

MARIO HELTON JORGE



**OS LIMITES OBJETIVOS DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL,
NO PROCESSO DE CONHECIMENTO**

**Dissertação apresentada como
requisito parcial à obtenção do grau
de Mestre em Direito, Curso de Pós-
Graduação em Direito, da Pontifícia
Universidade Católica do Paraná.**

**Orientadora: Prof.ª. Drª Teresa Arruda
Alvim Wambier**

Curitiba

2003

TERMO DE APROVAÇÃO

MARIO HELTON JORGE

OS LIMITES OBJETIVOS DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL, NO PROCESSO DE CONHECIMENTO

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora: Prof^ª Teresa Arruda Alvim Wambier

.....
Prof. Alcides Munhoz da Cunha

.....
Prof^ª Maria Francisca Carneiro

Curitiba, 2003.

Aos meus filhos Mário Jr. e Ana Luiza e, em especial, para Maria Cecília, companheira de todos os momentos, agradeço pelo estímulo, apoio, compreensão e carinho, sem os quais este trabalho não seria concretizado

"Nada mais fácil do que julgar aquilo que tem substância e qualidade; compreender é mais difícil, e mais difícil ainda é juntar ambas as funções e chegar a uma conclusão."

Hegel

SUMÁRIO

RESUMO.....	vii
ABSTRACT.....	viii
1 INTRODUÇÃO.....	1
2 DA NATUREZA JURÍDICA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.....	6
2.1 CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO E DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	6
2.2 O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA E O DEVER DE PRESTAR JURISDIÇÃO.....	12
3 DO ESTADO DE DIREITO E DA EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO.....	17
3.1 DO ESTADO SOCIAL DE DIREITO.....	22
3.2 DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	25
4 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA GARANTIA PROCESSUAL DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL DE SERVIÇOS.....	30
4.1 DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE JURÍDICA.....	32
4.1.1 Da Igualdade Jurisdicional.....	33
4.2 DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	34
4.3 DA GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA.....	35
4.4 DA GARANTIA DA IMPARCIALIDADE DO ÓRGÃO JURISDICIONAL.....	39
4.5 DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLITUDE DA DEFESA.....	41
4.6 DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	43
4.7 DO PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.....	45
5 DAS PREMISSAS PROCESSUAIS PARA A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.....	49
5.1 A JURISDIÇÃO COMO MODELO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS SOCIAIS.....	50
5.1.1 Das Imunidades da Jurisdição.....	67
5.1.2 Dos Substitutivos da Jurisdição.....	72
5.1.3 Da Exclusão da Atividade Jurisdicional do Poder Judiciário.....	77
5.2 DA AÇÃO (IN)CONDICIONADA.....	84

5.3 DO PROCESSO.....	93
5.3.1 Dos Pressupostos Processuais (relação processual).....	100
6 DA MODELAGEM OBJETIVA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL " LATO SENSU"	106
6.1 DO PRINCÍPIO DISPOSITIVO.....	108
6.2 DO PRINCÍPIO DA DEMANDA.....	124
6.2.1 Da Causa de Pedir.....	130
6.2.2 Do Pedido.....	143
6.3 DA RESPOSTA DO DEMANDADO.....	163
6.4 DOS FATOS E DO DIREITO SUPERVENIENTES.....	173
7 DA CORRESPONDÊNCIA ENTRE A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E A DEMANDA.....	188
7.1 DA VINCULAÇÃO DO JUIZ AOS FATOS DA CAUSA E AO PEDIDO.....	190
7.2 DAS HIPÓTESES DE APARENTE PARCIALIDADE DO JUIZ, NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.....	194
7.2.1 Dos Pedidos Implícitos.....	203
7.2.2 Da Fungibilidade de Demandas.....	211
7.2.3 Das Técnicas Processuais, para Efetividade das Decisões Judiciais nos Deveres Jurídicos Específicos de Fazer, de não Fazer e Entregar a Coisa.....	217
8 NOTAS CONCLUSIVAS.....	233
REFERÊNCIAS.....	258

RESUMO

Na sistemática do Estado de Direito, foi instituída a autoridade estatal para a composição de conflitos de interesses, em decorrência da partição de poderes. Ao Poder Judiciário foi atribuída a função de julgar, privativamente, exercitando a jurisdição, através da qual se tem a atuação do Direito. A jurisdição e o seu exercício encontram, nas normas constitucionais, os parâmetros gerais para a solução de conflitos, sendo um modelo privilegiado para a pacificação social. Desde sempre foi preocupação da sociedade estabelecer limites para a atuação da jurisdição, com o objetivo de manter o juiz afastado de assuntos privados, que não lhe digam respeito. A jurisdição, portanto, é função jurisdicional de dever, que corresponde a um pedido de solução de litígio. O dever estatal deve ser realizado como foi pretendido, sob pena de desvio; mas nem sempre existe a correspondência desejada. Identificar os limites da prestação jurisdicional e compreender a não correspondência do serviço prestado com o solicitado são os objetivos perseguidos pela dissertação, inclusive para propor medidas corretivas. Destacam-se como parâmetros limitadores da jurisdição os Princípios da Igualdade, Dispositivo, da Demanda, da Adstrição e da Correspondência, remanescentes da fase do Estado Liberal, ainda enraizados no sistema processual, todos voltados para assegurar a Imparcialidade dos órgãos jurisdicionais, e o Princípio da Efetividade, representativo dos valores do Estado Democrático de Direito, que exige uma atuação mais ativa e participativa do juiz, na relação processual, razão pela qual foram instituídas novas técnicas para assegurar a utilidade da jurisdição e a efetividade do direito material.

Palavras chave: 1) Conflitos de interesses; 2) Jurisdição; 3) Demanda; 4) Limitações; 5) Imparcialidade; 6) Efetividade.

RIASSUNTO

Nella sistematica dello Stato di Diritto fu istituita l'autorità statale per comporre i conflitti di interessi, decorrente dalla divisione dei poteri. Al Potere Giudiziario fu attribuita la funzione di giudicare, privativamente, esercitando la giurisdizione, tramite la quale si verifica l'attuazione del Diritto. La giurisdizione ed il suo esercizio trovano, nelle norme costituzionali, i parametri generali per risolvere i conflitti, essendo un modello privilegiato per la pacificazione sociale. Stabilire limiti per l'attuazione della giurisdizione, con l'obiettivo di mantenere il giudice lontano dai temi privati che non lo riguardano, è, da tempo, una preoccupazione della società. La giurisdizione, pertanto, è funzione giurisdizionale di dovere, che corrisponde a una richiesta di risolvere il litigio. Il dovere dello Stato deve essere realizzato in conformità a quanto richiesto, sotto pena di deviazione, però la corresponsività desiderata non avviene sempre. Identificare i limiti della prestazione giurisdizionale e comprendere la mancanza di corresponsività tra il servizio prestato e quello richiesto sono gli obiettivi perseguiti da questa dissertazione, anche quello di proporre procedimenti correttivi. Si distaccano come parametri limitativi della giurisdizione i Principi dell'Uguaglianza, Dispositivo, della Demanda, Vincolante e della Corresponsività, rimanenti della fase dello Stato Liberale, ancora con le radici nel sistema processuale, tutti con l'obiettivo di assicurare l'imparzialità degli organi giurisdizionali ed il Principio dell'Immediatezza (effettività), rappresentativo dei valori dello Stato Democratico di Diritto, che esige un'attuazione molto attiva e partecipativa del giudice nel rapporto processuale, motivo per il quale furono istituite nuove tecniche per assicurare l'utilità della giurisdizione e l'effettività del diritto materiale.

1 INTRODUÇÃO

O Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional assegura a todos o direito de acesso à justiça, decorrendo daí o dever de o Estado-juiz prestar a jurisdição, como modelo estatal de solução dos conflitos sociais.

Os conflitos sociais surgem naturalmente pelo descumprimento voluntário de normas de direito material, decorrendo, daí, a insatisfação, a qual não pode ser solucionada por mãos próprias, pela vedação da autotutela.

A situação conflituosa gera a necessidade de ser buscada uma solução, através da tutela jurisdicional.

A pretensão à tutela jurisdicional deve ser exercida por meio de instrumentos orientados por normas de direito processual, adequados à afirmação da situação de direito material, para o alcance da efetividade do provimento postulado.

A tutela jurisdicional é a exata solução encontrada pelo Estado-juiz à situação conflituosa, que lhe foi submetida. Nem mais, nem menos, nada diverso.

Assim, a prestação jurisdicional deve corresponder àquilo que foi solicitado ao Estado-juiz, na exata medida. Mas nem sempre o resultado materializado na sentença corresponde aos anseios dos jurisdicionados, fugindo da previsibilidade, para mais ou para menos, gerando uma insegurança jurídica, pois causa, no mínimo, surpresa, um novo estado de insatisfação, o qual não se compadece com o espírito do Estado Democrático de Direito, que é o de Justiça Social.

Surgem várias questões a serem abordadas, em face do possível resultado surpreendente. Se o jurisdicionado solicita uma prestação de serviço jurisdicional ao Estado-juiz, pode esse serviço ser entregue diferentemente daquilo que lhe foi pedido? Pode ser prestado um serviço pela metade, ou além do que foi pedido?

A atividade do Estado-juiz tem sido, ao longo do tempo, objeto de incessantes controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, ainda não superadas, não só pelo que se fez, mas, principalmente, pelo que se deixa de fazer.

De modo geral, todos os trabalhos a serem realizados seguem métodos, fórmulas, rotinas, com a previsibilidade do seu resultado, desde que sejam corretamente executados.

A prestação jurisdicional, também, é um serviço, que o Estado-juiz presta, monopolizadamente, aos seus jurisdicionados, estando sujeito às fórmulas, aos procedimentos ou às técnicas processuais.

Este estudo está direcionado aos "limites objetivos da prestação jurisdicional, no processo cognitivo", que nada mais são do que as formalidades legais, os contornos, os extremos, a linha demarcatória das atividades da jurisdição, na relação processual.

Esses limites imperativos procuram, sempre, assegurar a imparcialidade do órgão julgador; isto é, sendo reguladores da atividade, delimitam a esfera de liberdade do órgão jurisdicional.

E a pesquisa reveste-se de importância para a utilidade da jurisdição, principalmente pelas inovações legislativas, de ordem pública, tanto nas normas de direito material, quanto nas de direito processual, que ampliam a atividade jurisdicional, além de possibilitar aos operadores do Direito a utilização de instrumentos adequados à correção dos rumos eventualmente desviados.

Com a identificação dos elementos que qualificam e limitam a prestação jurisdicional pode-se, com facilidade, analisar se o serviço entregue realmente está em conformidade com o esperado, ou para adoção das medidas que se façam necessárias, quando o serviço não estiver de acordo com o solicitado, pela evidência

de parcialidade do órgão julgador.

A identificação, a análise e a compreensão das limitações processuais, além da demonstração de hipóteses de aparente parcialidade do juiz, na prestação jurisdicional, são os objetivos da pesquisa.

É importante destacar que não existe trabalho específico sobre o tema, mas sim sobre outra ótica, mister sobre as nulidades da sentença, direcionado para os vícios de que padece. Por certo, o resultado contribuirá para o preenchimento da lacuna, no campo doutrinário.

A abordagem do tema é feita de forma fragmentada, tendo em vista os inúmeros institutos jurídicos envolvidos na pesquisa, passando por conceitos básicos da Carta Magna e de princípios constitucionais, destacando a relevância para ordenamento jurídico, além da qualificação da natureza da prestação jurisdicional, com vistas a localizar as regras limitadoras, no sistema.

Para a compreensão da postura do órgão jurisdicional, para a solução de conflitos sociais, incursiona-se o estudo, brevemente, pelo Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado abordando-se as fases do Estado de Direito Liberal, Social e Democrático, revelando-se a passagem da atitude passiva para a atitude ativa, para a efetividade do direito material, de acordo com os valores predominantes na sociedade, sobressaindo-se daí vários princípios processuais constitucionais e infraconstitucionais, enraizados no sistema processual.

A jurisdição, a ação e a relação processual são abordadas como categorias fundamentais do processo, identificando os escopos da jurisdição, as situações não alcançadas por ela, os seus princípios e características, além dos poderes detidos pelo órgão jurisdicional e da definição das situações em que a jurisdição se manifesta, mesmo sem o alcance do escopo social. Na ação, aprofunda-se o exame

da existência de condições para o seu exercício, em face do Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, e da (in)existência de atividade jurisdicional, quando não concorrerem as "condições da ação" e os pressupostos processuais.

No estudo dos Princípios Dispositivo, da Demanda, da Adstrição e da Correlação identifica-se a limitação geral, para o exercício da atividade jurisdicional, e a limitação específica encontra-se no pedido e na causa de pedir, analisados detidamente, demonstrando-se erros procedimentais, passíveis de ocorrência, bem assim sugerindo mecanismos adequados para a correção.

A abordagem final está direcionada às hipóteses de aparente parcialidade da prestação jurisdicional, justamente aquelas que autorizam a entrega de prestação jurisdicional diversa da pretendida, a qual exige do Estado-juiz uma postura ativa na relação processual, principalmente à luz do art. 461, 461-A, do Código de Processo Civil - CPC, e das normas de ordem pública, presentes no sistema.

A jurisprudência destacada, no desenvolvimento do tema, demonstra a postura dos tribunais no trato da parcialidade da prestação jurisdicional. A doutrina de vanguarda dá destaque à função dos princípios, mas praticamente inexistente quanto ao enfrentamento das matérias de ordem pública e dos pedidos verdadeiramente implícitos.

De qualquer sorte, reafirma-se a feliz opção pelo tema, em razão de sua atualidade, principalmente pela possibilidade de divulgação das conclusões acerca da possibilidade da concessão de tutelas "ex officio", em oposição ao dogma *ne procedat iudex*, superando a fase do liberalismo, em que era exigida uma postura passiva do juiz, ainda enraizada no sistema, mas que não mais se coaduna com a evolução das técnicas processuais.

De tudo, resta uma única certeza: a de colocar o assunto para discussão e para o aprofundamento das idéias, com vistas a fornecer elementos sérios para a melhoria da prestação jurisdicional.

2 DA NATUREZA JURÍDICA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Considerando que a prestação jurisdicional é inerente à função do Poder Judiciário, afigura-se relevante o exame da sua natureza jurídica, porquanto as eventuais limitações ao seu exercício devem ter a mesma hierarquia normativa, por isso que a pesquisa se inicia pela Constituição Federal - CF, representada pelo conjunto de regras e princípios, com a mais alta posição hierárquico-normativa, no sistema jurídico, tendo aqui presente as teses da força normativa da Constituição (Konrad Hesse) e da Constituição como norma (Entierria).

2.1 CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO E DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

Segundo a abalizada doutrina de Paulo Bonavides¹, a Constituição, sob o ponto de vista material, é definida como sendo:

O conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais. Tudo quanto for, enfim, conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política exprime o aspecto material da Constituição.

Constata, ainda, o consagrado constitucionalista que as constituições, não raramente, inserem matéria de aparência constitucional, enxertada em seu corpo normativo, a qual não diz respeito aos elementos básicos ou institucionais de organização política,² sendo então conceituadas as normas, sem característica constitucional, como sendo formalmente constitucionais.

¹ BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 63.

² *Ibid.*, p. 64.

Hans Kelsen³ enuncia o conceito formal de constituição: "Fala-se de Constituição em sentido formal quando se faz a distinção entre as leis ordinárias e aquelas outras que exigem certos requisitos especiais para sua criação e reforma".

Canotilho⁴, por sua vez, conceitua constituição como sendo "a ordem jurídica fundamental de uma comunidade. Ela estabelece em termos de direito e com os meios do direito os instrumentos de governo, a garantir direitos fundamentais e a individualização de fins e tarefas".

No moderno Direito Constitucional, procura-se determinar o conceito de Constituição utilizando-se de duas categorias teóricas de real importância, quais sejam, a da força normativa da Constituição e a da Constituição como norma, que se associam à função e à estrutura de Constituição, como elementos categóricos.

A propósito, Canotilho⁵ sintetiza os pontos fundamentais em debate nas Constituições, hodiernamente: "(1) a idéia de lei fundamental como instrumento formal e processual de garantia; (2) a tese de que as constituições podem e devem ser também programas ou linhas de direção para o futuro".

Os conceitos de constituição formal e material, como marco normativo divisório, não têm mais sentido, porquanto o objetivo da constituição democrática é a efetividade de suas normas, mister às que se referem aos direitos e garantias fundamentais. O sentido formal articula-se com o sentido normativo e o sentido material denota o conjunto de normas que regulam as estruturas do Estado e da sociedade, nos seus aspectos fundamentais. A Constituição material é um conceito normativo, que equivale ao ordenamento constitucional de nível superior.

³ KELSEN, H. *Teoria general del estado*. México, 1959. p. 330.

⁴ CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1994, p. 183.

⁵ *Ibid.*, p. 72.

Para a consecução desses direitos, faz-se necessário que o Estado participe ativamente. Trata-se da efetividade material, isto é, que a sociedade seja alcançada por suas ações. A força normativa da constituição está no fato social, a qual foi constatada por Konrad Hesse.

La constitución es el orden jurídico fundamental de la Comunidad. La constitución fija los principios rectores con arreglo a los cuales se debe formar la unidad política Y se deben asumir las tareas del Estado. Contiene los procedimientos para resolver los conflictos en el interior de la Comunidad. Regula la organización y el procedimiento de formación de la unidad política Y la actuación estatal. Crea las bases Y determina los principios del orden jurídico en su conjunto. Em todo ello es la Constitución "el plan estructural básico, orientado a determinados principios de sentido para la conformación jurídica de una Comunidad."⁶

Hesse tem uma visão de concretização social das normas constitucionais. Há uma verdadeira integração entre o social e o normativo, que se inter-relacionam. "A principal manifestação da preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida à luz dela e passada pelos seu crivo, de modo a eliminar as normas que se não conformam a ela".

Nesse sentido, a Constituição de 5 de outubro de 1988 instituiu de forma clara e inequívoca a República Federativa, como regime de governo, que se constitui em um Estado Democrático de Direito.

A democracia, como expressão de princípio, na Constituição, vem destacada em dois locais distintos, quais sejam, no preâmbulo e no artigo 1º, com fundamentos específicos.

O preâmbulo, nas constituições, é fato comum para o direito constitucional dos povos⁸, e, a sua existência, tem justificativa na necessidade de ressaltar os valores sociais e políticos a que orientam. Revela-se de real importância, tanto que

⁶HESSE, K. **Escritos de derecho constitucional** (selección). Colección "Estudios Constitucionales" Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 16-17.

⁷CANOTILHO, ob. cit., 45-46.

passa pelo mesmo processo legislativo dos demais textos, sendo aprovado através de votação. Há divergências acerca de seus fundamentos; de um lado, assegura-se o conteúdo normativo do preâmbulo, porque, ainda que se registre a ausência de comando específico, tem fins exegéticos; de outro, transparece apenas o caráter ideológico.

No entanto, a finalidade jurídica do preâmbulo⁹ é a de expressar a legitimidade da constituição, com o objetivo de deixar evidenciado que é resultado da vontade soberana do povo.

Assim, o texto constitucional, que segue posteriormente ao preâmbulo, é orientado pelas premissas republicanas e as do Estado de Direito Democrático.

O artigo 1º dispõe, ainda, sobre os fundamentos (bases políticas, econômicas e sociais) republicanos, do Estado Democrático de Direito: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

A democracia está ligada ao Estado de Direito. Enquanto a democracia sugere a participação popular efetiva nas decisões políticas e jurídicas do país, o Estado de Direito submete todas as pessoas aos ditames da lei¹⁰, para assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar social, igualdade e justiça.

⁸ NASCIMENTO, T. M. C. do. **Comentários à constituição federal** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p.131

⁹ "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias..."

¹⁰ A idéia de soberania popular implica a necessidade de todos de submissão à lei, mister o Estado-juiz, com vistas à garantia contra o arbítrio, contra o subjetivismo, a possibilitar a controlabilidade da decisão, possibilitar a impugnação da decisão, a maior previsibilidade e a efetividade das normas de direito

Portanto, a proteção dos direitos fundamentais, no Estado Democrático de Direito, é colocada no centro de gravidade da ordem jurídica instituída pela Constituição.

As normas constitucionais, garantidoras de direitos e liberdades individuais, encontram as suas raízes em princípios, com composição histórico-social, nascidos da consciência do povo, de sua linha de vida e de sua ideologia¹¹.

Os princípios são a base de todo o sistema constitucional, devendo servir como fundamento, do qual a norma não pode estar desatrelada. Os princípios pairam sobre as normas do sistema, organizando-o como um todo e dando-lhe a consistência necessária à sua efetivação. O desrespeito a um princípio é considerado uma violação mais grave do que o de uma norma, pois esta, enquanto substância isolada, deriva e segue as diretrizes traçadas naquela raiz, a qual fundamenta todo o sistema normativo.

Celso Antônio Bandeira de Mello¹² define, a propósito, princípio como sendo:

“... o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”.

¹¹ “O sistema jurídico como um todo, para a teoria de sistemas autopoieticos, é uma criação dos membros da sociedade em interação comunicativa. Os modelos jurídicos que permitem definir o que é um contrato ou uma sociedade comercial para o Direito se enraizam em uma percepção jurídica peculiar da realidade social, moldada, basicamente, pelos que se dedicam à produção de conhecimento sobre o Direito. O Direito, para se autoproduzir, necessita, obviamente, como todo sistema, de elementos do meio ambiente. Para que haja um ordenamento jurídico regulando condutas, é preciso ter não só normas para favorecerem essa regulamentação, como também condutas que estabelecem novas normas já são elas próprias reguladas por normas anteriores”. (GUERRA FILHO, W. S. **Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.68-69.)

¹² MELLO, C. A. B. de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 230.

Clémerson Clève¹³ comenta que a doutrina vem procurando definir a Constituição como um " sistema aberto de princípios e preceitos".

Os princípios ninguém desconhece, possuem características que os diferenciam das regras ou preceitos. Dispõem de maior grau de abstração e, portanto, menor grau de densidade normativa, e bem por isso sintetizam, fundamentam e estruturam o sistema constitucional. Além disso, condensam as idéias estruturais do sistema, razão pela qual, em geral os preceitos constituem desdobramento de idéias sínteses engessadas nas disposições principiológicas.

E, sobre a funcionalidade dos princípios, Clémerson Clève¹⁴ posiciona-se clara e objetivamente.

Os princípios, mesmo os implícitos, e inclusive aqueles enunciados no Preâmbulo, dispõem de uma funcionalidade. Ou seja, prestam-se para alguma coisa. São, pois, funcionais. Eles cimentam a unidade da Constituição, indicam conteúdo do direito de dado tempo e lugar e, por isso, fixam *standard* de justiça, prestando-se como mecanismos auxiliares no processo de interpretação e integração da Constituição e do direito infraconstitucional. Mais do que isso, experimentam uma eficácia mínima, ou seja, se não podem sofrer aplicação direta e imediata, exigindo no mais das vezes (não é o caso dos princípios-garantia) integração normativa decorrente da atuação do legislador, pelo menos cumprem eficácia derogatória da legislação anterior e impeditiva da legislação posterior, desde que incompatíveis com seus postulados.

A funcionalidade dos princípios, sob outro ponto de vista, qual seja, a de imprimir unidade ao ordenamento jurídico, também, não passou despercebida por Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁵.

A função dos princípios para imprimir unidade às normas que integram o ordenamento positivo vem sendo notada na doutrina, já que, de fato, o direito ser constituído por norma não exaure a idéia de "ordenamento jurídico." Dentre muitas das observações que faz Santi Romano, interessa para este ponto a de que as leis, constitutivas de um sistema, encontram-se, justamente porque inseridas neste sistema, submetidas a uma idéia de *unidade*, que marca os ordenamentos jurídicos, mesmo porque, aduzimos nós, parece ser incompreensível um sistema sem unidade. Esse sistema, assim *unitariamente compreendido*, é informado por seus *princípios*

¹³ CLÈVE, C. M. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.35.

¹⁴ *id.*

¹⁵ WAMBIER, T. A. A. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**, recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.50.

(*principios guias*, como os chamou Savigny, sem os quais torna-se *difícil* ou *inseguro* resolver os problemas).

Por fim, Roberto Barroso deixa claro que os princípios constitucionais são sempre o ponto de partida para a interpretação da Constituição.

O ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sucinta, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que instituiu. A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie.¹⁶

A breve abordagem teórica da Constituição, dentro da metodologia adotada, faz -se necessária para destacar a sua força normativa, através de suas regras e, principalmente, dos seus princípios, que informarão todo o desenvolvimento do trabalho.

2.2 O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA E O DEVER DE PRESTAR A JURISDIÇÃO

A doutrina não discrepa quando afirma que a instituição da autoridade estatal para a composição dos conflitos de interesse foi atribuída ao Poder Judiciário, em face da partição dos poderes (art.2º, CF), além de que a sua função privativa é a de julgar para pacificar, ou seja, a tutela jurisdicional deve ser capaz de alterar a situação fática das pessoas envolvidas no litígio.

De igual modo, tem-se por definição que Jurisdição é ao mesmo tempo poder, função e atividade; poder no sentido de decidir imperativamente e impor decisões; função no sentido de pacificar os conflitos; e atividades são os atos do juiz no

¹⁶ BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da Constituição* rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2001. p.149.

processo. O resultado do todo seria a prestação jurisdicional, que se materializa na sentença.

As normas constitucionais estruturais e funcionais têm por objetivo, dentre outros, a organização dos poderes, além de distribuir a competência. Não se discute, no caso, que o Judiciário é um dos poderes da União (art. 2º). Entretanto, não se observa, nas normas de organização do Poder Judiciário (capítulo III, art. 92-100), qualquer alusão à função do Poder e, muito menos, qualquer referência à prestação jurisdicional, de forma ordenada.

A propósito, prevê-se no artigo 102, inciso I, da CF a competência do Supremo Tribunal Federal de processar e julgar, que é ato de poder-função, de um dos órgãos que compõe o Judiciário. Faz-se referência à jurisdição, no art. 109, § 4º, que estabelece a competência recursal do Tribunal Regional da Justiça Federal. Mais adiante, no art. 126, na seção da organização dos Tribunais Estaduais, registra-se a necessidade de o juiz estar no local do litígio fundiário sempre que for necessário "à eficiente prestação jurisdicional". Somente nos artigos 127 e 134, quando é tratada a matéria "das funções essenciais à justiça", é que se faz menção à "função jurisdicional do Estado", caracterizando o Ministério Público, a Advocacia e a Defensoria Pública como instituições permanentes essenciais à função jurisdicional, já fora do capítulo da organização do Poder Judiciário.

Isso não obstante, pode-se afirmar que a prestação jurisdicional decorre do direito de garantia fundamental do acesso irrestrito à justiça¹⁷, que a Constituição do Estado Democrático de Direito assegura a todos,¹⁸ quando inviabiliza a criação de

¹⁷ O inciso XXXV, art. 5º da CF prescreve que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

¹⁸ Art. 5º, da CF – "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes:"

obstáculos para a busca da efetivação do direito, junto ao Poder Judiciário, o qual exerce a função pacificadora, através da atividade jurisdicional. É vedado, constitucionalmente, obstaculizar ou evitar a função jurisdicional, na solução dos conflitos, configurando destarte o Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional.

Dinamarco¹⁹ insere a jurisdição como uma das expressões do poder estatal, que é uno, sendo que as variadas funções do Estado projetam reflexos de suas peculiaridades na forma, característica e disciplina positiva do exercício do poder, enquanto voltada para cada uma delas.

Função é, em última análise, serviço (do latim: *fungor, -eris, functus sum fungi* = cumprir, exercer), e cada uma das funções do Estado é um conjunto de serviços a serem prestados mediante atividades preordenadas a certos objetivos e que costumam ser agrupadas e distinguir-se das demais precisamente em razão dos objetivos perseguidos. Na busca do bem comum, o Estado sente a necessidade de mover obstáculos e implantar condições favoráveis à desejada realização integral do homem. Daí os serviços que presta à população e que tradicionalmente costumam ser agrupados nas três clássicas funções consideradas. Esta é, conforme prometido, uma visão marcadamente teleológica, que propõe identificar a jurisdição segundo os objetivos que através dela o Estado busca atingir. Existe realmente um feixe de objetivos a serem alcançados mediante a atividade que se convencionou chamar jurisdicional e que se situam no campo social (pacificação com justiça; educação para a consciência dos próprios direitos e respeito aos alheios) e no político (afirmação do poder estatal, participação democrática, preservação do valor liberdade; nos regimes socialistas, propaganda e educação para a vida e a ação socialistas). A jurisdição caracteriza-se, pois, como uma das funções do Estado, voltada para objetivos bem definidos.

O dever de o Estado prestar o serviço de natureza jurisdicional corresponde à garantia fundamental da inafastabilidade do controle da jurisdição de ameaça ou lesão de direitos - direito de acesso à justiça -, hipótese que enseja ao titular do

¹⁹ DINAMARCO, C. R. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 115-116.

direito de exigir uma prestação positiva, que está em conformidade com o princípio da dignidade humana.

Trata-se de uma garantia jurídica correspondente – sob o ângulo subjetivo – aos meios processuais de proteção dos direitos, no caso, as ações e respectivos procedimentos, dedutíveis perante o Poder Judiciário, cuja função é tipicamente de restauração da ordem jurídica, quando vulnerada, e destina-se à formulação e à atuação prática da norma concreta, que deve disciplinar determinada situação.

Assim, não se afigura equivocado afirmar que, além do interesse de o Estado prestar a função jurisdicional, tem, também, o dever, no seguro pensamento de Marinoni²⁰.

O Estado é obrigado a prestar tutela jurisdicional e o cidadão tem o direito a que esta tutela seja efetiva, pouco importando que não haja conflito de interesses entre o autor da ação e o Estado. Não pensamos que a inexistência de conflito entre o autor e o Estado seja obstáculo para alguém falar em direito de ação. O direito de ação é o reflexo *ex parte subjecti* da atividade jurisdicional do Estado. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, que tem como corolário a garantia de tutela adequada a todas as situações de conflito de interesses, faz surgir ao Estado a obrigação de prestar a tutela adequada às mais variadas hipóteses conflitivas concretas, sem dela poder subtrair-se.

Dai a constatação da relevância dos princípios integrados à Constituição, legitimados por valores despertados pela sociedade, que transcendem a simples técnica positiva do direito, os quais são verdadeiras normas de direito²¹,

²⁰ MARINONI, L. G. *Novas linhas do processo civil*. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p.199.

²¹ A doutrina estabelece distinção entre regras e princípios. Observe-se: "regras são normas jurídicas em que se descreve uma situação fática, que, tendo lugar, leva à sua incidência e normalmente à ocorrência das conseqüências nela previstas; princípios seriam também normas jurídicas, mas que não descrevem situações, senão que prescrevem um valor, que, assim, adquire positividade". (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*, Celso Bastos Editor, 1999. p.52, nota 40).

* A concepção de que um princípio jurídico é norma de Direito talhou-se através da evolução analítica interessante. Primeiro, a metodologia jurídica tradicional distinguia os princípios das normas, tratando-as como categorias pertencentes a tipos conceituais distintos. Ou seja, norma tinha um significado e princípio, outro. Mas, mesmo assim, a idéia de norma era sobreposta, dogmática e normativamente, à idéia de princípio. Isso evidencia-se em posturas metodológicas, como as de Josef Esser, no seu livro

desempenhando, outrossim, a função interpretativa, a função fundamentadora da ordem jurídica e a função supletiva²², com vistas a dar unidade e harmonia ao sistema.

Assim, a prestação jurisdicional é um dever e tem natureza jurídico-constitucional - direito fundamental de todos -, decorrente da garantia prevista no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal -, razão pela qual se permite concluir que, eventuais limites²³ a essa atividade, devem ser identificados e examinados à luz das regras e dos princípios jurídico-constitucionais, e, também, com a própria índole do Estado Democrático.

Neste sentido, no plano jurídico, identifica-se que a prestação jurisdicional deve pautar-se pelo Princípio Constitucional do Devido Processo Legal²⁴ (art. 5º, inciso LIV) que, no entendimento de Nélson Nery Jr²⁵, seria o bastante para que daí decorressem todas as conseqüências processuais, garantindo aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa, e pelo Princípio da Igualdade Jurídica. No plano social, a atividade jurisdicional rege-se pelo Princípio da Efetividade do Direito, no sentido material, consubstanciado, atualmente, nos art. 273, 461 e 461-A, do CPC.

Principios y Norma em la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado. Depois, devido aos acréscimos teóricos-analíticos de Dworkin e Alexy, pacificou-se a distinção entre regras e princípios como espécies do gênero norma de direito. Aliás, essa distinção entre regras e princípios, em termos diferentes dos expostos por Dworkin e Alexy, já havia sido formulada por Jean Boulanger, considerado por Bonavides o mais insigne precursor da normatividade dos princípios".

(ESPÍNDOLA, R. S. **Conceito de princípios constitucionais**. 1.ed., 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.61).

²² BONAVIDES, op. cit., p.254-255

²³ Limitações são contornos, que o próprio sistema jurídico traça, donde dizerem-se, para explicitação, "legais"; restrições são o que se diminui, em virtude de ato jurídico, ao conteúdo dos direitos ou do seu exercício, em conformidade com Pontes de Miranda. **Tratado das Ações**. 2.ed. tomo I, São Paulo: Revista dos Tribunais: 1972. p.80.

²⁴ "É considerado gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécie".

²⁵ NERY JR, N. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 31.

3 DO ESTADO DE DIREITO E DA EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO

A breve exposição da evolução histórica do Estado tem por objetivo facilitar a exata compreensão dos atuais institutos jurídicos, inseridos no sistema processual, para dar efetividade material aos programas sociais – direitos materiais – junto à sociedade, que nada mais representa que a realização de justiça social.

Nesse sentido, o Estado, segundo as clássicas teorias, constitui-se pela conjugação de seus elementos: povo, território e governo. Forma-se, pois, pela aglutinação de um determinado povo, num determinado território, sob o comando de um certo governo, com a finalidade de alcançar o bem-comum. Essa é a essência do Estado, apesar das divergências doutrinárias acerca da matéria.

O Estado de Direito surgiu como forma de oposição ao Estado Policia. Na origem, era decorrência de idéias e conceitos tipicamente liberais, onde se pretendia assegurar o princípio da legalidade e da generalidade da lei²⁶. Embora existam outras definições, com embasamentos diversos, certo é que tinham um ponto comum, qual seja, a juridicidade estatal.

O Estado de Direito pôs fim à fase das monarquias absolutas, cuja abertura foi propiciada pela Revolução Francesa, advindo a juridicização dos direitos e deveres dos governantes e dos governados. As regras do poder e de domínio ficaram sensivelmente disciplinadas por normas positivadas, ou seja, as funções do Estado passaram a ser exercidas sob a égide de um sistema de modelos jurídicos: Princípio da Legalidade.

²⁶ SILVA, J. A. da. O Estado democrático de direito. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 305, p.45-50, jan./mar. 1989.

O Estado é, pois, o resultado de uma longa evolução na maneira de organização do poder, tendo surgido em decorrência das transformações políticas, por volta do século XVI, cujos fatores já vinham amadurecendo ao longo dos últimos séculos do período medieval, em face da concentração do poder numa única pessoa.

A característica principal do Estado Moderno é a abrangência maior do poder e a concentração das atividades, exercidas em prol do bem comum de toda sociedade.

Embora unitário, o poder não fez desaparecer a sociedade, que continuava a desempenhar e a cumprir funções que o Estado jamais assumiu. É no Estado de Direito que ganha relevância a Constituição como ordenamento jurídico superior.

A denominação de Estado de Direito teve origem no liberalismo e sua concepção serviu de apoio aos direitos do homem, que, de súditos, foram convertidos em cidadãos livres. O Estado liberal de Direito estava assentado nas características de submissão ao império da lei, na divisão dos poderes e na garantia dos direitos individuais. Os valores fundamentais – vida, liberdade e propriedade – gravitavam no centro da ordem jurídica.

O que parece ser um dos pontos importantes dessa concepção, na visão de Canotilho e Vital Moreira,²⁷

é a vinculação do Estado de Direito a uma ordem estadual justa, que compreende o reconhecimento dos direitos individuais, garantia dos direitos adquiridos, independência dos juizes, responsabilidade do governo, prevalência da representação política e participação desta no Poder Legislativo.

²⁷CANOTILHO, J.J.; MOREIRA, V. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 73.

Assim, a ordem jurídica colocava a salvo os valores dominantes (vida, liberdade e propriedade) da ameaça do Estado. Nessa primeira fase, após a instalação do Estado de Direito²⁸, a atividade da administração abrangia a prática de atos de autoridade. O sacrifício da liberdade e da propriedade, somente deveria ser suportado pelo particular, desde que disciplinado em lei. Portanto, através da lei era controlado o poder da Administração, com vistas a evitar que essa lesasse os direitos dos particulares. Esse esquema é característico do liberal-individualismo burguês acerca das atividades fins do Estado (serviços de polícia, de segurança e de administração pública), na relação com os particulares.

Surgem nessa fase os direitos fundamentais de primeira geração, de marcado cunho individualista, afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face do seu poder.

²⁸ José Afonso da Silva, destaca Carl Smitt que assinala que a expressão "Estado de Direito" pode ter tantos significados distintos como a própria palavra "Direito" e designar tantas organizações quanto as que se aplica a palavra "Estado". Assim, acrescenta ele, há um Estado de Direito feudal, outro estamental, outro burguês, outro nacional, outro social, além de outros conforme com o Direito natural, com o Direito racional e com o Direito histórico. Disso deriva a ambigüidade da expressão Estado de Direito, sem mais qualificativo que lhe indique conteúdo material. Em tal caso, a tendência é adotar-se a concepção formal do Estado de Direito à maneira de Forsthoff, ou de um Estado de Justiça, tomada a justiça como um conceito absoluto abstrato, idealista, espiritualista, que no fundo, encontra sua matriz no conceito hegeliano do Estado Ético, que fundamentou a concepção do Estado fascista: "totalitário e ditatorial, em que os direitos e liberdades humanas ficam praticamente anuladas e totalmente submetidas ao arbítrio de um poder político onipotente e incontrolado, no qual toda participação popular é sistematicamente negada em benefício da minoria (na verdade da elite) que controla o poder político e econômico" ...

"A concepção jurídica de Kelsen também contribuiu para deformar o conceito de Estado de Direito. Para ele o Estado e Direito são conceitos idênticos. Na medida em que ele confunde Estado e ordem jurídica; todo Estado, para ele, há de ser Estado de Direito. Por isso, vota significativo desprezo esse conceito. Como na sua concepção, só é Direito o direito positivo, como norma pura, desvinculado de qualquer conteúdo, chega-se, sem dificuldade, a uma idéia formalista do Estado de Direito ou Estado Formal de Direito, que serve também a interesses ditatoriais, como vimos. Pois, se o Direito acaba se confundindo com mero enunciado formal da lei, destituído de qualquer conteúdo, sem compromisso com a realidade política, social, econômica, ideológica enfim (o que, no fundo, esconde uma ideologia reacionária), todo Estado acaba sendo Estado de Direito, ainda que seja ditatorial. Esta doutrina converte o Estado de Direito em mero Estado Legal. Em verdade, destrói qualquer idéia de Estado de Direito". (SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 6 ed. rev. ampl. São Paulo: RT, 1991, p. 100-101).

Identificam-se, particularmente, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, garantias processuais, os quais foram complementados ainda pelos direitos de liberdade de expressão, de imprensa, de manifestação, de reunião, de associação, além dos direitos de participação política, através do voto e da capacidade eleitoral passiva, com características democráticas, que, na visão de Luiz Alberto David Araújo e Vidal S. Nunes²⁹, representam os direitos civis, individuais e políticos.

São direitos que surgiram com a idéia de Estado de direito submisso a uma constituição. Longe da hegemonia de um soberano, cuja vontade era a lei, concebeu-se um Estado em que as funções do poder fossem atribuídas a órgãos distintos, impedindo a concentração de poderes e ao arbítrio de uma ou de um grupo de pessoas... São os direitos de defesa do indivíduo perante o Estado (...) Trata-se de direitos que representavam uma ideologia de afastamento do Estado das relações individuais e sociais (...) São as "liberdades públicas negativas" ou "direitos negativos", pois exigem do Estado um comportamento de abstenção.

O Direito assegurado estava consubstanciado apenas na literalidade da lei, que representava as necessidades sociais da época, que girava em torno da segurança da classe burguesa emergente, desprezada pelas monarquias. O Judiciário decidia com base na lei, que era o modo de se ter certeza de que a vontade geral da sociedade seria cumprida. A vontade do legislador era a vontade do povo. O Direito era visto como completo e lógico, cuja aplicação se dava pela subsunção dos fatos à norma.

Entretanto, o exacerbado individualismo e a não intervenção estatal (neutralidade) – marcos do Estado liberal – foram suficientes para gerar movimentos sociais, em decorrência das injustiças sociais.

²⁹ ARAÚJO, L. A. D.; NUNES JÚNIOR, V. S. **Curso de direito constitucional**. 3.ed. São Paulo Saraiva, 1999. p.77.

As transformações havidas em meados do século XIX, tiveram repercussões econômicas e sociais, surgindo a necessidade da adequação do Estado (liberal) de Direito - estático, formal, neutro e individualista - para integrar a sociedade, com vistas a fazer justiça social, iniciando-se aí uma tendência de liberação do juiz à sujeição aos ditames da lei.

Na constatação de Ingo Wolfgang Sarlet³⁰, essas transformações geraram a necessidade da intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, de forma a propiciar um direito de participação ao bem estar social.

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia de seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. A esta altura do desenvolvimento, a sociedade industrial é que passou a ameaçar os valores dominantes. A ameaça já não mais procedia do Estado. A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim (...) de propiciar um "direito de participar do bem estar social".

Os pilares do Estado Social de Direito decorreram de avalanches de transformações das características sociais, à época, com o deslocamento da primazia do setor primário de produção, ou seja, da agricultura para a indústria; da família patriarcal – tradicional e conservadora – para a nuclear, onde impera o individualismo, e a escassez de padrões antes estabelecidos, aumentando a complexidade da vida nas sociedades.

³⁰ SARLET, I. W. *Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 49.

3.1 DO ESTADO SOCIAL DE DIREITO

O Estado Social de Direito, concepção em que o qualificativo social refere-se à correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e da realização de objetivos de justiça social, é uma adaptação do Estado de Direito, como resposta ao processo de desenvolvimento tecnológico, do período pós-guerra, o qual poderia ser estendido a todos.

Tem como característica a compatibilização, em um mesmo sistema, dois elementos, destacados por José Afonso da Silva: "o capitalismo, como forma de produção, e a consecução do bem-estar social geral, como forma de desenvolvimento social, servindo de base ao neocapitalismo típico do *Welfare State*"³¹.

A concepção do Estado Social de Direito também admitia ambigüidades, porque, ainda que revelasse a tendência de criar uma situação de bem estar-social, com vistas ao desenvolvimento da pessoa humana, compadeceu-se "com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e o nacional socialismo", conforme observado por Paulo Bonavides³², nos casos específicos da Alemanha nazista, da Itália fascista, da Espanha franquista, de Portugal salazarista, da Inglaterra de Churchill e Attlee, da França, com a Quarta República, e do Brasil com a revolução de 1930.

A tentativa de adaptação do Estado de Direito às transformações decorrentes das novas condições sociais da civilização industrial visava à própria sobrevivência do Estado, evitando o implemento de formas estatais totalitárias, com supressão da liberdade, principalmente.

³¹ SILVA, J. A. *Curso de Direito*... p.102.

³² BONAVIDES, P. *Do estado liberal ao estado social*. São Paulo: Saraiva, 1961, p. 205-206.

No entanto, subsistiu a suspeita de, até que ponto, o Estado Social de Direito estaria, ou não, encobrindo alguma forma muito mais sutil de ditadura do grande capital, o qual encontrou facilidades na entrada das novas estruturas democrático-liberais, chegando a constituir-se em elemento chave e central do *Welfare State*.

Importante é que os valores intrínsecos do Estado liberal – liberdade, a propriedade individual, as garantias jurídicas e a igualdade formal ou potencial – são submetidos ao patrimônio coletivo. A justiça comutativa é substituída pela justiça distributiva; o Estado legislador é substituído pelo Estado gestor; o Estado estático contrapõe-se ao Estado das prestações sociais.

Na conclusão de Paulo Bonavides, o Estado Social aparece, nesta fase, "como um aliado, protetor dos novos valores, ao passo que a sociedade figura como o reino da injustiça, o estuário das desigualdades"³³. Complementa ainda que "O Estado de Direito foi um produto da Revolução Burguesa, enquanto o Estado social é um produto da sociedade industrial". E, por fim, afirma que " com o Estado social, o Estado-inimigo cedeu lugar ao Estado amigo, o Estado-medo ao Estado-confiança e o Estado-hostilidade ao Estado-segurança. As Constituições tendem assim a se transformar num pacto de garantia social, num seguro com que o Estado administra a Sociedade".

Portanto, o impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que acompanharam o Estado Liberal, mais as doutrinas socialistas, e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo, ensejaram movimentos no sentido da intervenção do

³³ Idem, p. 345.

Estado para a sua concretização da justiça social, surgindo os direitos de segunda geração, na avaliação de Ingo W. Sarlet³⁴.

A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, na lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar um direito de participar do bem-estar social. Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado. Estes direitos fundamentais, que embrionária e isoladamente já haviam sido contemplados nas Constituições Francesas de 1793 e 1848, na Constituição Brasileira de 1824 e na Constituição Alemã de 1849 (que não chegou a entrar efetivamente em vigor), caracterizam-se, ainda, hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho etc, revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas.

Na esteira dos direitos de segunda geração - efetividade dos direitos no plano material - sobrevieram os de terceira geração, em decorrência do fenômeno denominado de "poluição das liberdades", que caracteriza "o processo de erosão e degradação sofrido pelos direitos e liberdades fundamentais", em conformidade com a constatação de Ingo W. Sarlet³⁵.

... o processo de erosão e de degradação sofridos pelos direitos e liberdades fundamentais, principalmente, em face do uso de novas tecnologias, assumindo especial relevância o direito ao meio ambiente e à qualidade de vida, bem como o direito de informática (liberdade de informática), cujo reconhecimento é postulado justamente em virtude do controle cada vez maior sobre a liberdade e intimidade individual mediante banco de dados pessoais, meios de comunicação etc, mas que suscita certas dúvidas no que tange ao seu enquadramento na terceira dimensão dos direitos fundamentais.

O aumento dos programas de direitos sociais, agora voltados para a sua efetivação, no plano material, também, teve repercussão no direito processual, através da adequação de procedimentos e mecanismos para o seu real alcance, com a flexibilização da atividade e da prestação jurisdicional.

³⁴ SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 49-50.

³⁵ *Ibid.*, p. 51-52.

3.2 DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Sobreleva observar que o Estado Democrático de Direito reúne princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, não se tratando de simples reunião formal de seus elementos, mas de modificação do *status quo* que até então vigia, sob a égide de outra Carta, elaborada sob outras condições sociais e políticas. Portanto, trata-se de um novo Estado de Direito, com base em novos pressupostos normativos, com opção ideológica pela "*democracia social*," isto quer dizer, uma democracia na qual o Estado é compreendido e organizado em essencial correlação com a sociedade civil, sem prejuízo do papel criador atribuído aos indivíduos.

O Estado Democrático, por sua vez, pressupõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, concorrendo para o seu desenvolvimento, não se esgotando apenas na participação e na formação das instituições representativas. Tem por objetivo realizar o Princípio Democrático, como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana, contrapondo-se ao **Estado liberal** - que se fundava em um elemento puramente formal e abstrato, isto é, na generalidade das leis, sem qualquer base material que se realizasse na vida concreta -, e, de igual modo, contrapõe-se ao **Estado Social de Direito** que não foi capaz de assegurar a justiça social, nem a autêntica participação democrática do povo no processo político.

O Estado Democrático de Direito, na avaliação de J. Afonso da Silva, surgiu

como Estado de legitimidade justa (ou Estado de Justiça material), fundador de uma sociedade democrática, qual seja, a que instaure um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos do controle das decisões, e de sua real participação nos rendimentos da população³⁶.

³⁶ SILVA, J. A. da. O estado democrático de direito. *Revista Forense*, v. 85 n. 305 p. 105.

Assim, a Constituição Federal de 1988, ao instituir o Estado Democrático de Direito, abriu perspectivas para a efetiva realização social, pela prática dos direitos sociais e pelo exercício dos instrumentos oferecidos à cidadania, possibilitando concretizar as exigências de um Estado de justiça social, estruturado na dignidade da pessoa humana, a qual, sobreleva destacar, foi erigida como fundamento do Estado Democrático de Direito³⁷, sendo o seu principal destinatário o homem em todas as suas dimensões.³⁸

Sendo, pois, a dignidade da pessoa humana princípio fundamental da República, portanto, de caráter público, e não de interesse meramente individual, coloca a pessoa como “fundamento e fim da sociedade e do Estado”, na doutrina de Jorge Miranda.³⁹

Na justa observação de Suzana de Toledo Barros⁴⁰ “os direitos fundamentais, mesmo quando expressos sob a forma de regras, reconduzem-se a princípios, tendo em vista o valor ou bem jurídico que visam proteger”. Portanto, as normas de direitos fundamentais têm caráter principiológico e, como tal, correspondem à própria estrutura do sistema jurídico.

³⁷ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] inc. III: a dignidade da pessoa humana”.

³⁸ As dimensões são: o homem como pessoa, como cidadão e como trabalhador. Neste sentido, doutrina José Joaquim Gomes Canotilho. (**Direito constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1995. p.347).

³⁹ Jorge Miranda afirma que “os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos económicos, sociais e culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa, de todas as pessoas. Mas quase todos os outros direitos, ainda quando projetados em instituições, remontam também a idéia de proteção e desenvolvimento das pessoas” (MIRANDA, J. **Manual de direito constitucional**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. v.4, p. 166-167).

⁴⁰ BARROS, S. de T. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis relativas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 155.

Os princípios que regem o Direito Processual Civil também estão albergados na Constituição Federal, a qual é complementada pela legislação infraconstitucional, compondo um sistema harmônico, com vistas a dar-lhe homogeneidade, facilitar a sua compreensão e aplicação, para a solução efetiva das ameaças e lesões a direitos.

Como visto, a evolução do Estado de Direito decorreu da ausência da efetividade de suas normas; ou seja, no plano fático/empírico as hipóteses não se concretizaram.

No campo da prestação da jurisdição, o Estado Democrático de Direito busca também a sua efetividade, ou seja, que sejam alcançados resultados práticos; no caso, o escopo social é o da pacificação social, para o alcance do bem comum.

O juiz prestador da jurisdição, no Estado Liberal, estava proibido de assumir uma postura ativa no processo, pois, em nome da liberdade individual, chegou, até mesmo, a ser proibido de interpretar a lei, extravasando o pensamento de Montesquieu.

Era a figura do juiz inerte, o qual era "*la bouche de la loi*", sem poder criativo, ou de império, situação sustentada pelo mito da neutralidade. Predominava, no liberalismo, que o processo era de interesse das partes e não havia interesse público na realização da justiça, além de que o juiz estava alheio ao resultado da instrução, como se a busca adequada do material para embasar a sua decisão fosse somente ônus das partes, sem qualquer interferência do julgador (princípio dispositivo).

Na democracia social, constata-se a intensificação da participação do Estado na sociedade e, por conseqüência, a participação do juiz no processo; agora, não mais apegado ao rigor formal dos procedimentos, cumpridor das regras do processo,

mas sim preocupado em buscar um processo justo, para a aplicação das normas de direito material, assegurando a participação das partes no contraditório real e, acima de tudo, direcionado a alcançar a efetividade da tutela dos direitos, afastando-se da idéia da neutralidade, da inércia do juiz ou daquela de deixar o processo correr solto ao bel prazer das partes, onde aquela mais qualificada e mais bem assessorada, eventualmente, sem razão, no final, alcançaria uma prestação indesejável.

Portanto, o juiz moderno é resultado do regime democrático de direito, o qual, na prestação do serviço jurisdicional, deve estar consciente de sua responsabilidade de participar ativamente na relação processual.

Defronta-se o juiz com princípios norteadores de sua atividade para uma prestação de serviços, a qual realmente se efetive no plano material, principalmente em relação àqueles que dizem respeito à disponibilidade do direito das partes e à sua conduta de imparcialidade, sendo que esta não lhe permite desconsiderar as desigualdades sociais, que o próprio Estado objetiva a eliminar. Como afirma Marinoni⁴¹: "o juiz imparcial de ontem é justamente o juiz parcial de hoje".

Nesse aspecto, o Direito Processual Civil tem sido prodigioso, inovando técnicas, no sentido de atribuir poderes ao juiz para, realmente, buscar a efetividade da tutela do direito, através da prestação do serviço jurisdicional, mister aquelas insertas no artigo 461 e 461-A do CPC, autorizando-o a determinar providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. Assim, admite-se, explicitamente, que o órgão jurisdicional deixe de atender ao pedido formulado pelo autor (princípio da demanda) para determinar providência diversa, desde que voltada para a efetividade da tutela do direito material (o princípio da efetividade

⁴¹ MARINONI, L. G. *Novas linhas do processo civil*. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 103.

autoriza o juiz a conceder tutela diversa da pedida para que um direito possa ser efetivamente tutelado, de acordo com o art. 461 e 461-A, CPC)⁴².

Mas, a idéia de efetividade não proporciona ao juiz um alargamento à atividade jurisdicional, capaz de caracterizar verdadeiro excesso. Esse poder concedido ao juiz vem implicitamente balizado pela idéia do justo "equilíbrio", da "justa medida", que dá o contomo de "proibição de excesso", de forma que a tutela ao direito do autor não seja efetivada mediante a imposição de medidas onerosas ao demandado. A ordem a ser executada deve ser a de menor gravame ao réu, ou seja, "na justa medida"⁴³.

No Estado Democrático de Direito⁴⁴, identificam-se dois princípios vetores da prestação jurisdicional: o Princípio da Efetividade e o Princípio da Justa Medida, ambos decorrentes da democracia social participativa.

⁴² MARINONI, L. G. **Tutela inibitória**. São Paulo: RT, 1998. p. 12-13.

⁴³ Karl Larenz afirma que " a idéia de 'justa medida' tem uma relação muito íntima com a idéia de justiça, tanto no exercício dos direitos como na imposição de deveres e ônus, de equilíbrio de interesses reciprocamente contrapostos na linha do menor prejuízo possível" . (LARENZ, K. **Metodologia da ciência do Direito**. 5. ed. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 514).

⁴⁴ No entendimento de Karl Larenz " O princípio do Estado do Direito é antes a idéia directiva que serve de base a todos estes subprincípios gerais concretizadores na sua conjugação de sentido, devida justamente à idéia de Estado de Direito" . (Ibid., p. 579).

4 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA GARANTIA PROCESSUAL DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL DE SERVIÇOS

Para a proteção da pessoa, foram introduzidos novos direitos e novas garantias constitucionais, especificamente, sob o Título II os Direitos e Garantias Fundamentais e, no Capítulo I, artigo 5º, os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, com o firme propósito de compatibilizar o Estado Social com o Estado de Direito.

A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica dos direitos considerados "naturais" e "inalienáveis" do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de *fundamental rights* colocados no lugar de vanguarda das fontes de direitos: as normas constitucionais⁴⁵.

Constituem, *a priori*, direitos prevalentes e supraestatais, tendo valoração axiológica superior à da organização do Estado e à de seus poderes, posto que o indivíduo precede à própria formação do Estado.

A importância da constitucionalização e da incorporação de direitos inerentes ao homem, em normas formalmente básicas, está em subtrair o seu reconhecimento e a sua garantia da esfera de disponibilidade do legislador ordinário e do legislador constituinte (art. 60, § 4º, IV, CF), além da proteção dos direitos fundamentais, através do controle de constitucionalidade dos atos normativos, reguladores do direito (normas infraconstitucionais).

⁴⁵ CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Almedina: Coimbra, 1998, p. 347.

Por outro lado, a metodologia constitucional, empregada no artigo 5º, não distingue a categoria dos direitos das garantias fundamentais e não adota terminologia precisa a respeito das garantias, deixando a cargo da doutrina a identificação dos direitos e das garantias⁴⁶. Certo é que, na doutrina de José Afonso da Silva, "as garantias constitucionais são também direitos, não como outorga de um bem e vantagem por si, mas direitos instrumentais, porque destinados a tutelar um direito principal".

Rui Barbosa⁴⁷, em seu tempo, já havia se insurgido contra a inadvertência dos juristas de não fazerem a distinção entre direito e garantia.

A confusão, que irrefletidamente se faz muitas vezes entre direitos e garantias, desvia-se sensivelmente do rigor científico, que deve presidir à interpretação dos textos, e adultera o sentido natural das palavras. Direito é a faculdade reconhecida natural, ou legal, de praticar ou não praticar certos atos. Garantia ou segurança de um direito, é o requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados de ocorrência mais ou menos fácil.

O constitucionalista português Jorge Miranda,⁴⁸ também, diferencia os direitos das garantias:

⁴⁶ José Afonso da Silva destaca que o Capítulo I - Dos direitos e deveres individuais e coletivos, do Título II - dos Direitos e garantias fundamentais, "não menciona as garantias, mas boa parte dele constitui-se de garantias. Ela se vale de verbos para declarar direitos que são mais apropriados para enunciar garantias. Ou talvez melhor diríamos, ela reconhece alguns direitos garantindo-os. Por exemplo: "é assegurado o direito de resposta..." (art. 5º, V), "é assegurado... a prestação de assistência religiosa..." (art. 5º, VII), "é garantido o direito de propriedade" (art. 5º, XXII), "é garantido o direito de herança" (art. 5º, XI), "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas..." (art. 5º, XII); ora, nesses casos, a inviolabilidade do lar e do sigilo constitui garantia do direito à intimidade pessoal e familiar e da liberdade de transmissão pessoal do pensamento, mas a Constituição mesma fala em direitos de sigilo de correspondência e de sigilo de comunicação (art. 136, § 1º, I, "b" e "c"). Já, noutro dispositivo, está que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas..." (art. 5º, X), aqui o direito e a garantia se integram: inviolabilidade=garantia; intimidade, vida privada, honra, imagem pessoal= direito a privacidade. Temos, ainda, garantias expressas neste artigo (art. 5º, § 2º), garantias da magistratura (art. 100). O art. 138 menciona "garantias constitucionais". Fica difícil distinguir as diferenças ou semelhanças, entre o que sejam garantias fundamentais, garantias individuais e garantias constitucionais." (SILVA, op. cit., p.166).

⁴⁷ BARBOSA, R. *A Constituição e os Atos Inconstitucionais*, 2.ed, Rio de Janeiro: s.e, s/d, pp. 193-194

⁴⁸ MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, "Direitos Fundamentais". Coimbra: Coimbra Editora, 1988. p.88-89

Os direitos representam só por si certos bens; as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas; as garantias só nelas se projetam pelo nexo que possuem com os direitos, na acepção jusracionalista inicial; os direitos declaram-se; as garantias estabelecem-se

Relacionados ao direito de obtenção de uma resposta do Estado-juiz⁴⁹ destacam-se os direitos da igualdade, da legalidade, do acesso à justiça (inafastabilidade do controle jurisdicional), da imparcialidade do órgão jurisdicional, do contraditório e da amplitude da defesa, do devido processo legal e o da motivação do ato decisório.

4.1 DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE JURÍDICA

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros [...] à liberdade, à igualdade, à segurança [...], de conformidade com o artigo 5º "caput" da CF.

Igualdade perante a lei significa, exatamente, isonomia, sob o enfoque jurídico. Pretende a ordem jurídica assegurar a impossibilidade de equiparações fortuitas e injustificadas, de forma a interditar tanto quanto possível o desequilíbrio, exigindo a igualdade. A igualdade assegurada é a formal.

A lei deve ser uma e a mesma para todos; qualquer especialidade, ou prerrogativa, que não for fundada em uma razão muito valiosa de bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania.⁵⁰

⁴⁹ A prestação jurisdicional (tutela jurisdicional) concretiza-se pela prolação da sentença, mas a sua efetividade só ocorre quando a situação do vencedor melhora em relação ao estado anterior ao do processo. A sentença de mérito favorável propicia melhores condições para a melhoria da situação.

⁵⁰ MELO, C. A. B. de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: RT, 1995, p.18.

O princípio da isonomia consagra-se como o maior dos princípios garantidores dos direitos individuais. A presunção genérica e absoluta é a da igualdade, porque o texto da Constituição a impõe, sob pena de incompatibilidade com o preceito igualitário, considerando-se que, *contrario sensu*, a justiça social estaria longe de ser alcançada.

Primariamente, a vedação de discriminação dirige-se ao legislador. Portanto, o princípio da igualdade consubstancia uma limitação ao legislador, que não o observando concorre para a inconstitucionalidade da lei. Por segundo, dirige-se ao juiz, constituindo regra de interpretação, que deverá dar à lei entendimento que não crie distinções.

Assim, se houver desvio injustificado, discriminatório, violentando o princípio da igualdade, deverá ele ser removido pelo juiz, em face do controle difuso da constitucionalidade das leis, durante o encaminhamento da sentença.

A igualdade é um paradigma do sistema democrático de direito, que, na atividade jurisdicional, estabelece a imparcialidade do juiz.

4.1.1 Da Igualdade Jurisdicional

A igualdade perante o juiz decorre, pois, da igualdade perante a lei, como garantia constitucional indissoluvelmente ligada à democracia⁵¹.

Assim, o princípio da igualdade perante o juiz, ou jurisdicional, apresenta-se sob dois prismas: (1) como interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei; (2) como interdição ao legislador de editar lei que possibilite

⁵¹ GRINOVER, A. P. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: José Bushatsky, 1975. p.25.

tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais, por parte da Justiça.

A vedação de juízo de exceção é consequência do princípio do juiz natural, qual seja, o pré-constituído à ocorrência do conflito, competente e no gozo das garantias de independência e imparcialidade. Faltando quaisquer dessas garantias, o princípio da igualdade jurisdicional será violado, pois não se concebe juiz parcial e sujeito à influência de quem quer que seja, pois a independência do juiz é necessária para assegurar a sua imparcialidade.⁵²

A efetividade da igualdade perante a justiça exige do juiz a busca de adoção de iguais condições para os desiguais, em face da desigualdade material, que perdura até final entrega da prestação jurisdicional.

4.2 DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

"Ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da lei", consagra o princípio da legalidade, inserido no artigo 5º, inciso II, da CF.

A legalidade é princípio essencial do Estado de Direito. Toda a atividade estatal fica submetida à legalidade. Implica em limitação ao Estado de não poder exigir qualquer ação, nem abstenção, ou impor proibição senão em virtude da lei, entendida como expressão da vontade geral, que somente se materializa num regime de divisão de funções, em que ela seja ato formalmente criado por órgãos de representação popular, obedecido um processo legislativo. A própria Constituição

⁵² SILVA, J. A. da. *Curso de Direito*...op. cit., p. 194-195.

aberga hipóteses onde admite a lei delegada (art. 68) e medidas provisórias (art.62) como formas substitutivas à lei formal, em matérias determinadas.

A legalidade dos atos praticados pelo Poder Público fica submetida ao controle jurisdicional, pela garantia da inafastabilidade do controle (art. 5º, inciso XXXV, Cf), mediante procedimentos específicos.

4.3 DA GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA

Destaca-se, dentre as garantias fundamentais, a do inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal, da INAFSTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL de qualquer lesão ou ameaça a direito⁵³, que assegura a todos, sob o aspecto formal, o ACESSO À JUSTIÇA, a qual é uma das expressões da soberania do regime democrático, revelando uma filosofia libertária, aberta para o social e para a realidade, que objetiva a efetividade da igualdade material, consagrada pelo Estado Social⁵⁴.

A norma assegura a todos o acesso à justiça⁵⁵ para postular prestação de serviço jurisdicional preventiva, ou reparatória, relativamente a um direito, inclusive contra o próprio Estado. Assim, basta a afirmação de um direito, lesado ou ameaçado, para que a pessoa tenha acesso à jurisdição, eis que o Estado de Direito

⁵³ Nélson Nery Jr. destaca que "Embora o destinatário principal desta norma seja o legislador, o comando constitucional atinge a todos indistintamente, vale dizer, não pode o legislador e ninguém mais impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão". (NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**.6.ed, rev. e ampl, atual. São Paulo: RT, 2000. p.94.)

⁵⁴ PORTANOVA, R. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.112.

⁵⁵ Celso Ribeiro Bastos comentando o inciso XXXV – "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito" - afirma que lei alguma poderá auto-excluir-se da apreciação do Poder Judiciário quanto à sua constitucionalidade, nem poderá dizer que ela não seja invocável pelos interessados perante o Poder Judiciário para a resolução das controvérsias que surjam da sua aplicação. Algumas exceções históricas que este princípio sofreu se deram em períodos de não vigência do Estado de Direito. Nestas ocasiões, eram freqüentes determinados atos de força legislativa auto-excluírem-se da apreciação do Judiciário. Estas exceções, contudo, tinham sempre a sua vigência condicionada à manutenção do Estado autoritário. Desaparecido este, restaura-se, em sua plenitude, a acessibilidade ampla ao Poder Judiciário. (**Comentários à Constituição do Brasil**, 2.v, São Paulo: Saraiva, 1989. p.171).

coloca à sua disposição os mecanismos adequados para a viabilização da prestação jurisdicional. É a principal garantia dos direitos subjetivos.

A doutrina, em verdade, consagra a inafastabilidade do controle jurisdicional como garantidora do pleno acesso à justiça, a qual é erigida como "princípio informativo da ação e da defesa, na perspectiva de se colocar o Poder Judiciário como local, onde todos os cidadãos devem fazer valer seus direitos individuais e sociais"⁵⁶. Portanto, está absolutamente assegurada a inevitabilidade da função jurisdicional na solução de conflitos, através da prestação jurisdicional, que revela a soberania do Estado Democrático de Direito – monopolizador da Justiça – de não permitir a ninguém evitar o *jus imperium*.

Por vezes, a atividade jurisdicional pode antecipar-se à violação da regra geral, como ocorre na tutela preventiva e na tutela cautelar, além da possibilidade de antecipação da prestação jurisdicional⁵⁷.

Sob a ótica da proteção concreta dos direitos fundamentais, as garantias jurídicas são as que se encontram mais próximas aos cidadãos, as quais podem ser utilizadas pela vontade do interessado, quando surgir a necessidade, ficando à distância de juízos de conveniência e oportunidade, próprios da área político-administrativa, conferindo aos jurisdicionados segurança, objetividade e previsibilidade.⁵⁸

O importante é que, num Estado Democrático de Direito, toda a pessoa que se sentir lesada em seu direito pode solicitar o pronunciamento do Poder Judiciário,

⁵⁶ PORTANOVA, op.cit., p.113.

⁵⁷ "As vezes a atividade jurisdicional antecipa-se à violação da regra legal, como ocorre nas situações de tutela preventiva e cautelar, além da antecipação da tutela (art. 273, CPC)." (MOREIRA, J. C. O novo processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense 1980. p.11)

⁵⁸ BARROSO, L. R. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 5.ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 200. p.126.

porquanto lhe é assegurado o poder de requerer a prestação jurisdicional, através do denominado direito de ação⁵⁹, que se efetiva através da demanda (pedido).

Pode ocorrer que haja solicitação de prestação jurisdicional daquele que não seja titular de direito, embora afirme essa condição, sem demonstrá-la, acarretando um pronunciamento final de rejeição da prestação exigida⁶⁰. No entanto, mesmo assim, tem direito de acesso à jurisdição e ao processo, pois basta a afirmação *in abstracto* de um direito, lesado ou ameaçado. O que está à disposição de qualquer pessoa é o acesso ao mecanismo previsto pelo legislador constitucional para viabilizar a tutela pretendida, a quem efetivamente fizer jus a ela⁶¹.

⁵⁹ Cândido Rangel Dinamarco reporta-se ao conceito de ação: "Ação é costumeiramente definida como direito ou poder de exigir o provimento jurisdicional final ou, especificamente no processo de conhecimento, como o poder de exigir a sentença que julgue o mérito da causa ou ainda direito à sentença de mérito. Julgar o mérito é decidir a pretensão trazida pelo autor em buscar da tutela jurisdicional – pela procedência ou improcedência. Ter ação não significa, por si só, ter direito à sentença favorável, mas direito à sentença de mérito *tout court*. Tanto atende ao direito de ação a sentença que acolhe a pretensão do autor, dando-lhe tutela jurisdicional, como a que a rejeita, tutelando o réu. Ação é exercida mediante um ato de iniciativa do processo (demanda, petição inicial) e por uma série de atos de participação ao longo de todo o procedimento (infra, nn.541-542). (DINAMARCO, C. R. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2.ed,rev, atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, pp.299-300.

⁶⁰ Cândido Rangel Dinamarco observa que a outorga da tutela jurisdicional não depende exclusivamente do implemento dos requisitos puramente processuais ditados pela lei para que o juiz possa pronunciar-se sobre a pretensão que lhe foi apresentada pelo demandante. Se o sujeito formular um pedido em tese admissível na ordem jurídica (v.g. condenação de pagar a indenização); se for necessário o ingresso em juízo sob pena de não obter o que pretende; se ele for a pessoa indicada pela lei para postular em juízo o direito que alega e se sua pretensão for deduzida em face da pessoa qualificada para suportar os efeitos pretendidos; se se valer do tipo adequado de processo, se realizar todos os atos processuais que a lei descreve e exige etc. – enfim, se estiverem reunidos todos os requisitos processuais exigíveis – ele terá o poder de exigir do juiz uma sentença a propósito da sua pretensão. Mas, não-obstante estejam presentes esses e todos os outros requisitos processuais imagináveis, a sentença será desfavorável ao autor sempre que em face dos fatos provados e perante o direito material ele não tiver o direito que alega (p.ex., se foi sua e não do réu a culpa pelo dano lamentado). Nesse caso, não receberá tutela alguma. (Ibid., p. 104-105).

⁶¹ Falar em tutela jurisdicional nos termos assim propostos tem ainda o valor de realçar a distinção entre ela própria, que é algo praticamente significativo na vida das pessoas, e a mera garantia da ação; esta é outorgada pela Constituição e pela lei aos titulares de pretensões insatisfeitas, independentemente de terem ou não terem razão – desde que presentes os requisitos para que o juiz possa dispor a respeito. Ter ação é somente ter direito ao provimento jurisdicional, ainda que esse provimento seja desfavorável ao autor, dando tutela jurisdicional ao seu adversário(demandas julgadas improcedentes). (Ibid., p.108).

Como visto, não é suficiente afirmar que a Constituição assegura o denominado direito abstrato ou incondicionado de ação⁶². É preciso identificar o que realmente essa garantia representa no patrimônio jurídico da pessoa, independente de sua condição pessoal, não da certeza ou da probabilidade de obter a pretensão, mas da certeza de contar com instrumentos adequados para alcançar esse objetivo.

Enfim, a garantia de que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão e ameaça a direito" impede a criação de obstáculos para que o cidadão recorra ao Judiciário para postular a tutela⁶³ do seu direito, em que pese, em contrário, estejam consagradas, no Direito Processual Civil, as denominadas "condições da ação".

⁶² Sobre as Teorias do Conceito de ação reportar-se a Fábio Gomes. (GOMES, F. **Teoria do processo civil**. 2.ed. rev. atual, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 94-118,

⁶³ O Ministro do STJ Humberto Gomes de Barros mostra seu inconformismo com o nome que se emprestou ao adiantamento da prestação jurisdicional: antecipação de tutela. Tutela, no dizer de Orlando Gomes, é o encargo conferido a alguém para proteger a pessoa e administrar bens dos menores que não se acham sob o pátrio-poder. A transposição desta palavra para o âmbito do direito processual, além do poder semântico, parece traduzir postura autoritária de quem enxerga o cidadão como incapaz, subordinado esgarçar-lhe ao Estado todo-poderoso. Tal postura não encontra agasalho em nosso ordenamento jurídico. Nele, assegura-se às pessoas o direito potestativo de ação, cujo exercício torna quem o exerce credor do Estado. Este de sua parte, transforma-se em devedor de um provimento jurisdicional, capaz de extinguir o litígio entre o autor e seu adversário. Assim, o Estado acionado, longe de ser tutor, é devedor. Se assim ocorre, mais correto seria falar-se em prestação jurisdicional antecipada. Não enxergo sentido em tomar-se de empréstimo o velho termo do Direito de Família, para acrescentar-lhe mais uma significação. Tanto mais quando em toda ciência é fundamental uma segura e correta terminologia. Este, é, contudo, um protesto solitário, partido de um leigo. A grande maioria dos cientistas processuais utiliza o vocábulo tutela para referir-se ao resultado da função jurisdicional. (BARROS, Humberto Gomes de. Antecipação da tutela do contra o Estado. **Revista Jurídica CONSULEX**, Brasília, v. 126, p.39, abr, 2002.)

Por sua vez, Luiz Guilherme Marinoni afirma que "tornou-se necessário, em outras palavras, "isolar e precisar as técnicas de tutela das próprias tutelas, que são os resultados que as técnicas de tutela acabam por viabilizar no plano do direito material. A tutela jurisdicional, em uma determinada perspectiva, é o resultado que o processo proporciona no plano do direito material; em outra, é o conjunto de meios processuais estabelecidos para que tal resultado possa ser obtido. Quando se pensa nos meios processuais concebidos pela lei para a tutela do direito material, há, mais propriamente, técnica processual de tutela; quando se tem em consideração o resultado que as técnicas processuais de tutela proporcionam, há, em toda a sua plenitude, uma série de tutela

4.4 DA GARANTIA DA IMPARCIALIDADE DO ÓRGÃO JURISDICIONAL

A inafastabilidade do controle jurisdicional, como garantia formal ao direito de ação, de nada valeria se o sistema não assegurasse a independência dos juizes, a fim de preservar a sua imparcialidade⁶⁴, significando afirmar, ainda, que não se devem imiscuir onde não foram provocados a atuar, além de dispensar a igualdade de tratamento para os envolvidos no processo (isonomia).

A imparcialidade decorre da exigência de igualdade no tratamento dispensado às partes na relação processual. Juiz parcial não é juiz, porquanto não dispensa tratamento equânime a cada uma das partes. A imparcialidade significa sua impessoalidade.

No entanto, não se pode confundir juiz imparcial com juiz neutro. Existe a distinção, porquanto o juiz será imparcial, enquanto não tiver interesse no julgamento. Interesse no julgamento é todo o interesse próprio do juiz, ou de pessoa que viva sob sua responsabilidade. A neutralidade é um dado subjetivo que liga o juiz-cidadão-social e sua visão geral de mundo, no seio da comunidade e da ciência. Enquanto a imparcialidade busca ressalvar o juiz do comprometimento com a parte (atitude omissiva), a neutralidade, ao contrário, leva a comportamento comprometido (atitude comissiva)⁶⁵.

jurisdicional prestada" (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica** (arts. 461, CPC, e 84, CDC). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 61).

⁶⁴ No dizer de Ada Pellegrini Grinover, "a imparcialidade do juiz, mais do que um simples atributo da função jurisdicional, é vista hodiernamente como seu caráter essencial; e, em decorrência disso, a imanência do juiz no processo, pela simples jurisdicionalização deste, leva à re-elaboração do princípio do juiz natural, não mais identificado como um atributo do juiz, mas visto como pressuposto para a sua própria existência. Eis, assim, a naturalidade do juiz erigida em qualificação substancial, em núcleo essencial da função jurisdicional" . (GRINOVER, A. P. **O princípio do juiz natural**. O processo em sua unidade II, p.3-4).

⁶⁵ PORTANOVA, **Princípios...** op. cit., p. 78.

Teresa Arruda Alvim Wambier⁶⁶, ao se referir à neutralidade do juiz, afasta-a daquela relacionada à sua passividade:

De fato, não raramente deve o juiz agir (positivamente) para restabelecer o equilíbrio entre as partes, para que estas possam litigar em condições de real igualdade. Fala-se em neutralidade no sentido de não envolvimento e conseqüentemente não favorecimento de uma das partes, em especial, em detrimento da outra.

Pensamos, pois, que é ilegítimo qualquer exercício de criatividade do juiz, sem que este seja absolutamente neutro. Qualquer comprometimento que tiver com o interesse de uma das partes envolvidas, seja pessoal, seja ideológico, torna ilegítima a criação de norma para solucionar aquele caso. Aquele que pretende ser parcial deve, portanto, integrar o Poder Legislativo ou a Administração Pública, pois a função do juiz é a de aplicar as soluções previstas no ordenamento jurídico, assumindo necessariamente princípios (valores) que neste ordenamento estão contidos.

O juiz, no ato típico de proferir decisões, permeia a interpretação e a aplicação da lei com valores que possui, seus pré-conceitos, sua formação moral e filosófica, hauridos da sociedade em que vive, adaptando as normas à realidade de seu tempo.

A imparcialidade não significa o desinteresse pelo desfecho do processo, devendo o juiz realizar as atividades indispensáveis de controle e de regulação, imprimindo rapidez no desenvolvimento do processo, impondo prazos e isenções, além de determinar a realização de provas, para o escopo da jurisdição (político, jurídico e social).

A imparcialidade do juiz é um pressuposto processual, impondo o sistema a sanção de nulidade do julgamento por juiz impedido, possibilitando ao prejudicado o manuseio de ação rescisória (art. 485, II, CPC), para rescindir a sentença.

Emerge do princípio da imparcialidade o princípio dispositivo em sentido substancial, a ser respeitado, deixando exclusivamente às partes a iniciativa de

⁶⁶ WAMBIER, T. A. A. **Controle das decisões judiciais...**p.106

instaurar o processo e determinar-lhe o conteúdo. A propósito, a *res iudicanda* inclui a alegação dos fatos essenciais à determinação da *causa petendi*.⁶⁷

4.5 DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLITUDE DA DEFESA

Da garantia do direito de ação, sobressai a garantia do direito de defesa, através do contraditório, daquele a quem se imputa conduta contrária ao direito, com a possibilidade de demonstrar as suas razões de fato e de direito, e tentar o impedimento da invasão de sua esfera jurídica, ou o ressarcimento da lesão já causada.

A participação no contraditório e na amplitude da defesa representa uma das formas de expressão da democracia e da igualdade que deve ser dispensada às partes envolvidas no processo. De se destacar que a defesa está no mesmo nível constitucional do direito de garantia da ação.

A ação e a defesa são exigências do devido processo legal, com vistas a possibilitar a prestação jurisdicional a quem tiver razão. Contudo, ao réu não há propriamente prestação jurisdicional, embora não se possa negar que o vencido na demanda também recebe de certa forma alguma tutela, mediante o processo, no sentido de não ser sacrificado além dos limites do justo e do razoável, para a efetividade da tutela plena devida ao vencedor. Assim, enquanto perdurar a relação processual, quando ainda não se sabe quem tem direito à tutela jurisdicional, e quem não o tem, ambos os litigantes estão tutelados mediante o sistema de limitações ao poder exercido pelo Estado-juiz.

⁶⁷ CAPPELLETTI, M. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 65, p. 129.

Dinamarco⁶⁸ afirma que todos têm a faculdade de deduzir suas pretensões no processo de conhecimento, seja como autor e como réu. No caso,

o réu demanda também e suas demandas ocorrem em princípio na fase postulatória do procedimento, durante a qual ambas as partes postulam. A mais significativa das demandas que o réu pode formular, no tocante ao objeto do processo instaurado por iniciativa do autor, é a declaração de inexistência do direito alegado (improcedência)

O contraditório existe para aumentar a austeridade da justiça e possibilitar decisões e soluções mais perfeitas e adequadas ao direito material, exaltando a idéia da certeza. Aliás, o contraditório é a técnica de conferir certeza à prestação jurisdicional – pronunciamentos jurisdicionais -.

A participação dos interessados, através de suas intervenções nas provas, alegando, demonstrando com documentos ou outros meios, os fatos de seu interesse, aumenta a certeza, levando-se em conta que somente as partes têm o completo domínio dos fatos encerrados na relação processual. A participação das partes no processo, ainda no sentido da democratização da justiça, é fundamental para o aumento da probabilidade do acerto das decisões judiciais.

Carlos Alberto Álvaro Oliveira⁶⁹ faz importante observação quanto à participação das partes no processo, em face do contraditório, no sentido de que não está limitado ao binômio informação/possibilidade de reação, mas supõe também a necessidade de concessão às partes de prazo razoável para que se manifestem sobre todas as questões de fato e de direito essenciais ao julgamento da causa. Conclui afirmando:

A problemática ora abordada não está ligada apenas ao interesse das partes, mas encontra íntima conexão com o próprio interesse público, na medida em que qualquer surpresa, qualquer acontecimento inesperado, só

⁶⁸ DINAMARCO, C. R. Tutela jurisdicional. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 81, p. 64-65. Vide ainda item 12. A tutela ao réu, p. 73-75.

⁶⁹ OLIVEIRA, C. A. Á. de. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 71, p. 35-36.

faz diminuir a fé do cidadão na Justiça. O diálogo judicial torna-se, no fundo, dentro dessa perspectiva, autêntica garantia de democratização do processo, a impedir que o poder oficial do órgão judicial e a aplicação da regra *iura novit curia* venham a se transformar em instrumento de opressão e autoritarismo, servindo às vezes a um mal explicado tecnicismo, com obstrução à efetiva e correta aplicação do Direito.

Portanto, o contraditório encontra uma limitação no proveito trazido à certeza, mas por outro lado amplia a visão social ao possibilitar a transparência necessária dos atos praticados, concorrendo para a legitimação do exercício do poder, e de seu resultado, pela efetiva participação dos envolvidos.

4.6 DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal consagra que “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, que no entendimento de Nelson Nery Jr.⁷⁰ consagra o princípio “*due process of law*”, que seria o bastante para que daí decorressem todas as conseqüências processuais, além de garantir aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. Considera como sendo o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécie. Portanto, é através do devido processo legal que os bens da vida em sua amplitude - vida-liberdade-propriedade - estão amplamente tutelados.

Em seu sentido substancial, o devido processo legal manifesta-se em todas as direções. No direito administrativo, pelo princípio da legalidade, que é a garantia do cidadão, contra os abusos do poder governamental. No direito privado, prevalece

⁷⁰ NERY JUNIOR, N. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 31.

o princípio da autonomia da vontade, através da liberdade de contratar, de realizar negócios jurídicos.

No seu sentido processual, a doutrina brasileira constata a manifestação do devido processo legal, através das leis processuais, quando afastam a possibilidade de discriminação da parte, asseguram o direito de defesa, da instrução contraditória, da publicidade dos atos, da concretização efetiva da citação, de um rápido e julgamento público, do arrolamento e da intimação de testemunhas para comparecerem aos tribunais, do contraditório, da vedação à utilização das provas ilícitas e da assistência judiciária gratuita etc.

Em resumo, a cláusula *procedural due process of law* é a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se amplamente, na lição de Nelson Nery Jr.⁷¹

Assim, é do procedimento que se vale o legislador para assegurar a legalidade dos atos jurisdicionais. É garantia das partes, mas pode ser visto por outro prisma, isto é, os procedimentos estabelecidos em lei é que devem se balizar pelo modelo processual, instituído pela cláusula do devido processo legal. Ao juiz deve ser dada a liberdade de inovar no procedimento, desde que se mantenha dentro da moldura legal, sem causar prejuízo para as partes, tendo-se presente à instrumentalidade do processo.

Dinamarco⁷² assim se expressa a respeito do procedimento: "Cada ato do procedimento há de ser conforme a lei, não em razão de estar descrito na lei nem na medida da necessidade de cumprir certas funções do processo e porque existem as funções a cumprir".

⁷¹ Ibid., p. 38-41.

⁷² DINAMARCO, *Instrumentalidade do processo*. p.129-130.

Dai a grande elasticidade a ser conferida ao princípio da instrumentalidade das formas, que no tradicional processo legalista assume o papel de válvula de escape do sistema, destinada a atenuar e racionalizar os rigores das exigências formais. No processo, marcado pela liberdade das formas, o princípio da instrumentalidade tem importância de parâmetro da própria liberdade e serve para amparar o respeito às garantias fundamentais, como penhor da obtenção de resultados e, portanto, para a validade dos atos.

4.7 DO PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

A obrigatoriedade de as decisões judiciais serem motivadas, sob pena de nulidade, decorre de expressa previsão no art. 93, inc. IX, da Constituição Federal, como legítima garantia inerente às diretrizes do Estado de Direito.

Nesse sentido, o artigo 458, inciso II, do Código de Processo Civil, exige como elemento da sentença que o juiz mencione os fundamentos de fato e de direito em que se baseou para decidir o pedido.

É através da motivação que fica revelada publicamente a atividade intelectual do julgador, decorrendo daí a possibilidade de ser examinada a sua imparcialidade e a juridicidade da decisão, em que pese a liberdade do livre convencimento motivado. É a garantia do juiz contra as pechas de arbitrio e de parcialidade.⁷³

A fundamentação nada mais é do que as razões pelas quais as questões de fato e de direito são decididas. A fundamentação revelará se a decisão guarda conformidade com a causa de pedir e com o pedido do autor, de um lado, e de

⁷³ STJ-1ª T. REsp. 15288-SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, v.u, j. 10.2.1993.

outro, com as exceções processuais e as exceções materiais opostas ao pedido pelo demandado, sem descuidar-se da valoração das provas produzidas.

Coloca-se a salvo a decisão concisa, mas não desmotivada, principalmente nos processos julgados extintos sem o exame do mérito, nas hipóteses do art. 267, CPC.

E sobre a necessidade da motivação da sentença, registra-se a justa e apropriada ponderação de Teresa Arruda Alvim Wambier⁷⁴.

Ato de inteligência e de vontade, não se pode confundir a sentença com um ato de imposição pura e imotivada de vontade. Daí a necessidade de que venha expressa sua fundamentação (art. 93, IX, CF).
Essa necessidade decorre, também, da própria idéia de *recorribilidade*. Uma decisão, em princípio, para tornar-se vulnerável, há de ser atingida exatamente na sua base: fundamentação.

Em breve resumo, como visto, o Estado Democrático de Direito, ao proporcionar o direito de ação a todos os necessitados de tutela jurisdicional, através da proibição de excluir da apreciação do judiciário as queixas de lesão, ou, ameaça a direitos, assume concomitantemente o dever constitucional de prestar a jurisdição efetiva, com a observância estrita do devido processo legal (*due process of law*), ou seja, o pronunciamento estatal deve ser motivado adequadamente de modo a possibilitar o exame da sua atuação imparcial, com vistas à efetividade do serviço e ao aprimoramento do sistema processual.

Os direitos fundamentais e as garantias processuais destacados – também retratados pela ordem processual infraconstitucional⁷⁵, determinam genericamente

⁷⁴ WAMBIER, T. A. A. **Nulidades do processo e da sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 87.

⁷⁵ A ordem jurídica delimita racionalmente os poderes do juiz relativos à jurisdição, sendo a de maior relevância a limitação ao exercício espontâneo da jurisdição, decorrente da máxima *nemo iudex sine actore* (art. 2º e 262, CPC). Isto quer dizer que a formação do processo civil depende sempre da iniciativa da parte. Decorrente desta regra, sobressai a obrigatoriedade da correlação entre a

os parâmetros da atividade jurisdicional. A propósito, constata-se que inexistente previsão constitucional do exercício espontâneo da jurisdição, para a tutela de direitos ameaçados ou violados, a qual necessita ser ativada, eis que o órgão jurisdicional não atua por iniciativa própria, em decorrência de sua inércia, característica que ainda é remanescente dos valores do Estado liberal.

Uma vez acionada a jurisdição pela demanda é indispensável a formação da relação processual, de forma a possibilitar o contraditório, bem assim a participação do demandado e o exercício da ampla defesa, contribuindo, desse modo, para uma decisão justa, que é o fim do colimado pelo Estado Democrático.

A demanda e a defesa, se esta for exercida, quanto à matéria de fato, estabelecem limites ao pronunciamento jurisdicional, eis que não pode ser prestada jurisdição diversa daquela pedida, exceto em casos previstos no ordenamento jurídico, ou além da matéria controvertida, comprovada, sob pena da violação do princípio da imparcialidade.

E para manter o equilíbrio dessa equação, requer-se a imparcialidade constante do julgador, que nada mais é do que uma exigência da igualdade de tratamento dispensada às partes.

sentença e a demanda (art. 128 e 460, CPC). O mesmo Estado de Direito impõe ao juiz a observância da liberdade de conduta dos litigantes no processo e da disponibilidade dos meios processuais previstos no sistema, em face do devido processo legal. Não fora isso, a observância das regras procedimentais assegura a idoneidade no exercício da jurisdição, não lhe sendo lícito a omissão dos atos essenciais ou praticá-los de forma diferente da prevista, acarretando dano aos participantes do processo. Igualmente o **Estado de Direito** estabelece condições aos que pretendem a obtenção da prestação jurisdicional, no caso, a apresentação de uma demanda formulada em estrita observância à lei, por pessoa capaz, a juiz de legítima investidura e a observância do procedimento adequado à demanda.

Como se observa, os princípios evidenciados constituem verdadeiros sustentáculos do ordenamento jurídico, funcionando como interpretação, fundamentação e suplementação, e são altamente relevantes no contexto constitucional, decorrendo daí a função excepcional dos princípios jurídicos processuais, para a eficácia dos direitos, liberdades e garantias oferecidas aos jurisdicionados.

5 DAS PREMISSAS PROCESSUAIS PARA A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

A prestação jurisdicional, sendo um dever, resultado de uma simples manifestação do poder estatal, é viabilizada através dos órgãos do Poder Judiciário, sendo que as suas premissas se encontram encartadas nas normas e nos princípios do Direito Processual, as quais direcionam as atividades do juiz, ou, mais precisamente, a jurisdição, na precisa lição de Dinamarco⁷⁶:

O aspecto dinâmico do poder, portanto, para o processualista não é o poder mesmo (jurisdição), mas o meio de seu exercício (processo). Quando normas e princípios que aparentemente se referem ao processo e não à jurisdição condicionam e limitam o exercício desta, eles na realidade se referem à jurisdição e só em segundo plano ao processo. Tome-se o exemplo do princípio da demanda e dispositivos legais que o consagram: parecem significar somente o modo de ser do processo, na disciplina de sua formação, que há de ser por ato de parte -, quando em seu significado mais profundo eles expressam uma importante condição posta ao poder mesmo, pois o juiz (Estado) só o tem, de modo a poder exercê-lo no caso concreto, se provocado. Seu corolário imediato, o princípio da correlação entre provimento e demanda, também constitui significativa limitação à magnitude do poder a ser exercido *sub specie jurisdictionis*.

Por outro lado, os fundamentos do direito processual são a jurisdição, a ação e o processo, na clássica trilogia introduzida por Liebman, no Brasil.

Assim, a existência de balizamentos à jurisdição, ao exercício da ação e ao processo, traz reflexos diretos sobre a prestação do serviço jurisdicional, como consequência lógica.

⁷⁶ DINAMARCO, C. R. *Instrumentalidade do processo*. p. 114.

5.1 A JURISDIÇÃO COMO MODELO DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS SOCIAIS

O conflito é um fenômeno constatado nos agrupamentos mais remotos de pessoas. Em decorrência, a pacificação também sempre foi uma tentativa de harmonizar os ânimos conflitantes. É um binômio permanente, na história da civilização: conflito-pacificação.

Na medida em que as sociedades evoluíram, em sua organização, foram sendo implementados instrumentos de pacificação. No caminho percorrido⁷⁷, desde o Código de Hamurabi, são identificadas formas de solução de litígios, conhecidas atualmente como substitutivos jurisdicionais, dentre elas a autodefesa, a autocomposição e a mediação.

Registra Ovídio Baptista⁷⁸ que, nos primórdios da civilização humana, o direito, antes de ser monopólio do Estado, era entendido como sendo a manifestação das leis de Deus, apenas conhecidas e reveladas pelos sacerdotes. O Estado não produzia o direito sob a forma de normas abstratas para regular a conduta humana. Entretanto, a atividade dos pontífices não pode ser equiparada à função nitidamente jurisdicional.

A jurisdição, como forma de pacificação social, somente foi instituída, a partir do momento em que o Estado assumiu uma posição de maior independência, desvinculando-se dos valores estritamente religiosos, passando, a partir do fim do século XVIII⁷⁹, a exercer um poder mais acentuado de controle social, embora já

⁷⁷ ALVIM, E. C. **Elementos de teoria geral do processo**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense. p.10 e ss.

⁷⁸ SILVA, O. B. da. **Teoria geral do processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 60.

⁷⁹ * No derradeiro quartel do século XVIII, ao inaugurar-se uma nova etapa na história do pensamento político, constituiu, entre outras, grande vitória dos movimentos liberais das nações do continente europeu, influenciadas pelas idéias iluministas, a concepção de que a atividade jurisdicional não poderia, sob hipótese alguma, confundir-se com outras funções do Estado pós-absolutista...Desse modo, na visão juspositivista contemporâneo(condicionado à dogmática e distante do elemento histórico), passado o Estado Moderno a deter o monopólio da distribuição da justiça, assume a jurisdição, na qual se materializa o poder conferido a determinados órgãos estatais com a precípua

fosse conhecida na Roma Antiga⁸⁰. A partir daí, foram sendo delineadas as funções estatais de administrar, legislar e julgar. Neste contexto, o Estado-juiz assume o dever-poder de exercer a jurisdição, como forma imperativa e definitiva de composição de litígios, sendo um serviço de extrema relevância social.

Com vistas a harmonizar a convivência pacífica na sociedade, o Estado outorga regras jurídicas de comportamento admissível entre os particulares, ao mesmo tempo em que prevê as conseqüências pela sua não observância, ficando, igualmente, sujeito às suas próprias regras.

Não se tem dúvida de que as regras positivadas têm influência direta sobre a liberdade dos indivíduos, sobre os quais elas atuam. Estabelece-se aqui uma relação entre a soberania do Estado e a liberdade das pessoas em convívio na sociedade.

No contexto do Estado Democrático de Direito, o Estado (como pessoa jurídica) também está subordinado às normas jurídicas, as quais delimitam o poder, retirando a sua antiga feição (de poder ilimitado) existente nas nobrezas. É uma garantia aos indivíduos contra o império estatal.

Na sistemática do Estado Democrático de Direito, instituiu-se a autoridade estatal para a composição de conflitos de interesses, decorrente da partição dos poderes. A jurisdição (função de julgar) é uma das funções fundamentais privativas do Estado, através da qual tem-se a atuação do Direito. A função estatal é exercida com exclusividade por seus órgãos jurisdicionais, desde o momento em que se

finalidade de compor litígios e solucionar conflitos de interesses;" (CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Jurisdição e poder**: contribuição para a história dos recursos cíveis. São Paulo: [s.e], 1987, p.1). ver também *Evolução histórica da jurisdição*, de Ovídio Baptista da Silva. *Jurisdição e Execução na tradição românico-canônica*. 2.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

⁸⁰ A atividade do Pretor, na fase primordial do Direito Romano, correspondia a uma função legitimadora da defesa privada, vez que o direito de modo geral era realizado por seu titular contra o obrigado e, excepcionalmente, por iniciativa deste último, nos casos em que se julgasse ofendido

estabeleceu a proibição da defesa privada, por comprometer a paz do grupo social, com o fundamento de que "se reconheceu que nenhum outro poder se encontra em melhores condições de dirimir os litígios do que o Estado, não só pela força de que dispõe, como por nele presumir-se interesse em assegurar a ordem jurídica estabelecida"⁶¹.

Assim, a jurisdição e o seu exercício encontram nas normas constitucionais os parâmetros necessários para a solução de conflitos de interesses (demandas), evitar litígios e alcançar a justiça, eis que o Estado retirou dos indivíduos a possibilidade de realização da justiça pelas próprias mãos (autodefesa), exceto em situações particulares da legítima defesa e defesa da posse, desde que observados os requisitos exigidos para tal.

Neste diapasão, deve o Estado fornecer os instrumentos e a estrutura aos indivíduos para a obtenção da justiça monopolizada,⁶² levando-se em conta que a jurisdição é uma das expressões da soberania do Estado, e é exercida em nome do povo.

Portanto, a função jurisdicional estatal é um modelo privilegiado para a solução dos conflitos, sendo a prestação jurisdicional (decisão) a resposta ao pedido de reconstrução do direito violado ou de proteção ao direito ameaçado.

pelo exercício arbitrário e ilegítimo do direito, é que o Pretor intervinha para julgar lícita ou ilícita a conduta do agente.

⁶¹ SANTOS, M. A. dos. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 44, v. 1.

⁶² Com o advento do juízo arbitral, existe a justiça privada, sem contudo ter as características da jurisdição estatal (Lei nº 9.307, de 23.09.1966).

O modelo de solução é o conflitual (tradicional), que se opõe aos mecanismos alternativos, dito modelo consensual (conciliação, mediação etc), cujas atividades dão-se fora do âmbito dos tribunais.

Considerando, pois, que o Estado outorga regras de comportamento e prevê as conseqüências do seu descumprimento, a jurisdição somente é acionada, quando não há cumprimento espontâneo dos preceitos legais, para impor decisões normativas (dispositiva) e encerrar eventuais querelas surgidas entre indivíduos, as quais lhe são trazidas como versões dos fatos, intermediadas por operadores jurídicos com capacidade postulatória exclusiva.

Ao conflito é imposta coercitivamente uma solução normativa extraída do próprio sistema normativo hierarquizado, onde uma das partes será a ganhadora e a outra a perdedora. O juiz, na condição de terceiro imparcial, é a *longa manus* do legislador, pois transforma pela jurisdição as normas gerais e abstratas da lei em comando concreto entre as partes, que nada mais é do que estabelecer a quem pertence o bem da vida. Portanto, o fim da jurisdição é assegurar a paz jurídica, ameaçada ou violada, para o bem comum.

Jurisdição significa dizer o direito, advindo da junção das palavras *jus, juris*= direito e *dictio*, substantivo derivado do verbo *dico, dicere*, que significa dizer. *jurisdictio* é, etimologicamente, dicção do direito ou pronúncia do direito.

Dinamarco⁸³ afirma que o significado semântico do vocábulo jurisdição é muito mais amplo no direito moderno, em que não existe, como no direito romano clássico, aquele confinamento ao processo cognitivo, pois, atualmente, a solução de conflitos pelo Estado não inclui somente o dizer o direito; inclui também os atos com

⁸³ DINAMARCO, **Instituições de direito processual Civil**. 2.ed, rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p.317-318. v. 1.

que, independentemente da vontade do obrigado, ou mesmo contra sua vontade manifesta, o juiz propicia ao credor a efetiva obtenção do bem sonegado.

A atividade exercida pelo juiz, no processo executivo, onde isso se faz, é substitutiva das atividades do credor e desenvolve-se segundo os escopos do sistema processual – especificamente os de eliminar conflitos e dar efetividade à lei.

Sempre que se trate de impor soluções, que de algum modo dependam da vontade do obrigado, o processo de conhecimento é insuficiente para produzir tais resultados; a satisfação do credor, que a um tempo tem o duplo significado de eliminação do conflito e realização prática dos preceitos legais, só pode ser imposta mediante as medidas que caracterizam o processo executivo, decorrentes de demandas condenatórias ou de títulos executivos extrajudiciais.

Hoje é pacífica na doutrina a inclusão, no âmbito da jurisdição, das atividades judiciais inerentes ao processo de conhecimento e também as do processo executivo, com vistas à sua efetividade.

Frederico Marques⁸⁴ afirma que, "embora a declaração da *voluntas legis* seja o núcleo da jurisdição, ou o ato jurisdicional por excelência, jurisdicionais são, também, os demais atos que no processo o magistrado pratica em preparação à sentença, englobando também os atos imprescindíveis ao exercício da jurisdição, tais como os de direção, coação e documentação."

Para Chiovenda a jurisdição pode ser definida como a função do Estado, que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei, por meio da substituição da atividade de particulares, pela atividade de órgãos públicos, ou de outros órgãos

⁸⁴ MARQUES, J. F. *Instituições de direito processual Civil*. Rio de Janeiro: Forensem, [s.d]. n. 133.

públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva⁸⁵.

A substituição⁸⁶ pode ocorrer, no processo de conhecimento e no de execução, sendo atividade secundária, eis que faz atuar a vontade da lei em relação à atividade daqueles que deveriam realizar espontaneamente tais interesses.

Segundo Calamandrei⁸⁷ a atividade jurisdicional é secundária ou substitutiva, porque só atua quando a vontade da lei não for observada por seus destinatários espontaneamente. Ademais, a sentença, que é resultado da prestação jurisdicional, tem caráter fundamentalmente declarativo, pois apenas reconhece a existência da norma que se concretizou antes do processo, independentemente da atividade do juiz.

Ressalta Calamandrei que esta característica é secundária, porque o juiz não é o destinatário das normas de direito privado. É inegável que inúmeras relações surgem e se extinguem sem intervenção judicial. O juiz, na prestação jurisdicional, age de acordo com as normas processuais, posto que as suas atividades são reguladas pelo direito processual e não pelo direito privado. Se o juiz fosse destinatário das normas privadas caber-lhe-ia executá-las e não haveria razão para dizer que substitui as partes, além de que o caráter declarativo da jurisdição inexistiria, se o juiz fosse o destinatário das normas privadas.

Dinamarco conceitua jurisdição, como “função do Estado, destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em

⁸⁵ CHIOVENDA, G. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 2000. p.3. v. 2.

⁸⁶ Calmon de Passos defende a teoria chiovendiana de jurisdição como atividade substitutiva, no sentido da imparcialidade do Juiz, como terceiro na relação ao objeto do processo. (PASSOS, J. J. Calmon de. **Da jurisdição**. p. 31). Mas, nem sempre a atividade é substitutiva, pois existem situações que somente podem ser solucionadas através do processo, tal como a anulação do casamento, separação judicial, divórcio, decretação superveniente da falência em concordata preventiva etc.

casos concretos⁸⁸, explicitando que "a solução imperativa faz pressupor a presença do poder do Estado, o qual persegue os objetivos do processo com fundamento em sua própria capacidade de decidir imperativamente e impor decisões, sem anuência dos sujeitos"⁸⁹.

A jurisdição é uma função da soberania do Estado. É o poder de declarar o direito aplicável aos fatos.

No regime democrático do Estado de Direito, é missão precípua do Estado-juiz manter o prestígio e a autoridade da lei. Portanto, é através da jurisdição que o Estado defende a sua autoridade de legislador.

Várias são as teorias⁹⁰ que procuram explicar a natureza da jurisdição: as de natureza privatista, que concebem a jurisdição como uma atividade destinada à defesa dos direitos subjetivos, que têm índole liberal-individualista; e as de natureza publicista, que dão relevo ao interesse público, na manutenção do ordenamento jurídico.

Há predominância, atualmente, da denominada corrente objetiva, com visão publicista, segundo a qual se entende como sendo escopo da atividade jurisdicional

⁸⁷ CALAMANDREI, P. Limites entre jurisdicción y administración, em la sentencia civil. In **Estudios sobre el proceso civil**, tradução espanhola de Sentís Melendo. Bueno Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1961. p. 28.

⁸⁸ Néelson Nery Jr. critica os conceitos de jurisdição desenvolvidos pela doutrina brasileira, os quais não têm acompanhado a evolução que o instituto vem sofrendo nos ordenamentos mais modernos, pois ainda estamos sob a influência estática da noção chiovendiana de jurisdição, de atuação da lei no caso concreto e função estatal substitutiva da vontade das partes, sem nem ao menos chegarmos a questionar, por exemplo, que a declaração in abstracto da inconstitucionalidade de lei é comando jurisdicional geral, rompendo com o tradicional jargão de que a jurisdição apenas atua no caso concreto, fazendo lei somente entre as partes. (NERY JUNIOR, **Princípios...** p. 75).

⁸⁹ DINAMARCO, op. cit., p. 309-310.

⁹⁰ Teorias: Carnelutti afirmou que a jurisdição se caracteriza pelo objetivo da justa composição da lide, entendida como o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro, para Chiovenda a jurisdição caracteriza-se pela substituição de uma atividade privada por outra pública; para Alfredo Rocco a jurisdição é uma atividade mediante a qual o Estado procura diretamente a satisfação dos interesses tutelados pelo direito, quando por algum motivo não tenha sido atuada a norma jurídica que os tutela; para Marco Tullio Zanzucchi o escopo imediato da jurisdição é a realização dos interesses (individuais e coletivos) e escopo mediato é a reintegração do direito objetivo, a atuação da vontade da lei; para Giovanni Verdi a jurisdição é a

a atuação da vontade da norma, quer para afirmá-la, quer para torná-la efetiva, evidenciando, em primeiro plano, o interesse público na manutenção do ordenamento jurídico.

Hélio Tornaghi destaca que a verdadeira finalidade da jurisdição é a proteção do ordenamento jurídico, sendo que a proteção a interesses individuais subjetivos é o resultado da atividade jurisdicional, mas não o seu fim⁹¹.

No entanto, seja qual for a teoria adotada, não se pode mais aceitar hodiernamente que o juiz ainda seja o *longa manus* do Estado legislador, que faz atuar a vontade da lei, posto que esse entendimento reflete a ideologia do Estado liberal, que em determinado momento, pretendeu impedir o juiz de interpretar a lei, vedando o Judiciário de interferir naquilo que constituía a expressão da vontade geral e identificava-se com a liberdade.

A finalidade da jurisdição não é mais a de fazer atuar a vontade da lei, pois o juiz, para decidir, tem que a aplicar, de acordo com o conteúdo do direito de sua época.

Atualmente, a adoção do modelo de democracia representativa, com temperos de princípios e institutos de participação, já que o ordenamento constitucional está estruturado em princípios da justiça social e do pluralismo, a atuação do direito deve a eles conformar-se.

Neste ponto, diverge a democracia social da ideologia que vigorava no Estado liberal. A Constituição Federal/88 assegurou direitos e deveres sociais a todos os segmentos da sociedade; isto quer dizer que é necessário também o

atuação da lei por um terceiro imparcial, já que a administração realiza sempre um interesse próprio. Cfe. Luiz Guilherme Marinoni, *Novas Linhas do Processo Civil*, p. 181-184.

⁹¹ TORNAGHI, H. *Comentários ao código de processo Civil*, São Paulo: RT, 1996. p. 228. v. I

Estado atuar positivamente para assegurar o gozo de todos os direitos sociais básicos, através da instituição de mecanismos para a sua consecução.

Assim, a efetividade dos direitos sociais deve ser buscada através do devido processo legal, assegurado pelo livre acesso à jurisdição.

A atuação da jurisdição, no sentido de manter a integridade da ordem jurídica justa, revela o seu escopo jurídico, que produz reflexos no campo social e político, porquanto a paz e a convivência social são o seu resultado, enquanto que a imposição das decisões (imperatividade) é afirmação do poder estatal.⁹²

Ada Grinover, Araújo Cintra e Dinamarco⁹³ afirmam que a jurisdição “é ao mesmo tempo, poder, função e atividade”, manifestando-se o poder estatal através da “capacidade de decidir imperativamente e impor decisões”, desempenhando a função “através de seus órgãos promovendo a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo” e exercendo a atividade por intermédio de “atos do juiz no processo”.

Mas, se por um lado o objetivo da atividade jurisdicional é a atuação da vontade do direito material, por outro, o Estado optou por conferir ao titular do direito substancial a liberdade de avaliar a oportunidade de buscar a solução jurisdicional, porquanto a intromissão estatal nessas relações poderia acarretar conseqüências não desejadas pelos interessados.

⁹² Poder no sentido de capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. O ato de decisão tem sua expressão máxima, no campo do direito, no fenômeno da coisa julgada material. A imperatividade é inerente ao poder do Estado, o qual é inevitável, na medida em que o Estado tem a capacidade de impor as suas decisões e o submetido não pode se subtrair ao poder. (DINAMARCO. **A instrumentalidade...** op. cit., p. 92-96).

⁹³ GRINOVER, A.; CINTRA, A. C. de A.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**. 18. e.d. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p.132.

No que toca aos direitos cuja satisfação é de interesse particular, o Estado não age⁹⁴. Quanto aos direitos, cuja satisfação interessa diretamente ao Estado, para a sua realização são instituídos órgãos destinados a obtenção da sua efetivação judicial. A intervenção estatal dá-se através do Ministério Público, que tem por missão a defesa dos interesses indisponíveis da sociedade, e do próprio juiz que pode atuar "*ex-officio*" quanto se tratar de matérias de ordem pública, uma vez aberta a via processual (art. 267, § 3º e 290 do CPC, art. 168 C.C).

Pode concluir-se que, se o Estado permite que o interesse permaneça violado, trata-se de direito privado; se não admite a situação e atribui a órgãos específicos o dever de agitar o direito, este deve ser considerado público. Pode ocorrer ainda a existência de interesses privados com conotação pública, razão pela qual o Estado também mostra interesse, fazendo atuar o Ministério Público.

A jurisdição, como função específica do Estado de Direito contemporâneo, atribuída ao Judiciário, encontra-se limitada e controlada por princípios básicos, que traçam os paradigmas da atividade jurisdicional, identificados por Arruda Alvim: princípio do juiz natural, princípio da inércia, princípio da indeclinabilidade, princípio da indelegabilidade, princípio da aderência ao território e princípio da publicidade da atividade jurisdicional⁹⁵. De igual modo, Ada Grinover, Araújo Cintra e Dinamarco, através dos princípios que destacamos: princípio da investidura, princípio da aderência ao território, princípio da indelegabilidade, princípio da inevitabilidade, princípio da inafastabilidade e princípio do juiz natural.⁹⁶

⁹⁴ Há exceções em determinadas hipóteses em que o juiz tem poderes para iniciar o processo *ex officio* (art. 989, CPC; art. 27, VI, DL 227, de 28.2.1967).

⁹⁵ ALVIM, J. M. A. **Manual de direito processual Civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 182-183. v. 1: parte geral.

⁹⁶ Princípio da Investidura: a jurisdição somente pode ser exercida por quem tenha sido regularmente investido na autoridade de juiz (pessoa física), junto a um cargo no Poder Judiciário (pessoa jurídica), regularmente criado por lei; Princípio da Aderência ao Território: limita a atuação da atividade jurisdicional no âmbito do território do país; Princípio da Indelegabilidade: é a vedação de delegar a

Por seu turno, Athos Gusmão Carneiro⁹⁷ identifica as características da jurisdição, que, por outros doutrinadores, são tidas como princípios.

Como visto, a existência de limites à atividade jurisdicional tem como implicação lógica a limitação da entrega da prestação jurisdicional. Portanto, qualquer balizamento de acesso formal⁹⁸ à jurisdição é impedimento à consecução da prestação.

atribuição que é própria do Judiciário; Princípio da Inevitabilidade: a autoridade dos órgãos jurisdicionais independe da aceitação das partes ou de eventual pacto para aceitarem o resultado do processo, porquanto emana da própria soberania estatal; Princípio da Inafastabilidade: é a vedação de retirar do controle da jurisdição qualquer lesão ou ameaça a direito; Princípio do Juiz Natural: ninguém será privado do julgamento por juiz independente e imparcial, indicado pelas normas constitucionais e legais, sendo vedado os tribunais de exceção; Princípio da Inércia: a atividade da jurisdição deve ser acionada pela parte interessada no processo; depois, desenvolve-se por impulso oficial; Princípio da Publicidade: todas as atividades jurisdicionais devem ser exercidas publicamente, com vistas a garantir para o povo uma justiça justa, que nada tem a esconder, exceto nos casos de segredos de justiça nos casos de decoro e de interesse público.

⁹⁷ Athos Gusmão Carneiro identifica as seguintes características da jurisdição: a) a atividade jurisdicional deve ser provocada, pois não há jurisdição sem ação. A inércia inicial do Judiciário está prevista no art. 2º, do CPC: "Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais", regra ratificada pelo artigo 262: "O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial". Há necessidade de um pedido, de uma demanda, para que o Estado preste a tutela jurisdicional. É inevitável na medida em que dispensa qualquer ato de anuência do demandado para figurar no processo: a citação é o que basta para fazê-lo parte; b) a atividade jurisdicional é atividade pública, sendo monopólio estatal, vedada a autotutela, exceto em casos especiais (legítima defesa, defesa da posse). Mesmo nos casos de existência de "justiça administrativa" (conselhos de contribuintes, tribunais de recursos fiscais etc) não implica em ofensa ao monopólio jurisdicional, porquanto as decisões administrativas estão sujeitas à revisão através do exercício da jurisdição; c) a atividade jurisdicional é substitutiva, no sentido de fazer atuar a vontade da lei, que ocorre quando os que deveriam afirmá-la ou realizá-la negam-se a fazê-lo ou permanecem omissos; d) a atividade jurisdicional é indeclinável, podendo ser exercida apenas pelo juiz natural, sendo vedados foros privilegiados ou tribunais de exceção. A jurisdição somente pode ser exercida por pessoa legalmente investida no poder de julgar, como integrante do Poder Judiciário. Os juizes devem exercer a jurisdição na medida de sua competência e com imparcialidade. A atividade não pode ser declinada e o juiz não pode se eximir de julgar, de acordo com o artigo 126, do CPC: "O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide, caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito". Portanto, a atividade jurisdicional é obrigatória; e) autoridade da coisa julgada material é atributo específico da jurisdição. Uma vez esgotados os recursos cabíveis, a decisão faz coisa julgada formal, tornando-se imodificável no processo. Além disto, as sentenças de mérito adquirem autoridade de coisa julgada material, que quer dizer que a sua eficácia projeta-se para fora do processo, onde foi prolatada, tornando-se imutável. Portanto, a sentença tem eficácia vinculativa plena, situação não adquirida pelas decisões no âmbito da "justiça administrativa". (CARNEIRO, A. G. *Jurisdição: noções fundamentais*, AJURIS, v. 20, p 20-31. 1980).

⁹⁸ Aqui não se pretende analisar qualquer barreira material de se acessar à jurisdição, mister pelas deficiências estruturais do Judiciário, da falta de defensoria pública e de sua estrutura, da falta de recursos materiais e de outros meios etc.

Mas, sendo a jurisdição garantia fundamental do Estado Democrático de Direito, indaga-se se podem existir limites para o seu exercício?

A resposta é afirmativa, eis que a jurisdição estatal somente pode ser exercida nos limites das competências, no âmbito interno e externo do território nacional, decorrente da soberania do Estado, além de que não alcança as pessoas protegidas pela imunidade, em decorrência de tratados internacionais, e aquelas que optem pela solução alternativa do conflito por meio da arbitragem, espécie de jurisdição privada.

Aliás, como consequência prática das características da jurisdição, manifesta-se o obstáculo ao exercício espontâneo da atividade jurisdicional, caracterizada pela máxima "*nemo iudex sine actore*", categorizada nos artigos 2º e 262 do CPC.

Se por um lado a jurisdição é una, o exercício da atividade é realizado através de inúmeros órgãos jurisdicionais, que compõem a estrutura do Judiciário, embora, todos exerçam a mesma jurisdição, em que pesem as suas especificidades, com vistas à obtenção de resultados práticos.

A distribuição do exercício da jurisdição entre os entes Federais e Estaduais, ou juízes e tribunais pertencentes à mesma Justiça, faz-se pela definição de competência, conceituada como sendo o alcance da atividade jurisdicional.

A Constituição Federal instituiu várias "justiças" diferentes e autônomas, sobrepondo-se a todas as do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, além de estruturá-las em órgãos inferiores e superiores, atribuindo-lhes competência.

Assim cada órgão da jurisdição exercita a sua atividade no âmbito de sua competência. Luiz Rodrigues Wambier⁹⁹ estabelece a diferença entre jurisdição e competência. No caso, "jurisdição é função do Estado, decorrente de sua soberania, de resolver conflitos, na medida em que a ela sejam apresentados, em lugar daqueles que no conflito estão envolvidos", enquanto que competência "se pode conceitua-la como instituto que define o âmbito de exercício da atividade jurisdicional de cada órgão dessa função encarregado".

Seria, pois, a competência um limite para o exercício da atividade jurisdicional?

Como um todo, a competência não é limite para o acesso à jurisdição, mas o é para o exercício da atividade jurisdicional, de acordo com a distribuição de seus órgãos, pelas frações do território nacional.¹⁰⁰

Trata-se de limitação territorial interna de relevância na prática processual, representada pela territorialidade da investidura do juiz, como consequência das regras de divisão judiciária. Assim, cada órgão do judiciário somente pode exercer a jurisdição, no âmbito geográfico do foro, que lhe é atribuído por lei.

Eventual invasão dos limites da divisa territorial caracteriza o exercício indevido da jurisdição. Isto não quer dizer que os atos não podem ser realizados pelo órgão, mas sim se efetivam através de cartas precatórias pelo juiz competente. Por exemplo: um juiz do Estado do Paraná não tem jurisdição no Estado de Santa Catarina. Assim os atos jurisdicionais necessários serão realizados no outro Estado

⁹⁹ WAMBIER, L. R.; ALMEIDA, F. R. C. de; TALAMINI, E. **Curso avançado de processo civil**. 3. e. d. rev. atual e ampl. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 200. p.89. v. I.

¹⁰⁰ Segundo Dinamarco, "As regras de competência também limitam o exercício da jurisdição, porque o ato realizado por juiz diferente daquele indicado pela Constituição ou pela lei, com ultraje a uma das garantias do juiz natural é ilegítimo e por isso fadado a possível nulidade" (DINAMARCO. **Instituições...** op.cit. p. 110-111).

por juiz do local, a pedido do juiz do Estado do Paraná. O juiz deprecado poderá negar-se a realização dos atos, quando se revestirem de manifesta ilegalidade.

Sob o aspecto externo, a jurisdição territorial é limitada pela soberania dos outros Estados, circunscrita ao âmbito territorial de cada país, como expressão do poder estatal. Assim, a jurisdição de um país é exercida, nos seus limites territoriais, de acordo com as normas de competência previstas no direito processual. Qualquer ato processual a ser praticado no território estrangeiro far-se-á através da expedição de cartas rogatórias (art. 210, CPC).

O mesmo não ocorre com o direito material, que vai além dos limites territoriais, segundo normas internacionais de direito privado, especialmente sobre matéria contratual entre particulares, em face de sua disponibilidade. Permite-se, portanto, que seja indicada a norma de regência, optando-se pela lei do país escolhido.

No âmbito do Processo Civil, admite-se que juízes brasileiros julguem causa segundo o direito estrangeiro (art. 337: a parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz), em que pese a competência internacional pertença à autoridade judiciária do outro Estado soberano, porque têm competência para julgar segundo normas jurídicas materiais de outro país, havendo a possibilidade de dar efetividade mediante os atos do processo de execução forçada.¹⁰¹

Certo é que a exclusividade da jurisdição se define, no âmbito territorial do país, sobre determinadas matérias, até porque eventual comando dispositivo não

¹⁰¹ Dinamarco destaca que "Mesmo certas normas de direito público substancial podem ter aplicação extraterritorial e ser impostas mediante ato jurisdicional de um juiz de outro Estado. É rigorosamente admissível que um ente tributário de determinado país vá a outro e obtenha sentença sobre seu crédito, chegando inclusive a promover a execução com base em condenação que ali obtiver". (Ibid., p. 351).

seria exequível, no território estrangeiro. Trata-se, pois, da afirmação da soberania estatal, que estabelece a reserva de poder definir situações e solucionar conflitos referentes a determinados bens.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal negará homologação a sentenças estrangeiras que hajam invadido a esfera de competência exclusiva do juiz brasileiro (CPC, art. 89 e 483; CF, art. 102, inc. I, letra h; LICC, art. 15, letra a; RISTF, art. 217, inc. I), significando dizer que a sentença nenhuma utilidade terá. Infere-se daí que o juiz de um Estado soberano não tem capacidade de impor suas decisões, além das próprias fronteiras, dependendo sempre da colaboração do juiz local.

Assim, o legislador ao definir a competência interna dos órgãos jurisdicionais para a solução de conflitos, inclui causas envolvendo pessoas aqui domiciliadas (CPC, art. 88, inc. I), causas relativas a bens aqui situados (art. 89, inc. I), causas fundadas em fatos aqui acontecidos (art. 88, inc. III) etc, abstendo-se de ir além, porque não traria benefício algum ao país.

Levando em conta, pois, o interesse na solução dos conflitos, em atenção aos bens e valores inerentes ao Estado (território, população e instituições), fixa-se a competência do juiz nacional com exclusividade, impedindo aqui a eficácia de sentenças prolatadas no exterior (CPC, art. 89).

Em outras situações, de menor relevância, fixa-se a competência concorrente (art. 88). A causa de maior intensidade é de conflitos capazes de afetar o território nacional e de menor intensidade é o das causas que tenham por réu as pessoas domiciliadas no Brasil.

A competência internacional do juiz brasileiro está prevista no artigo 88 do CPC, sem, contudo, excluir a competência dos juizes de outro Estado, trazendo a consequência de que, se uma das causas for proposta em outro país, a sentença ali

proferida poderá ser eficaz no Brasil. Trata-se de competência internacional concorrente de causas de pouca relevância para a vida do país.¹⁰²

A atribuição de competência internacional só é possível através da harmonização de poderes, denominado "pacto de soberanias", onde nenhum Estado deixa de ser mais ou menos soberano ao permitir que decisões estrangeiras produzam efeitos em seus territórios, já que a própria permissão revela o exercício da soberania.

Trata-se de um arranjo¹⁰³, no mesmo plano internacional, que possibilita o Estado exercer seu poder jurisdicional além de suas fronteiras, sem ferir as prerrogativas do outro Estado.

O "pacto de soberania" concretiza-se através de técnicas que visam a delimitar os contornos da competência legal internacional dos Estados. Essas técnicas denominam-se jurisdição internacional.¹⁰⁴

A jurisdição internacional é, portanto, uma prerrogativa estatal atribuída e limitada pelo ordenamento internacional, que permite os Estados soberanos estender seu controle sobre pessoas, recursos e eventos ocorridos fora de seu território.

As regras de delimitação da competência internacional estão nos tratados internacionais, estabelecidas em coordenação, que garantem que, nos limites estabelecidos nos tratados, o Estado conserve sua soberania. Isto significa afirmar

¹⁰² Dinamarco exemplifica: "Se na Itália é promovida uma demanda em face de cidadão italiano domiciliado no Brasil, é competente o juiz de lá por força da cidadania do réu, embora o fosse também o daqui, pelo fato do domicílio (CPC, art. 88, inc.I). Como é a competência concorrente, a sentença que nesse caso vier a ser proferida pelo juiz italiano não será violadora da competência do juiz brasileiro, nem vice-versa" (Ibid., p.341-342).

¹⁰³ No sentido de tratado internacional.

¹⁰⁴ FALK, R. A. **International jurisdiction**: horizontal and vertical conceptions of legal order, in temple Law Quaterly, 1959. p.295. v.32.

que é a lei internacional que autoriza o Estado a exercer jurisdição sobre qualquer ato que não esteja sob expressa proibição.

É a partir destas regras que o Estado invoca a competência internacional para julgar determinado caso, pretendendo fazer cumprir sua decisão em território estrangeiro.

Havendo conflito entre Estados sobre a competência internacional de julgamento, a solução será dada com base em princípios de direito internacional.¹⁰⁵ Quanto à execução da decisão em território estrangeiro, a solução parte do princípio de que a violação da jurisdição interna de um Estado somente ocorrerá via do consentimento, através de previsão de lei interna, ou por tratado internacional,¹⁰⁶ pois é indiscutível o caráter absoluto da competência territorial para atos realizados em território nacional.

Sob o aspecto do acesso à jurisdição, no plano internacional, o limite é apenas à territorialidade. No caso de propositura de demanda ao órgão jurisdicional local, que envolva causa de competência internacional, o processo deverá ser extinto, por absoluta ausência de competência, caso em que, se praticado algum ato, será tido como juridicamente inexistente.

¹⁰⁵ Princípios, universalmente, aceitos norteadores dos limites da jurisdição internacional: a) princípio da nacionalidade (um Estado pode exercer jurisdição sobre seus nacionais, desde que não conflitante com a competência de outros Estados); b) princípio da segurança nacional (é ilícito ao Estado agir em defesa de sua independência política, da sua integridade territorial, de sua segurança externa e interna, ainda que os fatos sejam praticados, ou concebidos no exterior, sob a condição de que não os tenham sido praticados no exercício regular de um direito reconhecido, no Estado onde foi praticado. Aplica-se o princípio em relação à falsificação de moedas, aos símbolos nacionais, à contrafação ou à falsificação etc); c) princípio da universalidade (visava à colaboração recíproca dos Estados em reprimir crimes e atos atentatórios aos princípios éticos da humanidade. Exemplos: genocídio, tráfico de mulheres e crianças etc); d) princípio da territorialidade objetiva e subjetiva. O princípio subjetivo confere competência ao Estado para estender sua jurisdição sobre participantes de eventos iniciados no Estado, mas consumados no exterior; o princípio objetivo permite ao Estado conhecer, processar e julgar eventos iniciados fora de seu território, mas consumados dentro do seu território; princípio da personalidade passiva (um Estado pode ampliar sua competência para processar e julgar casos em que estejam envolvidos, no pólo passivo da demanda, seus nacionais).

¹⁰⁶ KATZENBACH, M. K. N. de. **Fundamentos políticos do direito internacional**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, p. 188.

Conseqüência diversa ocorre no plano interno, quando da propositura de demanda em juízo incompetente, circunstância que leva o processo a se deslocar para o juiz competente; por provocação, no caso de incompetência relativa; e de ofício, no caso de incompetência absoluta, sem repercussão no acesso à jurisdição.

Enfim, a limitação da jurisdição a determinado espaço territorial obedece ao princípio da efetividade. Assim, o juiz será incompetente sempre que não possa executar suas decisões¹⁰⁷ no plano territorial externo.

Outras situações, no plano interno, que obstam o exercício da jurisdição, apresentam-se ainda para exame: (1) as imunidades, (2) a exclusão da atividade jurisdicional do Poder Judiciário e (3) os substitutivos jurisdicionais.

5.1.1 Das Imunidades de Jurisdição

Em relação às imunidades de jurisdição, sobre bens e interesses de outros Estados soberanos, de seus agentes diplomáticos e de certas entidades internacionais, tais como a Organização das Nações Unidas, o Mercosul, a Comunidade Européia, dizem respeito a limitações internacionais impostas, de modo que cada Estado renuncia à competência de seus juizes, valendo-se das regras de boa convivência internacional, que aconselham o Estado ir além respeitando a soberania alheia, abstendo-se de exercer a sua jurisdição.

As situações imunes à jurisdição estão reguladas em tratados internacionais e nos costumes internacionais, seguindo o critério da reciprocidade. As imunidades são amplas, abrangendo atos de soberania, ou de poder, exercidos pelos Estados ou seus representantes, atos de gestão de bens e interesses, inclusive de caráter

¹⁰⁷ CASTRO, A. de. Direito internacional privado. 1956. p. 242-243, citado por MARQUES, J. F. Manual de Direito Processual Civil. 8. e.d. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 204.

negocial. No entanto, ficam excluídas da imunidade as causas relacionadas a imóveis situados no Brasil ou relacionadas a atividades profissionais, aqui exercidas pelo agente diplomático (comércio, profissão liberal etc.), e quando o agente diplomático for cidadão brasileiro.¹⁰⁸

A imunidade de jurisdição data do século V, quando os comerciantes, nas relações com os povos estrangeiros, possuíam seus próprios magistrados no exterior, gozando de imunidade absoluta. Após o fim do estado medieval e com a instalação do Estado Constitucional, assentado em fortes bases territoriais, a imunidade absoluta era explicada pelo princípio da extraterritorialidade, servindo de base para a ficção de que o lugar em que se situava uma embaixada, ou órgão representativo do Estado estrangeiro, era considerado território de seu país, em situação de absoluta insubmissão à lei local.

Modernamente, permanece em constante debate a fixação de um norteammento definitivo, acerca do conteúdo da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro. Existe atualmente uma forte tendência nacional para impor a tais entes as imposições normativas de nosso país¹⁰⁹.

¹⁰⁸ DINAMARCO. *Instituições...*, op. cit., p. 338.

¹⁰⁹ STJ-RO 6/RJ – RECURSO ORDINÁRIO, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA. 1ª T. j. 23.9.99. Na execução fiscal movida pelo Município do Rio de Janeiro contra o Japão, objetivando o recebimento de créditos de IPTU, taxa de limpeza e iluminação pública, a decisão foi de que modernamente se tem reconhecido a imunidade do Estado estrangeiro nos atos de império, mas submetendo-se à jurisdição estrangeira, quando pratica atos de gestão.

Ementa: DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO - IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DO ESTADO ESTRANGEIRO - EVOLUÇÃO DA IMUNIDADE ABSOLUTA PARA A IMUNIDADE RELATIVA - ATOS DE GESTÃO - AQUISIÇÃO E UTILIZAÇÃO DE IMÓVEL - IMPOSTOS E TAXAS COBRADAS EM DECORRÊNCIA DE SERVIÇOS PRESTADOS PELO ESTADO ACREDITANTE. Agindo o agente diplomático como órgão representante do Estado Estrangeiro, a responsabilidade é deste e não do diplomata. A imunidade absoluta de jurisdição do Estado Estrangeiro só foi admitida até o século passado. Modernamente se tem reconhecido a imunidade ao Estado Estrangeiro nos atos de império, submetendo-se à jurisdição estrangeira quando pratica atos de gestão. O Estado pratica ato "jure gestionis" quando adquire bens imóveis ou móveis. O Egrégio Supremo Tribunal Federal, mudando de entendimento, passou a sustentar a imunidade relativa. Também o Colendo Superior Tribunal de Justiça afasta a imunidade absoluta, adotando a imunidade relativa do Estado Estrangeiro. Não se pode alegar imunidade absoluta de soberania para não pagar impostos e taxas cobrados em decorrência de serviços específicos prestados ao Estado Estrangeiro.

As mudanças acerca da imunidade absoluta dos Estados estrangeiros à jurisdição local ocorreram a partir da segunda guerra mundial, quando foram ampliados os intercâmbios e as relações comerciais globalizados, porque surgiu a necessidade da criação de diretrizes para o tratamento das questões diplomáticas.

Em 18.4.1961, na cidade de Viena, oitenta e um países soberanos fizeram-se presentes, com o objetivo de estabelecer normas, que assegurassem o eficaz desempenho das missões diplomáticas. Foi aprovada a Convenção de Viena, sobre as Relações Diplomáticas, a qual foi incorporada no direito positivo brasileiro pelo Decreto nº 56.435/65. A Convenção de Viena sobre as Relações Consulares foi aprovada, em 24.4.1963, promulgada no Brasil no Decreto nº 61.078/67, cuja finalidade era assegurar eficaz desempenho das repartições consulares, em nome de seus respectivos estados.

As Convenções asseguraram garantias aos agentes de missões diplomáticas e repartições consulares. No âmbito das missões, seus membros são fisicamente invioláveis e gozam de imunidade de jurisdição penal, civil e tributária.

Por muito tempo, firmou-se a convicção de que as Convenções teriam o condão de conferir aos Estados estrangeiros a imunidade total, em face da jurisdição do país, em que estão situadas suas missões diplomáticas. São palavras de J. F. Rezek¹¹⁰ "ainda prevalecia a noção da costumeira regra sintetizada no aforismo *par in parem non habet iudicium*" ou seja, "nenhum Estado soberano pode ser submetido contra sua vontade, à condição de parte perante o foro doméstico de outro Estado".

¹¹⁰ REZEK, J. F. *Curso elementar de direito internacional público*. São Paulo: Saraiva. p. 176.

O avanço das relações e das atividades comerciais entre Estados determinou uma atenuação à situação da imunidade total da jurisdição estrangeira. Na medida em que os Estados estrangeiros passaram a praticar atos tipicamente particulares, constatou-se a disparidade e a injustiça de tratamento, em relação aos jurisdicionados locais, admitindo-se, daí, a submissão do Estado estrangeiro aos órgãos judiciais locais, em casos específicos.

Ficou superada a teoria da imunidade absoluta, com o fundamento de que os privilégios de pessoas e de locais diplomáticos são concedidos em virtude da função que exercem, ou da sua representatividade, mas não têm o condão de abranger os atos praticados pelo Estado estrangeiro, quando os realiza como se particular fosse.

A partir deste enfoque, a relativização da imunidade de jurisdição tornou-se regra. A separação da imunidade diplomática e consular - confiada a determinados entes físicos, que prestam serviços nas organizações internacionais - da imunidade pretendida pelo próprio Estado estrangeiro, assumiu relevância. As pessoas físicas permanecem abrangidas pelos privilégios de imunidade de jurisdição local, nas esferas penal, cível, tributária e trabalhista, mas estão sujeitos à legislação pátria de origem.

No entanto, a imunidade do Estado estrangeiro à jurisdição local continua combatida pela doutrina e jurisprudência, na ausência de norma internacional específica. O Ministro Francisco Rezek, no caso "Geny", proferiu o voto-vista¹¹¹, no

¹¹¹ STF- APELACAO CIVEL- AC-9696 / SP - Relator: Min. SYDNEY. SANCHES - Julgamento: 31/05/1989 - TRIBUNAL PLENO -VOTACAO: UNÂNIME. - RESULTADO: Provida a apelação para cassar a sentença, determinando o prosseguimento no julgamento da ação trabalhistas pelo Juiz Federal, afastando a imunidade de jurisdição. Obs.: Este acórdão mudou a orientação do Tribunal em relação à existência de imunidade de jurisdição das pessoas jurídicas de direito público externo quanto as causas de natureza trabalhista.

Ementa: O ESTADO ESTRANGEIRO. IMUNIDADE JUDICIARIA. CAUSA TRABALHISTA. NAO HA IMUNIDADE DE JURISDICAO PARA O ESTADO ESTRANGEIRO, EM CAUSA DE NATUREZA

sentido de inexistência de imunidade de jurisdição em relações trabalhistas, estabelecendo um novo norte de orientação para a matéria, afastando a imunidade da República da Alemanha, sujeitando-a ao pólo passivo de reclamatória trabalhista.

O novo direcionamento é o da inexistência de suporte para a exclusão dos entes de direito público da jurisdição doméstica, nos casos que envolvam atos de pura gestão, não especificamente abrangidos pelas normas das convenções internacionais. Restaram imunes apenas os atos de império.

A conclusão jurisprudencial é no sentido de que o Poder Judiciário brasileiro é competente para julgar litígio instaurado contra Estado estrangeiro, no caso da prática de atos de gestão, bastando, para tanto, que a ação seja originária de fato ocorrido ou ato praticado em solo pátrio.

Portanto, de acordo com a nova orientação jurisprudencial, somente os atos de império praticados por Estado estrangeiro estão fora do alcance da jurisdição brasileira. Não se incluem na exceção os atos de gestão não especificamente previstos nas convenções internacionais.

No campo das imunidades, pasme-se, também, está assegurada a imunidade profissional ao Advogado, pelo artigo 6º, parágrafo 2º, da Lei nº 8.906, de 04.7.1994 (EA), nos seguintes termos:

O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer.

TRABALHISTA. EM PRINCÍPIO, ESTA DEVE SER PROCESSADA E JULGADA PELA JUSTIÇA DO TRABALHO, SE AJUIZADA DEPOIS DO ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 (ART. 114). NA HIPÓTESE, PORÉM, PERMANECE A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL, EM FACE DO DISPOSTO NO PARÁGRAFO 10 DO ART. 27 DO A.D.C.T. DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, C/C ART. 125, II, DA E.C. N. 1/69. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA SE AFASTAR A IMUNIDADE JUDICIÁRIA RECONHECIDA PELO JUÍZO FEDERAL DE PRIMEIRO GRAU, QUE DEVE PROSEGUIR NO JULGAMENTO DA CAUSA, COMO DE DIREITO.

A legislação infraconstitucional coloca o Advogado em plano de desigualdade, em relação aos Promotores de Justiça, Magistrados, partes e outras pessoas que intervêm no processo, pela prática dos mesmos atos, assumindo relevância a matéria para estudo de possível violação do Princípio da Igualdade.

5.1.2 Dos Substitutivos da Jurisdição

Na fixação da competência, o artigo 86, do CPC, ao disciplinar que "as causas cíveis serão processadas e decididas, ou simplesmente decididas, pelos órgãos jurisdicionais, nos limites de sua competência", ressaltou "às partes a faculdade de instituírem *juízo arbitral*".

A arbitragem está disciplinada com exclusividade pela Lei nº 9.307, de 23.09.1996, tendo sido revogados expressamente os artigos 1037 a 1048 do Código Civil e 101, 1072 a 1102 do Código de Processo Civil. A abordagem aqui está direcionada aos efeitos da solução alternativa de conflitos sobre a jurisdição estatal.

Os meios alternativos de solução de conflitos são denominados de "substitutivos de jurisdição"¹¹² por Lopes da Costa ou de "equivalentes jurisdicionais",¹¹³ na expressão de Carnelutti, adotada entre nós por Frederico Marques.¹¹⁴

No entanto, em que pese seja função do Estado administrar a justiça, por meio de juizes e tribunais, em face da publicização do processo civil, o próprio Estado admite, pela sua ineficácia, o convívio com a arbitragem, a qual representa

¹¹² COSTA, A. de A. L. da. *Direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense. v. 1. n 44.

¹¹³ CARNELUTTI. *Sistema de derecho procesal civil, tradução espanhola*, v.1, n.49.

¹¹⁴ MARQUES, J. F. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro Forense, n. 1329. v. 4

um retrocesso à jurisdição estatal, readmitindo no direito contemporâneo instituto de concepção individualista, pois coloca, em primeiro plano, a vontade dos indivíduos, ao submeterem a solução de seus litígios a árbitros, de livre escolha, com jurisdição limitada.

A arbitragem é um meio alternativo para a solução de litígios envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, escolhida voluntariamente pelas pessoas com capacidade para contratar. O litígio será levado ao juiz arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral (art. 1º e 3º), fora da jurisdição estatal. Portanto, o juízo arbitral somente pode ser instituído pelas partes através de convenção, que nada mais é do que um negócio jurídico formado pela cláusula compromissória ou pelo compromisso arbitral. Portanto, não é obrigatório.

A cláusula compromissória é a convenção em que as partes acordam em submeter à arbitragem os litígios que possam advir em dada relação negocial (art. 4º), devendo ser pactuada por escrito no próprio contrato ou em documento em separado (art. 4º, § 1º). Cria entre as partes uma obrigação de fazer, cujo inadimplemento possibilita ao interessado o ingresso de ação judicial, a fim de que seja executada a obrigação (art. 7º). Se julgado procedente o pedido, o juiz emitirá sentença com valor do compromisso arbitral, nomeando o árbitro, se necessário for (art. 7º, § 7º).

O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial (art. 9º). O objetivo aqui é a exclusão do litígio da cognição judicial.

A solução do litígio é dada através de uma sentença, lavrada por um árbitro que é juiz de fato e de direito, a qual não está sujeita a recurso ou a homologação

pelo Poder Judiciário (art. 18). Isto quer dizer que "a natureza jurídica da arbitragem é de jurisdição. O árbitro exerce jurisdição, porque aplica o direito no caso concreto e coloca fim à lide que exista entre as partes. A arbitragem é instrumento de pacificação social. Sua decisão é exteriorizada por meio de 'sentença', que tem a qualidade de título executivo judicial" , segundo Nélson Nery Jr.¹¹⁵

Portanto, se a natureza jurídica da atividade do árbitro é jurisdicional, a conclusão que se antecipa é de que o Judiciário não tem mais o monopólio da jurisdição, quando existir a convenção de arbitragem (art. 3º).

A propósito, tanto a sentença do juízo arbitral, quanto a sentença do juiz togado, produz efeitos que alcançam às partes, sendo que ambas se revestem da autoridade da coisa julgada, podendo ser executadas, característica da jurisdição, por serem títulos judiciais (art. 31 L. Arb. C.c. 584-VI, CPC e 584, CPC).

Entretanto, a sentença de mérito do juízo arbitral não está sujeita à ação rescisória, nos termos preconizados no artigo 485 do CPC, levando-se em conta que o próprio instituto da arbitragem previu os casos de nulidade da sentença, no artigo 32, e os remédios adequados à solução do vício; no caso, a parte poderá ajuizar perante o órgão do Poder Judiciário (art. 33) ação de nulidade da sentença arbitral, no prazo de até 90 dias (§ 1º), a partir da ciência da decisão, ou ainda poderá alegar a nulidade em sede de embargos do devedor, nos termos do artigo 741, do CPC, no caso de a sentença ser executada judicialmente (§ 3º).

Nélson Nery Jr.¹¹⁶ assegura o caráter de atividade jurisdicional da sentença arbitral: "A sentença arbitral, como é aplicação do direito ao caso concreto por juiz

¹¹⁵ NERY JUNIOR, N. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 5.ed, rev e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 1805. nota 1.

¹¹⁶ NERY JUNIOR, N. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 6.ed, rev. e ampl. Atual., São Paulo. Revista dos Tribunais, 2000. p.76.

não estatal, é manifestação de atividade jurisdicional. A consequência disso é que se reveste da autoridade da coisa julgada”.

Nesse sentido, seria a convenção arbitral inconstitucional?

Certo é que através da convenção arbitral as partes transferem a solução de eventuais conflitos que poderiam ser submetidos à jurisdição estatal para a jurisdição privada, eis que se trata exclusivamente de direito disponível. A convenção exclui o acesso à via judicial, mas não exclui o acesso à jurisdição, porquanto se a lide não for solucionada pela justiça estatal, sê-lo-á pela justiça arbitral. Em ambas, existe a atividade jurisdicional, na abalizada doutrina de Nélon Nery Jr.¹¹⁷

Embora não seja este o objeto principal deste ensaio, a constitucionalidade do instituto da arbitragem foi reconhecida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental em sentença estrangeira 5206-8/247¹¹⁸, tendo sido homologada a sentença estrangeira, em 12.12.2001.

A título ilustrativo, colhe-se do julgamento, o voto do relator, Ministro Sepúlveda Pertence, acompanhado dos votos dos Ministros Sidney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, o reconhecimento da inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 6º; do artigo 7º e seus parágrafos; no artigo 41, das novas redações atribuídas ao artigo 267, inciso VII, e ao artigo 301, inciso IX do Código de Processo Civil; e do artigo 42, todos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

¹¹⁷ Ibid., p. 85.

¹¹⁸ DECISÃO: O TRIBUNAL, POR UNANIMIDADE, PROVEU O AGRAVO PARA HOMOLOGAR A SENTENÇA ARBITRAL. VENCIDOS, PARCIALMENTE, OS SENHORES MINISTROS SEPÚLVEDA PERTENCE, SYDNEY SANCHES, NÉRI DA SILVEIRA E MOREIRA ALVES, NO QUE DECLARAVAM A INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 6º; DO ARTIGO 7º E SEUS PARÁGRAFOS; NO ARTIGO 41, DAS NOVAS REDAÇÕES ATRIBUÍDAS AO ARTIGO 267, INCISO VII, E AO ARTIGO 301, INCISO IX, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL; E DO ARTIGO 42, TODOS DA LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996. VOTOU O PRESIDENTE, O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO. PLENÁRIO, 12.12.2001.

Entretanto, se jurisdição é, na posição de Calmon Passos, "a aplicação autoritativa do direito, com vistas a remover os obstáculos existentes, através de uma atividade vinculada", logo a "jurisdição arbitral" não poderia ser concebida como uma verdadeira jurisdição, levando-se em conta que não dispõe do *imperium* ou da *execução*, pois encerra-se com a prolação da sentença(art. 29), ainda que seja provida de natureza de título executivo judicial (art. 41, III), que constitui a última forma de realização do direito, que se efetivará através dos órgãos judiciais previstos constitucionalmente.

É verdade que a atividade arbitral é reconhecida pelo ordenamento jurídico como sendo de natureza "jurisdicional", em face das características que lhe foram outorgadas, e justamente com base nelas é que Nélson Nery Jr. reconhece essa atividade como de caráter jurisdicional, enquanto que, de forma mais ampla, Calmon Passos, com toda a razão, afirma que essa "jurisdição" não possui as mesmas características da estatal, razão pela qual não pode ser considerada jurisdição, porquanto nunca realizará os seus escopos político, social e jurídico. Adicione-se que o juiz arbitral, mesmo sem se submeter a qualquer concurso de provas e títulos, exerce a "jurisdição" não havendo a investidura, própria dos juizes togados.

No elenco dos "*equivalentes jurisdicionais*," Camelutti inclui a atribuição de efeitos jurídicos à sentença emanada de tribunal estrangeiro, através de homologação pelo Supremo Tribunal Federal, a qual adquire eficácia e executividade em nosso território. Destarte, torna-se sentença brasileira com conteúdo material dado por juiz estrangeiro, porquanto foi adotado o sistema do "juízo de delibação", isto é, examina-se a existência dos pressupostos processuais e condições do legítimo exercício da ação de homologação, sem que haja reexame do mérito da causa processada pela Justiça estrangeira, para que seja acolhido o

pedido de homologação. No caso de não concorrerem os requisitos de admissibilidade, rejeita-se o pedido de homologação, na abalizada lição de Barbosa Moreira¹¹⁹. Não há discussão do mérito e da justiça da sentença estrangeira, exceto se atentar contra a soberania nacional, a ordem pública, ou bons costumes, quando então não será homologada. Também não será homologada a sentença estrangeira que não estiver revestida das formalidades previstas na legislação de origem.

De qualquer sorte, o equivalente jurisdicional, somente terá eficácia no território nacional, após ser submetido à jurisdição estatal, através do Supremo Tribunal Federal.

5.1.3 Da Exclusão da Atividade Jurisdicional do Poder Judiciário

A jurisdição, como função do Estado, é atividade específica atribuída ao Poder Judiciário, cuja característica é a unicidade. Embora haja unicidade e identidade da atividade funcional, o exercício efetivo da função jurisdicional é atribuído de acordo com as regras de competência, previstas na Constituição Federal e nas leis de organização judiciária. Havendo unicidade da jurisdição, é certo que todos os juízes estão investidos desse poder, ainda que desempenhem diferenciadas atribuições no território nacional.

Competência é definida por Arruda Alvim¹²⁰ como sendo "a atribuição a um dado órgão do Poder Judiciário daquilo que lhe está afeto, em decorrência de sua atividade jurisdicional específica, dentro do Poder Judiciário, normalmente excluída a legitimidade simultânea de qualquer outro órgão do mesmo poder (ou, *a fortiori*, de

¹¹⁹ MOREIRA, J. C. B. **Comentários ao código de processo civil**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p.75-76. vol.V.

¹²⁰ ALVIM Arruda. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: RT, 2001, p.262. vol.I: parte geral.

outro poder)", sendo atributo do órgão jurisdicional e não do juiz. Para Dinamarco¹²¹ competência "é um conjunto das atribuições jurisdicionais de cada órgão ou grupo de órgãos, estabelecidas pela Constituição e pela lei". É uma forma de divisão do trabalho, ou de "racionalizar" o poder¹²².

Luiz Rodrigues Wambier¹²³ não concorda com a doutrina que define competência como sendo a medida da jurisdição.

Daí não ser feliz a imagem criada por alguns autores, no sentido de que a competência seria a medida da jurisdição, como se os órgãos do Poder Judiciário exercessem apenas "parte" da jurisdição. Na verdade, quando, a partir das regras de competência, se determina que um determinado órgão do Poder Judiciário deve exercer a jurisdição, este o fará integralmente. Importante ressaltar, neste passo, que competência é atribuição do órgão jurisdicional e não do agente.

Para o exercício da atividade jurisdicional é imperativo que haja investidura da jurisdição, ou seja, por meio da investidura nasce para o mundo jurídico a figura do juiz, que é o intermediário entre a norma e a vida; é o tradutor do comando abstrato da lei no comando concreto entre as partes, formulado na sentença. É através da investidura que o juiz se torna participante do poder estatal, quando o Estado confere-lhe a jurisdição.

Entretanto, embora não seja matéria de natureza civil, a Constituição Federal, em seu artigo 52, I e II, outorga ao Senado Federal função jurisdicional, atribuindo-lhe competência para processar e julgar o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, os Ministros de Estado e outras autoridades em crimes de responsabilidade. Portanto, fica preservada a atividade jurisdicional ao Poder Judiciário, na matéria civil.

¹²¹ DINAMARCO. *Instituições...*, p. 411 vol I. Aduz ainda que "competência ainda é conceituada como medida da jurisdição (definição tradicional) ou quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a um órgão ou grupo de órgãos (Liebman)". No mesmo sentido, Frederico Marques: "competência é a medida da jurisdição, uma vez que determina a esfera de atribuição dos órgãos que exercem as funções jurisdicionais". cfe. Manual, 1.ed. atual. Vol.1, p.261.

¹²² OLIVEIRA, C. A. A. de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997. p.64.

Fazendo referência aos limites internos da jurisdição, Ada Pellegrini Grinover, Araújo Cintra e Cândido Dinamarco afirmam que, em que pese a abrangência da função jurisdicional sobre todos os direitos substanciais, sem que haja direitos ou categorias de direitos que não possam ser apreciados jurisdicionalmente, excluem da apreciação judiciária as pretensões fundadas em dívidas de jogo (CC, art. 1477), alinhada à impossibilidade jurídica da demanda, como situação excepcionalíssima à garantia constitucional do acesso à justiça¹²⁴ aqui empregada no sentido da não obtenção do provimento de mérito, não pela impossibilidade de ser alcançado o pleito condenatório de obtenção do pagamento, mas decorrente da causa de pedir. O pagamento é possível, mas impossível se decorrente de direito não tutelado pelo ordenamento jurídico.

A construção da assertiva está assentada no ordenamento processual civil, à luz da Teoria da Ação de Liebman, que considera as condições da ação como requisitos necessários a que se possa obter sentença de mérito, onde o titular de dívida de jogo não preenche uma das condições da ação: possibilidade jurídica da pretensão.

No entanto, desse entendimento dissentimos, porque o juiz ao indeferir a petição inicial está afirmando que não existe o direito postulado. Portanto, exerce a atividade jurisdicional, negando o prosseguimento do processo. Evidentemente, que as posições externadas são conflituosas, porque o Código de Processo Civil adotou a vetusta matéria como condição ao exercício da ação, sob o aspecto formal,

¹²³ WAMBIER, L. R. *Curso avançado de processo Civil*. São Paulo: RT, 2001. p. 89.

¹²⁴ GRINOVER; CINTRA; DINAMARCO. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. P. 151.

quando modernamente a impossibilidade jurídica do pedido é tida e havida como matéria integrante do mérito¹²⁵.

Eduardo Ribeiro de Oliveira¹²⁶ indaga: “Se o ato que inadmite exame de mérito não é jurisdicional, dificilmente poderá ser classificado como próprio de outra função do Estado?”. E, na seqüência, responde a indagação, analisando a situação:

Natureza legislativa certamente não tem; nem seria adequado considerá-lo como administrativo. Procedente, a propósito, a cerrada crítica de Calmon de Passos. Salienta apropriadamente Alfredo Rocco que, além do direito de obter um julgamento de fundo, cada um tem o direito de obter um julgamento sobre a possibilidade de o mérito ser julgado. Vale notar que, ainda verifique o Juiz faltar alguma das chamadas condições da ação, terá havido processo. Em termos de direito positivo brasileiro, isto não pode ser negado, pois admite o Código de Processo Civil, dispondo sobre as causas de extinção do processo sem julgamento do mérito. A aceitar-se integralmente a doutrina de Liebman, ter-se-ia processo sem ação, muito embora não iniciado de ofício.

Existe ainda a situação prevista no artigo 217, § 1º, da Constituição Federal, que determina que “O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas, após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, reguladas em lei”, ficando ressalvado no § 2º que “A Justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instrução do processo, para proferir decisão final” que, aparentemente, limita o exercício do direito de ação.

A condição prevista do esgotamento da via administrativa, por prazo determinado, impossibilita o pronunciamento jurisdicional, sobre o mérito da demanda, momentaneamente, porque existe uma condição suspensiva previamente

¹²⁵ O Código de processo civil seguiu a teoria de LIEBMAN, adotando as categorias processuais: as condições da ação, os pressupostos processuais e o mérito. As condições da ação estão distribuídas assistematicamente. O interesse e legitimidade de agir (art. 3º), possibilidade jurídica (art. 267, VI). Negam a impossibilidade do pedido como condição da ação dentre outros: Celso Agrícola Barbi (Comentários ao código de processo civil, 9ª edição, Rio de Janeiro: Forense, , 1994, pp.20-2. v.1); Adroaldo Furtado Fabrício (in: **Rev. de Processo** n. 58, p.16); Eduardo Ribeiro de Oliveira (in: **Rev. de Processo**, n. 46, p.39) ,dentre outros.

¹²⁶ OLIVEIRA, E. R. de. Condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido. **Rev. de Processo** n. 46, p.40-45.

especificada. No caso, existe a impossibilidade jurídica do pedido, porque ainda o direito não pode ser pleiteado!

Igualmente, para o exercício da ação de "*Habeas Data*", a Lei nº 9.507, de 12.11.1997, condicionou, no artigo 8º, a comprovação da recusa do acesso às informações ou do decurso de mais de 10 dias, sem decisão (inciso I), da recusa em fazer-se a retificação ou do decurso de mais de 15 dias, sem decisão (inciso II), e da recusa em fazer-se a anotação, a que se refere o § 2º do art. 4º, ou do decurso de 15 dias, sem decisão (inciso III), sob pena de indeferimento da inicial (art. 10).

O condicionamento representa a necessidade do exercício do direito de acesso a informações previamente à instância administrativa, circunstância que representa obstáculo à obtenção da tutela do direito da informação, através do exercício do direito de ação. Em que pese haja infração ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, o Superior Tribunal de Justiça sumulou a matéria: "Súmula 2 do STJ (Não-cabimento): "Não cabe "*habeas data*" (CF 5º, LXXII, letra "a") se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa".

Segundo a jurisprudência do STF¹²⁷, "a prova do anterior indeferimento do pedido de informações de dados pessoais, ou de omissão em atendê-lo, constitui requisito indispensável para que se concretize o interesse de agir no "*habeas data*". Sem que se configure situação prévia de pretensão resistida, há carência da ação constitucional do "*habeas data*".

Interessante que, embora o "*habeas data*" seja ação de natureza constitucional, de garantia fundamental, é o único caso em que é exigida a prova da recusa, da resistência, por parte do demandado, para que seja configurado o

¹²⁷ RTJ 162/805.

interesse de agir. Por exemplo, em outras hipóteses, no caso da recusa de algum devedor de cumprir a sua obrigação, não é necessária a prova de que o credor esgotou as vias amigáveis para demonstrar o interesse de obter a tutela do direito postulado "in abstracto". Sob esta ótica, o condicionamento (exigência) infraconstitucional dá tratamento desigual para situações iguais, pressupõe a violação do Princípio da Igualdade.

Pode-se concluir que a jurisdição sempre será manifestada, em qualquer situação, pelo órgão jurisdicional, mesmo nas hipóteses de imunidade, porquanto haverá um pronunciamento negativo, de incompetência absoluta, de impossibilidade jurídica ou de falta de interesse de agir, que, embora não se refira ao mérito – não alcançando, destarte, os escopos trinários da jurisdição - haverá sempre um pronunciamento jurisdicional, sob o aspecto formal.

Com vistas a contribuir com o pensamento acerca da existência ou não de prestação jurisdicional, quando o objeto da ação (pedido) não é alcançado pela decisão (denominada formal), seria importante a adoção de um conceito bipartido de jurisdição, considerando-se que a Teoria Eclética de Liebman não reconhece a existência de atuação jurisdicional, quando não satisfeitos concomitantemente os escopos político, social e jurídico da atividade a que se propôs o Estado-juiz (Ada Grinover, Araújo Cintra e Dinamarco afirmam que a jurisdição "é ao mesmo tempo, poder, função e atividade", manifestando-se o poder estatal através da "capacidade de decidir imperativamente e impor decisões", desempenhando a função "através de seus órgãos promovendo a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo" e exercendo a atividade por intermédio de "atos do juiz no processo")¹²⁸.

¹²⁸ CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER. *Teoria Geral do processo*. p. 29

Afigura-se razoável afirmar que, se o titular do direito demanda por uma cobrança de dívida (representada por um cheque não prescrito) e a resposta do Estado-juiz é a de que ele é carecedor do direito de ação, por falta de interesse de agir, porque deveria ajuizar uma ação de execução, o escopo social (a pacificação, a entrega do bem da vida perseguido) não foi alcançado, por razões de técnica processual, frustrando as expectativas daquele que tem direito a uma resposta positiva acerca de seu pedido. Mas não se pode ignorar que existe uma decisão (declaração de carência da ação) por parte do Estado, havendo, portanto, a manifestação do poder político, e também existe a atividade do órgão jurisdicional. Dos três escopos da jurisdição, dois foram manifestados: o político e o jurídico.

Com base nesses fundamentos, pode-se reconhecer a existência de uma jurisdição "*lato sensu*" e uma jurisdição "*stricto sensu*"; aquela se manifesta, quando os seus escopos integrais forem atingidos; esta, quando parte dos escopos se verificarem, razão pela qual também se pode atribuir idêntica correspondência à prestação jurisdicional "*lato sensu*", quando o processo se extingue com julgamento do mérito, e à prestação jurisdicional "*stricto sensu*", quando o processo se extingue, sem julgamento do mérito, e, em outras situações, onde existam atividades jurisdicionais, mas inexistam demandas.

5.2 DA AÇÃO (IN)CONDICIONADA

O direito de ação decorre da garantia fundamental da proibição de excluir da apreciação judiciária as queixas por lesão ou ameaça a direitos (art. 5º, inc. XXXV, da CF). É a promessa de acesso à jurisdição assegurada pelo Estado. Portanto, a Constituição assegura de modo absoluto a inevitabilidade da função jurisdicional.

Assim, destaca-se da doutrina de Ada Pellegrini Grinover, Antonio de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco¹²⁹ que "Ação é o direito ao exercício da atividade jurisdicional (ou o poder de exigir esse exercício)".

Para tanto, o sistema normativo deve garantir incondicionalmente o exercício do direito de ação aos titulares de pretensões insatisfeitas, independentemente, ou não, de terem razão.

Embora o princípio constitucional do direito de ação garanta a universalização da jurisdição, o Direito Processual Civil condiciona-a (a) à legitimidade subjetiva; (b) ao interesse em obter a tutela, ambos previstos no artigo 3º, do CPC; e (c) a possibilidade jurídica da pretensão (art. 267, VI, do CPC), denominadas de "condições da ação", estabelecendo uma aparente limitação¹³⁰ para o seu exercício, calcada na Teoria da Ação de Liebman, mas que, por certo, são condições de admissibilidade do julgamento do mérito. Assim, a falta de uma das condições da ação caracteriza a "carência da ação", trazendo como consequência a negativa do julgamento do mérito e a extinção do processo (art. 267, VI, do CPC).

Portanto, no ordenamento processual, o direito de ação fica condicionado a que:

¹²⁹ Ibid., p. 249.

¹³⁰ As condições da ação, por certo, referem-se ao mérito da demanda.

- a) o sujeito possua legitimidade para a causa, consistente na relação entre o sujeito e a causa (fatos essenciais), sendo vedado demandar em nome próprio direito alheio (art. 6º);
- (b) interesse de agir, caracterizado pela necessidade e utilidade do provimento jurisdicional, e
- (c) a possibilidade jurídica do pedido, retratada pela compatibilidade entre a postulação e a norma abstrata.

Se não reunidas todas as condições, não se viabiliza o desenvolvimento regular do processo, "por ausência do direito de ação". Portanto, não se alcança o provimento jurisdicional de mérito, porque a ordem pública infraconstitucional não o admite.

Mas seriam legítimas essas limitações, diante da universalização da jurisdição?

Dinamarco afirma que:

O mesmo Estado que promete exercer a jurisdição para debelar lesões ou ameaças a direitos e interesses (Art. 5º, inc. XXXV, CF), por outro lado autolimita-se nesse exercício, segundo padrões relevados a partir de premissas políticas e sociais de aceitação geral. Não seria exagero dizer que o conhecimento do direito processual é o conhecimento dessas promessas e dessas limitações.¹³¹

Se por um lado, a Constituição garante que as crises jurídicas, que geram estado de insatisfação às pessoas, ou grupo de pessoas, sejam submetidas ao controle dos órgãos judiciais, é incompatível que o próprio Estado restrinja esse acesso, através de regras e técnicas processuais, que, aparentemente, não se harmonizam com o princípio regente.

¹³¹ DINAMARCO, C. R. *Instituições de direito processual civil*. p.112-113.

Dinamarco¹³² destaca ainda que o sucesso das demandas está sujeito à observância das técnicas processuais:

a propositura de uma demanda em juízo sempre é sujeita a uma série de requisitos técnico-processuais, inclusive de forma; por que as pretensões só poderão ser afinal julgadas se presentes os chamados pressupostos de admissibilidade de julgamento do mérito etc.

E complementa seu pensamento no sentido de que “os óbices legitimamente postos à plena universalização da tutela jurisdicional, de cuja presença no sistema se infere a legítima relatividade da garantia da inafastabilidade da garantia”¹³³.

Razoável é extrair-se a conclusão, de acordo com a Teoria Eclética de Liebman, de que o direito de ação somente é exercido em sua plenitude, quando for emitido o provimento final, ou seja, sobre o bem da vida pleiteado (mérito da demanda).

Nesse sentido, é o conceito de ação desenvolvido por Dinamarco:

Ação é costumeiramente definida como direito ou poder de exigir o provimento jurisdicional final ou, especificamente no processo de conhecimento, como o poder de exigir a sentença que julgue o mérito da causa ou ainda direito à sentença de mérito.¹³⁴

Não sobressai que essa conclusão e o conceito sejam adequados à sistemática processual vigente, porque, quando o juiz reconhece a ausência de legitimidade *ad causam*, a falta de interesse de agir ou a impossibilidade jurídica do pedido, há juízo de valoração, pelo reconhecimento jurídico de que o sujeito não guarda nenhuma relação com a causa, que o provimento a que pretende não lhe é útil, ou necessário, ou que a ordem jurídica abstrata não alberga a sua pretensão;

¹³² *Ibid.*, p. 199.

¹³³ *Id.*

¹³⁴ *Id.*

portanto há atividade jurisdicional, ainda que não se refira ao bem da vida, não realizando, contudo, um único escopo da jurisdição que é o da pacificação social.

Embora o órgão jurisdicional declare que o sujeito não reúne as condições da ação, certamente interpreta a norma e aplica o direito, isto é, exerce a atividade jurisdicional, através de uma sentença declaratória de carência da ação.

Sob essa ótica, as condições da ação não são obstáculos à atuação da jurisdição e muito menos cerceiam o sujeito ao exercício do direito de ação. O que se questiona é a impropriedade de serem consideradas as condições da ação como categoria autônoma no processo, não levando em conta que o pronunciamento jurisdicional, sobre a carência da ação, é atividade jurisdicional de julgamento (não do mérito), de acordo com o art. 267, inciso VI, do CPC, em conformidade com o sistema processual o qual foi construído, à semelhança da Teoria de Liebman¹³⁵.

A impropriedade está em ignorar que o órgão jurisdicional, para afirmar a ausência das condições da ação, o faz na presença da relação de direito material, sem dúvida. Não existe sustentação aceitável de que a declaração da carência da ação não seja expressão da jurisdição. Nota-se que o artigo 267 do CPC, ao prescrever que "extingue-se o processo, sem julgamento do mérito: VI - por não concorrer qualquer das condições da ação..." consagra a existência da ação, da jurisdição e do processo. Se há julgamento (sentença), há exercício da jurisdição; ademais, não se concebe processo sem ação.

Calmon de Passos¹³⁶ afirma "ser de todo injustificável, para quem se situa entre os que desvinculam a existência do direito de ação da existência do direito

¹³⁵ Mas não tão fiel assim, posto que, à época da edição do CPC, Liebman já não mais considerava, na 3ª edição de seu Manuale, a impossibilidade jurídica do pedido como condição da ação.

¹³⁶ PASSOS, J.J. C. de. Em torno das condições da ação – a possibilidade jurídica. *Revista de Direito Processual Civil*, n. 4, p 57-65. Jul./dez. 1996.

material, persistir no falar em condições da ação, como se ela fosse condicionada”, porquanto as três condições da ação estão situadas no campo do direito material e no mérito da causa, as quais “levam à improcedência, jamais à carência de ação, entendida esta como rejeição da demanda por falta de requisito que se situe fora ou antes do mérito”.

A propósito das condições da ação serem integrantes da relação de direito material, posta à apreciação do órgão jurisdicional, Fábio Gomes¹³⁷ ironiza no sentido de que “só por mera e inapropriada ficção (raciocínio hipotético) poderiam ser consideradas também pertinentes à relação jurídica processual”, procurando demonstrar a “absoluta impropriedade de se dar validade às condições da ação como categoria pertinente ao plano do Direito Processual, razão pela qual impõe-se a supressão das mesmas do nosso Código; enquanto presentes neste, sua apreciação importará exame de mérito, e de natureza jurisdicional será a atividade do juiz ao aferi-las”¹³⁸.

Importante ficar registrado que uma das conseqüências de as condições da ação serem classificadas como de mérito é a de que as decisões a respeito estariam sujeitas à ação rescisória, à luz do artigo 485 do CPC.

Ainda, Calmon de Passos¹³⁹ conceitua direito da ação:

É o direito de provocar a atividade jurisdicional do Estado, independentemente de qualquer relação com o direito substancial, tanto que esse direito se exercita, exaustivamente, inclusive quando se não obtém um pronunciamento favorável, ou quando se não obtém um pronunciamento sobre o mérito.

O mestre baiano assegura que:

¹³⁷ GOMES, F. L. **Carência de ação**: doutrina, comentários ao CPC, análise da jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.61.

¹³⁸ Carência de ação, p. 70. ver ARAGÃO, Egas Moniz de. Hobbes, Montesquie e a teoria da ação. **AJURIS**, Porto Alegre, n. 86, p.81-94, jun. 2002.

a dicotomia: pressupostos processuais-condições da ação, carece, em qualquer circunstância, de acerto, apenas se devendo distinguir pressupostos de existência (tudo quanto se faz de mister para que a relação processual exista) de condições de admissibilidade (tudo quanto se exige para que haja pronunciamento sobre o mérito).¹³⁹

A concepção de um direito de ação condicionado justifica-se apenas à consideração dos que a ele se referem como direito ao provimento sobre o mérito, e à jurisdição, como a prestação jurisdicional que componha o conflito de interesses (realmente, quando se ajuíza a demanda é para a obtenção do bem da vida). Atrela-se a manifestação da jurisdição ao êxito da demanda, o que está em descompasso com nosso ordenamento processual.

Essa proposição é inaceitável, pois haveria negação da existência de uma sentença declaratória de extinção do processo, que é a mais pura exteriorização da atividade jurisdicional, sob pena de ser negado o reconhecimento da função do órgão jurisdicional, quando aplica tão-somente o direito formal, além de que o ordenamento jurídico não faz distinção entre leis substantivas e adjetivas, pois ambas são consagradoras de direitos. Observe-se, a propósito, algumas possibilidades de o direito adjetivo ser tutelado pela ação rescisória, a ação declaratória de nulidade de ato processual e de inexistência de ato processual, ou ainda as ações diretas de inconstitucionalidade. O mérito da demanda não se refere exclusivamente ao direito substantivo.

Fredie Souza Didier Júnior ao se referir ao direito de ação enfatiza que as "condições da ação" não condicionam o seu exercício, porquanto quando o órgão

¹³⁹ PASSOS, J. J. C. de. Em torno das condições da ação.... *Revista de direito processual civil*. p. 57-65.

¹⁴⁰ Id.

jurisdicional declara a carência da ação reconhece que o direito é incondicionado, porque há ação, assim como há processo e jurisdição.¹⁴¹

É evidente que, para a declaração da carência, é necessário que haja uma ação. A restrição ocorre no desenvolvimento regular do processo, que se formara. O direito de ação sempre será exercido, e isto não se pode negar cientificamente, à luz do ordenamento processual. O que não se obterá é o bem da vida almejado, através do exercício da ação, isto é, não se obterá na entrega da prestação jurisdicional o pedido mediato pretendido.

Pode-se concluir que não há limitação ao exercício do direito de ação, como aparentemente se apresenta, através do cumprimento da exigência das "condições da ação". Na sistemática do ordenamento processual civil, a ação sempre será exercida.

Por outro lado, existe a situação prevista no artigo 217, § 1º, da Constituição Federal, que determina que "O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, reguladas em lei", ficando ressalvado no § 2º que "A Justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instrução do processo, para proferir decisão final", que, aparentemente, limita o exercício do direito de ação.

A condição prevista de esgotamento das vias administrativas não impede o exercício da ação¹⁴²; o que fica inviabilizada é a obtenção do pronunciamento jurisdicional, sobre o mérito da demanda, desde logo, porque não existe o direito tutelado.

¹⁴¹ DIDIER JÚNIOR, F. S. **Um réquiem às condições da ação**. Estudo analítico sobre a existência do instituto. < <http://www.1.jus.com.br/doutrina/texto>. >, item 15

¹⁴² Existe no caso a colisão entre o Princípio da Inafastabilidade da obtenção da tutela sobre o direito ameaçado ou violado e a necessidade de esgotamento da via administrativa. No caso, desde que haja a necessidade imediata da proteção do direito o órgão jurisdicional fará a ponderação entre os direitos tutelados e se for o caso prestará ou não a jurisdição (Princípio da Proporcionalidade).

Em resumo, o direito constitucional de ação, que se revela pela possibilidade de alguém provocar a prestação jurisdicional do Estado, em função de determinada situação concreta, vê-se frustrado pela técnica processual; o exame do mérito (escopo da jurisdição) fica condicionado a que o interessado comprove as condições de legitimidade, interesse e possibilidade jurídica, que estão conectados em sua grande maioria ao direito material.

Assim, examinada a petição inicial, à luz da relação de direito material, é possível concluir, em cognição sumária ou superficial, que o interessado não poderá obter um provimento favorável. Portanto, não se faz necessário o prosseguimento do processo, ultrapassando as suas diversas fases, para no final, julgá-lo extinto, podendo ser encerrado de plano, com vistas à economia de tempo e de dinheiro. Portanto, a inutilidade do processo pode ser averiguada e declarada desde logo.

Mas seriam inconstitucionais as condições da ação, como técnica processual, com vistas a frustrar a manifestação da jurisdição sobre o mérito?

A resposta é negativa. Quando o processo é extinto por falta de legitimidade ativa ou passiva, a decisão declarada nada mais faz do que negar qualquer relação entre as partes litigantes, em relação ao direito material; ou seja, diz-se que o demandante não tem o direito postulado em relação ao demandado, presente o objeto pretendido. Não se pode negar, neste pronunciamento, a existência de valoração. Igualmente ocorre quando falta o interesse de agir - que existe quando configurado o litígio e cabível a providência jurisdicional invocada -, à vista da situação concreta, de modo que o pedido formulado traduza formulação adequada à satisfação do interesse contrariado. Por exemplo: cobrança de dívida ainda não vencida; não existe a necessidade da tutela, porque a dívida é inexigível, sendo inadequada à situação trazida perante o órgão jurisdicional. E o mesmo ocorre

quando a pretensão não é tutelada pelo direito material, caracterizando a impossibilidade jurídica do pedido.

Examina-se a presença das condições da ação com base nos elementos da relação material. No julgamento do mérito, aprofunda-se a análise daquilo que interessa para o objeto do processo e a tutela representada pela sentença. As situações retratadas pelas normas processuais permitem ao órgão jurisdicional dizer que o exercício do direito de ação não possibilita a que a jurisdição alcance os seus escopos.

José Roberto dos Santos Bedaque¹⁴³ confirma que as exigências para o alcance do mérito (condições) não ofendem o direito de ação:

Essa limitação não constitui óbice ao direito constitucional de ação, que foi livremente exercido. Trata-se, todavia, de restrição infraconstitucional plenamente justificável, pois o sujeito não é titular daquela relação jurídica material, não ocupa nenhum de seus pólos. Não pode, portanto, pleitear qualquer consequência ou efeito dessa situação. O mesmo se diga das hipóteses em que o juiz pode aferir, de plano, que a pretensão do autor é vedada pelo ordenamento jurídico, ou que a lesão e ameaça afirmadas ainda não ocorreram.

A conclusão que se esboça é a de que, quando o artigo 267 e seu inciso V, do CPC, dispõem que o processo se extingue, sem julgamento do mérito, pela inocorrência de qualquer das condições da ação, existe o exercício da ação e que não caracteriza limite para o exercício da atividade jurisdicional.

A propósito, essa afirmação decorre do próprio sistema processual, quando determina que o réu antes de discutir o mérito deve alegar a carência de ação (art. 301), e ainda no artigo 268 que, salvo o disposto no art. 267, inciso V, a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação, estabelecendo hipóteses de natureza processual, direcionadas ao órgão jurisdicional, que, em qualquer das

¹⁴³ BEDAQUE, J. R. dos S. **Direito e processo**. Influência do direito material sobre o processo. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p.74.

situações, exige o exercício da função pelo juiz, que é a mesma desenvolvida para resolver o mérito; isto é, aplica a lei processual ao caso, dispondo a regra particular, tendo como instrumento a lei processual que incide e o fato na lei previsto *in abstracto*.

Sob a essa ótica, haveria tão-somente a prestação jurisdicional "*stricto sensu*" pela frustração do alcance do escopo social da jurisdição.

5.3 DO PROCESSO

Sempre direcionando a análise para identificar eventuais limites à prestação jurisdicional, também é importante o exame dos pressupostos processuais, sob esta ótica, sem deixar de lado o próprio processo, eis que, sem esse instrumento, a jurisdição não se viabiliza.

Sendo a ação direito constitucional, amplo e incondicionado, de acordo com o artigo 5º, LXXXV, da Constituição Federal, temos que o seu exercício provoca a formação de um processo, nos termos do artigo 262¹⁴⁴ c.c.263¹⁴⁵ do CPC, através do qual o órgão jurisdicional se obriga à prestação jurisdicional.

Pode-se afirmar, pois, que o processo é consequência do exercício do direito de ação. Portanto, proposta a ação, através da petição inicial (art. 282, CPC), todas as ocorrências processuais serão resolvidas na relação processual e com eficácia de ato jurisdicional, emanado do poder jurisdicional do Estado-juiz.

O direito de ação permite o acesso de qualquer pessoa ao Poder Judiciário para obter, através do processo, a cessação de um estado de insatisfação, pela

¹⁴⁴ "art. 262 CPC: O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial".

¹⁴⁵ " Art. 263 CPC: Considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara. A propositura da ação, todavia, só produz, quanto ao réu, os efeitos mencionados no art. 219 depois que for validamente citado".

simples afirmação de um direito e de uma pretensão de efeito jurídico, encaminhado pelos meios processuais ao órgão jurisdicional.

Assim, ação e processo são inseparáveis, tanto que o direito de ação se manifesta e se concretiza através do processo (art. 263, CPC). A petição inicial é o verdadeiro instrumento do exercício do direito de ação, onde é manifestada a pretensão processual.

Ação e pretensão são indissociáveis, pois sempre que se exercita o direito de ação, pede-se ao órgão jurisdicional as conseqüências jurídicas de alguma coisa que se afirmou ser o próprio direito.

Processo tem origem no latim de *procedere* (de pro+caedere = cair para frente, caminhar, seguir) com o significado de seguir adiante, o que se faz em etapas, passo a passo, degrau a degrau, não podendo ser realizados certos atos fora da fase própria, sob pena de ruína.

Para Calmon de Passos¹⁴⁶ o direito não é um fenômeno natural, mas algo que o homem acrescenta à natureza, que faz parte da cultura humana, dele não podendo prescindir, porque lhe faz falta, cabendo-lhe participar tanto da formulação como de sua efetivação, reclamando a existência de um poder político para ambas as fases, com o que se conclui que o processo é o meio de que se vale o poder político para formular e realizar o direito, em suas várias manifestações. Para o doutrinador, o processo é uma técnica de formulação de normas jurídicas e de efetivação do direito, por revelar, em sua manifestação, a correlação de forças existentes na sociedade: poder político versus sociedade civil.

¹⁴⁶ PASSOS, J.J. C. de. Democracia, participação e processo. In: GRINOVER, A. P. et al. (coord.). **Participação e processo**. São Paulo: RT, 1988. p. 86/87.

O processo judicial é uma das espécies de processo e é dele que nos ocuparemos.

Para Carnelutti¹⁴⁷ processo é:

Um conjunto de atos dirigidos à formação ou à aplicação dos mandatos jurídicos, cujo caráter consiste na colaboração, a tal fim, das pessoas interessadas (partes), com uma ou mais pessoas desinteressadas (juizes, ofício judicial).

Chiovenda¹⁴⁸ conceitua processo civil como sendo "o complexo de atos coordenados ao objetivo da atuação da vontade da lei (com respeito a um bem que se pretende garantido por ela), por parte dos órgãos da jurisdição ordinária".

O processo encontra na doutrina conceitos diferentes, em face da variedade do emprego do vocábulo, sendo necessário separá-los e distingui-los para a sua adequada compreensão.

Sob o aspecto institucional, processo é um sistema de técnicas instaladas no plano do direito, coordenadas por uma ciência específica e destinadas a pacificar pessoas, ou grupo de pessoas envolvidas em conflitos jurídicos. Aqui, processo designa o próprio ramo do direito que é o processual.

Sob outra ótica, processo é um método de trabalho, referente ao exercício da jurisdição pelo juiz e aos poderes inerentes à ação e defesa, pelos sujeitos envolvidos no conflito. O método é definido pelos princípios e pelo direito positivo, dos quais resulta um modelo imposto aos litigantes.

Ainda, o processo pode designar a realidade fenomenológica da experiência dos juizes e das partes em relação a cada um dos incontáveis conflitos, entre

¹⁴⁷ CARNELUTTI, F. **Instituciones del proceso civil**. tradução da 5.ed.italiana de Santiago S. Melendo, Buenos Aires: EJEJA. 1989. p.21/22. v. I.

¹⁴⁸ CHIOVENDA, G. **Instituições de direito processual Civil**. 2. ed, São Paulo: Bookseller 2000. p.56. v. I.

peças ou grupos, concretamente trazidos ao órgão jurisdicional em busca de tutela jurisdicional.¹⁴⁹

Dinamarco conceitua processo como sendo “uma série de atos interligados e coordenados ao objetivo de produzir a tutela jurisdicional justa, a serem realizados no exercício de poderes ou faculdades ou em cumprimento a deveres ou ônus”¹⁵⁰.

Esclarece, ainda, Dinamarco que os atos interligados, em seu conjunto, são o procedimento. O conjunto de situações jurídicas ativas e passivas que autorizam ou exigem a realização dos atos é a relação jurídica processual.¹⁵¹

O processo traçado pelo ordenamento jurídico é uma entidade complexa, integrada por esses dois elementos associados: procedimento e relação jurídica processual.

O procedimento é o elemento visível do processo. Nele é que reside a caminhada em frente, a qual caracteriza o processo, orientada pelas normas processuais, as quais estabelecem que atos devem ser praticados para que o processo produza o resultado desejado.

Define-se relação jurídica processual como sendo o nexos que liga o Estado-juiz e as partes, na condição de titulares de situações jurídicas, em virtude das quais se exige de cada um deles a prática de certos atos do procedimento, ou lhes permite o ordenamento jurídico esta prática.¹⁵²

¹⁴⁹ DINAMARCO, C. R. **Instituições de direito processual civil**. p. 23-25. v. II.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 25.

¹⁵¹ O processo como relação jurídica é originada na doutrina de Oskar Von Bülow, em 1868, em seu livro *Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias*, onde identificou que no processo existe uma relação entre as partes e o juiz, que não se confunde com a relação jurídica de direito material controvertida, suplantando a idéia de que o processo era uma mera seqüência de atos, sem que os seus principais sujeitos estivessem vinculados entre si.

¹⁵² GRINOVER, A. P.; CINTRA, A. C. de A.; DINAMARCO, C. R., **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p.282.

Alvim¹⁵³ afirma que o conceito de relação jurídica processual traduz-se, em última análise, como sendo "aquela relação jurídica formada entre o autor e o juiz, entre o juiz e o réu e entre o autor e o réu", de forma trilateral, sendo que a lei processual usa o *nomen iuris* de processo para designá-la, conforme se verifica nos artigos 262, 265, caput, 267, 269, 270 etc.

Assim, quando algum interessado estiver com o seu direito ameaçado ou violado, cumpre-lhe dirigir-se ao órgão jurisdicional, a fim de que este declare se houve, ou não, a ameaça ou a lesão alegada, para, cabendo, aplicar o direito na hipótese prevista.

No entanto, antes da prestação jurisdicional pela sentença, o juiz deve apreciar as alegações e as provas produzidas pelas partes. Cria-se um estado de pendência – a litispendência – que começa com o ajuizamento da demanda pelo autor e a citação do réu, terminando com a sentença definitiva.

Entre o início e o término da demanda, as partes e o juiz praticam atos, que se sucedem numa ordem lógica, previstos em lei, colimando o objetivo do processo, que é a aplicação da lei ao caso particularizado. Estes atos constituem a relação processual, os quais são praticados por seus elementos: autor, réu e o juiz.

Uma vez formado o processo, isto é, através do estabelecimento de uma relação processual, entre o Estado-juiz, o autor e o réu, estão, desde logo, vinculados e sujeitos às suas conseqüências. O autor porque afirmou um direito e pediu as conseqüências jurídicas dele emanadas. O réu porque está sujeito às emanações do Estado-juiz, desde que ocorram as conseqüências jurídicas pretendidas pelo autor. O Estado-juiz porque está vinculado ao processo, como devedor da prestação jurisdicional, em face do próprio direito de ação, que ao autor

¹⁵³ ALVIM, J. M. de A. Manual direito processual civil., 7.ed, rev. atual. São Paulo, Revista dos

outorga o direito incondicionado de obter o acesso à jurisdição, pela própria vedação da justiça privada, conjugado com os demais direitos e garantias constitucionais, já destacados inicialmente.

Assim, o Estado depois de formada a relação processual coloca-se como devedor da prestação jurisdicional, isto é, tem o dever de julgar, de dar sentença, quer de mérito, quer não de mérito.

O processo é que viabiliza o exercício da jurisdição pelo Estado-juiz, de forma a possibilitar que este possa cumprir o seu pode-dever, em face da iniciativa da parte que exercitou o direito de ação.

No entanto, se a sentença não for de mérito – não há pronunciamento sobre a pretensão – ou se for de mérito – há pronunciamento sobre a pretensão, total ou parcial – a consequência processual será a extinção do processo, nos moldes dos artigos 267 e 269, do CPC, sem julgamento, ou com julgamento do mérito. Em ambas as situações, o órgão jurisdicional sempre cumpre a sua prestação jurisdicional, extinguindo a relação processual.

O que importa ainda destacar é a necessidade da observância do devido processo legal, retratada pelas normas de direito processual constitucional e de direito processual civil. Embora as normas sejam, em sua grande maioria, de ordem pública, de natureza cogente, certo é que o processo pode chegar ao seu fim, mesmo que sejam descumpridas essas normas, pois é válido e produz efeitos.

Para a obtenção da prestação jurisdicional, em decorrência do exercício do direito de ação, são impostas formalidades a serem observadas. Igualmente, o próprio Estado-legislador diz em quais situações, pela não observância de

determinada forma, o pronunciamento será nulo, ou quando poderá ser relevado. Assim, a sentença poderá ser válida ou inválida.

No sistema processual, identificam-se formas que dizem respeito (a) ao direito de ação em exercício; (b) ao processo para o alcance do seu fim; (c) e às formas pelas quais é inserida a pretensão processual no processo, tornando-a apta a ser declarada, em conformidade, ou não, com a hipótese prevista no direito objetivo.

Para a formação do processo é necessária a existência da petição inicial escrita, com os requisitos do art. 282, CPC, distribuída ou devidamente despachada pelo juiz. Se a petição inicial for desde logo indeferida é porque existe previsão para o mister. De igual modo, pode a parte recorrer dessa decisão para o Tribunal Superior, que deverá examinar a matéria impugnada em julgamento colegiado. Mas, uma vez deferida a petição inicial, a relação processual será formada de acordo com os passos previstos nas normas processuais, até que chegue ao seu fim, com o pronunciamento jurisdicional.

O processo determina a dinâmica dos atos e fatos processuais sucessivos, objetivando um fim comum. A progressão dos atos processuais, até o alcance ou expectativa da obtenção da prestação jurisdicional, envolve duas categorias: as condições da ação (já examinadas) e os pressupostos processuais, que são requisitos que as normas processuais destacam como necessários para a marcha do processo, até final pronunciamento jurisdicional de mérito.

5.3.1 Dos Pressupostos Processuais (da relação processual)

Os pressupostos processuais compreendem os elementos necessários para a obtenção de um pronunciamento acerca da demanda, quer favorável ou desfavorável, isto é, "inserem-se entre os requisitos de admissibilidade do provimento jurisdicional postulado, cuja falta impede que tal provimento seja emitido".¹⁵⁴

Alvim¹⁵⁵ refere-se à existência de pressupostos de existência e validade, dando destaque aos de existência da relação jurídica, eis que para o exame da validade são indispensáveis. Conclui que a relação processual pode existir válida, ou invalidamente, pois a validade se coloca depois de constatada a existência.

Para Chiovenda, por pressupostos processuais compreendem-se as condições para a obtenção de um pronunciamento qualquer, favorável ou desfavorável, sobre a demanda.¹⁵⁶

Indaga-se, a propósito, se os pressupostos processuais constituem limite para a prestação jurisdicional?

Sendo o processo uma relação jurídica envolvendo as partes e o juiz, a sua formação e eficácia estão subordinadas a determinados requisitos, sem os quais não se estabelece ou não se desenvolve como um instrumento hábil a propiciar a composição jurisdicional do litígio.

Assim, a própria prestação jurisdicional está subordinada às exigências processuais, muitas delas de natureza constitucional. A doutrina divide os pressupostos processuais em dois grupos: (a) os de formação do processo; (b) os

¹⁵⁴ DINAMARCO. *Instituições de direito processual civil*. p. 59. v. II.

¹⁵⁵ ALVIM. *op. cit.*, p. 511.

¹⁵⁶ CHIOVENDA. *Instituições de direito processual civil*. p. 90. v.1.

de desenvolvimento válido do processo, os quais estão moldurados nos artigos 267 e 301 do CPC – ao lado das condições da ação.

Os pressupostos de formação dizem respeito às condições indispensáveis para o próprio estabelecimento originário e perfeito da relação processual (autor, réu e juiz), enquanto que os de desenvolvimento referem-se à situação posterior à formação da relação processual válida, para que tenha curso eficaz, até solução final de mérito, em face da dinamicidade dos atos sucessivos, que devem ser praticados durante a sua tramitação¹⁵⁷, sem o que *inutiliter datur*.

Ainda, os pressupostos processuais são classificados pela doutrina em (a) subjetivos, quando se referem aos sujeitos do processo; e (b) objetivos, quando se relacionarem com os elementos objetivos (validade) do processo.

Destacam-se como pressupostos subjetivos: (a) a capacidade das partes; (b) a competência do juízo; (c) a capacidade de postulação do representante processual da parte. Igualmente, são pressupostos objetivos: (a) observância da forma ou do procedimento adequado à ação exercida; (b) documentos de representação das partes pelos advogados; (c) a inexistência de fatos previstos em lei que impedem a formação ou o desenvolvimento eficaz do processo, destacando-se: (I) inépcia da inicial; (II) perempção; (III) litispendência; (IV) coisa julgada; (V) cláusula compromissória; (VI) nulidades processuais, na ótica de Humberto Theodoro Júnior.¹⁵⁸

Chiovenda, fazendo referência aos pressupostos processuais, afirma ser " uma das importantes contribuições a uma melhor compreensão do processo, proporcionadas por BÜLLOW com seu famoso estudo *Die Leher von den*

¹⁵⁷ THEODORO JÚNIOR, H. Pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 17, p 43-44.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 44

Prozessenreden und die Prozessvoraussetzungen (1868). Não se creia que sejam pressupostos do processo, mas antes pressupostos de um processo regular, isto é, suscetível de conduzir a efetivo exercício da função jurisdicional¹⁵⁹.

E, mesmo constatada a falta dos pressupostos processuais, em Chiovenda¹⁶⁰ observa-se mesmo assim pela subsistência do processo:

Subsiste, com efeito, um processo mesmo quando falecem aqueles pressupostos e é no próprio processo que se examina a existência ou inexistência deles [...]. A ausência de um dos pressupostos processuais torna irregular, inválido o processo, e, daí, não se pode proceder nele ao conhecimento de uma decisão do mérito, para declarar fundada ou infundada a demanda; ao contrário, o juiz deve limitar-se em tal caso a dar fim ao processo, declarando não poder prover ao mérito [...]. Trata-se, ademais, de uma irregularidade da relação processual que nem sempre tem a mesma gravidade; em alguns casos, é, efetivamente, coberta pela coisa julgada, noutros permite, ao contrário, mesmo depois da formação desta, a propositura da ação rescisória contra a sentença [...]. Os pressupostos processuais dividem-se em duas categorias: os que são necessários a que exista um processo regular, e cuja subsistência, no caso concreto, deve ser controlada pelo juiz, e os que têm, ao contrário, caráter negativo, porque consistem na inexistência de certas circunstâncias impeditivas da regularidade do processo, circunstâncias que a parte interessada deve alegar a fim de que o juiz possa conhecer delas: exatamente por isso a doutrina as denomina exceções processuais.

Objetivamente, o artigo 267, inciso IV, do CPC, não diferencia os pressupostos de existência e de validade, mas refere-se "à extinção do processo sem julgamento do mérito, na falta de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo".

Por sua vez, Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁶¹ identifica os pressupostos processuais de existência e de validade:

- a) pressupostos de existência (intrínsecos, presentes no interior do processo): (1) a jurisdição; (2) a representação do autor (capacidade postulatória); (3) petição inicial; (4) a citação;

¹⁵⁹ CHIOVENDA, G. Instituições de direito processual civil. 2000, p. 44.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p.90-91.

¹⁶¹ WAMBIER, T. A. A. *Nulidades do processo e da sentença*. São Paulo: RT p. 39-40.

- b) pressupostos de validade intrínsecos: (1) a competência absoluta do juízo e a imparcialidade (impedimento) do juiz; (2) a capacidade processual e a legitimidade processual; (3) petição inicial válida; (4) citação válida;
- c) pressupostos de validade extrínsecos (exteriores ao processo) ou negativos: (1) a litispendência; (b) a coisa julgada; (c) a cláusula compromissória.

Os pressupostos de existência e de validade intrínsecos são imprescindíveis para a existência e validade da relação jurídica, os quais somados à existência das condições da ação, propiciam o exame do mérito da demanda, enquanto que é imperativo que os pressupostos de validade extrínsecos não existam para que a relação jurídica processual exista validamente.

No entanto, a inexistência e a invalidade dos pressupostos intrínsecos, ou a existência dos pressupostos de validade extrínsecos, não impedem que a prestação seja prestada pelo órgão jurisdicional. Mas, na hipótese de uma sentença proferida, com a falta de um pressuposto de existência, acarretará a inexistência jurídica da mesma, enquanto que a falta de um pressuposto de validade intrínseco ou a existência de um pressuposto de validade extrínseco acarretará a nulidade da sentença.

Quanto aos efeitos da sentença, objeto da prestação jurisdicional, pronunciada com a falta de um pressuposto processual de existência não transita em julgado, enquanto que a proferida com a ausência de um pressuposto processual de validade, ou na presença de um pressuposto negativo, poderá ser acobertada pela coisa julgada material.

Tereza Arruda Alvim Wambier¹⁶² agrupa as situações de nulidades processuais absolutas, dentre as quais estão encartados os pressupostos processuais e as condições da ação, as quais podem ser decretáveis de ofício pelo juiz, não ocorrendo a preclusão da matéria, enquanto pendente o processo.

Mas, "uma vez proferindo-se a sentença, apesar da falta de uma (ou mais) das condições da ação, ou de algum(ns) do(s) pressuposto(s) processual(is) de existência e "transitando" esta sentença em julgado, não será caso de rescisória, mas de ação declaratória de inexistência..."¹⁶³ (destaquei)

E, quando a sentença for prolatada na falta dos pressupostos processuais de validade, "por meio da ação rescisória serão atacáveis as sentenças nulas, ou porque o sejam intrinsecamente, ou porque provenham de processo onde tenha havido nulidades absolutas".¹⁶⁴ (destaquei)

Retornando à indagação, frente ao reconhecimento da ausência dos pressupostos processuais, será o processo extinto, de acordo com o artigo 267, inciso IV, do CPC, sem julgamento do mérito.

O artigo 267 do CPC ainda prevê hipóteses de extinção da relação processual, sem julgamento do mérito, nos seus incisos I, II, III, V, VII a XI, através de sentença processual atípica, na denominação dada por Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁶⁵, as quais não serão examinadas, em face da delimitação deste estudo.

Haverá, pois, atividade do órgão jurisdicional, através de uma sentença processual típica, sem, contudo, alcançar-se o escopo social da jurisdição, embora não haja fundamentos para sustentação de que não tenha se efetivado a prestação

¹⁶² Ibid., p. 184.

¹⁶³ WAMBIER, T. A. A. **Nulidades do processo e da sentença**. p.192.

¹⁶⁴ Ibid., p. 225.

¹⁶⁵ Ibid., p. 57-71.

jurisdicional "*stricto sensu*", porque a teor do artigo 162, § 1º, do CPC, o processo só é extinto através de sentença, a qual é ato do juiz.

6 DA MODELAGEM OBJETIVA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL “LATO SENSU”

A prestação jurisdicional dos serviços¹⁶⁶ está modelada pelas normas e princípios de natureza processual. Assim, os atos do processo, a sua seqüência e o seu encadeamento estão disciplinados, e, porque não dizer, o próprio exercício do poder pelos órgãos do Judiciário, oferecendo a todos a garantia de que cada procedimento¹⁶⁷ será realizado de acordo com a moldura pré-estabelecida.

Não se admitem desvios ou omissões à metodologia preordenada, porque constituem violação ao princípio constitucional do devido processo legal (conjunto de garantias constitucionais do processo). Portanto, essa cláusula assegura o direito ao serviço jurisdicional corretamente prestado.

Assim, por maior que seja a tendência da publicização do direito processual, no Estado contemporâneo, que se manifesta pela concentração cada vez maior de poderes na pessoa do juiz - impulso ao processo ou para a investigação probatória - certo é que os princípios dispositivo e da demanda constituem limitações ao exercício da jurisdição, no sentido de que o órgão jurisdicional não exerce a

¹⁶⁶ O fim do processo é a entrega da prestação jurisdicional, que satisfaz ou não à pretensão à tutela jurídica. A prestação jurisdicional materializa-se na sentença, a qual é emitida como prestação do Estado-juiz, em decorrência de um dever constitucional assumido na relação jurídica processual, por provocação da parte através do exercício à pretensão à tutela jurídica. A sentença de mérito é a prestação estatal por excelência, onde o órgão jurisdicional solve o dever do Estado de decidir a *res deducta*, ou de decidir quanto a aplicação do direito, ainda que não controvertidas sejam as questões, declarando, constituindo, condenando, emitindo mandamento ou executando. A sentença, sendo a materialização da prestação jurisdicional, põe fim à relação processual. É quando o juiz termina o seu ofício: *functus officium*. A sentença, enfim, constitui um ato de positivação do poder, por conter a formal firmação, pela valoração em torno dos fatos conhecidos, e a subsequente decisão a respeito.

¹⁶⁷ Procedimento como um conjunto de atos interligados numa relação de dependência e unificados pela finalidade comum de preparar a entrega da prestação jurisdicional. É o lado visível do processo.

atividade "ex officio", além de não estar à vontade na relação processual, para investigar os fatos segundo a sua curiosidade.¹⁶⁸

Essa limitação, materializada pelos Princípios (infraconstitucionais) Dispositivo e da Demanda, decorre do Princípio da Imparcialidade. Não se afiguraria admissível o órgão jurisdicional implementar a demanda sobre a qual posteriormente manifestaria o seu juízo, sendo indissociável que no curso do processo haveria envolvimento emocional para comprovar as proposições relevantes da causa, circunstância que implicaria na quebra da isenção, mister nas questões de natureza privada. Portanto, o exercício espontâneo da jurisdição não se harmoniza com o Princípio da Imparcialidade.

Outro aspecto relevante para retirar do juiz a iniciativa da pacificação social, pela instauração do processo, é o de que dificilmente poderia se saber se realmente os indivíduos estão em real conflito. No caso, a indiscriminada intromissão estatal nas situações correntes entre indivíduos, poderia trazer sérios riscos de mais inquietar do que pacificar. Ademais, a realidade social mostra-nos que o Judiciário – mesmo sem ter iniciativa da demanda – já não consegue sequer cumprir com eficiência a sua função, imagine-se albergar todas as pessoas que se encontram premidas de acesso à justiça!

Para a pacificação de conflitos, a regra da inércia dos órgãos jurisdicionais é perene. Por outro lado, o equilíbrio do sistema é proporcionado pela técnica da disponibilidade dos direitos e interesses que estabelecem um equilíbrio entre os poderes do órgão jurisdicional e as faculdades e os ônus das partes na relação processual.

¹⁶⁸ LIEBMAN, E. T. *Fundamento del principio dispositivo*, n.2, p.5.

Outro limitador à prestação jurisdicional é o de que deve estar adequada à moldura da legalidade, a qual repele a institucionalização de sentenças pronunciadas *contra legem*. O juiz sujeita-se ao sistema normativo em vigor, que, de outro lado, estabelece a segurança jurídica. Portanto, se inovar por conta própria, *contra legem*, ou fora dos limites traçados pela demanda, agirá sem fidelidade aos objetivos de sua função carecendo de licitude, sobressaindo-se a sua imparcialidade.

Soma-se a este ferrolho a indispensabilidade da convergência da tutela a ser entregue com aquela inicialmente pretendida, devendo o órgão jurisdicional ficar adstrito ao pedido e à causa de pedir, inicialmente trazidos na petição inicial pelo demandante, ficando balizada pelo Princípio da Congruência.

6.1 DO PRINCÍPIO DISPOSITIVO

Classicamente, tem-se entendido por princípio dispositivo aquele expressado pelas máximas latinas: *iudex iudice secundum allegata et probata partium* ou ainda *iudex sine auctore; ne eat iudex ultra petita partium; quod non est in actis non est in mundo*, de onde se infere que o juiz deve julgar a causa com base nos fatos jurídicos alegados e provados pelas partes, sendo-lhe vedada a busca de fatos essenciais não alegados, e cuja prova não tenha sido postulada pelas partes.¹⁶⁹ A atividade do órgão jurisdicional é vinculada.

¹⁶⁹ SILVA, O. B. da. *Curso de processo civil*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1987. p.47. v.1.

Contrapõe-se ao princípio dispositivo o princípio inquisitório, segundo o qual compete ao juiz o poder de iniciativa probatória, para a determinação dos fatos postos pelas partes como fundamento de sua demanda.¹⁷⁰

José Roberto dos Santos Bedaque¹⁷¹ destaca que o “princípio dispositivo” está ligado diretamente aos poderes de instrução do juiz, além do que grande parte da doutrina processual estabelece a relação entre o princípio e as restrições impostas à atividade do julgador, ou seja, o impedimento de que ele tenha a iniciativa probatória, porquanto as partes, cujo comportamento amputaria os poderes de instrução do juiz, ao tratarem de direitos disponíveis têm total liberdade para influenciar na prova, não contestando ou confessando. Contrariamente, para uma minoria, o Código de Processo Civil harmonizou a aplicação dos princípios dispositivo e inquisitório, pois ampliou os poderes do juiz, embora não tenha excluído o ônus das partes da demonstração dos fatos jurídicos afirmados.

A grande dificuldade com que se defronta no estudo do problema reside no exato significado da expressão “princípio dispositivo”, por tratar-se de termo altamente equívoco, pois a doutrina processual, segundo Bedaque, costuma empregá-lo com o objetivo de expressar coisas diversas.

A propósito, destaca o processualista que alguns autores recorrem ao chamado princípio dispositivo, quando se referem, genericamente, à ausência de poderes processuais do juiz¹⁷², fazendo menção aos doutrinadores alemães que identificaram a existência de dois fenômenos diferentes, ambos relativos a tais poderes, sendo que o primeiro deles refere-se à propositura da demanda, enquanto

¹⁷⁰ Id.

¹⁷¹ BEDAQUE, J. R. dos S. **Poderes instrutórios do juiz**. 3.ed.rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.86.

¹⁷² Ibid., p.87

que o segundo diz respeito à estrutura interna do processo. Assim, quando num quando noutro competir exclusivamente à parte os poderes de iniciativa, significa a adoção, respectivamente, do *Dispositionsmaxime*¹⁷³ e *Verhandlungsmaxime*¹⁷⁴.

A doutrina alemã, nessa linha de entendimento, teria criado uma confusão acerca do significado de *Verhandlungsmaxime* que compreenderia ambos os aspectos que se encontram no aforisma *judex secundum allegata et probata partium judicare debet*.

Freqüentemente, os fenômenos são tratados pela doutrina como sendo manifestação do princípio dispositivo, significando, em amplo sentido, deixar para as partes o ônus de iniciação, a determinação do objeto, o impulso do processo e a produção de provas, de acordo com a máxima latina: *judex secundum allegata et probata partium judicare debet*¹⁷⁵.

Mas diante de tanta polêmica, Bedaque prefere que a denominação "princípio dispositivo" seja reservada tão-somente aos reflexos que a relação de direito material disponível possa produzir no processo, sendo que tais reflexos referem-se, apenas, à própria relação jurídico-substancial.

Nessa linha de entendimento, as partes têm ampla liberdade para dispor do direito, através de atos processuais, tais como: a renúncia do direito, a transação e o reconhecimento do pedido, aos quais o juiz não pode se opor, exatamente, em face da natureza do direito material, a qual corresponde à verdadeira e adequada manifestação do princípio dispositivo.

¹⁷³ *Dispositionsmaxime* (princípio dispositivo)e *Verhandlungsmaxime*(princípio do debate).

¹⁷⁴ BEDAQUE, op.cit., p.87.

¹⁷⁵ O juiz deve julgar segundo as coisas alegadas e provadas pelas partes.

Trata-se de um princípio relativo à relação material, não à processual, sendo que a limitação da atividade do juiz, quer em relação à propositura da demanda, quer no curso do processo, não decorre da natureza do direito substancial, sendo equivocado afirmar que a impossibilidade de o juiz dar início ao processo é consequência do caráter disponível da relação material.¹⁷⁶

O fundamento da assertiva de Bedaque é o de que o monopólio da parte sobre a iniciativa do processo independe da natureza do direito litigioso, pois ainda que indisponível seja o direito subjetivo material, persiste sempre o princípio da inércia da jurisdição, embora ainda se verifique a exceção, por exemplo, quanto ao início do inventário (art. 989, CPC), onde em verdade não existe formalmente o exercício da ação pelo juiz.

A conclusão do processualista¹⁷⁷ sobre a abrangência do "princípio dispositivo" é a de que:

- (a) deve expressar apenas as limitações impostas ao juiz, em virtude da disponibilidade do direito, que são poucas, pois se referem aos atos processuais das partes, voltados diretamente para o direito disponível;
- (b) as demais restrições, quer no tocante ao início do processo, quer referentes à instrução da causa, não têm qualquer nexó com a relação de direito material, porque não decorrem do chamado "princípio dispositivo", não implicando restrição ao poder investigatório do juiz (os sujeitos parciais do processo podem estabelecer limites quanto aos fatos a serem examinados pelo juiz, não em relação aos meios de prova que ele entender necessários à formação de seu convencimento, devendo

¹⁷⁶ BEDAQUE. *Os poderes*..., p.90-91.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p.93-94.

desenvolver toda a atividade possível para atingir os escopos do processo).

Tito Carnacini, por sua vez, parte da premissa de que o processo civil está a serviço da parte, ou seja, de que a parte recorre ao processo civil para a obtenção da tutela jurisdicional. Mas, por outro lado, o processo requer das mesmas partes uma contribuição essencial, no sentido de que, se o processo serve às partes, à sua vez as partes servem ao processo.¹⁷⁸

Isto quer dizer que, se o processo serve às partes, lhes é reconhecido o monopólio de demandar para a obtenção da tutela jurisdicional – *nemo iudex sine actore*¹⁷⁹. E se as partes servem ao processo, reconhece-se à parte eventual poder monopolizado em relação às provas do quanto foi alegado no primeiro momento – *iudex ex officio non procedit*¹⁸⁰.

Para Mauro Cappelletti¹⁸¹ o brocardo *iudex secundum allegata et probata partium decidere debet* representa dois princípios, sendo que somente “aquele concerne 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”.

¹⁷⁸ TITO, C. **Tutela giurisdizionale e tecnica del processo, negli studi in onore di Enrico Redenti**. Milano: Giuffrè, 1951. pp. 695. V. II.

¹⁷⁹ Ninguém é juiz sem autor.

¹⁸⁰ O juiz não procede de ofício.

¹⁸¹ “Sembra dunque abbastanza sicuro questo primo risultato della nostra indagine che dei due principii, espressi dal ditiero ‘*iudex secundum allegata et probata partium decidere debet*’, uno solo, quello attinente alla disponibilità delle prove, ma non anche l’altro, riferentesi alla disponibilità delle allegazioni, à principio che um processo possa in tuto o in parte riniegare, senza dover cessare con questo di essere dispositivo ossia d’inspirarsi alle massima della disponibilità conseqüente al carattere privato dell’oggetto litigioso”. (CAPPELLETTI, M. **La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità**. Milano, 1962. p.333-338. v. I).

Nesse sentido, o princípio dispositivo seria reduzido a *judex secundum allegata partium judicare debet* (o juiz deve julgar segundo as alegações das partes), ou seja, as partes teriam o poder monopolizado sobre as alegações, que, de fato, constituem o elemento essencial da demanda, no âmbito da tutela jurisdicional, ficando o Juiz vinculado à limitação do objeto da demanda.

A polêmica doutrinária manifestada acerca do princípio dispositivo está diretamente centrada na maior participação do juiz na produção das provas e que tal atividade fere o princípio da imparcialidade, dando ensejo ao princípio inquisitório¹⁸².

Liebman¹⁸³, por sua vez, sustenta a menor ingerência do juiz na instrução do processo, a fim de que reste assegurada a sua imparcialidade.

Ma il giudice, per poter formulare il suo giudizio principale, con cui assolve il suo compito, deve anche formulare dei giudizi preparatori, strumentali, tra i quali hanno massima importanza quelli di carattere istruttorio: giudizi sull'ammissibilità, sulla rilevanza, sull'attendibilità e infine sull'efficacia probante delle prove. Anche in questa fase e rispetto a questi giudizi occorre garantire la sua imparzialità, essendo certo che un buon risultato finale suppone un'uguale bontà dei mezzi che servono a costruirlo; e non potendosi dubitare che l'imparzialità del giudice rischia di rimaner compromessa quanto egli debba giudicare di una prova da lui stesse prescelta e cercata e per sua iniziativa acquista al processo.

O fundamento do princípio dispositivo estaria na necessidade de manter o juiz como elemento estranho à matéria sobre a qual deve exercitar o seu juízo, cuja posição reflete a filosofia do Estado Liberal, onde prevalecia a estrita vontade das

¹⁸² Pelo princípio inquisitivo compete ao juiz o poder de iniciativa probatória para a determinação dos fatos postos pela parte como fundamento de sua demanda. A marca da inquisitorialidade em um processo é registrada em aderência ao significado literal do termo (inquirir= indagar, investigar). Resulta daí que o juiz não está vinculado a julgar *secundum allegata et probata a partibus*, podendo livremente buscar os fatos ou indagar sobre a verdade dos fatos colocados na base do seu provimento.

¹⁸³ LIEBMAN, E. T. **Fondamento del principio dispositivo**. Nápoles: Morano, 1982. p.3

partes (individualidade), cuja conclusão assentava-se na máxima latina: *judex judicare debet secundum allegata et probata partium*.

A propósito, Afrânio Silva Jardim afirma que o princípio dispositivo é "uma decorrência de um sistema liberal individualista ultrapassado"¹⁸⁴, onde as partes, e somente elas, tinham o direito de produzir as provas no processo, levando-se em conta que não mais se amolda, nos dias atuais, à tendência publicista do processo civil, onde o juiz deve desempenhar papel ativo.

Para Barbosa Moreira¹⁸⁵ a participação ativa do juiz na produção de provas, no direito processual contemporâneo, enfraquece a aplicação do princípio dispositivo.

... prevalece igualmente nas leis contemporâneas a tendência a confiar papel ativo ao juiz, deferindo-lhe ampla iniciativa na verificação dos fatos relevantes para a solução do litígio, tal como submetido a sua cognição, isto é, nos limites do pedido e da causa de pedir (...) não sendo incompatível com a preservação da imparcialidade do juiz... A realização da prova pode ajudá-lo a descobrir qual delas a tem, e esse não é o resultado que o direito haja de ver com maus olhos. De mais a mais, no momento em que determina uma diligência, não é dado ao juiz adivinhar-lhe o êxito, que tanto poderá sorrir a este litigante como àquele E, se é exato que um dos dois se beneficiaria com o esclarecimento do ponto antes obscuro, também o é que a subsistência da obscuridade logicamente beneficiaria o outro. Olhadas as coisas por semelhante prisma, teria de concluir-se que o juiz não é menos parcial quando deixa de tomá-la do que quando toma a iniciativa instrutória, pois, seja qual for a sua opção, acabará por favorecer uma das partes.

Ainda, Ovídio Baptista¹⁸⁶ reconhece que a doutrina não faz distinção entre o princípio dispositivo e o chamado princípio da demanda, embora a considere relevante, porquanto o primeiro "diz respeito ao poder que as partes têm de dispor

¹⁸⁴ JARDIM, A. S. *Da publicização do processo civil*. Rio de Janeiro: Liber Jûris, 1982.

¹⁸⁵ MOREIRA, J. C. B. Os poderes do juiz na direção e instrução do processo. In *Temas de Direito Processual*, 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989.p. 45-51.

¹⁸⁶ SILVA, O. B. da; GOMES, F. *Princípios fundamentais do processo civil, Teoria Geral do Processo Civil*. 2.ed, rev, atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.p.48-49.

da causa, seja deixando de alegar ou provar fatos a ela pertinentes, seja desinteressando-se do andamento do processo", enquanto que o segundo "refere-se ao alcance da própria atividade jurisdicional".

Rui Portanova¹⁸⁷ afirma que é mais fácil entender o âmbito do princípio dispositivo referindo-se à limitação da atuação do juiz aos fatos alegados pelas partes, a qual fica adstrita aos fatos essenciais, ao conflito, à lide, "não podendo: 1. Conhecer de controvérsia (questão) que só pelas partes pode ser suscitada; 2. Buscar fatos não alegados pelas partes; 3. Determinar quais as questões que vai julgar; 4. Admitir, considerar ou ter por base outros fatos a não ser os alegados pelas partes".

O princípio dispositivo remonta historicamente à passagem da justiça privada para a justiça estatal, quando, à época, uma autoridade foi chamada para solucionar os conflitos entre as gentes, afastando-se o emprego da força bruta, com vistas à manutenção da paz social. Para tanto, foi necessário manter-se afastada qualquer influência do órgão julgador aos pedidos das partes e ao objeto da demanda. A questão central é a preservação da imparcialidade do julgador.

Arruda Alvim¹⁸⁸, ao referir-se ao artigo 130 do CPC, conclui que a única limitação à atividade do juiz, com relação à atividade instrutória, é a de que a ele não é dado ir além do tema probatório, ou seja, da lide ou do objeto litigioso, nem infringir o princípio do ônus da prova, regra aplicável a quaisquer processos ou procedimentos, esclarecendo ainda que "Se, de um lado, pode o juiz, lícitamente, adentrar a atividade probatória, tendo em vista a necessidade da prova para a

¹⁸⁷ PORTANOVA, R. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 123.

¹⁸⁸ ALVIM, J. M. A. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 457. v. 2: processo de conhecimento

formação de sua convicção, deverá sempre fazê-lo subsidiariamente, não suprimindo as omissões da parte inerte.”

Sob outro prisma, Arruda Alvim¹⁸⁹ ainda adverte que não há para a parte a disponibilidade dos meios probatórios:

O juiz tem o dever de vedar a procrastinação do feito, cabendo-lhe impedir diligências probatórias inúteis ao respectivo objeto (...) não havendo disponibilidade quanto aos meios de prova, no sentido de a parte poder impor ao juiz provas por ele reputadas inúteis (relativamente a fatos alegados, mas não relevantes), como procrastinatórios (relativamente à produção de provas sem necessidade de expedição de precatória ou rogatória, mas, antes, por outro meio mais expedito). Ao juiz, ao admitir ou não a produção de determinada prova em relação a certo fato, é concedida pelo sistema, a nosso ver, de regra, uma certa dose de liberdade, embora haja algumas regras de caráter cogente, que ensejam exercício de atividade vinculada, vale dizer, excluem do juiz qualquer liberdade na sua atuação (p.ex. art. 366).

O importante da atividade de instrução do juiz é o pressuposto da sua imparcialidade que se fundamenta em que nunca deverá agir em favor de uma das partes, eis que quebraria a paridade de tratamento e infringiria a regra do ônus das partes, além de estar vinculado aos limites da demanda, que não podem ser ampliados de ofício (art. 128 e 460 do CPC), exceto nas situações específicas previstas no artigo 461 do CPC¹⁹⁰ e nas questões genéricas de ordem pública.

¹⁸⁹ Id.

¹⁹⁰ Segundo Dinamarco, “ logo no *caput*, o art. 461 do Código de Processo Civil manda que o juiz determine *providências que assegurem resultado equivalente ao do adimplemento* – ou seja, libera-o para conceder ao autor um provimento jurisdicional não pedido, sempre que isso se mostre indispensável ou muito útil para que a resistência do obrigado não frustre seu direito. Com a mesma finalidade, o § 4º quer que, *independentemente de pedido do autor*, o juiz imponha multa diária ao obrigado que não cumpre, sempre com a finalidade de vencer-lhe a resistência” . (DINAMARCO. Instituições de direito processual civil. 2002. p. 137. v. II).

No mesmo sentido, Eduardo Talamini: “ No sistema de tutela do artigo 461, não fica afastado o princípio da congruência entre a demanda e a tutela concedida. Em alguns pontos, tem-se a aplicação integral do princípio: em outros, ele assume conotação peculiar – podendo até dizê-lo *mitigado* – ainda que não inédita em nosso sistema. Já a estabilidade da demanda parece sofrer exceção em um único caso...Verificando-se a impossibilidade da “tutela específica” ou do “ resultado prático equivalente”, antes da sentença, cabe ao juiz, independentemente de pedido, levar adiante o julgamento da causa, até sentença que servirá de título (parcial) à execução das perdas e danos (cabendo complementá-lo em processo subsequente). Não terá ocorrido integral “ perda do objeto”, que justifique extinção do processo. Além disso- e aqui surge inovação em relação ao regime anterior -, parece possível a mudança de objeto do processo, passando-se desde logo a verificar os demais

O que não é possível perder de vista é que, atualmente, não mais satisfaz a idéia do juiz inerte e neutro, como preconizado na fase do Estado Liberal, o qual deveria ficar alheio à demanda, cuja neutralidade passiva era tida como garantia de sua imparcialidade. Esta postura não corresponde aos anseios de uma Justiça efetiva, corolário do Estado Democrático de Direito, que estabelece em seu programa o acesso efetivo à ordem jurídica justa, exigindo do julgador participação efetiva no processo, com vista à entrega consentânea da prestação de serviços, desde que assegure aos sujeitos do processo igualdade de tratamento e de oportunidades.

Maior flexibilização das atividades do juiz no processo é necessária justamente para conferir conteúdo substancial à igualdade das partes, não só no plano formal, a fim de que elas possam apresentar-se durante à relação processual em igualdade de condições.

O princípio dispositivo manifesta-se de forma mitigada no sistema processual brasileiro, em face da possibilidade da livre investigação das provas pelo juiz, como consequência da publicização do Direito Processual Civil, contrapondo-se ao processo anterior (1939) que primava pela concepção individualista e privatista, própria dos valores emergentes do Estado Liberal.

pressupostos materiais de indenização, desde que: a) o autor concorde; b) o réu tenha oportunidade de defesa; c) a instrução probatória não esteja em fase avançada ou finalizada (v. item 13.5). Sendo assim, tem-se na hipótese a atenuação da estabilidade da demanda, permanecendo incólume, porém, o princípio dispositivo (só se muda o objeto processual se o autor pleitear ou concordar). Em certo sentido, a não aplicação do princípio da congruência ao pedido imediato destina-se a intensificar a exatidão da correspondência entre a tutela (o resultado da atuação jurisdicional) e o pedido mediato. Para que se dê ao autor precisamente aquilo a que ele tem direito, confere-se ao juiz a função de adotar todas as medidas necessárias e conjugar as eficácias mandamental e executiva *lato sensu*, independente de pedido imediato do autor. Portanto, a eliminação do princípio da congruência entre pedido imediato e provimento que concede a tutela, no campo do art. 461, tem em mira o aperfeiçoamento da incidência desse princípio relativamente ao pedido mediato. A congruência formal cede espaço à congruência material". (Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer – CPC, art. 461, CDC, art. 84. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2001, p.404- 406)

O Código de Processo Civil, embora tenha mantido o princípio dispositivo, estabeleceu os poderes ao juiz na direção do processo, nos artigos 130 e 131 do CPC, retirando das partes a exclusividade da iniciativa probatória, cabendo "ex officio" a determinação de provas e diligências, mas sem perder de vista o contraditório, coexistindo com o princípio inquisitivo.¹⁹¹

Antônio Janyr Dall'Agnol Júnior¹⁹² identifica como uma das manifestações do princípio dispositivo a "iniciativa da ação (remédio jurídico-processual) pela parte – denominado princípio da demanda –, que se encontra expressamente prevista no art. 2º, do CPC: *nemo iudex sine actore*". Destaca, no mesmo propósito, a regra prevista no artigo 262: "O processo civil começa por iniciativa da parte (...)", a qual deve estender-se também aos incidentes processuais. Quanto à eventual dificuldade que poderia advir de outra das manifestações do princípio, isto é, a de que o juiz está vinculado às alegações de fato das partes, a de que os limites da controvérsia são estabelecidos pelas partes, está superada pela interpretação do artigo 128 do CPC, segundo o qual "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" e ainda com a primeira parte do artigo 131 do CPC: "O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes (...)" . Constata-se ainda nos artigos 267, VIII – desistência da ação – e 269, III – transação – evidentes manifestações do princípio dispositivo.

¹⁹¹ Além dos artigos 130 e 131 do CPC, que caracteriza a moderação entre os princípios inquisitivo e dispositivo, como técnica processual, temos ainda os artigos 1107, 1113, 1129, 1142, 1160, 1171 e 1190, CPC.

¹⁹² DALL'AGNOL JÚNIOR, A. J. O princípio dispositivo no pensamento de Mauro Cappelletti. **AJURIS** n. 46, p. 97-115.

Dall'Agnol ainda apressa-se para afastar qualquer conclusão precipitada acerca de que o artigo 131 do CPC possa assegurar o alcance de lugar de preeminência do princípio inquisitivo no sistema processual, em face da previsão de o juiz poder investigar os fatos e circunstâncias, ainda que não alegados pelas partes, com base em distinção feita por Celso Agrícola Barbi entre fatos jurídicos e fatos simples, concluindo que estes não têm a característica de "criar, modificar, conservar ou extinguir direitos, servindo apenas para demonstrar a existência dos fatos jurídicos"¹⁹³.

Ressalta ainda que o direito positivo brasileiro adotou o "princípio dispositivo", em sentido material ou próprio, admitindo no mesmo passo a iniciativa judicial no reconhecimento do material probatório ("princípio inquisitivo" ou "princípio da investigação")¹⁹⁴.

Nesse sentido, deve ser destacado que o direito processual moderno tem propiciado ao juiz a possibilidade de investigação probatória, para melhor conhecer os fatos, dentro dos limites fáticos delimitados pelo autor da demanda, com vistas à formação de sua convicção, para a entrega da prestação jurisdicional. Em que pese a atividade probatória seja exercida pelo magistrado, há a necessidade da colaboração das partes, as quais atuarão conjuntamente, como sujeitos interessados no resultado do processo.

Essa tendência, decorre de que a parte, ao ajuizar a demanda, dispõe de seu interesse material, afirmado *in status assertionis*, sendo que os fatos jurídicos inicialmente alegados – fatos essenciais constitutivos da *causa petendi* – deverão ser demonstrados internamente no processo. A propósito, uma vez instaurado o

¹⁹³ Ibid., p. 109.

¹⁹⁴ DALL'AGNOL JÚNIOR, A. J. *Poderes do juiz. O processo civil contemporâneo*. Luiz Guilherme Marinoni (Organ.). Curitiba. Juruá, 1994, p. 86.

processo, o seu direcionamento escapa à disponibilidade das partes, eis que disciplinado por normas cogentes. Portanto, não se colocam no mesmo plano as iniciativas do juiz acerca dos meios probatórios e aquelas que incidem sobre as alegações, que se referem ao plano do objeto do processo.

Em que pese devam as partes contribuir com os fatos essenciais, constitutivos da *causa petendi*, é livre a investigação dos fatos secundários (aqueles que se mostrem relevantes para a formação do juízo), dos quais poderá extrair o melhor conteúdo do fato principal, por serem notórios ou constarem dos autos.

Também não existe impedimento para o juiz apreciar os fatos principais “*ex officio*”, que se refiram à situação de direito público ou de ordem pública, a fatos jurídicos extintivos e impeditivos, incompatíveis com a pretensão exercida (v.g. pagamento, confusão), salvo se representativos de exceção em sentido substancial, além dos fatos constitutivos, modificativos ou extintivos do direito, capazes de influir no julgamento da demanda, à vista do artigo 462, do CPC.¹⁹⁵

Como visto, não há relutância doutrinária em reconhecer que cabe à parte a exclusividade de iniciar o processo, através da demanda, e determinar a *res iudicium deducta*, havendo perfeita sintonia com a máxima tradicional *nemo iudex sine actore*. Mas, por outro lado, não existe equivalência entre *nemo iudex sine actore* e *ne procedat iudex ex officio*, embora ambas as expressões se refiram às limitações ao espontâneo desenvolvimento da atividade judicial. Assim, tem-se que *nemo iudex* refere-se à exclusividade do início do processo, sendo que o *ne procedat iudex* abrange todos os atos de impulso desenvolvidos no procedimento.

¹⁹⁵ MOREIRA, J. C. B. Garantia do contraditório na atividade jurisdicional. In: **Temas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 141.

Mas, de relevância, é assentar que há relutância ao reconhecimento da participação ativa do juiz na investigação dos fatos; entretanto, a relutância não alcança a possibilidade de o órgão judicial aplicar livremente o direito, com observância do devido processo legal, de acordo com a máxima *iura novit curia* (o tribunal deve conhecer os direitos). Nesse passo, diante do princípio, o juiz não só deve conhecer o direito, como também deve investigá-lo, de ofício, caso o desconheça, sendo independente na sua aplicação, ficando desvinculado dos pedidos e das alegações das partes. Assim, o juiz deve ater-se à realidade da ordem jurídica, que implica na necessidade de conhecer todo o ordenamento jurídico. Enfim, pode o tribunal extrair do material fático trazido aos autos pelas partes as conclusões jurídicas não evidenciadas por elas mesmas, sendo aqui irrelevante a ignorância do direito.

É evidente que as partes têm papel destacado na valoração jurídica da realidade, mister pela massificação legislativa atual, devendo também emprestar sua indispensável colaboração (artigos 282, III, 300, 322, 2ª parte, 454, § 3º, CPC), porque têm interesse primordial no julgamento da causa, não deixando a tarefa sob a exclusividade do órgão jurisdicional, tal como preconizado pelo aforisma *narra mihi factum, narrabo tibi ius*.¹⁹⁶ Em verdade, as partes têm interesse primordial em dar conhecimento ao órgão jurisdicional da norma jurídica aplicável à espécie em discussão, de forma a convencer o julgador sobre o seu conteúdo e alcance, evitando, também, desagradáveis surpresas e eventuais consequências negativas. Entretanto, não se trata de ônus das partes, pois na falta da identificação da norma jurídica para a solução da causa, incide o princípio inserto na expressão *iura novit curia*.

¹⁹⁶ Diz-me o fato (e) darei o direito.

Ademais, no estágio atual das garantias processuais, mister o contraditório e ampla defesa, que caracterizam a dialeticidade processual, o alcance do brocardo da *mihi factum, dabo tibi ius* não mais autoriza a realização de juízo sobre o fato, divorciado do juízo de direito. A distinção entre fato e direito é apenas artificial – porque no concreto eles se interpenetram – além de que o fato é indispensável para a construção do direito e da correlação da norma jurídica para a determinação da relevância do fato.¹⁹⁷

Sobre a dicção *iura novit curia*, Fritz Baur¹⁹⁸ conclui que “não significa que a obrigação das partes de enunciar seus argumentos e o ônus material da prova estejam sempre excluídos, no concernente às normas jurídicas aplicáveis, tendo em vista um litígio; ou, ainda, que o tribunal disponha do monopólio da aplicação do direito, podendo desconhecer ou desprezar as conclusões das partes, tendo em vista as normas jurídicas invocadas pelos litigantes; ou que pertença ao tribunal o direito de fazer abstração da lei, em função de referência feita aos princípios de equidade, menos apropriados à solução do litígio”.

Chiovenda¹⁹⁹ já advertia “não haver limites para a atividade jurídica do juiz (*iura novit curia*), pregando a impossibilidade de ser restringida por acordo entre as partes”, não vigorando, destarte, o princípio dispositivo.

Igualmente, não se pode perder de vista que a liberdade que tem o juiz na aplicação da regra jurídica deve ser examinada à luz do contraditório, pois, embora o brocardo *iura novit curia* lhe possibilite valer-se de norma não invocada pelas partes, devem ser observados os limites do pedido e da causa de pedir,

¹⁹⁷ Encontra-se ultrapassada a distinção entre fato e direito, inspirada no velho aforisma da *mihi factum, dabo tibi ius*, conforme lição de Arruda Alvim, que considera indiscutível a tendência contemporânea a inviabilidade de distinção entre fato e direito, à luz das repercussões na ordem jurídica. Código de processo civil comentado, vol. V, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 267.

¹⁹⁸ Fritz Baur. Da importância da dicção *iura Novit Curia*. *Rev. de Processo*, n.3. 1976), p.169-177.

¹⁹⁹ CHIOVENDA. *Principii di diritto processuale civile*, vol. III., 4.ed. Napoli, Jovene, 1928, p.720.

considerando a repercussão da aplicação de norma não invocada pelas partes, mister em nosso sistema, após a vigência das normas do Código de Defesa do Consumidor, tidas como de ordem pública.

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira²⁰⁰ expressa entendimento de que as questões de direito, as quais devem ser consideradas de ofício pelo juiz, sem provocação das partes, não escapa da observância do direito de ampla defesa e do contraditório, ou seja, não dispensa a plena participação das partes.

... a liberdade concedida ao julgador na eleição da norma a aplicar, independentemente de sua invocação pela parte interessada, consubstanciada no brocardo *iura novit curia*, não dispensa a prévia ouvida das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos no litígio em homenagem ao princípio do contraditório. A hipótese não se exhibe rara porque freqüentes os empecilhos enfrentados pelo operador do direito, nem sempre de fácil solução, dificuldade geralmente agravada pela posição necessariamente parcializada do litigante, a contribuir para empecer visão clara a respeito dos rumos futuros do processo. Aliás, a problemática não diz respeito apenas aos interesses das partes, mas conecta-se intimamente como o próprio interesse público, na medida em que qualquer surpresa, qualquer acontecimento inesperado, só faz diminuir a fé do cidadão na administração da justiça. O diálogo judicial torna-se, no fundo, dentro desta perspectiva, autêntica garantia de democratização do processo, a impedir que o poder do órgão judicial e a aplicação da regra *iura novit uúria* redundem em instrumento de opressão e autoritarismo, servindo às vezes a um mal explicado tecnicismo, com obstrução à efetiva e correta aplicação do direito e à justiça do caso.

Segundo Calamandrei²⁰¹, a realidade social dos conflitos e sua dimensão ditam o grau de iniciativa franqueada ao juiz, em relação ao próprio processo ou para a realização ou investigação da prova:

Isso explica que, apesar do reconhecido escopo publicista de atuação da vontade do direito (tutela do ordenamento jurídico), o juiz não tem, como poderia parecer que devia, o pleno poder de iniciativa do processo. É que o escopo jurídico não é o único, nem o mais importante. Justificando o princípio da iniciativa de parte a prevalecer nos conflitos entre particulares em matéria disponível, diz Calamandrei que ele não constitui mera " projeção sobre o sistema processual, dos poderes de disposição que no

²⁰⁰ OLIVEIRA, C. A. de. **Garantia do contraditório: garantias constitucionais do processo civil**, 1.ed, 2.tir, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 143.

²⁰¹ CALAMANDREI, P. *Linee fondamentali del processo civile inquisitório*, n.2, pp. 135-136.

campo do direito privado são atribuídos à vontade dos interessados", mas também não se pode desconhecer que essa disponibilidade é "condição essencial para o bom funcionamento do princípio dispositivo"; invoca o conceito do interesse de agir, mostrando que também a necessidade social do processo, diante da falência dos modos concordados para eliminação de conflitos, é elemento a ser considerado no momento em que a iniciativa é deixada aos interessados.

Embora longe esteja a possibilidade final de se alinharem as correntes doutrinárias acerca das conclusões da abrangência do princípio dispositivo, como já alertado inicialmente por José Roberto dos Santos Bedaque, não há impedimento de que se conclua que no sistema processual vigente - com amplitude publicista - coexistem os princípios dispositivo e inquisitivo, quanto à disponibilidade das provas, como resultado da técnica processual, para que se alcance a efetividade da tutela²⁰², e que princípio dispositivo deve expressar as limitações impostas ao juiz, quanto aos fundamentos e ao pedido da prestação jurisdicional, em virtude da disponibilidade do direito material.

6.2 DO PRINCÍPIO DA DEMANDA

A jurisdição é um poder-dever do Estado de dizer com quem está o direito (quem tem razão) e de distribuir justiça monopolizadamente²⁰³, através do processo, com vistas a produzir resultados necessários à convivência social. A jurisdição caracteriza-se pela inércia, devendo o seu exercício ser provocado pelo

²⁰² Registre-se que não se desconhece que, em face dos princípios constitucionais do Estado Social Democrático de Direito, de cunho intervencionista, para a efetividade dos direitos, haja grande avanço para a publicização do processo civil, em que pese os óbices históricos impostos pelos princípios da demanda e do dispositivo, acerca da possibilidade do exercício espontâneo da jurisdição e da plena inquisitorialidade no curso do procedimento.

²⁰³ Com a observação de que o Juízo Arbitral também exerce a atividade jurisdicional privada.

interessado, mediante a iniciativa da parte, devidamente motivada em algum estado de insatisfação.

Ao órgão jurisdicional, em linha de princípio, é vedado prestar a tutela jurisdicional sem que o interessado a tenha solicitado, sendo assim estabelecido, porque não seria conveniente à paz social, nem adequada ao princípio da imparcialidade judicial, que o Estado-juiz instaure lides, ou faça pessoas litigarem entre si sem que expressem as suas vontades.

Assim, quando alguém sofre lesão de direito ou estiver na eminência de sofrê-la deverá, nos casos e forma previstos em lei, solicitar a prestação da tutela jurisdicional do Estado-juiz, a fim de restaurar o direito ou de evitar a sua violação. Esse é o princípio da demanda ou da ação de que trata o artigo 2º do Código de Processo Civil: "Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou interessado a requerer, nos casos e forma legais."

O princípio da demanda assegura que o exercício da função jurisdicional depende da iniciativa do interessado, pois, no plano do processo civil, o que predomina é o interesse privado e não o público. Portanto, o Estado-juiz somente poderá atuar, quando regularmente provocada a jurisdição: *ne procedat iudex ex officio, nemo iudex sine actore*.

O ato de vir a juízo pedindo tutela jurisdicional ou a necessidade da exigência de uma provocação para que a atividade possa ser exercida – em decorrência da inércia da jurisdição – faz com que a doutrina privilegie a ação como tema central entre os institutos fundamentais do direito processual, de forma desaconselhável e inconveniente, segundo a visão de Dinamarco,²⁰⁴ porque o processo não privilegia somente o autor.

²⁰⁴ DINAMARCO. *Instituições...*, p.302. v. 1

Esse posicionamento, que é continuação de longa tradição privatista vinda dos romanos com a sua *actio*, consiste substancialmente em pensar todo o sistema como um *processo civil do autor*, o que é metodologicamente desaconselhável e eticamente inconveniente. Reconhece-se que a racional liberação dos caminhos da ação é uma exigência democrática inerente à garantia do controle jurisdicional e do acesso à justiça, mas também o são na mesma medida as franquias da defesa – porque ambas as partes têm igual direito aos resultados justos do processo, não se sabendo de início qual delas está amparada de razão. O processo não é institucionalmente destinado à satisfação das aspirações do *autor*, sendo lícito também ao *réu* esperar pela tutela jurisdicional – que obterá se sua posição estiver amparada pelo direito material. Sequer politicamente se legitima portanto o privilégio metodológico tradicionalmente conferido à ação. Ela e a defesa são importantes garantias outorgadas aos litigantes, mas *ambas convergem à jurisdição e são exercidas para preparar o correto exercício desta*. O resultado do processo é obra da *jurisdição*.

José Roberto dos Santos Bedaque²⁰⁵ não se afasta do entendimento doutrinário acerca de que há necessidade de a atividade jurisdicional ser provocada, garantia assegurada a todos, cujas regras tem natureza infraconstitucional (art. 2º e 262, CPC), com vistas a superar a inércia da jurisdição. Assim é que a inércia da jurisdição gera a necessidade da demanda. Sob esta ótica, a ação identifica-se mais com um ônus do que com direito, posto que “não se trata aqui de examinar o fenômeno da garantia de acesso ao Poder Judiciário, mas sim a necessidade de a atividade jurisdicional ser tirada da inércia mediante provocação da parte”. Se, por um lado, é conferido a todos o poder de acesso à justiça, assentado na Constituição, por outro, a demanda é um mecanismo inerente à técnica processual.

Com essas premissas, Bedaque conclui que “eventual previsão legal sobre o exercício da jurisdição, independente de manifestação do titular de um interesse carente de tutela, não violaria princípio constitucional, pois a regra técnica da inércia está prevista pelo legislador ordinário”.

²⁰⁵ BEDAQUE, J. R. dos S. Os elementos objetivos da demanda á luz do contraditório. In: **Causa de pedir e pedido no processo civil**. p. 23-24.

Contudo, se, por um lado, não violaria a garantia da ação, ou da inafastabilidade de acesso à justiça, existe impedimento para que seja desconsiderada a inércia da jurisdição, no sentido de possibilitar ao juiz a promoção de demandas, pelas razões já apontadas por ocasião do princípio dispositivo, mister pela necessidade de sua imparcialidade, que é exigência constitucional da isonomia jurídica (tratamento igualitário). No entanto, ressalvam-se as hipóteses de que, quando já intentadas as demandas, no seu curso, possam ser conhecidas matérias de ordem pública, porque de interesse do próprio Estado. Nessas situações, é o Estado que "pede"²⁰⁶; pois existe um pedido implícito nessas matérias, para que o juiz atue "ex officio".

A pretensão à tutela jurisdicional formaliza-se, por escrito, através da petição inicial, que nada mais é do que a pretensão deduzida em juízo. O Código de Processo Civil emprega o vocábulo demanda fora da técnica recomendada, como no sentido de perder a demanda (art. 70, III), de demanda pendente (art. 593, III, 835 e 1016), de custear a demanda (art. 852, §) e, corretamente, na técnica, nas situações de fundamento da demanda (art. 461, § 3º). No sentido inverso, utiliza-se das expressões propor ação, intentar ação, ação proposta, fundamento da ação, quando o adequado seria propor a demanda, intentar a demanda (vide arts. 28, 37, 90, 100, II, III, 103, 104, 106, CPC etc), dentre outras situações previstas no Código de Processo Civil.

De qualquer modo, é a inércia da jurisdição que gera a necessidade da demanda, podendo ser entendido que o exercício da ação – derivado da garantia de acesso ao Judiciário – representa também um ônus para o demandante, no sentido

²⁰⁶ Pontes de Miranda: Quando alguma função lhe cabe de ofício, é o Estado que "pede". Fora daí, o Estado é chamado a que o juiz estatal dê a sentença, isto é, entregue a prestação jurisdicional, com a

de que deve observar todas as formalidades exigidas para identificar os seus elementos caracterizadores, conforme exigência prevista no artigo 282, do CPC (sujeitos, fundamento, pedido).

Demandar, portanto, nada mais é do que pedir uma providência jurisdicional ao juiz, iniciando-se daí o processo, estando pendente, ou seja, em curso, até final entrega da prestação jurisdicional, irrecorrível (litispendência).

Destarte, o julgador, na entrega da prestação jurisdicional, não poderá fazê-lo em desconformidade com a pretensão (toda pretensão arrima-se em fundamentos de fato e de direito, que constitui o mérito ou o objeto do processo), ou mesmo apresentar razões diversas das alegadas, sob pena de comprometer a qualidade do serviço (arts. 128 e 460, CPC).

Torna-se significativa a importância da identificação dos elementos objetivos da demanda²⁰⁷, pois concorrem para a identificação dos limites da atividade jurisdicional. A doutrina não distoa em afirmar que os elementos objetivos da demanda são a causa de pedir (fundamentos de fato) e o pedido, e estão previstos no artigo 282, inciso III e IV, do CPC, devendo fazer parte da petição inicial, sob pena de inépcia (art. 295, § único, inc. I, CPC).

Toda demanda é constituída de partes (art. 282, II), causa de pedir e pedido (art. 282, III, IV), de forma a poder ser identificada. Cada sujeito deve ser qualificado. Os fundamentos do pedido devem ser caracterizados pelos fatos e os fundamentos jurídicos (fatos constitutivos). O pedido deve aludir não só ao bem da vida pretendido, como também à espécie de provimento jurisdicional pretendido

ressalva de que os atos do juiz não podem ser meramente constitutivos do processo. Comentários ao ar. 4º, do código de processo civil, v. I, p. 146.

²⁰⁷ Não se faz referência aos elementos subjetivos da demanda, porque não faz parte do objetivo da presente dissertação.

(sentença condenatória, declaratória, mandamental, constitutiva, executiva *lato sensu*). Portanto, cada elemento da demanda tem seu desdobramento.

A indicação do provimento jurisdicional, em face da complexidade e da multiplicidade das relações sociais, não se reveste de singularidade, como a primeira vista pode parecer, levando-se em conta que o ordenamento jurídico, também, disponibiliza uma variedade de tutelas adequadas às situações complexas.

Certo é que, identificada a demanda, torna-se irrelevante a espécie de provimento pretendido, se é ou não adequada à situação descrita. Uma vez escolhida a via inadequada, será inadmissível o provimento final almejado, podendo, inclusive, a petição inicial ser indeferida (art. 295, V), no caso de não corrigida pela parte, uma vez oportunizada pelo juiz (art. 284, CPC).

No curso do processo, é inadmissível a livre alteração do pedido e da causa de pedir, de acordo com o artigo 264, CPC, inclusive em face da estabilização da demanda (art. 264, § Único, CPC). Não constatada, desde logo, a inadequação do provimento pretendido é vedado ao juiz, de ofício, fazer a adequação da pretensão, ao bem da vida pretendido, para fins da entrega da prestação jurisdicional (art. 128 e 460, CPC), posto que estaria violando o princípio da demanda e o da inércia da jurisdição, pela concessão ao autor, de ofício, de tutela não especificada.

Sobreleva destacar, ainda, a importância da identificação dos elementos objetivos da demanda, extraídos da relação substancial, para a solução de questões processuais: coisa julgada, litispendência, conexão, continência, cumulação de ações e a modificação da demanda

6.2.1 Da Causa de Pedir

A doutrina procura definir causa de pedir como sendo o motivo, o porquê, ou as razões pelas quais o autor pretende um provimento judicial do Estado-juiz; portanto, em seu sentido teleológico. Nesse sentido, são as lições de Moacyr Amaral Santos²⁰⁸ para quem a causa de pedir resume-se nas “razões que suscitam a pretensão e a providência” ; para Calmon de Passos é “o motivo ou causa por que se litiga²⁰⁹”; para Vicente Greco Filho²¹⁰: “é o fato do qual surge o direito que o autor pretende fazer valer ou a relação jurídica pela qual aquele direito deriva, com todas as circunstâncias e indicações que sejam necessárias para individualizar exatamente a ação que está sendo proposta e que variam segundo as diversas categorias de direitos e de ações”; para Barbosa Moreira²¹¹, o “fato ou conjunto de fatos a que o autor atribui a produção do efeito jurídico por ele visado”.

No entanto, devido à importância da individualização da demanda reveste-se de suma relevância o significado da *causa petendi*, porque estabelece estreitas relações com outros institutos processuais, como a litispendência, a coisa julgada, cumulação de ações e a modificação da demanda (o objetivo é confrontar várias demandas com o fim de estabelecer se são idênticas ou diversas)²¹², e ao que nos interessa de perto que é estabelecer o limite da prestação jurisdicional pleiteada, justamente com base nos elementos causais.

Diante da dificuldade de ser delineado um conceito acerca do elemento causal da pretensão, com vistas a estabelecer qual o seu conteúdo e seus efeitos,

²⁰⁸ SANTOS, M. A. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 1983. p. 165.

²⁰⁹ PASSOS, J. J. C. de. *Comentários ao código de Processo Civil*. 1989. p. 141. v. III.

²¹⁰ GRECO FILHO, V. *O novo processo civil brasileiro*. 1998. p. 15.

²¹¹ MOREIRA, J. C. Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 18.

²¹² CHIOVENDA, G. *Instituições de direito processual Civil*. 2000. p.63. v. I.

surgiram, durante décadas, várias teorias²¹³ apresentando soluções variadas, concluindo, a respeito, José Rogério Cruz e Tucci²¹⁴ que "hoje é praticamente impossível emitir um conceito unívoco e abrangente de causa de pedir", considerando que os especialistas ainda não chegaram a um consenso.

Por sua vez, Tucci analisando as várias teorias (as de Chiovenda, Zanzucchi, Giannozzi etc.) observou que "o fato ou os fatos que são essenciais para configurar o objeto do processo, e que constituem a causa de pedir, são exclusivamente aqueles que têm o condão de delimitar a pretensão"²¹⁵

Mas, ao longo do tempo, duas teorias procuram demonstrar o conteúdo mínimo da causa de pedir: (a) a da substanciação e (b) a da individuação. Para a teoria da substanciação, faz-se necessária a exposição dos fatos constitutivos do direito afirmado, para a correta apresentação da causa de pedir (dá-se relevância aos fatos: exemplos. Que tomou-se credor através de contrato de mútuo; que é titular do imóvel adquirido através da EPCV, devidamente matriculada no CRI). Para a teoria da individuação, basta à configuração da causa de pedir a afirmação da relação jurídica, na qual o autor fundamenta o seu pedido (dá-se relevância à relação jurídica: exemplos: que é credor – direito pessoal; que é proprietário – direito real etc.).

No caso brasileiro, o artigo 282, inciso III, do CPC, prescreve que a petição inicial deverá indicar "o fato e os fundamentos jurídicos do pedido", inclinando-se a doutrina em afirmar que foi adotada a Teoria da Substanciação²¹⁶, levando-se em

²¹³ Teoria da identidade da relação jurídica (Savigny); Teoria da tríplice identidade (Chiovenda); Teorias da Individuação e da substanciação (objeto do processo), surgidas na Alemanha, em face do ZPO, de 1879.

²¹⁴ TUCCI, J. R. C. e. **A causa petendi no processo civil**. São Paulo: RT, 2001. p.24.

²¹⁵ Ibid., p.24-25.

²¹⁶ Posição de Pontes de Miranda, Comentários. Tomo IV, Rio de Janeiro: Forense 1979, p.17; Moacyr Amaral Santos, Primeiras Linhas de direito processual civil, vol. I, p.166; Araken de Assis, Cumulação de ações, 3.ed. São Paulo: RT, 1996; Frederico Marques, Manual, v I, p. 137; Cintra;

consideração, aliás, que o nosso sistema processual adotou o princípio da eventualidade, onde todos os meios de ataque e de defesa devem ser apresentados de uma só vez, na inicial ou na contestação, ou ainda, a inicial deve conter toda a matéria relativa à pretensão e à contestação, toda a matéria de defesa, valendo a mesma regra para os efeitos de reconvenção, de pedido contraposto e de ações dúplices.

A causa de pedir prevista no artigo 282, III, do CPC, é complexa, porque exige dois elementos distintos: o fático e a qualificação jurídica decorrente. Segundo Arruda Alvim²¹⁷, exige-se a causa de pedir próxima (os fundamentos jurídicos) e a causa de pedir remota (os fatos constitutivos). A descrição clara e precisa do acontecimento, que foi a razão de ser da demanda, ou dos fatos que geraram o direito do qual decorre a pretensão (exemplo: que é credor por força de um contrato de mútuo) e a categorização jurídica do acontecimento, ou relação jurídica (exemplo: que a dívida se venceu e não foi paga – inadimplemento) não estando aqui incluído o fundamento legal (regramento jurídico), cuja tarefa de enquadramento (qualificação jurídica) é atribuída ao órgão jurisdicional, valendo-se aqui do brocardo *iura novit curia*²¹⁸.

Grinover; Dinamarco. Teoria Geral do Processo, 1983, p.226; Vicente Greco Filho, ob.cit, voll, p. 83, Calmon Passos, Comentários ao Código de Processo Civil, n. 122.4, p. 221.

²¹⁷ ALVIM, J. M. A. **Manual de direito processual civil**. 2001. p. 457. v.I.

²¹⁸ Calmon de Passos expressa entendimento de que "o *nomem juris* que se dê a essa categoria jurídica ou o dispositivo de lei que se invoque para caracteriza-la são irrelevantes. O juiz necessita do fato, pois que o direito ele é que o sabe. A subsunção do fato à norma é dever do juiz. Se o fato narrado na inicial e o que foi pedido são incompatíveis com a categorização jurídica nova, ou com o novo dispositivo de lei invocado, não há por que se falar em modificação da causa de pedir, ou em inviabilidade do pedido. Essa inviabilidade só ocorre quando as conseqüências derivadas da nova categoria jurídica não podem ser imputadas ao fato narrado na inicial, nem estão contidas no pedido, ou são incompatíveis com ele... A tipificação dos fatos pelo autor é irrelevante, pois se ele categorizou mal, do ponto de vista do direito, os fatos que narrou, pouco importa, pois o juiz conhece o direito e deve categoriza-los com acerto. E se os fatos, incorretamente categorizados, autorizam o pedido que foi feito, nenhum prejuízo pode decorrer para o autor do deslize técnico de seu advogado. Inversamente, se categorizou bem e pediu mal, em nada lhe aproveita ter sido exato na categorização dos fatos, pois o juiz está adstrito ao pedido formulado, sem poder corrigi-lo de ofício. Donde se ensinar e decidir que o juiz deve aplicar o direito que incidiu independentemente da correta indicação do texto legal que o enuncia. Por exemplo, se peço o despejo e indico como fundamento a

Araken de Assis assinala que a causa de pedir se divide em dois momentos: a concreta individualização dos fatos jurídicos e a afirmação da sua coincidência com as regras que lhes conferem os efeitos constantes do pedido²¹⁹. Exemplificando: narrese o encontro do cônjuge com um terceiro, bem assim as intimidades entre eles ocorridas (fato jurídico), caracterizando o adultério, que é violação dos deveres conjugais (fundamento jurídico), para pedir a separação (providência jurisdicional).

A iniciativa das partes, na dedução dos fatos e do pedido, circunscreve os limites da atividade jurisdicional, a cujos fatos o juiz deve atribuir as definições e qualificações jurídicas adequadas, podendo e devendo, para tanto, examinar todos os possíveis direitos decorrentes daquele fato, aptos a justificar o pedido, no pensamento de Barbosa Moreira²²⁰:

Em sistemas jurídicos do tipo do nosso, incumbe ao juiz identificar a norma adequada, interpretá-la e adequá-la, independentemente da respectiva invocação pelo autor; não lhe é dado, entretanto, levar em conta o fato supostamente gerador do efeito pretendido, senão quando o autor o haja invocado. Antes de ser utilizado pelo órgão judicial como fundamento da *decisão*, o fato é utilizado pelo autor como fundamento do *pedido*. A esse fato, visto precisamente enquanto fundamento do pedido, é que, em nosso entender, se deve aplicar a denominação de causa de pedir. Ela designa, pois, o fato *in status assertionis*, tal como narrado – e, nessa perspectiva, *sempre existente*: a ninguém é lícito pleitear providência jurisdicional sem indicar o fato em razão do qual lhe parece que ela haja de ser concedida.

A doutrina quando se refere a fato, ou a fatos, estabelece limitação somente aos essenciais para configurar o objeto do processo, caracterizadores da causa de pedir, como aqueles que têm a finalidade de delimitar a pretensão. Do ensinamento

necessidade da retomada do imóvel para descendente, é irrelevante tenha citado como suporte legal o inciso III, do art. 52, da Lei n. 6649/79. Fundamento jurídico da demanda não é a indicação do dispositivo de lei em que se apóia o pedido do autor, sim a natureza do direito pleiteado* (Cfe. Comentários...6.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1989, p.201-202. v. III.).

²¹⁹ ASSIS, A. de. **Cumulação de ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.147.

²²⁰ MOREIRA, J. C. B. **Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória**. Temas de direito processual, 4.série, São Paulo: Saraiva, 1989. p. 206-207.

de Milton Paulo de Carvalho²²¹ destaca-se a diferença entre fato jurídico e fato simples:

É incontroverso que o direito nasce dos fatos. Mas nem todo fato é jurígeno; há fatos simples. Como estamos analisando o fato que é causa eficiente de uma pretensão processual, havemos de considerar apenas o fato jurídico, aquele carregado de efeito pelo ordenamento jurídico. Não os outros.

O fato essencial é, pois, o pressuposto inafastável da existência do direito submetido à apreciação judicial, constituindo-se em objeto da prova. No entanto, através dos fatos secundários poderá ser feita prova indireta do fato essencial – desde que não haja possibilidade da prova direta do fato principal -, de modo a convencer o juiz a formar um juízo de verossimilhança acerca dos fatos principais.

Para Calmon de Passos, o fato jurídico, típico, é o acontecimento do qual derivam as conseqüências jurídicas, enquanto que dos fatos simples não derivam diretamente conseqüências jurídicas, mas que comprovam a existência desse mesmo fato jurídico, "tornando certa a existência ou inexistência do fato jurídico"²²².

Exemplificando, a propósito, em pretensão de reparação de danos, decorrente de acidente de trânsito em veículos automotores, a culpa do condutor por imprimir no conduzido excesso de velocidade é o fato essencial. Por fatos secundários, tem-se a alta velocidade do veículo, alguns momentos antes do acidente, além da habitualidade de o condutor dirigir em alta velocidade. Se o adultério do cônjuge ocorreu no período da noite, de dia ou de madrugada; na sua casa ou do amante etc.

Sob o aspecto formal da causa de pedir, destaca-se, ainda das primeiras linhas de Moacyr Amaral Santos²²³, que "na exposição do fato e dos fundamentos

²²¹ CARVALHO, M. P. de. **O pedido no processo civil**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1992. p. 81.

²²² PASSOS, J. J. C. de. **Comentários ao código de processo civil**, 1989. p. 203.

²²³ SANTOS, M. A. **Primeiras linhas de direito processual civil**, 1983. p. 135. v. 2.

jurídicos do pedido, ou seja, na *causa petendi*, do que decorre o *pedido*, deverão transparecer as condições da ação – a possibilidade jurídica do pedido, a legitimação para agir, o interesse de agir”, razão pela qual exige-se do demandante o máximo de cautelas, sob pena de incidir na inépcia da inicial (art. 295, § único, inciso I, do CPC). Aduz-se ainda que a narração dos fatos deve ser clara, harmônica e precisa, sob pena de ser a inicial declarada inepta (art. 295, § único, inciso II, CPC), ou de dificultar a contestação pelo réu, caracterizando violação ao princípio da ampla defesa.

Há de existir nexos entre a causa de pedir e o pedido, ou seja, nexos de causa e efeito, podendo, pela inobservância, ocorrer vício na petição inicial de duas ordens, destacadas por Araken de Assis²²⁴.

De duas maneiras, pode a inicial padecer de vício: 1º) o autor tipificou fatos jurídicos, mas lhes atribuiu conseqüências que, de nenhum modo, a eles se relacionam; 2º) o autor qualificou erradamente os fatos jurídicos e, por isso, pediu efeitos inconcebíveis. Nessas hipóteses, embora lícito o juiz qualificar os fatos trazidos pela parte (retro, n.32.1), não poderá superar o obstáculo criado pelo autor, e contido na peça, face à proibição do art. 128: o pedido formulado diverge da causa de pedir, tal qual exposta. O erro da conclusão inviabiliza o próprio pedido. No entanto, se o autor expõe fatos que não interessam ao direito, o equívoco reside mais na falta de causa do que na conclusão inadequada.

Embora não haja pretensão de se fazer estudo específico sobre a causa de pedir, revela-se importante destacar a sua classificação adotada pela doutrina²²⁵: (a) simples; (b) composta ou complexa.

A causa é simples quando somente um fato jurídico a integra. Exemplo: pretensão de despejo com fundamento na falta de pagamento e demais encargos (art. 9º, III, da Lei 8.245/91).

²²⁴ ASSIS, A. **Cumulação de ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

²²⁵ TUCCI, J. R. C. e. **A causa petendi no processo civil**. São Paulo: RT, 2001. p.155.

Por outro lado, a causa seria composta, na hipótese de pluralidade de fatos jurídicos, com uma pretensão. Exemplo: (1) pedido de separação litigiosa, com fundamento em abandono material do cônjuge ou no adultério (aqui ocorre a concorrência de pedidos, ou seja, o mesmo pedido com fundamentos diversos).

A causa é complexa quando os fatos constitutivos justapostos diversos corresponderem a várias pretensões diferenciadas (cumulação de causas e de pedidos). Exemplo: (1) pedido de separação litigiosa, com fundamento em agressões físicas, cumulado com indenização por dano moral. Exemplo (2): pedido condenatório de pagamento de alugueres e acessórios inadimplidos (água, luz, telefone), bem assim pagamento de danos materiais causados no imóvel, por mau uso, decorrente de relação locatícia (cumulação de pedidos).

Releva ainda destacar a possibilidade da existência de causa de pedir constante – fato constante ou causa remota implícita -, apta para gerar conseqüências jurídicas, em cumulação de pedidos. Por exemplo, em relação contratual, pode ocorrer o inadimplemento por parte do contratado, possibilitando ao autor a formulação de diversos pedidos, como de resolução do contrato; de indenização dos danos materiais; de indenização dos lucros cessantes; de indenização de dano moral. Portanto, o inadimplemento contratual caracteriza uma causa de pedir, constante a vários pedidos. Aparentemente, os pedidos subseqüentes, ao primeiro de rescisão contratual, estariam desprovidos de causa de pedir, pois o inadimplemento seria exclusivo à resolução, que, por evidente não ocorre, pois não existe impedimento de que uma só causa não possa identificar vários pedidos. Situação inversa ocorre quando se tem pedido constante e várias causas de pedir (pedido de separação judicial, com fundamento em adultério, abandono material e injúria grave).

O não reconhecimento do fato constante ensejará a rejeição de todos os pedidos.

Existem ainda causas genéricas, tal qual se verifica dentre as hipóteses de separação litigiosa, previstas no artigo 5º, da Lei 6.515/77: conduta desonrosa de ato que importe violação aos deveres do casamento.

Para Yussef Said Cahal²²⁶,

configura-se conduta desonrosa no ato ou comportamento imoral, ilícito ou anti social de um dos cônjuges que, infringindo os deveres implícitos do matrimônio, provoca no outro cônjuge um estado ou situação de constrangimento, humilhação, desprestígio moral ou social, desconsideração no ambiente da família, do grupo ou da sociedade.

Já, os deveres do casamento estão previstos no artigo 1566 do Código Civil: fidelidade recíproca, vida em comum, no domicílio conjugal, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos e respeito e consideração mútuos.

Seriam situações jurídicas de descumprimento dos deveres do casamento, também, na lição de Yussef Said Cahali: o adultério, o quase-adultério (injúria grave), adultério casto (inseminação artificial), adultério precoce (causa de anulação de casamento por erro essencial, mas sem conhecimento do outro cônjuge), que configuram dever de fidelidade; a sevícia e agressão implicam a negação do dever de mútua assistência; a injúria grave, em sentido amplo, é qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento; em sentido técnico é a ofensa à honra, à respeitabilidade, à dignidade do cônjuge, quer consista em atos, quer em palavras.²²⁷

As hipóteses previstas no art. 5º, da Lei nº 6.5115/77, são tidas como "abstrações, tipos, modelos de comportamento negativo ou de situações insuportáveis"²²⁸ qualificadas por Cahali como "causas legais." Os fatos concretos

²²⁶ CAHALI, Y. S. *Divórcio e separação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.444.

²²⁷ *Ibid.*, p.364 et seq.

²²⁸ *Ibid.*, p. 674

que preenchem o modelo abstratamente considerado são denominados de "causas jurídicas".

Alexandre Alves Lazzarini refere-se às causas jurídicas, bem assim às causas legais, como sendo à causa de pedir remota, "eis que são os fatos constitutivos que possibilitam o exercício do direito de pleitear a dissolução da sociedade conjugal", sendo a causa próxima o casamento²²⁹.

Ainda, Lazzarini²³⁰ sustenta a necessidade de serem preenchidas as hipóteses genéricas com os fatos concretos da vida, eis que essas causas legais acolhem uma variedade de possibilidades, devendo ser identificado o fato relativo à causa de pedir remota.

Sendo as causas legais conceitos indeterminados, estes são preenchidos ou especificados, com as causas jurídicas. Isto significa dizer que, verificada a grave violação dos deveres do casamento (causa legal), será necessário que se diga qual o fato que constituiu essa grave violação, que poderá ser o adultério (nome jurídico de uma forma de violação do dever de fidelidade) ou abandono material (nome jurídico de uma forma de violação do dever de mútua assistência ou de sustento dos filhos), que são as causas jurídicas, por exemplo.

²²⁹ LAZZARINI, A. A. *A causa petendi nas ações de separação judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.64.

²³⁰ Lazzarini (1999, p. 64-67), destaca ainda o entendimento contrário de Ovidio Baptista da Silva, no sentido de que deve ser utilizada a expressão genérica, pois o autor pode diversificar os fatos, alegando, além do adultério, a falta de assistência material devida, ou abandono de lar". Arruda Alvim, posiciona-se pela necessidade da identificação da causa em concreto: se o juiz decreta a separação, baseado em adultério não alegado na inicial, será a sentença *extra petita*, portanto nula, embora a causa de pedir não integre o pedido, mas o identifica. Para José Rogério Cruz e Tucci, o fundamento global consubstanciado em grave violação dos deveres do casamento encerra um único fato (*causa petendi* simples) ou uma pluralidade de fatos (*causa petendi* composta) que deve ou que devem ser deduzidos na petição inicial por força da regra da eventualidade. Igualmente, nesse sentido Ernane Fidélis dos Santos: a alegação pura e simples de infração de deveres conjugais, para justificar separação judicial, é generalidade da qual não se conclui nenhuma consequência jurídica, pois a expressão " infração" apenas não a identifica, não a qualifica no mundo dos fatos, como circunstância capaz de gerar efeitos jurídicos.

Ainda podem ser destacados os vícios de vontade (art. 171,II, CC), como causa genérica, nos pedidos de anulabilidade de negócios jurídicos. Ora, se demandante não especificar qual é a espécie de vício, sem dúvida prejudicará a defesa do demandado. Assim, para a identificação do pedido, faz-se necessária a especificação do vício de consentimento, calcado em erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

Pode ocorrer, ainda, a causa genérica (fato constante), admissível em ações acidentárias, decorrentes de relações laborais, com pretensões de benefícios previdenciários (aposentadoria, auxílio acidente etc), com fundamentos em estado de incapacidade, agente insalubre (causa de pedir remota).

A admissibilidade de causa genérica é difundida nas ações acidentárias, em que pese a indignação de Milton Paulo de Carvalho²³¹, com toda razão, porque existe a ampliação da causa de pedir, considerando-se que o princípio da imparcialidade impõe ao juiz o dever de velar pela igualdade das partes.

A modificação e mesmo a ampliação do pedido e da causa de pedir têm sido sugeridas com fundamento na função social do processo, a qual tem como uma das suas aplicações práticas atribuir ao juiz um papel mais "ativo", eis que "convocado a suprir, em certa medida, as falhas da atuação dos litigantes. É o que tem ocorrido em demandas de indenização por acidente de trabalho, nas quais, por ser genérico o pedido, comportam alterações até do seu objeto mediato, enquanto no tocante à causa de pedir se tem sustentado e preconizado que a própria indicação do fato constitutivo não pode ser precisa. A oposição a tal doutrina faz emergir um dos problemas cruciais do processo civil moderno e muito particularmente do processo civil brasileiro, que é o da conciliação "entre a função assistencial", que se quer ver assumida pelo juiz, e a preservação de sua indispensável imparcialidade", como adverte Barbosa Moreira. O fundamento de tal oposição, extraído da jurisprudência, pode resumir-se em que é o direito material que se ocupa de normas de caráter protetivo ao hipossuficiente, prescrevendo favores e prevendo situações que implicam

²³¹ Milton Paulo de Carvalho, destacando o voto vencido do Juiz Kazuo Watanabe, no julgamento do 3º Grupo de Câmaras do 2º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, nos Embargos Infringentes nº 23.599, publicado in JTA-Lex-56, p.162. STJ-Resp nº 64.006/95-SP, rel. Min. Adeimar Maciel, 6ª Turma, j. 07.8.95, que reconheceu a possibilidade de concessão de benefício acidentário, ao invés de aposentadoria por invalidez, tendo em vista a incapacidade apenas parcial, eis que não configura nulidade por julgamento *extra petita*. (CARVALHO, M. P. de. *O pedido no processo civil*, p.145)

em inversão do ônus probatório. No processo civil, cabe ao juiz velar pela igualdade das partes.

A título ilustrativo, destaca-se o teor do voto vencido do eminente processualista, Juiz de Alçada, à época, Kazuo Watanabe, mencionado por Milton Paulo de Carvalho (nota de rodapé nº 231):

Ação acidentária, pelo nítido caráter social que tem e pelas suas peculiaridades, não reclama uma precisa substanciação da causa de pedir. Basta que o obreiro se diga incapacitado total ou parcialmente para o trabalho, à causa de macrotrauma ou de condições especiais de trabalho, para que se tenha atendido o requisito respeitante à causa de pedir. Leigos em medicina, como são o obreiro e seu patrono, seria demasiado rigor exigir deles que declinassem perfeitamente todos os sintomas e apontassem como precisão o mal que acomete o trabalhador.

De outro lado, tem-se como consequência da cumulação de causas de pedir, maior atividade jurisdicional; no concurso de causas com uma única pretensão, se não demonstrada a primeira, haverá a possibilidade de ser justificado o pedido na segunda, ou na terceira, atuando como causa subsidiária da antecedente. Ou, ainda, na cumulação complexa de causas e de pedidos correspondentes, a prestação jurisdicional será completa, somente após o exame das causas e da correspondente pretensão.

Oportuno, agora, examinar-se a influência da causa de pedir, como fundamento da decisão, na atividade jurisdicional. Se ao demandante cabe narrar o fato essencial com clareza e precisão, postulando as consequências jurídicas decorrentes desse fato, para o julgador não existe impedimento de adequá-lo corretamente à moldura legal, desde que nos limites fáticos aportados no processo, pois goza da liberdade de aplicação do direito (art. 126, CPC).

O juiz deve examinar os fatos que lhe são submetidos (*da mihi factum dabo tibi ius*) e extrair as consequências possíveis, à luz de todas as normas de direito

material (*iura novit curia*), ainda que essas normas não tenham sido mencionadas pelas partes.

Dos fatos essenciais e de seus efeitos jurídicos (causa) não pode se afastar o órgão jurisdicional, sob pena de incidir em *error in procedendo*²³², na precisa lição de Teresa Arruda Alvim Wambier²³³.

A *cause petendi* têm a função de identificar o pedido, exatamente da mesma forma que os fundamentos do decisório delimitam o seu sentido. Assim, deve entender-se que a identidade entre objeto do pedido e objeto da sentença envolve a identidade de causa de pedir (da petição inicial) e de fundamento (da sentença).

Por isso é que se tem decidido que também será *extra petita* a sentença que aprecie e conceda o pedido, mas por outro fundamento que não a causa de pedir invocada pela parte.

Todavia, é importante que se sublinhe que alterar-se o fundamento *jurídico* da inicial (qualificação *jurídica* da causa de pedir, e não a sua versão fática) na sentença não a torna *extra petita*. A *subsunção do fato à norma é dever do juiz*; pode a sentença, ao julgar ação em que se deu equivocada denominação jurídica ao fato, promover a correta interpretação do direito, o que não gera nulidade de tal ato processual.

A consequência de ser prestada a tutela, com fundamento em *causa petendi*, diversa daquela a que alude o demandante na inicial, é a nulidade da sentença.

Por seu turno, no concurso de causas, se rejeitada a primeira delas e, conseqüentemente, a pretensão, com a extinção do processo, mesmo havendo outras subsidiárias, haverá julgamento *citra petita*²³⁴, porque uma delas foi desconsiderada. Nesta hipótese, as demais causas de pedir, subseqüentes à primeira rejeitada, são fundamentos dos demais pedidos (concurso de pedidos). Portanto, inexistindo o julgamento, na mesma sentença, fica caracterizada a nulidade absoluta, por ofensa ao artigo 126 e 128, do CPC.

²³² Segundo Enrico Tullio Liebman, *error in procedendo* é aquele em que incorre o juiz no cumprir as atividades de seu ofício, seja no curso do procedimento, seja na formação da sentença, quando não observe as normas que regulam as formas e modalidades de seu operar. (*Manuale di diritto processuale civile*. 4 ed, Milano: Giuffrè, 1984. p.258. v. 2).

²³³ Nulidades, op.cit. p. 238.

²³⁴ Dinamarco, expressamente, afirma que decidir *citra petita* é decidir aquém do pedido, i. é, de modo incompleto. Não é o mesmo que decidir *infra petita*, o que significa decidir sobre todo o objeto do processo mas conceder ao autor menos do que o postulado (procedência parcial). Nisso, obviamente,

Pode-se argumentar que a(s) causa(s) de pedir e o(s) pedido(s) poderiam ser renovados em outra demanda, porque não seriam alcançados pelos efeitos da coisa julgada (art. 469, do CPC). No entanto, afigura-se a possibilidade de que, por ocasião do exercício da “nova” demanda - neste *interim*-, o direito, ou o seu exercício, venha a ser alcançado por fatos impeditivos, o que o inviabilizaria. Portanto, a possibilidade de ser exercida a pretensão ao objeto antes desconsiderado, poderia ser fulminada pela ocorrência da prescrição ou da decadência.

Assim, concluída a prestação jurisdicional, pelo trânsito em julgado da sentença, o remédio que se afigura cabível seria a ação rescisória²³⁵, por violar literal de disposição de lei (art. 485, V, CPC). Antes do trânsito em julgado, os embargos de declaração (art. 535, CPC) poderiam suprir a omissão, ou a apelação seria o recurso cabível para anular a sentença, e se não bastar o Recurso Especial ou o Extraordinário, para que outro julgamento seja realizado, agora, consideradas as causas de pedir desprezadas. Na hipótese de improcedência do pedido, e sem o exame de todas as causas, havendo apelação para a modificação do julgado, as demais causas não examinadas serão alcançadas pelo efeito devolutivo (art. 515, § 2º, CPC).

A conclusão é a de que a causa de pedir, sendo o elemento essencial da demanda, estabelece verdadeira conexão entre o provimento jurisdicional pleiteado pelo autor e a pretensão por ele formulada, razão pela qual, além de identificar o pedido, vincula a atividade jurisdicional.

não há vício algum. Capítulos de sentença. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 89, nota de rodapé.

²³⁵ Em abono ao cabimento da ação rescisória no caso de sentença *citra petita*. (MOREIRA, J. C. B. **Comentários ao código de processo civil**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 130; NERY JÚNIOR, N. **Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 275.)

6.2.2. Do Pedido

Os limites da prestação jurisdicional são determinados pelo autor da demanda, considerando-se, para tanto, que o direito ao exercício da ação lhe foi assegurado pelo Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional. Portanto, o direito de demandar²³⁶ é do autor, que pede o provimento, enquanto que ao réu fica assegurado o direito de "im-pedir" que essa tutela se concretize, nos seus termos, através dos instrumentos de defesa, eis que também está tutelado pelo devido processo legal.

Pode-se afirmar que o pedido estabelece o alcance máximo da prestação jurisdicional, pois as atividades reservadas ao demandado não têm o condão de ampliar o campo de abrangência do provimento jurisdicional²³⁷, mas sim de reduzi-lo (pela procedência parcial) ou de impedi-lo (pela improcedência). O pedido, portanto, delimita o resultado pretendido pelo autor da prestação jurisdicional. A prestação jurisdicional deve guardar correspondência com o pedido e seus fundamentos (art. 128 e 460 do CPC).

O pedido nada mais representa do que o bem da vida pretendido, como resultado final do processo, e o pleito ao juiz de uma providência para a ele ter acesso, considerando-se que, sem a intervenção estatal, não poderia ser obtido (exemplos: divórcio, separação etc). No pedido, especifica-se concretamente o bem e indica-se a espécie de tutela pretendida: declaratória, constitutiva, condenatória,

²³⁶ Para Barbosa Moreira demanda "é o ato pelo qual alguém pede ao Estado a prestação de atividade jurisdicional. Pela demanda começa a exercer-se o direito de ação e dá-se causa a formação do processo". (**O novo processo civil brasileiro**, p. 11-12.)

²³⁷ A defesa em si não altera nem amplia o objeto do processo – amplia o conhecimento dos fatos pelo juiz. A reconvenção amplia o objeto do processo, porquanto se introduz no processo mais um pedido a ser objeto de julgamento. Igualmente ocorre no procedimento sumário onde o réu pode, na contestação, oferecer pedido contraposto (art. 278, § 1º, CPC).

executiva ou mandamental. Assim, segundo Dinamarco,²³⁸ “os meios de tutela não passam de mera instrumentalização técnico-jurídica empregada para a outorga do bem”.

O pedido é composto de dois elementos: um imediato e outro mediato. O conteúdo imediato²³⁹ é a solicitação da tutela jurisdicional (providência declaratória, condenatória etc) que se deseja obter, dirigido ao poder estatal, a quem está afeto o poder-dever de prestar o serviço. O conteúdo mediato refere-se ao bem da vida (direito material), o qual se pretende obter, em face do demandado.

Para tanto, o artigo 286, do CPC, é imperativo no sentido de que “o pedido deve ser certo ou determinado. É lícito, porém, formular pedido genérico” (indeterminado).

O pedido será cominatório quando o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa e requerer a cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória (arts. 461, § 4º, e 461-A), na nova redação do art. 287, CPC²⁴⁰.

Admite-se ainda:

- (a) pedido alternativo (art. 288), “quando, pela natureza da obrigação, o devedor puder cumprir a prestação de mais de um modo”;
- (b) pedido em ordem sucessiva (art. 289) “ a fim de que o juiz conheça do posterior, em não podendo acolher o anterior” (subsidiário ou eventual);

²³⁸ DINAMARCO. C. R. **Capítulos de sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.58.

²³⁹ CARVALHO, destaca que “o provimento jurisdicional é o elemento- força ou elemento condicionante, enquanto que o bem jurídico-material é o elemento-efeito ou condicionado”. **O Pedido no processo civil**, ob.cit. p.97

²⁴⁰ alterado o art. 287, CPC, pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002, com vista a adequá-lo aos artigos 461 e 461-A, CPC.

- (c) pedido de prestações periódicas(art. 290), "quando a obrigação consistir em prestações periódicas considerar-se-ão elas incluídas no pedido, independentemente de declaração expressa do autor...;
- (d) a cumulação de pedidos (art. 292), desde que compatíveis entre si, e pedido "implícito" (art. 293,CPC).

A doutrina²⁴¹ ainda admite o concurso de pedidos²⁴², embora não previsto no ordenamento jurídico, quando está fundamentado em mais de uma causa de pedir. Exemplo: pedido de separação litigiosa com fundamento em adultério, ou agressões, ou abandono material.

O pedido exige dupla qualificação: certeza e determinação, com vistas à não dificultar o possível julgamento do mérito, ou, eventualmente, no futuro, a exeqüibilidade da sentença.

A certeza refere-se à clareza, à exatidão, ao modo expreso de ser, à conclusão e à aptidão do objeto que se pretende obter em juízo, não só em qualidade, mas também em quantidade e extensão. Não pode subsistir dúvida, na sua exata caracterização, distinguindo-se de outro semelhante (o que é devido).

A determinação atém-se aos limites ou a extensão do objeto, ou à sua definição (especificação). Somente se não for possível a quantificação dos bens pretendidos (o quanto é devido), no momento do ajuizamento da demanda, admite-se, como exceção, que seja o pedido genérico, mas determinável, nas situações relativas às ações universais, se não puder o autor individualar na petição os bens demandados; quando não for possível determinar, de modo definitivo, as conseqüências do ato ou do fato ilícito e quando a determinação do valor da

²⁴¹ PASSOS, J. J. Calmon . **Comentários ao código de processo civil**. 1989, p. 247-248.

²⁴² Trata-se de verdadeira concorrência de pedidos constantes.

condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu, todas especificadas no art. 286, I, II e III, do CPC.

Calmon de Passos²⁴³ afirma que determinar um pedido é extremá-lo de outros. Assim, pedido determinado "é o que externa uma pretensão que visa a um bem jurídico perfeitamente caracterizado". Quanto ao pedido certo "é o que deixa claro e fora de dúvida o que se pretende, quer no tocante à sua qualidade, quer no referente à sua extensão e qualidade". Conclui que "a certeza e a determinação, portanto, são qualidades que não se excluem, mas se somam", no pedido imediato e no mediato.

A lei, ao admitir a indeterminação, quando de pedido genérico, restringe-a ao aspecto quantitativo do pedido (*quantum debeat*), não podendo alcançar o que é devido (*an debeat*), posto que se estaria admitindo o pedido incerto.

Deve ser ressalvado que a generalidade pode dizer respeito ao pedido mediato²⁴⁴, posto que se refere aos limites quali-quantitativos, que poderão ser determinados, através de liquidação de sentença. O pedido imediato (provimento) não admite a indeterminação, pois "há de ser explícito e determinado porque, em princípio, nenhuma dúvida remota ou potencial pode abrigar o espírito do autor sobre o tipo de providência solicitada, na perseguição do conteúdo do pedido mediato, ao órgão jurisdicional", em conformidade com Araken de Assis²⁴⁵.

Para os fins da prestação jurisdicional, a consequência da formulação de pedido certo e determinado é a vedação (limitação) de ser proferida sentença

²⁴³ op.cit., p. 215.

²⁴⁴ ASSIS, A. de. **Cumulação de ações**, ob.cit, p. 232 e 234.

²⁴⁵ id. p. 234.

ilíquida (genérica), de acordo com o artigo 459, § único, do CPC,: "Quando o autor tiver formulado pedido certo, é vedado ao juiz proferir sentença ilíquida²⁴⁶".

O termo "ilíquidez" aqui empregado está equivocado, porque utilizado no sentido de indeterminado, daí necessidade de ser efetivada a determinação (especificação) na liquidação da sentença. Contrariamente, se formulado pedido genérico, não existe vedação a que o juiz prolate decisão específica, segundo Calmon Passos²⁴⁷.

O art. 459, parágrafo único, do Código, veda ao juiz proferir sentença ilíquida (genérica) quando o autor tiver formulado pedido certo. Disso não se infira que, formulado pedido genérico, não pode a sentença ser ilíquida (certa e indeterminada), quanto à sua conclusão. Antes, tudo recomenda que a indeterminação no tocante ao *quantum debeat* seja eliminada no próprio procedimento da ação de cognição, salvo se for impossível assim proceder. Conseqüentemente, não é exato afirmar-se que o pedido genérico implica a necessidade de duas ações ou dois processos sucessivos: no primeiro, decide-se se o réu deve; no segundo, apura-se quanto deve, se acaso a decisão no primeiro for favorável ao autor.

A propósito dessa assertiva, afigura-se contrária ao que determina o artigo 460 do CPC, que veda ao juiz prolatar sentença, em favor do autor, de natureza diversa da pedida, ou em objeto diverso do que lhe foi demandado, considerando-se que o autor pediu a declaração do "*an debeat*", sem precisar o "*quantum debeat*"; portanto, extravasará os limites da demanda, se precisar o *valor devido*²⁴⁸, trazendo surpresa para a parte.

Em que pese o princípio da adstrição vincular o juiz a entregar a prestação nos moldes como encomendada, Luiz Rodrigues Wambier²⁴⁹ afirma que a regra do parágrafo único, do artigo 459, do Código de Processo Civil, contraria os princípios

²⁴⁶ Se o autor fizer pedido certo o juiz estará proibido de proferir sentença ilíquida, quando ao certo deveria ser: quando o pedido for líquido (e não certo), o juiz estará obrigado a emitir sentença também líquida, pois não existe correlação entre pedido certo e sentença ilíquida.

²⁴⁷ PASSOS, J. J. C. de. **Comentários**... p. 216.

²⁴⁸ O Superior Tribunal de Justiça em suas decisões tem mitigado essa ausência de correlação entre o pedido e a decisão, afirmando a existência dessa regra inversa, desde que a questão haja sido debatida entre as partes, mister pelo exaurimento dos meios probatórios.

da economia processual e do amplo aproveitamento dos atos processuais, os quais " estão na base dos movimentos legislativos destinados a dar maior celeridade e efetividade ao processo civil brasileiro". No caso de o autor formular pedido certo, mas durante a instrução não consegue provar o *quantum debeatur*, "deve-se admitir que o autor obtenha condenação genérica, remetendo-se a prova dos fatos relativos ao *quantum debeatur* para o processo de liquidação".

Com inteira razão a insurgência de Luiz Rodrigues Wambier, levando-se em conta o Princípio da Efetividade dos provimentos jurisdicionais, com vistas à materialização do direito pretendido, além de que a jurisprudência mitigou a eficácia do art. 459, § único, do CPC, ressalvada a participação do réu nos fatos processuais²⁴⁹. Não caracteriza o provimento decisão *ultra petita*.

Ainda, existe expressa a vedação da entrega de prestação jurisdicional condicional, estampada no artigo 460, § único, do CPC: "A sentença deve ser certa, ainda que decida relação condicional".

A razão é simples. Se ao pedido condicional segue-se uma sentença condicional, esta não teria aptidão para propiciar qualquer resultado de certeza, ou de segurança jurídica, perseguidos pelos escopos da jurisdição, porque os seus efeitos também ficariam sujeitos à ocorrência de fatos ou à comprovação de eventos passados.

²⁴⁹ WAMBIER, L. R. *Liquidação de sentença*. 2.ed. ver.: atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 78.

²⁵⁰ STJ-RESP 285630-SP. Rel. Min. Rosaldo de Aguiar, 4ª Turma, j. 04.2.2002. " A alegação de sentença *ultra petita* (arts. 128 e 460 do CPC) foi rejeitada porque o Tribunal entendeu estar presente na petição inicial pedido que dispensava a liquidação por arbitramento. De qualquer forma, ainda que o pedido seja genérico, o juiz que dispõe de elementos para desde logo arbitrar o valor da condenação poderá fazê-lo sem ofensa aos dispositivos legais acima citados, pois nada recomenda sejam as partes enviadas à longa e custosa fase do arbitramento." No mesmo sentido: RESP 40364-RJ; RESP 13746-PR; RESP 20923-SP. Contra por ofensa ao contraditório: cfe. STJ-RESP 27284-PR;

A sentença condicional não apresenta definição do objeto litigioso. Exemplos: condenar o réu a pagar uma indenização, se depois o autor comprovar que o bem lesado é de sua propriedade, ou declarar rescindido o contrato no caso de futuro inadimplemento comprovado por parte do réu,²⁵¹ ou ainda declarar nula a penalidade disciplinar aplicada pela justiça desportiva ao jogador de futebol, desde que haja condenação comprovada (art.217, § 1º, CF).

Com certeza, a demanda que contenha pedido condicional é inepta, por ausência de possibilidade jurídica do pedido, de acordo com o artigo 295, inciso I c.c. parágrafo único, inciso III, do CPC.

A regra é de que o pedido dirigido ao órgão jurisdicional deve ser sempre certo e determinado, e, no caso de o pedido admitir interpretação, sê-lo-á nos termos do artigo 293, do CPC, qual seja restritivamente, admitindo-se, por expressa previsão, que os juros legais façam parte do principal, devendo a prestação ser entregue no modelo encomendado, observada a exceção.

Por outro lado, a doutrina²⁵², de modo geral, classifica os pedidos em : a) determinados e genéricos; b) fixos e alternativos; c) subsidiários ou sucessivos; d) únicos e cumulados; e) de prestação periódica; e f) cominatório.

Especificamente, Milton Paulo de Carvalho²⁵³ apresenta a seguinte classificação dos pedidos:

a) quanto ao conteúdo: (1) simples, quando integrado pelos elementos (1.1) de provisão jurisdicional (condenação, declaração etc) e (1.2) o bem jurídico; (2)

²⁵¹ DINAMARCO, C. R. *Instituições do processo*, p. 125. v. II.

²⁵² MOREIRA, J. C. B. *O novo processo civil brasileiro*. p.14-15; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado*, ob.cit, p.316-323; TUCCI, José Rogério. *Curso de direito processual civil*, São Paulo: Saraiva, 1989. p.119-132 v. 2; SILVA, Ovidio A. Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*, 5.ed, ver, atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.223-234 v. 1; MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p.38-69, v. III.

²⁵³ CARVALHO, M. de P. de. *O pedido no processo civil*, p. 99-110.

qualificado ou cominatório²⁵⁴, quando o objeto imediato é sempre *executivo lato sensu* e o mediato é a prestação do fato, a abstenção de ato ou a tolerância de alguma atividade ou de entrega de coisa, acrescido da cominação de pena pecuniária, para o caso de descumprimento da sentença; (3) implícitos, quando estiverem compreendidos no pedido simples ou no qualificado, ou presumirem-se neles compreendidos, embora por sua natureza pudessem constituir pedidos autônomos;

b) quanto ao número: (1) unitário, quando contém um único objeto imediato e um único objeto mediato, também denominado como pedido fixo; (2) cumulados, quando se apresentam ampliando o objeto litigioso, uma vez que constituem pretensões autônomas, podendo a cumulação ser (2.1) própria, que consiste na formulação de mais de um pedido unitário pelo autor contra o mesmo réu, sendo todos ligados ao primeiro pela conjunção aditiva "e" (art. 292, CPC), sendo que a cumulação própria pode ser *simples* (dois pedidos diferentes reunidos na mesma demanda) ou *sucessiva* (o segundo pedido somente pode ser atendido, se o primeiro for acolhido), sendo duas pretensões a serem objetivadas junto ao órgão jurisdicional, e (2.2) imprópria, que consiste na formulação de mais de um pedido unitário pelo autor, contra o mesmo réu, para que *somente* um deles seja acolhido, *substituindo* os pedidos pela conjunção disjuntiva "ou", denominada ainda de *cúmulo alternativo*, porque decorrente de *obrigação alternativa*, desde que a escolha para o cumprimento da obrigação recaia sobre o devedor (quando pela natureza da obrigação o devedor puder cumprir a prestação de mais de um modo – o pedido imediato será sempre condenatório, variando somente o pedido mediato). Pode,

²⁵⁴ Luiz Rodrigues Wambier considera que "a cominação é pedido subsidiário, já que o principal é a condenação, mas que visa a impedir a frustração daquilo que o autor visa a obter, na medida em

ainda, ser imprópria²⁵⁵ a cumulação, quando o autor formula mais de um pedido, para que se *acolha o posterior*, em não podendo acolher o anterior. Entre os pedidos está a condicional "se", tratando-se de *cúmulo eventual*, ou de pedidos *sucessivos*, pois somente uma pretensão será objeto da prestação jurisdicional.

A cumulação de pedidos, revela-se de real importância para a determinação dos limites da atividade jurisdicional, isto é, o objeto da demanda subordina o poder de agir, naquilo que se pede (*petitum*) – o que imediatamente se pede, que é a atuação da lei –, e, de outro lado, o objeto (bem da vida) – objeto mediato da demanda, cujo alcance se coordena pela atuação da lei²⁵⁶. O pedido, como pretensão processual, define o objeto litigioso do processo e vincula à atuação jurisdicional.

Cumular tem significado de acumular, de justapor, de sobreposição. Portanto, deseja-se mais de uma coisa. Tecnicamente, não parece correto o termo "cumular" para pedidos sucessivos (eventuais) – cumulação imprópria –, porque, embora o demandante formule mais de um pedido, pretende o acolhimento de apenas um deles, na ordem apresentada. Estará satisfeito, na cumulação dita eventual, com a primeira pretensão, se acolhida, ou, se rejeitada, com o acolhimento da segunda. Sob esta ótica, o demandado estará satisfeito com o provimento de qualquer das pretensões. No entanto, a satisfação integral do autor ocorre somente com o

que a sanção pecuniária mostra-se como meio coercitivo para o cumprimento da obrigação imposta". (Curso avançado, op. cit., p.320.)

²⁵⁵ Barbosa Moreira emprega a classificação de cumulação sucessiva em sentido lato, que é caracterizada pela formulação de dois ou mais pedidos, ou um pedido com dois ou mais objetos mediatos, para obter um único dentre eles. Nesse contexto podem surgir as figuras da cumulação alternativa e da cumulação eventual. A primeira, aliás, só impropriamente pode ser considerada modalidade de cumulação de pedidos, pois a pluralidade que nela existe não é de pedidos, mas de objetos (mediatos) do pedido. Distinguem-se ambas, ademais, porque na cumulação alternativa, em casos de procedência, é a vontade da parte que determina qual dos possíveis resultados práticos se atingirá; na cumulação eventual, essa vontade é irrelevante, cabendo a determinação do resultado ao órgão judicial, que pode acolher o pedido principal, ficando prejudicado o subsidiário; ou, em ejetando aquele, acolher o subsidiário, segundo sua convicção. A cumulação eventual é figura simétrica e oposta à da cumulação sucessiva. (O novo processo civil. p.16.)

provimento do pedido principal. Se for provido o pedido secundário, haverá sucumbência parcial, entre o foi pretendido e o que foi obtido. Observe-se, a propósito desta conclusão, que o valor da causa, quando houver pedido alternativo, será sempre o do pedido principal, a teor do artigo 259, inciso IV, do CPV, o que significa dizer, *a priori*, ser o valor do pedido subsidiário menor do que o do principal.

Na formulação de pedido *simples unitário*, a atividade jurisdicional será completa pelo esgotamento do exame do *meritum causae*, para satisfazer o demandante, outorgando-lhe o bem da vida, declarando-se que tem o direito alegado (é antecedente àquela pretensão), através do provimento jurisdicional, realizado em dois momentos lógicos distintos; ou, contrariamente, negando-lhe o bem da vida, declarando que não tem o direito, rejeitando o provimento pretendido. A tutela jurisdicional somente será concedida se o demandante tiver razão. O alcance do bem da vida estará condicionado ao direito do provimento almejado.

Não existe maior complexidade nessa tarefa jurisdicional. Exemplo: pedido condenatório de pagamento de 100 reais, pelo não pagamento da mensalidade escolar, decorrente da prestação de serviços educacionais, do mês de janeiro/2003. Comprovados a relação jurídica e o inadimplemento, a procedência do pedido é a consequência lógica. Entretanto, poderá ser comprovada pelo réu a inexigibilidade da prestação, ou que, ao tempo do ajuizamento da demanda, houve o pagamento do débito. Neste caso, o autor será carecedor do direito de ação (art. 267, inc. VI, CPC). Sob hipótese, também, poderá o demandado comprovar que efetuou, anteriormente ao ajuizamento, o pagamento parcial de 50 reais, sendo, destarte, a pretensão parcialmente procedente. Seja qual for o resultado da prestação jurisdicional "*stricto sensu*", haverá sucumbência, para o réu ou para o autor, ou

para ambos, cujo enfoque será objeto de oportuna consideração (procedência, improcedência ou parcialmente procedente o pedido).

Complexidade maior encontra-se no exame dos *pedidos concorrentes*, isto é, quando a pretensão vem fundamentada em duas ou mais causas de pedir²⁵⁷, com aparência de pedido composto (mais de um), mas que caracteriza uma *concorrência de pedidos* (o pedido sendo constante não se pode afirmar a existência de cumulação de pedidos. No pedido constante, com várias causas de pedir, o provimento e o bem da vida é único; nos pedidos cumulados mais de um provimento é concedido, relativo a bens da vida diversos a serem alcançados).

Tecnicamente, existem *dois pedidos, mas homogêneos*, porquanto cada *causa petendi* identifica um pedido. A segunda *causa* qualifica o segundo pedido não como *subsidiário*, mas também principal (e o único), porquanto somente deverá ser conhecido, no caso de rejeição do antecedente. Exemplificando: pedido de separação litigiosa, com fundamento em adultério ou agressões físicas. Nesta hipótese, haverá o pedido de separação litigiosa, com fundamento em adultério. Uma vez não comprovada alegação, deverá ser examinado o segundo pedido de separação litigiosa, com fundamento em agressões físicas. Se, também não comprovada esta alegação, a pretensão de separação litigiosa será improcedente. No entanto, o provimento do primeiro pedido será *prejudicial* ao segundo. Contrariamente, não provido o pedido antecedente, a atividade jurisdicional deverá se esgotar somente com o exame do segundo pedido (e sua causa) subsequente,

²⁵⁷ Ricardo Tjader expressa entendimento de que "a cumulação eventual de causas não caracteriza a cumulação eventual de pedidos. Também deve-se ter cuidado no sentido de que somente caracteriza essa espécie de cumulação a existência de mais de um pedido formulado em ordem sucessiva, para que o juiz acolha apenas um deles. Não se trata de exemplar desta natureza, quando existir pluralidade de causas de pedir embasando o mesmo pedido, pois aí o que teremos será um pedido único com mais de uma causa de pedir, que caracteriza cúmulo causal". (AJURIS nº 71, p. 37-42, nov, 1997).

sob pena de omissão do ofício, caracterizando o *error in procedendo*, com violação à disposição legal (art. 128, CPC).

A prestação jurisdicional improcedente, isto é, sem a outorga do bem da vida, após o exame de apenas uma das causas de pedir, sem consideração (omissão) das demais sucessivas, poderá ser corrigida, através dos embargos de declaração (art. 535, CPC). No entanto, se a decisão final for impugnada, através de apelação, será decretada a sua nulidade, por julgamento *infra petita*, conforme entendimento de Teresa Arruda Alvim Wambier²⁵⁸.

Será *ultra petita* a sentença que for capaz de exarar efeitos jurídicos mais amplos do que os pleiteados pela parte, ou seja, a sentença em que o juiz, ao decidir, considerou ou apreciou menos do que foi pedido.

Vê-se, portanto, que os vícios *extra* e *ultra petita* ligam-se a conceder (ou a não conceder) *fora* do que terá sido pedido ou mais do que está sendo pedido; enquanto o vício de que padece a sentença *infra petita* diz respeito à *desconsideração*, ao não-julgamento, à não-apreciação de parte do pedido.

Cumpra, ainda, anotar que na doutrina e na jurisprudência os exemplos que se citam de sentenças *infra petita* são muito freqüentemente de sentenças proferidas em processo onde se formulou mais de um pedido, e não se decidiu (não se julgou, não se considerou, não se apreciou) um deles.

Ora, a sentença que aprecia mais de um pedido, seja caso de cumulação, de reconvenção, de oposição etc, é formalmente uma, mas materialmente *dúplice e cindível*. Portanto, se decidiu "um" dos pedidos, e se "não se considerou o outro" (ou os outros), parece que estaremos, na verdade, em face de *duas sentenças*: uma delas não eivada do vício e a outra inexistente, fática e juridicamente.

Todavia, a jurisprudência tem considerado este tipo de sentença, em que se decidem dois ou mais pedidos, como um todo. Portanto, como um todo, que seria sentença rescindível.

Considerando-se como duas sentenças, unidas apenas formalmente, uma delas seria atacável por meio de ação declaratória de inexistência, pois a esta sentença faltariam *decisum*.

A regra igualmente se aplica em relação ao demandado, quando tenha invocado vários fundamentos para a rejeição do pedido, mas que a atividade jurisdicional esgotou-se, após o exame do primeiro deles, silenciando-se sobre os demais.

No caso de pedidos homogêneos, com várias causas de pedir, somente ocorrerá sucumbência pela rejeição de todas as causas. Se rejeitada a primeira causa, ou a segunda, e acolhida a terceira, a procedência será integral, porquanto o

²⁵⁸ WAMBIER, T. A. A. *Nulidades do processo e da sentença*. p.243-244.

bem da vida perseguido é um só. Note-se que não existe interesse de recorrer, quando um dos fundamentos anteriores for rejeitado.

A complexidade da atividade jurisdicional ainda permanece em relação ao julgamento dos pedidos *cumulados próprios simples* sucessivos quando o demandante desejar *mais de um bem da vida* (pugna-se pela procedência de todos) – e dos pedidos cumulados *impróprios simples* eventuais (subsidiário, alternativo) – quando o demandante faz mais de um pedido, desejando, apenas, que um deles seja acolhido.

Descabe aqui aclarar as razões pelas quais o demandante indica os diversos caminhos, com vistas a obter a prestação jurisdicional, mas, dentre elas estão, sem dúvida, a intenção de aumentar a área de abrangência do pedido e de ter maiores possibilidades de sair vitorioso, pelas incertezas decorrentes da relação, prevenir a ocorrência de prescrição e a de decadência do direito, e por economia e celeridade processual²⁵⁹.

Faz-se ainda necessária a distinção entre a cumulação (própria) de pedidos simples, da cumulação (própria) de pedidos sucessivos e da cumulação (imprópria) de pedidos eventuais.

Na cumulação simples, cada pedido é independente dos demais; nada têm em comum, salvo o seu sujeito. A postulação do autor é de procedência de todos os pedidos e essa autonomia define também a do julgador, na prestação jurisdicional, levando-se em conta a possibilidade de serem todos os pedidos julgados procedentes; ou, um procedente, ou parcialmente procedente, e os demais

²⁵⁹ Ricardo Luiz da Costa Tjäder "a cumulação eventual de pedidos justifica-se pelos princípios da economia, da pacificação social, da integridade da ordem jurídica, da efetividade do processo, sendo as seguintes vantagens do demandante: aumento da área de abrangência do pedido; diminuição de risco em relação a pretensões audaciosas e não perecimento do direito por prescrição ou decadência". (**Cumulação eventual de pedidos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 41-48).

improcedentes, e todas as combinações admissíveis, tudo de acordo com o que se apurar, acerca de cada um deles. Exemplo: pedidos de cobrança de débitos em contrato de compra e venda e em contrato de mútuo; pedidos de cobrança de dívidas em contratos de mútuos diversos; pedido de nulidade de cláusulas em contratos de mútuos diferentes.

Na *cumulação própria sucessiva*, o exame e a procedência do *segundo* pedido fica na *dependência do acolhimento do antecedente*, ou seja, tem caráter de dependência. A postulação é de procedência de todos os pedidos formulados. Exemplo: pedido de investigação de paternidade cumulado com o de petição de herança; pedido de investigação de paternidade cumulado com pedido de alimentos; pedido de separação litigiosa, cumulado com o pedido de alimentos, cumulado com a guarda dos filhos; pedido de despejo por inadimplemento cumulado com cobrança dos alugueres; pedido de resolução de contrato, por inadimplemento, cumulado com pedido condenatório de perdas e danos.

Na *cumulação imprópria eventual*, dos pedidos subseqüentes somente um poderá ser julgado procedente, na eventualidade de o anterior não ser acolhido. A regra é inversa da *cumulação própria sucessiva*, mas o segundo depende do não acolhimento do primeiro.

Em relação à atividade jurisdicional, tem-se que, na *cumulação simples* de pedido, o juiz deverá examinar todos, porque são autônomos, independente do resultado de cada um, sendo a ordem dos pedidos irrelevante. O silêncio, ou a ausência do exame de um deles, caracteriza a omissão, que poderá ser sanada, através de embargos de declaração.

A atividade jurisdicional, na *cumulação própria sucessiva* de pedidos, é complexa, pois, sendo o pedido anterior acolhido, o subseqüente *obrigatoriamente*

deverá ser examinado, podendo este ser, ou não, acolhido. Entretanto, se o pedido antecedente for rejeitado, o subsequente fica prejudicado.

Em sede de cumulação própria sucessiva de pedidos não existe a hipótese de improcedência de mais de um deles; apenas o do antecedente ou apenas o do subsequente; se o antecedente for rejeitado, o subsequente será prejudicado. Em matéria de sucumbência, será total no caso de rejeição do primeiro pedido e parcial se acolhido o segundo.

Igualmente, a atividade jurisdicional será complexa²⁶⁰, no caso de cumulação imprópria eventual, levando-se em conta que, no caso de rejeição do pedido precedente, obrigatoriamente, deverá o juiz prosseguir no exame do subsequente; se o antecedente for rejeitado, e, não havendo outro, estará esgotada a atividade. A procedência do pedido antecedente prejudica o exame dos demais.

Somente haverá sucumbência integral, quando do não acolhimento de nenhum dos pedidos do autor, isto é, o acolhimento do primeiro pedido não caracteriza sucumbência em relação ao sucessivo. Sendo rejeitado o primeiro pedido, mas acolhido o segundo, ensejará sucumbência parcial, porque o demandante não estará atendido com o bem da vida eleito como principal.

Também, não se considera haver omissão, supriável por embargos de declaração, se o pedido subsequente não for examinado, porque acolhido o primeiro; contudo, se rejeitado o pedido antecedente e não for examinado o pedido

²⁶⁰ STJ-REsp 129.193-RS, Rel. Min. Hélio Mosimann. "Se a inicial pediu a aplicação do princípio da equivalência, ou, assim não se entendendo, que fosse a majoração das prestações limitada ao incremento do salário mínimo, concluindo a própria decisão recorrida ser o pedido sucessivo, impunha-se a apreciação do principal. O segundo pedido somente será objeto de decisão na eventualidade da improcedência do primeiro".

subseqüente haverá omissão, caracterizando *error in procedendo*²⁶¹, o qual poderá ser sanado através de embargos de declaração.

Na cumulação imprópria eventual, não havendo o acolhimento do pedido principal, e sim o provimento do pedido secundário, nasce interesse recursal para o manejo do recurso de apelação, em relação ao pedido desprestigiado. Registre-se que essa posição está em consonância com a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo²⁶² que reconheceu o interesse de recorrer em caso de rejeição do pedido principal, embora acolhido o subsidiário, com o fundamento de que "não se situando os pedidos no mesmo grau, o não acolhimento de um deles empresta legitimidade²⁶³ ao autor para recorrer, embora o segundo ou o terceiro tenha sido acolhido". Tanto assim o é que o autor se mostrou inconformado, insistindo, na apelação pela procedência do pedido principal "na ordem de importância e precedência".

Sob esta ótica, afigura-se plausível o manejo do recurso de apelação pelo autor para, após o acolhimento integral do pedido subsidiário, buscar o acolhimento do pedido principal, porque, na oportunidade da postulação, houve preferência pelo bem colocado em primeiro lugar²⁶⁴, tendo o autor interesse de recorrer, o qual Barbosa Moreira²⁶⁵ entende:

Resultar da conjugação de dois fatores: de um lado, é preciso que o recorrente possa esperar, da interposição do recurso, a consecução de um resultado a que corresponda situação *mais vantajosa*, do ponto de vista *prático*, do que a emergente da decisão recorrida; de outro lado, que lhe seja necessário usar o recurso para alcançar tal vantagem.

²⁶¹ STJ-REsp. 26.423-0-SP. Rel. Min. Waldemar Zveiter, 3ª Turma: Caracteriza sentença *citra petita*, por isso nula, a rejeição do pedido principal sem, contudo, apreciar o subsidiário ou sucessivo, pelo que, neste caso, o julgado não esgotou a prestação jurisdicional, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o último. Trata-se, como se colhe da doutrina, de pedidos formulados para a eventualidade de rejeição de um deles (o principal ou o subsidiário). No mesmo sentido REsp. 122.345-MG, 2ª Turma.

²⁶² TJSP-3ª C.C. Ap.Civ. 286.073-Rel. Osvaldo Caron, j. 27.09.1979, in Lex-64, pp.90-94.

²⁶³ O problema é de interesse e não de legitimidade.

²⁶⁴ Várias são as hipóteses de apelação nas pretensões de pedidos cumulados.

²⁶⁵ MOREIRA, J. C. B. *Comentários ao código de processo civil*, 8.ed, Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 5, p. 295.

Igualmente, o réu tem interesse de recorrer de quaisquer dos pedidos acolhidos. Se acolhido o pedido principal, o réu tem interesse de recorrer, para que haja a reforma da sentença, para reconhecimento da improcedência deste pedido, ou para o provimento do pedido subsidiário, que, em tese, lhe seria menos oneroso.

Outras situações podem ocorrer, em tese, na cumulação eventual quando o demandado reconhecer o pedido subsidiário, ou, ainda, quando o pedido principal for acolhido parcialmente, surgindo as seguintes indagações: a) poderá o demandante desistir do pedido principal garantindo o provimento jurisdicional do pedido reconhecido?; b) sendo parcial o acolhimento do pedido principal, o pedido subsequente deverá ser objeto de exame?

Na cumulação subsidiária de pedidos, o exame deverá ser iniciado sempre na ordem em que são apresentados, na petição inicial, considerando-se que o demandante segue a ordem de postulação do mais importante, principal, para o menos importante, secundário. A ordem de formulação dos pedidos, estabelecida pelo autor, deve ser observada pelo juiz, ainda que qualquer pedido lhe satisfaça, embora o grau de satisfação não seja o mesmo.

Assim, o reconhecimento do pedido secundário, ou eventual, pelo réu, não autoriza o juiz a desconsiderar o pedido principal, com o fundamento de que estaria prejudicado, por falta de interesse de agir superveniente, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça²⁶⁶: "O reconhecimento pelo réu da procedência de pedido subsidiário não importa extinção do processo com julgamento, ou por falta de interesse de agir do autor, porquanto perdura a lide em face do pedido principal", mostrando conformidade com o artigo 286, CPC.

²⁶⁶ STJ-REsp. 8.892-SP.

Quanto à possibilidade da desistência do pedido principal, após o reconhecimento do pedido secundário pelo réu, não se vislumbram óbices, à luz do artigo 264, § 4º, do CPC, ainda que não conte com a anuência do demandado, visto que qualquer um dos bens postulados satisfaz o demandante.

Por outro lado, sendo o pedido principal acolhido parcialmente, está o juiz autorizado a continuar o exame do pedido subsequente, pois, presume-se que ainda exista a possibilidade de o pedido subsidiário atender integralmente o interesse do autor.

Nesse sentido posiciona-se Ricardo Tjader²⁶⁷:

....o interesse do autor estará melhor atendido com a procedência do pedido subsidiário do que com a procedência parcial do primeiro pedido. Deverá ele, obrigatoriamente, fazer constar da fundamentação da sentença tanto os motivos pelos quais poderia deferir apenas parcialmente o primeiro pedido com as razões jurídicas do acolhimento integral do segundo pedido.

A propósito, tome-se por exemplo o pedido de dissolução de sociedade de fato cumulado com partilha integral de bens ou indenização por serviços prestados. Se dissolvida a sociedade de fato, e concedida apenas parte dos bens amealhados pelas partes, na partilha, poderá ser examinado o pedido subsidiário de indenização, que poderá se mostrar mais favorável à parte, pela possibilidade de ser julgado integralmente procedente o pedido eventual.

Mas, examinado o pedido subsidiário, concluindo-se pelo seu acolhimento parcial ou pela sua rejeição, deve prevalecer o acolhimento parcial do pedido principal, porque o autor não poderia ser contemplado com dois bens parciais, eis que somente um deles deve resolver a sua pretensão.

²⁶⁷ TJADER, R. L. da C. **Cumulação eventual de pedidos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.37.

No *pedido qualificado ou cominatório*, que tem por objeto a proibição de o réu a não praticar algum ato, ou tolerar alguma atividade, ainda na prestação de obrigação de fazer ou ainda a entrega de coisa, existe a possibilidade de ser cumulado um preceito cominatório, de acordo com o artigo 287, CPC, que nada mais é do que a cominação de uma pena pecuniária para o eventual descumprimento da ordem judicial (sentença de natureza mandamental). Exemplo: proibição de determinada pessoa não executar músicas em estabelecimento comercial, sem a adoção de providências para evitar a propagação do som, com perturbação do sossego da vizinhança, pagar uma multa, prescrita em valor.

No entanto, o artigo 287 do CPC, diante do preceito contido no artigo 461, § 4º, do CPC, que contempla a imposição de pena pecuniária para o cumprimento da obrigação específica, afigura-se redundante no sistema, além de aparentemente ser mais oneroso para o autor, pois exige o "pedido" de multa (de natureza processual), na petição inicial, enquanto que ao art. 461 autoriza expressamente a imposição de multa *ex officio*, no processo de conhecimento e na execução *lato sensu*. Portanto, o pedido cominatório, na inicial, é dispensável, posto que, a qualquer momento, pode ser a multa utilizada como elemento indutor (coator) da vontade do demandado para cumprir a ordem judicial.

A atividade jurisdicional esgotar-se-á no caso de rejeição do pedido principal de prestação, eis que o pedido de cominação de pena pecuniária é dependente do primeiro. Não se trata de "cumulação própria sucessiva de pedidos", porque o "pedido cominatório" não tem qualquer natureza jurídica de pedido, com suporte em relação de direito material, não possui independência e não pode ser postulado autonomamente. A multa assume especial relevância na tutela das obrigações de

fazer, não fazer e de entrega de coisa para o seu efetivo cumprimento. É apenas meio coercitivo ou indutivo para que a ordem mandamental seja efetivada.

No *pedido de prestação periódica*, decorrente de relações contratuais onde esteja pactuado o cumprimento de prestações periódicas, ditas de trato sucessivo, é admitido que seja adicionado à demanda *pedido implícito*, nos moldes do artigo 290 do CPC. Ao pedido condenatório de pagamento de prestações vencidas, até o ajuizamento da demanda (da lei de alimentos ou da lei de locação), também serão adicionadas as prestações vincendas, durante o curso do processo, e as demais devidas (mesmo depois da sentença), enquanto perdurar o vínculo obrigacional, independente de postulação específica, porque decorre de dispositivo legal, cuja matéria é de ordem pública (as partes não podem dispor ao contrário, porque não produz qualquer efeito jurídico).

Ademais, considerando a inexistência de pedido específico acerca da condenação do demandado ao pagamento das prestações vincendas, no curso do processo, *de ofício*, o juiz deverá inclui-las na sentença, observado o contraditório, com a ressalva de que a execução da sentença, relativa às prestações vincendas só será possível quando estas se tornarem exigíveis.

Constata-se que o devedor é condenado a cumprir prestações ainda não vencidas, sujeitas a termo, sendo medida excepcional, com vistas a evitar a repetição de demandas idênticas, concorrendo para a economia processual e uniformidade de julgamentos²⁶⁸.

A atividade jurisdicional será incompleta, se deixar de incluir na condenação as prestações futuras, previstas no contrato, cuja omissão deverá ser suprida por embargos de declaração.

²⁶⁸ PASSOS, J. J. C. de. *Comentários ao código de processo civil*. p. 236

Ainda, sobressai a possibilidade de ser ampliada a prestação jurisdicional, de ofício, quanto aos juros legais²⁶⁹ que deverão ser compreendidos no principal, em que pese a regra prevista, no artigo 293, do CPC, reclame interpretação restritiva, mas ressalva a hipótese.

Conclui-se que o pedido limita a atividade jurisdicional, exceto nas hipóteses de matérias de ordem pública: pedidos implícitos, prestações periódicas e pedido cominatório.

6.3 DA RESPOSTA DO DEMANDADO

O exercício do direito de ação, pelo ajuizamento da demanda, traz como consequência inarredável a garantia constitucional do direito ao contraditório, que possibilita ao demandado o exercício do direito de ampla defesa, o qual deve ser assegurado, na relação processual, pelo juiz.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa possibilitam aos sujeitos do processo à adoção de postura ativa no seu desenvolvimento, com vistas à obtenção do resultado pretendido. A ampla participação das partes contribui na formação do convencimento do julgador para o provimento final, que é o objeto da prestação jurisdicional. Portanto, a participação efetiva dos envolvidos na relação processual influi no resultado do julgamento, razão pela qual o sujeito imparcial do processo (juiz) também está abrangido pelo princípio do contraditório²⁷⁰.

Na visão moderna e adequada de contraditório, portanto, considera essencial para sua efetividade a participação ativa também do órgão

²⁶⁹ Súmula 254 STF: "Incluem-se os juros moratórios na liquidação, embora omissa o pedido de condenação".

²⁷⁰ BEDAQUE, J. R. dos S. **Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório**. Causa de pedir e pedido no processo civil. TUCCI, J. R. C. e.; BEDAQUE, J. R. dos S. (Coord.). São Paulo. Revista dos Tribunais, 2002. p.21.

jurisdicional. Tanto quanto as partes, tem o juiz interesse em que sua função atinja determinados objetivos, consistentes no escopo da jurisdição. Os valores determinantes do modo de ser do juiz, na condução da relação processual não são os mesmos vigentes no início do século. A crescente complexidade das situações regidas pelo direito substancial, a enorme disparidade econômica entre os sujeitos do direito, a integração cada vez maior de culturas jurídicas diferentes, determinada pelo que convencionou chamar de globalização, tudo isso exige maior preocupação do representante estatal com o resultado do processo. Vem daí a idéia do juiz participativo.

A exposição dos fatos, dos fundamentos jurídicos e a formulação do pedido, de forma clara e precisa, permitem ao demandado (réu) o exercício pleno do direito de defesa, possibilitando-lhe saber exatamente que matérias deve enfrentar, em sua resposta.

Portanto, como consequência, o fato não suscitado pelo autor na petição inicial, embora possa ser percebido pelo juiz, não se torna questão controvertida, porque é impossível o demandado sobre o fato (inexistente) se manifestar, razão pela qual é impossível ser considerado por ocasião da sentença (exemplo: na pretensão de separação judicial, com fundamento em infidelidade conjugal, não tendo sido suscitado pelo autor outra conduta desonrosa ou violação dos deveres do casamento, é vedado ao juiz, uma vez não provada a infidelidade, mas sim provadas sucessivas agressões corporais, decretar a separação judicial, com base no fato da agressão, porque não se considera questão controvertida).

Assim, se o juiz considerar fatos essenciais não constantes da causa de pedir surpreende a parte demandada, porque não submetida ao debate, frustrando-se a efetividade da ampla defesa.

Fica o juiz adstrito aos fatos essenciais, aos fundamentos jurídicos e ao pedido, não devendo julgar fora da postulação. Portanto, existe perfeita sintonia entre a pretensão e a sentença, em decorrência da garantia do contraditório, da

imparcialidade do órgão jurisdicional e da inércia da jurisdição, exceto em situações ressalvadas em lei (por exemplo: art. 461, § 4º²⁷¹, CPC, art. 7º, da Lei 8.560, de 29.12.1992, art. 267, § 3º, 462, CPC).

Em que pese as matérias de ordem pública possam ser conhecidas de ofício pelo julgador (art. 267, § 3º, CPC, art.168,§ único, C.C), Bedaque²⁷² considera “ inadmissível considerá-las para efeito de acolhimento de uma pretensão, se não integram os limites objetivos da demanda. Esta não comporta ampliação por iniciativa do juiz” .

Para dar guarida ao seu posicionamento, afirma Bedaque²⁷³ que

é possível a rejeição de pedido fundamentado em contrato, se o juiz vislumbrar a existência de incapacidade absoluta de algum dos contratantes, ainda que tal fundamento não seja invocado pelo réu, mas não pode declarar nulo esse mesmo contrato, por incapacidade absoluta, em demanda versando sobre sua anulabilidade por vício de vontade.

As razões esposadas encontram suporte na vedação de a decisão valer-se de causa de pedir e pretensão alheias àquelas relatadas na inicial. Nesse ponto, não se afiguram satisfatórias as razões apontadas. Em relação às condições da ação, elas devem estar presentes, na exposição dos fatos e fundamentos jurídicos, na petição inicial. São as condições de admissibilidade da demanda, que interessam diretamente ao Estado-juiz, não podendo sobre elas dispor as partes. Mesmo que não sejam argüidas pelo demandado, antes de discutir o mérito (art. 301, CPC), a matéria não é alcançada pela preclusão (art. 245, § único, CPC), podendo ser conhecida de ofício pelo juiz.

²⁷¹ A natureza jurídica da multa não é de pedido decorrente de relação de direito material, posto que não integra a pretensão, servindo apenas de meio coercitivo para a efetividade da prestação específica

²⁷² BEDAQUE, J. R. dos S. **Elementos objetivos da demanda à luz do....** p. 47.

²⁷³ Id.

Em relação à incapacidade absoluta para a prática de atos civis (art. 166, CC), que nulifica os atos praticados nessa condição, também, é matéria de ordem pública, conhecível de ofício pelo juiz (art. 168, § único, CC), eis que aqui não incide o princípio dispositivo.²⁷⁴

Note-se que a nulidade é objeção ao conhecimento do direito pretendido pelo autor²⁷⁵. No exemplo externado, se a pretensão deduzida fosse de rescisão contratual, por inadimplemento, o pedido seria rejeitado, em face do reconhecimento da incapacidade absoluta, mesmo que comprovado o inadimplemento do incapaz. A improcedência do pedido é matéria de mérito; portanto, se comprovado o inadimplemento, a procedência da demanda seria a consequência, o resultado. Não haveria, desta feita, motivação lógica para a rejeição da demanda.

Quanto à não decretação da nulidade do contrato, com fundamento em incapacidade absoluta, porque não consta da causa de pedir e do pedido específico, a afirmação está em desconformidade com o sistema, eis que "as nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las ainda que a requerimento das partes", de acordo com o parágrafo único, do art. 168, CC, levando-se em conta a desnecessidade explícita de causa de pedir e de pedido.

O juiz pronunciará a declaração de nulidade do ato jurídico, por vício, em face da incapacidade absoluta (*prejudicial de mérito*), que se amolda ao princípio da economia processual, porque, se, no exemplo, for rejeitado o pedido de rescisão, com fundamento em incapacidade absoluta, provavelmente o negócio jurídico, de

²⁷⁴ Nelson Nery Jr. "As normas do CDC são *ex vi legis* de ordem pública, de sorte que o juiz deve apreciar de ofício qualquer questão relativa às relações de consumo, já que não incide nesta matéria o princípio dispositivo. Sobre elas não há preclusão e as questões que dela surgem podem ser decididas e revistas a qualquer tempo e grau de jurisdição. (**Novo Código Civil e legislação extravagante anotados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, nota 1, p. 719.)

²⁷⁵ PASSOS, J. J. C. de. **Comentários...** vol. III, nº 137 p.244-248.

fato, ainda continuaria produzindo seus efeitos, contra expressa disposição legal, ou ensejaria o ajuizamento de outra demanda para o reconhecimento da nulidade. Igual raciocínio se encaixa no exemplo do pedido de anulabilidade, com fundamento em vício de vontade, se no caso ficar comprovada a incapacidade absoluta. A nulidade relativa cede espaço à declaração da nulidade absoluta (fato impeditivo), ficando o exame daquele pedido prejudicado (perda do objeto).

Quanto à atuação específica do réu (demandado), para resistir que a procedência do pedido se concretize, é-lhe assegurado formalmente o direito de resposta, no artigo 297 do CPC, podendo ser exercido através de exceção, contestação, e reconvenção, cada qual com suas especificações.

Para o réu, está definido, no artigo 297, CPC, o ônus²⁷⁶ de alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor, e especificando as provas que pretende produzir, em conformidade com o Princípio da Eventualidade²⁷⁷, sob pena de preclusão (art. 183, CPC), além de serem presumidos verdadeiros os fatos narrados na petição inicial, salvo se não for admissível, a seu respeito, a confissão (direito indisponível), se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato e se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto, além de que esta regra não se aplica ao advogado

²⁷⁶ "O réu não está obrigado a se defender, pois a defesa não é nem uma obrigação, nem um dever. Ao tomar conhecimento da demanda contra si proposta, pode o réu exercitar o direito de defesa. Há casos, aliás, que nem mesmo a revelia conduz à procedência do pedido: basta que o juiz, ainda que repute verdadeiros os fatos alegados na petição inicial, verifique que deles não resulta nenhum direito ao autor. Ou, ainda, que o pedido seja juridicamente impossível, por exemplo. Também não se pode dizer que a defesa seja uma faculdade, já que não é indiferente o sistema quanto à opção do réu em defender-se ou não. Em verdade, é um ônus, no sentido de que o exercício da defesa é um comportamento que se espera que o réu assuma, podendo colher consequências desfavoráveis se não o fizer". (WAMBIER, L. R. et al. **Curso Avançado de Processo Civil**, p.379. v. 1)

²⁷⁷ RSTJ 106/193: "O réu deve arguir, na contestação, tudo quanto for necessário à sua defesa; não tendo o feito, inclusive em face do princípio da eventualidade, preclui o seu direito de suscitar, na

dativo, ao curador especial e ao órgão do Ministério Público (art. 302 .c.c. 319 c.c. 320, II, CPC).

Já, segundo o artigo 301, do CPC, o réu deve arguir, preliminarmente, às questões de mérito: I – inexistência ou nulidade da citação; II - incompetência absoluta; III - inépcia da petição inicial; IV - perempção; V - litispendência; VI - coisa julgada; VII - conexão; VIII - incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização; IX - convenção de arbitragem; X -carência de ação; XI - falta de caução ou de outra prestação, que a lei exige como preliminar. Dentre essas matérias, está ressalvada a possibilidade de o juiz conhecê-las de ofício, exceto à relativa ao compromisso arbitral (art. 301, § 4º, CPC).

Se, por um lado, o direito de ação não assegura o direito a uma prestação jurisdicional favorável, de procedência, igualmente, o direito de defesa não assegura ao demandado o direito a uma sentença de improcedência. A correspondência entre os direitos está assegurada pelo Princípio do Contraditório, o qual possibilita aos sujeitos parciais do processo a possibilidade da prática de atos processuais.

Sob a ótica de Marinoni²⁷⁸, o direito de defesa não pode ser apenas formalmente considerado; o que realmente vale é um direito de defesa efetivo e adequado.

De qualquer forma, assim como o direito de ação, no nosso modo de ver, não se exaure com a simples propositura da ação, o direito de defesa não é apenas a apresentação da resposta, mas a possibilidade conferida ao réu de, efetivamente, reagir em juízo para que seja negada a tutela jurisdicional ambicionada pelo autor. Assim como o direito de ação, o direito de defesa se desdobra em um conjunto de garantias que confere ao réu a possibilidade de apresentar as suas alegações, produzir provas, recorrer etc.

instância seguinte, o que não fez oportunamente”.

²⁷⁸ MARINONI, L. G. *Novas linhas do processo civil*. p.230-231.

A demanda e a defesa, no mérito, estão ligadas a situações materiais nelas retratadas. A primeira objetiva uma sentença declaratória positiva (em sentido estrito), seguida de outro provimento específico (condenatório, declaratório etc), ou não, enquanto que a defesa objetiva uma sentença declaratória negativa (em sentido amplo) ao autor.

A contestação sobre o objeto do litígio tem por fim contrapor-se ao pedido constante na petição inicial (amplia o campo de conhecimento do juiz sobre os fatos), eis que, se assim não fosse, não seria contestação, além de opor-se diretamente às conseqüências jurídicas dos fatos e a discordância (insurgência) sobre a existência dos próprios fatos, ou que ocorreram de modo diverso, com vistas a torná-los questões²⁷⁹ de fato e de direito, criando a dúvida, a incerteza sobre eles, as quais serão dirimidas, na motivação da sentença (art. 458, II, CPC), preparando desde logo o julgamento da pretensão.

Ainda poderá ocorrer a defesa indireta de mérito²⁸⁰, pois o réu, embora reconhecendo os fatos apresentados na petição inicial, poderá alegar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do pedido do autor, de acordo com o art. 326, CPC (exemplos: pagamento do aluguel reclamado pelo locatário; usucapião, em pedido de reintegração de posse; impotência sexual em investigação de paternidade, compensação etc). A defesa indireta de mérito também é denominada de exceção substancial.²⁸¹

²⁷⁹ Dinamarco conclui que o ônus de contestar, no processo civil, chega ao maior grau possível de intensidade (embora absoluto não seja nem mesmo ali), a ponto de os argumentos de fato contidos nas afirmações do autor não se erigirem em questões se não forem contestados e, não criada a dúvida em torno deles, ficarem fora do campo probatório (não constituem objeto da prova). (**Instrumentalidade do processo**, p. 203.)

²⁸⁰ ALVIM, J. M. A. **Manual de direito processual civil**. p.363. v. 1.

²⁸¹ CINTRA; PELLEGRINO; DINAMARCO, classificam as exceções como sinônimo de defesa, que pode ser processual e substancial. Quando referem-se à material processual classificam-na como exceção processual e quando ao mérito à exceção substancial, que pode ser direta (ataca os fatos e

Uma vez expirado o prazo para o exercício da defesa, pela apresentação da contestação, não mais poderá o réu alterá-la ou aditá-la, em face do Princípio da Eventualidade. Igualmente, não poderá ser modificada uma vez apresentada, mesmo que ainda dentro do prazo fixado, em face da preclusão consumativa.²⁶²

A doutrina valoriza o Princípio da Eventualidade e o da Preclusão, fazendo referências específicas à necessidade da exposição dos fatos jurídicos, na inicial, e no mérito da contestação, mas de modo geral não faz menção ao Princípio do Dedutível e do Deduzido, previsto no artigo 474 do CPC, qual seja: "Passado em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido",

O Princípio do Dedutível e do Deduzido diz respeito à inicial e à contestação, ainda que esteja localizado no capítulo da sentença e da coisa julgada e também a esses dois fenômenos diga respeito. Portanto, as alegações que poderiam ter sido deduzidas na inicial somente poderão sê-las em outro processo, desde que com base em nova causa de pedir. A regra também vale para a contestação. A consequência é a de que nenhuma das partes pode reservar fatos jurídicos da causa de pedir para, em caso de derrota, utilizá-los em nova demanda.

fundamentos) e indireta (oposição de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos).. Ressalvam, no entanto, que alguns doutrinadores preferem reservar o termo exceção substancial apenas à defesa indireta de mérito, usando a contestação para a defesa direta de mérito. (**Teoria Geral do processo**, p. 274.)

²⁶² STJ-3ª Turma-REsp 132.545-SP -... admite que depois de apresentada a contestação esta pode ser aditada, porque " Não ocorre a preclusão consumativa, quando, ainda, no prazo da resposta, contestação e reconvenção são ofertadas, embora a reconvenção tenha sido entregue depois da contestação". Contrariamente: O réu deve arguir, na contestação, tudo quanto for necessário à sua defesa; não o tendo feito, inclusive em face do princípio da eventualidade, preclui o seu direito de suscitar, na instância seguinte, o que fez oportunamente, cfé. RSTJ 106/193.

Destaque para Arruda Alvim²⁸³ que afirma que a dinâmica processual está ligada a idéia de "ônus", levando-se em conta que não praticado o ato quando determinado, ou praticado incorretamente, a consequência será um dano para aquele a quem incumbia a respectiva prática.

Se o autor não usou de todos os argumentos de que se poderia ter utilizado, como lhe incumbia, ou então, e inversamente, se o réu, contestando, não o fez o mesmo (v. art. 303), aquele que perder não poderá renovar a ação, quer autor ou réu, mesmo invertidas as partes, eventualmente, e ainda que com novos argumentos (art. 473); pois, com o término do processo, reputam-se deduzidas todas e quaisquer alegações (art. 474), denominando-se a isto de princípio deduzido e do dedutível, ou eficácia preclusiva da coisa julgada. Vale dizer, a coisa julgada cobre o deduzido (art. 468: A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas, a qual, julgados os recursos pelo tribunal, e/ou nos casos de duplo grau, torna-se imutável – art. 467), sendo que o argumento que não foi deduzido tem-se como se deduzido tivesse sido (art. 474), com o que se garante duradouramente o bem jurídico, contido e retratado na sentença revestida pela autoridade da coisa julgada e, pois, imutável.

Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini e Flávio Renato Correia de Almeida²⁸⁴, por sua vez, afirmam que de acordo com o Princípio do Dedutível e do Deduzido, por ficção, reputam-se como deduzidas todas as argumentações em torno do pedido do autor ou da contestação, embora não o tenham sido, ressalvando que o argumento que não foi deduzido expressamente numa determinada ação, já finda, pode ser utilizado exclusivamente se constituir em nova causa de pedir, ainda que com o mesmo pedido, considerando que "se o mesmo pedido é formulado com outra causa de pedir, se estará diante, na verdade, de um outro pedido, já que, como se viu, a causa de pedir qualifica o pedido.

Tecnicamente, portanto, deverá a contestação abranger as matérias processuais (defesa processual) e as de mérito (defesa substancial) versando sobre

²⁸³ ALVIM, J. M. A. Manual de direito processual civil. p.121.

todos os fatos jurídicos, sob pena de tornarem-se incontroversos, ou serem considerados deduzidos. A contestação é uma "re-ação", forma de agir contrária do réu à ação do autor (forma de agir favorável).

Quanto às matérias processuais, se não argüidas, na exceção, maior prejuízo não traz ao réu, eis que podem ser conhecidas, em sua maioria, pelo juiz, de ofício, porque são de ordem pública; entretanto, responderá pelas despesas de retardamento.

Ainda poderá o réu apresentar a reconvenção, quando então estará na condição de titular de pretensão, agindo como autor. Ademais, sobressai a possibilidade de formular "autênticos pedidos"²⁸⁵ na contestação, nas situações previstas no art. 922 e 899, § 2º, CPC (caráter dúplice da ação possessória e da consignatória), ou ainda de invocar o reconhecimento do direito de retenção de benfeitorias (nos pedidos possessórios e no de despejo). No caso de procedência dos pedidos, o possuidor (réu) ainda permaneceria no uso e gozo do imóvel, até a satisfação de seu direito de indenização das benfeitorias.

Encerrada a fase postulatória, com a estabilização da demanda, fica a atividade jurisdicional limitada aos fatos jurídicos deduzidos na inicial e na contestação, não podendo ser ampliados de ofício pelo juiz, sob pena de violação ao Princípio da Imparcialidade, exceto se ocorrerem as hipóteses previstas nos artigos 303 e 462, do CPC.

O limite da prestação jurisdicional, em face da contestação do objeto da pretensão, ficará na dependência do acolhimento das matérias alegadas pelo réu.

²⁸⁴ WAMBIER, L. R.; ALMEIDA, F. R. C. de; TALAMINI, E. *Curso Avançado de processo civil*. p. 619.

²⁸⁵ *op.cit.*, p. 297.

Exemplo: se o autor pede a condenação do réu ao pagamento de 100 reais e o réu apresenta um recibo de pagamento parcial, válido, no valor de 80 reais, o provimento condenatório (prestação jurisdicional) estará limitado à condenação de 20 reais. No caso, não poderão simplesmente ser desconsiderados os termos da resposta, sem a necessária motivação, sob pena de violação do Princípio do Contraditório e da Amplitude da Defesa, caracterizando *error in procedendo* (art. 128, CPC)..

Ainda, poderá ocorrer *error in procedendo*, quando a atividade jurisdicional for omissa, no exame do pedido contraposto e do da reconvenção, ou, não havendo omissão, haja tutela diversa daquela pretendida.

6.4 DOS FATOS E DO DIREITO SUPERVENIENTES

Se as partes estão sujeitas aos Princípios da Eventualidade e do Deduzido e do Dedutível²⁸⁶, igualmente o juiz está vinculado à observância dos Princípios da Adstrição e da Congruência, no sentido de que "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"²⁸⁷ e é-lhe defeso "proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantia superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado"²⁸⁸.

Portanto, o que importa para o sistema processual é a concentração máxima dos atos processuais e das declarações de vontade de ambas as partes, admitindo-

²⁸⁶ arts. 264 e § único, CPC; 474 e 517, CPC.

²⁸⁷ art. 128, CPC.

²⁸⁸ art. 460, CPC.

se, aliás, aquelas de natureza diversa, incompatíveis entre si²⁸⁹, para serem consideradas na eventualidade de, não sendo acolhida a anterior, ser prestigiada a posterior²⁹⁰, sob pena de preclusão de todas as exceções de direito processual e de direito material, além dos requerimentos de provas, com vistas a alcançar a máxima celeridade processual. Exemplo de preclusão está estampada no artigo 276 do CPC, quando o autor deverá apresentar na inicial o rol de testemunhas e também os quesitos, no caso de requerer produção de prova pericial.

Tanto é assim que o demandante tem o ônus de, ao demandar, afirmar (=alegação) a ocorrência de *atos* que, segundo as normas de direito substancial, conduzam ao resultado jurídico permitido, além de demonstrar o nexo de coerência entre os fatos narrados e o direito que afirma ter.

Do outro lado, o réu, após sua citação, tem o ônus de oferecer a resposta, sob pena de arcar com as conseqüências jurídicas da inércia (revelia). A resposta nada mais é do que uma afirmação (=alegação) contrária aos *atos* afirmados pelo autor, ou ainda a afirmação de *atos novos*, capazes de evitar que o demandante tenha sucesso na tutela pretendida. A não impugnação específica dos *atos* afirmados pelo autor, acarreta a presunção de serem verdadeiros (art. 302, CPC).

Portanto, os *atos* a que se referem às normas processuais, tanto para o autor, quanto para o réu, são aqueles que dão origem a um direito, previsto nas próprias normas materiais - que nada mais são do que a previsão de ocorrência de fatos, acompanhadas de juízos de valor sobre eles, e da determinação da

²⁸⁹ Regras de eventualidade para o réu: art. 300 e 301. Entretanto, não é absoluta a liberdade inerente à eventualidade da defesa, porque a incoerência entre a cumulação de fundamentos podem configurar mentiras ao menos em um deles e a mentira é ato de deslealdade processual (art. 17, II, CPC), caracterizando a litigância de má-fé, sujeita a sanções.

²⁹⁰ OLIVEIRA, C. A. Á de. **O formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 172.

conseqüência que cada categoria de fatos projetará sobre a situação das pessoas ou de grupos perante a ordem jurídica.²⁹¹

Diante da sua relevância, os fatos foram classificados doutrinariamente de constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos, destacados por Dinamarco²⁹².

Os fatos constitutivos, como o nome diz, dão vida a um direito antes inexistente. Têm relevância jurídica constitutiva os fatos a que a norma atribui a conseqüência de dar origem ao direito de que ela cuida. São ordinariamente considerados fatos constitutivos a celebração de um matrimônio, a prestação de um serviço, a realização de um mútuo, um ato ilícito e culposo seguindo de um dano a terceiro etc.

São impeditivos os fatos ou circunstâncias anteriores ou simultâneos ao constitutivo, que lhe impedem a produção dos efeitos que ordinariamente produziria. Eles são a negação desses efeitos e correspondem a situações negativas e extraordinárias no iter de formação do direito. O que caracteriza os fatos impeditivos é a eficácia negativa consistente em destacar situações em que o fato constitutivo não gerará o direito que ordinariamente geraria. Ordinariamente o contrato de seguro de vida obriga a seguradora a prestar indenização ao segurado e o sinistro é fato constitutivo do direito deste; mas sua ocorrência deixará de dar origem a este direito sempre que ocorra a situação extraordinária representada por uma doença preexistente, ocultada da seguradora no momento do contrato. (Essa preexistência é fato impeditivo do nascimento do direito ao seguro)²⁹³ (C.C. arts. 1443-1444).

Os fatos extintivos têm a eficácia de causar a morte dos direitos, pondo-lhes fim à existência quando eles realmente existissem. Tal é a eficácia do pagamento, da prescrição, da remissão de dívida etc.

Os modificativos são responsáveis por alterações objetivas ou subjetivas da relação jurídica substancial, como a novação objetiva ou a cessão de crédito, sem ressalva (C.C. arts. 999 ss)²⁹⁴ etc.

À vista do princípio da eventualidade, o ônus da afirmação dos fatos constitutivos(*causa petendi*) é inerente ao demandante; quanto aos fatos modificativos, impeditivos e extintivos, é inerente ao demandado (*causa excipiendi*), nos momentos adequados, sejam de direito material, ou mesmo de direito

²⁹¹ DINAMARCO, C. R. **Instituições de direito processual civil**, I, p. 253. v.II.

²⁹² op. cit., p.253-254.

²⁹³ Atualmente art. 765 e 766, Código Civil.

²⁹⁴ Atualmente art. 360, Código Civil.

processual, sob pena de preclusão, exceto quanto às matérias que o julgador pode conhecer de ofício²⁹⁶.

Em decorrência, é vedada, no âmbito do processo civil, a *mutatio libelli*²⁹⁶, objetivando a que as partes não sejam tomadas de surpresa, pela alegação de novos fatos, no curso da demanda, embora admita a *emendatio libelli*²⁹⁷, de acordo com a *regra jura novit curia* (*princípio da livre dicção do direito*).

No entanto, duas exceções à regra estão contempladas, nos artigos 303, I, e 462, do CPC, respectivamente. A primeira, autoriza o réu, depois da contestação, a deduzir novas alegações relativas a direito superveniente; a segunda, autoriza o juiz a tomar em consideração, depois da propositura da demanda, fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito²⁹⁸, capaz de influir no julgamento da lide, prestigiando-se, neste ponto, o princípio da economia processual.

²⁹⁶ Todas as defesas são exceções; exceções em sentido estrito: aquelas em que o demandado tem o ônus de alegar, sob pena de o juiz não poder conhecê-las de ofício (art. 128, parte final); exceções de mérito, em sentido estrito: prescrição e a compensação etc; exceções processuais, em sentido estrito: incompetência relativa. Aquelas que o juiz pode conhecer de ofício são denominadas objeções, cujas matérias de defesa não lhe são preclusivas, tais como a decadência, o pagamento, a incompetência absoluta, impedimento do juiz. Importante é a distinção que Calmon Passos faz entre exceção e objeção: a primeira distinção é "a de que a exceção não pode ser considerada de ofício, pelo juiz; enquanto se tratando de objeção, deve o magistrado, de ofício, apreciá-la; exige-se para a exceção a oponibilidade do réu; dispensa a objeção a provocação das partes. Por força disso, a exceção é um verdadeiro contra direito do réu, que ele exercita com vistas a elidir as consequências jurídicas pretendidas pelo autor; a objeção é um fato que obsta, de modo absoluto, a concessão da tutela pretendida pelo autor e prescinde, para que isso ocorra, de qualquer manifestação de vontade do obrigado". Cita como exemplo: a) de exceção material: compensação; b) de objeção material: o pagamento. " Por força dessa diversidade de consequências, diz -se que a compensação é exceção de direito substancial, enquanto o pagamento é objeção de direito material. As causas de anulabilidade são exceções: as de nulidade, objeções. A prescrição, a moratória, a retenção por benfeitorias etc... são espécies de exceções. O pagamento, a decadência etc... são espécies de objeção". Comentários ao código de processo civil, vol. III, nº 137, pp.244-248.

²⁹⁶ É admitida pelo artigo 384 do Código de Processo Penal.

²⁹⁷ É admitida pelo artigo 383 do Código de Processo Penal, que nada mais é que o ajustamento dos fatos narrados no libelo acusatório à moldura legal que os prevê.

²⁹⁸ Milton Paulo de Carvalho exemplifica: a) fatos supervenientes constitutivos: a posse do réu, na ação reivindicatória; a morte do *de cujus*, na ação hereditária; a necessidade, na ação de alimentos; o novo adultério, na ação de separação por adultério; a nova infração da mesma cláusula contratual que inicialmente se disse violada; b) fatos supervenientes modificativos: o agravamento dos danos decorrentes de um ato ilícito, como ter o autor de submeter-se à nova intervenção cirúrgica ou vir a sofrer incapacidade mais grave; c) fatos supervenientes extintivos: em virtude da morte de alguém, o réu, por direito sucessório, se torna credor de dívida líquida e certa contra o autor, extinguindo-se,

Surge, assim, para as partes, uma vez contestada a demanda, a possibilidade de trazerem aos autos novas alegações, acerca de modificação de fato, ou de direito, capaz de influir no resultado do julgamento e, conseqüentemente, da prestação jurisdicional.

Admite-se, portanto, que a pretensão seja decidida no estado em que se apresente, no momento da prolação da sentença, levando-se em conta fato capaz de extinguir o direito de um dos demandantes, à vista de algum desse com essa influência. Busca-se, destarte, uma decisão consentânea com a realidade, sem prejuízo para a economia processual. Exemplos: pagamento do débito na constância da ação de cobrança; perecimento do objeto, em ação de busca e apreensão; falecimento do cônjuge, na constância de separação litigiosa; falecimento da mãe do locador, que promove o despejo do locatário para uso de ascendente. Observa-se que os bens da vida perseguidos pela demanda (a coisa, na busca e apreensão; o imóvel, no despejo), no curso da relação processual, tiveram a sua causa atingida por fatos novos. O perecimento da "coisa" frustra a tutela pretendida; igualmente, o despejo frustra-se pelo falecimento da mãe do locador, fulminando o interesse de agir (necessidade+utilidade). Os fatos supervenientes, portanto, são causais e atingem o direito postulado.

Como visto, as regras de exceção compreendem não só o fato, mas também o direito, *ius superveniens*, na abalizada lição de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira²⁹⁹.

No conceito de *ius superveniens* estão compreendidos o fato e o direito. No ordenamento processual brasileiro a consideração do fato novo constitutivo, modificativo ou extintivo do fundamento jurídico do pedido encontra-se autorizada pelo art. 462, constando do inciso I do art. 303 a possibilidade de "alegar" direito superveniente. Já se externou a opinião de que o art. 301, I,

então, a obrigação em virtude de compensação, anistia em execução fiscal, perdão do adultério, em separação litigiosa. (Do pedido no processo civil, p.158-161).

²⁹⁹ OLIVEIRA, C. A. A. O formalismo no processo civil. São Paulo, 1997, p.176

refere-se exclusivamente a fato novo e não a direito, pois não haveria sentido, em face da regra *jura novit curia*, facultar a livre apreciação do direito. Todavia, essa circunstância não torna a nosso ver inútil a regra legal. E isso porque diz respeito à possibilidade de alegação pela parte, que, a não ser por expressa autorização legal, poderia ficar inibida de alegar o direito novo pelo princípio da eventualidade adotado pelo Código; daí a ressalva. Além disso, se é verdade que, como regra, o juiz não pode ignorar a lei, nada impede efetivamente a desconheça, ainda mais com o ritmo vertiginoso da sociedade atual.

Entretanto, sobressai a convicção de que não existe qualquer relação entre o direito superveniente e o princípio da livre dicção do direito, por uma simples razão: o brocardo *jura novit curia* possibilita ao juiz dar aos fatos essenciais narrados na inicial, ou mesmo na contestação, a sua correta definição jurídica, sendo que os fatos supervenientes estão diretamente ligados à causa de pedir e aos fundamentos da defesa, que podem influir no direito postulado. Por exemplo, se o autor narra que o réu não pagou o valor de uma prestação contratual e o qualifica como um vício de vontade, pedindo a nulidade do contrato, fica evidente que o inadimplemento não caracteriza vício, mas sim causa a justificar a resolução do contrato, devendo o fato constitutivo (inadimplemento) ser qualificado corretamente. Da mesma forma, se o demandado apresentar contestação ao direito do autor com fundamento na *exceptio non adimpleti contractus*, o juiz examinará se realmente esse fato caracteriza exceção, com base no substrato fático da norma legal (arts.476/477 CC) e no contrato pactuado.

Outro aspecto fundamental para a exata compreensão das regras de exceção é o de que o fato constitutivo do direito nada mais é do que a hipótese de fato prevista na lei como necessária e suficiente para gerá-lo, com os argumentos de fato com que o demandante procura demonstrar a ocorrência da *fattispecie di legge*.³⁰⁰

³⁰⁰ 1º TASP-Emb. Inf. 216.352-0, j. 31.8.1988, m.v. rel.. Juiz Alves Beviláqua. 5ª C.Civ, RT 634, ano 1988, p. 122.

No contexto dos fatos supervenientes, é de fundamental importância o exame de sua abrangência, tomando como ponto de partida os artigos 303 e 462, do CPC, que abrem uma passagem entre a vedação da inovação aos fundamentos, já deduzidos (art. 264, CPC), e a dedução, posteriormente à contestação, de novas alegações relativas a direito superveniente, e ainda àquelas que, por expressa autorização legal, puderem ser formuladas a qualquer tempo e juízo (as objeções não são alcançadas pela preclusão, razão pela qual não estão inseridas na regra considerada de exceção).

Assim considerando, tem-se que os fatos essenciais constitutivos formam o núcleo da causa de pedir e, também, o das exceções da defesa indireta, constituídas de fatos modificativos, impeditivos ou extintivos, não deixando dúvida,

portanto, de que o direito superveniente, a que alude o artigo 303-I, do CPC, refere-se, sem dúvida, à causa de pedir e às exceções da defesa indireta, sem qualquer relação com os fatos acidentais (secundários), os quais, no ensinamento de Arruda Alvim³⁰¹, "de per se, são insuficientes para gerar conseqüências jurídicas", levando em conta, apenas, que servem "ao conhecimento pleno dos fatos jurídicos", sem qualquer importância para a identificação da demanda.

Seguindo esse pensamento, é de se indagar se esses fatos supervenientes constitutivos podem ensejar a formulação de novas causas de pedir³⁰² e de novos pedidos; ou seja, se é possível pedir, consoante o artigo 462, CPC, o que antes não foi pedido?

³⁰¹ ALVIM, J. M. A. **Manual de direito processual civil**. p. 56 e 120, v.2.

³⁰² Observe-se que a existência do interesse de agir (condição da ação) revela-se na causa de pedir, no momento da propositura da demanda.

Negativa é a resposta, devendo ser ressalvado que não se está diante de *causa nova*, o que equivaleria, também, em modificação do pedido, mas sim da " ocorrência de fato, com força modificativa, constitutiva ou extintiva do direito, durante o curso da lide. Trata-se do mesmo fato que, se existisse ao tempo do ajuizamento da demanda, conduziria à mesma resolução judicial"³⁰³. Aqui não se admite a introdução de fato novo capaz constituir nova demanda. Exemplo: pedido de separação litigiosa, com fundamento em abandono material. No curso da lide, denuncia-se prática de adultério (fato novo). No caso, não se trata simplesmente de fato constitutivo superveniente, mas fato modificativo da causa de pedir, o que é vedado pelo sistema³⁰⁴.

A flexibilização excepcional proporcionada pelas hipóteses - que admitem a inovação dos fatos - cinge-se ao estrito necessário para permitir a aplicação da máxima pela qual a prestação jurisdicional deve entregar a solução ao conflito, no momento em que é julgado, e não no momento da propositura da demanda, permitindo-se, através da técnica, a adequação processual, com vistas a eliminar a crise do direito material.

Todavia, a alegação de fatos constitutivos novos, fundada no artigo 462 do CPC, somente será admissível se não importar alteração da *causa petendi*, o que não ocorrerá se a causa superveniente for o próprio fato jurídico afirmado como existente, no início da demanda³⁰⁵, mas que ainda não existia³⁰⁶. Exemplo clássico

³⁰³ PIMENTEL, W. M. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p.536.

³⁰⁴ ALVES, L. A. *A causa petendi nas ações de separação judicial e de dissolução da união estável*. 1 ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp.65-66.

³⁰⁵ Em princípio, a sentença proferida deverá retratar, tanto quanto possível, o momento em que ocorreu a lesão (parâmetros legais e de fato), desde que esse momento seja possível de ser retratado por ocasião do julgamento. Mas, se entre o momento da postulação e o momento da sentença houver a alteração de um ou de outro, a regra aplicável é a do artigo 462, CPC. A propósito: "A prestação jurisdicional deve ser prestada de acordo com a situação dos fatos no momento da sentença ou acórdão" (in RT 661/137).

de direito superveniente é o decorrente do vencimento de novos alugueres, no curso da demanda de ação de cobrança originando o direito de exigí-los, juntamente com os vencidos anteriormente; ou de cobrança de taxas de condomínio vencíveis no curso da relação processual (art. 290, CPC), sem alteração do pedido e da causa de pedir. Em ação de reparação de danos, a necessidade de novas cirurgias etc. Em verdade, o direito de crédito preexistia ao ajuizamento da demanda, faltando apenas o direito à exigibilidade da prestação, pela ocorrência do vencimento e do inadimplemento.

Diferentemente, é a abordagem das "*questões de direito*", a partir da qualificação jurídica dos fatos, que podem ser apreciados sem qualquer restrição aos limites da causa, ainda que não tenham sido suscitadas, porque incumbe ao juiz, de ofício, aplicar o direito ao fato (*iura novit curia*), sendo correto incluir-se aí a constitucionalidade, ou não, da lei incidente. Assim, constitui-se questão de direito aquela concernente à aplicação, ou não, de lei posterior aos fatos da causa do litígio ajuizado.

Pode-se concluir que os fatos essenciais novos formam o núcleo dos fatos supervenientes e do direito superveniente, sem, contudo, alterar o objeto do litígio (o pedido é qualificado por sua causa de pedir), mas com certeza alteram o objeto da cognição judicial³⁰⁷ e, possivelmente, o resultado da demanda, de procedência para

³⁰⁶ TJSP. Ap.Civ. 32.003-I. 1ª Cam.Civ. rel. Des. Galvão Coelho. J. 51.5.83, in RJTJSP 87/200: A proibição de mudar o pedido e a que impede o juiz de julgar *ultra petita* não exclui o fato superveniente, desde que se trate do mesmo anteriormente aduzido, mas que, naquele momento, ainda não existia. A sentença deve refletir o estado de fato no momento da decisão, devendo o juiz levar em consideração, de conformidade com os arts. 303, inciso I, e 462, do CPC, o direito superveniente, ou o fato constitutivo, modificativo ou extintivo, pois aquele nada mais é do que o resultado da incidência deste.

³⁰⁷ Segundo Kazuo Watanabe a cognição é o resultado da própria natureza da atividade do juiz, que para conceder a prestação jurisdicional precisa, na condição de terceiro que se interpõe entre as partes, conhecer primeiro das razões (em profundidade, ou apenas superficialmente, ou parcialmente, ou definitivamente, ou em caráter provisório; tudo isso se põe no plano da técnica de utilização da

improcedência, ou contrariamente, ou ainda a extinção sem o conhecimento do mérito para o de julgamento do mérito, ou o contrário.

Em comentários ao art. 462 do CPC, Sérgio Gilberto Porto³⁰⁸, afirma da impossibilidade da alteração da causa de pedir e do pedido, pois a mudança de qualquer destes elementos modificaria a própria demanda.

Sabe-se que a mudança de qualquer destes elementos importa em modificação da própria ação e que esta, uma vez deduzida, no direito brasileiro, não poderá ser alterada. Assim, quando o suporte fático sofre alteração, por decorrência de fato superveniente, em verdade, quem sofre abalo é a própria causa de pedir, posto que a relação jurídica de direito material sofre adequações à nova realidade e, por decorrência, produzirá efeitos diversos daqueles originalmente concebidos.

Aduz ainda o processualista que, quando a norma refere-se ao direito, evidentemente, está se referindo ao direito material alegado. Portanto, restringe sua área de disciplina ao mérito da causa; por decorrência, afasta a possibilidade de incidência quando se trata, por exemplo, de pressupostos processuais ou condições da ação.

O que se pode observar é que a expressão "direito superveniente" a que alude o artigo 303, I, do CPC, refere-se aos fatos jurídicos modificativos, impeditivos ou extintivos supervenientes à contestação, que formam o núcleo da causa de pedir.

A interpretação do artigo 462 do CPC não autoriza a que se inclua entre o direito superveniente, decorrente de fatos novos, a aplicação de lei nova, que, para

cognição) para depois adotar as providências voltadas à realização prática do direito da parte. E decorre também da intensa utilização que o legislador dela faz para conceber procedimentos diferenciados para a melhor e efetiva tutela de direitos... A cognição está voltada à produção do resultado final, que é a decisão ou o provimento jurisdicional. Ao longo do *iter* percorrido, o magistrado enfrenta e resolve inúmeras questões de fato e de direito, e o esquema do silogismo final e os aspectos mais importantes para a justificação lógica da conclusão última devem ficar expressos na "motivação". (Da cognição no processo civil. Campinas: Bookseller, 2000. p.47 e 65.)

³⁰⁸ PORTO, S. G. *Comentários ao código de processo civil*. vol.6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p.127.

tanto, não dispensa a obediência das regras de direito intertemporal, haja vista a particularidade do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, os quais não podem ser ignorados, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais, com destaque para o da garantia da irretroatividade da lei³⁰⁹. Inviável, pois, pretender-se aplicar norma jurídica posterior, pois não se refere ao direito subjetivo superveniente³¹⁰.

Ainda mais, sendo alterada a norma jurídica de direito material, no curso da relação processual, aplicar-se-á, no momento do julgamento, a lei material contemporânea à ocorrência do fato, sobre o qual se pretende o pronunciamento judicial, ou seja, quando já houver direito adquirido ou ato jurídico perfeito. Exemplo que se encaixa como luvas, no contexto, é o das relações contratuais de mútuo, onde foi pactuada a multa de 10% a título de mora. Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, o artigo 52, § 1º, com a redação dada pela Lei nº 9.298, de 01.8.96, ficou estabelecido o limite de multa de 2% do valor da prestação. No entanto, as relações contratuais pactuadas, antes da vigência da lei, não podem ser alcançadas pela lei material nova. E mais, as normas de ordem pública do CDC não podem alcançar as relações de consumo, regidas à época pelo Código Civil/1917, conforme reiterados assentos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.³¹¹

Sempre oportuno é o pensamento de Arruda Alvim³¹², sobre a aplicação da lei nova, aos fatos pretéritos.

³⁰⁹ Art. 5º, Inciso XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

³¹⁰ FIGUEIRA JUNIOR, J. D. **Comentários ao Código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 260. v. 4, tomo II.

³¹¹ STJ-REsp 36.952, rel. Min. Eduardo Ribeiro. 3ª T, DJU, 16.5.94, p. 11.761; no mesmo sentido: REsp 38.639, rel. Min. Edson Vidigal; REsp. 45.226, rel. Min. Sálvio de Figueiredo. 4ª Turma.

³¹² ALVIM, J. M. A. **Manual de direito processual civil**. p. 666-667. v. II.

Vale dizer, as figuras ou institutos do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, ainda que se modifique a lei material (em curso a um processo, ou não), levarão à necessária aplicação, "agora", da lei coeva à época do direito adquirido e do ato jurídico perfeito (no caso do contrato, da data de sua celebração). Incogitável, pois, aplicação imediata da lei material, e inaplicável é o art. 462, para o fim de vulnerar os bens jurídicos protegidos por esses institutos (previstos na própria Constituição Federal), o que não colide com a assertiva no sentido de que as leis aplicam-se imediatamente (tanto as processuais, quanto as materiais, se assim o tiver prescrito o legislador). Por outras palavras, aplicação imediata de lei não pode acarretar vulneração de ato jurídico perfeito, de coisa julgada ou de direito adquirido. É aplicável a lei superveniente, desde que não haja direito adquirido ou ato jurídico perfeito, e, também, quando preexistir coisa julgada (art. 462).

A aplicação de lei material nova na sentença, diversa daquela vigente ao tempo do pedido inicial não está descartada, podendo ocorrer desde que não haja direito adquirido, inexistir coisa julgada e quando não exista o ato jurídico perfeito. A propósito, é de rigor a aplicação da lei nova, vigente à época do julgamento, consoante o artigo 462, CPC, considerando que a lei anterior (a vigente no momento do pedido) está revogada pela lei posterior (lei nova), de acordo com o artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

Novamente, para a elucidação do problema, o destaque das observações de Arruda Alvim³¹³ é indispensável:

Não estando em pauta a existência de direito adquirido, coisa julgada ou ato jurídico perfeito, haver-se-á de aplicar a lei posterior, no que diz respeito à solução da lide. *Verbi gratia*, em direito de propriedade relacionado com o seu limite de fracionamento, porque inexistente direito adquirido a um determinado tamanho ou gabarito (= módulo). Se houver modificação, pendente o processo, aplicar-se-á a lei posterior

Não obstante o posicionamento doutrinário, colhe-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça³¹⁴, tendo como relator o Min. Sálvio de Figueiredo, decisão reconhecendo o direito superveniente, para o fim de atribuir aos fatos, já

³¹³ Ibid., p. 667.

³¹⁴ STJ-REsp. 1.109, 4ª T, 03.4.90, RSTJ, 12:290.

relatados na demanda e, portanto, já ocorridos, efeito constitutivo do qual era desprovido.

O advento da Lei 7.250/84, que alterou a Lei 883/49, permitindo o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio pelo cônjuge separado de fato há mais de cinco anos, representou mais uma evolução em favor do princípio da igualdade de filiação, agasalhado na Constituição de 1988 (art. 277, § 6º). Devendo a tutela jurisdicional compor a lide como a mesmo se apresenta no momento da entrega, incide no julgamento a regra do art. 462 do Código de Processo Civil, pelo que autorizado estava o órgão de segundo grau a determinar a averbação no registro, negada na sentença proferida na vigência de sistema anterior.

Mas, ainda indaga-se: se o demandante não alegar fatos constitutivos supervenientes e nem o demandado excepcionar fatos modificativos, impeditivos ou extintivos, até o momento do julgamento, que, após, transita em julgado, quais são as conseqüências para um e para o outro?

Sem dúvida, os efeitos da sentença tomam-se firmes entre as partes quando da coisa julgada material, pelo trânsito em julgado da sentença, nos limites do objeto e da causa de pedir.

Para o demandante, os fatos constitutivos não alegados e não levados em consideração no julgamento, constituem causa de pedir, que não fica protegida ou acobertada pela autoridade da coisa julgada, por isso que podem constituir o núcleo da *causa petendi* de outra demanda, pois não caracterizam as situações jurídicas previstas no artigo 301, § 1º ao § 3º, do CPC.

Assim, a exceção à regra do artigo 264, do CPC, prevista no artigo 462, do CPC, não compromete o exercício do direito do demandante, porque os fatos não alegados não são alcançados pela coisa julgada material, havendo a possibilidade

de retornar em juízo com outra demanda, agora alegando o fato antes não levado ao conhecimento do órgão jurisdicional³¹⁵.

Em relação à defesa do demandado, incide a regra prevista no artigo 474 do CPC de que a eficácia preclusiva da coisa julgada alcança todas as defesas possíveis: "reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido".

A omissão do demandado, em não deduzir as exceções de mérito, traz como consequência o óbice (pela coisa julgada) de alegar, em outro processo, quaisquer fatos modificativos, extintivos ou impeditivos para infirmar a estabilidade dos efeitos da sentença.

A regra de abertura prevista no artigo 303-I c.c. 462, do CPC, é de extrema benevolência com o demandado ao possibilitar-lhe a alegação de fatos supervenientes à sua contestação, no curso da demanda, evitando que sejam alcançados pela regra preclusiva do art. 474, do CPC.

Dinamarco posiciona-se pela possibilidade de, os fatos modificativos ou extintivos do direito do autor serem considerados, na sentença, ainda quando ocorridos antes da contestação, desde que, só depois dela, tenham vindo ao conhecimento do réu – ou também em caso de dúvida séria e razoável sobre esta última circunstância.³¹⁶

Incluem-se especificamente como fatos supervenientes: (a) o reconhecimento pelo réu da procedência do pedido; (b) a transação; (c) a decadência e (d) a prescrição, e) a renúncia do direito em que se funda a demanda, que ensejarão a extinção do processo com julgamento do mérito (art. 269, CPC).

³¹⁵ STJ- "A norma do art. 474 do CPC faz com que se considerem repelidas também as alegações que poderiam ser deduzidas e não o foram, o que não significa haja impedimento a seu reexame em outro processo, diversa a lide". RSTJ 37/413.

Conclui-se que as regras de exceção, que beneficiam tanto o autor como o réu, não têm o condão de modificar o objeto da demanda, mas sim ampliar o âmbito de cognição do julgador.

³¹⁶ DINAMARCO, C.R. Instituições. **Instituições de direito processual civil**. p. 286.

7 DA CORRESPONDÊNCIA ENTRE A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E A DEMANDA

A prestação jurisdicional a ser entregue pelo Estado-juiz deve corresponder exatamente, nem mais, nem menos, ao serviço que foi objeto do pedido do jurisdicionado. É regra de correspondência, que nada mais é do que a indispensável previsibilidade do resultado pretendido, onde não há lugar para surpresas. No entanto, as surpresas não são raras, embora juridicamente justificáveis pelas exceções!

Ao ser estabelecida a vinculação do juiz aos fatos da causa e ao pedido da parte, através dos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil, o legislador não deixou margem a dúvidas, acerca do rigor formal que deve presidir a atividade do sujeito imparcial da relação processual, sem qualquer espaço para o arbitrio, ficando a prestação jurisdicional submetida a modelo pré-constituído, sobejando-lhe, no entanto, a possibilidade da interpretação criativa das normas, o preenchimento das lacunas legais, a liberdade de valorização do material jurídico produzido pelas partes e a livre aplicação do direito, desvinculadas das alegações e dos pedidos das partes, embora controladas pela obrigatoriedade da motivação(art. 458, II, CPC).

As matérias vinculam-se ao fenômeno da estatização do Direito e ao próprio Estado de Direito, incluído aí o princípio da legalidade, o qual se revela de fundamental importância (normas de organização e de atividade), nos sistemas políticos de caráter democrático.

O direito processual, portanto, vincula a relação entre o Estado-juiz e o cidadão a um rico pólo de interesses, do mais alto valor substancial, e não a uma

simples técnica, alterável conforme o gosto e o humor do eventual ocupante do órgão investido de jurisdição.

Enfim, o formalismo processual contém a própria idéia do processo como organização, de ordem e de atividade, tornando seguro e previsível todo o procedimento. A ordem determinada de cada ato processual, a ser praticado a seu devido tempo e lugar, é uma garantia para as partes, afastando a possibilidade do arbítrio e da imparcialidade do órgão jurisdicional.

Essa imparcialidade é traduzida pelo obrigatório e conveniente afastamento do órgão na indicação do pedido, bem assim na indicação da causa de pedir, pouco importando a natureza do direito em questão, salvo raríssimas exceções. O condicionamento da jurisdição à provocação das partes (princípio da demanda), associa-se ao princípio da exceção material (*exceptiones iuris*), que nada mais é do que a vedação de o órgão jurisdicional conceder tutela a quem, além ou de natureza diversa da contida no pedido da parte (*ne eat iudex ultra petita partium*), e ainda ao princípio dispositivo, os quais, no todo, representam os limites formais à atuação do órgão jurisdicional.

Ao dispor acerca da sistematização das nulidades processuais, Teresa Arruda Alvim Wambier reconhece a sentença como ato típico do processo de conhecimento³¹⁷; que é um ato decisório por excelência³¹⁸, porque a sentença é a síntese da função jurisdicional; é a própria finalidade do processo, e não, simplesmente, a esta concernente, onde fundo e forma se confundem.³¹⁹

³¹⁷ WAMBIER, T. A. A. **Nulidades do processo e da sentença**. p.131.

³¹⁸ *ibid.*, p.151.

³¹⁹ *ibid.*, p.236.

Pode haver, ainda, duas categorias de vícios intrínsecos, tornando nula a sentença: (a) em relação à sua extensão – quando inexistir correspondência entre o “objeto” da demanda e o “objeto” da sentença; (b) quanto à fundamentação – deve abranger todas as alegações feitas pelas partes, no curso do feito, para que sejam expressamente acolhidas ou repelidas.³²⁰

Em síntese, a prestação jurisdicional, resultante de atividade viciosa, por desobediência das formalidades, está eivada de nulidade, sujeita ao controle pelas partes e por terceiros interessados.

7.1 DA VINCULAÇÃO DO JUIZ AOS FATOS DA CAUSA E AO PEDIDO

Quando da propositura da demanda, o autor deve³²¹ definir os seus elementos, na petição inicial, quais sejam: (a) as partes; (b) os fatos essenciais e a sua fundamentação jurídica; e (c) o pedido, de acordo com o artigo 282, II, III e IV, do CPC, a que se refere à Teoria da Tríplice Identidade: (a) quem pede e de quem se pede; (b) porque se pede (uma relação jurídica e um estado de fato contrário ao direito); (c) o que se pede (imediatamente, a atuação da lei; e mediatamente, o bem da vida).

Resumidamente, os elementos que identificam a demanda são: as partes, a causa de pedir e o pedido.³²²

³²⁰ Ibid., p.237, 246, 249.

³²¹ A petição inicial que não contiver os elementos mínimos é considerada inepta (art. 295-I, CPC).

³²² Para Chiovenda os elementos identificadores da ação seriam os sujeitos ativo e passivo, a *causa petendi*, e o objeto. (**Instituições de direito processual civil**. v. 1).

O demandado, igualmente, em sua resposta deverá manifestar-se sobre as matérias processuais (art. 301, CPC) e as substanciais, de acordo com o artigo 302, CPC, tomando-as controvertidas, duvidosas, ou seja, questões de fato e de direito.

Por outro lado, "o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de *questões*, não suscitadas, a cujo respeito à lei exige a iniciativa da parte", e, também, "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", cujas regras de julgamento estão talhadas, nos artigos 128 e 460³²³, do CPC, também denominadas de Princípio de Adstrição, Princípio da Vinculação, Princípio da Correspondência, Princípio da Congruência etc.

Portanto, a correspondência obrigatória que se estabelece entre a demanda (lide) e a sentença (julgamento) está diretamente associada aos respectivos conteúdos.

A demanda contém: (a) a identificação do requerido que vai suportar o efeito pretendido; (b) a existência de um fato; (c) a existência de uma norma jurídica, suficiente para a refletir o fato (juridicização); (d) o efeito do fato narrado e fato normativo (subsunção); (e) possibilidade de um provimento.

De outro lado, a sentença deve conter: (a) a identificação dos sujeitos da demanda; (b) a identificação de um fato; (c) a identificação de uma norma jurídica aplicável ao fato narrado na demanda; (d) os efeitos previstos na norma, em tese; (e) os efeitos atribuídos aos fatos narrados e, devidamente, previstos na regra jurídica identificada e aplicada; (f) o provimento de interesse dos demandantes.

³²³ Egas Moniz de Aragão critica fundamentadamente a redação do texto do artigo 460, do CPC, sugerindo que assim fosse: É defeso ao juiz proferir sentença, a favor da parte, de espécie diversa da

Havendo, *in concreto*, divergência de apenas um desses elementos, por certo estará sendo violado o princípio da correspondência, observando-se, porque oportuno, que não configura divergência a interpretação e aplicação de norma jurídica na sentença, diversa daquela indicada na demanda, considerando-se o princípio da livre dicção do direito (*jura novit curia*).

No que se refere à adstrição do julgador aos limites em que a lide (demanda) foi proposta, sendo-lhe vedado conhecer de "questões" não suscitadas³²⁴, a bem de ver, a hipótese diz respeito ao pedido e aos fatos constitutivos do direito do autor, em confronto com as exceções processuais relativas e exceções materiais de parte da defesa, que caracterizam as "*questões de fato e de direito*", e ainda a reconvenção, pedido contraposto, ação incidental, ações conexas, *excluindo-se da adstrição* as matérias que podem ser conhecidas de ofício (matérias de ordem pública³²⁵ de natureza processual e material, quer sejam constitutivas, impeditivas ou extintivas de direito).

A propósito, surgem questões (dúvidas) quando há controvérsia a respeito de como aconteceram os fatos narrados pelo demandante e como devem ser

pedida, bem como julgar o réu em quantidade superior ou em objeto mediato do pedido diverso do que lhe foi demandado. Sentença e coisa julgada. Rio de Janeiro: Aidê, 1992, pp. 111 a 116.

³²⁴ Celso Agrícola Barbi ao comentar o art. 128 do CPC, após conceituar lide, afirma que a mesma "apresenta-se no processo em limites fixados pela parte. Isto é, mesmo que a lide, como entidade sociológica, fora do processo, tenha determinada extensão, ela pode ser apresentada apenas parcialmente no processo. E é nesses limites em que ela foi trazida ao juiz, que este deve exercer a sua atividade. Em outras palavras, o conflito de interesses que surgir entre duas pessoas será decidido pelo juiz não totalmente, mas apenas nos limites em que elas o levarem ao processo. Usando a fórmula antiga, significa o artigo que o juiz não deve julgar além do pedido das partes: *ne eat judex ultra petita partium*. Esse brocardo se aplica com maior rigor, quando se tratar dos limites postos pelo pedido do autor, os quais nunca podem ser ultrapassados. E, do mesmo modo que não deve decidir mais do que o autor pediu, o juiz também não lhe pode conceder coisa diferente da que foi pedida, isto é, não pode decidir fora do pedido. (Comentários ao Código de Processo Civil. 1983. p.523.)

³²⁵ Pontes de Miranda ao comentar o artigo 4º, do CPC/39, afirma que o juiz fica adstrito ao pedido da parte. Quando alguma função lhe cabe de ofício, é o Estado que "pede". Fora daí, o Estado é chamado a que o juiz estatal dê a sentença, isto é, entregue a prestação jurisdicional. (Comentários ao código de processo civil, vol.I, Rio de Janeiro: Forense, 1947, p.146.)

qualificados juridicamente, denominadas "questões de fato e de direito", sendo que a resolução da questão de fato, na maioria das vezes, está na subsunção à norma. Entretanto, a distinção entre questão de fato e de direito perpassa todo o direito processual, à luz do princípio dispositivo, que pressupõe essa distinção, segundo o qual o juiz julga sobre a "questão de facto", 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 em seu próprio conhecimento do Direito e da lei, que tem de conseguir por si (*jura novit curia*), em consonância com Karl Larenz.³²⁶

A questão de direito está diretamente ligada à qualificação jurídica dos fatos ocorridos, com auxílio dos termos de conteúdo significativo, previstos no ordenamento jurídico. Enfim, é o significado dos fatos de cada declaração, que na mais das vezes é dificultado, em face de termos indeterminados, os quais necessitam ser valorados pelo aplicador do direito.

De qualquer modo, a interpretação e a aplicação da lei não estão confinadas ao princípio dispositivo e, via de consequência, ao princípio da correspondência; contudo, a matéria é de extrema relevância para os fins de controle das decisões judiciais, considerando-se a hipótese de *error in iudicando*, mister para os recursos dirigidos para o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, tendo em vista se saber até que ponto a questão é de fato e ou é de direito, assunto que não passou despercebido da acuidade de Teresa Arruda Alvim Wambier.³²⁷

Mas, se por um lado é vedado ao juiz ir além dos limites do pedido e de conhecer de fundamentos não suscitados pelas partes, igualmente lhe é vedado

³²⁶ LARENZ, K. *Metodologia da ciência do direito*. 5.ed. rev. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p.370.

³²⁷ Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. Questões de fato, conceito vago e a sua controlabilidade através de recurso especial. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.428-463. Ainda sobre a distinção do fato e do

ficar aquém do que foi pedido e de seus fundamentos, bem assim deixar de examinar as exceções da defesa, sob pena de parcialidade.

Devido à falibilidade humana, podem ocorrer *errores in procedendo* quando ocorrer julgamento *extra petita* quer *ultra petita*, isto é, “fora do que estava em causa (prestação jurisdicional mal executada, porque se presta o que não estava para ser prestado, se resolve o que não se tinha de resolver), ou além do pedido (mais prestado do que se tinha de prestar)”³²⁸ e *infra petita*,³²⁹ quando se deixa de prestar o que deveria ser prestado ou deixa-se de resolver o que deveria ser resolvido, configurando verdadeira omissão³³⁰ e vulneração ao princípio da imparcialidade.

Não obstante a rigidez do sistema, extrai-se segura conclusão de que existem exceções ao princípio da demanda e ao princípio da correspondência (e indiretamente ao princípio dispositivo), pela possibilidade de serem pronunciados os denominados pedidos implícitos (art. 293), pedidos de obrigações periódicas (art. 290), a fungibilidade de demandas dos interditos possessórios e dos provimentos, que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento (art. 461 e 461-A).

7.2 DAS HIPÓTESES DE APARENTE PARCIALIDADE DO JUIZ, NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

No início da década passada, foi editada a Lei nº 8.078, de 11.09.1990, conhecido como Código de Defesa do Consumidor, sendo que o seu artigo 1º

direito, sob o ponto de vista da lógica, vide Chaim Perelman, *Ética e direito*. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.571-580.

³²⁸ MIRANDA, J. C. P. *Comentários ao código de processo civil*. p.147. v. 1.

³²⁹ Teresa Arruda Alvim faz referência a categoria de vícios que maculam a sentença, a ponto de torná-la nula, em virtude de infração à regra de que o *decisum* deve cingir-se ao *petitum*, exemplifica com exemplos de que, efetivamente, é vedado ao órgão jurisdicional decidir aquém, além ou fora do pedido. Trata-se de sentenças *citra* ou *infra petita*, *ultra petita* e *extra petita*. (*Nulidades...* p.266-267.)

³³⁰ O vício pode ser resolvido através de embargos de declaração (art. 535, CPC).

dispõe que "o presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos do artigo 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal, e art. 48 de suas Disposições Transitórias".

Recentemente, foi editada a Lei nº 10.406/2002, o novo Código Civil Brasileiro, com vigência a partir de 13.01.2003, sendo previsto no artigo 2035, § único, que "Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos".

No âmbito do Direito Processual Civil, importantíssimas modificações também ocorreram no artigo 461, inclusive com a introdução do artigo 461-A, consagrando-se o Princípio da Efetividade da Jurisdição, no campo material, autorizando atividades jurisdicionais, além dos limites tradicionalmente impostos pelos art. 2º, 128, 460 e 463, do CPC, em consonância com os cânones do Princípio Democrático de Direito.

Importante, pois, investigar elementos de definição de norma de ordem pública e sua repercussão na atividade jurisdicional.

Paulo Dourado de Gusmão³³¹ ao se referir a direito coercitivo, ou impositivo, afirma que "é aquele obrigatório, inderrogável pelas partes, constituindo um limite à autonomia da vontade", mais especificamente, na liberdade de contratar, sendo constituído tanto por normas de direito privado, tuteladoras de interesse social (ex: direito de família), e de normas absolutas de direito público (exemplo: licitação), que não admitem ampliação.

O direito cogente apresenta-se através de normas preceptivas e proibitivas; as preceptivas ordenam uma ação, impõe a prática de ato, determinam o regime jurídico, obrigações etc, de forma imperativa (exemplos: a maioria; a prescrição; a decadência etc), enquanto que as proibitivas são as que vedam determinada ação, ato jurídico (exemplo: casamento entre ascendentes e descendentes; doação integral dos bens, sem reserva). As consequências da não observância das normas são as de que os efeitos dos atos praticados não são reconhecidos juridicamente.

Paralelamente, coexiste o direito dispositivo, que é formado por normas de natureza supletiva, que também é aplicado, imperativamente, desde que as partes não se manifestem de forma diversa, alterando, integrando ou interpretando suas vontades, no negócio jurídico, isto é, auxiliam ou suprem a vontade (exemplos: art.1639 CC; 1640 CC).

Maria Helena Diniz³³² esclarece que:

as normas dispositivas são supletivas quando suprem a falta de manifestação de vontade das partes; só se aplicam, então, na ausência da declaração de vontade dos interessados. Se estes nada estipularem, em determinadas circunstâncias, a norma o faz em lugar deles", servindo de exemplo: Efetuar-se-á o pagamento no domicílio do devedor, salvo estipulação em contrário (art. 327, 1ª parte, CC).

Certo é que a distinção entre normas coercitivas e dispositivas nem sempre se apresenta sem dificuldades, pois há possibilidade de as normas de direito privado e as de direito público serem derogáveis pelas partes, nos casos de nulidades sanáveis. No entanto, as disposições ou convenções que violarem os preceitos de direito cogente são fulminadas de nulidade, porque prevalece o

³³¹ GUSMÃO, P. D. de. *Introdução ao estudo do direito*. 13. ed, 1. tir, rev. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p.122-123.

³³² DINIZ., M. H. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p 345.

interesse geral (ex: normas de proteção da personalidade, da família), enquanto que no direito dispositivo prevalece a vontade das partes, a individualidade.

Dentre as normas coercitivas, Paulo Dourado Gusmão³³³ destaca as normas de ordem pública.

Normas de ordem pública são as que disciplinam instituições jurídicas fundamentais e tradicionais, bem como as que garantem a segurança das relações jurídicas e protegem os direitos personalíssimos e situações jurídicas que não podem ser alteradas pelo juiz ou pelas partes por deverem ter certa duração. São normas de "ordem pública" as de direito público, as que organizam a família, as que disciplinam a capacidade, a incapacidade, nome, prescrição, nulidade de atos etc.

Como visto, as normas que dispõem sobre a conduta dos indivíduos ou da organização da sociedade coercitivamente, formam o direito cogente, de observância obrigatória, não sendo passíveis de derrogação, ou a subtração das suas conseqüências pelas partes. Em suma, as normas cogentes estabelecem limites à autonomia da vontade, pela imposição ou proibição da livre manifestação.

Carvalho Santos³³⁴ reconhece que as normas de ordem pública estabelecem limite à liberdade contratual, destacando que essas normas se devem à predominância, em certas situações, do interesse público sobre o interesse particular.

Onde quer que se vislumbre, portanto, um interesse de ordem pública, desaparece a liberdade de ação das partes contratantes, que se devem cingir às determinações legais. A liberdade tem seus limites, não resta dúvida, e de acordo com os princípios sociais que dominam o direito hodierno, justificam-se todas essas restrições impostas no interesse da coletividade, ou da ordem pública, sem que, por isso, deixem de ser considerados contratos os atos jurídicos praticados sob o império dessa coação legal".

³³³ GUSMÃO, P. D. de. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p.122-123.

³³⁴ SANTOS, J. M. C. *Código civil brasileiro interpretado*. 8.ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1975. p.11 v. XV.

Clóvis Beviláqua³³⁵ define leis de ordem pública "as que, em um Estado, estabelecem os princípios cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos do direito".

Na classificação das normas jurídicas, quanto à imperatividade, Maria Helena Diniz identifica as de imperatividade absoluta e as de imperatividade relativa.

As normas de imperatividade absoluta, ou impositivas, também chamadas absolutas, são as que ordenam ou proíbem alguma coisa (obrigação de fazer ou de não fazer) de modo absoluto; as que determinam, em certas circunstâncias, a ação, a abstenção ou o estado das pessoas, sem admitir qualquer iniciativa, vinculando o destinatário a um único esquema de conduta.

As normas imperativas podem ser afirmativas ou negativas. Exemplos: art. 1245 CC: "Transfere-se entre vivos a propriedade mediante a transcrição do título traslativo no Registro de Imóveis"; art. 426 CC: "Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva".

Miguel Reale³³⁶ também expressa seu entendimento acerca das normas de ordem pública, destacando que não raramente trazem confusões, porque são confundidas com regras de Direito Público.

Ordem pública aqui está para traduzir a ascendência ou primado de um interesse que a regra tutela, o que implica a exigência irrefragável do seu cumprimento, quaisquer que sejam as intenções ou desejos das partes contratantes ou dos indivíduos a que se destinam. O Estado não subsistiria, nem a sociedade poderia lograr seus fins, se não existissem certas regras dotadas de conteúdo estável, cuja obrigatoriedade não fosse insuscetível (sic) de alteração pela vontade dos obrigados. Quando certas regras amparam altos interesses sociais, os chamados interesses de ordem pública, não é lícito às partes contratantes disporem de maneira diversa.

Orlando Gomes³³⁷ ao se referir à distinção entre normas de direito privado e de direito público afirma que não se podem dispensar os princípios de ordem

³³⁵ BEVILÁQUA, C. *Teoria geral do direito civil*, 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1929. p. 14-15.

³³⁶ REALE, M. *Lições preliminares de direito*. 20. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 131.

pública, para uma classificação mais rigorosa, por serem da maior repercussão social.

Os princípios de ordem pública não chegam a constituir direito público, por faltar participação estatal direta na relação criada, que se estabelece toda entre particulares. São, pois, princípios de direito privado. Mas, tendo em vista a natureza especial da tutela jurídica e a finalidade social do interesse em jogo, compõem uma categoria de princípios que regem relações entre particulares, a que o Estado dá maior relevo em razão do interesse público em jogo. São, pois, os princípios de direito privado que atuam na tutela do bem coletivo. Seu campo de ação é o direito privado, porque instituem a normação das relações entre pessoas singulares; mas sua repercussão na vida coletiva e a imperatividade do comando estatal que os acompanha imprime-lhes fundada analogia com o direito público, inderrogáveis pela vontade das partes, e cujos efeitos são insuscetíveis de renúncia.

E, no mesmo sentido, segue o magistério de Luis Recaséns Siches³³⁸:

Las normas taxativas son aquellas que mandan o imperan independientemente de la voluntad de los obligados, de modo que no es lícito derogarlas ni absolutamente ni relativamente, en vista al fin determinado que los sujetos se propongan alcanzar, porque la realización de este fin está cabalmente disciplinada por la norma misma. Si suele decir en este contexto que las normas de interés público no pueden ser cambiadas por los pactos de los particulares.

Em síntese, a noção de "normas de ordem pública" decorre de intervenção, de caráter geral, das políticas públicas do Estado³³⁹, no sentido de alcançar todos os indivíduos, cujos destinatários não as podem descumprir, embora não se possa deixar de registrar que tanto ordem pública como interesse geral são expressões extremamente fluidas e imprecisas.

Tanto é assim que as normas nem sempre deixam inteiramente à vontade os interessados para configurarem relações jurídicas; por vezes, preestabelecem-nas de modo claro e irremovível; outras vezes, criam alguns tipos de relações jurídicas,

³³⁷ GOMES, O. *Instituições de direito civil*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p.17 v. I.

³³⁸ SICHES, L. R. *Introducción al estudio del derecho*, 7.ed. Porrúa, México: [s.e], 1985. p.180.

³³⁹ A expressão política pública designa a atuação do Estado, desde a pressuposição de uma bem marcada separação do Estado e sociedade. O modo de produção capitalista supõe a separação do Estado e da sociedade, no que é reforçado pela dicotomia direito público-direito privado. Daí por que se afirma que toda atuação estatal é expressiva de um ato de intervenção na ordem social. Também aí a separação entre Estado e economia, o que confere sentido às afirmações de que ele "intervém"

dentre as quais se pode escolher o que convém. Numa situação, a cogência é absoluta; noutra, a cogência é relativa, de imperatividade relativa - não ordenam nem proibem de modo absoluto, pois permitem ação ou abstenção, ou suprem manifestação de vontade não existente -, pois a escolha entre os tipos de relações jurídicas, fica ao critério da vontade preferir uma ou outra, respeitados os limites, conforme identificado por Pontes de Miranda.³⁴⁰

(a) Sempre que a regra jurídica estabelece a impotência da vontade para a configuração de negócio jurídico, ou faz em termos de *vedação*, ou em termos de *insuficiência*, ou em termos só de *deficiência*. Acolá, o negócio jurídico não pode ser obtido (é o caso dos jogos proibidos); ali, outro elemento volitivo, ligado ao elemento insuficiente, obtê-lo-á, ou poderia obtê-lo; aqui, o negócio jurídico perdez-se, deficitariamente.

Sempre que a regra jurídica não exclui o negócio jurídico (=não no diz não-existente ou não o diz negócio extrajurídico), negócio jurídico há, ainda que deficiente o suporte fático. A deficiência pode concernir aos sujeitos (deficiência subjetiva), ou ao objeto, ou às vontades, ou a outro elemento do suporte fático, como a forma e o assentimento de terceiro.

(b) As regras jurídicas cogentes, quanto às consequências da sua violação, dividem-se em: a) regras cogentes repelintes ou pré-excludentes, regras que negam existência ao fato jurídico, inclusive ao negócio jurídico, b) regras cogentes nulificantes, ou que dão ensejo à nulidade do ato jurídico, inclusive negócio jurídico, c) regras cogentes anulativas, que têm como consequências a anulabilidade, d) regras cogentes não-invalidantes, que são aquelas de que resultam consequências que não são a de inexistência, nem a de não-validade (reparação do dano, caducidade de algum direito, medidas disciplinares, óbices ao exercício de algum direito, rescindibilidade). As regras jurídicas b) e c) são as regras jurídicas cogentes invalidantes.

a) As regras jurídicas cogentes pré-excludentes repelem do mundo jurídico suportes fáticos que tentem penetrar; não se transforma esses em fatos jurídicos, porque as regras jurídicas, que incidiram sobre eles e os fariam fatos jurídicos, precisamente lhe negam existência no mundo jurídico, ou, referindo-se a outra regras jurídicas, não deixam que elas incidam sobre o suporte fático. Às vezes, a razão está em insuficiência do suporte fático, porém ali a atitude do sistema jurídico ocorre mais enérgica.

b) As regras jurídicas cogentes nulificantes param na negação que contém, antes do plano da existência: admitem que exista o negócio jurídico, porém nulamente. As *leges perfectae*, conceito que se tira do texto de ULPIANO (Frag., I § 2), seriam as regras jurídicas *nulificantes*, mas a *nullitas* era o mesmo que a inexistência; e o texto de ULPIANO precisa de maior estudo. Nem sempre se pode traduzir por *nulo* o *nullus* do direito romano, porque *nullus* era inexistente.

c) As regras jurídicas cogentes anulantes são as que permitem a propositura da desconstituição do negócio jurídico, ou do ato jurídico; não repelem do mundo jurídico o suporte fático, nem nulificam ao to jurídico.

e cumpre papel de "regulação" da economia. (GRAU, E. R. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p.21:

³⁴⁰ MIRANDA, J. C. P. de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo III. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954. p.56-58.

As regras jurídicas cogentes não-invalidantes deixam existir e valer o negócio jurídico, mas a violação acarreta pena (*minus quam perfecta lex*) ou outra consequência (*leges imperfectae*). Aqui surge o problema da rescindibilidade que tantas vezes temos discutido. O rescindível existe, e vale. Tem-se a chave para abrir, para cindir, enquanto não se rescinde, o negócio jurídico lá está, - é e vale. Não é nulo, nem anulável. (destaquei)

Não basta, apenas, a afirmação de que a norma é de ordem pública para vingar a sua obrigatoriedade; é indispensável identificar quais os efeitos previstos para o seu descumprimento, no ordenamento jurídico, conforme se pode aprender com Pontes de Miranda³⁴¹.

As normas devem ser examinadas em sua função e em seu alcance, se não cabe, desde logo, por serem cogentes, outras que como tais foram apontadas, o argumento *a contrario*. Às vezes, a regra jurídica, em lugar de aludir a manifestação de vontade, alude à possibilidade de se excluírem os efeitos; ou de algum ou alguns serem incluídos; ou a serem tais e tais, se não se dispôs diferentemente. As maiores dificuldades de interpretação surgem quando o legislador usou de expressões que mais serviram ao direito cogente, ou ao direito interpretativo, ou são próprias do direito cogente, ou do direito interpretativo.

Portanto, sendo descumpridas as normas cogentes pré-excludentes (por exemplo, a usura ou agiotagem) ou as nulificantes (por exemplo, incapacidade absoluta) a consequência é a da inexistência e da nulidade absoluta do ato praticado, respectivamente.

O que se apresenta plausível de sustentar, para o exercício da atividade jurisdicional "*ex officio*", é que o juiz, quando enfrentar situações jurídicas que envolvam normas de ordem pública – assim identificáveis as de efeito pré-excludentes ou nulificantes –, está autorizado a aplicá-las, porque prevalece, no caso, o interesse do Estado³⁴², sendo insuscetível a invocação do Princípio

³⁴¹ *Ibid.*, p.61.

³⁴² Ricardo Luis Lorenzetti, ilustre jurista, discorre sobre as normas de intervenção, como garantia subjetiva processual ao consentimento pleno, mister sobre a ordem pública de proteção, ordem pública de coordenação e de direção. (**Fundamentos do direito privado**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1998, p.547-556).

Dispositivo, eis que está presente o controle difuso da nulidade absoluta dos negócios e das cláusulas viciadas³⁴³.

E Ariete Inês Aurelli³⁴⁴ expressa o que se entende por matéria de ordem pública.

Entende-se como sendo matéria de ordem pública aquela cujo vício não atinge só o puro interesse particular das partes, e sim o interesse de toda a coletividade, de toda a ordem jurídica, ou seja, o interesse público. É justamente por isso que pode e deve ser conhecida independentemente da alegação das partes. As nulidades absolutas de índole processual se incluem no rol das matérias de ordem pública.

Ainda, Sálvio de Figueiredo Teixeira³⁴⁵ confirma que "as nulidades absolutas são questões de ordem pública porque a violação do modelo legal atinge não apenas o interesse da parte, mas também, e sobretudo, o interesse público, a ordem jurídica".

A imperatividade absoluta de algumas normas é justificada pela necessidade de proteção de determinadas relações sociais ou estados da vida social que não podem ficar exclusivamente ao arbítrio individual, pela perspectiva de acarretarem prejuízos para a sociedade³⁴⁶.

Portanto, as situações onde o juiz pode exercer a atividade jurisdicional "ex officio"³⁴⁷ estão permeadas no direito, tanto na esfera privada, quanto na esfera pública, com destaque para a decretação das nulidades previstas no artigo 166 do Código Civil, do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, do artigo 267, § 3º.

³⁴³ TJ-RS. ApCiv. 70003425147. 14ª Cam.Civ. rel. Aymoré Roque Pottes de Mello. J. 25.4.2002.

³⁴⁴ AURELLI, A. I. Arguição de matéria de ordem pública em recurso especial – desnecessidade de prequestionamento. *Revista de Processo* n. 89, p.267-280.

³⁴⁵ TEIXEIRA, S. de F. *Prazos e nulidades do processo civil*, p.56.

³⁴⁶ DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. p.345.

³⁴⁷ A expressão "ex officio" deriva do latim, de *op ficium, officium*, significando obrigação, dever, tudo que se deve fazer por obrigação, ou realização de um dever, tendo, mais tarde, o significado evoluído para realização de dever funcional. É a soma de atribuições ou deveres impostos à pessoa do juiz em virtude do cargo por ele exercido. É o que se faz por iniciativa própria, sem pedido de alguém, somente porque se está na obrigação ou no dever legal de assim proceder.

do CPC³⁴⁸, do artigo 301, § 4º, CPC, o reconhecimento dos juros legais (art. 293, CPC), das prestações periódicas (art.290, CPC), as objeções de direito material (pagamento, decadência), da conversão do pedido de concordata preventiva em falência, da fungibilidade de demandas (art. 920, CPC), da inscrição de hipoteca judiciária (art. 466, CPC) etc, desde que seja instaurada a demanda, para fazer vingar o comando imperativo da norma estatal.

Não há que se falar em invasão do Princípio Dispositivo – de matérias de interesse privado -, eis que, em matéria de ordem pública, prevalece o interesse geral.

7.2.1 Dos Pedidos Implícitos

Se, por um lado, existe o ônus de o autor da demanda formular pedido certo e determinado (art. 286, do CPC), contraditoriamente a regra de interpretação estrita do pedido, prevista no artigo 293 do CPC, ampliou o conhecimento do objeto litigioso posto em juízo, ao considerar compreendido "no principal os juros legais", denominado de "pedido implícito", *a contrario sensu* das ampliações já autorizadas pelos artigos 289 e 290 do CPC.

Milton Paulo de Carvalho³⁴⁹ define pedidos implícitos como sendo "os que, embora por sua natureza pudessem constituir pedidos autônomos, a lei considera-os compreendidos no pedido simples ou qualificado, ou presume neles compreendidos como decorrência objetiva da sucumbência processual", destacando

³⁴⁸ Teresa Arruda Alvim Wambier insere dentre as nulidades de fundo (absolutas) as condições da ação, os pressupostos processuais positivos de existência e de validade e os pressupostos negativos e as de forma, quando expressamente previstas em lei (art. 243 c.c. 244). (Nulidades..., p.157-159.)

nessa ordem o reembolso das despesas (custas, indenização de viagem, diárias de testemunhas, remuneração do assistente técnico) ao vencedor, o pagamento de honorários de advogado (art. 20, CPC), as prestações vincendas à época da propositura da demanda (art. 290, CPC), os juros legais, e por construção pretoriana, a correção monetária e os alimentos em dissolução de sociedade conjugal.

No mesmo sentido, posiciona-se Dinamarco³⁵⁰, considerando que "a regra de interpretação estrita do pedido recebe ressalvas legais e sistemáticas relativas aos chamados pedidos implícitos". Identifica como pedidos implícitos os juros legais, as prestações periódicas, a correção monetária, as despesas do processo e com advogado e "a tutela jurisdicional relacionada com as obrigações de fazer ou de não fazer (art. 461, caput, e §§)".

Em que pese o amplo entendimento doutrinário e jurisprudencial de que os juros legais, prestações de trato sucessivo, a correção monetária, as despesas processuais com a demanda e os honorários advocatícios são pedidos implícitos, há necessidade de uma reflexão mais detida sobre o tema (se realmente se tratam de "pedidos implícitos").

Os juros legais, que podem ser de mora e compensatórios, de acordo com os artigos 406 do CC, 670, 869, 833, 1762, do CC, respectivamente, não estando aí contemplados os juros remuneratórios e nem os de mora convencionais, são verdadeiros acessórios da obrigação principal. Portanto, poderiam ser objeto de

³⁴⁹ CARVALHO, M. de P. de. *O pedido no processo civil*, p. 101

³⁵⁰ DINAMARCO, C. R. *Instituições de direito processual civil*, p. 137, v.II

pedidos autônomos, através de ações acessórias(de alimentos, de guarda de filhos etc), nos termos do artigo 108 do CPC. Decorrem de relação jurídica substancial.

Quanto às prestações periódicas, ou de trato sucessivo, originam-se da mesma causa de pedir, sendo passíveis de pedidos autônomos, também através de ações próprias. É o caso de cobrança de alugueres, de taxas de condomínio etc. Decorrem também de relações jurídicas de direito substancial.

A correção monetária nada mais é do que a recomposição do poder aquisitivo da moeda corroida pela inflação. Portanto, no valor da obrigação principal insere-se o *quantum* de correção monetária. A correção monetária é representativa da obrigação principal. Não se trata de acessório, que poderia ser objeto de ação acessória, nos moldes do artigo 108 do CPC, embora possa ser objeto de pedido autônomo. Decorre também de relação jurídica de direito substancial. Mas, tendo em vista que são vários os índices praticados de correção monetária, no País, aqui deve prevalecer o índice legal, previsto no Decreto nº 1544/95, que adotou o INPC-IGP-DI. A correção monetária defluente de índices convencionais não deve ser conhecida "*ex officio*".

As despesas de processo, as de honorários de advogado e as matérias relativas à efetividade das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa são decorrentes de relação jurídico-processual, nos termos dos artigos 20 e 461, caput, e §§, e 461-A e §§, do CPC.

Como já visto, o pedido é decorrente de relação de direito substancial, requerendo a correspondente causa de pedir, onde ficam evidenciadas as condições da ação. Assim, os juros legais, a correção monetária oficial e as prestações periódicas seriam passíveis de pedidos de prestação jurisdicional. Entretanto, as despesas do processo e as de honorários advocatícios não são tecnicamente

pedidos, porque não têm relação com o direito substantivo, razão pela qual não fazem parte da pretensão formulada; são decorrentes dela, quer em face da sucumbência, quer em face da necessidade de o Estado coagir indiretamente o demandado para dar efetividade à tutela concedida na sentença, nas hipóteses das matérias previstas no artigo 461, do CPC

Portanto, é equivocado qualificar esses fatos processuais como "pedidos implícitos", que de implícitos nada têm, pois não estão subentendidos em outro de natureza substancial, os quais têm realmente núcleo próprio. O que não discrepa é que esses "pedidos implícitos" são passíveis de conhecimento, tão-só porque existe previsão legal para que o juiz possa pronunciá-los, independente de pedido explícito do demandante.

E se o juiz pode praticar a atividade "*ex-officio*" é porque a norma é de ordem pública, cogente, obrigatória, sob pena de a omissão caracterizar *error in procedendo*, capaz de viciar a prestação jurisdicional.

Portanto, é imprópria a qualificação de "pedidos implícitos", quando a norma processual, de ordem pública, dispensa a formulação do pedido pelo demandante. Aliás, com propriedade Dinamarco³⁵¹ registra esse entendimento.

Conceitualmente, não há lugar para a existência de *pedidos implícitos*. Simplesmente, a lei e o sistema dispensam o pedido em algumas hipóteses, investindo o juiz do poder de pronunciar-se sobre juros, correção monetária, *astreintes* etc., ainda quando não hajam sido pedidos pelo demandante. Mais que exceções à regra da interpretação estrita, são ressalvas à proibição de conceder tutela extrapolante ao pedido feito (arts. 128 e 460). Todas elas contam com bom apoio legitimador da tendência universal a deformalizar o processo e da consciência da necessidade de promover a efetividade da tutela jurisdicional e do acesso à justiça (particularmente as exceções relacionadas com as obrigações de fazer ou não-fazer); mas falar em *pedido implícito* é valer-se arbitrariamente de uma desnecessária ficção legal, porque basta reconhecer que todos esses são casos em que o pedido é dispensável, não havendo por que fingir que ele haja sido deduzido.

³⁵¹ *Ibid.*, p. 137. v.II

Mas seria possível "interpretar" o pedido da demanda e daí entender que o autor pediu mais do que realmente ali consta, à luz do artigo 293, do CPC?

O artigo 293 do CPC estabelece que os pedidos serão interpretados restritivamente, o que significa que o juiz não pode alargar a sua abrangência, através de qualquer regra de interpretação.

O pedido reflete a manifestação da vontade do demandante³⁵², através da petição inicial (art. 282, incisos III e IV, CPC), que também delimita a atividade jurisdicional, para a entrega da prestação do serviço. Portanto, o juiz tem de ater-se ao limite estabelecido pelo autor, quando da formulação da demanda, não sendo legítimo, por ocasião do julgamento, expandi-lo, sob pena de descumprir as molduras legais, previstas nos artigos 128 e 460 do CPC.

Como bem definido por Araken de Assis³⁵³: "Não cabe ao juiz, atrelado à demanda, reescrever aquilo que o autor efetivamente pediu, ou extrair das entrelinhas o que, na verdade, o autor não pediu, embora pudesse tê-lo feito."

A vontade do autor está materializada no pedido expresso. Não há espaço para a interpretação do pedido, no sentido da compreensão de que além do pedido certo e determinado existam outros pedidos, sob pena de surpreender o demandado, por ocasião do julgamento.

Milton Paulo de Carvalho³⁵⁴ ainda destaca que a interpretação do pedido não é de interesse apenas do juiz, mas "o é também do réu, que é o outro sujeito do

³⁵² TJ/PR - Ap. Cível n. 113176-6 - Comarca de São José dos Pinhais - Ac. 21376 - unân. - 1a. Câ. Civ. - Rel: Des. Antonio Prado Filho - j. em 19.03.2002 - Fonte: DJPR, 15.04.2002: Rescisão de contrato. Reintegração de posse. Indenização pela utilização do imóvel. Pedido. Interpretação restritiva. Ao formular o pedido o autor deve incluir tudo o que obter, pois sua interpretação será restritiva (art. 293, 1ª parte, CPC). Em havendo alguma omissão o autor poderá aditar o pedido antes da citação do réu (art. 294, CPC). De acordo com o princípio da oportunidade, formada a relação processual, não poderá mais o autor modificar o pedido ou a causa de pedir sem o consentimento dos réus (art. 264, CPC). Recurso não provido.

contraditório", levando-se em conta que o réu também deverá interpretar o pedido para apresentar sua resposta. O réu não pode ser surpreendido pelo provimento de pedido não constante da demanda, tanto que, a entrega de prestação jurisdicional abrangendo "pedidos implícitos", está fundamentada em normas de ordem pública, razão pela qual não causa surpresa aos jurisdicionados, pelo simples fato de serem as normas de domínio público.

Isso não obstante, sem que haja ampliação do pedido formulado na petição inicial, existe a possibilidade de serem providos pedidos verdadeiramente implícitos³⁵⁵, isto é, (a) aqueles decorrentes de efeitos jurídicos que são conseqüentes do pedido formulado, (b) os que integrem virtualmente o objeto litigioso do processo e, ainda, (c) os que sejam pressupostos para a apreciação do pedido expresso.³⁵⁶

³⁵³ ASSIS, A. **Cumulação de ações**. p.246-247.

³⁵⁴ O pedido no processo civil, ob.cit. p. 113.

³⁵⁵ Decisões que contemplam pedidos implícitos: STJ-REsp nº 1109-MG (registro civil, em investigação de paternidade); TARJ-Apelação 3.690/84, in RT 595/238-239 (condenação ao pagamento dos réus das custas dos serviços de consertos do apartamento dos autores e a removerem as causas das infiltrações); STJ-REsp 11139, em 02.10.91 (admissão do pedido implícito de pensão que deflui logicamente da análise conjuntiva dos autos), STF - RE n. 111.668-4/SP - Ac. unân. da 2a. Turma - j. em 10.12.87 - Rel. Min. Aldir Passarinho (É cabível ter-se como implícito, no pedido formulado na inicial também o de pretenderem os autores a revogação do ato administrativo se o pleito é no sentido de que lhes seja reconhecido direito que teria sido cancelado por aquele ato. Se determinado pedido há de ser tido como implícito na postulação mais ampla, sob pena de esta não poder ser atendida ou quedar inócua, não se há de dizer que o juiz prestou tutela jurisdicional sem que a tenha a parte requerido); TRF - Ap. Cível nº 1.751 - Rio Grande do Norte; Ac. por maioria da 2ª Turma - 5ª Região - j. em 08.08.90 - p. em 30.11.90 -Rel: Juiz Nereu Santos (Sistema Financeiro de Habitação. Pedido de resolução do contrato de financiamento, com conseqüente indenização das prestações pagas. Pedido implícito de manutenção do Plano de Equivalência Salarial. Ausência de julgamento "extra-petita" na sentença que adequou a solução jurídica do problema, adaptando o pedido ao direito. A essência do PES é que o salário-mínimo constitui o limite para atualização do valor das prestações da casa própria); STJ - Rec. Especial n. 68.668 - São Paulo - Ac. 2a. T. - unân. - Rel: Min. Ari Pargendler - j. em 05.02.96 - Fonte: DJU I, 04.03.96, pág. 5396 (Indenização de danos, por efeito de responsabilidade civil do Estado. Interpretação extensiva, sem necessidade de pedido expresso quanto aos danos estéticos. Quando os danos funcionais se refletem esteticamente, a indenização do ato ilícito deve ser ampla, a modo de cobrir também os prejuízos estéticos. Hipótese em que, não tendo o autor limitado o pedido de ressarcimento, a condenação podia abranger os danos estéticos sem necessidade de pedido expresso. Recurso especial não conhecido).

³⁵⁶ Cabe a apreciação do pedido implícito, desde que pressuposto para a apreciação do pedido expresso. Aprovado por maioria. ENUNCIADO 18/1 ENCONTRO/SP - PEDIDO implícito - JUIZADO ESPECIAL CÍVEL - Cabimento. In BONIJURIS Jurisprudência - Cd-Rom - 37004.

Exemplo clássico de pedido implícito está na formulação do pedido de despejo, por infração de cláusula contratual, dentre as hipóteses identificadas na Lei n. 8245, de 18.10.1991. A locação de imóvel nada mais é do que a cessão do uso e do gozo do bem (posse) ao locatário pelo locador, por prazo determinado ou indeterminado, mediante o pagamento de uma remuneração periódica, denominado aluguel. O locatário passa a ser o legítimo possuidor direto do bem e o locador o possuidor indireto, por força de acordo de vontades (contrato). Em face de inadimplemento no pagamento dos alugueres, pode o locador requerer o despejo do locatário para reaver o seu imóvel, de acordo com o artigo 9º, inciso III c.c. 59 da L.I.

O pedido de despejo tem por objetivo a restituição da posse do imóvel. Ocorre que, existindo uma relação contratual, escrita ou verbal, entre o locador e o locatário, ela deve ser previamente resolvida, antes do decreto do despejo (=reintegração da posse), justamente para retirar a legitimidade da posse por parte do locatário.

Assim, embora o autor formule, na petição inicial, apenas o pedido de despejo, com fundamento em inadimplemento do pagamento dos alugueres, por ocasião da entrega da prestação jurisdicional, o juiz decretará a resolução do contrato de locação e o respectivo despejo. A resolução do contrato é resposta ao pedido implícito, eis que integra o objeto litigioso do processo (o artigo 62-I, da Lei nº 8.245/91, estabelece que nas ações de despejo fundadas em falta de pagamento de aluguel e dos acessórios da locação, o pedido de rescisão contratual poderá ser cumulado com o de cobrança dos alugueres). Na mesma seara, poderá ocorrer o pedido de resolução do contrato de aluguel, sem o pedido de despejo. Uma vez

provida a resolução, poderá ser decretado o despejo (= reintegração da posse do imóvel ao locador), que seria o pedido implícito.

Situação análoga pode ocorrer com pedido de reintegração de posse, em decorrência de contrato de comodato, por infração de cláusula contratual. O pedido de reintegração de posse, com fundamento em esbulho por parte do comodatário, que, uma vez notificado, não restituiu o bem ao seu titular, pressupõe, antes, a rescisão do contrato de comodato.

Destaca-se, ainda, outra hipótese de pedido implícito, quando ocorrer saque de duplicata simulada levada a protesto, por falta de pagamento. O autor pode pedir a nulidade do título, por ausência de *causa debendi*. Se for provido o pedido de nulidade do título, a sentença poderá contemplar o pedido implícito de cancelamento do protesto, que nada mais é do que o efeito do decreto de nulidade.

Pode-se ainda identificar pedidos implícitos nas seguintes situações: a) pedido de nulidade de escritura de compra e venda de imóvel. Se provido o pedido, poderá ser contemplado o pedido implícito de cancelamento do registro imobiliário; b) pedido de investigação de paternidade. Se provido, poderá ser contemplado o pedido implícito do registro civil de nascimento (inclusão do nome do pai); c) pedido de resolução de compromisso de compra e venda de imóvel. Se provido, poderá ser contemplado com o pedido implícito da reintegração de posse etc.

Por se caracterizar exceção ao princípio da congruência, a prestação jurisdicional de pedidos implícitos não desatende o princípio da imparcialidade.

7.2.2 Da Fungibilidade de Demandas

O Código Civil ao considerar "possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade", em seu artigo 1196, também estabeleceu a respectiva proteção através dos interditos possessórios: "O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado", em seu artigo 1210, podendo, ainda, por esforço próprio defendê-la (§ 1º): "O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse".

Como visto, a posse produz dentre outros, os efeitos: (1) direito ao uso dos interditos e (2) direito do desforço *incontinenti*.

Portanto, as ações possessórias têm por fim garantir o possuidor contra qualquer agressão à sua posse e o procedimento está previsto nos artigos 920 e ss, do CPC, para a ação de interdito proibitório (art.932), ação de manutenção de posse e ação de reintegração de posse (art. 926).

O justo receio³⁵⁷ de moléstia à posse legítima o exercício da ação de interdito proibitório – ação de força iminente -, com vistas a rever a turbação ou o esbulho, (art. 932, CPC), que nada mais é do que uma ordem ao demandado de não molestar, não-fazer, impondo-se uma abstenção à violência iminente, sob pena de cominação de pena pecuniária.

³⁵⁷ O justo receio é o conhecimento de fatos ou de circunstâncias que façam suspeitar ao possuidor de que o réu vai molestar a sua posse.

Para o cabimento do interdito é necessário que: (1) o demandante esteja na posse; (2) haja o justo receio de ser molestado na posse; (3) a violência deve ser futura, iminente.

Assim é que para o manuseio da ação de manutenção de posse – ou de força turbativa - é necessária a existência de fato que importe turbação ou moléstia, cujo objetivo é impedir a repetição da turbação e, diretamente, garantir a posse de imóveis e móveis ao possuidor. Sobressai que, para o exercício da ação de manutenção da posse, são necessários³⁵⁸ (1) que o demandante esteja na posse da coisa; (2) que a posse tenha sido turbada por ato violento; (3) a continuação da posse, embora turbada; e (4) que haja receio de violências futuras.

Já, a ação de reintegração de posse – ou ação de esbulho ou de força espoliativa – tem por fim restituir a posse ao possuidor, pressupondo-se que o possuidor tenha sido despojado da sua posse.

Para o cabimento da ação de reintegração de posse são necessários: (1) a comprovação da posse, até o momento do esbulho; (2) a perda ou o esbulho da posse, contra a vontade do possuidor, não bastando mera turbação, além da impossibilidade de continuar na posse.

A ofensa temida (ameaça), a turbação e o esbulho são situações de fato, que justificam (causa de pedir) a proteção possessória (pedido mediato). Assim, para o manuseio da demanda adequada tudo faz depender da verificação de cada situação fática momentânea.

Pode ocorrer, no curso da ação de interdito proibitório, a turbação ou o esbulho, vindo a configurar as conseqüências antevistas pelo demandante,

³⁵⁸ SANTOS, J. M. C. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1950 p. 102. v. 1

ocorrendo, portanto, a violação do dever de abstenção e do preceito cominatório. Ou ainda poderá ocorrer no curso da ação de manutenção da posse, ato de esbulho, com a conseqüente perda da posse. Ambas as situações revelam fatos supervenientes ao ajuizamento da demanda possessória.

Como visto, a situação fática pode revelar-se dinâmica, pois que, sob hipótese, o simples receio (de ameaça) pode concretizar-se em turba ou em esbulho da posse, devendo operar-se a conversibilidade da providência jurisdicional com a expedição do competente mandado de manutenção ou de reintegração da posse³⁵⁹.

E essa possibilidade de ser dada a proteção efetiva à posse, de acordo com a situação do momento (que até pode ser a do ajuizamento da demanda), decorre da fungibilidade dos interditos possessórios, prevista no artigo 920, do CPC: "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".

Fungibilidade significa, na hipótese, troca, conversão, ou substituição de um provimento pedido, por outro não pedido, mas adequado à situação comprovada nos autos. Aqui se trata de verdadeira "*mutatio libelli*" autorizada, tratando-se de matéria de ordem pública, onde o juiz, estando presentes os requisitos da demanda adequada aos fatos, a pronunciará, independente de provocação da parte. Pode ocorrer ainda a concessão, feita pelo juiz, de uma tutela por outra decorrente da correta qualificação jurídica dos fatos narrados, não havendo a necessidade de conversão de uma ação por outra, vez que se trata do mesmo procedimento e do

³⁵⁹ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil.** Rio de Janeiro: Revista Forense, 1948, p.331. v. III.

mesmo bem a ser protegido³⁶⁰, além de que o cumprimento da decisão (ex: reintegração de posse) independe da vontade do demandado, tratando-se de sentença executiva, cujo ato material será realizado por mandado pelo oficial de justiça.

Assim, em que pese o demandante individualizar, na petição inicial, os fatos e os fundamentos do pedido, existe a previsão – em decorrência das peculiaridades da situação do direito material (posse) – de, no curso do processo, o juiz, examinando a *causa petendi* originária e sua variação, alterar a extensão da pretensão relatada, em conformidade com o entendimento de Nélson Nery Jr.³⁶¹

Fungibilidade dos interditos possessórios. 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 turbação, pedindo a manutenção da posse, e se, no curso do processo, o juiz verificar que aquelas circunstâncias por ele descritas na petição inicial se caracterizam simples receio, e, a final, conceder o mandado proibitório e não o de manutenção. O que não pode ocorrer é, na pendência da ação de manutenção de posse, o mesmo autor ingressar com direito proibitório, pois lhe faltaria interesse processual para tanto.

As afirmações de Nélson Nery Jr de que "*não podendo ser alterada a causa de pedir*" está calcada no elemento constante **ofensa à posse**, não considerando que a variação da intensidade da ofensa à posse modifica a *causa petendi* originária e o provimento final. Tanto que, se a pretensão da proteção possessória, através de interdito proibitório, é fundamentada em receio ou em ameaça da posse (o

³⁶⁰ RT 571/122.

³⁶¹ NERY JÚNIOR, Nélson, NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual extravagante em vigor**. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.1133.

provimento seria de natureza mandamental³⁶² – ordem de não ameaçar, ou seja, manter as coisas em seu estado), e, no curso do processo, ocorre a perda da posse (o esbulho é uma nova causa de pedir, outra situação jurídica), a providência jurisdicional adequada será a da reintegração da posse (a natureza do provimento será executivo *lato sensu*, ou seja, para retornar a coisa em seu estado anterior).

Assim, o artigo 920, do CPC, contempla os novos fatos constitutivos do direito do demandante (art. 462), conforme precisa lição de Cruz e Tucci.³⁶³

Tendo em vista o dinamismo que conota a violação à posse, o art. 920 do Código de Processo Civil contempla a denominada 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 do CPC) ou na hipótese de eleição equivocada daquele.

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 do esbulho, ou estando em situação de turbação esta se transforma em esbulho, deve-se julgar uma ação por outra, segundo aquela que se apresenta no momento da entrega da prestação jurisdicional.

A regra da fungibilidade (art. 920) constitui exceção ao princípio da adstrição e ao da congruência (art. 128 e 460), sendo cabível apenas entre os interditos possessórios em sentido estrito³⁶⁴, não alcançando as ações de imissão de posse, reivindicatória, embargos de terceiros, nunciação de obra nova etc³⁶⁵.

³⁶² SIMARDI, C. Execução de sentença proferida em ação possessória. In **Processo de execução e assuntos afins**, de WAMBIER, T. A. A. (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.113.

³⁶³ CRUZ E TUCCI. **A causa petendi no direito processual civil brasileiro**, ob.cit. p.181.

³⁶⁴ “Limites da incidência do artigo – Estabelecido que o disposto no artigo alcança todas as ações possessórias, convém que se tenha em mente, por outro lado, que abrange só as ações possessórias em sentido estrito, isto é, as tratadas neste capítulo. A norma legal não autoriza, de modo algum, o “aproveitamento” do interdito possessório erroneamente utilizado para entregar-se ao autor prestação jurisdicional de natureza não possessória. E, para esse efeito, só se consideram as três modalidades contempladas no capítulo, de modo que a abrangência do artigo não apenas é insuficiente para alcançar os chamados juízos petitórios como não basta sequer para atingir as ações que, embora de índole possessória por seu conteúdo, não foram incluídas pelo Código no correspondente elenco, como os embargos de terceiro possuidor e a ação de nunciação de obra nova”. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao código de processo civil**, tomo II. Rio de Janeiro:Forense, 1988, p.393.

³⁶⁵ RT 612/106; RTJ 73/882; RT 544/97;539/109; RF 254/303.

A adequação do provimento jurisdicional à situação fática do momento decorre do Princípio da Efetividade da jurisdição, fugindo a regra dos valores formadores do Estado Liberal, dentre eles, o de um juiz passivo e despido de poder e do direito processual ser independente do direito material, sem preocupação com a "efetividade do processo", isto é, despreocupado com o resultado devido ao autor, em consonância com as normas de direito substancial, no menor espaço de tempo e com o mínimo de esforço possíveis³⁶⁶.

Mas a real preocupação com efetividade da jurisdição, para a tutela dos direitos individuais e coletivos, decorrentes de obrigação de natureza não patrimonial, somente surgiu a partir da vigência do art. 84 do CPC, em 1990, e do artigo 461, do CPC, através da edição da Lei nº 8952/1994, que será objeto de exame, sob o enfoque dos limites da atividade jurisdicional. Também ficará evidenciada a existência da fungibilidade dos provimentos jurisdicionais entre as sentenças mandamentais e as executivas *lato sensu*.

Ainda, a título meramente ilustrativo, presente a necessidade da efetividade da jurisdição, abre-se a perspectiva para a aplicação do princípio da fungibilidade das demandas, quando houver dúvidas no emprego do instrumento adequado, para a salvaguarda de direitos, mister nas situações de reintegração de posse decorrente de contratos de arrendamento mercantil, quando ficar "descaracterizado para contrato de compra e venda"(atualmente está revogada a Súmula 253, do STJ), ou ainda no caso de ação rescisória e de ação anulatória etc, presentes os brocardos *da mihi factum, dabo tibi jus e jura novit curia*, levando-se em conta tratar-se do mesmo objeto litigioso, havendo a necessidade da adaptação do provimento.

³⁶⁶ MARINONI, L. G. *Tutela específica* (art. 461, CPC e 84, CDC). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 33.

Embora a jurisprudência³⁶⁷ seja refratária ao acolhimento da hipótese, lança-se o tema para o início de debates.

7.2.3 Das Técnicas Processuais, para Efetividade das Decisões Judiciais, nos Deveres Jurídicos Específicos de Fazer, de não Fazer e Entregar a Coisa.

A ausência de efetividade das tutelas das obrigações de fazer, não fazer e de entrega da coisa certa, no ordenamento processual, obtidas através de sentenças condenatórias tradicionais, resultantes do processo de conhecimento, ensejou a edição dos artigos 84, do CDC, 461 e 461-A, do CPC, aplicáveis à tutela de qualquer direito individual, coletivo ou difuso, os quais introduziram instrumentos processuais novos, aptos a produzir ou induzir a concretização da prestação *in natura*, isto é, a prestação jurisdicional específica, com destaque para as obrigações de não fazer, que tem caráter inibitório, já que a prestação específica consiste, justamente, no comportamento omissivo a ser adotado pelo demandado, de acordo com o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni³⁶⁸.

Tais artigos instituem uma verdadeira ação inibitória, que pode ser utilizada para a proteção de qualquer direito, inclusive, difuso ou coletivo. Essa ação, justamente porque pode ordenar um fazer ou um não-fazer, presta-se para impedir a prática, a continuação ou a repetição de um ilícito, o que é fundamental quando se pensa na efetividade da tutela de direitos. Além disso, quando o dano puder ser reparado através de uma atividade (de um fazer) do demandado, poderá ser proposta, com base nos referidos artigos, ação ressarcitória na forma específica. Deixe-se claro, desde logo, que a tutela ressarcitória, além de nem sempre importar na entrega de pecúnia do valor equivalente ao bem lesado, nem sempre é prestada através da técnica condenatória, podendo ser prestada, também, através da técnica mandamental.

³⁶⁷ O Princípio da fungibilidade das demandas tem sido aplicado e admitido somente nos casos expressamente previstos nas cautelares, concordata e falência e nos interditos possessórios. Vide TJMS-AgRg 74.075-4/01, 2. T.Civ. j.06.6.2000, TRT 23ª.Reg.DG. 0670/2000-Ac. 1452/2000. TP. J. 13.6.2000

³⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. P. 118

Conforme poderá se constatar, adiante, o art. 461, do CPC, introduziu no sistema processual novas técnicas destinadas a tutelar direito originário de obrigações de fazer (ação comissiva) e não-fazer (omissiva), além de autorizar o juiz a determinar providências para tornar possível a tutela do direito, independentemente da provocação do demandante e da vontade do demandado.

As novas técnicas processuais de tutela abrangem essencialmente os provimentos jurisdicionais e ampliam atividades "*ex officio*" do juiz, rompendo com o dogma da inércia da jurisdição, cujas normas foram "desenhadas a partir da tomada de consciência de que o processo está submetido ao princípio da efetividade", também, na constatação de Marinoni.

Destacam-se, a propósito, o artigo 461 e seus parágrafos, do Código de Processo Civil:

"Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que 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, citando 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 imposição de multa por atraso, a busca e apreensão, remoção de pessoas ou coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

§ 6º. O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva".

Kazuo Watanabe³⁶⁹ enaltece a inovação das técnicas, as quais demonstram o caráter instrumental do processo, o qual "deve tanto quanto possível, satisfazer o direito como se ele tivesse sendo cumprido voluntariamente pelo devedor" além de destacar que os poderes conferidos ao magistrado, pelo artigo 461, além de afastarem definitivamente a demanda do conceito de pretensão e ação condenatórias, correspondem aos poderes que o art. 799 do CPC confere ao juiz, para concessão dos provimentos cautelares..."

O art. 461 "caput", do CPC, ao fazer referência à obrigação de fazer ou não fazer, não restringiu o seu alcance às relações contratuais ou extracontratuais, como a primeira vista pode ser apreendido.

Nesse sentido, Eduardo Talamini³⁷⁰ ao identificar a acepção legal de "obrigação", conclui que "tecnicamente, 'obrigação' é conceito menos amplo do que 'dever jurídico'. Trata-se de noção assente em sede teórica. Os doutrinadores

³⁶⁹ Da cognição no processo civil. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2000. p.50-51.

destacam a impropriedade do emprego dos termos como sinônimos e noticiam ser comum a utilização imprópria de 'obrigação', mesmo em textos legais, sendo que obrigação é apenas uma das categorias de dever jurídico".

Dever jurídico é a imposição jurídica da observância de determinado comportamento ativo ou omissivo, passível de ser resguardada por sanção (v. cap.5). Pela circunstância de impor uma prestação positiva ou negativa, o dever jurídico distingue-se do *estado de sujeição* (contraface dos direitos potestativos), que é simples submissão do sujeito a efeitos extintivos, modificativos ou constitutivos de direito que se produzam em sua esfera jurídica – independentemente de conduta sua. Ademais, o dever jurídico é ditado em favor de interesse (titularizado pela coletividade, o Estado, um ou vários particulares etc) *alheio* ao sujeito vinculado à imposição da conduta. Esse aspecto, que aproxima o dever jurídico do estado de sujeição, presta-se a diferenciá-los do *ônus*, que é a imposição de conduta no interesse do próprio onerado, para que ele obtenha uma vantagem ou impeça uma desvantagem.

Barbosa Moreira também expressa seu entendimento de que o art. 461 do CPC aplica-se não apenas às obrigações em sentido estrito, decorrentes de ato de vontade, mas também aquelas que decorrem de imposição de lei, ou seja, aos deveres jurídicos.³⁷¹

Portanto, as tutelas estabelecidas no art. 461 e parágrafos, do CPC, alcançam todos os deveres jurídicos, tendo por objeto um fazer (prática de um ato pessoal ou exequível por outra pessoa – prestação de um fato; um agir) ou um não fazer (abstenção da prática de um fato; proibição da prática de atos que afetem a esfera pública alheia; um não agir), abrangendo direitos relativos (obrigacionais ou não obrigacionais) e absolutos (reais, personalidade), excluídos aqueles tutelados especificamente, por vias próprias (exemplo: interditos possessórios), sendo de amplo alcance, na esfera privada e pública, para os fins de atividade jurisdicional.

O art. 461, do CPC, para satisfazer as necessidades de tutela dos deveres de fazer e não fazer, prevê provimentos mandamentais e executivos *lato sensu*,

³⁷⁰ TALAMINI, E. *Tutela relativa aos direitos de fazer e de não fazer*. 126-127.

³⁷¹ MOREIRA, J. C. B. A tutela específica do credor nas obrigações negativas. In: *Temas de direito processual* – segunda série. São Paulo: Saraiva. p.34.

acompanhados de mecanismos aptos a lhes dar efetividade, de natureza preventiva e de antecipação de tutela, eis que objetiva o alcance de resultado específico, disciplinando instrumentos práticos.³⁷²

A tutela específica, a que se refere o art. 461, do CPC, é a busca do resultado final pretendido, através do cumprimento do dever pelo próprio demandado, conforme posição adotada por Eduardo Talamini.

...deve-se reconhecer que o termo "tutela específica" no art. 461, significa algo mais restrito do que a definição doutrinária que se dá a esse conceito. No art. 461, "tutela específica" distingue-se de "obtenção de resultado prático equivalente" por consistir na busca de "resultado final" não mediante meios substitutivos da conduta do demandado, mas através da própria conduta do demandado. A "especificidade", neste caso, vai além do resultado final, abrangendo também o meio para sua consecução. Já no "resultado prático equivalente" o resultado final (específico) é obtido através de terceiros.

Ambas – "tutela específica" e "obtenção de resultado prático equivalente" – enquadram-se na noção *doutrinária de tutela específica*, contrapondo-se à conversão em perdas e danos, tutela normalmente genérica (salvo ressarcimento em forma específica), que é relegada à excepcionalidade (art. 461, § 1º). Em síntese, "tutela específica" e "resultado prático equivalente", referida pela lei, podem ser identificados com o resultado específico, que se teria pelo cumprimento espontâneo do dever de fazer ou não fazer. A ambas opõe-se o ressarcimento – pecuniário ou *in natura* – dos danos advindos do não cumprimento.

Enfim, para obtenção da conduta do próprio réu – tutela específica – é indispensável a eficácia mandamental da sentença (ordenatória, para a participação do réu diretamente para o alcance da efetividade, com atuação de meios coercitivos), ao passo que o resultado prático equivalente está associado à eficácia executiva *lato sensu* do provimento jurisdicional (auto-executável, para o alcance da efetividade, pois adotam-se medidas substitutivas da atuação do réu), embora essas eficácias não estejam explícitas no comando normativo, do art. 461, levando-se em conta, ainda, a desnecessidade de instauração de outro processo autônomo.

³⁷² TALAMINI, E. *Tutela relativa aos direitos de fazer e não fazer*. p. 222.

autor; portanto a multa tem natureza processual, como técnica coercitiva, concorrendo para garantir a efetividade da ordem emitida e a preservação da autoridade do órgão jurisdicional. Não tendo a multa natureza em direito material, não poderia ser objeto de pedido, na inicial.

Assim, a simples imposição da multa, na sentença, ou após, para coagir o réu a cumprir o comando da sentença, não extrapola o âmbito da demanda, posto que a sentença outorga ao demandante tão-somente o bem pretendido. Nesse sentido é o entendimento de Eduardo Talamini³⁷⁵

...a ausência de vinculação da multa ao pedido do autor não é exceção ao princípio da congruência entre a demanda e a sentença. O autor pede a obtenção do resultado específico, que será acolhido ou não. Sendo deferido, a definição dos meios de atuação da tutela pretendida não se confunde com a pretensão formulada – ainda quando o autor houver expressamente sugerido um valor de multa.

Eventual valor que o autor vier a receber do réu, como beneficiário da multa, cumulado com o cumprimento específico do dever jurídico, ensejará a obtenção resultado maior do que aquele pretendido, inicialmente. No entanto, mesmo assim não caracterizará exceção ao princípio da demanda e da congruência, porquanto a multa decorre de causa processual³⁷⁶.

Ainda, em relação à atividade jurisdicional, após a entrega da prestação postulada pelo demandante, o § 5º, do art. 461, do CPC - exceção ao artigo 463, CPC - permite ao juiz "determinar medidas necessárias, tais como: a busca e

³⁷⁴ WAMBIER, T. A. A. Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória. In: Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.483.

³⁷⁵ TALAMINI, E. Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer. p.246.

³⁷⁶ A sanção pecuniária decorrente da litigância de má-fé tem natureza processual, sendo situação

O comando concreto do provimento mandamental e executivo *lato sensu* opera-se no próprio processo de conhecimento.

Ada Pellegrini Grinover³⁷³ constata que o provimento contido na prestação jurisdicional, sob a égide do artigo 461, quando aplica as medidas sub-rogatórias, previstas no § 5º,

é de natureza condenatória, mas atípica, pois os atos executórios são praticados no próprio processo de conhecimento. O que nada mais é do que reconhecer a existência de sentenças condenatórias imediatamente executivas ou, em outras palavras, de sentenças executivas *lato sensu*.

E, para o réu cumprir a ordem contida no mandado, o juiz está autorizado expressamente (norma de ordem pública): (a) a impor multa diária, para o eventual descumprimento do comando contido na sentença ou na decisão antecipatória da tutela (§ 4º) e (b) a determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além da requisição de força policial (§ 5º), não se tratando, aqui, de liberdade do juiz na adoção das providências, por ausência de qualquer discricionariedade.³⁷⁴ O legislador outorgou ao juiz, para as espécies previstas nos § 4º e 5º, o poder executório genérico.

A multa (§ 4º) presta-se para influenciar (induzir) a conduta do réu, razão pela qual deve ser suficiente e compatível com o dever jurídico, para praticar um ato ou abster-se de praticá-lo, seja de natureza fungível ou infungível, podendo, inclusive, ser alterado o seu valor, em caso de descumprimento da sentença (§ 6º).

A multa prevista no art. 461, § 4º, CPC, é elemento acessório, destinado a auxiliar a efetivação do comando da sentença, não fazendo parte da pretensão do

³⁷³ GRINOVER, A. P. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. *Revista de Processo*, n. 79, p. 71.

apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial", com vistas à "efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente".

Aqui, as medidas estão mescladas, pois a norma de ordem pública outorga ao juiz poderes para empregar mecanismos sub-rogatórios da conduta do demandado, para "a obtenção do resultado prático equivalente" (dispensa da colaboração do demandado), ou ainda a imposição de outros meios coercitivos para que o próprio demandado cumpra o dever jurídico (fazer ou não fazer), mister a multa, para "a efetividade da tutela específica". Portanto, a técnica processual mescla-se de medidas coercitivas e sub-rogatórias, podendo ser conjugadas, simultaneamente ou sucessivamente, cuja aplicação deverá ser feita de acordo com os valores envolvidos, observando-se o Princípio da Efetividade da Jurisdição e da Razoabilidade. Da experiência forense, calha o exemplo, de pedido de não poluição sonora³⁷⁷ por estabelecimento comercial. A tutela é para a observância do dever de não poluição sonora (perturbação do sossego). O resultado que interessava ao demandante era específico: não poluição sonora que perturbasse o sossego. Antecipada a tutela, o resultado não foi alcançado com a colaboração do demandado, posto que a poluição sonora continuou. A aplicação de multa não surtiu os efeitos desejados. O demandado não adotou medidas internas no estabelecimento para abafar a propagação do som. Resultado final: lacrado o estabelecimento comercial, com vistas a alcançar a tutela de proibição à poluição sonora.

análoga a de que ora se trata (art. 17 c.c. 18, CPC).

³⁷⁷ A situação foi constatada em uma discoteca, por não apresentar dispositivos contra a propagação do som, em níveis intoleráveis; outras situações semelhantes foram constatadas com um estacionamento de caminhões. Os motores dos veículos eram acionados a partir das 5 horas da

Sob o aspecto da atividade jurisdicional, na situação exemplificada, o pedido postulado de condenação de obrigação de não fazer (dever jurídico de não poluir sonoramente), foi acolhido na sua exata dimensão, tal como poderia ocorrer em situações análogas. Não existe violação ao Princípio da Congruência, posto que a prestação jurisdicional corresponde ao pedido inicialmente formulado. Segundo Eduardo Talamini³⁷⁸, o Princípio da Congruência sofre apenas uma atenuação, no que se refere ao pedido imediato.

Essas constatações permitem verificar a exata dimensão da atenuação que sofre o princípio da congruência entre o pedido e o provimento concessivo de tutela. O pedido do autor é vinculante para o juiz - e, nesse ponto, vigora o princípio da congruência -, no que tange à tutela mediata: obtenção do resultado específico. A flexibilidade instaurada pelo ex art 461 concernente aos mecanismos da tutela imediata (a eficácia do provimento – mandamental e executiva *lato sensu*; os instrumentos de realização concreta de tais eficácias). Fenômeno semelhante ocorre com as ações cautelares (conservativas) e possessórias, em que a exigência de adstrição do provimento ao pedido limita-se à consecução do bem da vida pleiteado (resguardo do resultado útil do processo, no primeiro caso; proteção da posse de determinado bem, no segundo) – podendo o juiz, para tanto, adotar medidas processuais que nem mesmo foram requeridas.

Eduardo Talamini³⁷⁹ ainda justifica a atenuação do princípio da congruência, tendo em vista o necessário aperfeiçoamento da incidência desse princípio em relação ao pedido mediato.

Há a atenuação do princípio da congruência, semelhante à verificada no campo das cautelares e possessórias. Principalmente para justificar a "fungibilidade" das cautelares, muitas vezes se invoca o caráter "público" de que se revestia o objeto da proteção. No entanto, parece mais adequado ver nessas hipóteses, assim como na do art. 461, a tendência não de mera publicização, mas de racionalização e operatividade: nos campos de tutela em que o objeto do pedido mediato (o bem da vida, o resultado específico) corre o risco de ser gravemente prejudicado pela prévia limitação do pedido imediato, o ordenamento elimina tal restrição, desde que não se tenha afronta a outros valores relevantes, vinculados à segurança jurídica. Em certo sentido, a não aplicação do princípio da congruência ao pedido imediato destina-se a intensificar a exatidão da correspondência entre a tutela (o resultado da atuação jurisdicional) e o pedido mediato. Para que se dê ao autor precisamente aquilo que a ele tem direito, confere-se ao juiz a função de adotar todas as medidas necessárias e conjugar as eficácias

manhã, acordando toda a vizinhança, em decorrência do barulho produzido; em bares com utilização de conjuntos musicais ao vivo; em templos de oração, em face da altura das ladainhas... etc.

³⁷⁸ Tutela relativa... op. cit., p. 282.

³⁷⁹ Id.

mandamental e executiva *lato sensu*, independente do pedido mediato do autor. Portanto, a eliminação do princípio da congruência entre pedido imediato e provimento que concede a tutela, no campo do art. 461, tem em mira o aperfeiçoamento da incidência desse princípio relativamente ao pedido mediato. A congruência formal cede espaço à congruência material.

Para o melhor entendimento, o que ocorreu com o advento dos efeitos do art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC, e art. 84, §§ 4º e 5º, CDC, foi a desnecessidade do processo de execução específica da sentença mandamental da obrigação de fazer ou não fazer, por iniciativa exclusiva do demandante, tal como ocorria no sistema dos artigos 632 a 634, 636 a 639, 642, 643 a 645, do CPC, permitindo-se medidas executivas imediatas, como registra Ada Pellegrini Grinover³⁶⁰.

Descumprido o preceito da sentença ou de sua antecipação, passa-se às medidas executivas *lato sensu*, no mesmo processo de conhecimento já instaurado; se tratar-se de obrigação de prestar declaração de vontade, aplica-se o sistema dos art. 639 e 641, do CPC, pois se tratar-se de prestação fungível, que possa ser prestada por terceiro, a hipótese subsume-se ao disposto no art. 634 do CPC – inalterado –, que não deixa de configurar medida sub-rogatória enquadrável no § 5º do art. 461, independente, portanto, de processo separado de execução; nas demais hipóteses, a multa se torna exigível e, sempre que possível, o juiz procederá de imediato à tomada de providências sub-rogatórias exemplificadas no § 5º do art. 461, para atingir o resultado equivalente ao adimplemento, sem necessidade de processo de execução.

Na prática ocorre que "a prestação jurisdicional invocada pelo credor da obrigação de fazer ou não fazer deve ser a expedição de ordem judicial, a fim de que a tutela se efetue em sua forma específica³⁶¹", independente de pedido do demandante. "O pedido é de expedição de uma ordem para que, por meios sub-rogatórios, se chegue ao resultado prático equivalente ao adimplemento" (grifei). Não cumprida a ordem mandamental (fato superveniente à sentença), há uma fungibilidade do provimento mandamental para o executivo *lato sensu*, ou uma conjugação de ambos, para a busca da efetividade.

³⁶⁰ GRINOVER, A. P. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. In: RePro 79, p.76.

A tutela obtida na sentença, poderá ser alcançada no processo de conhecimento (dispensa-se o processo específico de execução), por iniciativa do juiz, em face de seu poder de execução genérico. Aqui, não cabe invocar os artigos 2º e 128 do CPC, porquanto a atividade do juiz não fere o princípio da demanda. Igualmente, não se aplica o artigo 460 do CPC, levando-se em conta que o provimento apenas flexibiliza-se em mandamental ou executivo *lato sensu*, sendo o objeto mediato o mesmo da postulação. A atuação jurisdicional do direito de modo diverso, tem por fim adequar o pedido imediato originalmente feito, razão pela qual há uma mitigação do princípio da congruência ou da correspondência.

Sempre oportunas são as considerações de Dinamarco³⁸², que consigna que o art. 461 do CPC revela duas técnicas, "sendo uma de persuasão do renitente de cumprir a obrigação, desde logo, e a outra destinada a produção de resultados impostos na sentença, independentemente da vontade do obrigado", aduzindo, no entanto, que caracterizam "duas transgressões legítimas a dois dogmas dos sistema processual civil, que são o da necessidade da correlação entre a sentença e a demanda e a do exaurimento da competência do juiz, a partir do momento em que publica a sentença".

Especificamente, Dinamarco³⁸³ consigna que, uma das transgressões, verifica-se na desconsideração dos limites da demanda inicial, embora legítima, consistente em "incluir na sentença, depois de já proferida e quando o réu prosseguir inadimplindo, um novo preceito a ser imposto e que não havia sido pedido na demanda inicial", mas entende ser "mais do que razoável, também para a efetividade da promessa constitucional de tutela jurisdicional e acesso à justiça,

³⁸¹ Ibid., p. 73.

³⁸² Cândido R. D. **A reforma da reforma**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2002, p.225-226.

superar a regra da correlação entre a sentença e a demanda (art. 128 e 460), com vista à efetividade dessa tutela", mas com a ressalva de que " a extrapolação aos limites da demanda, permitida pelo art. 461, não chega ao ponto de criar ou determinar a criação de uma situação final diferente daquela pedida pelo autor da demanda inicial – e que, se ele tiver razão, já existia desde antes" .

Existe ainda a possibilidade da conversão da obrigação específica em perdas e danos, nas hipóteses de se tornar impossível o resultado pretendido, isto é, da impossibilidade de ser alcançada a tutela específica e o resultado prático equivalente, ou por opção do autor, na forma do § 1º, do art. 461, CPC. *Ad argumentandum*, no sistema anterior, a não satisfação da obrigação específica pelo demandado, por impossibilidade, ou eventual desinteresse do demandante, o caminho que se apresentava era o de converter o dever jurídico em pecuniário de perdas e danos.³⁸⁴

A opção pela indenização por perdas e danos tem como pressuposto a violação de um bem tutelado pelo direito material. A impossibilidade da concretização da tutela específica é que viabiliza a sua conversão (fungibilidade) em indenização pecuniária, por fato superveniente. Modifica-se o objeto do processo e amplia-se a matéria cognitiva, porquanto deverão ser examinados, no mínimo, a extensão dos danos e o nexa causal, salvo se constarem eventualmente de um negócio jurídico.

A implementação da solução alvitrada depende do momento em que se frustrar a possibilidade do alcance do resultado específico. Se a frustração ocorrer antes do ajuizamento da demanda, inaplicável o art. 461, CPC, considerando-se que

³⁸³ Ibid., p.227-228.

³⁸⁴ ZAVASCKI, T. A. Antecipação da tutela e obrigações de fazer e de não fazer. In: WAMBIER, T. A. A. (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. p.465.

o autor poderá ajuizar desde logo a demanda indenizatória, correspondente ao direito violado. Ainda, se a frustração do pedido de cumprimento da obrigação específica ocorrer durante o transcurso do processo, mas cumulado com o de indenização de perdas e danos, o processo deverá continuar até final sentença, para o julgamento do pedido indenizatório, cujo provimento será condenatório. Contudo, se não houver a cumulação eventual de pedidos, afigura-se razoável afirmar que a demanda também continuará a ser processada, agora objetivando o bem mediato que é o valor da indenização pecuniária (art. 248, CC), devidamente autorizada por força do artigo 461, CPC (norma de ordem pública, ressalve-se), modificado-se o pedido (mandamental para condenatório), sem dependência do consentimento do réu (art. 264, CPC), embora lhe seja reaberto o contraditório, em face do fato superveniente. Por fim, se a impossibilidade da obtenção do resultado específico ocorrer após a entrega da prestação jurisdicional, aplica-se "ex officio" o artigo 461, § 1º, do CPC, ou se o autor assim o requerer, porque perdeu o interesse na tutela específica, para a obtenção da indenização pecuniária, observados os seus requisitos. A modificação do objeto do processo dá-se após a coisa julgada, quer por iniciativa do juiz, quer por iniciativa do autor, que não é empecilho, em face do fenômeno da "eficácia positiva" da coisa julgada, segundo abalizada opinião de Eduardo Talamini³⁸⁵.

A sentença que impõe o resultado específico funcionará como título parcial para a execução do equivalente pecuniário, caso aquele se torne impossível ou deixe de ser subjetivamente interessante para o titular do direito. A assertiva é válida, ainda quando a sentença silencie acerca da possibilidade de futura conversão em perdas e danos. O provimento que veicula o reconhecimento do direito ao fazer ou não fazer e impõe o resultado específico traz consigo a autorização da obtenção do equivalente pecuniário – restando apenas a verificação dos pressupostos materiais do dever de ressarcir ou compensar, eventualmente ainda não examinados no processo já realizado.

O fenômeno que se verifica, na hipótese, é o da "eficácia positiva" da coisa julgada – a que já se aludiu no item 12.7. O comando que declara a

³⁸⁵ TALAMINI, E. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. p.333.

existência do dever de fazer ou de não fazer e impõe sua consecução específica é vinculante para o juiz que apreciar processo seguinte em que se pretenda a indenização. Restará apenas o exame dos demais pressupostos.

Na última hipótese – impossibilidade do cumprimento da obrigação específica, após a coisa julgada -, a conversão da ordem específica em perdas e danos, por iniciativa do juiz, ensejará outro provimento jurisdicional em sede de liquidação da sentença, para que seja apurado o valor da indenização (art.248, CC), de forma a possibilitar futura execução por quantia certa.

Sob a perspectiva da atividade jurisdicional "*ex officio*", as medidas adotadas pelo juiz têm respaldo em norma de ordem pública. Constatase, a propósito, uma exceção ao princípio da demanda (art. 2º), quanto à iniciativa da apuração da indenização, nascida de relação de direito material. O mesmo se constata, em face do princípio da congruência, dado que a providência jurisdicional entregue ao autor é diversa daquela originalmente postulada (tutela específica por tutela ressarcitória).

Com relação às novas técnicas introduzidas no sistema processual, para efetividade das decisões judiciais, das obrigações de entregar a coisa, em conformidade com a Lei nº 10.444, de 07.05.2002, consistentes em uma sentença de natureza mandamental³⁹⁶, de caráter imperativo, com vista ao atendimento

³⁹⁶ Dinamarco alude a que "O sistema repele, todavia, a existência de sentenças que sejam somente mandamentais, sem serem condenatórias. O mandamento, ou comando a ter determinada conduta, é em alguns casos acrescidos à eficácia de condenação, mas sem excluí-la. Existem portanto sentenças condenatórias puras e *sentenças condenatórias mandamentais*; e a eficácia de comando, ou mandamento, é acrescida pela lei nos casos em que o legislador entende conveniente, com o objetivo de promover com mais rapidez e agilidade a efetivação do preceito contido na sentença. Pontes de Miranda adverte que a eficácia mandamental nunca vem isolada, em uma sentença: associa-se sempre, segundo ele, uma declaração, constituição ou condenação". (**Reforma da reforma**, op.cit. p. 231.)

Talamini discorda desse entendimento assegurando as sentenças mandamentais e executivas *lato sensu*, como categorias autônomas: "Em suma, a classificação que acolhe as tutelas mandamental e executiva *lato sensu* toma por base, exatamente, o mesmo critério usado para a distinção dos três grupos de sentença usualmente admitidos: conteúdo e eficácia. Por fim, não há como coerentemente pretender introduzir as sentenças mandamental e executiva no mesmo âmbito das condenatórias e, ao mesmo tempo, persistir nas duas afirmações, tradicionalmente acolhidas, de que: a) condenatória é a sentença que gera " título executivo", enseja novo processo, de execução; b) só há atividade

imediate da determinação judicial (técnica de resultado), pode o juiz valer-se da aplicação de multas, da antecipação da tutela, da expedição em favor do credor de mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, da conversão em prestação pecuniária da obrigação por impossibilidade do cumprimento, quando se tratar de coisa móvel ou imóvel (técnica de atividade). Consta-se, a propósito:

"Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará prazo para o cumprimento da obrigação.

§ 1º. Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

§ 2º. Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.

§ 3º. Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461".

Relativamente à atividade jurisdicional, as considerações já feitas às técnicas introduzidas, para a efetividade dos deveres de fazer e não fazer, são pertinentes às hipóteses de que se trata, com exceção à da regra de conversão contida no *caput* do art. 461, CPC, pela qual o juiz determina providências capazes de produzir resultado prático correspondente ao do adimplemento, eis que não é adequada às obrigações de entregar a coisa, levando-se em conta que, quando o objeto da

executiva através de meios sub-rogatórios e não mediante ordens conjugadas com meios coercitivos. Ora, em primeiro lugar, a sentença mandamental e a executiva não ensejam novo processo. Depois, o provimento mandamental jamais propicia atividade executiva (sub-rogatória) – nem mesmo naquele processo em que foi proferido. Afinal, ele não é efetivado através de meios sub-rogatórios e sim mediante medidas coercitivas, meios de pressão psicológica, a fim de que o próprio réu, por conduta própria cumpra a ordem que lhe foi dada". Tutelas mandamental e executiva *lato sensu*". (WAMBIER, T. A. A. (Coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 199. p.147.)

obrigação é uma coisa, nada é preciso substituir ou converter, pois é só apossar-se da coisa para a efetividade do provimento, através dos instrumentos disponíveis: mandado de busca e apreensão e imissão na posse. Ocorrerá a conversão do provimento mandamental (ordem para a entrega da coisa), por frustração do cumprimento voluntário pelo demandado, em provimento *executivo lato sensu*, empregando-se os instrumentos (sub-rogatórios) de busca e apreensão e imissão na posse, para a efetividade da jurisdição, sem a participação do demandado. Ainda, pela impossibilidade superveniente do cumprimento da obrigação, poderá ocorrer a conversão do provimento mandamental ou executivo *lato sensu* em provimento indenizatório pecuniário (medida ressarcitória). Nas três situações, ocorrerá a fungibilidade dos provimentos.

8 NOTAS CONCLUSIVAS

Em razão da abordagem dos vários institutos processuais, que foram indispensáveis para o alcance dos objetivos propostos nesta pesquisa, as notas conclusivas serão gerais, de acordo com o desenvolvimento do tema.

1. Os limites estabelecidos, no sistema processual civil, para a prestação jurisdicional, objetivam a previsibilidade do seu resultado e a segurança jurídica, evitando surpresas indesejadas.

2. As limitações à atividade jurisdicional, perfeitamente identificadas neste trabalho, originam-se do Princípio da Igualdade Jurídica, como norma geral, pois sempre se procurou manter o juiz equidistante dos interesses privados, sendo imperativa a sua imparcialidade.

3. As regras de exceção, permitem ao juiz ampliar a sua atividade, apoiada no Princípio da Efetividade da Jurisdição, nos que se refere à fungibilidade de demandas e dos provimentos jurisdicionais, rompendo como o *dogma ne procedat jus*.

4. O Princípio da Igualdade é o que dá conformidade a todas as normas infraconstitucionais de cunho limitativo à prestação jurisdicional, com destaque ao Princípio da Imparcialidade do juiz, seu consectário, que se afigura como sendo o ponto de equilíbrio do sistema, sendo seu consectário.

5. A Constituição Federal, ao contemplar as normas relativas à organização do Poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo e aos direitos da pessoa humana, instituiu o Poder Judiciário para solucionar os conflitos de interesses (pacificação social), considerando-se que é vedada a autotutela, exceto na hipótese legal da legítima defesa da posse.

6. A jurisdição, como forma de pacificação social, somente foi instituída a partir do fim do século XVIII, após o Estado ter-se posicionado com maior independência, em relação aos valores religiosos, quando, então, assumiu o poder-dever de exercer a jurisdição imperativa e definitiva para a solução dos conflitos, eis que, anteriormente, desde o Código de Hamurabi, os conflitos, eram resolvidos através da autodefesa, da autocomposição e a da mediação, hoje, denominadas de "substitutivos jurisdicionais".

7. Jurisdição significa não só dizer o direito, no caso de lesão a direito, mas, também, o de evitar lesão ou ameaça a direito, com efetividade, através de um provimento adequado.

8. A jurisdição estatal é um modelo privilegiado para a solução dos conflitos, sendo a prestação jurisdicional (decisão) a resposta ao pedido de reconstrução do direito violado ou de proteção ao direito ameaçado.

9. A função jurisdicional é um serviço a ser prestado mediante a prática de atividades preordenadas à pacificação de conflitos. A atuação da jurisdição, no sentido de manter a integridade da ordem jurídica justa, revela o seu escopo jurídico, que produz reflexos no campo social e político, porquanto a paz e a convivência social são o seu resultado, enquanto que a imposição das decisões é a afirmação do poder estatal;

10. As normas constitucionais não fazem qualquer alusão, de forma ordenada, à função do Poder Judiciário e, muito menos, qualquer referência à prestação jurisdicional.

11. Estado-juiz tem o dever de prestar o serviço de natureza jurisdicional, que corresponde ao direito à garantia fundamental da inafastabilidade do controle pelo Poder Judiciário de ameaça ou de lesão de direitos;

12. O acesso irrestrito à jurisdição configura o Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional.

13. As normas constitucionais garantidoras de direitos e liberdades individuais encontram as suas raízes em princípios, que são a base de todo o sistema constitucional.

14. Os princípios constitucionais pairam sobre as normas do sistema jurídico, organizando-o como um todo e dando-lhe a consistência necessária à sua efetivação, sendo o seu mandamento nuclear.

15. A garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional corresponde aos meios processuais adequados de proteção dos direitos - ações e procedimentos -, dedutíveis perante o Poder Judiciário.

16. A prestação do serviço jurisdicional tem natureza jurídico-constitucional, razão pela qual qualquer limite imposto à essa atividade deve ser identificado e examinado, à luz das normas e princípios constitucionais.

17. Limitações são contornos, que o próprio sistema jurídico traça, às atividades jurisdicionais.

18. No plano jurídico-constitucional, a atividade jurisdicional deve pautar-se pelo Princípio do Devido Processo Legal e, no plano social, pelo Princípio da Efetividade.

19. A garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional é própria do Estado do Direito.

20. A compreensão do sistema jurídico atual é facilitada pela investigação dos valores dominantes em cada época. Na fase do liberalismo, a ordem jurídica colocava a salvo da ameaça do Estado a vida, a liberdade e a propriedade, sem se preocupar com a sua efetividade. O direito no Estado liberal estava consubstanciado

no texto da lei, que girava em torno da segurança da classe burguesa. O juiz não podia assumir postura ativa na relação processual, em nome da liberdade individual, sendo proibido de interpretar a lei. A característica do Estado liberal era a de neutralidade, sem qualquer preocupação com a justiça social. O liberalismo deixou como legado: o Princípio da Igualdade (formal), Princípio Dispositivo, Princípio da Demanda, Princípio da Imparcialidade do Juiz, Princípio da Adstrição e o Princípio da Congruência, inerentes às limitações da prestação jurisdicional.

21. As transformações ocorridas nas características sociais (meados de 1800) aumentaram as complexidades das relações da vida em sociedade, culminando com a necessidade de o Estado também mudar a sua característica de neutralidade para a de intervencionista. De Estado inimigo passou para Estado amigo das pessoas. O aumento dos programas dos direitos sociais, voltados para a sua efetividade no plano material, ensejou a adequação dos procedimentos e dos mecanismos processuais, inclusive voltados para a flexibilização da atividade e da prestação jurisdicional. A evolução do Estado de Direito decorreu da ausência da efetividade de suas normas, no campo social. Na democracia social, constata-se a intensificação da pacificação do Estado na sociedade, com conseqüente participação ativa do juiz, no processo, voltado para a busca de um processo justo.

22. E, entre nós, é no Estado Democrático de Direito que os objetivos se voltam para a efetivação (realização) do Princípio Democrático, como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana, no plano social (efetividade do direito material). O juiz moderno é resultado do regime democrático de direito, o qual, na prestação do serviço jurisdicional, deve estar consciente de sua responsabilidade de participar ativamente na relação processual.

23. Para a efetividade da prestação jurisdicional de serviços, o juiz conta com princípios norteadores de sua atividade, com destaque para o da imparcialidade e o da disponibilidade do direito material.

24. O Estado Democrático de Direito - voltado para a realização do direito material - instituiu técnicas processuais, atribuindo poderes ao juiz para a busca da efetividade da tutela do direito, através dos artigos 273, 461 e 461-A, do CPC.

25. A idéia de efetividade não proporciona ao juiz um alargamento da atividade jurisdicional, a qual está balizada pela idéia do justo.

26. Constata-se, no ordenamento processual civil, desde o CPC/1939, a técnica da fungibilidade das demandas dos interditos possessórios para a efetividade da jurisdição, calcada em valores do liberalismo, como exceção.

27. O art. 5º da Constituição Federal não distinguiu a categoria dos direitos fundamentais das garantias instrumentais, ficando a cargo da doutrina a sua identificação; no caso, os direitos representam por si certos bens, enquanto que as garantias asseguram a sua fruição.

28. Dentre os direitos constitucionais que se relacionam com a obtenção de uma resposta do Estado-juiz destacam-se os da igualdade (imparcialidade), da legalidade, do acesso à Justiça, do contraditório e da amplitude de defesa, do devido processo legal e o da motivação do ato decisório.

29. A igualdade jurídica assegura a impossibilidade de equiparações fortuitas e injustificadas, de forma a interditar o desequilíbrio, com vistas ao alcance da justiça social. A igualdade é um paradigma do sistema democrático, que, na atividade jurisdicional, assegura a imparcialidade do juiz. Igualmente, a efetividade da igualdade, perante a Justiça, exige do juiz a busca de iguais condições para os desiguais, em decorrência da desigualdade material.

30. A legalidade dos atos praticados pelo Poder Público, também, fica submetida ao controle jurisdicional.

31. A inafastabilidade do controle jurisdicional de qualquer lesão ou ameaça a direito assegura a todos o acesso formal à Justiça, que objetiva a efetividade da igualdade material, através de mecanismos adequados - direito de ação incondicionado - para a viabilização da prestação jurisdicional.

32. O exercício do direito de ação, através da petição inicial, é o meio adequado para pedir ao Estado a prestação jurisdicional.

33. A inafastabilidade do controle jurisdicional é erigida como princípio informativo da ação e da defesa, na perspectiva de se colocar o Poder Judiciário como instância, onde todos os cidadãos devem fazer valer os seus direitos individuais e sociais.

34. A garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional impede a criação de obstáculos para que o cidadão recorra ao Judiciário para postular a tutela de seu direito.

35. A imparcialidade do juiz impõe-lhe o dever de não se imiscuir onde não foi provocado para atuar e de dar tratamento igualitário para todos os envolvidos no processo. O juiz é o terceiro imparcial na relação processual.

36. Não se deve confundir juiz imparcial com juiz neutro. Juiz imparcial é aquele que não tem interesse no julgamento, enquanto que juiz neutro é aquele que não deve favorecer alguma das partes. O agir do juiz (positivamente) para restabelecer o equilíbrio entre as partes, possibilita os demandantes a litigarem em real igualdade, não caracterizando essa atividade sua parcialidade.

37. A imparcialidade do juiz é um pressuposto processual, impondo o sistema a nulidade dos atos praticados por juiz impedido. O julgamento, onde fique evidente

a imparcialidade do juiz, pode ser rescindido, através da ação rescisória (art. 485, CPC), após o trânsito em julgado da decisão. Antes, pode ser impugnada através dos embargos de declaração e pela apelação, na instância ordinária e, após, na instância extraordinária, pelo RE e REsp.

38. A participação no contraditório e na amplitude da defesa representa uma das expressões do princípio democrático de direito e da igualdade, a qual deve ser dispensada às partes envolvidas na relação processual.

39. Não existe previsão constitucional para o exercício espontâneo da jurisdição, a qual necessita ser ativada, eis que o órgão jurisdicional não atua por iniciativa própria (imparcialidade), em decorrência de sua inércia (valor herdado do liberalismo).

40. O direito de defesa é decorrente do direito de ação. Ação e defesa são exigências do devido processo legal, com vistas a possibilitar a prestação jurisdicional, a quem tiver razão. O réu não recebe prestação jurisdicional diretamente; mas não se pode negar que o vencido também recebe tutela, no sentido de não ser sacrificado, além do justo e do razoável. A tutela do réu no processo é a declaração de improcedência do direito alegado pelo autor.

41. O princípio do devido processo legal é o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécie, manifestando-se no sentido material e processual, e é balizamento genérico para a atividade jurisdicional.

42. A motivação das decisões judiciais, como princípio constitucional, dá às partes a oportunidade de conhecerem a atividade intelectual do julgador, decorrendo daí a possibilidade de ser examinada a sua imparcialidade e a juridicidade da decisão. A motivação é a razão pela qual as questões de fato e de direito são decididas, ficando revelado se a decisão está em conformidade com a

causa de pedir e com o pedido, em relação ao autor, e com as exceções processuais e materiais, em relação ao réu.

43. A motivação também é garantia do juiz contra as pechas de arbitrio e de parcialidade.

44. Os princípios constitucionais e infraconstitucionais são verdadeiros sustentáculos do ordenamento jurídico, com funções de interpretação, de fundamentação e de suplementação, de excepcional relevância para a eficácia dos direitos, liberdades e garantias outorgadas aos jurisdicionados.

45. O juiz, na prestação jurisdicional, age de acordo com as normas processuais, posto que suas atividades são reguladas por essas normas e não por normas de direito privado. Embora o objetivo da atividade jurisdicional seja o da atuação da vontade do direito material, o Estado optou por conferir ao titular do direito substancial a liberdade de avaliar a oportunidade de buscar a solução ao conflito de interesses.

46. A jurisdição encontra-se limitada por princípios básicos, identificados pela doutrina, com reflexos na atividade jurisdicional, assim identificados: princípio do juiz natural, princípio da inércia, princípio da indeclinabilidade, princípio da indelegabilidade, princípio da aderência ao território e princípio da indelegabilidade.

47. A jurisdição encontra limites nas competências, no âmbito interno, e no território nacional, no âmbito externo.

48. A jurisdição ainda não alcança as pessoas protegidas pela imunidade, em decorrência de tratados internacionais, pela imunidade interna e as situações que excluam a atividade jurisdicional.

49. A jurisdição é una; entretanto, o exercício da atividade jurisdicional é efetivado através de inúmeros órgãos jurisdicionais. Todos os juízes estão investidos de jurisdição.

50. Competência é o alcance do exercício da atividade jurisdicional, que é plena; a competência não é limite para o acesso à jurisdição, mas o é para o exercício da atividade jurisdicional.

51. O exercício da atividade jurisdicional, além da competência, caracteriza o exercício indevido da jurisdição. A realização de atos fora do âmbito da jurisdição territorial deve ser solicitada aos juízes do local, através de cartas precatórias, de ordem ou rogatórias.

52. O Supremo Tribunal Federal negará homologação a sentenças estrangeiras que hajam invadido a esfera de competência exclusiva do juiz brasileiro. Inere-se que um juiz de um Estado soberano não tem capacidade de impor suas decisões, além das próprias fronteiras, ficando na dependência da colaboração do juiz do local.

53. Quando houver previsão de competência internacional concorrente, através da harmonização dos poderes, denominado "pacto de soberanias", a sentença proferida pelo juiz estrangeiro poderá ser eficaz no Brasil. A solução de conflito de competência internacional de julgamento é dada com base em princípios de direito internacional.

54. A propositura de demanda em órgão jurisdicional local, que envolva causa de competência internacional, ensejará a extinção do processo, por incompetência absoluta.

55. Estão imunes do alcance da jurisdição os bens e interesses de outros Estados soberanos, de seus agentes diplomáticos e de certas entidades

internacionais (ONU, MERCOSUL, COMUNIDADE EUROPÉIA etc.), relacionados à imunidade internacional convencional, de modo que cada Estado renuncia a competência de seus juizes, abstendo-se de exercer a sua jurisdição.

56. A imunidade absoluta não abrange os atos praticados pelo Estado estrangeiro, quando os realiza como se particular fosse.

57. Inexiste suporte para a exclusão dos entes estrangeiros de direito público da jurisdição doméstica, nos casos que envolvam atos de gestão, não especificamente abrangidos pelas normas das convenções internacionais, restando imunes apenas os atos de império.

58. O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis, em face de manifestação de sua parte, no exercício da atividade, em juízo ou fora dele, de acordo com o art. 6º, § 2º, da Lei nº 8906/94.

59. O juízo arbitral constitui-se em alternativa à jurisdição estatal.

60. A arbitragem representa um retrocesso à jurisdição estatal, readmitindo-se, no direito contemporâneo, instituto de concepção individualista, pois coloca, em primeiro plano, a vontade dos indivíduos, ao submeterem a solução de seus litígios a árbitros, de livre escolha, com jurisdição limitada.

61. A arbitragem é um meio alternativo para a solução de litígios envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, escolhido voluntariamente pelas pessoas com capacidade de contratar. A natureza jurídica da atividade do árbitro é jurisdicional, significando afirmar que o Judiciário não detém mais o monopólio jurisdicional, quando existir a convenção de arbitragem.

62. A sentença pronunciada pelo juiz e pelo árbitro produz efeitos que alcançam as partes, revestindo-se da autoridade da coisa julgada.

63. A sentença do árbitro não está sujeita à ação rescisória, mas à ação de nulidade, perante o órgão do Poder Judiciário, ou ainda a nulidade poderá ser alegada em sede de embargos à execução, no caso de a sentença ser executada judicialmente.

64. A convenção exclui o acesso à via judicial, mas não exclui o acesso à jurisdição, porquanto se a lide não for solucionada pela justiça estatal a será pela justiça arbitral.

65. A justiça arbitral não dispõe de *imperium* ou da execução, encerrando a sua atividade com a prolação da sentença.

66. A sentença estrangeira homologada pelo Supremo Tribunal Federal é considerada "equivalente jurisdicional", porquanto adquire eficácia e executividade em nosso território, embora tenha sido prolatada por juiz estrangeiro.

67. Estão excluídas de apreciação jurisdicional as pretensões fundadas em dívidas de jogo (ausência de tutela no direito material).

68. Os crimes de responsabilidade do Presidente da República, do Vice-Presidente da República, dos Ministros de Estado e outras autoridades, serão processados e julgados pelo Senado Federal, ao qual foi outorgada a função jurisdicional, estando excluídos do âmbito do Poder Judiciário.

69. As ações relativas à disciplina e às competições esportivas somente serão admitidas pelo Poder Judiciário, após esgotadas as instâncias da Justiça Desportiva; portanto, fica impossibilitado o pronunciamento jurisdicional sobre o mérito da demanda, até que se concretize a condição suspensiva.

70. O exame do mérito da ação de *Habeas Data* está condicionado à comprovação da recusa do acesso às informações ou do decurso de mais de 10 dias, sem decisão, da recusa de fazer-se a retificação ou do decurso de mais de 15 dias, sem decisão, e da recusa de fazer-se a anotação, ou o decurso de 15 dias, sem decisão, sob pena de indeferimento da inicial.

71. O condicionamento do *Habeas Data* ao prévio exercício do direito de acesso a informações, na instância administrativa, representa obstáculo à obtenção da tutela do direito, através do exercício do direito de ação.

72. Embora o *Habeas Data* seja ação de natureza constitucional é o único caso em que é exigida a prova da recusa, da resistência, por parte do demandado, para que se configure o interesse de agir.

73. A jurisdição sempre será manifestada, em qualquer situação, pelo órgão jurisdicional, mesmo nas hipóteses de imunidade (haverá um pronunciamento negativo de incompetência absoluta) e de falta de interesse de agir (haverá um pronunciamento negativo acerca da inexistência da condição da ação).

74. A Teoria da Ação de Liebman considera as condições da ação (legitimidade *ad causam*, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido) como requisitos necessários para que se possa obter uma sentença de mérito; no entanto, mesmo que não existam as condições da ação, haverá atividade jurisdicional, negando o prosseguimento do processo.

75. Quando for pronunciada uma decisão negativa acerca da existência das condições da ação, reconhece-se a jurisdição "*stricto sensu*", enquanto que a decisão envolvendo as questões de mérito refere-se à jurisdição "*lato sensu*". Na jurisdição "*lato sensu*" todos os seus escopos são alcançados, enquanto que na jurisdição "*stricto sensu*", apenas parte dos escopos são verificados.

76. Haverá prestação jurisdicional "*lato sensu*" quando o processo se extingue com o julgamento do mérito; haverá prestação jurisdicional "*stricto sensu*", quando o processo se extingue sem o julgamento do mérito.

77. Ação é o direito ao exercício da atividade jurisdicional, assegurado pelo art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. O direito de ação é incondicionado. O que existe são condições para a obtenção do julgamento do mérito da demanda, denominadas, indevidamente, de "condições da ação".

78. O exercício do direito de ação é materializado pelo ajuizamento da petição inicial; se a inicial for indeferida, por falta de quaisquer de suas condições, haverá um pronunciamento jurisdicional, haverá juízo de valoração, pelo reconhecimento jurídico de que o sujeito não guarda nenhuma relação com a causa, que o provimento a que pretende não lhe é útil, ou necessário, ou que a ordem jurídica abstrata não alberga a sua pretensão. É certo que, nessas situações, o bem da vida não será alcançado, e o escopo da jurisdição da pacificação social, também, não o será.

79. Não existe sustentação aceitável de que a declaração de carência da ação não seja expressão da jurisdição. O artigo 267, VI, CPC, prescreve que o processo se extingue sem julgamento do mérito, por não concorrer qualquer das condições da ação, consagrando a existência da ação, da jurisdição e do processo.

80. As condições da ação integram a relação de direito material, sendo impróprio considerá-las pertencentes à relação processual.

81. O direito de ação permite o acesso de qualquer pessoa ao Poder Judiciário para obter, através do processo, a cessação de um estado de insatisfação, pela simples afirmação de um direito e de uma pretensão de efeito jurídico, encaminhado pelos meios processuais ao órgão jurisdicional.

82. Ação e processo são inseparáveis, tanto que o direito de ação se manifesta e se concretiza através do processo.

83. O processo é o complexo de atos coordenados ao objetivo da atuação da vontade da lei; é um sistema de técnicas instaladas no plano do direito; é um método de trabalho, referente ao exercício da jurisdição pelo juiz e aos poderes inerentes à ação e à defesa, pelos sujeitos envolvidos no conflito.

84. Relação jurídica processual é o nexó que liga o Estado-juiz e as partes, na condição de titulares de situações jurídicas, em virtude das quais se exige de cada um deles a prática de certos atos do procedimento.

85. O Estado-juiz está vinculado ao processo como devedor da prestação jurisdicional; isto é, tem o dever de julgar, de dar a sentença, quer ou não de mérito.

86. Para a formação do processo, é necessária a existência de petição inicial escrita, com os requisitos do art. 282, CPC, distribuída e despachada pelo juiz. Se deferida a petição inicial, a relação processual será formada, de acordo com as normas processuais, até que chegue ao seu fim, com o julgamento.

87. Os pressupostos processuais são exigências para a obtenção de um pronunciamento acerca da demanda, quer favorável, quer desfavorável.

88. Os pressupostos de existência e de validade intrínsecos são imprescindíveis para a existência e validade da relação jurídica, os quais propiciam o exame do mérito da demanda.

89. A inexistência e a invalidade dos pressupostos processuais intrínsecos, ou a existência dos pressupostos de validade extrínsecos, não impedem que a prestação seja entregue pelo órgão jurisdicional.

90. A prestação jurisdicional entregue com a falta de um pressuposto de existência, acarretará a inexistência jurídica da mesma, enquanto que a falta de um

pressuposto de validade intrínseco ou a existência de um pressuposto de validade extrínseco acarretará a nulidade da sentença.

91. Os vícios acerca dos pressupostos processuais e das condições da ação caracterizam a nulidade absoluta.

92. A sentença de mérito prolatada, apesar da falta das condições da ação ou de pressupostos processuais de validade, após seu trânsito em julgado, ensejará o manuseio da ação rescisória.

93. A sentença prolatada na falta dos pressupostos de existência, após o seu trânsito em julgado, ensejará o manuseio da ação declaratória de inexistência.

94. A extinção da relação processual, por ausência de um de seus pressupostos, haverá atividade do órgão jurisdicional, através de uma sentença processual típica, caracterizando a prestação jurisdicional "*stricto sensu*".

95. A prestação jurisdicional de serviços está modelada por normas e princípios de natureza processual, devendo todos os atos do processo, a sua seqüência e o seu encadeamento observar o procedimento ali previsto, como garantia do devido processo legal.

96. Os princípios dispositivo e da demanda constituem limitações ao exercício da jurisdição, no sentido de que o órgão jurisdicional não exerce atividade "*ex officio*", além de não estar livre, na relação processual, para investigar os fatos segundo a sua curiosidade.

97. A limitação materializada pelo princípio dispositivo e pelo princípio da demanda decorre do princípio da imparcialidade.

98. O exercício espontâneo da jurisdição não se harmoniza com o princípio da imparcialidade, não se afigurando admissível o órgão jurisdicional implementar a demanda sobre a qual, posteriormente, manifestará o seu juízo.

99. A moldura da legalidade é limitadora da prestação jurisdicional, porque é vedado ao juiz pronunciar sentenças *contra legem*.

100. O juiz deve julgar o pedido de acordo com os fatos alegados e provados pelas partes.

101. O princípio dispositivo refere-se à liberdade de disposição do direito material, através de atos processuais, a cujo pedido o juiz não tem o poder de oposição. O princípio dispositivo manifesta-se de forma mitigada no sistema processual brasileiro, em face da possibilidade da livre investigação das provas pelo juiz.

102. Uma vez instaurado o processo, o seu direcionamento escapa à disponibilidade das partes, eis que disciplinado por normas cogentes;

103. A prestação jurisdicional está limitada ao objeto da demanda (=pedido).

104. O fundamento do princípio da demanda é o da necessidade de o juiz ser mantido estranho à matéria, sobre a qual deve exercitar o seu juízo, refletindo valor do Estado Liberal, onde prevalecia a estrita vontade das partes, hoje ultrapassado, tendo em conta a publicização do processo, onde se exige do juiz o desempenho de papel ativo, na relação processual. O princípio da demanda refere-se ao alcance da atividade jurisdicional.

105. Não se colocam no mesmo plano as iniciativas do juiz, acerca dos meios probatórios, e aquelas que incidem sobre as alegações, que se referem ao plano objeto do processo.

106. As partes devem contribuir com os fatos essenciais, constitutivos da *causa petendi*, mas o juiz é livre para investigar os fatos secundários relevantes para a formação do seu juízo.

107. O juiz é livre para investigar os fatos principais, que se refiram à situação de direito público ou de ordem pública, a fatos jurídicos extintivos e impeditivos, capazes de influenciar no julgamento da demanda.

108. *Nemo iudex sine actore* refere-se à iniciativa exclusiva da parte para iniciar o processo, enquanto que *ne procedat iudex* abrange todos os atos de impulso desenvolvidos no procedimento.

109. O juiz tem a liberdade na aplicação do direito, de acordo com a máxima *iura novit curia*, estando desvinculado dos pedidos e das alegações das partes, não sendo alcançado pelo princípio dispositivo.

110. O alcance do brocardo *da mihi factum, dabo tibi ius* não mais autoriza a realização de juízo sobre o fato, divorciado do juízo de direito, eis que a distinção entre fato e direito é apenas artificial, além de que o fato é indispensável para a construção do direito e da correlação da norma jurídica, para a determinação da relevância do fato.

111. No sistema processual brasileiro, coexistem os princípios dispositivo e inquisitivo, quanto à disponibilidade das provas, como resultado da técnica processual, para o alcance da efetividade da tutela.

112. Demandar significa pedir uma providência jurisdicional ao juiz, iniciando-se daí o processo. Os elementos que identificam a demanda são as partes, a causa de pedir e o pedido.

113. Os elementos objetivos que limitam a demanda são a causa de pedir e o pedido. Uma vez identificada a demanda, torna-se irrelevante a espécie de

provimento pretendida, se é ou não adequada à situação descrita. Uma vez escolhida a via inadequada, será inadmissível o provimento final almejado.

114. No curso do processo, é inadmissível a livre alteração do pedido e da causa de pedir (art. 264 e § único, CPC).

115. É vedado ao juiz, de ofício, ao verificar a inadequação do provimento pretendido, fazer a adequação da pretensão ao bem da vida postulado, para fins da entrega da prestação jurisdicional, exceto se for previsível a fungibilidade.

116. A causa de pedir é a razão pela qual o autor pede um provimento jurisdicional. A causa de pedir é materializada por fatos essenciais, configuradores do objeto do processo. Os fatos essenciais são aqueles capazes de gerar consequências jurídicas, enquanto que os fatos secundários não geram consequências jurídicas.

117. O sistema processual brasileiro adotou a Teoria da Substanciação, porque todas as matérias inerentes à pretensão e à defesa devem ser apresentadas de uma só vez, na inicial e/ou na contestação.

118. Da exposição do fato e dos fundamentos do pedido (causa de pedir) deverão transparecer as "condições da ação": a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade.

119. A causa de pedir pode ser simples, quando contiver um fato constitutivo do direito, e composta, quando contiver mais de um fato essencial. A cumulação de causas de pedir tem como consequência maior atividade jurisdicional, eis que a prestação somente será completa após o exame de todas as causas subsequentes à primeira, no caso de esta não ser demonstrada. Se a primeira causa for rejeitada e a segunda não for examinada, a decisão será *citra petita*.

120. Dos fatos essenciais e de seus efeitos jurídicos (causa) não pode se afastar o órgão jurisdicional, sob pena de incorrer em *error in procedendo*. Se a tutela for prestada com fundamento em causa de pedir diversa daquela, a que alude o demandante na inicial, será nula, porque será *extra petita*.

121. Após o trânsito em julgado da sentença de mérito, com vício de procedimento, o meio adequado de impugnação será o da ação rescisória, por violação literal à disposição de lei.

122. A causa de pedir, sendo o elemento essencial da demanda, estabelece verdadeira conexão entre o provimento jurisdicional pleiteado pelo autor e a pretensão por ele formulada, razão pela qual, além de identificar o pedido, vincula a atividade jurisdicional.

123. O pedido estabelece o alcance máximo da prestação jurisdicional, delimitando o resultado pretendido pelo autor. O pedido, como pretensão processual, define o objeto litigioso do processo e vincula a atuação jurisdicional.

124. O pedido representa o bem da vida pretendido, como resultado final do processo.

125. O pedido deve ser certo e determinado, sendo lícito, em determinadas situações, formular pedido genérico. Uma vez formulado pedido genérico, poderá ser concedida sentença determinada, desde que o *quantum* tenha sido debatido pelas partes e tenham sido exauridos os meios probatórios. Essa atividade não caracteriza *error in procedendo*, e a sentença não é *ultra petita*. Igualmente, na formulação de pedido determinado é vedado ao juiz entregar provimento genérico. No entanto, tem-se admitido que o valor possa ser obtido em liquidação de sentença.

126. O pedido imediato é o provimento jurisdicional (declaratório, condenatório etc) e o pedido mediato é o bem da vida (direito material). O pedido

será simples quando forem postulados um provimento e um bem da vida, esgotando-se a atividade jurisdicional, após o exame dos fundamentos e do pedido.

127. A cumulação de pedidos ocorre quando mais de um pedido é postulado, ou para ser provido o subsequente, quando rejeitado o antecedente, aumentando o campo de conhecimento do julgador e a sua atividade jurisdicional.

128. Na cumulação de pedidos simples, a atividade jurisdicional somente será completa, quando forem examinados todos os pedidos, sob pena de julgamento *infra petita*. A omissão poderá ser suprida através de embargos de declaração, antes do trânsito em julgado, e por ação rescisória, após o trânsito em julgado da decisão de mérito.

129. Na cumulação própria de pedidos, a rejeição do primeiro prejudicará o exame do segundo, não caracterizando erro de procedimento o não exame do pedido subsequente.

130. Na cumulação imprópria de pedidos, a rejeição do primeiro não prejudicará o exame do subsequente. Caracteriza erro de procedimento a falta de exame do segundo pedido. A omissão poderá ser suprida através de embargos de declaração, antes do trânsito em julgado, e, por ação rescisória, após o trânsito em julgado da decisão de mérito.

131. Na cumulação imprópria de pedidos, a procedência parcial do pedido principal, autoriza o juiz a examinar o pedido subsequente, em face da possibilidade de sê-lo acolhido integralmente. A omissão poderá ser suprida através de embargos de declaração, antes do trânsito em julgado, e, por ação rescisória, após o trânsito em julgado da decisão de mérito.

132. Existe a possibilidade de ser ampliada a prestação jurisdicional, independente de pedido, quando se tratar de juros legais e de prestações

periódicas, sem que essa atividade caracterize *error in procedendo*. A omissão poderá ser suprida através de embargos de declaração.

133. O pedido do autor não vincula as atividades do juiz, quando se tratar de matérias de ordem pública e de pedidos "verdadeiramente" implícitos.

134. Ao réu é assegurado o direito de resposta ao pedido podendo ser exercido através de exceção, contestação e reconvenção. Tal qual o direito de ação que não assegura o direito a uma prestação jurisdicional favorável, o direito de defesa não assegura ao demandado o direito a uma sentença de improcedência.

135. A defesa objetiva o alcance de uma sentença declaratória negativa ao autor. Uma vez expirado o prazo para o exercício de defesa, pela apresentação da resposta, esta não mais poderá ser alterada ou aditada, de acordo com o Princípio da Eventualidade e do Princípio do Dedutível e do Deduzido.

136. É defeso ao juiz conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte, exceto quando ocorrerem fatos ou direitos supervenientes.

137. É vedada, no âmbito do processo civil, a *mutatio libelli*, objetivando evitar que as partes sejam tomadas de surpresa, pela alegação de fatos novos, no curso da demanda, embora admita a *emendatio libelli*, de acordo com a regra *jura novit curia*.

138. Os fatos constitutivos supervenientes não ensejam a formulação de nova causa de pedir e de novos pedidos.

139. Os fatos e o direito supervenientes permitem a inovação dos fatos e a adequação da prestação jurisdicional, com vistas a dar solução ao conflito, no momento em que é julgado.

140. Os fatos essenciais novos formam o núcleo dos fatos supervenientes e do direito superveniente, sem alterar o objeto do litígio, mas alteram o objeto da cognição judicial.

141. A interpretação do art. 462, CPC, não autoriza a que se inclua entre o direito superveniente, em decorrência de fatos novos, a aplicação de lei nova, que, para tanto, não dispensa a obediência das regras de direito intertemporal.

142. A lei nova aos fatos pretéritos somente é possível, desde que não fira o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

143. O Princípio da Correspondência ou da Congruência determina que a prestação jurisdicional a ser entregue pelo Estado-juiz deve corresponder exatamente, nem mais, nem menos, ao serviço que foi objeto do pedido do jurisdicionado, tomado previsível o resultado da demanda.

144. A sentença é nula, quando apresentar duas categorias de vícios: em relação à sua extensão, quando inexistir a correspondência entre o "objeto" da demanda e o "objeto" da sentença, e quanto à fundamentação, a qual deve abranger todas as alegações (=afirmações) feitas pelas partes, acolhendo-as ou repelindo-as.

145. O princípio da adstrição vincula o juiz à observância dos fatos da causa, alegados pelo autor e pelo réu.

146. Devido à falibilidade humana, podem ocorrer erros *in procedendo*, quando se constatar *judgamento extra petita*, fora do que estava em causa, ou *ultra petita*, além do pedido, e *infra petita*, quando se deixa de prestar o que deveria ser prestado ou deixa-se de resolver o que deveria ser resolvido. Os erros de procedimento podem ser solucionados através de embargos de declaração ou por intermédio de apelação e recursos especial ou extraordinário, antes do trânsito em

julgado da decisão. Após o trânsito em julgado, o meio de impugnação é a ação rescisória, da sentença de mérito.

147. Constituem exceções ao Princípio da Demanda e ao da Correspondência o pronunciamento a pedidos implícitos e pedidos de obrigações periódicas; a fungibilidade de demandas dos interditos possessórios e dos provimentos que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento.

148. São matérias de ordem pública, mais evidentes no sistema, que podem ser pronunciadas "*ex officio*" pelo juiz, desde que esteja em trâmite o processo: as nulidades absolutas, de natureza formal e material; os juros legais; as prestações periódicas; as objeções de direito material; a conversão do pedido de concordata em decreto de falência; a inscrição de hipoteca judiciária, a fungibilidade de demandas dos interditos possessórios e dos provimentos que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento.

149. Por matéria de ordem pública entende-se aquela cujo vício não atinge só o puro interesse particular das partes, mas sim o interesse de toda a coletividade, de toda a ordem jurídica, ou seja, o interesse público. É justamente por isso que pode e deve ser conhecida independentemente da alegação das partes.

150. Pedidos verdadeiramente implícitos são aqueles decorrentes de efeitos jurídicos que são conseqüentes do pedido formulado, os que integrem virtualmente o objeto litigioso do processo e os que sejam pressuposto para a apreciação do pedido expresso, podendo ser pronunciado pelo juiz, sem ofensa ao Princípio da Imparcialidade, estando em consonância com os Princípios da Economia, da Celeridade Processual e o da Efetividade da Jurisdição.

151. Os artigos 461 e 461-A contemplam provimentos mandamentais e executivos *lato sensu*, para a satisfação da tutela dos deveres de fazer, não fazer e

entrega de coisa, acompanhados de mecanismos aptos a dar-lhes efetividade, eis que objetivam o alcance de resultados específicos, disciplinando instrumentos práticos.

152. Para a efetividade da tutela específica pode ocorrer a fungibilidade entre os provimentos mandamental e o executivo *lato sensu*, estando o juiz devidamente autorizado a assim proceder "ex officio", ocorrendo uma atenuação do Princípio da Congruência.

153. A imposição de multa (elemento coercitivo) para o eventual descumprimento do comando contido na sentença de obrigação específica, não extrapola o âmbito da demanda, sendo elemento acessório, de natureza processual, com função de técnica de coerção, concorrendo para a preservação da autoridade do órgão jurisdicional.

154. Na conversão da obrigação específica em perdas e danos, após o trânsito em julgado da sentença, por iniciativa do juiz, caracteriza uma exceção ao Princípio da Demanda e ao Princípio da Congruência, porque a tutela entregue é diversa da postulada pelo demandante.

155. A técnica que prevalece, como regra, no sistema processual é a da vinculação do juiz aos fatos da causa e do pedido, consubstanciada nos Princípios da Adstrição e da Correspondência, pela exigência da imparcialidade do juiz, na entrega da prestação jurisdicional.

156. As matérias de ordem pública, de natureza material e instrumental, autorizam ao juiz conhecê-las e pronunciá-las de ofício, sendo regra de exceção ao Princípio da Demanda e da Congruência.

157. O Princípio da Efetividade é valor exaltado do Estado Democrático de Direito - Estado de Justiça Social -, em contraposição ao Estado de Direito Liberal -

Estado de Justiça Formal, possuindo "*status*" constitucional, sendo seus consectários, no plano infraconstitucional, o Princípio da Fungibilidade das Demandas e o da Fungibilidade dos Provimentos Jurisdicionais.

158. O Princípio da Igualdade, também, tem "*status*" constitucional, sendo seus consectários, no plano infraconstitucional, os Princípios da Imparcialidade, da Adstrição e o da Congruência.

159. Na colisão entre princípios constitucionais - *antinomia jurídica imprópria* - o órgão julgador, no caso concreto, deve optar pela aplicação de um deles, sem que o outro seja excluído do sistema. É a situação que se constata entre a Fungibilidade dos Provimentos, prevista nos artigos 461, CPC, e a Imutabilidade da Coisa Julgada, inserta no artigo 467, CPC.

160. Os artigos que disciplinam a prestação jurisdicional são: 2º, 125, inciso I, 126, 128, 262, 264 e §, 282, incisos III e IV, 286, 287, 288, 289, 290, 292, 295, 297, 300, 303, 458, 459 e §, 460, 461e §§, 461-A e §§, 462, 463 e 474, todos do Código de Processo Civil.

161. Os princípios processuais relativos à prestação jurisdicional são: da demanda, da isonomia processual, da imparcialidade do juiz, da indeclinabilidade da jurisdição, da previsibilidade e segurança jurídica, da vinculação aos fatos da causa, do impulso oficial, da estabilidade da demanda, do contraditório, da eventualidade, do deduzido e do dedutível, da congruência ou da correspondência, da efetividade da jurisdição e o da eficácia preclusiva da coisa julgada.

162. Os princípios constitucionais que informam todo o sistema são: da efetividade do direito material, da justa medida, da igualdade jurídica, da legalidade, da inafastabilidade do controle jurisdicional, do *due process law*, do contraditório e da ampla defesa e o da motivação das decisões judiciais.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, A. A. **Princípios constitucionais do processo**, São Paulo, n.74, p.21-39, abr./jun. 1994.
- ALVIM, E. C. **Elementos de teoria geral do processo**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- ALVIM, J. M. A. **Manual de Direito Processual Civil**. 7.ed, rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v.1: parte geral.
- _____. **Manual de Direito Processual Civil**. 7.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 2: processo de conhecimento
- _____. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. v. V.
- _____. Sentença "*citra petita*" - necessidade de ação rescisória. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 14/15, p.236-261, abr./set. 1979.
- ARAGÃO, Egas Moniz de. **Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- _____. **Hobbes, Montesquieu e a teoria da ação**. **AJURIS**, n.86, p. 81-94, t. I, jun. 2002.
- ARAÚJO, L. A. D; NUNES JÚNIOR, V. S. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ARMELIN, D. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- ARRUDA, A. C. M. de. **Liquidação de sentença** (a lide de liquidação). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- ASSIS, A. **Cumulação de ações**. 3.ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- AURELLI, A. I. Arguição de matéria de ordem pública em recurso especial - desnecessidade de prequestionamento. **Revista de Processo**, n. 89, p. 267-280, jan./mar. 1998.
- BAETHGEN, W. E. As "condições da ação" e o novo código de processo civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 251, p.16-26, jun./set. 1975.
- BARBI, C. A. **Comentários ao código de processo civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v.1.
- BARBOSA, R. **A Constituição e os atos inconstitucionais**. 2.ed. Rio de Janeiro: [s.n.].

BARROS, H. G. Antecipação de tutela contra o Estado. **Revista Jurídica CONSULEX**, Brasília, v. 126, p.39, abr. 2002.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da constituição**. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 5.ed. rev. Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BASSO, M. Lei nova revitaliza a arbitragem no Brasil como método alternativo-extrajudicial de solução de conflitos de interesses. **Revista dos Tribunais**, n. 733, p.11-23, nov. 1996.

BASTOS, C. R.; M. I. G.. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

BEDAQUE, J. R. S. **Direito e Processo. Influência do direito material sobre o processo**. 2.ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____. Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório. In **Causa de Pedir e pedido no processo: (questões polêmicas) civil**. TUCCI, J. R. C. E; BEDAQUE, J. R. S. (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Os poderes instrutórios do juiz**. 3.ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BEVILÁQUA, C.. **Teoria geral do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: [s.n],1929.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. 2.tir. São Paulo: Malheiros Editores,1998.

_____. **Do estado liberal ao estado social**. São Paulo: Editora Saraiva, 1961.

BRASIL. **Constituição 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRUTAU, J. P. As origens processuais do direito substantivo. **AJURIS**. n. 9, p.33-50, jul. 1978.

BUENO, P. **Formalidades do processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

CAHALI, Y. S. **Divórcio e separação**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CALAMANDREI, P. Limites entre jurisdicción y administración, en la sentencia civil. In: MELENDO, Sentís. (Trad.). **Estudios sobre el processo civil**. Bueno Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1961.

_____. Linee fondamentali del processo civile inquisitório. In: **Studio di diritto processuale in onere di Giuseppe Chiovenda**. Pádua: Cedam 1927.

CAMBI, E.. **Jurisdição no processo civil**: compreensão crítica. Curitiba: Juruá, 2002.

CANOTILHO, J. J. G; MOREIRA, V. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 3.ed. Coimbra: Almedina.1993.

CANOTILHO, J. J.. G. **Direito constitucional**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1994.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, M. GARTH, B. **O acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CAPPELLETTI, M. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. **Revista de Processo**, n. 65, p.129, jan./mar.1992.

_____. **La testimonianza della parte nel sistema dell"oralità, I**. Milano: Giuffrè, 1962.

_____. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 74, p.82-97, abr./jun. 1994.

CARMONA, C. A. O processo de liquidação de sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 60, p. 44-55, out./dez. 1990.

CARNACINI, T. **Tutela giurisdizionale e técnica del proceso, negli studi in onere di Enrico Redenti**, II. Milano: 1951.

CARNEIRO, A. G. Jurisdição: noções fundamentais. **AJURIS**, v. 20, p.20-31, nov. 1980.

CARNELUTTI, F. **Instituciones del proceso Civil**. Tradução: Santís Melendo. Buenos Aires: E.J.E.A, 1989. Tradução da: 5.ed. italiana de Santiago.

_____. **Sistema de Derecho Procesal Civil**. [S.l.: s.n.]. Tradução espanhola, vol.1.

CARVALHO, M. P. de. **O pedido no processo civil**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1992.

CASTRO, T. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional**: estrutura, causa e título legitimário do sujeito. São Paulo: Saraiva, 1985.

CHIOVENDA, G. **Instituições de direito processual Civil**. 2.ed. Campinas: Bookseller Editora e Distribuidora, 2000. v. 1.

CINTRA, A. C. de A; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R.. **Teoria Geral do Processo**. 18. Ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

CLÈVE, C. M. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COELHO, I. M. Constituição: conceito, objeto e elementos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 29, n. 116, p.5-20, out./dez. 1992.

_____. Perfil constitucional do estado contemporâneo: o Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 30, n. 118, p.5-18, abr./jun. 1993.

COSTA, A. A. L. **Direito processual civil**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947. v.1.

DALL'AGNOL JÚNIOR, A. J. O princípio dispositivo no pensamento de Mauro Cappelletti, **AJURIS**, n 46 pp.97-15, jul. 1989.

_____. **O processo civil contemporâneo**. Luiz Guilherme Marinoni. (Organ.). Curitiba: Juruá, 1994.

DANTAS, F. W. L. **Jurisdição, ação (defesa) e processo**. São Paulo: Dialética, 1997.

DELGADO, J. A. Poderes, deveres e responsabilidade dos juizes. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 42, p.37-57, abr./jun. 1986.

_____. A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 65, p.89-103, jan./mar. 1992.

DIDIER JÚNIOR, F. S. **Um réquiem às condições da ação**. Estudo analítico sobre a existência do instituto. Disponível em: <[Http://www.1.jus.com.br/doutrina/texto](http://www.1.jus.com.br/doutrina/texto)> item 15. Acesso em: 14 de ago. 2002.

DINAMARCO, C. R. **Instituições de Direito Processual Civil** 2.ed.rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. 3 v.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 9.ed. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____. **A reforma da reforma**. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2002.

_____. Tutela Jurisdicional. **Revista de Processo**, n. 81, p.64-65, jan./mar. 1986.

_____. **Capítulos de sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. O conceito de mérito em processo civil. In: **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

_____. **Teoria geral do processo**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2002.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. t. I, II.

DINIZ, M. H. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

FABRÍCIO, A. F. Extinção do processo e mérito da causa. **Revista de Processo**, n 58, p.7-31, abr./jun. 1990.

_____. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1988. vol. VIII. t. II.

FALK, R. A. International jurisdiction: horizontal and vertical conceptions of legal order. **Temple Law Quarterly**, v. 32, 1959.

FARIA, J. E. As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais. In: José Eduardo Faria. (Organ.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros Editores, 1986.

FIGUEIRA JUNIOR, J. D. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v.4, t. II.

FRANCO, F. B. A fórmula do devido processo legal. **Revista de Processo**, São Paulo, n.94, p.81-107, abr./jun. 1999.

FREIRE, R. da C. L. **Condições da ação**: enfoque sobre o interesse de agir no processo civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

GALVÃO, F. A. G. Sistema, hierarquia de normas e princípios constitucionais no direito. **Revista dos Tribunais. Cadernos de direito constitucional e ciência política**, São Paulo, n.13, p.80-95, out./dez. 1995.

GHIGNONE, L. T. **Novo código civil**. Curitiba: Juruá, 2002.

GOMES, F.; SILVA, O. B. da. **Teoria do Processo Civil**. 2.ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES, O. **Instituições de direito civil**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. v. I.

GOMES, S. A. **Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GRAU, E. R. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

GRECO FILHO, V. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1998.

GRINOVER, A. P. **Os princípios constitucionais e o código de processo civil**. São Paulo: José Bushatsky, 1975.

_____. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. **Revista de Processo**, n 79, p.65-76, jul./set. 1995.

GUERRA FILHO, W. S. **Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2.ed. rev. ampl. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

GUSMÃO, P. D. **Introdução ao Estudo do direito**. 13.ed. 1.tir. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

HESSE, K. **Escritos de derecho constitucional (selección)**. Colección "Estudios Constitucionales" Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

JARDIM, A. S. **Da publicização do processo civil**. Rio de Janeiro: Liber Juis, 1982.

KAPLAN, M.; KATZENBACH, N. **Fundamentos políticos do direito internacional**. Rio de Janeiro: Zahar Editores. [1992].

KELSEN, H. **Teoría general del estado**. Tradução de: Luis Legaz Lacambra. México: Nacional, 1965.

KREL, A. Controle judicial dos serviços públicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: Ingo Wolfgang (Organ.). **A Constituição concretizada - construindo pontes entre o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LACERDA, G. O código e o formalismo processual. **AJURIS**, Porto Alegre, n. 28, p. 7-14, jul.1983.

LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

LAZZARINI, A. A. **A causa petendi nas ações de separação judicial**. 1. ed. 1. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LEAL, R. P. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2002.

LEITE, E. O. **A monografia jurídica**. 5.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LIEBMAN, E. T. **Fondamento del principio dispositivo**. Nápoles: Morano, 1982.

_____. **Manuale di diritto processuale civile**. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1984.

LIMA, F.G. M. **Fundamentos constitucionais do processo: (sob a perspectiva de eficácia dos direitos e garantias fundamentia)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

LORENZETTI, R. L. **Fundamentos de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo. Malheiros Editores.1999.

_____. **Questões do novo direito processual civil brasileiro**. Curitiba: Juruá, 1999.

_____. **Tutela específica: (art.461, CPC, e art. 84, CDC)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Tutela inibitória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARQUES NETO, F. P. A. O conflito entre princípios constitucionais: breves pautas para uma solução. **Revista dos Tribunais. Cadernos de direito constitucional e ciência política**. São Paulo, n.10, p.40-45, jan./mar. 1995.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. V,

- _____. **Instituições de direito processual civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. I.
- MELLO, M. B. **Teoria do fato jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1985.
- MELLO, C. A. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- _____. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed, 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- MIRANDA, J. C. P. **Tratado das Ações**. 2.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. t. I
- _____. **Comentários ao código de processo civil/1939..** Rio de Janeiro: Forense, 1947. v. I
- _____. **Comentários ao código de processo civil..** Rio de Janeiro: Forense, 1979. t. IV
- _____. **Comentários ao código de processo civil**. 3.ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996. t. IV: arts. 282 a 443
- _____. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro Editor Borsoi, 1954. t. III.
- MIRANDA, J. **Manual de direito constitucional**. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.
- _____. **Manual de direito constitucional: "Direitos Fundamentais"**. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. t. IV
- MOREIRA, J. C. B. **O novo processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- _____. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e instrução do processo. **Revista de Processo**. n.37, p.140-150, jan./mar. 1985.
- _____. A garantia do contraditório na atividade de instrução. In: **Temas de direito processual civil**. 4. série. São Paulo: Saraiva, 1989.
- _____. A igualdade das partes no processo civil. In: **Temas de direito processual civil**. 4. série. São Paulo: Saraiva, 1989.
- _____. **Comentários ao código de processo civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- _____. Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória. In: **Temas de direito processual**. 4.série. São Paulo: Saraiva, 1989.
- _____. Os poderes do juiz na direção e instrução do processo. In: **Temas de Direito Processual**. 4. série. São Paulo: Saraiva, 1989.

- _____. **Comentários ao código de processo civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v.I. V.
- _____. Efetividade do processo e técnica processual. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 77, p.168176, jan./mar. 1995.
- _____. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- NASCIMENTO, T. M. C. **Comentários à constituição federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1977.
- NEGRÃO, T. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. 33.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- NERY JUNIOR, N. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. Pareceres. Direito processual civil. Separação judicial. Direito superveniente - não cabimento de alteração da causa de pedir. **Revista de Processo**, São Paulo, n.25. p.214-217, jan./mar. 1982.
- _____. **Princípios fundamentais** - teoria geral dos recursos. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. A. **Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 5.ed, rev. e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. **Novo código civil e legislação extravagante anotados**: atual. até 15.03.2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- NETO LÔBO, P. L. **Comentários ao novo estatuto da advocacia e da OAB**. Brasília: Jurídica, 1994.
- NEVES, C. **Estrutura Fundamental do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- NOGUEIRA, A. P. F. **Questões controvertidas de processo civil e de direito material**: doutrina, jurisprudência e anteprojetos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- NUNES, L. A. **A lei, o poder e os regimes democráticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- OLIVEIRA, C. A. Á. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista de Processo**, n.71, p.83-92, jul./set. 1993.
- _____. Efetividade e processo de conhecimento. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 96. p.59-69, out./dez. 1999.
- _____. Garantia do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). **Garantias constitucionais do processo civil**. 1.ed. 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

- _____. **O formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- OLIVEIRA, E. R. Condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido. **Revista de Processo**, v. 46, p.40-45, abr./jun. 1987.
- _____. Notas sobre o conceito de lide. **Revista de Processo**, n.34, p.85-95, abr./jun. 1984.
- _____. Sobre o conceito de jurisdição. **Revista de Processo**, n.16, p.135-153, out./dez. 1989.
- PASSOS, J. J. C. Democracia, participação e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e Processo**. São Paulo: RT, 1988.
- _____. O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição, **Revista de Direito Processual Civil**, n.277, p.1-7, jan./mar. 1982.
- _____. **Comentários ao código de processo civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. v. III.
- _____. Em torno das condições da ação – a possibilidade jurídica. **Revista de Direito Processual Civil**, n. 4.p.57-66 , jul./dez. 1996.
- _____. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- PERELMAN, C. **Ética e Direito**. Tradução de: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PIMENTEL, W. M. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- PORTANOVA, R. **Princípios do processo civil**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- REALE, M. **Lições preliminares de direito**. 20. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1993.
- _____. **Teoria do direito do estado**. 5.ed. rev. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2000.
- REZEK, J. F. **Curso elementar de direito internacional público**. 5.ed. São Paulo: Saraiva,1989.
- SANTOS, E. F. **Novíssimos perfis do processo civil brasileiro**. Belo Horizonte:Del Rey, 1999.
- SANTOS, J. M. C. **Código civil interpretado.vol. XV**. 8. ed.Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1975.
- SANTOS, M. A. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva,1983. v.I.
- SANTOS, N. A. M. **A técnica de elaboração da sentença civil**. 2.ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

- SARLET, I. W. **Eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SICHES, L. R. **Introducción al estudio del derecho**. 7. ed. Porrúa, México: [s.n], 1985.
- SILVA, J. A. O Estado democrático de direito. **Revista Forense**, v.85, n.305, p.45-50, jan./mar. 1989.
- SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 6.ed. rev, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- SILVA, O. B. **Jurisdição e execução**. 2.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- _____. Curso de processo civil. Vol.I – processo de conhecimento. 5.ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- SIMARDI, C. Execução de sentença proferida em ação possessória. In: WAMBIER, T. A. A. (Coord.). **Processo de execução e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- SPÍNDOLA, R. S. **Conceito de princípios constitucionais**. 1.ed. 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- STRENGER, I. **Aplicação de normas de ordem pública nos laudos arbitrais**. Revista dos Tribunais, n. 606, p.9-12, abr. 1986.
- TALAMINI, E. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**. CPC art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. Tutelas mandamental e executiva *lato sensu* e a antecipação de tutela *ex vi* do art. 461, § 3º, do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação da tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- TEIXEIRA, S. F. O processo civil na nova constituição. **Revista de Processo**, n. 53, p.78-87, jan./mar. 1989.
- TESHEINER, J. M. R. **Pressupostos processuais e nulidades do processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa. **Revista de Processo**. São Paulo. n. 17, p.41-49, jan./mar.1980.
- _____. Pressupostos processuais e condições da ação no processo cautelar. **Revista de Processo**, n 50, p.7-23, abr./jun. 1988.
- _____. A arbitragem como meio de solução de controvérsias. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, n.2, p.13-21, nov./dez. 1999.
- TJÄDER, R. L. C. **Cumulação eventual de pedidos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 1998.

_____. As vantagens da cumulação eventual de pedidos para a parte que se utiliza do instituto. **AJURIS**, n. 71, p.37-42, nov. 1997.

TORNAGHI, H. B. Comentários ao código de processo Civil., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

TUCCI, J. R. C. **Jurisdição e Poder: contribuição para a história dos recursos cíveis**. São Paulo, 1987.

_____. **Curso de direito processual civil.** São Paulo:Saraiva, 1989. v. 2

_____. **A causa petendi no processo civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

VASCONCELOS, **A teoria da norma jurídica**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

VIDIGAL, L. E. B. Existe o direito de ação? **Revista de Direito Processual Civil**, Ano III, pp.7-12. jan./jun. 1962.

_____. Pressupostos processuais e condições da ação. **Revista de Direito Processual Civil**, Ano III. n.5. pp.7-12, jul./dez. 1962.

WALDO, A; FONSECA, R. G. O *habeas data* na Lei nº 9.507/97. **AJURIS**, n.72, p.86-101, mar. 1998.

WAMBIER, L. R.; ALMEIDA, F. R. C.; TALAMINI; E. **Curso avançado de processo civil**. WAMBIER, L. R. (Coord.). 3.ed. rev. atual. 3.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WAMBIER, L. R. **Liquidação de sentença**. 2.ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

WAMBIER, T. A. A. **Nulidades do processo e da sentença**. 4.ed. rev. ampl. 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

_____. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória. In: _____ (Coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Questões de fato, conceito vago e a sua controlabilidade através do recurso especial. In: _____ (Coord.) **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WATANABE, K. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R.; WATANABE, K. (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: RT, 1988.

_____. **Da cognição do processo civil**. 2. ed. atual. Campinas: Bookseller, 2000.

XAVIER, A.; XAVIER, H. A. L. Tratados. Superioridade hierárquica em relação à lei face à constituição federal de 1988. **Revista de Direito Tributário**, n. 66. p.30-48. [s.d].

YARSHELL, F. L. Antecipação de tutela específica nas obrigações de declaração de vontade, no sistema do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

ZAVASCKI, T. A. Antecipação da tutela e obrigações de fazer e de não fazer. In: WAMBIER, T. A. A. (Coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.