

CLAYTON MARANHÃO

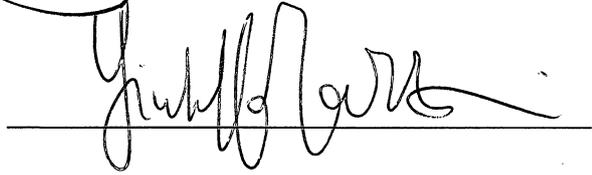
**O PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA NO PROCESSO
DE CONHECIMENTO DE PRIMEIRO GRAU**
hipóteses de aparente incongruência da sentença civil em relação
aos elementos objetivos da demanda

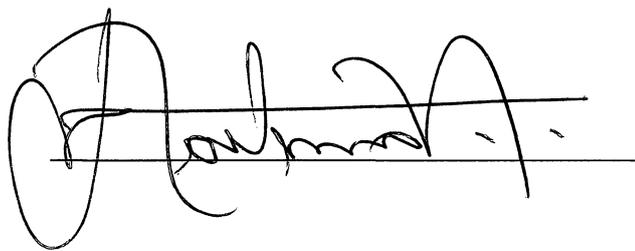
Dissertação apresentada como
requisito parcial à obtenção do grau de
Mestre em Direito das Relações Sociais.

UFPR
1998

BANCA EXAMINADORA







Aos meus pais, Laertes Maranhão(in memoriam)
e Maria Aparecida Maranhão, pelo exemplo de
ontem, de hoje e para o sempre.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO /01

FUNDAMENTOS DO PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA/04

*ATUAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA
NO PROCESSO DE CONHECIMENTO DE PRIMEIRO GRAU/50*

CONCLUSÕES/103

BIBLIOGRAFIA/108

ÍNDICE/112

§ 1º INTRODUÇÃO.

Todo escrito, inevitavelmente, vem permeado por três fatores ou, como prefere Karl Popper, três mundos¹: o mundo exterior, o mundo subjetivo de quem escreve e o mundo teórico.

Nesta perspectiva, a abordagem acadêmica sobre o princípio da congruência no direito processual civil encontra não poucas dificuldades. A começar pelo fim, ou seja, pela escassez de material monográfico sobre o assunto. Seja na doutrina nacional, seja na doutrina italiana, encontramos alguns ensaios esparsos, mas que todavia foram substanciais para o desenvolvimento inicial desta pesquisa.

E justamente pelo mosaico bibliográfico sobre o assunto, onde a pesquisa se torna mais árdua, quase arqueológica, é que se constata a importância e, de certa forma, a atualidade do tema. O estudo, que parte necessariamente das bases sólidas da teoria geral do processo, permeia rapidamente os demais institutos do processo civil, seja na jurisdição horizontal de cognição, de execução, cautelar ou de jurisdição voluntária,

¹ Karl Popper e Konrad Lorenz. O futuro está aberto [tradução de Teresa Curvelo], 2ª ed., Lisboa, Fragmentos, p. 83.

seja na jurisdição vertical impugnativa e, até, no âmbito dos equivalentes jurisdicionais.

Assim, o primeiro obstáculo foi a delimitação do tema, inicialmente encimado no processo civil de conhecimento de primeiro grau de jurisdição. Mas era necessário limitar mais. E foi assim que a pesquisa restringiu-se aos elementos objetivos da demanda: causa de pedir e pedido, abstraídas quaisquer considerações sobre os sujeitos da demanda, a não ser por acenos.

Ainda assim, o enfoque revelava-se deveras ambicioso e, a um só tempo, ameaçado de ter lugar comum. Examinar os vícios de *extra, ultra e citra petita* da sentença, poderia revelar uma pesquisa predominantemente voltada mais ao campo prático do que o campo teórico. Preferimos, em razão disso, uma abordagem por certo incomum sobre o assunto: uma tentativa de sistematização das hipóteses de aparente incongruência da sentença de mérito, diante da constatação de alguns equívocos por parte da doutrina e também da jurisprudência.

Na doutrina, em verdade, há sérias divergências terminológicas, muitas vezes sobre o mesmo objeto. Na jurisprudência verificamos, não raro, o uso pródigo dos institutos que são correlatos ao princípio e, ainda, um campo muito fértil não de todo utilizado para dar a parte “tudo aquilo e exatamente aquilo que teria de obter...”.

Sendo o princípio da efetividade, em definitivo, a ‘pedra de toque’ da fase instrumentalista do processo, à ele estivemos voltados, sempre, quando da (tentativa de) resolução das mais

variadas interrogações que se nos afiguraram no curso desta pesquisa.

Se forem válidas as nossas assertivas, o nosso objetivo já terá sido alcançado.

§ 2º FUNDAMENTOS DO PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA

1. PRINCÍPIO DISPOSITIVO.

Um conhecido ensaio escrito por Carnacini², colocou em evidência o princípio dispositivo e o processo dispositivo, procurando demonstrar, como de fato demonstrou, uma confusão ocorrida na doutrina alemã e também na doutrina italiana sobre a questão.

Partindo da idéia de que o processo civil está a serviço da parte, mas também tem as suas próprias exigências, Carnacini desenvolveu dialeticamente os dois momentos do processo que mantém-no em vida até o seu momento mais eminente que é a sentença. De fato, aqueles dois momentos são precisamente, de um lado, a tutela jurisdicional dos direitos em conflito (*Dispositionsmaxime* ou *Verfügungsgrundsatz*) ou princípio dispositivo em sentido material (ou próprio)³ e, de outro, a técnica processual ou princípio *di trattazione* della causa (*Verhandlungsmaxime*) ou princípio dispositivo em sentido processual (ou impróprio)⁴.

²Carnacini T., *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo, negli Studi in onore di Enrico Redenti*, II, 1951, p. 695 ss.

³Cappelletti M., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, Milano, 1962, p. 357-358.

⁴Idem, *ibidem*.

Assim, afirmou Carnacini que “se, de um lado, é a parte que recorre ao processo civil para obter a tutela jurisdicional...por outro, é o processo que a sua vez requer das mesmas partes uma contribuição essencial”⁵, no sentido de que “se o processo serve às partes, a sua vez as partes servem ao processo”⁶, e pois são “dois aspectos do processo que não se contrapõe, mas aparecem fundidos em uma única entidade como as duas faces da mesma medalha”⁷.

Seria, no primeiro sentido, reconhecido à parte o monopólio de demandar a tutela jurisdicional - *nemo iudex sine actore* -, enquanto no segundo sentido, seria reconhecido à parte um eventual poder monopolístico quanto às provas de quanto foi alegado no primeiro momento - *judex ex officio non procedit* -⁸, já na crítica posta por Cappelletti à Carnacini. Sobre este ponto, exatamente porque Carnacini pretendeu fazer uma crítica ao movimento divisor alemão (que de sua vez, tivera sucesso em distinguir *Dispositionsmaxime* de *Verhandlungsmaxime*, mas muitas vezes fizera confusão entre estes dois termos), quando disse, segundo Cappelletti, que na realidade tudo se exila no processo, o próprio Carnacini teria feito uma confusão ao colocar aquelas duas fases do princípio dispositivo somente no âmbito da técnica processual, tal a “fazer da ação com o próprio direito material, uma coisa só”⁹.

Precisamente sobre este ponto, Cappelletti desenvolveu uma pesquisa, segundo ele para esclarecer a confusão a que

⁵Carnacini T., cit., p. 700.

⁶Idem, ibidem.

⁷Idem, p. 705.

⁸Cappelletti M., *La testimonianza*, cit., p. 307-309.

⁹Idem, p. 314.

chegou Carnacini¹⁰, e que se refere ao *punctum dolens*, ou seja, ao princípio da congruência¹¹ correlato com o princípio dispositivo.

De fato, a doutrina divisora alemã fez uma grave confusão sobre o significado de *Verhandlungsmaxime*, que segundo ela seria compreensivo de ambos os aspectos que estão encerrados no antigo aforisma *judex secundum allegata et probata partium judicare debet*.¹²

Isto quer dizer que ao poder monopolístico das partes seria compreendido não só aquele de alegação dos fatos, mas também aquele de iniciativas probatórias (chamado princípio da disponibilidade das provas).

Segundo Cappelletti, “dos dois princípios expressos no brocardo *judex secundum allegata et probata partium decidere debet*, um só, aquele concernente à disponibilidade das provas, mas não o outro, referindo-se à disponibilidade das alegações, é princípio que um processo possa no todo ou em parte renegar, sem dever cessar com isto de ser dispositivo, ou seja, de inspirar-se à máxima da disponibilidade conseqüente ao caráter privado do objeto litigioso”¹³.

Assim, prossegue o autor sobre a tendência do direito processual comparado moderno, “tem acontecido que as leis processuais conservem...ao poder monopolístico das partes as alegações dos fatos, com o relativo vínculo judicial em decidir somente no âmbito dos fatos alegados pelas partes: e isto, não obstante, que as mesmas leis têm já, por tudo ou quase tudo,

¹⁰Idem, p. 305, 313-314.

¹¹Idem, p. 325 ss.

¹²Idem, p. 328 ss.

abolido, ao invés, o vínculo judicial às iniciativas probatórias das mesmas partes”¹⁴.

Termina por dizer que também na Itália, se o juiz permanece vinculado às alegações das partes, e portanto, ao derivado princípio da congruência - art. 112 do C.P.C. italiano - com nexos lógico e necessário, ao contrário não permanece vinculado ao *probata partium*, “porque este vínculo não é em realidade uma manifestação essencial do princípio dispositivo, nem um necessário reflexo, pois, da natureza disponível da relação jurídica deduzida em juízo”¹⁵.

O princípio dispositivo seria portanto reduzido no sentido de que *judex secundum allegata partium (e probata) judicare debet*.

Enquanto as partes teriam poder monopolístico ao *alegado* - princípio dispositivo em sentido material ou próprio -, no âmbito da tutela jurisdicional, este poder seria abolido em relação às *iniciativas probatórias* - princípio inquisitório em sentido processual - no âmbito da técnica do processo.¹⁶

Não é, portanto, provocação ao princípio dispositivo, uma iniciativa oficiosa do juiz na preparação e na instrução da causa, desde que respeitados os princípios da demanda e os seus corolários princípios do contraditório e da congruência;

¹³Idem, p. 333 ss.

¹⁴Idem, p. 335 ss.

¹⁵Idem, p. 337 ss.

¹⁶ No direito positivo brasileiro encontramos uma moderação entre o princípio inquisitório em sentido processual e o princípio dispositivo em sentido processual no art. 130 do CPC : “Caberá ao juiz, **de ofício ou a requerimento** da parte, determinar as provas **necessárias** à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias” (v. nota 16 *infra*). No direito italiano, o art. 115 do CPC está assim redigido: “**Salvi i casi previsti dalla legge**, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o

sempre entendida aquela iniciativa no âmbito da técnica processual.

Por último, de tudo o que fora dito não significa, ao menos no âmbito da técnica processual, que o processo civil brasileiro seja dispositivo ou inquisitório (em sentido processual - disponibilidade das provas), seja porque nos ordenamentos modernos um não prevalece sobre o outro, ao contrário coexistem com moderações no sistema processual¹⁷, seja porque como supra mencionado, este ponto não se confunde com o princípio dispositivo *na sua verdadeira e própria acepção* (material).

dal pubblico ministero.” E na legislação italiana, não são poucos os artigos que permitem ao juiz determinar de ofício a produção de provas.

¹⁷Carnacini T., cit., p. 720; nonchè Tommaseo F., cit., p. 85. Para que se tenha idéia desta coexistência, veja-se o disposto no art. 130 *supra* em confronto com o art. 1.107 do CPC brasileiro, que dispõe sobre os procedimentos de jurisdição voluntária, *verbis*; “Os interessados **podem** produzir as provas destinadas a demonstrar as suas alegações; mas ao juiz é lícito **investigar livremente os fatos** e ordenar **de ofício** a realização de **quaisquer** provas.” Enquanto nos **procedimentos de jurisdição voluntária** o juiz, além de em alguns casos não depender de provocação do interessado (cf. arts. 1113, 1129, 1142, 1160, 1171 e 1190 - *princípio da oficialidade* quanto a iniciativa da prestação jurisdicional e *princípio inquisitório em sentido material* quanto à indisponibilidade do direito ou do interesse), pode determinar a realização de quaisquer provas - aqui vige o *princípio inquisitório em sentido processual* -, já nos **processos de jurisdição contenciosa**, que são iniciados a requerimento de parte (cfr. art. 2º - princípio da demanda) a atuação oficiosa do juiz em matéria probatória é mais restrita, guardando pertinência exclusiva aos fatos alegados pelas partes - *princípio dispositivo em sentido material* - e de forma supletiva e não substitutiva do ônus probatório distribuídos entre as mesmas partes quando for a **questão disponível** - e aqui **preponderaria** o *princípio dispositivo em sentido processual* - exceto se de **questão indisponível** se trate - onde então **preponderaria** o *princípio inquisitório em sentido processual*. Para exemplificar o que entendemos por disponibilidade ou indisponibilidade da questão litigiosa, imagine-se uma ação de cobrança de uma dívida particular: é ônus do réu alegar a compensação, quando então o juiz poderá de ofício e supletivamente determinar a prova. Mas se o réu não alega a compensação, estará impedido o juiz de oficiosamente determinar a produção da prova. Por outro lado, na ação de cobrança de uma dívida já paga, tenha o réu alegado ou não o pagamento, pode o juiz de ofício determinar a prova. Em outras palavras, na primeira hipótese estamos diante da prova de uma exceção de direito

2. PRINCÍPIO DA DEMANDA

2.1 Premissa: os elementos identificadores da demanda.

Identificar a demanda é um problema antigo e ao mesmo tempo atual. Antigo porque deste as fontes romanas a importância do tema já era percebida com a elaboração de teorias voltadas à economia processual e ao impedimento da reprodução simultânea e até mesmo sucessiva de processos.

Atual porque, em que pese o longo tempo decorrido, ainda hoje se reconhecem os resultados insatisfatórios de todas as teorias construídas sobre tema para a resolução de todos os problemas atinentes aos institutos do processo.

Sabe-se, efetivamente, que ao se identificar a demanda, pode-se explicar institutos de estatura fundamental tais como, por exemplo, a modificação da demanda, a cumulação de demandas, a litispendência e a coisa julgada¹⁸. O objetivo, pois, é confrontar entre si as várias demandas com o fim de estabelecer se são idênticas ou diversas.¹⁹

Convém, por outro lado, uma análise das principais teorias sobre a identificação da demanda que se formaram a

substantial enquanto que na segunda estamos diante de uma objeção de direito substantial.

¹⁸ Chiovenda, *Instituições de Direito Processual Civil, I*, [tradução da 2ª ed. do original Istituzione, por J. Guimarães Menegale, com notas de Enrico T. Liebman] São Paulo, Saraiva, 1942, p. 63, Id., *Identificazione*, cit., p. 159 No mesmo sentido, ver ¹⁸Tarzia G., *Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno all'oggetto del processo*, 'in' IUS, 1956, p. 266 ss.; *Problemi del processo civile di cognizione*, Padova, 1989, p. 107 ss.; e também Cerino Canova A., *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, 'in' *Commentario del Codice di Procedura Civile diretto da E. Allorio*, II, 1, Torino, 1980, sub art. 163, p. 10.

¹⁹ Chiovenda, cit., p. 489.

partir do direito romano, suas releituras e variações, pois é justamente a partir dos elementos da demanda que melhor se poderá compreender a problemática do princípio da congruência no direito positivo brasileiro vigente.

Remontando-se ao processo civil romano, nele se pode distinguir três fases: *legis actiones*, *per formulas* e *cognitiones*. Os dois primeiros marcados por um sistema privatístico, porque o autor exprimia o seu *desiderium* resumido na *intentio* diretamente ao réu. Agia *in ius vocatio*, em um segundo momento, quando então devia dirigir-se ao magistrado através da *postulatio*, verdadeira e própria demanda do processo *per formulas*, e que tinha como elementos de identificação o *petitio* ou *petere* e o *desiderium*.

Na fase pós-clássica, precisamente no processo das *cognitiones*, reconhece-se os primeiros sinais do sistema processual publicístico com a abolição da *editio* extrajudicial, onde começou a estabelecer-se a relação entre o juiz e as partes, ocorrendo uma mais estreita conexão entre o objeto da demanda, o órgão jurisdicional e a tutela de mérito²⁰.

Das fontes romanas conservadas no Digesto,²¹ pode-se extrair duas teorias que se consideram precursoras à individuação da *res in iudicium deducta* : a) a teoria da relação jurídica; e b) a teoria da tríplice identidade - pessoas, causa de pedir e pedido.

²⁰Pugliese G., *Diritto romano (voce domanda giudiziale)*, 'in' *Enciclopedia del diritto*, XIII, p. 807 ss.

2.1.1 A teoria da identidade da relação jurídica.

Investigando sobre a coisa julgada, Savigny afirmara que a relação jurídica (*eadem quaestio*) seria o ponto determinante da identidade entre duas demandas.

Bastaria que houvesse identidade entre *as mesmas pessoas* e *a mesma questão* para que a *exceptio rei iudicatae* fosse oponível. Mas tanto a identidade entre demandas quanto a discrepância entre elas poderia ser aparente. No primeiro caso, uma ação petitória não seria idêntica a uma ação possessória, nem uma ação fundada em dolo seria idêntica a outra fundada em culpa aquiliana, ainda que entre as mesmas pessoas. No segundo, explicava Savigny alguns critérios de aparente diversidade entre duas demandas : a) a segunda lide pode conter nomenclatura e natureza diversas da primeira; b) as partes podem encontrar-se em posição invertida; c) o direito, que em uma ação é principal pode, na posterior, estar condicionado a outro direito; 4) o objeto exterior do litígio pode não ser o mesmo nas duas ações; 5) a mesma causa de aquisição de que derivava o direito deduzido nas duas ações.

Nesta última hipótese, Savigny estava a reconhecer que a identidade da relação jurídica guardava nexos com a causa de pedir. Em razão disto afirmara que enquanto às ações pessoais cada relação jurídica estaria identificada por uma *causa* determinada e, portanto, diversa uma da outra, já no referente às ações reais, independente da diversidade do fato

²¹ Cf. José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, São Paulo, RT, 1993, p. 64.

constitutivo (título) de duas demandas, haveria identidade objetiva da relação jurídica. Como exemplo citava a ação reivindicatória e a ação de petição de herança sobre o mesmo bem. Quanto à identidade entre ações reais, havia duas exceções, no que denominou Savigny de causa expressa e causa superveniente.

Dita teoria, revisitada por Savigny nas fontes romanas do Digesto, encontrou vários adeptos como Ihering, Windscheid e Cogliolo, dentre outros.

2.1.2 A Teoria da tríplice identidade.

Para Chiovenda, os elementos de identificação da ação seriam: os sujeitos ativo (autor) e passivo (réu), a quem e em face do qual respeita o poder de agir; a causa da ação (*causa petendi*), isto é, um estado de fato e de direito que é a razão pela qual respeita uma ação, e que habitualmente se divide, à sua vez, em dois elementos: uma relação jurídica e um estado de fato contrário ao direito; e por fim o objeto, isto é, o efeito ao qual tende o poder de agir, aquilo que se demanda (*petitum*).

Aquilo que imediatamente se pede é a atuação da lei (condenação, declaração, constituição), ou seja, o *petitum* imediato. Aquilo cuja obtenção é coordenada à atuação da lei (o bem da vida), diz-se objeto mediato da ação (*petitum mediato*)²². Em resumo: *partes, causa de pedir e pedido*.

²²Chiovenda G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, 2ª, Napoli, 1960, p. 27; Id, *Principii*, cit., p. 63.

Para que haja diversidade entre duas demandas basta que não haja identidade entre um destes elementos. Façamos uma análise de cada qual.

a) *partium*

A pertinência *subjetiva* de uma demanda concerne ao sujeito ativo que demanda e ao sujeito passivo em face de quem se demanda.

A princípio os sujeitos da demanda devem ser titulares da relação jurídica de direito material, daí porque se fala em identidade entre os titulares do direito de ação e os titulares da relação jurídica material²³. Nesta hipótese, as partes postulam *direito próprio em nome próprio*.

Mas a lei pode excepcionar essa identidade, possibilitando que em algumas situações substanciais o substituto processual postule *em nome próprio*, porém defendendo *direito alheio*²⁴. Imagine-se, neste último caso,

²³ Neste sentido, Proto Pisani, Dell'esercizio dell'azione, *nel* Commentario del Codice de Procedura Civile [diretto da Enrico Allorio], I, 2, Torino, 1973, p. 1.048/1051.

²⁴ Art. 6º do CPC: "Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei". Não são poucas as hipóteses em que a lei brasileira se vale da figura do substituto processual, e só para exemplificar poderíamos fazer referência aos casos em que o Ministério Público age no processo civil como tal: na ação civil pública para tutela dos interesses metaindividuais do meio ambiente, do consumidor, etc - cf. art. 5º, da Lei nº 7.347/85; art. 82, I, da Lei nº 8.078/90. Mas não só ao Ministério Público, como também, à União, aos Estados, aos Municípios e, ainda, às Associações legalmente constituídas que incluam em seus fins institucionais a defesa daqueles interesses e direitos chamados difusos e coletivos. No âmbito dos chamados direitos individuais indisponíveis, também o *parquet* é legitimado a exercer a titularidade da demanda como substituto processual - v.g. na propositura de ação de investigação de paternidade - cf. Lei nº 8.560/92, art. 2º, p. 4º. Há também casos clássicos em que a parte postula em nome próprio, direito próprio e também alheio, quando a hipótese substancial seja típica de litisconsórcio facultativo unitário, como na ação reivindicatória do condomínio, quando proposta por um dos condôminos; na ação de anulação de deliberação

quando por exemplo a demanda proposta pelo substituto processual é julgada fundada. Como os efeitos da coisa julgada são *ultra partes*, beneficiam os substituídos que não fizeram parte do processo, não havendo obviamente interesse para a propositura de uma segunda demanda por qualquer substituído. Mas se é considerada infundada, por falta de provas, sucede a chamada *coisa julgada secundum eventum litis*, pelo que nada impede a repropositura da mesma “lide” por um dos substituídos na “lide” anterior, sem que haja aí variação de *eadem personae*, pois em uma tal situação não há coisa julgada.

Ainda no âmbito da substituição processual, quando há alienação do direito litigioso no curso do processo, o alienante ou o cessionário - exceto se a parte contrária consentir na modificação de parte - continuam como parte no processo, face ao princípio segundo o qual a lei deve atuar como se estivesse resolvendo a lide no momento da propositura da ação²⁵.

Considere-se, ainda, as hipóteses de sucessão de partes no processo, tal como se dá com o espólio em relação a morte da parte originária na relação processual. Aqui não há variação de parte, em sentido processual, pois a “lide” continua a mesma e seria mesmo estranho que tal sucessão não fosse

societária, proposta por um dos acionistas; na ação de cumprimento da obrigação, proposta por um dos credores solidários, etc.

²⁵ Chiovenda, Instituições, I, cit., p. 235. O art. 42 do CPC brasileiro é enfático: “A alienação da coisa ou do direito litigioso, a título particular, por ato entre vivos, não altera a legitimidade das partes.” Somente com o consentimento da parte contrária é que se admite a modificação da parte alienante pelo adquirente ou pelo cessionário. É o que vem disposto no parágrafo 1º da norma citada. Se não houver o consentimento, mantem-se as partes originárias da “lide”, permitindo-se, contudo, que o adquirente ou o cessionário intervenham como assistente litisconsorcial. De qualquer sorte, os efeitos da sentença se estendem, além das partes originárias, também para o adquirente ou o cessionário.

permitida. A modificação que se dá é só no plano da titularidade do direito material - princípio da *saisine* do direito francês²⁶ - devendo guardar, por ilação lógica, aquela identidade supra referida com a titularidade do direito de ação. Esta é uma das exceções legais consentidas para a modificação voluntária de parte no curso do processo²⁷.

b) *causa petendi*

A *causa de pedir*, à sua vez, tem como elementos²⁸ o fato (causa de pedir remota) e o fundamento jurídico (causa de pedir próxima). A causa de pedir remota decompõe-se no fato constitutivo do direito e no fato contrário à esse mesmo direito. A causa de pedir próxima consubstancia-se nos fundamentos jurídicos do pedido, ou seja, na relação jurídica existente (*rapporto giuridico*) e no direito (*diritto*) afirmado pelo parte²⁹.

²⁶ Acolhido pelo art. 1.572 do Código Civil Brasileiro, *verbis*: “Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

²⁷ Cf. art. 41 do CPC : “Sé é permitida, no curso do processo, a substituição voluntária das partes nos casos expostos em lei”.

²⁸ José Ignácio Botelho de Mesquita tem interessante classificação dos elementos da causa de pedir: “ a) o direito afirmado pelo autor e a relação jurídica de que esse direito se origina; b) os fatos constitutivos daquele direito e dessa relação jurídica; c) o fato (normalmente do réu) que torna necessária a via judicial e , por isso, faz surgir o interesse de agir, ou interesse processual”, Conteúdo da causa de pedir, *in* RT 564/49.

²⁹ Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, 5ª, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 142 e 184/186. Para Chiovenda, *Instituições*, cit., pp. 64 e 489 ss., a causa de pedir é um estado de fato e de direito, que à sua vez se cinde, *habitualmente*, em dois elementos : uma *relação jurídica* e um *estado de fato contrário ao direito*. As expressões “*rapporto giuridico*” e “*affermazione di diritto*” são influência da teoria da individualização da causa de pedir a qual se filiavam Chiovenda, Carnelutti e Betti, enquanto que “*i fatti giuridici o l’insieme dei fatti giuridici*” relacionam-se com a teoria da substanciação da causa de pedir, adotada por Zanzucchi, Calamandrei, Liebman, Satta, Andrioli e Redenti.

O fato constitutivo principal (essencial) não se confunde com os fatos secundários. No dizer de Liebman, “as simples circunstâncias e fatos secundários não são relevantes por si mesmos, mas somente enquanto concorram a compor um determinado fato jurídico principal e, não obstante este permaneça inalterado, possam inclusive variar, sem por isso modificar a *causa petendi*.”³⁰ E prossegue o Maestro : “O mesmo se pode dizer das normas jurídicas as quais o autor faz referência na demanda: o *nomem juris* pode variar e cabe ao juiz em qualquer caso a qualificação jurídica da relação deduzida em juízo, desde que o fato jurídico continue o mesmo”³¹.

De fato, quanto aos fundamentos jurídicos diz-se que a qualificação jurídica dada pela parte não importa em modificação da demanda, consoante os princípios “da mihi factum dabo tibi ius” e “jura novit curia”. Importa salientar que a demanda não exige fórmulas sacramentais, desde que o pedido decorra logicamente da causa de pedir remota.

Seguindo o mesmo raciocínio, se a parte qualifica juridicamente a causa de pedir remota erroneamente, como por exemplo em uma ação anulatória de contrato de compra e venda em virtude de *dolo* quando na verdade o que houve foi *erro*, nada impede que o juiz ao sentenciar requalifique o fato, julgando procedente o pedido, sem que tenha havido variação da causa de pedir. Aqui, entretanto poderia parecer que

³⁰ Manuale, cit., p. 185.

³¹ Idem, ibidem.

estariamos a dissentir da opinião de Liebman, mas tal se dá apenas no plano da aparência.

É porque Liebman, coerente com a teoria da substanciação da causa de pedir, mencionou que em uma ação constitutiva negativa de um contrato, caso se fizesse “valer o dolo como vício do consenso”, não haveria mudança da causa de pedir quando se alegasse em “momentos diversos circunstâncias diferentes, como elementos que deveriam concorrer a integrar a figura do dolo”; ao contrário, haveria mudança de causa de pedir quando se alegasse “a coação ou o erro.”³²

Quando dizemos que o juiz pode requalificar juridicamente o fato alegado, estamos no plano dos *significados* atribuídos diversamente pela parte e pelo juiz *ao mesmo objeto*, vale dizer não há modificação no *sucesso histórico*, apenas discordância quanto ao *nomem iuris*. O autor alegou erro, pensando que se tratava de dolo. É óbvio que se equívoco quanto a qualificação jurídica não houvesse, e o juiz, entendendo não provado o dolo mas provado o erro não alegado, julgasse fundada a demanda por este motivo, estaria incorrendo em vício de *extra petita*, face à indevida modificação da *causa petendi*.

Da mesma forma, se a parte pede a restituição da coisa, com base em um contrato (*equivocadamente nominado como*) de *locação* por prazo indeterminado, cujo prazo de notificação para desocupação não foi obedecido, nada impede que o juiz julgue procedente o pedido qualificando (*correta e*)

³² Idem, p. 186.

juridicamente o contrato como de *comodato* : aqui também não haveria variação da causa de pedir remota, na medida em que as conseqüências jurídicas quanto ao bem da vida permaneceriam incólumes.

Em conclusão, a *causa de pedir* como elemento da demanda é subdividida em *próxima* (fundamentação de direito = fundamentação jurídica e fundamentação legal) e *remota* (fundamentação de fato). A causa de pedir *remota* contém o *fato constitutivo do vínculo* (também denominado fato essencial) e o *fato lesivo* (contrário) ao direito afirmado. A causa de pedir *próxima* é composta da *relação jurídica* que vincula as partes e da *afirmação do direito*. Assim, o direito afirmado decorre do fato lesivo e a relação jurídica decorre do fato constitutivo.

c) *petitum*

Agora, o *pedido*. Antes de mais nada é de ser sublinhado que o pedido vem identificado pela causa de pedir, seja pelo fato ou complexo de fatos, seja pelo fundamento jurídico derivante daquele fato ou complexo de fatos.³³

A identificação do pedido é de suma importância na medida em que, sendo a pretensão processual, constitui o objeto do processo, o mérito da causa, ao passo que “a defesa do réu pode ampliar a matéria lógica a ser examinada pelo juiz, mas não altera os contornos daquele objeto”.³⁴

³³ Cf. Milton Paulo de Carvalho, *Do pedido no processo civil*, Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor, 1992, p. 95.

³⁴ Idem, *ibidem*, p. 123.

Valemo-nos de Milton Paulo de Carvalho quando discorre sobre a identificação do pedido, asseverando que para tanto há vários critérios que se utilizam dos seus elementos e do seu fundamento : *“O primeiro critério é o do elemento-efeito, ou de atendimento mediato, que como se sabe é o bem jurídico-material pretendido. Exemplo seria este: o vendedor que não recebeu o preço, estando a coisa já em poder do comprador, pede a condenação deste ao pagamento, ou a condenação à restituição da coisa. O que possibilitou a identificação foi o bem da vida pretendido. O segundo critério será o da apreciação do elemento condicionante, conhecido como objeto mediato, qual o da natureza do provimento jurisdicional invocado. É elemento que concorre em menor escala do que o anterior para determinar o pedido. Exemplo: alguém pode intentar demanda constitutivo-negativa a respeito de certa relação jurídica, ou intentar pedido meramente declaratório a respeito da mesma relação jurídica; o que predominou na diversificação dos pedidos foi o elemento condicionante. O terceiro critério é o da utilização do fundamento, ou causa de pedir, que surge quando não bastem os elementos do pedido para a identificação deste. Exemplo : o cônjuge pode pedir a separação ou por adultério ou por sevícia (o mesmo objeto imediato, o mesmo objeto mediato, causa de pedir diversa). Quando o critério é o do exame da causa de pedir, cabe verificar se a identificação se faz pela causa próxima ou pela causa remota... .. presente, entretanto, a advertência de Lent, de que ‘o limite entre as variações do fato que não alteram o objeto litigioso e aquelas*

que o provocam não é simples de estabelecer-se, nem seguro”. E prossegue o autor: *“Se assim é para quem adota a tese do perfezionamento della teoria dell’individuazione, que alia ao direito afirmado a necessária alegação do fato produtivo do efeito jurídico pretendido, muito maior envergadura se exigirá para a solução das dificuldades que surgem na adequação do fato à hipótese do direito objetivo, num sistema em que a relação jurídica não é afirmada, mas deduzida. Aqui se trata de examinar a identidade dos fatos e a sua relevância para a qualificação jurídica, pois, no tocante à primeira exigência, ‘para que haja identidade de causa petendi é necessário que haja identidade de todos os elementos de fato dos quais decorrem os efeitos jurídicos pretendidos em uma ação. Basta a existência de uma única discrepância para excluir a possibilidade de reconhecimento da entidade.”*³⁵

Além destas teorias sobre a identificação da demanda, ressuma importante tecer considerações sobre as teorias que se formaram sobre o objeto do processo.³⁶

2.1.3 Objeto (litigioso) do processo : as teorias da individualização e da substanciação.

Com o advento do ZPO alemão de 1879, questionou-se a abolição do princípio da eventualidade, tradicional no

³⁵ Idem, ibidem, p. 99.

³⁶ A doutrina brasileira vem seguidamente fazendo críticas ao uso das expressões “objeto do processo” e “objeto litigioso do processo” como sinônimas, quando na realidade teriam significados diversos - cf. Sydney Sanches. Objeto do processo e objeto litigioso do processo, Ajuris 16/133 ss. e Dinamarco, nota 6 na tradução do Manual de Liebman, p. 12. A origem da expressão vem do alemão Streitgegenstand.

processo civil germânico, a partir de uma interpretação do § 230, segundo o qual “A *petição inicial deve conter ... a precisa indicação do objeto e do fundamento da pretensão deduzida, além de um pedido determinado*”.³⁷

Sendo o princípio da eventualidade (*Eventualmaxime*) determinante de rigorosa preclusão para o caso de não dedução de *todos* os fatos constitutivos do direito pelo autor - inclusive para *todas* as defesas do réu - na fase postulatória, e entendendo-se que não mais estaria albergado pelo ordenamento jurídico processual, vislumbrou-se, em especial para as *ações ditas reais*, que a parte não mais necessitaria aduzir os *fatos constitutivos* (o título) do direito, bastando a dedução da *relação jurídica* na demanda. A tal propósito se enunciou a *teoria da individualização*.

Em contraposição, havia na doutrina quem sustentasse que o conteúdo mínimo da demanda exigia a exposição dos *fatos constitutivos* - *teoria da substanciação*.

Observa-se facilmente que a controvérsia, embora tivesse se estendido também às chamadas ações obrigacionais, guardava maior nexo quanto às ações reais, quando se discutia a necessidade de se narrar na demanda, além da simples afirmativa da propriedade, uma determinada causa de aquisição.³⁸

Verifica-se, também, que para a teoria da individualização o objeto (litigioso) do processo atém-se só -

Para os fins deste trabalho, limitamo-nos a dizer que objeto (litigioso) do processo diz respeito às questões de mérito abrangidas pela coisa julgada material.

³⁷ José R. Cruz e Tucci, op. cit., p. 75.

³⁸ Tucci, p. 77.

ou prevalentemente - ao *direito*, enquanto que para a teoria da substanciação resume-se ao *fato*.

E as consequências dessas teorias para o tema aqui versado são de curial importância, na medida em que a adoção de uma ou outra implica na diversa consideração do cúmulo de demandas e da alterabilidade da demanda.³⁹

2.1.4 Objeto do processo : teorias ecléticas.

A propósito das teorias da individualização e da substanciação, uma autorizada doutrina tem preconizado pelo excesso radicalismo tanto de uma quanto de outra.

É bem verdade que uma e outra foram alvo de teorias variantes ao longo do tempo.⁴⁰

Lent é da opinião de que convém acolher a *teoria da individualização aperfeiçoada* - em relação a teoria antiga - no sentido que para determinar-se o objeto do processo é necessário não só a afirmação da relação jurídica, mas também a alegação do fato produtivo do efeito jurídico afirmado.⁴¹

Ovídio Baptista, após criticar o radicalismo das duas teorias, inicialmente articuladas, também é do entendimento que “*nem a irrelevância absoluta e nem a completa relevância dos fatos*” podem ser consideradas para efeito de identificação da demanda.

³⁹ Como já ressaltado no texto, além, evidentemente, das considerações atinentes à litispendência e à coisa julgada.

⁴⁰ A propósito da teoria da substanciação, cf. Karl Heiz Schwab, *La teoria dell'oggetto del processo nell'attuale dottrina tedesca*, in *Studi in onore di Antonio Segni*, 1967, IV, p. 313 ss. Sobre a teoria da individualização, cf. Lent, *Diritto processuale civile tedesco* [traduzione di Edoardo F. Ricci], Napoli, Morano, 1962, p. 160, 162.

2.1.5 Identificação da causa de pedir : demandas autodeterminadas e heterodeterminadas.

É interessante, a este ponto, citar uma conhecida pesquisa desenvolvida por Cerino Canova⁴² sobre o tema, quando evidenciou o bem da vida, teorizando um outro critério para a identificação das ações: ações autodeterminadas e ações heterodeterminadas. Para as primeiras, “o bem jurídico formador do objeto da demanda é por sua natureza individualizável na sua essência, independentemente das causas que lhe determinam o requerimento”; enquanto nas segundas “o bem requerido não é determinável na sua essência e adquire essa determinabilidade... só mediante conexão com a causa adotada como sustentação da pretensão.”.

Neste sentido, Cerino Canova pretendeu fazer uma diversa distinção entre *petitum* e *causa petendi*, na tentativa de superar aquele antigo problema da definição de *causa petendi* supra descrita.

Em outras palavras do mesmo autor “Ações autodeterminadas são aquelas que exaurem o conteúdo mínimo e suficiente delas na indicação do tipo de tutela invocada - declaração, condenação, constituição -, dos sujeitos e do efeito jurídico pretendido (direitos absolutos e direitos reais de gozo, os direitos de crédito a uma prestação específica). Ações heterodeterminadas são aquelas que vêm completadas pelo acontecimento histórico gerador da situação feita valer: e são

⁴¹ Diritto processuale civile tedesco, cit., p. 162.

⁴² Cerino Canova A., *La domanda*, cit., p. 227.

precisamente as ações relativas aos direitos reais de garantia e aos créditos por prestações genéricas”⁴³.

2.1.6 Relevos conclusivos.

Para encerrar este tópico convém fazer referência à opinião de Satta⁴⁴, para o qual a identificação da demanda seria, talvez, um problema insolúvel em abstrato, diante da “concepção estritamente negocial da ação, posta em conexão com o direito que se faz valer, e avulsa daquela que é a sua função e a sua inserção no processo”.

Poder-se-ia, como visto, decompor a demanda em três elementos: sujeitos, *petitum* e *causa petendi*.

Porém este critério de identificação não tem dado bons resultados, sobretudo quanto a noção de *causa petendi*, onde se fixou uma autorizada e polêmica doutrina alemã do *Streitgegenstand*, da qual ressumam as teorias da individualização e da substanciação⁴⁵. A primeira, como já dito, requerendo a só indicação do fundamento e das razões da ação; a segunda, mais rigorosa, requerendo também a indicação do fato constitutivo do direito feito valer em juízo.

O próprio Chiovenda viu com muito ceticismo as duas teorias, na medida em que possam coincidir.⁴⁶ Em verdade, a diferença seria entre direito real e direito pessoal.⁴⁷

⁴³Idem, p. 223.

⁴⁴Satta S., *Diritto processuale civile (voce domanda giudiziale)*, 'in' *Enciclopedia del diritto*, XIII, p. 823 ss.

⁴⁵Satta S., cit., p. 824; Tarzia G., *Recenti*, cit., p. 266 ss.; Cappelletti M., *La testimonianza*, cit., p. 329, nota 19, e Cerino Canova A., *La domanda*, cit., p. 44 ss.

⁴⁶Satta S., *Domanda giudiziale*, cit., p. 824.

⁴⁷Idem, ibidem.

Para que se tenha noção de como a questão possa ainda estar em aberto, vejamos a tese de Proto Pisani, segundo o qual é “insustentável” a solução da jurisprudência italiana - quando se parta da clássica contraposição entre as teorias da individualização e da substanciação -, ao não discrepar do entendimento que “*as demandas relativas aos direitos reais se identificam exclusivamente pelo direito deduzido (independentemente do título aquisitivo), enquanto as demandas relativas aos direitos obrigacionais são identificados pela relação jurídica e pelos fatos constitutivos dessa relação.*”⁴⁸

Para Proto Pisani, tal entendimento poderia ser em grande parte aceito desde que: “*a) relativamente aos direitos obrigacionais coincida com a nossa definição de pedido e causa de pedir : **petitum** é o direito obrigacional deduzido em juízo, **causa petendi** é o complexo dos elementos (de fato e eventualmente também de direito) constitutivos do caso concreto do qual o direito deriva; b) com referência aos direitos reais, os únicos fatos juridicamente relevantes dos direitos reais são os chamados títulos de aquisição originária, enquanto os títulos de aquisição derivada são fatos simples cuja mudança não constitui mudança da **causa petendi**; portanto as demandas relativas aos direitos reais são assim identificadas : **petitum** é o direito real deduzido em juízo, **causa petendi** é o título de aquisição a título originário: a simples passagem de um título de aquisição originário à outro (da usucapião à comistão ou à invenção, etc.) constitui*

⁴⁸ Dell'esercizio dell'azione, cit., p. 1063-1065.

mudança da causa petendi, mudança que portanto pode ocorrer também com referência às chamadas ações reais; a doutrina e a jurisprudência não têm advertido esta possibilidade, provavelmente porque se trata de uma hipótese eminentemente teórica, uma vez que entre os vários títulos de aquisição a título originário dos direitos reais somente a usucapião tem relevância prática.”⁴⁹

Seja como for, o direito brasileiro adotou expressamente a teoria dos *tria eadem*, como facilmente se infere do § 2º, do art. 301 do CPC : “*Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.*” E será, portanto, a partir da tríplice identidade que iremos desenvolver o princípio da congruência entre a demanda e a sentença⁵⁰.

2.2 Princípio da demanda.

Segundo o artigo 2º do CPC, “*Nenhum juiz prestará tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais*”.

Em conformidade com este preceito normativo o exercício do poder jurisdicional é subordinado à iniciativa de um sujeito estranho à mesma atividade jurisdicional, sendo a sua atividade limitada à demanda e à exceção explicitadas

⁴⁹ Idem, ibidem.

⁵⁰ Não sem levarmos em consideração que o *tria eadem* não é suficiente para explicar os limites objetivos da coisa julgada e, em certa medida, a indetificação de ações concorrentes, quando então a teoria da identidade da relação jurídica parece dar bons resultados. Cfr. José Rogério Tucci, op. cit., p. 181-183, que, todavia, parece confundir cúmulo alternativo subsidiário e concurso de ações.

pelas partes, exceto quando a própria lei permita que pronuncie de ofício.⁵¹

Sob a ‘battuta’ de Allorio⁵², pode-se encontrar uma notável exposição sobre a questão por Proto Pisani, no sentido de que é precisamente neste momento o fundamento do fenômeno processual, onde o requerimento de parte tem a função insubstituível de fixar o *thema decidendum*⁵³, que é

⁵¹ Na doutrina italiana houve uma crítica, porque o princípio da demanda seria duplamente previsto na lei, ou seja, nos artigos 99 do CPC e 2.907 do Código Civil italiano, e talvez na interpretação entre eles haveria uma dúvida; cf. Grasso, cit., p. 1.049; e também, Satta, *Domanda*, cit., p. 816. De fato, o exercício do poder jurisdicional é subordinado à demanda de um sujeito estranho à mesma atividade jurisdicional, e portanto o artigo 99 do C.P.C. é visto do ângulo da parte. Ao invés, o artigo 112 do C.P.C. é visto do ponto de vista do juiz, porque a sua atividade é limitada à demanda e à exceção explicitadas pelas partes. Ao mister, necessário é distinguir-se entre o princípio da demanda e o princípio da normal correlação entre titularidade do direito material deduzido e titularidade do direito de ação. E, também, é necessário colocar sobre planos diversos quando o juiz age a requerimento do Ministério Público ou de ofício. Assim, enquanto a regra geral e mais ampla é aquela da demanda, ou seja o juiz age a requerimento de parte estranha à jurisdição, a sua exceção é o próprio juiz agir de ofício. Acontece que o artigo 2.907 do Código Civil italiano, estabelece que à tutela jurisdicional dos direitos provê a autoridade judiciária a requerimento de parte (art. 99 do C.P.C) e, quando a lei o dispõe, também a requerimento do Ministério Público (artigos 67, 85, p. 2º, 102, p. 5º, 117, 119, 125, 308, 336, 417, 418, 848, do Código Civil; 69, do Código de Processo Civil; 78, p. 1º, da lei de invenções; 59, da lei de marcas) ou de ofício (artigo 6º, da lei de falências). Quando acontece uma substituição processual, como por exemplo nas hipóteses em que o Ministério Público exercita a ação civil, sucede uma exceção ao princípio da normal correlação entre titularidade do direito material e titularidade do direito de ação, porém, não ao princípio da demanda, que remanesce respeitado. Portanto, o princípio da demanda é de um alcance mais genérico, diante do princípio da normal correlação entre a titularidade do direito material e a titularidade do direito de ação, porque permanece respeitado, inclusive na hipótese de exceção à este último princípio - cf. Proto Pisani ^a, *Commentario*, cit, p. 1048/1051. Também no direito brasileiro a lei dispõe expressamente quando o Ministério Público exercita a “ação”, com fundamento nos artigos 127 “caput” e 129, III e IV da Constituição Federal e nos artigos 6º e 81 do CPC; quanto às inúmeras hipóteses legais, v., por todos, Nelson Nery Jr., *Código de Processo Civil Comentado*, 2ª, São Paulo, RT, art. 81, p. 466-471, notas 7 a 15. No que concerne às hipóteses legais onde o juiz pode agir de ofício pode-se dizer que são restritas no ordenamento : falência (DL 7661/45, art. 162), inventário, exibição de testamento, arrecadação de bens de herança jacente (arts. 989, 1129, 1142, 1160 do CPC), e execução de sentença no processo trabalhista (Consolidação das Leis do Trabalho, art. 878).

⁵² Proto Pisani A., *Commentario del Codice di Procedura Civile diretto da E. Allorio*, I, 2, cit., sub art. 99, p. 1.046 ss.

⁵³ No mesmo sentido, Grasso E., *Commentario del Codice di Procedura Civile diretto da E. Allorio*, I, 2, cit., sub art. 112, p. 1.254 ss.

atuado pelo princípio da congruência, como se verá mais adiante⁵⁴.

O princípio da demanda seria a investidura moderna do brocardo “*nemo iudex sine actore*” e constituiria um limite (do ponto de vista do juiz) e uma condição (do ponto de vista da parte) da jurisdição⁵⁵.

A sua razão residiria na exigência de imparcialidade do juiz, sendo controvertido na doutrina se é ou não essência da jurisdição⁵⁶, no sentido que teria um nexo de condicionamento entre exercício da jurisdição e iniciativa de parte estranha à esta mesma jurisdição.

Permanece aqui a antiga, porém sempre atual, discussão entre sistema privatístico ou publicístico do processo civil, segundo o juiz tenha poderes oficiosos mais ou menos amplos.

Por outro lado, segundo uma conhecida pesquisa de Grasso⁵⁷, exceções de *iure condito* ao princípio da demanda seriam a jurisdição voluntária e a lei de falências, quando ali possa o juiz agir de ofício.

De qualquer maneira, conforme Proto Pisani, seria de excluir-se a derrogação ao princípio, quanto aos poderes do juiz de relevação e interpretação da norma jurídica, de introdução dos chamados fatos secundários no processo ou de relevar de ofício o defeito de um pressuposto processual⁵⁸. Isso porque, enquanto a demanda respeita a tutela jurisdicional, aqueles respeitam a técnica do processo, segundo uma

⁵⁴ V. infra .

⁵⁵ Idem, ibidem.

⁵⁶ Idem, p. 1.052.

⁵⁷ Grasso E., *La pronuncia d'ufficio*, I, Milano, 1967, p. 207.

⁵⁸ Proto Pisani A., *Commentario*, cit., p. 1.054.

conhecida distinção feita por Carnacini, deixando subentendido que a regra de congruência diga respeito a essa última.

Nas sempre claras páginas de Liebman⁵⁹, encontra-se em poucas palavras tudo aquilo que estamos procurando explicar e, precisamente quando o Maestro afirma textualmente sobre o princípio da demanda como um ônus e um direito da parte, diz enfaticamente que “é essa a regra fundamental que fixa a relação entre as pessoas e a função jurisdicional: os juízes não agem e não decidem por iniciativa própria, mas somente a requerimento da parte interessada ou, nos raros casos previstos pela lei, também a requerimento do Ministério Público... *nemo iudex sine actore, ne procedat ex officio*”. E continua o Maestro, “a regra vale não só para o início do processo, mas também para todo o seu curso...de modo que o juiz não pode pronunciar além os limites da demanda, nem sobre exceções que possam ser propostas exclusivamente pelas partes (princípio da congruência)”.

Essas palavras vêm somente confirmar a incidência do princípio da demanda com o princípio da congruência, pois enquanto o primeiro atua no âmbito da tutela jurisdicional, o segundo atua no âmbito da técnica do processo.

Pois, como dizia Liebman⁶⁰, tanto o direito de agir quanto a incindível defesa são garantias constitucionais do cidadão, o que encontra confirmação também no direito brasileiro.⁶¹

⁵⁹ Liebman E. T., *Manuale di diritto processuale civile*, I, 5a., Milano, 1992, p. 135 ss.

⁶⁰ Liebman E. T., *Manuale*, I, cit. p. 137, fazendo referência aos parágrafos 1º e 2º do art. 24 da Constituição italiana.

⁶¹ Cf. art. 5º, XXXV e LV, da Constituição Federal.

A este ponto, parece necessário desenvolver o princípio do contraditório.

3.PRINCÍPIOS DERIVADOS DO PRINCÍPIO DA DEMANDA

3.1 Princípio do contraditório

Dito princípio visto pela doutrina tradicional era considerado somente do ponto de vista da tutela jurisdicional, e pois sobre o plano estrutural, significava somente que o requerido fosse posto em condições de contraditar a demanda, mas não que devesse fazê-lo de modo efetivo⁶².

Ainda, sobre o plano funcional teria uma dúplici função, ou seja garantir a igualdade entre as partes e a satisfação do interesse público para a verificação da verdade e a realização da justiça⁶³.

Mas é precisamente sobre o perfil funcional do princípio do contraditório que existe uma discrepância, conforme Proto Pisani, uma vez comparado com o plano estrutural⁶⁴.

De fato, a estrutura enquanto garante a igualdade das partes, não consegue fazê-lo quanto ao encontro da verdade e

⁶² Proto Pisani A., *Commentario*, cit. sub art. 101, p. 1.085.

⁶³ Idem, *ibidem*.

⁶⁴ Idem, *ibidem*.

da realização da justiça⁶⁵. Estas dependem da efetividade e não da possibilidade do contraditório.

Assegurando-se somente a igualdade das partes no processo, atingir-se-ia unicamente a paz jurídica entre as partes, ficando à margem a verdade e a justiça ideal⁶⁶. Estas só ocorreriam no processo se, além do princípio do contraditório - até agora restrito à tutela jurisdicional -, também fosse observado o princípio da chamada colaboração entre o juiz e as partes⁶⁷, já no plano da técnica processual.

Segundo Proto Pisani, muito de verdadeiro haveria na crítica desenvolvida por Grasso, embora o princípio do contraditório estendido à técnica do processo permaneceria evoluído sem necessidade de mudar o nome⁶⁸.

Conforme Proto Pisani⁶⁹, o contraditório tem sido reconhecido a nível não de mera forma, mas de efetividade para todo o curso do processo, superando definitivamente aquela discrepância entre estrutura e função.

O princípio do contraditório, ao determinar que a parte contrária seja regularmente citada ou intimada da demanda proposta, refere-se também ao curso do procedimento.

⁶⁵ Idem, ibidem.

⁶⁶ Idem, p. 1.086.

⁶⁷ Grasso E., *La collaborazione nel processo civile*, 'in' Riv. dir. civ., 1966, p. 580 ss.

⁶⁸ Proto Pisani A., *Commentario*, cit., p. 1.086. É neste sentido que mais adiante será melhor desenvolvida a chamada colaboração entre o juiz e as partes.

⁶⁹ Idem, p. 1.087. Com a entrada em vigor da Constituição Republicana, alguns anos após o vigente Código de Processo Civil italiano, a relação entre o art. 24, § 2º, da Carta Magna e o art. 101 do C.P.C., assumiu para a chamada *função concretizadora* da Corte Constitucional um papel não de mera defesa, mas de efetiva igualdade, diante do alcance do art. 3º da Constituição italiana.

O que até fora dito não leva em consideração uma evolução do princípio: a chamada colaboração entre o juiz e as partes.

Entendido, antes de tudo, como concepção moderna do princípio do contraditório, atuado também no curso do processo civil, ou seja no âmbito da técnica processual, interessante a análise desenvolvida por Tommaseo quando evocou a colaboração entre o juiz e as partes na determinação do objeto do processo⁷⁰.

O juiz onde possa (e deva) determinar às partes os esclarecimentos necessários, sobretudo para as questões releváveis de ofício, oportunos à direção e instrução da causa, não pode omití-los.

A clara individualização do efeito jurídico, ou do pedido mediato da demanda, com a individualização da causa de pedir e dos pedidos mediato e imediato da demanda, são ônus das partes.

Não se pode concordar com a chamada “*clausula salutaris*” do direito comum intermédio, onde as partes requeriam genericamente ao juiz a medida que fosse mais adequada ao caso concreto - ao menos enquanto se tenha como categoria diversa da máxima de Chiovenda, acerca da tutela jurisdicional adequada -, ainda que naquela época vigessem o princípio da demanda e seus corolários.

⁷⁰ Tommaseo F., *I provvedimenti*, cit., p. 313; v. supra nota 7. O conhecido estudo de Tommaseo refere-se à aplicabilidade do art. 183, § 3º do CPC, ao processo cautelar, e sobretudo “àquelas hipóteses nas quais o recorrente se abstenha de indicar o preciso conteúdo da medida requerida”.

Aonde o juiz não reconheça individualizada a demanda, seja na causa de pedir, seja no objeto ou pedido mediato e imediato, *initio litis* deve determinar aqueles esclarecimentos ou rejeitar a demanda.⁷¹

De qualquer maneira, a parte requerente tem a possibilidade de conformar a sua pretensão antes do provimento negativo, e é precisamente aqui que atua o princípio do contraditório evoluído, segundo a terminologia de Proto Pisani.

Num conhecido escrito, Grasso⁷² desenvolveu uma investigação sobre a questão, que parece acolhido em suas linhas gerais pela doutrina⁷³, quando evocou o aforisma de Bulgaro, segundo o qual “*iudicium est actus ad minus trium*

⁷¹ No direito brasileiro, rigorosamente marcado pelos princípios da eventualidade e da inalterabilidade da demanda, não há uma norma similar a dimensão do art. 183 §§ 3º, 4º e 5º do código de processo civil italiano. Todavia pensamos que um esforço de interpretação se possa fazer diante dos artigos 264, 284, 295, p. único, I a IV, e 331, § 2º do CPC. Por outro lado, é bom que se frise, mesmo o direito italiano era muito mais amplo, e agora com a reforma havida em 1990, especialmente aos artigos 183 (modificação da demanda sujeita, agora, a autorização do juiz) e 184 (impossibilidade de modificação da demanda após a primeira audiência de preparação da causa) do código, contém exceções de alcance limitado quanto à imutabilidade da demanda. Como asseverou Giuseppe Tarzia “*Introduz-se, portanto, a delicada distinção entre precisão - livre - e modificação, sujeita a autorização*”, e citando Oriani “*reconhecendo ele duvidosos os caracteres distintivos entre precisão e modificação de uma demanda, vislumbra a possibilidade em reconhecer à precisão uma diversa qualificação da demanda proposta (prescrição ou decadência) enquanto ‘modificação se tem, ao contrário, quando permanece um núcleo de fatos históricos e se lhe acrescentam outros’*. Aqui se coloca, de outra parte, o ulterior problema em distinguir a ‘modificação da demanda’ da proposição de uma demanda nova” - cf. Lineamenti del nuovo processo di cognizione, Milano, Giuffrè, 1991, pp.89-90 e nota 49. Mas de qualquer forma, separem-se bem as coisas - a colaboração entre o juiz e as partes permanece em respeito ao contraditório e aos fins da determinação definitiva do objeto do processo, embora não nos termos esperados, cf. Tarzia, op. cit., p. 88 - pois as restrições decorrentes da reforma dizem respeito a uma maior celeridade do processo, através da racionalização da fase postulatória e restauração do princípio da eventualidade, até então relegado em ‘homenagem ao anterior sistema’ (cf. José Rogério Tucci, Diretrizes do novo processo civil italiano, ‘in’ Devido processo legal e tutela jurisdicional, São Paulo, RT, 1993, p. 219/220).

⁷² Grasso E., *La collaborazione*, cit. p. 580 ss.

⁷³ Proto Pisani A., *Commentario*, cit. p. 580 ss.

personarum: actoris intendentis, rei intentionem evitantis, iudicis in medio cognoscentis".

A colaboração não é restrita à mera seqüência dos atos processuais, mas alguma coisa a mais "sugerida por uma pluralidade de pessoas operantes contemporaneamente com o propósito de obter um resultado de síntese, que não pode ser atingido por um só indivíduo"⁷⁴.

De fato, com a *postulatio* se inicia o diálogo entre o juiz e as partes, que permanece em todo o curso do procedimento, e que à sua vez não pode ser visto como uma "competição" ou um "jogo", na conhecida crítica feita por Calamandrei⁷⁵.

Se por um lado a jurisprudência tem-se valido de amplos poderes discricionários no caso de demandas genéricas e obscuras, por outro e de modo paradoxal, tem-se negado daqueles mesmos poderes no caso de demandas em que a parte tenha minuciosamente indicado os seus termos, segundo uma precisa observação de Tommaseo⁷⁶.

As partes servem-se do processo como instrumento, porém o processo tem suas próprias exigências, e não é um fim em si mesmo, nem mesmo um meio a ser utilizado por lacunosas demandas.

O princípio do contraditório entendido no sentido da colaboração, permite a efetiva igualdade das partes no processo, possibilitando ao juiz de submeter-lhes não só aquelas questões releváveis de ofício, mas também as questões não alegadas que estariam inseridas no monopólio de parte,

⁷⁴ Grasso E., *La collaborazione*, cit., p. 586.

⁷⁵ Idem, p. 593, nota 24.

⁷⁶ Tommaseo F., *I provvedimenti*, cit., p. 284.

permitindo-lhes a eventual discussão e prova, na procura da verdade, sem violação do princípio da demanda e seu corolário da congruência.

Até nas hipóteses de fungibilidade poder-se-ia atuar o princípio, como por exemplo, quando uma demanda possessória (manutenção de posse) pudesse ser convertida em outra (reintegração na posse), após prévio diálogo entre o juiz e as partes, cediço que a fungibilidade pode-se operar de ofício só em situações restritas de direito substancial⁷⁷.

Até agora vimos que à tutela jurisdicional pertencem os princípios dispositivo em sentido próprio ou substancial, e da demanda; este, de sua vez, tem como seus corolários o princípio do contraditório no sentido aqui explicado e o princípio da congruência, ambos já no âmbito da técnica do processo. À este último dedicar-se-á atenção no parágrafo que segue.

⁷⁷ Consta do art. 920 do CPC brasileiro: “A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela, cujos requisitos estejam provados.” A jurisprudência é pacífica no sentido que a fungibilidade é possível, e pelo que se extrai, sem contraditório prévio com as partes sobre a conversão operada pelo juiz, o que não nos parece, todavia, algo que deva ser considerado absoluto, frente à discorrida concepção efetiva do contraditório: “A concessão de liminar de manutenção de posse quando o pedido fora de reintegração não viola os arts. 128 e 460 do CPC, em face do preceituado no art. 920 do mesmo Código.” TJMT, in RT 557/167); um interessante Acórdão discorreu sobre a natureza da posse “...o que se quer saber neste tipo de ação é quem tem posse e foi esbulhado. Não se discute o direito a posse, protege-se, sim a posse como um fato. Relamente, posse é fato. Fracassaram as tentativas de caracterizá-la como um direito, inclusive a de Ihering, líder da corrente. A própria doutrina germânica, de um modo geral, manteve-se fiel à idéia de ser a posse simples fato, independente de qualquer relação jurídica entre pessoa e coisa. A posse é estado de fato, em que acontece poder e não necessariamente ato de poder. Sem dúvida alguma, pode haver ‘direito de possuir’, ou direito a possuir, mas esse direito, positivamente, não é a posse, tanto que o titular daquele ius possidendi nem sempre é o possuidor”, TARJ, ap. 87.015, ‘in’ CPC anotado, Alexandre de Paula, 4ª, São Paulo, RT, vol. IV, p.3.130. Seja como for, de iure condito, concebemos nesta pesquisa, com as reservas aqui feitas, a fungibilidade das ações como uma hipótese só aparente de incongruência entre o pedido e a sentença de conversão desse mesmo pedido - cf. o § 3º, item 2.7, infra.

3.2 Princípio da congruência

Dispõe o art. 460 do CPC que “*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.*”⁷⁸

Já o art. 128 do CPC dispõe que “*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*”.

O juiz deve pronunciar sobre toda a demanda e não além dos limites por ela impostos; e não pode pronunciar de ofício sobre exceções que possam ser propostas somente pelas partes.

Já dizia o adágio “*ne eat iudex ultra petita partium: sententia debet esse conformis libello*”.

⁷⁸ Egas Dirceu Moniz de Aragão efetua crítica procedente à redação do art. 460, que estaria melhor redigido nos seguintes termos “É defeso ao juiz proferir sentença, a favor da **parte**, de **espécie** diversa da pedida, bem como **julgar** o réu em quantidade superior ou em **objeto mediato do pedido** diverso do que lhe foi demandado”: e o Professor Egas trás os seguintes argumentos: a) “a cláusula restritiva inserta no texto (‘a favor do autor’) diz menos do que devida; sua extensão, porém, é facilmente perceptível. Como em regra é o autor quem pede, a lei toma-o como ponto de referência. Seria absurdo, porém, imaginar que a norma não incidisse relativamente ao réu nos casos, e são poucos, de ‘juízos dúplices’”; b) “ao falar em ‘sentença de natureza diversa da pedida’ a lei não pode ser relacionada com a ‘natureza jurídica da sentença’... ‘o juiz não pode é proferir sentenças de espécie diversa da que lhe foi pedida’”; c) “a segunda parte do preceito enfocado vincula o pronunciamento do juiz ao objeto mediato do pedido: proíbe-lhe que conceda á parte mais do que pedira ou algo diverso do que pedira ... em vista do verbo ‘condenar’ ... se a exegese ativer-se ao que está escrito, o problema será equacionado somente com vistas á sentença condenatória e ficarão fora da equação os casos de sentença declaratória e constitutiva ... e o princípio da congruência, da correlação entre o pedido e a sentença, aplica-se indistintamente a todas as situações”; d) o “emprego do vocábulo objeto ... corresponde ao objeto mediato do pedido, isto é, o bem jurídico pretendido pelo autor” - cf. Sentença e coisa julgada [exegese do Código de Processo Civil - arts. 444 a 475], Rio de Janeiro, Aide, 1992, pp. 111, 113, 114 e 116.

Antes de tudo, é útil insistir que a doutrina tem reiteradamente afirmado que o princípio da demanda é o fundamento primeiro do princípio da congruência⁷⁹.

De fato, segundo uma conhecida pesquisa desenvolvida por Grasso⁸⁰, o princípio de congruência tem sido relacionado pela doutrina ao princípio do contraditório e também ao princípio dispositivo. Porém, segundo entendimento de Grasso, esta última doutrina invocada não tem entendido da necessidade de colocar aquele princípio da congruência em nexos lógicos com o princípio da demanda⁸¹.

Pode-se dizer que o princípio dispositivo está à base do discurso, e quando entendido em sentido substancial ou próprio, diz respeito à tutela jurisdicional que está a monopólio da parte, através da demanda.

Ao invés, se entendido o princípio dispositivo em sentido processual ou impróprio, diz respeito à técnica do processo - momento processual esse em que atua o princípio da congruência.

Por isso, quando Chiovenda havia dito que os seus conhecidos critérios de identificação das ações não poderiam ser suficientes para todos os casos, na medida em que poderia, ainda assim, existir o defeito de *ultra petita* por outros pontos de vista⁸², seria um aceno à confirmação da perspicaz observação feita por Grasso⁸³: o fundamento do princípio da

⁷⁹ Tommaseo F., *I provvedimenti*, cit., p. 282, 296, 297 e 301; e também, Grasso E., *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e le nullità da ultra e da extrapetizione*, 'in' Riv. dir. proc., 1965, p. 398 e nota 22.

⁸⁰ Grasso E., *La regola*, cit. p. 387 ss; v. nota anterior.

⁸¹ Idem, p. 387.

⁸² Chiovenda G., *Identificazione*, cit. p. 161.

⁸³ Grasso E., *La regola*, cit., p. 398, nota 22, e p. 403.

congruência é o princípio da demanda (e também o princípio do contraditório).

Então, pode-se reconhecer que este liame encontra-se num plano diverso daquele entre o princípio dispositivo em sentido substancial e também processual.

Enquanto o princípio da demanda encontra referência estática na tutela jurisdicional, o seu corolário lógico de congruência é a sua projeção no curso do processo, ou seja, à técnica do seu desenvolvimento, mas em qualquer caso um ponto de referência à proibição ao juiz de pronunciar-se de ofício ou de inobservar o contraditório.

Ora, não se pode conceber que no âmbito do processo se possa advertir que proposta a demanda por iniciativa de parte, o juiz tenha amplos poderes discricionários na fixação do conteúdo do provimento requerido, sem obrigação de aplicação da proibição de *extra* ou *ultra petita*.

Quando não é observado o princípio da congruência, significa que de alguma forma há atuação oficiosa do juiz, tornando-se retórica a “observância” do princípio da demanda. Na realidade, temos observado que o processo ou é informado pelo princípio inquisitório em sentido material, hipótese em que não se pode falar *propriamente*⁸⁴ nem de princípio da

⁸⁴ Refiro-me àquelas hipóteses em que o juiz deveria agir de ofício, em prejuízo de sua imparcialidade, razão pela qual o Estado construiu uma parte *artificial* : o Ministério público. Como disse Carnelutti : “non tutti i processi sono processi *di parti*. Qui affiora la differenza tra processo *contenzioso* e processo *volontario* o, in altre parole, processo *con lite* e processo *senza lite*. Anche questo é un tema sul quale, poco a poco, le idee si vanno chiarendo. Ormai a questi due termini si collegano quei due tipi strutturali, che si chiamano processo *dispositivo* e processo *inquisitivo*. Processo inquisitivo vuol dire processo in cui il giudice *può far da sè*; ma il poter fare da sè è giuridico non pratico, sulla carta non nella realtà; giuridicamente il giudice non è legato alle parti; ma praticamente ne há bisogno. Di qua il nesso tra processo inquisitivo e pubblico ministero. Quando le due parti

demanda, muito menos de princípio da congruência, face aos interesses indisponíveis em jogo, ou então o processo vem permeado pelo princípio dispositivo em sentido material. Neste último caso, há sempre respeito ao princípio da demanda e ao princípio da congruência, que lhe é derivado. Afigura-se-nos um equívoco asseverar que deva haver respeito ao princípio da demanda, sem que com isso implique numa obrigatória observância ao princípio da congruência, em determinados setores do processo civil.

Dito isto, podemos ver o alcance da vedação ao juiz de pronunciar-se *extra* ou *ultra petita*.

Tecendo considerações sobre o princípio da congruência, Grasso relevou que a vedação pode consistir, do ponto de vista do requerente, no vício de *extra* ou *ultra petita*, ou no vício de omissão (parcial) de pronúncia; já do ponto de vista do requerido, na vedação de pronúncia sobre exceções próprias, ou seja impeditivas, modificativas ou extintivas do direito do autor⁸⁵.

Sempre levando em conta os princípios da demanda e do contraditório, Grasso enumera as questões homólogas entre demanda e sentença⁸⁶.

Vejamos o conteúdo da demanda: a) existência do fato que se narra; b) a presença no ordenamento da norma que se indica, como idônea a refletir aquele fato; c) o efeito que se entende conseqüente à simultânea presença do fato histórico e

naturalmente non ci sono, bisogna fabbricarle. Il pubblico ministero è una parte fabbricata"; *Mettere il pubblico ministero al suo posto*, 'in' Rivista di diritto processuale, 1953, I, p. 257-264, espec. p. 260.

⁸⁵ Grasso E., *Commentario*, sub 112, cit. p. 1.254 ss.

⁸⁶ Idem, p. 1250; Id, *La regola*, cit. p. 392 ss.

do fato normativo; d) a identificação da pessoa do requerido com a pessoa no confronto de quem tal efeito pode ser feito valer; e) a possibilidade de uma pronúncia-comando, em acréscimo aos juízos lógicos.

De sua vez, o conteúdo da sentença: a) a existência de um fato; b) a existência, no ordenamento, de uma norma idônea aplicável ao fato; c) os efeitos que a lei conecta em abstrato à previsão normativa; d) os efeitos atribuídos aos fatos declarados, e colmados na regra individuada e interpretada; e) no interesse de dois ou mais sujeitos determinados.

O defeito de congruência entre somente um desses, exclui o princípio⁸⁷. Todavia, enquanto o juiz pode divergir da demanda na individualização e na interpretação da norma a ser aplicada, sem violação do princípio da demanda, ao invés, no que diz respeito ao princípio do contraditório o juiz deve pronunciar-se nos limites indicados pela parte, não só com referência ao fato, mas também com alusão à norma concretizada, o que, segundo Grasso, é o verdadeiro sentido do princípio de congruência⁸⁸.

Se ao juiz é aplicável o princípio *jura novit curia*, que lhe permite a livre investigação da norma aplicável ao caso concreto⁸⁹, não pode, por outro lado, transpor o monopólio das partes, no que concerne aos fatos deduzidos em juízo, nem do seu dever de colaboração com elas no curso do processo, indicando-lhes previamente a norma diversa daquela

⁸⁷ Grasso E., *Commentario, sub 112*, cit. p. 1.255.

⁸⁸ *Idem*, p. 1.255 ss.

individualizada na *postulatio* e que servirá de base à decisão judicial⁹⁰.

Ainda, segundo Grasso⁹¹, a falta de congruência em relação tanto ao fato, quanto ao efeito jurídico, resultaria em defeito de *ultra petita* ou de *extra petita*, caso o juiz de ofício *integrasse* a decisão com um fato inexistente e não alegado⁹²

⁸⁹ Satta S., *Iura novit curia*, 'in' Riv. trim. dir. proc. civ., 1955, p. 381 ss; e também Micheli G. A., '*Jura novit curia*', 'in' Riv. dir. proc., 1961, p. 575 ss.

⁹⁰ Grasso E., *Commentario*, sub 112, cit., p. 1.263.

⁹¹ Idem, p. 1.257 ss.

⁹² Sobre a integração, na sentença, de um fato inexistente e não alegado pelas partes, o direito brasileiro considera-o hipótese de erro de fato, suscetível de ação rescisória. Conforme José Carlos Barbosa Moreira, ao se apreciar uma questão pode acontecer um erro de fato na sentença quando, ao apreciar uma questão, admite um fato inexistente ou considera inexistente um fato existente, tornando a decisão suscetível de ação rescisória (art. 485, IX, do CPC), desde que sobre o fato [inexistente ou existente] A) **não tenha havido controvérsia**, B) **nem pronunciamento judicial**, e ainda C) **que o fato seja relevante para a conclusão a que chegou o juiz na sentença** e D) **que o erro transpareça dos autos ou de seus documentos, pois não se admite produção de prova sobre a existência ou a inexistência do fato na própria ação rescisória**. Quanto à hipótese A) **não há controvérsia quando**: A1) **não tenha sido alegado pelas partes**, ou A2) **tenha sido alegado por uma e confessado(verdadeira a confissão, a prova) por outra parte**, ou A3) **tenha sido alegado por uma e não contestado por outra**. Se o fato (A1) **não foi alegado pelas partes**, e estava provado nos autos, **a decisão só é rescindível se dela puder conhecer de ofício o juiz** (v.g. prescrição de direitos indisponíveis, ou o pagamento), pois do contrário o juiz não poderia mesmo considerar existente, de ofício, a prescrição de direitos disponíveis, ainda que evidente nos autos. Já quando (A2) o fato é admitido (A21) existente pelas partes (e provada a existência) e inexistente pelo juiz ou (A22) inexistente pelas partes (provada a inexistência nos autos) e existente pelo juiz, **admite-se a rescisão por erro de fato da decisão desde que a confissão da outra parte seja verdadeira**, pois se for falsa, a hipótese de rescisão está no inciso VI do art. 485 (prova falsa, apurada na própria rescisória, porque é falsa a confissão - e o reconhecimento judicial - de fato inexistente, pois o fato na realidade existe; ou a confissão de fato existente - e o seu reconhecimento judicial - que na realidade inexiste.). Por fim, (A3) **cabe a rescisória se o fato não contestado --- e nem sempre há presunção de veracidade dos fatos não contestados, conceito este relativizado** pelos arts. 302 e 320 e agora pela hipótese de cabimento de rescisória por erro de fato na decisão, situação essa que geraria uma contradição lógica se o juiz ficasse vinculado, **sempre**, a admitir o fato não contestado como verdadeiro, **ainda que inexistente**, e depois a decisão fosse suscetível de ser rescindida por erro de fato ---, **que presumivelmente seria existente é, na realidade, inexistente**, do que se conclui não se admitir presunção de veracidade de fato inexistente, só porque não contestado. B) Quanto a **inexistência de pronunciamento judicial sobre fato**, quer dizer o Código que o juiz não pode ter entrado no âmago da existência ou inexistência do fato, ou seja não pode existir pronunciamento sobre a existência ou inexistência do fato. Trata-se de uma questão de fato - a da existência ou inexistência do fato - não resolvida pelo juiz. "Preexclui o Código a possibilidade de rescindir sentença em cuja fundamentação se depare a expressa (e errônea) consideração do fato como

(*ultra petita*) ou *substituísse* um fato alegado pela parte por um fato existente, embora não alegado (*extra petita*).

A propósito, é útil recordar o brocardo segundo o qual “*quod non est in actis non est in mundo*”⁹³.

Por outro lado, o juiz não pode relevar de ofício as exceções cuja iniciativa é privativa do requerido, ou seja, os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor. São as chamadas exceções em sentido substancial ou

existente ou como inexistente. Ou como se diz, impropriamente, uma questão apenas implicitamente julgada, **mas que na verdade, está coberta pela eficácia preclusiva da coisa julgada material** - aqui as partes não controvertem sobre a questão (nem poderiam, a teor do p. 2º do art. 485) e se o juiz, ao incorrer em erro de fato, não aprecia a questão da existência ou da inexistência, cabe a rescisória (art. 474). **Daí a necessidade de se rescindir uma sentença eivada de erro quanto a admissão de um fato inexistente, ou quanto a ter considerado inexistente um fato efetivamente ocorrido, posto que a existência ou inexistência sequer foi suscitada pelas partes e mesmo o juiz não adentrou no âmago da existência ou inexistência, quando da motivação da decisão. Pura e simplesmente contrariou os autos e a prova dos autos, admitindo um fato inexistente ou considerando inexistente um fato efetivamente ocorrido. Nas palavras de Barbosa Moreira “havia nos autos elementos bastantes para convencer o juiz de que o fato ocorreria; apesar disso, revela o teor do *decisum* que não se levou em conta a respectiva existência, *sem que* na motivação tenha ela sido negada. Ou, inversamente: havia nos autos elementos bastantes para demonstrar que o fato não ocorreria; no entanto, a maneira como julgou evidência que o magistrado não o reputou inexistente, embora silenciando, aqui também, na motivação.”** E prossegue o mesmo autor “em outras palavras: a hipótese não é a de que o órgão judicial tenha chegado à conclusão a que chegou através de raciocínio em cujas premissas figure *expressamente* a afirmação do fato não ocorrido ou a negação do fato ocorrido. O que precisa haver é a *incompatibilidade lógica* entre a conclusão enunciada no dispositivo da sentença e a existência ou a inexistência do fato, uma ou outra provada nos autos mas porventura não colhida pela percepção do juiz, que, ao decidir, pura e simplesmente *saltou por sobre o ponto* sem ferí-lo. Se, ao contrário, o órgão judicial, errando na apreciação da prova, *disse* que decidia como decidiu porque o fato ocorreria (apesar de provada nos autos a não ocorrência), ou porque o fato não ocorreria (a pesar de provada a ocorrência), não se configura o caso do inciso IX. A sentença, conquanto injusta, não será rescindível (Com., p. 178)”. **Deve haver, pois, omissão do juiz sobre a questão. Havendo pronunciamento a respeito, ainda que equivocado, descabe a via rescisória.** Como afirmara Carnelutti, “a discrepância não é tanto *entre o pensamento do juiz e a realidade*, quanto *entre o pensamento e sua expressão*” (Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Forense, vol. V, art. 485, IX, p. 177-179).

⁹³ Chiovenda G., *Principii*, cit., p. 728.

próprio, as quais o requerido pode valer-se também por via de ação⁹⁴.

Ao contrário, com relação aos fatos notórios, os fatos emergidos da instrução probatória, como por exemplo os fatos indiciários - como o comportamento das partes no curso do processo -, e outros fatos circunstanciais ao fato essencial, enfim, os denominados meros fatos impeditivos ou extintivos, consoante a terminologia de Cappelletti⁹⁵, o juiz pode, aliás deve, levar em conta de ofício - desde que lhes submeta ao contraditório antes de decidir.

Relativamente à omissão (parcial) de pronúncia, ocorre quando o juiz falta com o seu dever de pronunciar sobre toda a demanda, ou seja, existem demandas cumuladas no mesmo processo, cada qual com aqueles quesitos homólogos supra descritos, havendo decisão somente sobre alguns deles; o mesmo pode-se dizer quando tenham sido argüidas duas exceções substanciais e o juiz se omita em relação a uma delas⁹⁶.

⁹⁴ Grasso E., *Commentario*, sub 112, cit., p. 1.273; e também Chovenda G., *Istituzione*, I, cit., § 13.

⁹⁵ Cappelletti M., *La testimonianza*, I, cit., p. 343 ss.

⁹⁶ Grasso E., *Commentario*, sub 112, cit., p. 1.273 ss. Observe-se que quanto à decisão *citra petita*, pode ocorrer o fenômeno da eficácia preclusiva da coisa julgada quanto às questões alegadas e não apreciadas na decisão consoante José Carlos Barbosa Moreira, A eficácia preclusiva da coisa julgada, 'in' *Temas de Direito Processual*, 1ª Série, São Paulo, Saraiva, p. 1988, pp 97-109. É o que Schwab denominou de efeito de exclusão operado pela coisa julgada (*apud*, Ovídio Baptista da Silva, *Sentença e Coisa Julgada*, Porto Alegre, Sérgio Fabris editor, p. 162). Em verdade, submetem-se, indistintamente à eficácia da coisa julgada tanto as *questões* suscetíveis de conhecimento *oficioso pelo juiz* quanto as *questões* somente apreciáveis mediante *iniciativa de parte*. Com o trânsito em julgado da sentença definitiva ficam preclusas - em qualquer outro processo sobre a *mesma lide* ou sobre *lide logicamente subordinada* - tanto as *questões efetivamente apreciadas* quanto as *questões não apreciadas* pelo juiz. **À propósito das questões não apreciadas pelo juiz**, submetem-se à dita eficácia preclusiva : a) as questões que, passíveis de conhecimento *ex officio*, de fato *não hajam sido examinadas pelo juiz*; b) as que, dependentes da *iniciativa da parte*: b.1) hajam sido *suscitadas mas*

não apreciadas na motivação da sentença; b.2) *não* hajam sido *suscitadas nem*, por conseguinte, *apreciadas*; b.2.1) quanto as *questões não suscitadas*, pouco importa que a *omissão* tenha sido *voluntária* (a parte sabia da existência do fato mas não o alegou) *ou involuntária* (a parte ignorava a existência do fato e por isso não o alegou). A eficácia preclusiva da coisa julgada pode atingir :a) questões de fato; b) questões de direito; c) questões prejudiciais. Especificamente quanto às questões (a) de fato, pode-se ainda considerar, na linha de raciocínio de Barbosa Moreira, op. cit., o que segue. “Quando se afirma que a coisa julgada ‘cobre o deduzido e o deduzível’, não se deve entender esta última expressão como abrangente apenas daquilo que a parte, *in concreto*, à vista das circunstâncias em que se achava, tinha a possibilidade *atual* de alegar, mas de tudo que em tese, *potencialmente*, lhe teria sido lícito argüir” óbice este, repita-se, restrito à mesma lide ou sobre lide logicamente subordinada. Interessante é o exemplo de uma ação declaratória de crédito, julgada fundada com trânsito em julgado. Vencida a dívida e proposta ação condenatória da importância, permanece indiscutível, no segundo processo, a existência do crédito, preclusa a arguição de qualquer fato extintivo anterior a primeira ação. Mas o fato extintivo da obrigação superveniente a primeira ação (declaratória do crédito) e antecedente à propositura da segunda ação (condenatória), pode ser deduzido pelo devedor e apreciado pelo juiz, posto que não precluso. Se o devedor não pode defender-ser nesta segunda ação alegando que já pagara *antes*, pode alegar que pagou *depois*. Assim, o fato superveniente não se submete à eficácia preclusiva da coisa julgada material em uma segunda ação que verse sobre a mesma lide ou sobre lide logicamente subordinada. Mas qual é o termo final do período de abrangência da eficácia preclusiva da coisa julgada material dos fatos até então acontecidos - suscitados ou não pelas partes e de qualquer forma não examinados pelo juiz - em relação a outro processo sobre a mesma lide ? A um superficial exame se poderia supor que o ponto limite de abrangência da eficácia preclusiva do fato “velho” seria o trânsito em julgado. Mas não é o que ocorre. Poderíamos, dentro do exemplo do pagamento da dívida e supondo dois processos versando sobre a mesma lide, estabelecer as seguintes hipóteses : a) a dívida foi paga antes da propositura da 1ª ação : se o devedor não suscitou a questão na sua defesa (nem o juiz conheceu de ofício da objeção), ainda poderá suscitá-la em apelação *desde que* comprove motivo de força maior (art. 517 do CPC); do contrário, transitada em julgado a sentença de procedência, a questão de fato dedutível estará abrangida pela eficácia preclusiva; b) a dívida foi paga depois da propositura da 1ª ação, mas antes da sentença recorrível. Há duas hipóteses: b.1) como o fato superveniente é relevante, poderia a parte suscitá-lo no curso da ação e até o juiz poderia conhecê-lo de ofício (art. 462 do CPC); b.2) mas se o devedor se omitiu (e o juiz também não conheceu de ofício), resta ainda suscitar a questão em apelação *desde que* comprove ter deixado de fazê-lo em primeira instância por motivo de força maior (art.517 do CPC); do contrário, transitada em julgado a sentença de procedência, a questão de fato dedutível estará abrangida pela eficácia preclusiva; c) a dívida foi paga após a sentença recorrível na 1ª ação, mas antes do trânsito em julgado : como o fato é superveniente e relevante, pode a parte suscitá-lo na apelação por motivo de força maior comprovado (art. 517 do CPC), não estando abrangida a questão pela eficácia preclusiva de menor intensidade produzida pela sentença recorrível; d) a dívida foi paga após o trânsito em julgado na 1ª ação e antes da propositura da 2ª ação : o devedor poderá suscitar a questão ao se defender na 2ª ação, bem como o juiz poderá dela apreciar livremente, sem que esteja abrangida pela eficácia preclusiva da coisa julgada material formada na 1ª ação (exatamente a hipótese imaginada no exemplo acima dado). Vê-se facilmente que nas hipóteses a) e b) a questão omitida pela parte ou de qualquer forma não apreciada pelo juiz, *antes do trânsito em julgado* já encontra sérias restrições legais para dedução *ex novo* na fase recursal do procedimento. Pelo que, ou há motivo de força maior comprovado, ou então a questão de fato omitida e não apreciada em primeira instância já sofre uma eficácia preclusiva *de menor intensidade produzida pela sentença de mérito recorrível*. Por

Tais considerações requerem um “*fermo provvisorio*” no presente estudo, para uma oportuna chamada a uma pesquisa de jurisprudência feita sobre o defeito de *extra petita* elaborada por Cerino Canova⁹⁷ sobre o posicionamento da Corte de Cassação italiana.

Como conclusão de conjunto, Cerino Canova afirmou que “aos fins da regra de congruência a noção de demanda é muito simplificada, tal de consentir ao juiz uma ampla liberdade na escolha do conteúdo e dos motivos da decisão...o juiz pode fazer (tudo) o que à parte é proibido!”⁹⁸.

E mais adiante: “a jurisprudência consente a si mesma mais de quanto consinta à parte...a expansão do poder oficioso além das iniciativas de parte parece um dado dificilmente discutível da pesquisa efetuada. É um dado extremamente perigoso...Em verdade, induz as partes a redigir petições iniciais e atos processuais de conteúdo deveras indeterminado,

este motivo Barbosa Moreira afirma que “o plano divisório entre fatos preclusos e fatos não preclusos, quanto á época da respectiva ocorrência, corta o processo no último instante em que objetivamente, era lícita a argüição” (p. 107) e que “ se o fato já existita no último momento em que era possível *argüi-lo no procedimento de primeiro grau*, a questão fica preclusa desde logo, *exceto* se algum motivo de força maior obstou à argüição; se o fato já existia no último momento em que era possível *argüi-lo no processo, tout court*, a questão fica preclusa com formação da *res iudicata, mesmo que* algum motivo de força maior obstasse à argüição. Quer dizer : a ocorrência da força maior só é relevante para afastar a eficácia preclusiva do julgamento de primeiro grau; não é relevante para afastar a eficácia preclusiva da *coisa julgada*” (p. 108). Não é, portanto, exato afirmar de forma generalizada que o termo final de abrangência da eficácia preclusiva da coisa julgada material ocorreria no momento do trânsito em julgado. Das considerações feitas, observa-se que o ordenamento jurídico consente a validade, existência e eficácia de uma sentença injusta, por vício de omissão de pronúncia. Com efeito, a eficácia preclusiva da coisa julgada material pode cancelar uma sentença com o sêlo da injustiça, raiocínio este a cuja base está, nitidamente, a concepção da jurisdição como apta a produzir coisa julgada, sentida em Calamandrei, Allorio e Liebman, bem como ao postulado de que sendo a função do processo pacificar os conflitos sociais, é necessária a preservação do valor da certeza jurídica das decisões, que não podem ser eternizadas.

⁹⁷ Cerino Canova A., *La domanda*, cit. p. 94 ss.

⁹⁸ Idem, p. 98.

confiando na intervenção providencialística do juiz para completar lacunas e generalidades”⁹⁹.

Precisamente porque a jurisprudência da Corte de Cassação italiana, nos mesmos casos em que proíbe a alteração da demanda ao encargo da parte, se autoconsente em julgar *extra petita*, Cerino Canova observou que “aquilo que parece um paradoxo ou uma astúcia de baixo nível, torna-se então uma admonição injustificada: a precisão prejudica; quanto mais o autor define ou possa definir a própria ação, tanto mais delimita o poder do juiz precluindo-se quaisquer sucessivas variações. Função jurisdicional e iniciativa de parte não se encontram nunca...”¹⁰⁰.

Estes desencontros, porém, podem ter uma explicação histórica. Segundo a conhecida investigação de Carnacini¹⁰¹, já em um documento italiano de 1197, encontra-se a fórmula “*et si quid deest in actionibus proponendis, salvo iure addendi, mutandi, minuendi, corrigendi de iure et facto, in supplementum officium vestrum imploro*” - chamada de *clausula salutaris*.

Releva notar que a cláusula onde se implorava ao “*nobile officium iudicis, ut suppleat, si quid melius peti aut potuisset, aut debuisset*”, nasceu da prática medieval italiana, e ao contrário do que possa parecer, num regime que era vinculado em tudo e por tudo à iniciativa de parte¹⁰².

⁹⁹ Idem, p. 104/105.

¹⁰⁰ Idem, p. 105.

¹⁰¹ Carnacini T., *Tutela*, cit., p. 718 e nota 51.

¹⁰² Idem, p. 719.

Com efeito, como observou Tommaseo¹⁰³, a cláusula possuía função de *assistência* e de *equidade*, e hoje os reclamos ao *officium iudicis* são dirigidos a provimentos que não formam objeto de verdadeira ação, como por exemplo aqueles que têm função (ou estrutura) interinal¹⁰⁴.

E será que no direito contemporâneo seria oportuna a adoção da *clausula salutaris* do direito comum medieval ?

A resposta à interrogação, dependendo da situação de direito substancial¹⁰⁵, seria seguramente negativa, na medida em que, como visto, em nosso sistema processual vigora o princípio da demanda e seus corolários da congruência e do contraditório.

Mas assumir um tal posicionamento não significa um induzimento ao formalismo, não se podendo negar que “*para propor em juízo uma demanda ou uma exceção, não se requerem fórmulas sacramentais e não é indispensável uma explícita e formal manifestação de vontade, especificamente contida em adequadas conclusões, mas ocorre, todavia, que a demanda ou exceção resultem pelo menos implícitas das deduções e requerimentos da parte, submetidas ao exame do juiz*”¹⁰⁶.

De fato, numa conhecida e crítica pesquisa de Lancellotti¹⁰⁷ sobre as variações do implícito¹⁰⁸, no que se

¹⁰³ Tommaseo F., *I provvedimenti*, cit., p. 105, nota 124.

¹⁰⁴ Conferir o § 3º, itens 2.8 e 2.9, *infra*.

¹⁰⁵ Pois há casos em que o processo civil se revela abertamente permeado ao princípio inquisitório em sentido material, e mesmo naqueles casos em que vigora na sua plenitude o princípio dispositivo em sentido material, haverá hipóteses só aparentemente incongruentes - cf. § 3º, item 2, *infra*.

¹⁰⁶ Lancellotti F., *Variazioni dell'implicito rispetto alla domanda, alla pronuncia ed al giudicato*, 'in' Riv. dir. proc., 1980, p. 468, nota 9.

¹⁰⁷ Idem, p. 465 ss.

¹⁰⁸ Sobre os pedidos implícitos, ver o § 3º, item 2.4, *infra*.

refere à denominada demanda implícita, o *petitum* é subentendido da *causa petendi*¹⁰⁹.

As *máximas* da Corte de Cassação italiana, direcionadas a evitar o formalismo, algumas vezes fazem referência no sentido de que se deve prescindir de “fórmulas sacramentais” ou de “petições formais”, e também de “expressas manifestações de vontade” da parte requerente¹¹⁰.

Aonde estas “*máximas*” se refiram à vontade da parte, e não do juiz, e portanto em respeito ao princípio da demanda e da regra de congruência¹¹¹, nada está a impedir a denominada demanda implícita em relação ao conteúdo do provimento jurisdicional.

De outra parte, uma “*máxima*” voltada à pesquisa da “presumível intenção prática” afigura-se vizinha à discricionariedade do juiz, e por isso à violação daqueles cânones¹¹².

Em verdade, permanece ao centro do problema a *causa petendi*, e estas soluções devem ser restringidas quanto possível, e também, pouco a pouco tolhidas da práxis judiciária, diante das considerações de Cerino Canova, supra recordadas, para que se evite o denominado enfraquecimento

¹⁰⁹ O implícito não se confunde com o genérico. Quanto à este, somente se admite nos casos expressamente previstos em lei e que são informados por razões de lógica impossibilidade da parte fixar, desde logo, os limites da sua pretensão quanto ao objeto mediato - cf. art. 286 do CPC. Por outro lado, em situação inversa da aqui discorrida, a sentença não pode ser genérica quando a parte tenha formulado pedido certo e determinado, sob pena de incorrer em vício de incongruência - cf. art. 459, p. único do CPC.

¹¹⁰ Idem, p. 470.

¹¹¹ Idem, p. 472 e nota 17.

¹¹² Idem, p. 473.

do direito subjetivo¹¹³, reconduzido ao centro do fenômeno processual a partir da segunda metade do século em curso.¹¹⁴

Portanto, convém analisar no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, *se e em que limites* tem-se consentido uma intervenção providencialística do juiz, tal qual parece ter ocorrido, em certa medida, no direito comparado, e se essa atividade judicial está informada, de algum modo, não só pelo princípio dispositivo em sentido material, como também pelo princípio da demanda e seus derivados princípios do contraditório e da congruência.

¹¹³ A citação refere-se àquele fenômeno da jurisdição administrativa, oportunamente transportada para o tema objeto deste ensaio. Para maiores considerações cfr. Tucci M., *Giudice civile e affievolimento del diritto soggettivo*, Milano, 1991, p. 111 ss.

§ 3º ATUAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA NO PROCESSO DE CONHECIMENTO DE PRIMEIRO GRAU.

1. TUTELA JURISDICIONAL E TÉCNICA DO PROCESSO

1.1 As alegações das partes.

O procedimento ordinário de primeiro grau brasileiro é marcado pelo princípio da eventualidade¹¹⁵, de origem germânica e com momentos preclusivos bem definidos. Significa isto que as partes devem concentrar suas alegações e requerer as provas de uma só oportunidade - momento lógico identificado pela fase postulatória.¹¹⁶ Há ainda a fase saneadora como marco definitivo para a modificação da demanda, por decorrência da atuação do contraditório. Via de

¹¹⁴ Cf. Giuseppe Tarzia, *Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno all'oggetto del processo*, 'in' *Problemi del processo civile di cognizione*. Padova, Cedam, 1989, p. 125.

¹¹⁵ É oportuno citar aqui o chamado 'modelo de Stuttgart', concebido em um escrito de Fritz Baur, feito em 1966, consubstanciado em um procedimento mais concentrado e célere, tido como rápido, eficiente e justo e regido pelos postulados da oralidade, concentração e eventualidade, contituindo-se em uma arma contra os fatos tardiamente alegados no processo, na medida em que são raras as hipóteses em que novos fatos vêm deduzidos após a fase postulatória - cf. Wolfgang Grunski, *Il cosiddetto 'Modello di Stoccarda' e l'accelerazione del processo civile tedesco*, 'in' *Rivista di diritto processuale*, 1971, p. 366. É bom que se frise, todavia, que se por um lado a eventualidade é uma regra que permeia o processo de cognição brasileiro, já a oralidade e concentração dos atos processuais refere-se ao procedimento comum sumário, não ao procedimento comum ordinário.

¹¹⁶ Para o autor - art. 264, para o réu art. 303 do Código.

regra, ultrapassados estes limites, estaremos diante de variação da demanda não consentida pela lei processual.

A fixação do *thema decidendum* se dá com a demanda do autor e o réu, quando muito, poderá dilargar a fundamentação lógica da sentença. O juiz, antes de determinar a citação do réu, deve colaborar com a parte autora, no sentido de lhe determinar as correções que entender adequadas, especialmente quando inepta a petição inicial - arts. 284 e 295 do Código¹¹⁷. O pedido¹¹⁸ e a causa de pedir devem estar conformes ao direito.

¹¹⁷ Art. 284 - Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias. Parágrafo único - Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial. Art. 295 - A petição inicial será indeferida: I - quando for inepta; II - quando a parte for manifestamente ilegítima; III - quando o autor carecer de interesse processual; IV - quando o juiz verificar, desde logo, a decadência ou a prescrição (art. 219, § 5º); V - quando o tipo de procedimento, escolhido pelo autor, não corresponder à natureza da causa, ou ao valor da ação; caso em que só não será indeferida, se puder adaptar-se ao tipo de procedimento legal; VI - quando não atendidas as prescrições dos arts. 39, parágrafo único, primeira parte, e 284. Parágrafo único - Considera-se inepta a petição inicial quando: I - lhe faltar pedido ou causa de pedir; II - da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; III - o pedido for juridicamente impossível;

¹¹⁸ Releva notar que a doutrina não tem consenso sobre a exata interpretação do art. 286 "O pedido deve ser certo ou determinado. É lícito, porém, formular pedido genérico: I - nas ações universais, se não puder o autor individualizar na petição os bens demandados; II - quando não for possível determinar, de modo definitivo, as conseqüências do ato ou do fato ilícito; III - quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu". A única unanimidade encontrada é no sentido de que o pedido deve ser 'certo e determinado' e não como consta do texto "certo ou determinado" - v. Milton Paulo de Carvalho, *Do pedido*, op. cit., p. 103, citando Barbosa Moreira. Para Milton Paulo de Carvalho, tanto o pedido imediato quanto o pedido mediato, devem ser certos e determinados, em confusa definição, op. cit., p. 103. Ovídio Baptista da Silva entende que todo pedido é certo e determinado, inclusive o pedido genérico, sendo que neste último só o objeto mediato é realmente genérico - *Curso de Processo Civil*, I, 3ª ed., Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor, 1996, p. 186-187. Humberto Theodoro Júnior chega a mesma conclusão a que chegou Ovídio, porém entendendo que pedido certo é pedido expresso, em contraposição ao pedido implícito, de regra vedado pelo ordenamento - *Curso de Direito Processual Civil*, I, 18ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 360-361. Arruda Alvim é da opinião que o pedido é certo e *determinável*, sem contudo demonstrar alguma outra divergência que não no plano semântico - *Manual de Direito Processual Civil*, Vol. 2, 5ª ed., São Paulo, RT, 1996, p.218-219. Barbosa Moreira também entende que todo pedido deve ser certo

Até a citação do réu, o processo é instável. Após a citação, diz-se que o processo é estável, sendo inalterável a demanda. O autor não pode mais modificar a causa de pedir ou o pedido, a não ser com o consentimento do réu¹¹⁹ e de qualquer forma só até o saneamento do processo - art. 264 e parágrafo único do Código¹²⁰. O autor também só poderá mudar a demanda, acrescentando pedido, até a citação do réu - com a nova redação dada ao art. 294 do Código¹²¹.

As regras da eventualidade e da estabilidade do processo, todavia, não são absolutas, e o próprio ordenamento prevê algumas exceções, como por exemplo o *ius superveniens*, que se ocorrido opera uma das hipóteses aparentes de incongruência entre o pedido e a sentença - como veremos mais adiante.

e determinado, exceto quando o objeto mediato não for desde logo determinado - O novo processo civil brasileiro, 19ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 11.

¹¹⁹ E se o réu for revel, mesmo assim fica o autor impedido de alterar a causa de pedir ou pedido, exceto se promover nova citação - art. 321 do Código.

¹²⁰ Art. 264 - 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. Parágrafo único - A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo.

¹²¹ A lei nº 8.718/93 deu nova redação ao artigo, nos seguintes termos : “ Art. 294. Antes da citação, o autor poderá aditar o pedido, correndo à sua conta as custas acrescidas em razão dessa iniciativa.” A redação anterior era a seguinte : “ Art. 294. Quando o autor houver omitido, na petição inicial, pedido que lhe era lícito fazer, só por ação distinta poderá formulá-lo.” Em que pese o avanço do texto atual, O contra-senso em relação à possibilidade de modificação da demanda até o saneamento (sendo restrita a mudança só até a citação), uma vez concorde o réu, todavia permanece. Entende-se que a lei também deveria permitir a mudança da demanda até o saneamento, nos mesmos moldes da possibilidade de modificação da demanda. A modificação da demanda significa o acréscimo de um fato simples, circunstancial ao fato essencial, sem mudança deste. Já a mudança implica em causa de pedir nova ou em pedido novo. Mesmo na reforma do Código de Processo Civil italiano não se introduziu a mudança nos moldes esperados pela doutrina, especialmente por uma questão de respeito ao contraditório - cf. Tarzia, Lineamenti del nuovo processo di cognizione [ed appendice di aggiornamento]. Milano, Giuffrè, 1993, p 87-88.

De qualquer maneira as regras da eventualidade e da estabilidade vigem e se relacionam com a lealdade e boa-fé processuais das partes nas suas alegações.

A fase saneadora se põe, na verdade, como o marco de variação da demanda. É neste momento, ainda, em que há precisão¹²² da demanda e do objeto litigioso do processo, ao fixar o juiz, em conjunto com as partes, os pontos controvertidos da lide - se descabido o julgamento antecipado (art. 331)¹²³.

Por outro lado, a demanda pode ser única ou cumulada¹²⁴. É única quando há um autor, um réu, uma causa de pedir e um pedido. A demanda cumulada pode-se apresentar de várias formas: cúmulo simples, sucessivo, eventual ou alternativo. Fazemos breves considerações à respeito, todavia limitadas aos aspectos objetivos da demanda, tal como delimitado neste trabalho¹²⁵.

¹²² Na doutrina há dúvidas sobre os caracteres distintivos entre *precisão* e *modificação* de uma demanda. Em princípio a *precisão* enseja uma requalificação jurídica da causa de pedir enquanto na *modificação* se tem o acréscimo de fatos, permanecendo o núcleo dos fatos históricos substanciados originariamente. A propósito as considerações de Tarzia, *Il nuovo*, cit., p. 90, nota 49.

¹²³ Sobre a preparação do processo, ver por todos Tarzia, *A audiência preliminar no processo civil*, Revista de Direito Processual Civil, vol 3, Curitiba, Ed. Genesis, 1996. De qualquer maneira, a possibilidade de precisão da demanda, já na fase de preparação, poderá evitar as dúvidas e os equívocos ocorridos na jurisprudência sobre a requalificação jurídica dos fatos postos na demanda - maiores considerações sobre o assunto estão ao final deste trabalho.

¹²⁴ V. por todos Araken de Assis, *Cumulação de ações*, São Paulo, RT, 1989. Na doutrina italiana, cf. Claudio Consolo, *Il cumulo condizionale di domande*, vol. I e II, Padova, Cedam, 1985

¹²⁵ O Cúmulo de demandas não se confunde com concurso de ações - também chamada de ações concorrentes - nem com concurso de pedidos. Sobre ações concorrentes, temos três hipóteses: mesmas partes, diferentes causas de pedir e mesmo pedido; partes diferentes, mesma causa de pedir e mesmo pedido; e mesmas partes, mesma causa de pedir e pedidos diferentes; v. Liebman, *Azioni concorrenti*, 'in' *Problemi del processo civile*, p. 54-63. Por outro lado há o chamado concurso de pedidos (na verdade há objetivamente um só pedido e substancialmente mais de um pedido) onde há **cumulação de causas de pedir** - cf. Calmon de Passos, *Comentários*, cit., p. 254-256, e Nelton A Moraes dos Santos, *A técnica de elaboração da sentença civil*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 172-174. Para Nelton o

Sobre o cúmulo simples temos uma *relação de autonomia* entre as demandas, ou seja, o acolhimento de um pedido não depende do acolhimento ou rejeição do outro - ex. na ação de indenização decorrente de ato ilícito, o pedido de reparação dos danos materiais e pessoais. No que se refere ao cúmulo sucessivo, há *relação de prejudicialidade* entre as demandas cumuladas no mesmo processo. Assim, o acolhimento da demanda prejudicada depende, necessariamente, do acolhimento da demanda prejudicial - ex. o acolhimento da ação de petição de herança depende do prévio acerto da ação de investigação de paternidade. O cúmulo eventual é simetricamente oposto ao cúmulo sucessivo, na medida em que, havendo uma *relação de subsidiariedade* entre as demandas eventualmente cumuladas, o acolhimento da demanda subsidiária depende, necessariamente, do desacolhimento da demanda principal - ex. o autor pede a restituição da coisa ou na eventualidade de não ser acolhido, formula pedido subsidiário de pagamento de perdas e danos. Já o cúmulo alternativo, que na verdade cúmulo não é, pois,

juiz deve apreciar as duas causas de pedir, ainda que desacolha apenas uma delas (cf. art. 515 p.2º, do Código), **sob pena de incorrer em citra petita**. Para Calmon de Passos, basta que o juiz acolha a demanda por uma delas, podendo omitir-se em relação à outra, **sem incorrer em vício de citra petita** (cf. art. 515 p.2, do Código) - ex. *separação judicial por culpa e por lapso de tempo* (art. 5º 'caput e art. 5º p. 1º, da Lei do Divórcio). Podemos imaginar uma demanda que contenha um só pedido (no que difere do chamado concurso de pedidos) com uma só causa de pedir (com um ou mais de um fundamento de fato). Nesta hipótese, para Nelton, o juiz pode se *omitir* em relação a um dos fundamentos de fato, **sem incorrer em citra** (cf. art. 515 p.1); **Calmon de Passos**, tem a mesma opinião, pois **não diferencia causa de pedir e fundamento de fato** (cf. art. 515 p. 2) - aqui há convergência de idéias entre Calmon de Passos e Nelton mas com equivocado enquadramento legal por Calmon; ex. *separação judicial por culpa (injúria e adultério)*. Interessante que Nelton considera causa de pedir com mesmo valor semântico que fundamento, e fundamento de fato com outro valor semântico: cujo significado denomina de **argumento**; já Calmon de Passos entende que fundamento tem valor semântico de fundamento de fato, não de causa de pedir.

havendo *relação de exclusão* entre os pedidos, uma vez satisfeito um dos pedidos alternativos, excluem-se automaticamente os demais, pois único é o bem perseguido pelo autor. Vem previsto em lei - ex. ação redibitória com alternativa estimatória (arts. 1.101 e 1.105 do Código Civil Brasileiro; arts. 18 e 19 do Código de Defesa do Consumidor). Enquanto no cúmulo alternativo, em caso de procedência, é a vontade da parte que determina qual dos possíveis resultados práticos se atingirá, no cúmulo eventual, essa vontade é irrevelante, cabendo a determinação do resultado ao órgão judicial, que pode acolher o pedido principal, ficando prejudicado o subsidiário; ou vice-versa, segundo sua própria convicção.¹²⁶

Quanto à resposta do réu insta enunciar que, sendo limitada às exceções substanciais em sentido amplo veiculadas na contestação, somente amplia o espectro lógico da fundamentação contida na sentença¹²⁷. Não se olvide que as exceções substanciais em sentido amplo podem ser subdivididas em exceções de direito substancial e objeções de direito

¹²⁶ Cf. Barbosa Moreira, *O novo*, cit., p. 13-14. Em senso crítico, v. Tarzia, *Appunti sulle domande alternative, 'in' Problemi del processo civile de cognizione*, Padova, Cedam, 1989, p. 155 a 172, entendendo que quando se tratar de ações concorrentes, cabível a alternatividade dos pedidos, não ficando o juiz adstrito ao princípio da congruência, e quando se tratar de ações incompatíveis entre si, cabível é a eventualidade dos pedidos, ficando o juiz adstrito à ordem de gradação de cada um deles, feita pela parte na demanda, sob pena de afronta ao princípio da congruência.

¹²⁷ Justamente por isso, ainda quando o réu reconheça a procedência do pedido do autor, admitindo como verdadeiros os fatos alegados e como corretas as conseqüências jurídicas postuladas, pode o juiz divergir desta conclusão do réu quando se trate de direitos indisponíveis ou quando os fatos alegados pelo autor não tiverem as conseqüências jurídicas alvitadas pelo autor - cf. Celso Agrícola Barbi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol I, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993, p. 320.

substancial¹²⁸, cuja diferença mais importante está justamente na possibilidade do juiz poder conhecer de ofício destas e não quanto àquelas. Se houver reconvenção ou naqueles casos expressos em que a lei permite a chamada ação dúplice¹²⁹, o réu passará a condição de autor e o autor à condição de réu. Nestes casos haverá verdadeira adstrição da sentença também ao pedido formulado pelo autor-reconvinte, porque ampliado o objeto (litigioso) do processo. O mesmo ocorre com o ajuizamento de ação declaratória incidental - relacionada com o cúmulo sucessivo de demandas -, que visa o reconhecimento ou não de relação jurídica prejudicial ao pedido principal, que de ordinário somente integraria a fundamentação da sentença, mas que com tal incidente passa a integrar o objeto (litigioso) do processo, com todas as consequências processuais - adstrição ao pedido, compreensão aos limites objetivos da coisa julgada, etc.¹³⁰ Há que se fazer referência, ainda que breve, à técnica de sumarização da cognição vertical, que enseja sentença com reserva de exceções¹³¹ - uma sentença parcial -, onde a cognição judicial é limitada pelo procedimento, não podendo a parte aduzir todas as questões da lide, mas somente uma porção da lide existente.¹³²

¹²⁸ Cf. Calmon de Passos, verbete 'exceção II', 'in' Enciclopédia Saraiva de Direito, vol. 34, p. 355-359.

¹²⁹ Como exemplos temos as ações possessórias - art. 922 do Código, bem como as ações de conhecimento que se submetam ao rito comum sumário - art. 278, parágrafo 1º, do Código.

¹³⁰ Cf. arts. 5º, 325 e 470 do Código.

¹³¹ Maiores considerações sobre o assunto, v. Proto Pisani, *La tutela sommaria*, 'in' *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, Cacucci, 1982, p. 322 ss.

¹³² No direito brasileiro temos, como exemplos desta técnica de sentença com reserva, o procedimento especial do mandado de segurança (o chamado direito líquido e certo - arts. 1º e 19 da Lei nº 1533/51), o procedimento especial da ação de desapropriação direta de bem de utilidade pública (o justo preço da indenização - art. 20 do Decreto-lei nº 3.365/41), as ações possessórias, (vedada que é a

1.2 As provas e os poderes do juiz.

Quanto aos poderes do juiz no processo¹³³, afora o que já dissemos sobre a moderação entre os princípios dispositivo e inquisitório em sentido processual¹³⁴, tem como referencial ao ato de julgar a regra da repartição do ônus da prova entre autor e réu¹³⁵, e como limites o fato essencial alegado pelas partes - conforme os princípios da demanda e aqueles derivados da congruência e do contraditório.

Se o juiz extrapola ou vai além dos limites fixados pela demanda, incorre em vício de *extra* ou *ultra petita*. Mas isso diz respeito, obviamente, ao fato principal ou essencial da

discussão do domínio - art. 505 do CCB e art. 923 do CPC), e as ações cambiais (onde o devedor não pode opor exceções aos terceiros de boa fé - art. 17 da Convenção de Genebra, Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 57.663 de 24.1.1966 (Lei uniforme relativa à notas promissórias e letras de câmbio, aplicável às duplicatas - art. 25 da Lei nº 5.474/68) e art. 25 da Lei do cheque nº 7.357/85.

¹³³ Há um interessante artigo de Aloísio Surgik, Da iniciativa das provas e dos poderes do juiz no direito romano e na atualidade, 'in' Revista de Estudos Jurídicos, nº 01, Curitiba, publicação oficial da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 1982, p. 56-69. Neste ensaio o autor faz referência à vontade das partes no processo romano clássico, ao ilusório fortalecimento dos poderes do juiz no direito romano pós-clássico, sobre o princípio da disponibilidade das provas nas fontes pós-justinianéias, as tendências do CPC brasileiro de 1939 e o princípio dispositivo do CPC vigente. Esclarecendo que as distinções e denominações 'princípio dispositivo' e 'princípio inquisitório' não são de origem romana, conclui que, "em processo civil, interesse privado e interesse público de maneira alguma estão em oposição, mas em dituação de colaboração, que pode apresentar diversas intensidades e matizes."

¹³⁴ Cf. as considerações tecidas sobre o princípio dispositivo, retro.

¹³⁵ Cf. art. 333, I e II, do Código: ao autor incumbe o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito e ao réu o mesmo ônus quanto à existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. A lei pode, também, determinar a inversão da regra geral do ônus da prova, como por exemplo o Código de Defesa do Consumidor, que leva em consideração à verossimilhança das alegações ou à hipossuficiência do réu e a necessidade de paridade de 'armas' (igualdade substancial) das partes no desenvolvimento do contraditório. Cf. à respeito da inversão do ônus da prova - Ada Pellegrini Grinover, 'in' Código Brasileiro de Defesa do Consumidor [comentado pelos autores do anteprojeto], Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991, p.498. Sobre a paridade de 'armas' entre as partes no processo e os poderes do juiz, cf. Tarzia, Parità delle armi tra le parti e poteri del giudice nel processo civile, 'in' Problemi, cit. P. 311-320. Sobre inversão do ônus da prova e paridade de 'armas' veja-se, também, Marinoni, Novas linhas do processo civil, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996, p. 148-150.

demanda. Não porém quanto aos fatos simples, circunstanciais, secundários, ainda que não alegados. Como diz Cappelletti, o monopólio das partes quanto às alegações dos fatos e portanto o vínculo do juiz de decidir *secundum allegata partium* não é regra absoluta - como não é absoluta a regra da distribuição do ônus da prova -, comportando duas exceções : quanto aos chamados *fatos secundários* e quanto aos *fatos que o juiz possa conhecer de ofício*¹³⁶. Mas se o fato constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo for de exclusivo monopólio de parte, e desde que verta dos autos ao conhecimento do juiz nada lhe impede, em princípio, no âmbito do diálogo e colaboração com as partes na realização da justiça, que use do poder-dever de advertir a parte da notória existência daquele fato, para em querendo deduzí-lo nos autos¹³⁷.

Quando falamos de *objeções* de direito substancial, facilmente se compreende porque pode o juiz delas conhecer de ofício. Como disse Chiovenda “o juiz deve de ofício relevar a ausência dos fatos constitutivos, ainda que se a ordem

¹³⁶ La testimonianza, parte prima, cit., p. 339-353. Fatos esses juridicamente relevantes, obviamente. Como *fatos secundários* indica os fatos indiciários, tais como o comportamento das partes, que ajudam o juiz a investigar a verdade real dos fatos, nos limites da *res in iudicio deducta*, sem incorrer em vício de congruência - o que ocorreria se houvesse inclusão oficiosa de causa de pedir diversa daquela posta na demanda. Quanto aos fatos jurídicos os quais pode o juiz conhecer *de ofício*, indica Cappelletti aqueles referentes a uma *relação ou situação de direito público*, como os pressupostos processuais, os quais, evidentemente as partes não podem dispor, e aqueles ditos *meros fatos impeditivos ou extintivos* incompatíveis com a existência da própria ‘ação’, os quais estariam pelo menos implicitamente alegados, tais como o pagamento a prescrição de direitos indisponíveis, o fato notório, o fato afirmado por uma parte e confessado por outra. A propósito, confira-se o art.334 do Código, onde prevê não dependerem de prova os fatos secundários, podendo o juiz conseqüentemente deles conhecer de ofício, ainda que não alegados pela parte. Ainda, o art. 166 do Código Civil Brasileiro, que consente ao juiz conhecer de ofício da prescrição de direitos indisponíveis.

¹³⁷ Cf. Cappelletti, p. 351, nota 27.

pública lhes seja completamente estranha. O princípio que está a base de toda esta matéria é o seguinte ... que o processo deve servir à atuação dos direitos existentes, não à criação de direitos novos. Se, portanto, um direito parece ausente de um elemento, de um requisito considerado pela lei essencial à sua existência, o juiz deve declará-lo inexistente não somente se o réu é contumaz, mas até quando, tendo comparecido nos autos, não releva aquele defeito ou então declara não querer dele fazer-se valer: se assim não fosse, o juiz viria a dar vida, por acordo das partes, a um direito por lei inexistente”¹³⁸.

Há, ainda, os fatos supervenientes (*novos*) dos quais o juiz pode conhecer de ofício, dispondo o art. 462 do Código que “*Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito incluir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença*”, regra essa válida também para o réu.¹³⁹ Basta que o *ius superveniens* seja relevante para que seja considerado na sentença. Quanto ao *fato velho* que possa influir na causa, assim entendido o fato ocorrido até antes da citação do réu, mas *alegado no curso do processo*, somente se o concebe: (a) quando a alegação ocorrer após a citação e antes do saneador,

¹³⁸ Cf. Istituzioni di diritto processuale civile [ristampa], I, Napoli, Jovene, 1960, p. 315, ‘apud’ Cappelletti, op. cit., p. 348. Sobre a cognição oficiosa das objeções confira-se, também, Kazuo Watanabe, Da cognição no processo civil, São Paulo, RT, 1987, p. 80-82.

¹³⁹ Consoante a dicção do art. 303 do Código : “Art. 303 - Depois da contestação, só é lícito deduzir novas alegações quando: I - **relativas a direito superveniente**; II - competir ao juiz conhecer delas de ofício; III - por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e juízo.

com o consentimento do réu; (b) quando a alegação ocorrer após o saneador, ‘à título de confissão’ e portanto em desfavor da parte que o alegou. Do contrário encontraria óbice na letra do art. 264 e parágrafo único do Código.

Quanto à confissão, vale a conclusão de Cappelletti sobre os limites nos quais pode o juiz considerar de ofício fatos desfavoráveis à parte que os afirma: somente “tratando-se de fatos secundários ou de fatos jurídicos impeditivos ou extintivos que operam *ipso jure*; não em relação aos fatos constitutivos e aos fatos impeditivos ou modificativos eficazes somente *ope exceptionis*, porque a sua existência pode ser afirmada validamente somente pela parte que seja titular do direito ou respectivamente do contra-direito (privado-disponível) deduzido em juízo”.¹⁴⁰

Verifica-se, pois, que há uma relativização da presunção de veracidade dos fatos não impugnados, frente ao que fora dito nos parágrafos precedentes bem como ao disposto nos arts. 302 e 320 do CPC¹⁴¹. Há, portanto, no âmbito da técnica do processo, para os fins do adequado exame da atuação do princípio da congruência e como consequência da regra da repartição do ônus da prova, os fatos alegados que dependem

¹⁴⁰ La testimonianza, op. cit., p. 352. E este entendimento é válido para a exata compreensão dos arts. 302, 343, p. 2º, e 351 do CPC.

¹⁴¹ Art. 302 - Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo: I - se não for admissível, a seu respeito, a confissão; II - se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato; III - se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto. Art. 319 - Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor. Art. 320 - A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente: I - se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação; II - se o litígio versar sobre direitos indisponíveis; III - se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público, que a lei considere indispensável à prova do ato.

de prova. Regra essa que comporta exceções quanto à determinados fatos não alegados que podem ser provados e fatos alegados ou não que independem de prova.

1.3 A sentença e o princípio de congruência com o pedido.

A sentença têm seus requisitos mínimos : relatório, fundamentação e comando.¹⁴² A demanda, como dito no início deste trabalho, é identificada por três elementos: partes, causa de pedir e pedido.¹⁴³ Dissemos, também, sobre os quesitos homólogos da demanda e da sentença, e que uma dissemelhança entre qualquer deles implicaria em vício de congruência da sentença. Diante dos limites deste trabalho veremos como os quesitos objetivos da demanda - causa de pedir e pedido - devem guardar congruência na sentença, especialmente com a fundamentação e o comando.

A causa de pedir é subdividida em *próxima* (fundamentação de direito = fundamentação jurídica e fundamentação legal) e *remota* (fundamentação de fato). A causa de pedir *remota* contém o *fato constitutivo do vínculo* (também denominado fato essencial) e o *fato lesivo* (contrário) ao direito afirmado. A causa de pedir *próxima* é composta da *relação jurídica* que vincula as partes e da *afirmação do direito*. Assim, o direito afirmado decorre do fato lesivo e a

¹⁴²Cf. art. 458 do CPC : “São requisitos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

¹⁴³ Cf. art. 301, § 2º: “Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.”

relação jurídica decorre do fato constitutivo. A *causa de pedir remota* pode ter *mais de um fundamento de fato*. Já o *fundamento de fato* propriamente dito diz respeito ao *fato principal, essencial, constitutivo do vínculo*, e que pode ser apenas coadjuvado com *fatos simples, secundários, meramente circunstanciais*. Ao fundamentar a sentença, o juiz, como regra, não pode se distanciar da causa de pedir¹⁴⁴ formulada na demanda, especialmente da causa de pedir remota, onde vem substanciada pelos fatos constitutivos da relação jurídica e pelo fato contrário, lesivo ao direito afirmado. Não pode o juiz, por outro lado, dissociar-se das exceções substanciais formuladas pelo réu. Pouco importa a qualificação jurídica dada à parte ou ainda o fundamento legal, um ou outro indicado pela parte na causa de pedir próxima, pois como se verá adiante, à eles não está vinculado o juiz, diante dos adágios “*jura novit curia*” e “*da mihi factum, dabo tibi jus*”.¹⁴⁵

¹⁴⁴ A causa de pedir é o elemento mais rico e profundo da demanda. Importante é frisar que *uma mesma causa de pedir remota* pode ser *simples* ou *complexa*, ou seja, composta de um *único fundamento (de fato)* ou de *mais de um fundamento (de fato)*, todos aptos à *mesma consequência jurídica do direito afirmado*. Quando falamos de cúmulo de demandas e há *mais de uma causa de pedir*, esta não é nem simples, nem complexa, e sim *composta (cumulada)*. Evidentemente que também pode haver cúmulo de demandas quando há *uma única causa de pedir*, da qual decorre *mais de um pedido*, um guardando *autonomia* em relação ao outro, ou ainda *duas causas de pedir e dois pedidos*.

¹⁴⁵ Mas, de *lege lata*, e na perspectiva do princípio do contraditório, na sua acepção moderna, é interessante que o juiz colabore com as partes, e ao vislumbrar uma requalificação jurídica do fato ou uma norma legal diversa daquela eventualmente apontada pela parte, antes de julgar é recomendável que oportunize prévio diálogo com as partes, ao escopo de se evitar surpresas com o conteúdo da sentença, conduta esta que se não observada, tem sido considerada pela doutrina italiana como verdadeira afronta ao princípio constitucional do devido processo legal. O que pode ser reconhecido, basicamente, em dois momentos procedimentais expressamente previstos no Código: a correção da demanda prevista no art. 284 e a fixação dos pontos controvertidos prevista na audiência de preparação da causa - art. 331 do CPC. De *lege ferenda*, seria ainda recomendável um terceiro momento procedimental, previsto após o encerramento da instrução, onde o juiz, diante da

Quanto ao pedido, é imediato a um provimento jurisdicional meramente declaratório, constitutivo, condenatório, executivo *lato sensu* ou mandamental. Já o pedido mediato, refere-se ao bem da vida pretendido (v.g. soma em dinheiro, coisa, fazer ou não-fazer, existência ou inexistência de relação jurídica, constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica). Somente se o réu reconvir, ou for dúplice a ação, formulará, também, um pedido. Do contrário o *thema decidendum* é aquele fixado na demanda, e eventuais variações consentidas até o saneamento da causa.

Para que uma petição inicial não seja inepta, dever-se-á considerar identificado o pedido pela causa de pedir. Fique bem claro, portanto, que o juiz não pode proferir sentença sobre objeto diverso ou em quantidade superior daquilo que demandou uma parte em face da outra, nem se omitir sobre pedido e causa de pedir que constituam um fundamento, um ponto controvertido, enfim uma questão de mérito autônoma na demanda.

Não se olvide, todavia, daquelas hipóteses em que o juiz pode conhecer de ofício de um fato constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo não alegado pelas partes mas provado nos autos - os fatos simples e os fatos que a lei lhe permite oficiosamente conhecer. Assim os fatos indiciários, notórios, confessados, indisponíveis, supervenientes, as objeções de direito substancial, etc.

Mas quando uma sentença é incongruente e quando uma sentença é só aparentemente incongruente ? A doutrina de ordinário trata do vício de incongruência, mas não há realmente uma diretiva referente àquelas hipóteses de aparente vício de incongruência que, por nunca terem sido versadas de forma sistematizada, acarretam, não poucas vezes, equívocos na jurisprudência. Este é o nosso propósito nesta pesquisa. Por isso, faremos um breve aceno sobre as hipóteses de incongruência para, ao depois, finalizar este trabalho com uma perspectiva de sistematização das hipóteses de sentença civil só aparentemente incongruentes, no âmbito do processo de conhecimento de primeiro grau, abordagem esta limitada aos elementos objetivos da demanda.

Para a análise das hipóteses de incongruência, vejamos os quesitos homólogos entre demanda e sentença.

Quesitos da demanda: a) existência do fato que se narra; b) a presença no ordenamento da norma que se indica, como idônea a refletir aquele fato; c) o efeito que se entende conseqüente à simultânea presença do fato histórico e do fato normativo; d) a identificação da pessoa do requerido com a pessoa no confronto de quem tal efeito pode ser feito valer; e) a possibilidade de uma pronúncia-comando, em acréscimo aos juízos lógicos.

Quesitos da sentença: a) a existência de um fato; b) a existência, no ordenamento, de uma norma idônea aplicável ao fato; c) os efeitos que a lei conecta em abstrato à previsão normativa; d) os efeitos atribuídos aos fatos declarados, e

colmados na regra individuada e interpretada; e) no interesse de dois ou mais sujeitos determinados.

1.4 Vícios de congruência da sentença de mérito.

Os vícios da sentença, por afronta ao princípio da congruência, podem ser de *extra*, *ultra*¹⁴⁶ e *citra petita*.¹⁴⁷ Em linhas gerais podemos afirmar que a sentença *extra petita* aprecia fundamento diverso daquele invocado pela parte, ou se emite provimento ou concede bem da vida diversos dos que foram postulados. Haveria, conforme o caso, incongruência com a causa de pedir (separação judicial por injúria ao invés de separação judicial por adultério), com o pedido imediato (constituição ao invés de declaração etc) ou com o pedido mediato (um bem móvel ao invés de um bem imóvel). A sentença *extra petita* é considerada *nula*.

Também é viciada de *ultra petita* a sentença que julgue além do pedido, seja em relação à causa de pedir (na separação judicial por sevícias, acrescenta-se o abandono material), seja em relação ao objeto imediato (na separação judicial proposta pelo marido e julgada procedente, a condenação da mulher á perda do nome patronímico) ou ao objeto mediato do pedido (o autor pede a quantia de 100 e a condenação é de 500). A sentença *ultra petita* não tem sido considerada nula, desde que haja recurso, podendo o Tribunal reduzi-la aos limites do pedido.

¹⁴⁶ Cf. a respeito José de Moura Rocha, Do julgamento 'ultra petita' [subsídios para o seu estudo no processo civil brasileiro], Recife, Mousinho, 1958.

¹⁴⁷ Cf. sobre o tema Arruda Alvim, Manual, cit. P. 598 ss.;

Relativamente à omissão (parcial) de pronúncia, ocorre quando o juiz falta com o seu dever de pronunciar sobre toda a demanda, ou seja, existem demandas cumuladas no mesmo processo, cada qual com aqueles quesitos homólogos supra descritos, havendo decisão somente sobre alguns deles; o mesmo pode-se dizer quando tenham sido argüidas duas exceções substanciais e o juiz se omite em relação a uma delas.

Seria, pois, viciada de *citra petita* a sentença que deixa de apreciar ou considerar o pedido, ou algum dos pedidos. Na realidade, quanto à omissão, não há sentença nem de incongruência se trata. O que há é uma sentença *inexistente*, não se podendo falar sequer em coisa julgada material¹⁴⁸, podendo a parte repropor a demanda, caso não tenha havido embargos de declaração ou apelação¹⁴⁹.

Não há que se confundir, por outro lado, omissão parcial de pronúncia com julgamento parcialmente procedente de parcela do pedido ou de um dos pedidos cumulados. Neste último caso estaria o juiz, de qualquer modo apreciando todas as questões, todos os pontos, todos os fundamentos da demanda¹⁵⁰, situação diversa do julgamento incongruente por omissão na apreciação de qualquer destes fundamentos, pontos ou destas questões.

Em linhas gerais, a falta de congruência em relação tanto ao fato, quanto ao efeito jurídico, resultaria em defeito de *ultra petita* ou de *extra petita*, caso o juiz de ofício *integrasse*

¹⁴⁸ Neste sentido, julgado so Supremo Tribunal Federal 'in' RTJ 99/289.

¹⁴⁹ Cf. arts. 535, II e 513 do Código.

a decisão com um fato inexistente e não alegado (*ultra petita*) ou *substituísse* um fato alegado pela parte por um fato existente, embora não alegado (*extra petita*). A propósito, é útil recordar o brocardo segundo o qual “*quod non est in actis non est in mundo*”.

Por outro lado, o juiz não pode relevar de ofício as exceções cuja iniciativa é privativa do requerido, ou seja, os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor. São as chamadas exceções em sentido substancial ou próprio, as quais o requerido pode valer-se também por via de ação

Ao contrário, com relação aos fatos notórios, os fatos emergidos da instrução probatória, como por exemplo os fatos indiciários - como o comportamento das partes no curso do processo -, e outros fatos circunstanciais ao fato essencial, enfim, os denominados meros fatos impeditivos ou extintivos, consoante a terminologia de Cappelletti, o juiz pode, aliás deve, levar em conta de ofício - desde que lhes submeta ao contraditório antes de decidir.

As hipóteses de sentença incongruente são as mais variadas, e bem conhecidas. O importante, para a nossa pesquisa, é uma tentativa de sistematizar aqueles casos em que só aparentemente ocorre o vício de incongruência. E disso tratamos a seguir.

¹⁵⁰ E proferindo julgamento sobre o mérito, acolhendo ou rejeitando o pedido da parte, cf. art. 269, I, do Código.

2. HIPÓTESES DE APARENTE INCONGRUÊNCIA

Porque o princípio da congruência deriva do princípio da demanda, podemos afirmar que este não pode ser destacado daquele. É inconcebível dizermos, por exemplo, que em certos casos 'limite' se admitiria a não aplicação do princípio da congruência, embora o princípio da demanda permaneceria respeitado. Com um tal argumento ficaria fácil conceber que o juiz é inerte, mas uma vez invocada a tutela jurisdicional, teria amplos poderes modificativos do objeto litigioso do processo, fora ou além da demanda das partes. Por isso, não se concebem exceções ao só princípio da congruência, sem que não o sejam também para o princípio da demanda que lhe serve de fundamento. Nesse caso, não estaríamos mais respeitando o princípio dispositivo em sentido material, e sim adotando o princípio inquisitório em sentido material¹⁵¹. O que admitimos, portanto, são hipóteses aparentes de incongruência, como a seguir vêm delineado.

¹⁵¹ Hipótese esta que parece ocorrer quando, por questão de ficção jurídica, o Ministério Público age como parte no processo civil de família, sem prejuízo dos amplos poderes oficiosos do juiz, frente à indisponibilidade dos direitos da prole em direito de família. A ação oficiosa do juiz, e a ação e a intervenção do Ministério Público, fazem das questões de direito de família, um processo civil marcadamente inquisitório. Mas então, não há que se falar em princípio da

2.1 Causa de pedir remota implícita: o chamado fato constante.

Como já vimos, haverá sempre julgamento *extra petita* quando a sentença modificar a causa de pedir remota, cuja iniciativa é exclusiva da parte. Mas há casos em que não se exige uma precisa substanciação da causa de pedir.

Imaginemos então determinadas situações da vida em que há presunção sobre algum fato considerado natural. E que esse fato natural é por si só capaz de gerar conseqüências jurídicas. Mas justamente por ser um fato natural, é em si genérico de tal sorte a comportar espécies, todas elas hábeis à mesma conseqüência jurídica. Se a parte vem demandar em juízo e deduz, não propriamente aquele fato natural - que de qualquer sorte emergiu da prova dos autos -, porém outro mais específico, de sua vez não provado, pode-se à primeira vista acreditar que a única solução sentencial cabível seria a de improcedência. E o juízo lógico, contido na motivação da decisão, estaria jungido então ao *thema decidendum*, enfim sem desbordar dos limites impostos pela demanda.

Na realidade uma sentença que atinja uma tal conclusão estaria partindo de uma premissa falsa : a motivação nela contida estaria se olvidando de uma *causa de pedir remota implícita* na demanda, mas provada nos autos, e que se fosse levada em consideração ensejaria decisão diametralmente

diversa, favorável ao autor. E o que é mais importante, mantendo intacta a causa de pedir contida na demanda.

Estamos a tratar daquilo que se tem denominado como *fato constante* da demanda.

Imagine-se uma ação de investigação de paternidade. O art. 363 do Código Civil Brasileiro estabelece três hipóteses onde o investigante poderia exercitá-la : (I) concubinato, (II) rapto ou (III) existência de documento de reconhecimento.

Se o autor alega que é filho do réu em decorrência de concubinato, caso não provado este, mas provadas as relações sexuais do réu com a mãe do investigante ao tempo da concepção, evidentemente que não desborda dos limites da demanda a decisão de procedência que considera a prova das relações sexuais como suficientes. Isto porque a geração biológica decorre de união sexual, estejamos diante da alegação de concubinato, rapto ou existência de reconhecimento escrito que a faça supor.¹⁵²

A *causa de pedir remota implícita* neste tipo de ação, seja qual for a hipótese da lei deduzida pelo autor, será sempre a presunção de *relações sexuais*.

¹⁵² Cf. José R. C. Tucci, cit., p. 160-161. Há ali interessante passagem sobre dois precedentes da jurisprudência, o primeiro do TJRS que “rejeitando a alegação de concubinato, reconheceu procedente o pedido com fundamento nas relações sexuais que restaram efetivamente provadas, sem que, com isso, viesse consumada qualquer modificação da *causa de pedir*”, e o segundo do TJSP, entendendo que “Não constitui julgamento ultra petita o conhecimento de investigação de paternidade sob o prisma do III do art. Art. 363 do CC em vez dos ns. I e II do mesmo artigo, invocados inicialmente pela parte. Só há julgamento ultra petita quando o juiz julga além do pedido, isto é, concede mais ou condena em mais do que foi pedido pelas partes” - respectivamente “in” RJTJRS 109/359 e RT 534/38. Interessante que enquanto o primeiro aresto entendera, corretamente, que a decisão não seria *extra petita*, já o segundo pautara-se pelo raciocínio de inexistir sentença *ultra petita*, incorrendo em manifesto equívoco terminológico.

O mesmo ocorre em ação acidentária, onde o trabalhador pretenda um benefício previdenciário. Entende-se que *o risco profissional de incapacidade para o trabalho* é um fato constante no contrato de trabalho¹⁵³. Assim se o *pedido mediato* é de *aposentadoria por invalidez* em razão de se ter alegado um *estado de incapacidade total* como *causa de pedir remota*, não será *extra petita* a decisão que, com base na *prova pericial conclusiva pela incapacidade parcial*, julgue procedente o *pedido* para conceder *auxílio acidente*.¹⁵⁴

A prestação de serviços em condições *nocivas* tem no *agente insalubre* um fato constante. Assim, a consideração na sentença de agente nocivo diverso - mas nos autos provado - daquele apontado na inicial não gera modificação na demanda que tem com pedido mediato o adicional de insalubridade.¹⁵⁵

Vê-se, então, que a causa de pedir remota implícita não enseja modificação da causa de pedir nem do objeto litigioso do processo, não havendo porque o juiz deixar de levá-la em consideração - desde que resulte provada nos autos -, na justa medida que o princípio da congruência não seria, ainda assim,

¹⁵³ Cf. José R. C. Tucci, op cit., p. 162.

¹⁵⁴ Neste sentido STJ, Resp nº 64.006/95, 6ª Turma, DJ 7.8.95, p. 23.108; no mesmo sentido, só que entendendo não haver decisão *'ultra' petita*, o seguinte julgado do TAMG : "Julgamento ultra petita - acidente do trabalho - inexistência de vinculação do juiz ao pedido da parte - finalidade social da lei neste tipo de demanda - inexistência de decisão ultra petita. Na ação de acidente do trabalho, não há que se falar em julgamento ultra petita, poquanto não está o juiz adstrito ao pedido". E do corpo do Acórdão extrai-se a seguinte passagem: "A lei acidentária assenta as suas bases doutrinárias na existência do risco profissional e na finalidade marcadamente social, visando recompor, tanto quanto possível, a vida econômica do trabalhador. Não há de se confundir seus princípios com a caridade ou a comiseração; cuida-se de realizar-se a Justiça em sua plenitude. O cunho social e a espécie de responsabilidade põem o feito sob ótica processual mais liberal."

¹⁵⁵ À propósito a Súmula 293 do Tribunal Superior do Trabalho : "A verificação mediante perícia de prestação de serviços em condições nocivas, considerado agente insalubre diverso do apontado na inicial, não prejudica o pedido de adicional de insalubridade."

vulnerado pelo *decisum*. Trata-se, pois, de um caso em que só aparentemente haveria afronta ao princípio.

2.2 Os fundamentos de fato de uma causa de pedir complexa.

Uma questão interessante emerge daquilo que a doutrina tem denominado de concurso de pedidos, onde há mais de um fundamento e um só pedido ou um só efeito jurídico pretendido pelo autor (na verdade **substancialmente há mais de um pedido**, embora objetivamente haja um só pedido), cuidando-se, portanto, de cumulação de causas de pedir.

Neste caso o juiz deve apreciar as duas causas de pedir, ainda que desacolha apenas uma delas, sob pena de incorrer em *citra petita* - ex. *separação judicial por culpa e por lapso de tempo* (art. 5º *caput* e art. 5º p. 1º, da Lei do Divórcio). Podemos, ao contrário, imaginar uma demanda que contenha um só pedido (no que difere, **substancialmente**, do chamado concurso de pedidos) com uma só causa de pedir (com um ou mais de um fundamento de fato).

Na hipótese de uma causa de pedir complexa (há mais de um fundamento de fato que a embasa), o juiz pode se “*omitir*” em relação a um dos fundamentos de fato, sem incorrer em *citra petita* - ex. *separação judicial por culpa (injúria e adultério)*.¹⁵⁶

¹⁵⁶ A nosso ver, *uma mesma causa de pedir remota* pode ser *simples* ou *complexa*, ou seja, composta de um *único fundamento (de fato)* ou de *mais de um fundamento (de fato)*, todos aptos à *mesma consequência jurídica do direito afirmado*. Quando falamos de cúmulo de demandas e há *mais de uma causa de pedir*, esta não é nem

2.3 O chamado pedido alternativo.

São institutos inconfundíveis entre si o cúmulo alternativo de demandas e o chamado pedido alternativo.¹⁵⁷ O pedido alternativo refere-se aos casos em que a *obrigação* do devedor é *alternativa*. Sob o aspecto processual a demanda é única¹⁵⁸, pois única é a causa de pedir e único será o bem da vida obtido, uma vez exercitado o direito de escolha. A alternatividade da prestação da obrigação refere-se exclusivamente ao plano do direito substancial.

E difere a *obrigação alternativa* de outras modalidades de obrigações, justamente quanto ao seu objeto: nela há pluralidade de prestações cujo objeto é distinto. No dizer de Calmon de Passos : “Devemos não esquecer, entretanto, que são coisas distintas *pedido alternativo* (art. 288) e *pedidos alternativos* (arts. 289 e 292)” e mais adiante “Também não se confunde a *obrigação alternativa* com as chamadas *obrigações de prestação complexa*, nas quais, havendo pluralidade de prestações, constituem elas uma unidade incindível, visto que não se pode dizer cumprida a obrigação senão quando todas tenham sido satisfeitas; nem igualmente ela se identifica com a

simples, nem complexa, e sim *cumulada*. Já o *fundamento de fato* propriamente dito diz respeito ao *fato principal, essencial, constitutivo do vínculo*, e que pode ser apenas coadjuvado com *fatos simples, secundários, meramente circunstanciais*. No chamado *concurso de pedidos* há *duas causas de pedir* (cada qual com um ou mais de um fundamento de fato) e *um só pedido* e que não se confunde com uma *demandação única* que contenha *única causa de pedir* (com dois fundamentos de fato) e *único pedido*. Sobre a assunto confira-se a divergência doutrinária apontada na nota 124, *supra*.

¹⁵⁷ Sobre o tema confira-se o quanto dito à respeito no subtítulo “As alegações das partes”, neste capítulo, item 1.1, *supra*.

¹⁵⁸ Neste sentido, a abalizada opinião de Giuseppe Tarzia, em clássico ensaio sobre o tema no âmbito do direito italiano - cf. *Appunti sulle domande alternative*, ‘in’

obrigação de prestação cumulativa, na qual, em verdade, embora inexistindo aquela unidade incindível, todas as prestações são exigíveis conjuntamente.”¹⁵⁹

Estabelece o art. 288 do Código : “*O pedido será alternativo, quando, pela natureza da obrigação, o devedor puder cumprir a prestação de mais de um modo. Parágrafo único - Quando, pela lei ou pelo contrato, a escolha couber ao devedor, o juiz lhe assegurará o direito de cumprir a prestação de um ou de outro modo, ainda que o autor não tenha formulado pedido alternativo*”¹⁶⁰.

Na teoria das obrigações, como já acenado, existe a chamada *obrigação alternativa* a qual o devedor pode adimplir mediante prestações de objeto distinto. Vale dizer há uma pluralidade de prestações, mas apenas uma delas é devida, à escolha do devedor.

Vejamos a dicção do art. 884 do Código Civil Brasileiro: “*Nas obrigações alternativas, a escolha cabe ao devedor, se outra coisa não se estipulou.*”

Se em determinado contrato, ficou o *devedor* obrigado a construir uma casa ou pagar uma certa quantia equivalente em dinheiro, *de nada adiantará o pedido fixo* a uma das prestações, feito pelo credor que lhe demandar em juízo pelo descumprimento.

O juiz facultará ao réu-devedor a escolha quanto ao objeto da prestação, *e se - no prazo de resposta - for ela*

Problemi del processo civile de cognizione, Padova, Cedam, 1989, pp. 127-185, espec. p. 129-137.

¹⁵⁹ Cf. Comentários, op. cit., pp. 236-239.

¹⁶⁰ O destaque não consta do original.

diversa daquela indevidamente especificada pelo autor na demanda, não acarretará vício de congruência na sentença que, ao julgar procedente o pedido do autor, o faça conforme a escolha feita pelo devedor no processo¹⁶¹.

É evidente que sendo a obrigação alternativa e competindo a escolha ao devedor, será questão de boa técnica ao autor levar isto consideração na formulação de pedido alternativo¹⁶², de tal modo a não afrontar o direito do réu. Mas se formular pedido fixo quanto ao objeto mediato, isto será irrelevante para o princípio da congruência¹⁶³.

Estamos aqui diante de uma *exceção legal* ao princípio da adstrição da sentença ao pedido, informada pela natureza do bem da vida almejado - sujeito a prestação alternativa.

¹⁶¹ Calmon de Passos assevera que em não competindo ao autor o direito de escolha, não poderia ele formular pedido certo, de forma a violentar o direito do réu, e que em casos que tais o Código de 1939 era omissivo, valendo para a solução do impasse - agora expressamente adotado pelo art. 288 e parágrafo único do Código em vigor - a doutrina de Lopes da Costa segundo o qual formulando o autor no pedido a escolha que competiria ao réu, não seria o caso de improcedência da ação, cabendo ao juiz assegurar ao réu o direito que lhe compete. Comentários, op. cit., p. 238. Por outro lado, não se olvide que o devedor poderá reconhecer o pedido do autor, todavia reservando-se ao direito de escolha para a fase executiva, conforme o texto do art. 571 do Código.

¹⁶² Como observa Barbosa Moreira, o pedido é em regra fixo, ou seja, visa a um único objeto imediato e a um único objeto mediato. Poderá, porém, ser alternativo, isto é, ter dois ou mais objetos mediatos, 'quando, pela natureza da obrigação, o devedor puder cumprir a prestação de mais de um modo' (art. 288); ou, em termos mais exatos, quando a obrigação puder cumprir-se mediante uma de duas ou mais prestações" - cf. O novo processo civil, op. cit., p. 11/12.

¹⁶³ Idem, Ibidem, p. 12. Por outro lado, se a escolha compete ao credor, a solução é de todo diversa, pois deverá ser exercitada já na demanda proposta, sendo que neste caso a sentença ao julgar fundada a demanda, não pode determinar que o devedor cumpra uma prestação não postulada pelo autor, sob o argumento de que a obrigação é alternativa, pois assim estaria incorrendo em vício de *extra petita*. Veja-se a propósito entendimento do Superior Tribunal de Justiça: "Se a parte formulou pedido certo, de condenação da ré na execução dos reparos, sob pena de cominação de multa por dia de descumprimento da obrigação, ao juiz é defeso, incidindo em afronta ao 'princípio da adstrição', proferir condenação alternativa, a cargo do devedor, de indenizar o valor dos consertos" (STJ -4ª Turma, REsp 18.048-0-RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 26.10.93, deram provimento parcial, v.u., DJU 29.11.93, p. 25.883, 1ª col., em.)".

2.4 Pedidos implícitos.

Também aqui estamos diante de uma aparente ofensa ao princípio da congruência entre o pedido e a sentença. Há várias hipóteses em que poderá o juiz, independente de pedido e sem que com tal agir esteja a exceder os limites impostos pela demanda, determinar a inclusão na sentença de efeitos jurídicos que lhe são conseqüentes.

Cuida-se daquilo que de ordinário se denomina de pedido implícito¹⁶⁴. Vejamos quais são estes casos.

Quando a ação tem por objeto obrigação de trato sucessivo ou continuado, dispõe o art. 290 do CPC que as prestações periódicas que se vencerem no curso do processo consideram-se incluídas no pedido, independentemente de declaração expressa do autor, e acaso não sejam pagas ou consignadas pelo devedor, serão também incluídas na sentença condenatória, enquanto durar a obrigação. Aqui o pedido é implícito seja das prestações vencidas até a data da prolação da sentença, como também das prestações vincendas após a prolação da sentença, enquanto durar a obrigação.¹⁶⁵

Não obstante o pedido deva ser interpretado restritivamente (art. 293 do CPC), também tem sido considerado implícito com relação aos efeitos da sucumbência:

¹⁶⁴ Cf. Franco Lancellotti, *Variazioni dell'implicito rispetto alla domanda, alla pronuncia ed al giudicato*, 'in' *Rivista di diritto processuale*, 1980, pp. 465-486.

¹⁶⁵ Chamada condenação para o futuro, técnica de sumarização do procedimento com a formação antecipada do título executivo, informada pelos princípios de economia processual e uniformidade de julgamentos. Cf. Calmon de Passos, *Comentários*, cit., p. 242

assim os juros de mora¹⁶⁶, a correção monetária¹⁶⁷, as custas do processo¹⁶⁸ e os honorários de advogado¹⁶⁹, os quais, por serem efeitos secundários (ou anexos) da sentença, estão implicitamente contidos no pedido e portanto não incorrendo a sentença em vício de *ultra petita* que os conceder sem pedido expresso da parte. O mesmo se digo do efeito secundário (ou anexo) da sentença condenatória quanto à hipoteca judiciária.¹⁷⁰

Entende-se que é lícito acolher pedido não expresso, desde que integre virtualmente o objeto (litigioso) do processo, como no caso de se considerar implícito o pedido de revogação do ato administrativo, se o pleito é no sentido do reconhecimento de um direito que teria sido cancelado por aquele mesmo ato, não se considerando que a decisão nesse sentido tenha sido *extra petita*.¹⁷¹

¹⁶⁶ Art. 293 do CPC: “Os pedidos são interpretados restritivamente, compreendendo-se, entretanto, no principal os **juros legais**.” Os juros de mora devem ser contados, ainda que não expressamente pedidos, RTJ 118/170; “Incluem-se os juros moratórios na liquidação, embora omisso o pedido inicial ou a condenação” - Súmula nº 254 do STF. Há um acórdão admitindo inclusão de juros de mora em reexame necessário, em que não houve recurso voluntário da parte adversa à Fazenda Pública, sendo que, com base no pedido implícito dos juros, entendeu-se que não ocorreu sequer “reformatio in pejus” na espécie, cf. STJ Resp nº 31.528-5-MG, DJU 16.5.95, p. 11.745, v. tb. RTJE 134/99.

¹⁶⁷ RT 506/131, 613/165, JTA 72/93; STJ Resp nº 22.830-3-RJ ‘in’ DJU 17.8.92, p. 12.505; tem-se aplicado a Súmula nº 254 do STF, também para a correção monetária - RSTJ 75/347.

¹⁶⁸ Art. 20 do CPC : “A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios.” Cf. Theotonio Negrão, CPC e legislação processual em vigor, 29ª ed., São Paulo, Saraiva, art. 293, nota 4, p. 285.

¹⁶⁹ Cf. art. 20, descrito na nota supra. Súmula nº 256 do STF: “É dispensável pedido expresso para condenação do réu em honorários com fundamento nos arts. 63 ou 64 (atual art. 20) do CPC”.

¹⁷⁰ Cf. art. 466 e parágrafo único do CPC; TJSP, AI 233.585-1, j. 29.09.94.

¹⁷¹ RTJ 125/813. No mesmo sentido RSTJ 67/329.

O pedido de cancelamento no registro imobiliário é implícito na ação de rescisão de compromisso de compra e venda cumulada com pedido de reintegração de posse.¹⁷²

Na ação de separação judicial o pedido de alimentos é implícito.¹⁷³ Aliás, frente aos direitos de incapazes que geralmente estão em jogo nas ações de separação judicial e divórcio, há outras peculiaridades que motivaram abordagem se separado.¹⁷⁴

Considere-se, ainda, a determinação da incidência de multa diária liminar ou final, nas ações de cumprimento de obrigação de fazer e não fazer, independentemente de pedido do autor¹⁷⁵. Interessante observar que, diversamente das hipóteses de prestações periódicas e verbas de sucumbência, em que o juiz *deve* incluí-las na sentença, no caso da multa o juiz *pode* impor tal meio de coerção indireta do devedor.¹⁷⁶

Por outro vértice, ainda que a parte faça pedido expresso e determinado sobre o valor da multa (*astreinte*) a ser aplicada, nem por isso deve haver adstrição na sentença, podendo o juiz ir além, aquém ou simplesmente silenciar sobre

¹⁷² RJTAMG 61/271.

¹⁷³ RT 502/567

¹⁷⁴ Conforme item 2.9, *infra*.

¹⁷⁵ A propósito os arts. 287 e 461, § 4º, do CPC; o art. 84, § 4º, do Código de defesa do consumidor; o art. 213, do Estatuto da Criança e do Adolescente e o art. 11 da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação civil pública).

¹⁷⁶ Neste sentido Barbosa Moreira, O novo processo civil brasileiro, 19ª ed., Forense, Rio de Janeiro, p. 11. Tanto assim é que caso não imponha o preceito, a lei não considera que tenha havido omissão de pronúncia, e o juiz poderá ao depois, fixar multa na execução da sentença, conforme o texto do art. 644 do CPC: “Na execução em que o credor pedir o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, determinada em título judicial, o juiz, se omissa a sentença, fixará multa por dia de atraso e a data a partir da qual ela será devida.” Além disso, caso tenha imposto multa na sentença, o valor fixado não se submete aos limites objetivos da coisa julgada, pois como prescreve o parágrafo único do mesmo artigo: “O valor da multa poderá ser modificado pelo juiz da execução, verificado que **se tornou insuficiente ou excessivo.**”

este tipo de pedido, caso não o julgue adequado para o caso concreto.¹⁷⁷

Resumindo as hipóteses de pedido implícito, aqui tratadas como exceções ao princípio da congruência, podemos vislumbrar, basicamente quatro fundamentos diversos : a) economia processual; b) efeitos secundários (ou anexos) da sentença; c) direitos indisponíveis; d) meios de coerção indireta apto a dar efetividade ao comando da sentença.

2.5 O fato superveniente e o direito superveniente.

Estabelecem os artigos 303, I, e 462 do Código : “Art. 303 - *Depois da contestação, só é lícito deduzir novas alegações quando: I - relativas a **direito superveniente**; Art. 462 - Se, depois da propositura da ação, algum **fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.**”*

Antes de tudo como exceção lógica aos princípios da imutabilidade da demanda, da eventualidade e da estabilidade do processo, temos o chamado *ius superveniens*. Por outro lado, são entre si inconfundíveis *direito superveniente e diversa qualificação jurídica dada ao fato*, pois nesta não há

¹⁷⁷ Cf. Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação civil pública*, 4ª ed., São Paulo, RT, p. 175; até porque, além de ser a *astreinte* um meio de efetividade de processo, quando posta à serviço da tutela de direitos coletivos e difusos, não constitui subrogação quanto às eventuais perdas e danos, e de consequência não revertendo a final ao autor da demanda, mas constituindo o fundo de recuperação do bem lesado - fluid recovery , art. 13 da Lei da Ação civil pública. Ver, ainda, a nota anterior.

qualquer causa superveniente mas sim equivocada qualificação jurídica dos fatos originariamente narrados.

O problema a resolver é o da congruência entre a demanda e a sentença. A aparente afronta parte, por óbvio, da premissa de que permanece inalterada a causa de pedir, sendo necessário portanto uma causalidade com o “*fato inicialmente apontado como representativo do fundamento jurídico do pedido que é a causa de pedir, seja constituindo-a, seja modificando-a, seja extinguindo-a. Pois, se não participar de nenhuma dessas formas, será demanda diversa, pedido novo, incidindo a proibição dos arts. 264, parágrafo único e 294, do Código de Processo Civil.*”¹⁷⁸ Ou seja, quando a lei menciona que a causa superveniente deve influir no julgamento da lide, é porque deve não só ser um fato novo, mas ser um *fato novo relevante*.

Quanto ao *fato velho* que possa influir na causa, assim entendido o fato ocorrido até antes da citação do réu, mas *alegado no curso do processo*, somente se o concebe: (a) quando a alegação ocorrer após a citação e antes do saneador, com o consentimento do réu; (b) quando a alegação ocorrer após o saneador, ‘à título de confissão’ e portanto em desfavor da parte que o alegou. Do contrário encontraria óbice na letra do art. 264 e parágrafo único do Código.

¹⁷⁸ Cf. Milton de Paula Carvalho, op. cit., p. 158. No mesmo sentido, Tucci, *A causa petendi*, cit., p. 141. Observe-se que quando Milton de Paula Carvalho escreveu a sua obra o teor do art. 294 era pela absoluta impossibilidade de aditamento (mudança) do pedido, mas o fato da nova redação permití-la até a citação do réu em nada modifica o raciocínio aqui posto sobre o *ius superveniens*.

Para Cruz e Tucci, a regra vale tanto para fato superveniente quanto para o direito superveniente: “quando sobrevier direito atribuindo ao fato originariamente narrado efeito constitutivo ou modificativo diverso, ou ocorrer um fato, também posterior ao ajuizamento da demanda, que tenha o condão de constituir, modificar ou extinguir o fundamento jurídico do pedido, não poderá ele deixar de ser apreciado pelo órgão jurisdicional.” E prossegue, em nota de pé de página “Milton de Paula Carvalho, examinando esse problema, ressalva que a expressão ‘relativas a direito superveniente’, contida no inc. I do art. 303, ‘está a referir-se não à regras novas do direito positivo que se promulguem no correr do processo e tenham incidência sobre a matéria nele controvertida’, mas sim, aos efeitos constitutivos ou modificativos, decorrentes da lei nova, que possam ser atribuídos aos **mesmos fatos** inicialmente apontados... o que significa, sob o aspecto prático, a mesma coisa...”.¹⁷⁹

O próprio Milton de Paula Carvalho exemplifica o fato e o direito superveniente relevante : “Estando a cogitar-se da causa de pedir, do fato que constitui fundamento jurídico do pedido ou fato jurígeno, será idêntico o efeito produzido por um fato novo sob o direito inicialmente invocado, àquele da lei nova sobre o fato inicialmente invocado. Exemplo do fato novo sob o mesmo direito é o da nova infração à mesma cláusula contratual que inicialmente se apontou violada. Exemplo do direito novo sobre o fato inicialmente apontado é o da atribuição, por lei nova, de efeitos jurídicos novos ou

¹⁷⁹ A causa petendi, cit., p. 140-141 e nota 68.

*diversos daqueles que se atribuíam, quando da propositura da demanda, aos fatos nela expostos sem esse alcance: a lei que anistia débitos tributários extingue a execução fiscal.”*¹⁸⁰

O fundamento do *ius superveniens*, expressamente previsto na lei processual, está diretamente relacionado com os acentuados escopos publicísticos do processo e com o princípio de economia processual. Para Comoglio “*a economia dos juízos é determinante, no justificar a relevância decisória dos fatos (constitutivos, modificativos ou extintivos) que, embora insubsistentes no momento em que a demanda é proposta, sobrevenham no curso do processo.*”¹⁸¹ Disto decorre, ademais, o poder oficioso conferido ao juiz.¹⁸² Poder este justificável pela impossibilidade lógica de alegação de parte no momento reservado pelo princípio da eventualidade, que de sua vez não pode ser de tal forma rígido ao ponto de restar em confronto com outro princípio: *bis de eadem re ne sit actio*¹⁸³.

Chiovenda já havia acenado, também, pela maior amplitude do princípio *ne eat iudex ultra petita partium* em relação ao princípio *sententia debet esse conformis libello*, na medida em que este último refere-se a congruência com a demanda introdutiva do processo e aquele não só com a

¹⁸⁰ Do pedido, cit., p. 159.

¹⁸¹ Luigi Paolo Comoglio, *Il principio di economia processuale*, vol. I, Padova, Cedam, 1980, p. 238.

¹⁸² Pois conforme Comoglio, o princípio de economia processual só tem razão de ser quando projetado num contexto de poderes estruturais, atribuídos à autonomia do juiz. Op. cit., vol II, p. 359.

¹⁸³ Comoglio, op. cit., vol I, p. 26.

demanda inicial mas também com todos os demais requerimentos de parte no curso da demanda¹⁸⁴.

Seja a requerimento de parte, seja de ofício, considere o juiz um fato ou um direito superveniente relevante - ou seja aquele que ao mesmo tempo influi no julgamento sem alterar a causa de pedir e o pedido -, deve julgar a lide em conformidade com o estado dos fatos no momento da sentença, face ao princípio da utilidade da jurisdição, sem que com isso esteja a disceptar o princípio da congruência por aparente vício de *extra petita*.¹⁸⁵

2.6 Diversa qualificação jurídica dada ao fato.

Como já visto, além das partes e do pedido, temos a *causa de pedir* como elemento da demanda. A causa de pedir é subdividida em *próxima* (fundamentação de direito) e *remota* (fundamentação de fato). A causa de pedir *remota* contém o

¹⁸⁴ *Identificazione delle azioni. Sulla regola 'ne eat iudex ultra petita partium'*, nei Saggi di diritto processuale civile, vol I, Milano, Giuffrè, 1993, p. 157-158.

¹⁸⁵ Imagine-se então a nova infração à mesma cláusula contratual, inicialmente apontada como violada na demanda; o agravamento dos danos pessoais decorrentes de um ato ilícito; ou o pagamento da dívida no curso da ação de cobrança: cuidam-se, respectivamente, de fatos supervenientes constitutivo, modificativo e extintivo do direito do autor. A consideração deles é imperativa na sentença a ser prolatada. Por outro lado, o interesse de agir da parte está diretamente ligado com o princípio da utilidade da jurisdição. Via de regra o interesse de agir deve estar presente quando da propositura da demanda, subsistindo “até o momento da prolação da sentença. Presentes quando da propositura mas, eventualmente ausentes no momento da prolação da sentença, é vedado ao juiz pronunciar-se sobre o mérito, já que o autor não tem mais direito de ver a lide decidida. Da mesma maneira, se ausentes quando da propositura da ação, mas preenchidas no curso do processo, o juiz deve proferir sentença d mérito” - cf. Nelson Nery Junior, RP 42/201. Quanto à esta última hipótese, o STJ tem sufragado o entendimento : “Ação revisional de aluguel. Propositura antes de completado o quinquênio. Possibilidade de aplicação do art. 462 se, por ocasião da sentença, já estava em vigor a Lei 8.178/91, que reduzia o prazo para três anos. (Resp., 31.595, DJU 21.6.1993, p. 12.376).

fato constitutivo do vínculo (também denominado fato essencial) e o *fato lesivo* (contrário) ao direito afirmado. A causa de pedir *próxima* é composta da *relação jurídica* que vincula as partes e da *afirmação do direito*. Assim, o direito afirmado decorre do fato lesivo e a relação jurídica decorre do fato constitutivo.

Quando falamos, portanto, da possibilidade do juiz, na sentença, dar qualificação jurídica diversa daquela atribuída pela parte ao fato, não estamos com tal raciocínio a permitir que a nova qualificação altere o próprio fato constitutivo da demanda, pois não estariamos diante da mesma demanda, e sim de outra - em manifesta decisão *extra petita*. Fique bem claro, portanto, que a nova qualificação jurídica *não pode modificar a demanda inicialmente proposta, ou seja a causa de pedir remota*.

Na realidade, não está o juiz adstrito à norma legal invocada ou à qualificação jurídica atribuída pela parte ao fato. Pura aplicação dos adágios “*da mihi factum dabo tibi jus*” e “*jura novit curia*”.

Para Karl Larenz “*Tradicionalmente distingue-se entre a questão relativa ao que efectivamente aconteceu, a ‘questão de facto’ e a questão acerca de como se há-de qualificar o ocorrido em conformidade com os critérios da ordem jurídica, a ‘questão de direito’*. A resposta à questão de facto é equiparada, na maior parte das vezes, à denominada *subsunção da situação de facto em causa à previsão de uma norma jurídica*.” E prossegue o mesmo autor “*A distinção*

entre questão de facto e questão de direito perpassa todo o Direito Processual; o princípio dispositivo pressupõe especialmente esta distinção. O juiz julga sobre a 'questão de fato' com base no que é aduzido pelas partes e na produção da prova; a questão de direito decide-a sem depender do que é alegado pelas partes, com base no seu próprio conhecimento do Direito e da lei, que tem de conseguir por si (jura novit curia).”¹⁸⁶

Segundo Cruz e Tucci “É por demais sabido que o juiz, ao construir a *ratio decidendi* e aplicar ‘as normas legais’ ao caso concreto (art. 126 do CPC), goza de absoluta liberdade, nos limites fáticos constantes do processo, para o enquadramento jurídico que reputar mais adequado. Embora o *nomem iuris* e/ou fundamento legal porventura apontado pelo autor possa influenciar a convicção do julgador, nada obsta, dada a incidência do aforismo *iura novit curia*, a que este requalifique juridicamente a demanda, emoldurando-a em outro dispositivo de lei. O juiz tem, pois, o dever de examinar os fatos que lhe são submetidos à luz de todo o ordenamento jurídico, ainda que determinada norma não tenha sido expressamente invocada pelas partes.”¹⁸⁷

¹⁸⁶ Metodologia da Ciência do Direito [tradução portuguesa de José Lamego], 2ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, pp.370/371.

¹⁸⁷ Cf. José Rogério Cruz e Tucci, Responsabilidade objetiva e qualificação jurídica da demanda, ‘in’ Processo Civil, realidade e justiça [20 anos de vigência do CPC], São Paulo, Saraiva, p. 1. É útil a transcrição parcial dos seguintes julgados, citados pelo mesmo autor: “Admissível o acórdão fundar-se em dispositivo legal diverso do indicado pelo autor, desde que tenha considerado os mesmos fatos” (RT 684/115); “Antes de mais nada, registro que, embora a demandante tenha se reportado ,na petição inicial, à Lei de Luvás, esta não é aplicável à espécie dos autos, o que, todavia, é irrelevante porque, no direito brasileiro, vigora o princípio *da mihi factum, dabo tibi ius*, de modo que ao Poder Judiciário cabe aplicar o direito aos fatos ainda que não tenha sido invocado pelas partes” (BAASP 1.702/202); “embora

Caso o autor postule a anulação do contrato de compra e venda com base em erro, nada impede que a ação seja julgada procedente entendendo o juiz que o fato narrado seja qualificado juridicamente não como erro, mas como dolo; ou então que não se trata de compra e venda, mas de arrendamento. Se a parte litiga contra uma pessoa jurídica de direito público, pedindo condenação em perdas e danos com base na responsabilidade subjetiva, nada impede que a sentença acolha a ação, mas com base na teoria da responsabilidade objetiva¹⁸⁸. Nestes casos a demanda permanece a mesma. Simplesmente o juiz qualificou juridicamente o fato de forma diversa. Há correção na subsunção normativa antes indicada pela parte (causa de pedir próxima), mesmo porque não é obrigada a indicar na petição

o autor tenha invocado expressamente o *caput* do art. 5º da Lei do Divórcio, os fatos descritos no libelo claramente se enquadram no disposto no seu § 1º (com a nova redação dada pela Lei nº 8.048, de 13.2.92), que cuida da *separação-remédio*, na qual, bastante o fato objetivo da ruptura prolongada e irreversível da vida em comum, não se aprecia culpa de qualquer dos cônjuges. E tudo isso, a que, com a aplicação do princípio *iura novit curia*, levam a inferir os inequívocos termos da inicial, restou satisfatoriamente apurado e comprova durante a instrução” (RF 325/194) - cf. op. cit., pp. 2-3. V., no mesmo sentido, Milton de Paulo Carvalho, op. cit., p. 174-175 e notas, contendo referência a julgados que reconheceram, a nosso ver equivocadamente, o vício de *ultra e extra petita* nestes casos.

¹⁸⁸ Pois como afirmou Cruz e Tucci, ressaltando todavia a diferença entre o fundamento jurídico do fundamento legal da demanda, mas formulando crítica a julgado que entendera viciada de *extra petita* sentença que requalificara a responsabilidade civil subjetiva para objetiva: “o juiz não só pode como deve, sem alterar os fatos expostos, imprimir o enquadramento jurídico que o fato essencial mereça. E, nesse ponto, verifica-se que a sentença do juiz monocrático estava perfeitamente correta, quando desprezou toda a discussão convergente sobre a prova do ato culposos, e, com base na responsabilidade objetiva, sem alterar quaisquer fatos, emprestou nova moldura jurídica aos mesmos, a partir da culpa presumida do Estado. Não se trata, evidentemente, de julgamento *extra petita* como se imaginou! O demandante ingressou em juízo alegando, possivelmente, a imprudência do preposto da Administração, por ter desrespeitado sinal de trânsito. O debate centrou-se, ao que parece, na comprovação dessa afirmação. Todavia, era ela despicienda, porquanto a culpa, trazida à colação pelo autor, correspondia apenas a um fato secundário, sem qualquer relevância para o cerne da questão (que poderia ou não restar provado)” - cf. op. cit., p. 8.

inicial a norma aplicável. Por isso não há vício de congruência neste aspecto da sentença.

2.7 O princípio da fungibilidade das ações.

Há determinadas situações de direito substancial em que um mesmo bem jurídico pode ser tutelado por diversas formas, e quando isso ocorre são limítrofes umas das outras.

Como que um *iter* factual progressivo, conforme o momento em que se postula a prestação jurisdicional do Estado, caberá uma ou outra espécie de tutela, e que se afigura mais adequada à satisfação do interesse da parte.

É que quando falamos de fungibilidade de ações, podemos nos deparar com uma progressão fática, expressamente prevista em lei, e que por isso pode gerar, como de fato gera, uma inadequação de tutela no caso concreto, caso a conversão não se opere. Mas que de qualquer sorte, *as espécies de tutela estão sob um mesmo referencial*, por exemplo *converte-se um tipo de tutela restitutória para outro tipo de tutela restitutória*. Esta seria uma primeira hipótese alvitrada.

E sobre tal hipótese, desde logo exsurge à nossa mente a tutela possessória. Se há ameaça de ofensa à posse, cabível é o chamado interdito proibitório, mas se turbação já houver, o remédio previsto pelo ordenamento será a ação de manutenção da posse. Mas o *iter* fático pode não se limitar a isso, e se de esbulho se tratar, então a ação de reintegração de posse se afigurará como a mais adequada. Assim, configurada a

divergência entre o pedido imediato contido na demanda e a prova carreada nos autos, o juiz de ofício deverá operar a conversibilidade.¹⁸⁹

Portanto, no que se refere às ações possessórias, há um fato essencial não plenamente identificável pelo autor quando da propositura da demanda, especialmente frente ao caráter dinâmico dos fatos possessórios. Daí porque a própria lei, ao consentir a fungibilidade, não exige precisa substanciação da demanda possessória.

Veja-se, à propósito, a dicção do art. 920 do Código: “*A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela, cujos requisitos estejam provados.*”

E a jurisprudência não tem sido vacilante à respeito da possibilidade da fungibilidade das ações possessórias¹⁹⁰, prendendo-se as discussões mais à questão de qual espécie

¹⁸⁹ Na síntese de Nelson Nery Junior, “*O CPC 920 estabelece que a propositura de uma ação possessória em lugar de outra não impede que o juiz conheça do pedido e conceda a proteção que entender adequada, desde que os requisitos para essa concessão estejam provados nos autos. É o que se denomina em doutrina de princípio da fungibilidade dos interditos possessórios. É preciso mencionar, entretanto, que o juiz deverá conhecer do pedido na medida exata em que se encontra deduzido pelo autor ou réu (já que a ação é dúplice), não podendo ser alterada a causa de pedir. Essa fungibilidade é válida para qualquer um dos três interditos. É possível que o autor mencione ter havido turbacão, pedindo manutenção da posse, e, no curso do processo, o juiz verificar que aquelas circunstâncias por ele descritas na petição inicial se caracterizam simples receio, e, ao final, conceder o mandado proibitório e não o de manutenção*” - cf. CPC Comentado- [em conjunto com Rosa Maria de Andrade Nery], 2ª ed., São Paulo, 1996, p. 1187, nota 3.

¹⁹⁰ V. RT 503/110, RJTJESP 46/216. Outro discurso seria, à evidência, a inadmissibilidade de fungibilidade entre ação possessória e ação petitória, frente à vedação de *exceptio domini*, expressamente vedada no ordenamento - art. 505 do Código Civil Brasileiro e art. 923 do CPC - o juiz não pode, de ofício, converter ação reivindicatória em ação possessória; cf. JTJ 176/212, RT 544/97, 612/106, 539/109, RF 254/303, 252/244, RTJ 73/882, 74/823.

substancial enseja este tipo de tutela.¹⁹¹ A doutrina segue o mesmo entendimento.

Como ponderou Nelson Nery Junior, *“como a regra da fungibilidade constitui exceção ao princípio geral estabelecido nos CPC 128 e 460, de que deve haver correlação entre causa de pedir, pedido e sentença, a fungibilidade deve ser interpretada restritivamente, somente atingindo os interditos possessórios.”*¹⁹²

Interessantes, ainda, as observações de Cruz e Tucci : *“Sem embargo do ônus imposto ao autor de individualizar, na inicial, os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido, deve ser aduzido que o legislador, considerando as peculiaridades de algumas situações de direito material, abriu margem para que, no curso do processo, pudesse o juiz, analisando a **causa petendi** originária e sua subsequente variação, alterar a extensão da pretensão deduzida pelo demandante. Tendo em vista o dinamismo que conota a violação à posse, o art. 920 do Código de Processo Civil contempla a denominada*

¹⁹¹ Uma das discussões correntes na jurisprudência é o espectro de cabimento da tutela possessória: se limitada às coisas corpóreas ou se compreensível também às coisas incorpóreas: e o entendimento que se tem chancelado, com apoio na doutrina, é o de que a tutela possessória se restringe ao direito real de posse às coisas corpóreas, sendo considerados direitos pessoais os bens incorpóreos, como os direitos autorais, de propriedade industrial, dentre outros previstos no ordenamento. Sobre a tutela desses direitos incorpóreos, tem-se reconhecido como mais adequada a ação cominatória, timidamente prevista no art. 287 do Código, mas agora reforçada pela nova redação do art. 461, oriunda de recente reforma processual. Sobre a adequação da tutela cominatória, e não da tutela possessória, cf. Luiz Guilherme Marinoni, A proteção possessória às marcas comerciais, Revista de Processo 51/197. Acaba de chegar ao meu conhecimento o teor da tese para Professor Titular de Direito Processual Civil da Universidade Federal do Paraná, da lavra de Luiz Guilherme Marinoni, onde o autor aborda a da tutela inibitória, sendo evidente que a ação cominatória do art. 287 do Código encontra, agora, confirmação e melhor adequação ao trato do assunto - Tutela Inibitória, Tese apresentada ao Concurso de Professor Titular da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998.

¹⁹² Op. cit., p. 1187, nota 4.

*fungibilidade das ações possessórias, pela qual, a um só tempo, solucionou-se a questão da escolha do remédio possessório adequado, permitindo o aproveitamento do interdito mesmo quando tenha ocorrido modificação das circunstâncias fáticas especificadas pelo autor (fato superveniente: art. 462 CPC). É, pois, evidente que a ‘mudança de uma possessória por outra possessória está assentada na realidade fática, no bom senso da lei. Afinal, se alguém está numa situação que permite o uso do interdito proibitório e, após valer-se deste, confirma-se a ameaça, sobrevindo a turbação ou o esbulho, ou estando em situação de turbação esta se transforma em esbulho, deve-se julgar uma ação por outra, segundo aquela que se apresente no momento da entrega da prestação jurisdicional’.*¹⁹³

Mas pode também ocorrer outra hipótese de fungibilidade na qual o autor, diante de uma opção normativa, esteja entre solicitar a prestação jurisdicional para um mesmo bem jurídico desta ou daquela forma, escolha esta, contudo, que pode não ser a mais adequada.

Trata-se da fungibilidade entre as *tutelas executiva lato sensu e mandamental*, tornou-se admissível com a introdução da tutela específica das obrigações de não fazer e fazer (infungível), na nova redação do art. 461 do Código: “*Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que*

¹⁹³ José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi* no direito processual civil brasileiro, cit., p. 145.

*assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 1º - A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. § 2º - A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287). § 3º - Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. § 4º - O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. § 5º - Para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, **determinar as medidas necessárias**, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.”*

Imagine-se um lote de determinado produto considerado impróprio para o consumo. A ação civil que verse sobre a tutela dos interesses difusos ou coletivos - conforme a situação concreta¹⁹⁴ - do consumidor visando a proibição de

¹⁹⁴ Como diz Alcides Munhoz da Cunha, “são difusos os interesses dos consumidores que pretendem a proibição de circulação de determinado produto reputado nocivo à saúde, tanto que são indetermináveis estes consumidores.” E mais adiante, encerra “todavia, já seriam qualificados como coletivos, por exemplo, se a pretensão fosse para proibir a circulação de um produto ... em detrimento,

circulação do produto, teria como pedido a imposição de um não fazer ao réu, cuja sentença conteria, além da cominação de *multa diária*, uma *ordem* a qual a doutrina vem reconhecendo como eficácia mandamental da sentença (§ 4º, do art. 461).¹⁹⁵ Mas se, no curso do processo, há prova de que toda a linha de produção da indústria é imprópria à comercialização do produto, o juiz, entendendo mais adequada a interdição do estabelecimento industrial, proferirá uma sentença executiva *lato sensu* (§ 5º, do art. 461).

Opera-se, assim, uma fungibilidade entre a tutela mandamental e a tutela executiva *lato sensu*, sem que tenha sido vulnerado o princípio da congruência.¹⁹⁶

Em relação à esta segunda hipótese, as espécies de tutela *não estão num mesmo plano*, mas em planos diversos. De qualquer forma, conforme *a escolha do autor* - e consentindo o

especificamente, da classe dos diabéticos.”; cf. Evolução das ações coletivas no Brasil, RP 77/224-235, espec. p. 232.

¹⁹⁵ No Brasil, a partir de Pontes de Miranda, inspirado em Goldschmidt e Kuttner, e com posterior desenvolvimento por parte de Ovídio Baptista, tem-se concebido uma quarta categoria de sentença denominada mandamental, onde o juiz expede uma ordem ao réu - independente de ulterior processo-, sob pena de uma medida coercitiva indireta civil, penal ou suscetível de tipicar crime de desobediência. Pontes de Miranda ainda concebeu uma quinta categoria que denomina sentença executiva ‘lato sensu’ caracterizada pela atividade executiva - também independente da execução ‘ex intervallo’ -, através de meios sub-rogatórios. Assim, ao lado das sentenças declaratórias, constitutivas e condenatórias, teríamos as sentenças mandamentais e executivas ‘lato sensu’, que se diferenciam da sentença condenatória por independerem de ulterior processo, sendo que a sentença mandamental contém ordem - a obrigação é prestada pelo próprio réu -, enquanto que a sentença executiva “lato sensu”, quando atuada, independe de atos do devedor. Sobre o assunto, v., por todos, Pontes de Miranda, Tratado das Ações, vol. I, São Paulo, RT, 1970, pp. 117 ss.; 211 ss.; vol. VI, 1976, pp. 3 ss.; e vol. VII, 1978, pp. 3 ss., 32 ss.; 51 ss.; e Ovídio Baptista da Silva, Sentença e Coisa julgada, op. cit., pp. 11-91; Id, Curso de Processo Civil, vol. II, Porto Alegre, Sérgio Fábris Editor, 1990, pp. 90-104; 129 ss.; 245 ss. Id, Jurisdição e Execução [na tradição romano-canônica], São Paulo, RT, 1996.

¹⁹⁶ Neste sentido, Luiz Guilherme Marinoni, Tutela Inibitória, Tese de Concurso para Professor Titular da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998, p. 238.

ordenamento uma maior consideração por parte do juiz - pode não se revelar a mais adequada e efetiva na *fattispecie*.

De tudo o que até fora dito, pode-se concluir que, seja na fungibilidade entre as diversas tutelas possessórias, seja na fungibilidade entre a tutela mandamental e a tutela executiva *lato sensu*, há apenas um aparente vício de *extra petita*.

Nestes casos, muito próximo daquilo que em doutrina se denomina de cúmulo eventual de demandas, é necessário desde logo remover a idéia que a fungibilidade com este cúmulo se identifique.

É que quando se admite cúmulo eventual de demandas, a **parte** se depara com uma situação substancial *já consumada*, podendo escolher pura e simplesmente a via que se lhe afigure mais satisfatória, formulando demanda única *secundum eventum litis* ou em cúmulo eventual¹⁹⁷, dentro da esfera de gerência de seus interesses exclusivamente privados: demandar pela substituição da coisa adquirida com vício oculto, ou então pela redução do preço diante da depreciação do vício derivada, ou ainda, pela rescisão do contrato, acrescida de perdas e danos.

As ações fungíveis se justificam, ao contrário, *pela progressiva mutação da realidade física*, de modo que a cada momento específico e identificável no tempo, em decorrência da evolução do fato contrário, lesivo ao direito da parte

¹⁹⁷ Cf. Liebman, Azioni concorrenti, cit. p. 58; mesmo porque para Tarzia, quando cabível o cúmulo eventual de demandas o juiz fica adstrito à ordem de gradação dos pedidos eventuais formulados pela parte - cf. Appunti, cit., p. 155, nota 70, 158 e 159; diversamente o quanto sucede quando as ações são fungíveis, em que a parte, mesmo que formule pedidos eventuais e seja qual for a ordem em que venham postos na demanda, não estará vinculando o juiz na sua discricção em optar por um ou outro. O juiz, nestes casos, só fica vinculado à sua consciência, na busca de atuação efetiva e adequada da tutela jurisdicional, nada mais.

requerente, se justifique, *no curso da demanda*, a fungibilidade da tutela por iniciativa oficiosa do **juiz**. E isto justamente por aquela progressão factual já mencionada vem previamente percebida pelo legislador, através de normas *aparentemente* em concurso. Vê-se, pois, que nesses casos progressivos previamente previstos na norma hipotética, não estamos efetivamente diante de concurso *real* de normas. Deste último cuidam as chamadas ações que consentem um cúmulo eventual de demandas, onde **a parte** é quem faz a escolha de como demandar, vinculando o juiz. Já do *concurso aparente de normas* cuida a fungibilidade de ações, por uma questão de efetividade e adequação da tutela a ser aferida pelo **juiz**, caso por caso.

E também pelo mesmo motivo da necessidade de *tutela jurisdicional adequada e efetiva* é que nas ações fungíveis sucede algo mais que um mero *fato superveniente modificativo* - que embora próximo não é idêntico com a hipótese aqui versada.¹⁹⁸

Há que se esclarecer, por fim, que não se confundem as hipóteses de *fungibilidade das ações* com as *de diversa qualificação jurídica dada ao fato* pela parte na demanda e pelo juiz na sentença. *Atuar jurisdicionalmente o direito de forma diversa mas adequada, não significa que o pedido inicialmente feito* pela parte, tal como substanciada a causa de

¹⁹⁸ Quanto ao *ius superveniens extintivo*, implica no desaparecimento do interesse de agir presente até o seu advento ou então, e se for *constitutivo*, acarreta o surgimento do interesse de agir, inicialmente inexistente, situações estas que não sucedem na fungibilidade das ações.

pedir, esteja em desacordo com os fundamentos jurídicos e portanto *suscetível de requalificação pelo juiz*.

2.8 Julgamento por equidade.

Como se sabe o juiz não pode proferir um '*non liquet*' (não convém), sob o argumento de que há lacuna ou obscuridade na lei. O positivismo jurídico acreditava que o ordenamento jurídico era uno, completo, coerente e relacional. E a completude significa que 'a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso. Uma vez que a falta de uma norma se chama geralmente de lacuna, completude significa falta de lacunas. Um ordenamento jurídico seria completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema.'¹⁹⁹

É que na evolução histórica da jurisprudência como fonte de direito, o juiz perdeu a posição de fonte principal de produção do direito para transformar-se em órgão estatal subordinado ao poder legislativo e encarregado de aplicar fielmente (para não dizer, mecanicamente) as normas por este último estabelecidas, por influência da doutrina da separação

¹⁹⁹ Cf. Norberto Bobbio, A teoria do ordenamento jurídico, Brasília, Ed. UNB/Ed. Polis, 1990, p. 115. Id. Il positivismo giuridico. Torino, Giappichelli, 1979, p. 201 ss. e 244 ss. Interessante a passagem em que Bobbio afirma que a completude é estreitamente conexa com o princípio da certeza do direito, que é a ideologia fundamental do positivismo jurídico - p. 244.

dos poderes de Montesquieu, da teoria do silogismo de Beccaria e da Escola da exegese.²⁰⁰

No processo de formação do Estado moderno, a concepção do monopólio na produção da lei por um poder diverso do judiciário, gerou naturalmente o problema das lacunas da norma, porque sabemos da impossibilidade do legislador antever todas as situações de direito substancial.

E as codificações modernas, fiéis à quase exclusividade da lei formal como fonte do direito, mas cientes de que o ordenamento é incompleto, costumam excepcionar a regra para permitir julgamento com base nos métodos de auto-integração e heterointegração da norma²⁰¹.

Quanto ao método de auto-integração, consiste na integração da lacuna normativa no âmbito da mesma fonte dominante, sem recorrência a outros ordenamentos e com o mínimo recurso a fontes diversas da dominante. Usualmente tem sido materializado em dois procedimentos : analogia e princípios gerais de direito.

Já quanto ao método de heterointegração, consiste na integração da lacuna normativa operada através do recurso a outros ordenamentos ou ao recurso a fontes diversas daquela dominante no ordenamento que se quer preencher o vazio normativo - no sistema de *civil law* a fonte predominante é a lei formal. E o legislador brasileiro, após afirmar no art. 126 do CPC que havendo lacunas na lei, deverá o juiz recorrer aos métodos de auto-integração da norma, em seguida estabeleceu

²⁰⁰ Bobbio, Il positivismo giuridico, cit., p. 201-202.

²⁰¹ F. Canelutti. Teoria Generale del Diritto, 3ª ed., 1951, p. 86 ss.

o método de heterointegração, nos termos do art. 127 do CPC :
“O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.”

No juízo de equidade, deve haver expressa previsão legal, vale dizer, o próprio legislador percebe a inoperância em pretender exaurir todos os critérios de resolução para uma determinada situação substancial, e por isso desde logo delega ao juiz para que decida como se fosse legislador no caso concreto, embasado no próprio sentimento de justiça.

Assim, sempre quando a lei autorizar o julgamento por equidade, não se pode afirmar que o juiz esteja vinculado aos precisos termos do pedido e da causa de pedir contidos na demanda quando profere a decisão.

E isto porque aquilo que a parte entende (e pede expressamente na demanda) seja equitativo não vincula o juiz na decisão por equidade.

No direito brasileiro as hipóteses legalmente expressas de equidade têm sido cada vez mais raras²⁰², mas nós podemos admitir uma certa equidade supletiva à norma quando encerrada por conceitos vagos.

Na ação de alimentos, por exemplo, o critério fixado pelo Código Civil é da *necessidade* daquele que pede a tutela jurisdicional e da *possibilidade(recursos)* daquele em face do qual os alimentos são pedidos²⁰³. O vocábulo *necessidade*, em

²⁰² A equidade vem expressa na lei nas seguintes hipóteses :Em sede de jurisdição contenciosa temos o art. 7º do Código de Defesa do Consumidor (Lei ° 8078/90), o art. 6º da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (nº 9.099/95), o art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho e, em termos, os arts. 108, IV, e 172 do Código Tributário Nacional. Quanto à jurisdição voluntária, temos o art. 1109 do CPC. Finalmente, quanto aos equivalentes jurisdicionais, temos o art. 11, II da recente Lei da Arbitragem (nº 9.307/96).

²⁰³ Art. 400 do CCB : “Os alimentos devem ser fixados na proporção das *necessidades* do reclamante e dos *recursos* da pessoa obrigada.”.

si é um conceito vago determinável. Aliado à proporcionalidade com os *recursos* do alimentante, amplia o campo da indeterminação do objeto mediato, enfim dos efeitos jurídicos pretendidos. O autor da ação de alimentos não pode ir além de fazer um pedido expresso e ‘determinado’ da sua *necessidade*, que de qualquer sorte jamais vinculará o juiz num julgamento para mais ou para menos, diante dos fatos circunstanciais que podem vir à lume na defesa do réu e na instrução do processo, aptos à efetiva influência na determinação do fato essencial da causa.

Na realidade, por desconhecer o total alcance das possibilidades do alimentante, pode ocorrer que nem o alimentando esteja em condições de saber a quantidade devida *initio litis* à título de alimentos, mas se tem *necessidade* deve mensurá-la ao juiz, através de pedido expresso e determinado, ainda que o “quantum debeatur” seja nesse momento apenas determinável, na medida em que o juiz não se vincula ao *petitum*. O que não pode é fazer apenas um pedido indicativo ou estimativo²⁰⁴, na medida em que um tal pedido não se pode considerar expresso. Por outro lado o pedido genérico não se afigura adequado para a ação de alimentos.

Assim, em hipóteses iguais ou similares à esta, é imprescindível que haja proporcionalidade na fixação dos alimentos entre as necessidades de uma parte e as possibilidades econômicas da outra, sendo que para Maria

²⁰⁴ RT 584/92; STJ, Resp. 20.102-4-PR, ‘in’ DJU 12.4.93, p. 6071.

Helena Diniz, “a equação desses dois fatores deverá ser feita, em cada caso concreto”²⁰⁵.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo não ser *ultra petita* a decisão que fixa pensão alimentícia em quantum superior ao valor solicitado na demanda²⁰⁶. E, nos limites aqui postos, esta atividade *providencialística* do Tribunal da Federação é perfeitamente aceitável.²⁰⁷

2.9 A situação da prole nas lides de direito de família: o poder de regulação do juiz.

Nos casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, determina a lei que os filhos ficarão na guarda e

²⁰⁵ Código Civil Anotado, São Paulo, Saraiva, 1995, art. 400, p. 325.

²⁰⁶ Cfr. RSTJ 29/338, 29/317. No mesmo sentido RT 676/156; mais liberal o seguinte julgado: “Em ação de alimentos, não há falar em proibição de julgamento *ultra petita*, pois a sentença deve determinar o necessário para o alimentando, incluindo verbas para educação, tratamento médico etc., mesmo que não tenham sido discriminadas na inicial (TJMG, apud Sálvio de Figueiredo Teixeira, CPC anotado, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, p. 299).

²⁰⁷ Para Karl Larenz, é perfeitamente possível como método de interpretação científica no direito aquilo que denomina de “ponderação de bens no caso concreto” ou princípio da proporcionalidade, para: a) determinar o alcance em cada caso dos direitos fundamentais ou princípios constitucionais que colidam entre si no caso concreto; b) se existe estado de necessidade; c) resolução da questão sobre o que é ‘exigível’ ou ‘tolerável’ no caso concreto. Afirma que a amplitude dada pela jurisprudência alemã explica-se “pela ausência de uma determinação rigorosa das hipóteses normativas destes direitos, a não indicação de notas distintivas em relação, por exemplo, ao que é ‘exigível’. Os direitos, cujos limites não estão fixados de uma vez por todas, mas que em certa medida são ‘abertos’, ‘móveis’, e, mais precisamente, esses princípios podem, justamente por esse motivo, entrar facilmente em colisão entre si, porque a sua amplitude não está de antemão fixada. A jurisprudência consegue isto mediante uma ‘ponderação’ dos direitos ou bens jurídicos que estão em jogo conforme o ‘peso’ que ela confere ao bem respectivo na respectiva situação”, cf. Metodologia da ciência jurídica [tradução portuguesa de José Lamego], 2ª, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, pp. 490-491.

responsabilidade do cônjuge inocente ou, se houver culpa recíproca, na guarda da mãe²⁰⁸.

Mas como este tipo de causa tem como diretriz o interesse dos filhos menores, estabelece a lei exceções, e notadamente se o juiz entender que a prole estará melhor assistida pelo cônjuge considerado culpado no processo²⁰⁹. Da mesma forma, se ao juiz parecer melhor determinar a guarda dos filhos para terceiro, independente de qual cônjuge seja o culpado ou se a culpa é recíproca de ambos, deverá assim proceder.²¹⁰

Assim, não é *extra petita*²¹¹ a sentença que julgue procedente o pedido de separação judicial litigiosa - cujo rito é comum ordinário - e determine que a guarda da prole fique com o cônjuge culpado, e, de conseqüência, determine que o cônjuge inocente pague alimentos aos filhos. Mas, então, como explicar teoricamente a contradição lógica em que a demanda do autor é julgada fundada por culpa do outro cônjuge, mas ao mesmo tempo se atribua ao consorte culpado alguns direitos,

²⁰⁸ Cf. art. 10 e parágrafo 1º da Lei nº 6.515/77 : "Art. 10. Na separação judicial fundada no "caput" do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa. § 1º Se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges, os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles."

²⁰⁹ Cf. art. 13 : "Art. 13. Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais." Como já decidiu o STJ: "A mulher culpada pela separação do casal pode ficar com a guarda do filho menor, se assim for julgado mais conveniente aos interesses da criança, que é o valor fundamental a preservar" (STJ -4ª Turma, REsp 9.389-0-SP, rel. Min. Ruy Rosado, j. 23.8.94, não conheceram, v.u., DJU 10.10.94, p. 27.174, 1ª col., em.). Neste sentido: RT 634/58.

²¹⁰ Cf. art. 10 § 2º : "Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges." Confirma-se o seguinte julgado ; "O interesse prevalente da prole pode autorizar o magistrado a dispor no sentido de assegurar um conforto mínimo aos filhos do casal, indispensável à sua boa formação moral. Poderá o magistrado sobrepor a razão ao sentimento em benefício dos menores, atentas as circunstâncias de fato do processo" (RTJ 115/1.413).

²¹¹ Cf. RT 732/349.

que em regra só se obteriam caso a demanda do autor fosse totalmente infundada ?

O processo de família tem um caráter inquisitório em sentido material face os elevados interesses de incapazes, que são fiscalizados pelo Ministério Público com poder idêntico aos das partes no processo, não obstante os poderes oficiosos mais amplos conferidos ao juiz na regulação interinal do estado da prole²¹².

Com efeito, incumbe ao Ministério Público fiscalizar pela exata observância dos direitos dos incapazes, bem como ao juiz é concedido poder regulamentar sem vinculação ao princípio da demanda e sem adstrição ao pedido da parte, inclusive do próprio Ministério Público.

Imagine-se a hipótese, nos casos de término da sociedade conjugal ou de dissolução do vínculo matrimonial, onde os interesses da prole estejam em confronto com o pátrio poder dos pais ou, então, que estejam órfãos: seria ilógico aguardar a provocação da tutela jurisdicional.

Então, se o juiz pode agir ou não de ofício pouco importa para desfigurar o processo de dispositivo para inquisitório, pois entra em cena o Ministério Público, aquela parte artificializada pelo Estado - no arguto sentir de Carnelutti -, que ao mesmo tempo preserva a imparcialidade do juiz e traz-lhe ao conhecimento desta situação irregular de fato, justamente para que ele, o juiz, a regularize mediante provisão jurisdicional - suspensão ou extinção do pátrio poder,

²¹² Cf. Liebman, *Unità del procedimento cautelare*, "in" *Problemi del Processo Civile*, Napoli, Morano, 1962, p. 105, nota 5.

nomeação de tutor e curador especial, colocação em família substituta, etc, são algumas das diversas espécies de provisão que o juiz pode prestar no interesse da prole, previstas na lei.²¹³

Sem dúvida, quando estivermos diante de causas contenciosas relacionadas ao estado da pessoa, o processo é marcadamente inquisitorial em sentido material quanto à regulação da situação da prole, especialmente guarda, visita e alimentos.

²¹³ Cf, ad exemplum, no Código Civil (v.g. arts. 387, 392, 394, 395, 406, II e 412); no Estatuto da Criança e do Adolescente (v.g. arts. 4º, 7º 13, 22, 23 24, 53, 55, 87, III e IV, 98, II, 129, X, 130, 142, p. único, “b”, 148, p. único, “f” e 155 a 163; , na Lei do Divórcio (v.g. arts. 5º, 10 e 13) e no Código de Processo Civil (v.g. arts. 9º, I, 82, I e II; 246, 273 e 888, III a V, VII e 1.189). Sobre a relevância da distinção entre provisional, provisório e cautelar, e sobre o poder provisional oficioso do juiz, cf. Ovídio Baptista da Silva. Do processo cautelar, Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 538, 539 e 546, onde cita Federico Carpi, La provvisoria esecutorietà della sentenza, Milano, Giuffrè, 1979, p. 167, nota 65 e p. 170.

§ 4º CONCLUSÕES.

1. Os sistemas processuais civis modernos têm reconhecido que o vínculo judicial é restrito ao poder monopolístico das alegações dos fatos principais disponíveis pelas partes, não quanto à iniciativa probatória, da qual participa ativamente o juiz. Atividade esta que não é, todavia, substitutiva, mas subsidiária da iniciativa das partes quanto à porção disponível do direito deduzido em juízo.

2. O aforisma *judex secundum allegata et probata partium decidere debet* comporta dois princípios : dispositivo em sentido material e dispositivo em sentido processual. O processo civil não deixa de ser dispositivo em sentido material quando renegue no todo ou em parte o princípio dispositivo em sentido processual.

3. O sistema processual civil brasileiro não é, em sentido impróprio, nem dispositivo nem inquisitório, mas permeado por ambos os princípios, conforme a situação de direito substancial.

4. O princípio da congruência é derivado e incidível do princípio da demanda, quando o processo civil for dispositivo em sentido material.

5. O princípio do contraditório, sob o plano estrutural, significa que o requerido deve ser posto em condições de contraditar a demanda, e sob o plano funcional, tem dúplice função : garantir a igualdade substancial entre as partes e a satisfação do interesse público para a verificação da verdade e a realização da justiça. Nesta dupla perspectiva, o contraditório deve ser, não só possível, mas efetivo.

6. O sistema processual civil brasileiro adotou, expressamente a teoria dos *tria eadem* para identificação da demanda

7. As teorias da individualização e da substanciação da causa de pedir, nas suas concepções puras são consideradas radicais pela doutrina moderna. Para a identificação da demanda, não se pode considerar nem a absoluta irrelevância, nem a completa relevância dos fatos.

8. Como o pedido é identificado pela causa de pedir, inevitável que a causa de pedir seja o elemento mais importante da demanda.

9. Não se admitem pedidos genéricos, a não ser nas hipóteses previstas em lei. Por isso a demanda deve vir adequadamente substanciada.

10. No âmbito da técnica do processo, para os fins do adequado exame da atuação do princípio da congruência e como consequência da regra da repartição do ônus da prova, os *atos alegados* dependem de prova. Regra essa que comporta exceções quanto à determinados *atos não alegados* que podem ser provados e *atos alegados ou não* que independem de prova.

11. Em relação aos elementos objetivos da demanda, diz-se incongruente a sentença que aprecia *fundamento diverso* daquele invocado, *acrescenta um fundamento* àquele inicialmente invocado, *emite provimento diverso*, *acrescenta um provimento* não pedido, *concede objeto diverso*, *concede além do objeto* do pedido ou simplesmente se *omite* em relação a *um dos pedidos cumulados*.

12. Há, todavia, situações em que *só aparentemente há vício de incongruência entre a demanda e a sentença*. Situações de aparência, e não de exceção à regra de congruência, posto que, como visto, o princípio da congruência é incidível do princípio da demanda e quando este último não se aplica, não estamos mais diante de um processo dispositivo em sentido material ou próprio.

13. É só aparente o vício de:

13.1 *extra petita* na sentença que considere o fato constante, implícito na causa de pedir remota, desde que resulte provado nos autos;

13.2 *citra petita* na sentença que deixe de se pronunciar sobre um dos fundamentos de fato de uma causa de pedir complexa;

13.3 *extra petita* na sentença que condene o autor em prestação alternativa, cuja escolha incumba ao devedor;

13.4 *ultra petita* na sentença que condene o réu sobre os chamados pedidos implícitos do autor, geralmente relacionados com direitos indisponíveis, com os efeitos anexos da sentença, com meios de coerção indireta aptos a dar efetividade ao comando da sentença ou motivados por questão de economia processual;

13.5 *extra petita* na sentença que considere o *ius superveniens*, frente à utilidade da jurisdição, aos escopos publicísticos do processo e ao princípio de economia processual;

13.6 *extra petita* na sentença que requalifique os fundamentos de direito da demanda, sejam os fundamentos legais (*jura novit curia*), sejam os fundamentos jurídicos (*da mihi factum, dabo tibi jus*). Por isso não há adstrição da sentença à causa de pedir próxima.

13.7 *extra petita* na sentença que opere a fungibilidade da tutela, quando prevista a conversibilidade em lei ou quando a lei outorgue ao juiz uma margem de discricionariedade para atuar adequada e efetivamente a tutela jurisdicional conforme as circunstâncias do caso concreto;

13.8 *ultra petita* na sentença que julgue por equidade, seja porque a lei assim determina, seja naqueles casos em que para a dirimência do objeto (litigioso) do processo a interpretação do texto legal envolve conceitos jurídicos indeterminados;

13.9 *extra petita* na sentença que julgue questões de estado da pessoa, frente ao caráter marcadamente inquisitório em sentido material do processo de família.

BIBLIOGRAFIA

- ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Manual de Direito Processual Civil*, Vol. 2, 5ª ed., São Paulo, RT, 1996.
- ATTARDI, Aldo. *L'interesse ad agire*. Padova, Cedam, 1958.
- ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*, São Paulo, RT, 1989.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Sentença e Coisa Julgada*, 2ª ed., Porto Alegre, Sérgio Fabris editor, 1988.
- *Curso de Processo Civil*, vol. I, 3ª ed., Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor, 1996.
- *Curso de Processo Civil*, vol. II, Porto Alegre, Sérgio Fábri Editor, 1990.
- *Jurisdição e Execução [na tradição romano-canônica]*, São Paulo, RT, 1996.
- *Do processo cautelar*, Rio de Janeiro, Forense, 1996.
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol I, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2ª ed., São Paulo, RT, 1994.
- *A eficácia preclusiva da coisa julgada*, 'in' Temas de Direito Processual, 1ª Série, São Paulo, Saraiva, p. 1988.
- *O novo processo civil brasileiro*, 19ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1997.
- BOBBIO, Norberto. *A teoria do ordenamento jurídico*, Brasília, Ed. UNB/Ed. Polis, 1990.
- *Il positivismo giuridico*. Torino, Giappichelli, 1979.
- BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *Conteúdo da causa de pedir*, 'in' RT 564/49.
- *Da ação civil*. São Paulo, RT, 1975.
- CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1994.
- CALAMANDREI, Piero. *La genesi logica della sentenza civile*. 'in' Opere Giuridiche, vol I.
- *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*. 'in' Opere Giuridiche, vol I.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. III, 7ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1994.
- verbete 'exceção II', 'in' Enciclopédia Saraiva de Direito, vol. 34, p. 355-359.
- CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, Milano, 1962.

- CARNACINI, Tito. *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo, negli Studi in onore di Enrico Redenti*, II, 1951, p. 695 ss.
- CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Generale del Diritto*, 3ª ed., 1951.
 ----- . *Sistema di diritto processuale civile*. 3 vol., Padova, Cedam, 1939.
 ----- . *Mettere il pubblico ministero al suo posto*, 'in' Rivista di diritto processuale, 1953, I.
- CARPI, Federico. *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, Milano, Giuffrè, 1979.
- CARVALHO, Milton Paulo de, *Do pedido no processo civil*, Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor, 1992.
- CERINO CANOVA A, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, 'in' *Commentario del Codice di Procedura Civile diretto da E. Allorio*, II, 1, Torino, UTET, 1980.
- CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de Direito Processual Civil, I*, [tradução da 2ª ed. do original Istituição, por J. Guimarães Menegale, com notas de Enrico T. Liebman] São Paulo, Saraiva, 1942.
 ----- . *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, 2ª, Napoli, 1960.
 ----- . *Principii di diritto processuale civile*. Napoli, Jovene, 1965.
 ----- . *Identificazione delle azioni. Sulla regola 'ne eat iudex ultra petita partium'*, nei Saggi di diritto processuale civile, vol I, Milano, Giuffrè, 1993.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *Il principio di economia processuale*, vol. I, Padova, Cedam, 1980.
 ----- . *Il principio di economia processuale*, vol.II, Padova, Cedam, 1980.
 ----- . *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*. Padova, Cedam, 1970.
- CONSOLO ,Claudio. *Il cumulo condizionale di domande*, vol. I e II, Padova, Cedam, 1985.
- COVER, Robert. FISS, Owen. RESNIK, Judith. *Procedure*. New York, The Foundation Press, Inc., 1988.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Responsabilidade objetiva e qualificação jurídica da demanda*, 'in' *Processo Civil, realidade e justiça [20 anos de vigência do CPC]*, São Paulo, Saraiva, 1994.
 ----- . *Diretrizes do novo processo civil italiano*, 'in' *Devido processo legal e tutela jurisdicional*, São Paulo, RT, 1993.
 ----- . *A causa petendi no processo civil*, São Paulo, RT, 1993.
- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*, São Paulo, Saraiva, 1995.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 6ª ed., Padova, Cedam, 1992.
- FISS, Owen. RESNIK, Judith. COVER, Robert. *Procedure*. New York, The Foundation Press, Inc., 1988.
- GIANNOZZI, Giancarlo. *La modificazione della domanda nel processo civile*. Milano, Giuffrè, 1958.
- GRASSO, Eduardo., *Commentario del Codice di Procedura Civile diretto da E. Allorio*, I, 2, Torino, UTET, 1973.
 ----- . *La pronuncia d'ufficio*, I, Milano, Giuffrè, 1967.
 ----- . *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e le nullità da ultra e da extrapetizione*, 'in' Riv. dir. proc., 1965.
 ----- . *La collaborazione nel processo civile*, 'in' Riv. dir. civ., 1966.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor [comentado pelos autores do anteprojeto]*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991.
- GRUNSKI, Wolfgang. *Il cosiddetto 'Modello di Stoccarda' e l'accelerazione del processo civile tedesco*, 'in' Rivista di diritto processuale, 1971.
- GUILLEN, Victor Fairén. *Ensayo sobre procesos complejos*. Madrid, Tecnos, 1991.
 ----- . *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*. Barcelona, Bosch, 1953.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes [tradução de Paulo Quintela]*. Lisboa, Edições 70, 1960.
- LANCELOTTI, Franco. *Variazioni dell'implicito rispetto alla domanda, alla pronuncia ed al giudicato*, 'in' Riv. dir. proc., 1980.

- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência jurídica [tradução portuguesa de José Lamego]*, 2ª, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
- LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile tedesco [traduzione di Edoardo F. Ricci]*, Napoli, Morano, 1962.
- LIEBMAN, Enrico Tullio., *Manuale di diritto processuale civile*, I, 5a., Milano, 1992.
- *Manual de direito processual civil [tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco]*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1985
- *Unità del procedimento cautelare*, "in" Problemi del Processo Civile, Napoli, Morano, 1962.
- *Azioni concorrenti*, 'in' Problemi del processo civile, Napoli, Morano, 1962.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Ação civil pública*, 4ª ed., São Paulo, RT, 1997.
- MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*. 3 Vol., Torino, Giappichelli, 1994.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A proteção possessória às marcas comerciais*, Revista de Processo 51/197.
- *Novas linhas do processo civil*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996.
- *Tutela Inibitória*, Tese apresentada ao Concurso de Professor Titular da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998.
- MICHELLI, Gian Antonio, 'Jura novit curia', 'in' Riv. dir. proc., 1961.
- MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1992.
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Sentença e coisa julgada [exegese do Código de Processo Civil - arts. 444 a 475]*, Rio de Janeiro, Aide, 1992.
- MORAES DOS SANTOS, Nelton A. *A técnica de elaboração da sentença civil*, São Paulo, Saraiva, 1996.
- MUNHOZ DA CUNHA, Alcides A. *Evolução das ações coletivas no Brasil*, RP 77/224-235.
- NASI, Antonio. *Disposizione del diritto e azione dispositiva [contributo allo studio del principio dispositivo nel processo civile di cognizione]*. Milano, Giuffrè, 1965.
- NEGRÃO, Theotônio. *CPC e legislação processual em vigor*, 29ª ed., São Paulo, Saraiva, 1998.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*, 2ª, São Paulo, RT, 1996.
- *Revista de Processo*, São Paulo, RT, nº 42/201.
- NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*, 2ª, São Paulo, RT, 1996.
- PAULA, Alexandre de. *CPC anotado*, 4ª, São Paulo, RT, vol. IV, 1988.
- PERROT, R. SOLUS, H. *Droit judiciaire privé*, tome 3, Paris, Sirey, 1991.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*, vol. I, São Paulo, RT, 1970.
- *Tratado das Ações*. Vol. VII, São Paulo, RT, 1978.
- PROTO PISANI, Andrea, *Dell'esercizio dell'azione, nel Commentario del Codice de Procedura Civile [diretto da Enrico Allorio]*, I, 2, Torino, UTET, 1973.
- *La tutela sommaria*, 'in' *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, Cacucci, 1982.
- PUGLIESE, Giovanni, *Diritto romano (voce domanda giudiziale)*, 'in' *Enciclopedia del diritto*, XIII.
- RESNIK, Judith. COVER, Robert. FISS, Owen. *Procedure*. New York, The Foundation Press, Inc., 1988.
- ROCHA, José de Moura. *Do julgamento 'ultra petita' [subsídios para o seu estudo no processo civil brasileiro]*, Recife, Mousinho, 1958.
- SANCHES, Sydney. *Objeto do processo e objeto litigioso do processo*, Ajuris 16/133.

- SATTA, Salvatore. *Diritto processuale civile (voce domanda giudiziale)*, 'in' *Enciclopedia del diritto*, XIII.
- . *Iura novit curia*, 'in' Riv. trim. dir. proc. civ., 1955.
- SCHWAB, Karl Heinz. *La teoria dell'oggetto del processo nell'attuale dottrina tedesca*, in Studi in onore di Antonio Segni, IV, 1967.
- SOARES, Fernando Luso. *Processo Civil de Declaração*. Coimbra, Almedina, 1985.
- SOLUS, H. PERROT, R. *Droit judiciaire privé*, tome 3, Paris, Sirey, 1991.
- SURGIK, Aloísio. *Da iniciativa das provas e dos poderes do juiz no direito romano e na atualidade*, 'in' Revista de Estudos Jurídicos, nº 01, Curitiba, publicação oficial da Pontifícia Universidade Católica do paran , 1982.
- TARZIA, Giuseppe. *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, Milano, Giuffr , 1991.
- . *Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno all'oggetto del processo*, 'in' *Problemi del processo civile di cognizione*, Padova, 1989.
- . *Appunti sulle domande alternative*, 'in' *Problemi del processo civile di cognizione*, Padova, Cedam, 1989.
- . *Parit  delle armi tra le parti e poteri del giudice nel processo civile*, 'in' *Problemi de processo civile di cognizione*, Padova, Cedam, 1989.
- , *A audiência preliminar no processo civil*, Revista de Direito Processual Civil, vol 3, Curitiba, Ed. Genesis, 1996.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *CPC anotado*, 6^a ed., S o Paulo, Saraiva, 1996.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, I, 18^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996.
- TOMMASEO, Ferruccio. *I provvedimenti d'urgenza [Struttura e limiti della tutela anticipatoria]*. Padova. Cedam, 1983.
- TUCCI, Massimo. *Giudice civile e affievolimento del diritto soggettivo*, Milano, 1991.
- WATANABE, Kazuo. *Da cogni o no processo civil*, São Paulo, RT, 1987.
- ZANZUCHI, Marco Tullio. *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*. Modena, G. Ferraguti, 1915.

ÍNDICE

SUMÁRIO

§1º INTRODUÇÃO

§2º FUNDAMENTOS DO PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA

1. PRINCÍPIO DISPOSITIVO
2. PRINCÍPIO DA DEMANDA
 - 2.1 PREMISSA : OS ELEMENTOS IDENTIFICADORES DA DEMANDA
 - 2.1.1 A TEORIA DA IDENTIDADE DA RELAÇÃO JURÍDICA
 - 2.1.2 A TEORIA DA TRÍPLICE IDENTIDADE
 - 2.1.3 OBJETO DO PROCESSO: AS TEORIAS DA INDIVIDUALIZAÇÃO E DA SUBSTANCIAÇÃO
 - 2.1.4 OBJETO DO PROCESSO: TEORIAS ECLÉTICAS
 - 2.1.5 IDENTIFICAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR: DEMANDAS AUTODETERMINADAS E HETERO-DETERMINADAS
 - 2.1.6 RELEVOS CONCLUSIVOS
 - 2.2 O PRINCÍPIO DA DEMANDA
3. PRINCÍPIOS DERIVADOS DO PRINCÍPIO DA DEMANDA
 - 3.1 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO
 - 3.2 PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA

§3º ATUAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA NO PROCESSO DE CONHECIMENTO DE PRIMEIRO GRAU

1. TUTELA JURISDICIONAL E TÉCNICA DO PROCESSO
 - 1.1 AS ALEGAÇÕES DAS PARTES
 - 1.2 AS PROVAS E OS PODERES DO JUIZ
 - 1.3 A SENTENÇA E O DEVER DE CONGRUÊNCIA COM O PEDIDO
 - 1.4 VÍCIOS DE CONGRUÊNCIA DA SENTENÇA DE MÉRITO
2. HIPÓTESES DE APARENTE INCONGRUÊNCIA
 - 2.1 A CAUSA DE PEDIR REMOTA IMPLÍCITA: O CHAMADO FATO CONSTANTE
 - 2.2 OS FUNDAMENTOS DE UMA CAUSA DE PEDIR COMPLEXA
 - 2.3 O CHAMADO PEDIDO ALTERNATIVO
 - 2.4 PEDIDOS IMPLÍCITOS
 - 2.5 O FATO SUPERVENIENTE E O DIREITO SUPERVENIENTE
 - 2.6 DIVERSA QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DADA AO FATO
 - 2.7 A FUNGIBILIDADE DE AÇÕES
 - 2.8 JULGAMENTO POR EQUIDADE
 - 2.9 A SITUAÇÃO DA PROLE NAS LIDES DE DIREITO DE FAMÍLIA: O PODER DE REGULAÇÃO DO JUIZ

§4º CONCLUSÕES

BIBLIOGRAFIA

ÍNDICE