepções de direito e de jurisdição foram transformadas, vez que a lei passa a se subordinar aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais de justiça, cabendo maior papel ao jurista do a simples exegese legal: impõe-se agora a compreensão da lei a partir dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais. Ao jurista do atual paradigma cabe corrigir e adequar a lei à Constituição Federal.¹²⁸

Nesse aspecto, a flexibilização do princípio da demanda nos processos em que entra em choque com direitos fundamentais – que se daria exatamente nos casos em que tais direitos se vestem de índole eminentemente existencial – e princípios de justiça se mostra não só cabível como impositivo no sistemática jurídica contemporânea.

Isso porque, conforme já abordado, hoje mesmo os princípios de justiça e os direitos fundamentais implícitos possuem eficácia normativa inegável, consubstanciando-se em normas jurídicas dotadas de supremacia, não significando simples valores. É necessário que se tenha consciência de que “tais princípios e direitos conferem unidade e harmonia ao sistema”, sendo vinculantes para a interpretação das leis.¹²⁹

É nesse mesmo sentido que aponta Daniel Amorim Assumpção Neves quando discorre acerca da polêmica existente no que diz respeito ao alcance do pedido implícito no que diz respeito ao direito a alimentos e às astreintes (previstas no art. 461, §4º, do CPC), questionando se estas últimas poderiam ser consideradas espécie de pedido implícito. Segundo o autor, há expressa previsão legal (art. 7º da Lei 8.560/1992 – Lei de Investigação de Paternidade) acerca da fixação de alimentos provisionais ou definitivos sempre que confirmada a paternidade e haja reconhecimento pelo juiz de que há necessidade da fixação de tais alimentos, sendo que a utilização pela lei dos termos “sempre” e “fixarão” “demonstra sem nenhuma

¹²⁷ *Ibidem*, p. 46.

¹²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**. Op. Cit., p. 47.

¹²⁹ *Idem*. Afirma ainda o autor que “O neoconstitucionalismo exige a compreensão crítica da lei em face da Constituição, para ao final fazer surgir uma projeção ou cristalização da norma adequada, que também pode ser entendida como ‘conformação da lei’”.

dúvida que nessa espécie de demanda os alimentos devem ser concedidos pelo juiz mesmo que não haja pedido expresso do autor nesse sentido.¹³⁰

Porém, a grande polêmica se encontra nas demais demandas, ou seja, naquelas que não digam respeito à investigação de paternidade. Deveria o magistrado aplicar tal dispositivo legal analogicamente? Para o autor, a simples inexistência de previsão expressa não é suficiente para excluir os alimentos do pedido implícito, “sob pena de indevido respeito à supremacia da lei derivada de um positivismo acrítico”. Acertadamente conclui Daniel Amorim Assumpção Neves que há de se sopesar os princípios que exigem o pedido expresso, quais sejam o da inércia da jurisdição e imparcialidade do juiz, e o princípio basilar dos alimentos, qual seja o da dignidade da pessoa humana, através da proporcionalidade e da verificação, pelo magistrado, de qual deles prevalece diante de um caso concreto.¹³¹

Como visto, a tendência do Processo Civil Constitucional é levar cada vez mais em consideração direitos e garantias fundamentais em consideração para o correto desenvolvimento processual. Trata-se, em verdade, de uma imperatividade jurídica que acaba por ser inobservada em determinadas situações, enquanto é observada em outras, inexistindo coerência na aplicação do fator *discriminem*. Se é relativizado o princípio da demanda em casos que tratam de benefícios sociais ou de fixação de alimentos, também deveria ser em situações de proteção aos demais direitos fundamentais de caráter existencial e de proteção social, sempre com observância ao devido processo legal, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa.

3.2. FLEXIBILIZAÇÃO DA DEMANDA E PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

¹³⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. *Op. cit.*, p. 169.

¹³¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. *Op. cit.*, p. 169. Arremata o autor: “Entendo que o princípio da dignidade humana deve prevalecer, admitindo-se a concessão de alimentos de ofício pelo juiz em qualquer demanda, sendo indispensável nesse caso o respeito ao contraditório, como forma de evitar a surpresa ao réu em ser condenado em tutela que não foi pedida pelo autor”.

O direito à tutela jurisdicional efetiva, ou seja, que logre êxito em satisfazer o direito reconhecido no bojo de um processo civil, de uma ou de outra parte, se constitui direito fundamental, decorrente do próprio direito de ação.

A rigidez do formalismo excessivo no que concerne à aplicabilidade do princípio da demanda pode ocasionar a tutela jurisdicional inefetiva, ou seja, uma tutela inconstitucional. Basta pensar, por exemplo, numa situação em que haja ação pleiteando tutela de obrigação de fazer através da qual é extraída da causa de pedir, bem como dos documentos que acompanham a exordial, a necessidade imediata de internação de pessoa com risco de óbito, porém, por déficit do patrono da parte (ou qualquer outro motivo), referido pedido não resta formulado. Qual atitude caberia ao magistrado?

Sob o enfoque constitucional introduzido neste trabalho, caberia ao julgador conceder a tutela jurisdicional efetiva, determinando a imediata internação da parte autora, desde que oportunizado o contraditório, a fim de resguardar o direito à saúde e à vida, ambos constitucionalmente previstos como direitos fundamentais.

Deveras, quando respeitado cegamente o princípio da demanda não caberia ao magistrado conceder aquilo que a parte não requereu. Porém, essa flexibilização do princípio em análise se mostra essencial para a concretização da efetividade da tutela jurisdicional, “sob pena de, mais uma vez, ceder-se ao formalismo em detrimento da solução dos conflitos e da realização dos escopos da jurisdição”¹³². Ora, caso o magistrado não mitigasse o princípio da demanda haveria sérios riscos de ao final da ação a tutela ser inefetiva, por falecimento da parte.

Há outro raciocínio possível. Segundo Sérgio Cruz Arenhart, “aquele que pede em juízo a proteção inibitória do direito, pede a proibição da violação de seu interesse. Este é o pedido formulado, independentemente da avaliação sobre seu caráter inibitório, ressarcitório ou reintegratório (que só são relevantes para o estudo dos requisitos para que a tutela seja prestada)”¹³³. Partindo dessa afirmação, se a parte apresenta a causa de pedir ao magistrado, formada primordialmente pelos fatos essenciais, tem-se que cabe ao magistrado, constatando a existência de direitos a ser assegurado, a concessão da devida e efetiva tutela jurisdicional, ainda que não requerido expressamente.

¹³² ARENHART, Sérgio Cruz. **Reflexões sobre o princípio da demanda**. Op. Cit., p. 20.

¹³³ *Ibidem*, p. 21.

Registre-se que no caso da fungibilidade entre tutela específica e equivalente, há expressa previsão legal para tanto, independentemente de pedido da parte autora¹³⁴. Porém, a lógica aplicável é a mesma: busca-se evitar que um direito da parte seja violado, com base na causa de pedir por ela apresentado e, a partir daí, busca-se prestar a tutela jurisdicional efetiva.

Se no âmbito na tutela inibitória, ressarcitória ou reintegratória há fungibilidade em virtude de que o pleito da parte é a proibição de violação de seu interesse (registrando que nesses casos quase sempre estão em jogo interesses predominantemente patrimoniais), também deve haver flexibilização quando se constata, por exemplo, que para garantia e concretização do direito à vida ou à saúde é necessário que magistrado não se atenha ao princípio da demanda, desde que respeitado o contraditório e a ampla defesa, considerado um núcleo intangível para flexibilizações dos princípios processuais¹³⁵.

Portanto, a flexibilização do princípio da demanda se coaduna perfeitamente com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva quando aplicado dentro de parâmetros de razoabilidade e de respeito aos desdobramentos constitucionais do devido processo legal.

3.3. FLEXIBILIZAÇÃO DA DEMANDA E PRINCÍPIO DISPOSITIVO

Conforme já afirmado anteriormente, o princípio dispositivo traz consigo a ideia de que o pleito de satisfazer direitos materiais através do processo civil está no âmbito de disponibilidade gozada pelos indivíduos¹³⁶. Porém, atualmente essa premissa não é totalmente verdadeira. Conforme afirma Sérgio Cruz Arenhart, “a ideia, com efeito, de que a disponibilidade do direito material pelas partes é natural ao processo civil e, portanto, impõe o princípio dispositivo (e também o da demanda), ou de que a indisponibilidade do objeto é intrínseca ao processo penal e, assim, exige o princípio inquisitorial é falsa, ao menos na ligação feita entre o caráter

¹³⁴ *Idem.*

¹³⁵ ANDRADE, Paulo Sérgio Souza. Ativismo judicial no ritualismo processual. *Revista de direito público. Op. cit.*, p. 23.

¹³⁶ SAVARIS, José Antônio. *Direito processual previdenciário. Op. cit.*, p. 130.

disponível/indisponível do direito e o ramo processual que com ele deve lidar”¹³⁷.

Nesse sentido, a flexibilização do princípio da demanda não fere o princípio dispositivo que encontrou origens na disponibilidade dos direitos atribuídos aos indivíduos. Trata-se de uma falsa premissa, um mito, acreditar que a parte tão somente requer a prestação jurisdicional daquilo que deseja e, voluntariamente, deixa de pedir algo pelo fato de não querer dispor sobre tal direito.

Ademais, longe de objetivar uma solução simplista para eventuais arguições de violação do princípio dispositivo, é oportuno fazer algumas reflexões. Para evitar uma ofensa à disponibilidade de direitos por parte do magistrado, poder-se-ia adotar soluções tais como o Juiz, em verificando a possibilidade existência de um direito fundamental de natureza predominantemente existencial a partir dos fatos narrados e da instrução processual, questionar a parte quanto à sua vontade de pleitear e produzir mais provas nesse sentido, sempre se oportunizando a abertura do contraditório e garantindo-se a ampla defesa¹³⁸.

Ainda, outra consideração a ser feita é de que a parte pode ou não pedir o cumprimento da sentença ao final da fase de conhecimento. Caso a parte não queira efetivar o direito fundamental reconhecido em sentença e reivindicá-lo pedindo cumprimento, pode simplesmente não peticionar requerendo o cumprimento do julgado ou manifestar sua renúncia - ai sim se mostrando concretizado o princípio da autonomia da vontade e da disponibilidade dos direitos que embasam classicamente o princípio dispositivo.

Claro, há a possibilidade de cumprimento voluntário do julgado, porém tem sempre a parte contrária a opção de recusar-se a aceitar o cumprimento daquele direito ou manifestar-se no sentido de que não deseja vê-lo cumprido. Mas, mister ressaltar, que a principal forma de não se ver ofendido o princípio dispositivo é a de se questionar a parte quanto à vontade de requerer e produzir provas no sentido de verificar a eventual existência de direito fundamental em seu favor.

O juiz deve sempre perguntar se o autor deseja que seja analisado também o seu direito constitucional não integrante do pedido, mas que tem possibilidade de ser reconhecido diante dos fatos narrados na inicial e da prova produzida nos autos. Não se olvide que a melhor solução ao problema posto neste trabalho seria a

¹³⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. **Reflexões sobre o princípio da demanda**. *Op. cit.*, p. 24.

¹³⁸ Antes que se cogite numa eventual imparcialidade do magistrado ao tomar tal postura, registre-se que tal ponto será debatido em subitem específico.

produção legislativa regulamentando a questão, porém, diante da normatividade suprema da Constituição Federal, nada impede que o juiz constitucional, num esforço argumentativo, possibilite a efetivação de direitos fundamentais constitucionais no bojo de um processo em que não houve requerimento nesse sentido.

Em todo caso, conforme visto anteriormente, o Brasil adotou a teoria da substanciação da causa de pedir. Isso afasta, *per si*, qualquer ofensa ao princípio dispositivo quando se flexibiliza o princípio da demanda para efetivar-se direitos existenciais constitucionais. Isso porque a limitação que impõe o princípio dispositivo está relacionado eminentemente ao objeto litigioso do processo, sendo que este corresponde à pretensão/mérito da causa, conforme já visto, fazendo com que seja importante a observância do juiz preponderantemente aos fatos essenciais constitutivos do direito do autor¹³⁹.

3.4. FLEXIBILIZAÇÃO DA DEMANDA E PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE

Talvez o ponto mais importante a ser estudado seja este: a questão da imparcialidade do julgador frente a flexibilização do princípio da demanda¹⁴⁰. O princípio da imparcialidade é retirado implicitamente da Constituição Federal, segundo o qual os processos devem ser apreciados e julgados por Juízes não comprometidos com uma ou outra parte. Possui relação com o princípio do acesso à justiça e da isonomia, sendo verdadeiro pressuposto de validade do processo.¹⁴¹

Sobre o princípio da imparcialidade, tece Humberto Theodoro Júnior os seguintes comentários:

É imprescindível à lisura e ao prestígio das decisões judiciais a inexistência de menor dúvida sobre motivos de ordem pessoal que possam influir no ânimo do julgador. Não basta, outrossim,

¹³⁹ Flach, Rafael. **Alteração da demanda**, p. 78.

¹⁴⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. **Reflexões sobre o princípio da demanda**. *Op. cit.*, p. 23.

¹⁴¹ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento** (1ª parte). 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 40. Oportuno mencionar: “Para garanti-la, a Constituição Federal acolheu o princípio do juiz natural (art. 5º, LIII), proibindo a criação dos tribunais ou juízos de exceção (art. 5º, XXXVII)”.

que o juiz, na sua consciência, sinta-se capaz de exercer o seu ofício com a habitual imparcialidade. Faz-se necessário que não suscite em ninguém a dúvida de que motivos pessoais possam influir sobre seu ânimo. Na pitoresca comparação de Andrioli, “o magistrado, como a mulher de César, não deve nunca ser suspeito”. Daí a fixação pelo Código de causas que tornam o juiz impedido ou suspeito, vedando-lhe a participação em determinadas causas.¹⁴²

O princípio da imparcialidade, portanto, impõe que o magistrado não esteja impedido ou suspeito para o julgamento do processo. É justamente pela sua imparcialidade é que, em regra, não se admite no processo civil posto a atuação *ex officio* dos órgãos jurisdicionais, sendo que nenhum magistrado, segundo a regra processual raramente excetuada, prestar a tutela jurisdicional senão quando invocado pelas partes.¹⁴³

Porém, é importante registrar, para que não haja confusão, que a imparcialidade do juiz não significa neutralidade. Isso porque a imparcialidade não exige que o julgador seja mero expectador do processo judicial e intervenha tão somente ao final para “declarar o vencedor”. Em verdade, o magistrado imparcial é aquele que não possui prévio comprometimento com alguma das partes ou das teses trazidas ao processo. Deveras, “exige-se apenas um juiz capaz de decidir de forma aceitável, mediante critérios objetivados – e expressos em sua motivação – a causa a ele submetida”.¹⁴⁴

Nesse aspecto, o princípio da imparcialidade no processo civil contemporâneo deve garantir que efetivamente os argumentos trazidos pelas partes possam influir na convicção do julgador. Não há como privar o magistrado de sua experiência e formação interior, porém deve sempre estar apto a considerar as informações das partes e aberto cognitivamente para que se deixe influir por elas.¹⁴⁵

Conforme visto alhures, a imparcialidade do magistrado seria o que, atualmente, sustenta o princípio da demanda no processo civil brasileiro. A atuação de ofício do julgador no sentido de questionar ou até mesmo conceder à parte aquilo que não foi expressamente solicitado prejudicaria, em tese, a exigência de postura imparcial do juiz.

¹⁴² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de processo civil anotado**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 467.

¹⁴³ SAVARIS, José Antônio. **Direito processual previdenciário**. *Op. cit.*, p. 130.

¹⁴⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. **Reflexões sobre o princípio da demanda**. *Op. Cit.*, p. 26.

¹⁴⁵ *Ibidem.*, p. 26-27.

Ocorre que, presumir a parcialidade do julgador em situações que sua atuação *ex officio* é voltada para efetivação de direitos e garantias fundamentais intimamente relacionadas à dignidade da pessoa humana seria desarrazoado. Isso porque, não recai em comprometimento com determinado resultado do processo a iniciativa do magistrado de averiguar a possibilidade de efetivação de direitos existenciais constitucionalmente previstos. Pelo contrário, é dever do juiz constitucional observar e dar a máxima efetividade possível à normativa da Carta Magna.

Obviamente que a atuação do magistrado que flexibiliza o princípio da demanda sofre “freios” intransponíveis, tal qual a impositiva observância do contraditório e da própria razoabilidade. Logo, o óbice da imparcialidade não impede a flexibilização do princípio da demanda quando há atuação responsável do julgador.

Nesse sentido, conclui Sérgio Cruz Arenhart que uma vez preservada a imparcialidade do magistrado julgador, inexistiria óbice à mitigação do rigor estabelecido pelo princípio da demanda, principalmente quando isto se dá em busca de prestação jurisdicional de melhor qualidade para cumprimento daqueles que são os objetivos da República Federativa do Brasil, insculpidos nos artigos 1º e 3º da Carta Maior. Nas palavras do doutrinador, “parece estranho considerar o magistrado parcial somente porque sai de sua postura passiva para, suprimindo deficiência (evidentemente não desejada) da parte oferece condições para realizar melhor seu mister”.¹⁴⁶

Logo, o simples ato de o julgador sair da sua posição clássica de mero expectador do processo e atuar proativamente em busca de uma maior efetivação de direitos e garantias fundamentais relacionados à dignidade da pessoa humana (à própria existência do indivíduo) não ofende, por si só, o princípio da imparcialidade, motivo pelo qual se mostra acertada a postura do Superior Tribunal de Justiça ao flexibilizar o princípio da demanda nas ações previdenciárias em prol da proteção social.

Do mesmo modo, o magistrado que se atenta aos fatos essenciais da causa de pedir e às provas constantes dos autos, questionando a parte acerca de eventual desejo em produzir mais provas ou em requerer determinado provimento que

¹⁴⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. **Reflexões sobre o princípio da demanda**. *Op. cit.*, p. 27.

resgare a sua dignidade humana, sua saúde e sua vida, por exemplo, não constitui, *per se*, ofensa à imparcialidade, até mesmo porque esse é o papel do Juiz constitucional: efetivar a Constituição Federal, principalmente no que diz respeito aos direitos considerados mínimos nela inseridos.

3.5 FLEXIBILIZAÇÃO DA DEMANDA, PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL, PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO E PROCESSO JUSTO

Conforme bem salientado por Humberto Theodoro Júnior, o processo civil contemporâneo está impregnado por conceitos tais quais da instrumentalidade, da efetividade e da garantia de um processo justo. Conforme o autor, “fala-se mesmo de ‘garantia de um processo justo’, mais do que de um ‘processo legal’, colocando no primeiro plano ideias éticas em lugar do estudo sistemático apenas das formas e solenidades do procedimento”.¹⁴⁷

Falar em princípio da instrumentalidade do processo é falar que o processo é instrumento voltado a um fim. O escopo do processo no paradigma neoconstitucional é, dentre outros, o de efetivarem-se direitos e garantias fundamentais e princípios de justiça. Busca-se um processo justo.

Porém, não se deve confundir utilitarismo com instrumentalismo. Conforme afirma Humberto Dalla Bernardina Pinho, “buscar uma decisão rápida, por si só, apenas para atender metas matemáticas e estatísticas não significa, nem de longe, garantir o processo justo. Uma decisão rápida demais normalmente não poderá ser tomada sob premissas justas. Isso é utilitarismo processual e deve ser combatido, pois se trata de uma praga dos tempos pós-modernos”.¹⁴⁸

Nesse aspecto, a instrumentalidade do processo volta-se não a metas matemáticas e estatísticas, mas sim à efetivação da normatividade constitucional e, como consequência, a um processo justo. Exemplo desta instrumentalidade, pode-se dizer, é a já aludida fungibilidade entre as tutelas inibitória, reintegratória e ressarcitória.¹⁴⁹

¹⁴⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Op. cit., p. 53.

¹⁴⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **Direito processual civil contemporâneo**. Op. cit., p. 99.

¹⁴⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. **Reflexões sobre o princípio da demanda**. Op. cit., p. 20.

Logo, uma vez que “o processo é o instrumento pelo qual o Estado confere jurisdição na solução de conflitos” e que “isso deve ocorrer de maneira justa”, surge o que a doutrina chama de processo justo, norteado pelo “ideal de que o processo seja formado em consonância com os preceitos de dignidade da pessoa humana”.

150

Nas palavras de Humberto Dalla Bernardina Pinho, o processo:

Deve, portanto, respeitar o devido processo legal, nos seus seguimentos ampla defesa e contraditório, além das demais garantias fundamentais inerentes à pessoa humana, dentre os quais se encontram a igualdade, a publicidade dos atos judiciais e a duração do processo por um período de tempo razoável. Esses elementos devem ser rigorosamente resguardados quando da busca do jurisdicionado pela tutela dos direitos, que deve ser prestada por meio de uma jurisdição adequada.¹⁵¹

A economia processual significa, por sua vez, o melhor aproveitamento do processo, evitando-se a repetição de atos processuais ou de ingresso de novas demandas sempre que o problema possa ser resolvido num mesmo ato ou num mesmo processo judicial.

Seguindo esta linha de raciocínio, mostra-se em consonância com os princípios da economia processual, da instrumentalidade do processo e do processo justo a proposta de flexibilização da demanda em situações imperativas de efetivação de direitos e garantias fundamentais existenciais, bem como de princípios de justiça, sempre observando-se e ponderando-se princípios constitucionais processuais tal qual o do contraditório¹⁵².

3.6. FLEXIBILIZAÇÃO DA DEMANDA E ORDEM PÚBLICA

O princípio da demanda, mais especificamente seu corolário da congruência, não é ofendido quando o magistrado leva a efeito norma de ordem

¹⁵⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **Direito processual civil contemporâneo**. *Op. cit.*, p. 96.

¹⁵¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **Direito processual civil contemporâneo**. *Op. cit.*, p. 96.

¹⁵² ANDRADE, Paulo Sérgio Souza. Ativismo judicial no ritualismo processual. **Revista de direito público**, *Op. cit.*, p. 23.

pública não invocada pela parte. Neste ponto, não restam maiores digressões a serem feitas, basta pensar, por exemplo, em questões de decadência e prescrição.

Nesse sentido, oportuno citar:

É claro, porém, que as normas legais de ordem pública, sendo impositivas e indisponíveis, deverão de ser aplicadas pelo juiz, de ofício, quer tenham as partes as invocado quer não. Isto será feito, no entanto, apenas no limite necessário para solucionar o litígio descrito pelas partes. O pedido e a causa de pedir (isto é, o objeto do processo) continuarão imutáveis, não cabendo ao juiz alterá-los a pretexto de aplicar lei de ordem pública. É apenas a resposta jurisdicional, dada sobre o objeto do processo, que levará em conta a norma de ordem pública. Dessa maneira, o princípio da demanda e o princípio da congruência continuarão respeitados, mesmo quando a sentença aplicar, de ofício, regra de ordem pública não invocada pela parte.¹⁵³

Portanto, a aplicação de normas legais e de ordem pública para solução do litígio descrito pelas partes, ainda que não invocadas pelas partes, é dever do magistrado, não havendo o que se falar em violação ao princípio da demanda na atuação jurisdicional que se dê neste sentido.

3.7. FLEXIBILIZAÇÃO DA DEMANDA *EX OFFICIO*

É certo que a atuação de ofício pelo julgador que afaste a aplicação do princípio da demanda exige, num plano ideal, expressa previsão legal. O magistrado não pode simplesmente atuar no processo e fazer aquilo que entende ser correto, baseando-se tão somente em seu juízo independentemente daquilo que as partes fizeram compor a demanda.¹⁵⁴

É por tal motivo que o atual panorama processual exige uma mudança legal que amplie os poderes do magistrado tanto que se refere ao princípio da demanda quanto no campo da prova (princípio dispositivo), principalmente para que ao magistrado se permita esclarecer às partes, especialmente quando constatado desequilíbrio entre elas, acerca da “potencial extensão de seu direito e sobre

¹⁵³ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Op. cit., p. 89.

¹⁵⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. *Reflexões sobre o princípio da demanda*. Op. cit., p. 28.

possíveis consequências de sua exposição apenas parcial da causa de pedir ou do pedido, ou ainda da apresentação equivocada da causa petendi ou do pedido”. Tal fato já ocorre no direito alemão, em que é permitido ao tribunal sugerir alterações nas alegações ou pedidos, em casos específicos.¹⁵⁵

Essa atuação sugestiva e *ex officio* da autoridade ou órgão julgador traz a ideia de que, em se tratando de direitos fundamentais existenciais, direitos indisponíveis ou de evidente equívoco da parte, poderia o magistrado, norteado pelos princípios de justiça, sugerir alterações dos elementos da demanda às partes, oportunizando-se nova defesa à parte contrária. Nas palavras de Sérgio Cruz Arenhart:

Se é interesse do Estado aplicar da melhor forma possível o direito objetivo, oferecer justiça e promover a paz social, deve o juiz estar autorizado a, incoado o processo, oferecer condições às partes para que saibam exatamente o que estão discutindo e, especificamente, para que tenha ele certeza de que a existência de demanda parcial (com apenas parte do pedido possível, ou parte da causa de pedir viável) ou ainda de pretensão aparentemente inviável (pela exposição de pedido a princípio insustentável ou de causa de pedir incabível) decorre efetivamente da intenção da parte e não de erro seu.¹⁵⁶

Resta a discussão acerca dos limites e extensão dessa atuação de ofício pelo magistrado, cujas proposições introdutórias deste trabalho não possibilita albergar.

¹⁵⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. **Reflexões sobre o princípio da demanda**. *Op. cit.*, p. 28.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 29-31.

CONCLUSÃO

Apesar da inexistência de pretensões prepotentes deste trabalho monográfico, até mesmo pela escassa bibliografia específica sobre o tema, tem-se como objetivo a realização de uma *reflexão no sentido de problematizar a questão da aplicação atual do princípio da demanda no processo civil brasileiro*.

É certo que há uma série de direitos fundamentais existenciais constitucionalmente assegurados e que, ainda assim, carecem de efetivação material. A efetivação de tais direitos, por vezes, fica dependente de uma atividade Estatal insatisfatória, seja legislativa, administrativa ou judiciária. Porém, num Estado Democrático de Direito, típico do neoconstitucionalismo, algumas posturas contrárias à efetivação das normas constitucionais de elevado valor axiológico, tais como os direitos fundamentais de índole eminentemente existencial, devem ser repensadas.

Nesse sentido, o processo civil brasileiro e a atuação do juiz constitucional devem mudar sua concepção clássica e passar a conformar-se à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Numa interpretação sistemática do ordenamento jurídico, o princípio processual infraconstitucional da demanda necessita passar por uma releitura constitucional a fim de permitir-se ser flexibilizado na atuação jurisdicional voltada à efetivação de direitos constitucionais existenciais, tais como a saúde, a vida, a alimentação básica, dentre outros a serem aferidos no caso concreto.

O princípio da demanda, mais especificamente o seu desdobramento no princípio da correlação, conforme visto, não permite ao magistrado conceder à parte aquilo que não foi pedido, com raras exceções previstas legalmente. Porém, a ausência de produção legislativa impede, por vezes, a efetivação de direitos fundamentais existenciais previstos na Carta Magna pela simples ausência de pedido naquele sentido. Quando isso acontece o processo civil se torna inefetivo, injusto e inconstitucional, pois se estaria dando maior importância a determinado princípio processual legal em detrimento de um direito fundamental material constitucionalmente garantido e de conotação existencial.

A vida, a saúde, a alimentação básica, dentre outros corolários do fundamento da República dignidade da pessoa humana, são violados para a simples contemplação conservadora clássica do princípio da demanda.

A questão da disponibilidade da busca pelos direitos materiais através da via

judicial e a imparcialidade do juiz seriam, em última análise, os pilares que sustentam o princípio da demanda. Pois bem, não mais se sustentam diante de uma situação concreta em que há possibilidade de concessão da vida, da saúde, da alimentação, enfim, da dignidade humana a parte processual. É preciso humanizar a parte, repersonalizar o direito processual civil brasileiro através da sua constitucionalização.

Não restam dúvidas quanto à necessidade de maior flexibilização do princípio da demanda em uma atuação responsável do juiz constitucional, com respeito ao contraditório e à razoabilidade, porém é necessário aprofundar-se a temática quanto aos limites dessa atuação.

Não se olvide que a melhor solução à problemática apresentada seria uma produção legislativa que atenda à normatividade da Carta Maior. Uma disciplina legal que regulasse as possibilidades do magistrado de afastar a aplicação do princípio da demanda em casos concretos específicos, sempre com o escopo de efetivarem-se direitos fundamentais e princípios de justiça, seria ideal. Porém, na ausência de norma legal que possibilite, descabe ao Poder Judiciário, inserido no paradigma do neoconstitucionalismo, cruzar os braços ou tão somente descruzá-los quando se trata proteção social previdenciária.

A mesma proteção deve ser dada aos demais direitos fundamentais que busquem a concretização da dignidade da pessoa humana, nos mais diversos desdobramentos constitucionais deste princípio.

Nesse aspecto, o Projeto de Novo Código de Processo Civil seria uma excelente oportunidade de dar maior atenção à aplicação contemporânea do princípio da demanda, visando a dar regramento legal que confira maior efetividade aos direitos fundamentais existenciais previstos na Carta Magna. Esta seria a oportunidade ideal para se estabelecerem parâmetros de flexibilização do princípio da demanda num processo civil constitucional.

Porém, para arrematar e cumprir com o propósito deste trabalho, é preciso ter em mente que enquanto não sobrevinha legislação que confira poderes ao juiz ou/e às partes para flexibilizar-se referido princípio processual é impositiva a inserção no pensamento do intérprete de que, por vezes, encontra-se em jogo a própria saúde, vida e dignidade das partes envolvidas em um litígio judicial, impondo-se a superação do formalismo processual em detrimento da efetivação de direitos constitucionais existenciais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: o processo jurisdicional como um lócus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. Vol. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011;

ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda. **Omissão judicial e embargos de declaração**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 126.

ANDRADE, Paulo Sérgio Souza. Ativismo judicial no ritualismo processual. In: **Revista de direito público**. Porto Alegre: Síntese, ano X, n.º 57, p. 09-26, mai-jun, 2014;

ARENHART, Sérgio Cruz. **Reflexões sobre o princípio da demanda**. Disponível em: <<http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart>>. Acesso em: 11.02.2014;

BARACIOLA, Andrea Boari. **Princípio da congruência no código de processo civil**. LTr: São Paulo, 2010;

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. 1º Vol., 11ª Ed. Brasília: UnB, 1998;

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. Vol. 1, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014;

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FLACH, Rafael. **Alteração da demanda**: a flexibilização do princípio da estabilidade da demanda. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul: Porto Alegre, 2013. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/78772>>. Acesso em: 2014-06-1;

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte). 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014;

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo. Vol. 1, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010;

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012;

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012;

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 6ª ed. São Paulo: MÉTODO, 2014;

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9ª ed. São Paulo: MÉTODO, 2014;

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 9ª ed. São Paulo: MÉTODO, 2012

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **Direito processual civil contemporâneo**: teoria geral do processo. Vol. 1, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012;

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012;

SAVARIS, José Antônio. **Direito processual previdenciário**. Curitiba: Alteridade, 2014;

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Vol. 1, 55ª ed. Rio de

Janeiro: Forense, 2014;

_____. **Código de processo civil anotado**. 18^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014;

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. Vol 1, 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.