



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

Manoel de Souza Mendes Junior

**O pedido de reparação de dano
extrapatrimonial**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
Mestrado em Direito Econômico e Social**

Curitiba, julho de 2005.



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

Manoel de Souza Mendes Junior

O pedido de reparação de dano extrapatrimonial

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Econômico e Social da PUC-PR como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Francisco Carlos Duarte
Co-orientadora: Prof.^a Teresa Arruda Alvim Wambier

Curitiba
Julho de 2005



Manoel de Souza Mendes Junior

O pedido de reparação de dano extrapatrimonial

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Econômico e Social da PUC-PR como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito. Aprovada pela Comissão Examinadora que assina abaixo.

Prof. Francisco Carlos Duarte
Orientador

Prof.^a Teresa Arruda Alvim Wambier
Co-orientadora

Curitiba, julho de 2005

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização do autor.

Manoel de Souza Mendes Junior

Graduou-se em Direito na PUC-PR em 1998. É especialista em Direito Processual Civil pela mesma instituição (2001-2002), havendo apresentado, sob a orientação da Prof.^a Simara Carvalho Duarte, monografia intitulada “A execução de sentença e a instrumentalidade do processo”, a qual obteve nota 10. É advogado e professor de Direito Processual Civil dos cursos de graduação e de especialização do Centro Universitário Positivo, do curso de graduação da Universidade Tuiuti do Paraná, do curso de atualização da Escola Superior da Advocacia do Paraná e do curso preparatório para o Exame da OAB e para concursos do Curso Jurídico.

Ficha catalográfica

Mendes Junior, Manoel de Souza
M538p 2005 O pedido de reparação de dano extrapatrimonial / Manoel de Souza Mendes Junior; orientador, Francisco Carlos Duarte; co-orientadora, Teresa Arruda Alvim Wambier. – 2005. ix., 150 f. ; 30 cm
Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2005 Inclui bibliografia
1. Dano (Direito). 2. Direito civil. 3. Responsabilidade (Direito). 4. Reparação civil. 5. Processo civil. I. Duarte, Francisco Carlos. II. Wambier, Teresa Arruda Alvim. III. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. IV. Título.
Doris – 4. ed. 342.1513 341.1 342.121 341.46001

Agradecimentos

Ao Prof. Francisco Carlos Duarte, pela orientação.

À Prof.^a Teresa Arruda Alvim Wambier, que, mesmo tendo se desligado do Programa de Pós-Graduação, aceitou continuar me orientando em minha pesquisa.

Aos meus pais, por tudo o que me ensinaram, por tudo o que me deram.

Aos colegas de mestrado, hoje meus amigos, Mauro, Pedro, Patricia, Priscila e Waldirene, por todos os bons momentos passados juntos durante esses dois anos e meio. À Patrícia, aliás, um agradecimento especial por ter sido minha “orientadora-júnior”.

Aos meus colegas de magistério e amigos Marcos, Silvana, Sergio, Eduardo, Alex, Simone, Gustavo, Luis Felipe e Ligia, pelo apoio e compreensão.

Por fim à Alice, mais do que a qualquer outro, por ter estado ao meu lado em todos os momentos.

Resumo

Mendes Junior, Manoel de Souza. **O pedido de reparação de dano extrapatrimonial**. Curitiba, 2005. 150 fls. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

A presente dissertação analisa o pedido de reparação de dano extrapatrimonial, com o objetivo de verificar se é admissível a formulação de pedido genérico ou apenas de pedido determinado, isto é, quantificado. O dano extrapatrimonial é caracterizado a partir das noções de dignidade da pessoa humana e de direitos da personalidade. O pedido é estudado de forma sistemática, identificando-se suas relações com a ação, a jurisdição e a defesa, que são institutos fundamentais do direito processual civil. As regras relativas à interpretação e à formulação dos pedidos são estudadas a partir dos princípios da adstrição e do contraditório, os quais se relacionam, respectivamente, aos institutos fundamentais da jurisdição e da defesa. A conclusão central é de que a dedução de pedido genérico de reparação de dano extrapatrimonial viola o princípio constitucional do contraditório por não submeter ao prévio debate do réu o *quantum debeatur*.

Palavras-chave

Dano extrapatrimonial; reparação; pedido; requisitos; determinação; pedido genérico; princípio do contraditório.

Riassunto

Mendes Junior, Manoel de Souza. **O pedido de reparação de dano extrapatrimonial**. Curitiba, 2005. 150 fls. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Il presente lavoro si dedica alla domanda di risarcimento del danno non patrimoniale, con la finalità di accertare se si può ammettere la formulazione di domanda generale o soltanto di domanda determinata, cioè, quantificata. Il danno non patrimoniale è spiegato dalle nozioni di dignità della persona e di diritti della personalità. La domanda è studiata in modo sistematico, identificandosi i suoi rapporti con l'azione, la giurisdizione e la difesa, che sono istituti fondamentali del diritto processuale civile. Le regole che rispettano all'interpretazione e alla formulazione di domande sono studiate dai principii della congruenza e del contraddittorio, i cui hanno rapporto, rispettivamente, con gli istituti fondamentali della giurisdizione e della difesa. La conclusione centrale è che la formulazione di domanda generale di risarcimento di danno non patrimoniale viola il principio costituzionale del contraddittorio perchè non sottomette il *quantum debeatur* alla discussione dal convenuto.

Parole-chiavi

Danno non patrimoniale; risarcimento; domanda; requisiti; determinazione; domanda generale; principio del contraddittorio.

Sumário

1. Introdução	9
2. Breves considerações sobre o dano extrapatrimonial e sua reparação	11
2.1. O princípio da dignidade da pessoa humana	12
2.2. Os direitos da personalidade	14
2.3. A reparação do dano extrapatrimonial	19
3. Noções preliminares de direito processual civil	22
3.1. As fases metodológicas fundamentais da história do direito processual civil	22
3.1.1. Sincretismo	22
3.1.2. Fase autonomista ou conceitual	24
3.1.3. Fase instrumentalista ou teleológica	26
3.2. Os institutos fundamentais do direito processual civil	27
3.2.1. Giuseppe Chiovenda	28
3.2.2. Piero Calamandrei	30
3.2.3. O “fundamental trinômio sistemático” (ou a “trilogia estrutural”) na doutrina brasileira	31
3.2.4. Cândido Rangel Dinamarco	31
3.3. O instituto fundamental central do direito processual civil	34
3.3.1. A ação	34
3.3.2. A jurisdição	36
3.4. Os escopos que o Estado pretende realizar por meio da jurisdição	38
4. A relevância do pedido no direito processual civil	43
4.1. O pedido do autor e a ação	43
4.1.1. Teorias sobre a ação	43
4.1.1.1. A teoria clássica da ação	44
4.1.1.2. A polêmica entre Windscheid e Muther	46
4.1.1.3. Degenkolb e Plósz	48
4.1.1.4. Adolf Wach	50
4.1.1.5. Chiovenda	56

4.1.1.6. Liebman	61
4.1.1.7. Apreciação crítica das teorias sobre a ação	66
4.1.1.8. O direito à tutela jurisdicional	71
4.1.2. Ação, demanda e petição inicial	73
4.1.3. O pedido como um dos elementos identificadores da demanda	75
4.1.3.1. As partes	76
4.1.3.2. A causa de pedir	78
4.1.3.3. O pedido	81
4.2. O pedido do autor e a jurisdição	92
4.2.1. O princípio da inércia da jurisdição	92
4.2.2. O princípio da adstrição da sentença à demanda	100
4.3. O pedido do autor e a defesa do réu: o princípio do contraditório	105
5. A interpretação e os requisitos do pedido	115
5.1. A interpretação do pedido	115
5.2. Os requisitos do pedido	118
5.2.1. Pedido certo	119
5.2.2. Pedidos implícitos	119
5.2.2.1. Correção monetária	120
5.2.2.2. Juros legais	121
5.2.2.3. Prestações periódicas vincendas	122
5.2.2.4. Despesas processuais e honorários advocatícios de sucumbência	122
5.2.3. Pedido determinado	123
5.2.4. Pedidos genéricos	124
5.2.4.1. Art. 286, inc. I	125
5.2.4.2. Art. 286, inc. II	127
5.2.4.3 Art. 286, inc. III	130
6. O pedido de reparação de dano extrapatrimonial	133
7. Conclusão	141
8. Referências	144

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 promoveu grandes transformações no direito civil e no direito processual civil brasileiros.

Com relação ao primeiro, verificou-se o fenômeno da “repersonalização” ou “despatrimonialização”. A pessoa humana passou a ocupar a posição central, a personalidade passou a ser considerada como o instituto fundamental mais importante e a teoria dos direitos da personalidade se desenvolveu como nunca antes entre nós.

Paralelamente, o direito processual se viu obrigado a criar novas técnicas, que pudessem tutelar de forma efetiva direitos extrapatrimoniais como os direitos da personalidade. As velhas técnicas, elaboradas tendo em vista a tutela reparatória, já não eram suficientes. Tornara-se necessário instituir mecanismos que impedissem a ocorrência do dano ou até mesmo do ato ilícito.

O direito processual civil teve então um grande desenvolvimento, com a introdução, no sistema, da chamada tutela inibitória. Ela é, naturalmente, o melhor instrumento técnico para a proteção dos direitos da personalidade.

Contudo, em termos práticos, nem sempre é possível a prevenção. Atualmente, o número de processos por meio dos quais o autor busca a reparação de um dano extrapatrimonial já ocorrido é muito superior ao daqueles voltados a evitar sua ocorrência.

O processo condenatório, porém, foi esquecido pelos processualistas, que hoje se preocupam muito mais com outros assuntos, como a tutela antecipatória, a tutela específica e a tutela inibitória.

A reparação do dano extrapatrimonial, por meio da técnica sentença condenatória-execução por sub-rogação, todavia, envolve inúmeros problemas processuais com os quais o advogado e o magistrado se deparam diariamente. O pedido deve ser determinado ou pode ser genérico? É necessário provar a ocorrência do dano? Qual é o regime da sucumbência nesses processos? É possível o controle do *quantum debeat* por meio de recurso especial? Essas são apenas algumas das questões que o tema permite formular. O presente trabalho tentará responder à primeira delas.

Como o pedido representa um ponto de contato entre o direito civil e o direito processual civil, é necessário primeiramente voltar os olhos àquele ramo do direito, para que se possam identificar os contornos por ele dados ao dano extrapatrimonial e a sua reparação (capítulo 2).

Em seguida, a atenção é dirigida ao direito processual civil. São identificados seu objeto formal (método), seu objeto material (institutos fundamentais) e seus escopos (capítulo 3).

Passa-se então ao estudo do pedido, demonstrando-se sua relevância para o direito processual civil a partir da explicitação de suas relações com a ação, com a jurisdição e com a defesa (capítulo 4).

Compreendidas as relações entre o pedido e esses institutos fundamentais do direito processual civil, é possível analisar adequadamente as regras estabelecidas pelo Código para sua formulação e interpretação (capítulo 5).

Por fim, com base nas conclusões parciais a que se foi paulatinamente chegando, é respondida a pergunta que motivou a presente investigação: o pedido de reparação de dano extrapatrimonial deve ser determinado ou pode ser genérico? (capítulo 6)

2. Breves considerações sobre o dano extrapatrimonial e sua reparação

É freqüente na doutrina a afirmação de que o dano extrapatrimonial é a lesão a um direito da personalidade¹.

É preciso observar, porém, que a finalidade dos direitos da personalidade é a proteção da dignidade da pessoa humana². Gustavo Tepedino, por exemplo, afirma que se compreendem, “sob a denominação de direitos da personalidade, os direitos atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à sua dignidade e integridade”³.

Desse modo, pode-se concluir que se imediatamente o dano extrapatrimonial é caracterizado por uma lesão a um direito da personalidade, mediatamente implicará em ofensa à dignidade da pessoa humana⁴.

Com o objetivo de permitir uma melhor compreensão do dano extrapatrimonial, serão feitas a seguir breves considerações sobre o princípio da dignidade da pessoa humana (item 2.1) e sobre os direitos da personalidade (item 2.2). Somente após é que se tratará de sua reparação (item 2.3).

Antes, contudo, é necessária uma observação de ordem terminológica: por que o presente trabalho adota a expressão **dano extrapatrimonial** e não a consagrada **dano moral**?

É simples: porque, muitas vezes, há uma inadvertida assimilação entre dano moral e dor⁵ e, considerado o dano extrapatrimonial como lesão a um direito da personalidade, percebe-se facilmente que ele pode existir independentemente daquele elemento de ordem subjetiva.

¹ Entendem que o dano extrapatrimonial é a lesão a um direito da personalidade, dentre outros: AMARAL, F., *Direito civil*, p. 556; CAHALI, Y. S., *Dano moral*, p. 537; COUTO E SILVA, C. V. do., *O conceito de dano no direito brasileiro e comparado*, p. 13; VIANA, P. G. B., *Dano moral à pessoa jurídica*, p. 2.

² CORTIANO JUNIOR, E., *Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade*, p. 42.

³ TEPEDINO, G., *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*, p. 24.

⁴ Entendem que há dano extrapatrimonial quando ocorre violação da dignidade da pessoa humana, por exemplo, BODIN DE MORAES, M. C., *Danos à pessoa humana, passim* e CAVALIERI FILHO, S., *Programa de responsabilidade civil*, p. 101 e 105.

Como observa Eduardo Zannoni,

o dano moral em si não é a dor, a angústia, a humilhação, ou seja, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem a consequência do dano, sendo contingentes e variáveis em cada caso, já que cada pessoa tem o seu modo de sentir. O Direito não repara qualquer dor, mas apenas aquela que for decorrente da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente⁶.

Miguel Reale, por mais que mantenha o uso da locução dano moral, também reconhece que ele pode existir ainda quando não haja dor:

penso que já podemos distinguir claramente entre o *dano moral objetivo* (aquele que atinge a dimensão moral da pessoa no meio social em que vive, envolvendo o de sua imagem) e o *dano moral subjetivo* que se correlaciona com o mal sofrido pela pessoa em sua subjetividade, em sua intimidade psíquica, sujeita a dor ou sofrimento intransferíveis porque ligados a valores de seu ser subjetivo, que o ato ilícito veio penosamente subverter, exigindo inequívoca reparação⁷.

É preferível, no entanto, deixar de lado as adjetivações, que não evitam o uso da expressão dano moral, inconscientemente associada à dor, e adotar, em seu lugar, a expressão dano extrapatrimonial para representar todo dano que não atinja o patrimônio da pessoa⁸.

2.1.

O princípio da dignidade da pessoa humana

Com a Constituição Federal de 1988 o princípio da dignidade da pessoa humana alcançou o *status* de princípio constitucional fundamental⁹ (art. 1º, inc. III), passando a partir de então a irradiar sua influência sobre toda a ordem

⁵ De acordo com Sérgio Severo, a construção da categoria “dano moral” tomou a dor por “caractere distintivo capaz de conduzir a uma conceituação substancial” (SEVERO, S., *Os danos extrapatrimoniais*, p. 41).

⁶ Apud VIANA, P. G. B., *Dano moral à pessoa jurídica*, p. 36.

⁷ REALE, M., *O dano moral no direito brasileiro*, p. 23.

⁸ Segundo Amaral, patrimônio é “o conjunto de relações jurídicas economicamente apreciáveis de que o indivíduo é titular” (AMARAL, F., *Direito civil*, p. 198). Desse modo, como observa Fachin, “o patrimônio integra mas não esgota a esfera jurídica de uma pessoa natural” (FACHIN, L. E., *Teoria crítica do direito civil*, p. 158).

⁹ Paulo Bonavides, referindo-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, afirma que “se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados” (BONAVIDES, P., *A dignidade da pessoa humana*, p. 233). Também José Afonso da Silva reconhece a dignidade da pessoa humana como o valor supremo do Estado brasileiro (AFONSO DA SILVA, J., *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*, p. 94).

jurídica, nela incluída a ordem privada¹⁰. A pessoa foi, portanto, colocada ao centro de todo o ordenamento jurídico¹¹.

Mas o que é a dignidade da pessoa humana?

Uma primeira resposta a essa pergunta pode ser dada a partir da concepção kantiana de dignidade¹². Se toda pessoa é um fim em si mesma, então toda vez que for tratada como meio, como mero instrumento, pelo Estado ou por outra pessoa que pretenda dela se utilizar para a realização de fins próprios, isto é, toda vez que o sujeito de direitos for considerado como objeto, for “coisificado”, sua dignidade terá sido ofendida. Em outras palavras, pode-se dizer que ao “homem digno”¹³ contrapõe-se o “homem-objeto”.

Por mais que essa explicação permita verificar, em muitos casos concretos, se houve ou não violação da dignidade da pessoa humana, ela ainda não diz **o que** é a dignidade. Ingo Wolfgang Sarlet propôs-se a fazê-lo e forneceu então uma excelente definição. Para ele, a dignidade da pessoa humana é

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais

¹⁰ Segundo Eros Roberto Grau, pode-se dizer que a ordem jurídica compreende uma ordem pública, uma ordem privada, uma ordem econômica e uma ordem social (GRAU, E. R., *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 43).

¹¹ De acordo com José Afonso da Silva, os princípios contidos nos arts. 1º a 4º da Constituição de 1988 — dentre os quais se encontra o princípio da dignidade da pessoa humana — são princípios político-constitucionais, que representam decisões políticas fundamentais (AFONSO DA SILVA, J., *Curso de direito constitucional positivo*, p. 97). José Joaquim Gomes Canotilho os denomina de princípios políticos constitucionalmente conformadores e a seu respeito afirma que são os “princípios constitucionais que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte”, nos quais “se condensam as opções políticas nucleares e se reflecte a ideologia inspiradora da constituição” (CANOTILHO, J. J. G., *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 1150). Por meio do art. 1º, inciso III da Constituição de 1988, dessarte, o constituinte brasileiro manifestou uma de suas decisões políticas fundamentais, que foi colocar o homem no centro do universo jurídico, de modo que o Estado exista em função do homem e não o inverso.

¹² A dignidade é um conceito filosófico do qual o direito se apropria, transformando-o assim também em conceito jurídico. Naturalmente, o presente trabalho não tem a pretensão de buscar compreendê-la no âmbito da filosofia. Contudo, não se pode deixar de fazer ao menos uma breve referência à concepção kantiana de dignidade, já que é adotada pela maioria dos juristas como ponto de partida para a identificação do conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana (nesse sentido, por exemplo: BODIN DE MORAES, M. C., *Danos à pessoa humana*, p. 85; FERREIRA DOS SANTOS, F., *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, p. 91-92). Para Kant, a dignidade é um valor íntimo do homem, que “*existe* como um fim em si mesmo, *não só como meio* para o uso arbitrário desta ou daquela vontade” (KANT, I., *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 68; grifos do original).

¹³ A expressão “homem digno” aparece aqui para designar o homem cuja dignidade é respeitada e não em oposição a um suposto “homem indigno”, isto é, um homem desprovido de dignidade, posto que, sendo a dignidade um atributo essencial da pessoa humana, todos a têm.

mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos¹⁴.

Como se pode perceber, a dignidade da pessoa humana garante proteção contra “todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano”, ou seja, assegura a todas as pessoas o respeito à vida e à integridade físicopsíquica. Não poderia ser diferente. Quando a Constituição coloca a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental está, em outras palavras, estabelecendo sua intangibilidade. Ora, essa intangibilidade não atinge apenas a dignidade, mas também a pessoa a quem ela é atribuída. Desse modo, o princípio impõe aos particulares o dever de respeitar a pessoa humana em todas as suas dimensões^{15, 16}.

2.2. Os direitos da personalidade

Tradicionalmente, a Constituição era composta por dois elementos: primeiro, definia a estrutura do Estado e organizava seus poderes; depois, continha uma declaração de direitos visando à limitação do poder do Estado, necessária para que os particulares tivessem a desejada liberdade¹⁷. Foi

¹⁴ SARLET, I. W., *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 59-60.

¹⁵ O princípio também protege a pessoa humana contra o Estado, impondo-lhe não só o dever de respeitar sua vida e sua integridade físicopsíquica, mas também o dever de protegê-las (Ibid., p. 53).

¹⁶ Na verdade, a definição proposta por Sarlet permite identificar não apenas um, mas quatro direitos que integram o núcleo conceitual do princípio da dignidade da pessoa humana: a) direito à igualdade; b) direito à intangibilidade da vida e da integridade psicofísica; c) direito à liberdade; d) direito ao mínimo existencial. Desses, o artigo 5º, *caput* da Constituição Federal reconhece expressamente os direitos individuais à vida, à liberdade e à igualdade, os quais considera invioláveis. O direito à incolumidade física e psíquica é um direito fundamental implícito (CF, art. 5º, § 2º), o qual se deduz da proibição, contida no artigo 5º, inciso III da Constituição Federal, de submeter a pessoa a tortura ou a tratamento desumano ou degradante (FERREIRA FILHO, M. G., *Direitos humanos fundamentais*, p. 100). Da conclusão aqui exposta não destoam, de uma forma geral, as formulações apresentadas por outros autores que se dedicaram ao tema (como, por exemplo: AZEVEDO, A. J. de, *Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana*, p. 25; BODIN DE MORAES, M. C., *Danos à pessoa humana*, p. 85; NOBRE JÚNIOR, E. P., *O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 240).

¹⁷ São, respectivamente, o elemento orgânico e o elemento limitativo, dos quais fala José Afonso da Silva (AFONSO DA SILVA, J., *Curso de direito constitucional positivo*, p. 46-47).

exatamente nesse contexto que surgiram os direitos fundamentais de primeira geração, que são exatamente direitos de liberdade¹⁸.

Ao mesmo tempo, o Código Civil era considerado a “constituição” da vida privada, regendo as relações entre particulares desde antes de seu nascimento (pois se preocupa em tutelar o nascituro) até depois da morte (dispondo acerca do destino dos bens deixados por aquele que faleceu). Era clara, portanto, a separação entre o direito público e o direito privado.

Essa dicotomia já não é tão clara assim. A Constituição, aos poucos, passou a conter normas aplicáveis às relações entre particulares. Hoje, aliás, diversos autores analisam a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais representam a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, “em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa”¹⁹.

Originariamente, a eles era reconhecida apenas eficácia vertical, servindo tão-somente à proteção da pessoa contra o Estado. Nessa época, segundo Tepedino, a preocupação com a pessoa humana limitava-se “à tutela conferida pelo direito público à integridade física e a outras garantias políticas, não existindo nas relações de direito privado um sistema de proteção fora dos limites dos tipos penais”²⁰.

Hoje, porém, se reconhece a esses direitos também eficácia horizontal. Admite-se que, “além de vincularem todos os poderes públicos, os direitos fundamentais exercem sua eficácia vinculante também na esfera jurídico-privada, isto é, no âmbito das relações jurídicas entre particulares”²¹. Atualmente, portanto, quando se afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana impõe a

¹⁸ Segundo Bonavides, os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos da liberdade, que “têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico”; os direitos fundamentais de segunda geração, que têm por fundamento o valor da igualdade, são os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos; os direitos fundamentais de terceira geração, assentados sobre a fraternidade e tendo por destinatária toda a humanidade, compreendem o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação; por fim, os direitos fundamentais de quarta geração, que surgem com a “globalização política na esfera da normatividade jurídica”, são o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo (BONAVIDES, P., *Curso de direito constitucional*, p. 562-572).

¹⁹ SARLET, I. W., *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 84.

²⁰ TEPEDINO, G., *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*, p. 32.

²¹ SARLET, I. W., *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 353.

intangibilidade da vida e da integridade psicofísica das pessoas, não se quer dizer que ele protege esses valores apenas contra ofensas praticadas pelo Estado, mas também que impõe aos particulares que os respeitem. A técnica do direito civil, no entanto, dá aos direitos fundamentais, em sua dimensão horizontal, outro nome: direitos da personalidade.

Acerca da relação entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais, José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz já afirmavam, em 1980:

só através do entendimento da ordem jurídica como um todo, que tem por base uma hierarquia de valores, dentro do qual ocupa lugar primacial a noção de que o ser humano é pessoa, dotada de inalienável e inviolável dignidade, é possível dar à noção de direitos da personalidade toda a sua real amplitude. Para tal, é necessário vincular a noção de **direitos da personalidade** à noção de **direitos do homem**. É verdade que a doutrina distingue tradicionalmente as duas noções. A distinção, porém, costuma assentar em dois pontos-de-vista principais. De um lado, a dicotomia patrimonial-não patrimonial. Assim, o direito de propriedade seria direito do homem, mas não direito da personalidade. (...) De outro lado, a distinção **direitos do homem-direitos da personalidade** é habitualmente assentada sobre a distinção **público-privado**. Assim, segundo os Mazeaud, quando se examina os direitos da personalidade, na maior parte das vezes, estaria o jurista diante dos mesmos direitos do homem, vistos sob o ângulo das relações entre particulares; tratar-se-ia 'de defender esses direitos não mais contra o poder da autoridade, mas contra os atentados dos particulares'²².

Realmente, há certa diferença entre o catálogo de direitos fundamentais e a relação de direitos da personalidade. Todavia, como observa Canotilho, essa desigualdade tem diminuído cada vez mais:

Muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade. Os **direitos de personalidade** abarcam certamente os direitos de estado (por ex.: direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão). Tradicionalmente, afastavam-se dos direitos de personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestação por não serem atinentes ao ser como pessoa. Contudo, hoje em dia, dada a interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral de personalidade como 'direito à pessoa ser e à pessoa devir', cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa²³.

²² LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA, J.; FERREIRA MUNIZ, F. J., *O Estado de Direito e os direitos da personalidade*, p. 14-15. Grifos do original.

²³ CANOTILHO, J. J. G., *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 394. Grifos do original.

De qualquer forma, o que se pretende ressaltar aqui é que ambas as categorias partem de um fundamento comum, o princípio da dignidade da pessoa humana²⁴, cujo reconhecimento expresso pelo art. 1º, inc. III da Constituição Federal fez com que o direito civil, tradicionalmente patrimonialista, precisasse ser revisto. Como afirma Luiz Edson Fachin,

Nesse arco de dois séculos que se está a examinar [sécs. XIX e XX], o conceito da apropriação — nomeadamente o da apropriação imobiliária — esteve no núcleo do Código Civil brasileiro que, por sua vez, derivou em parte do núcleo do Código Civil Napoleônico. Não por acaso, o Código Civil de 1804 era designado de o ‘Código da Propriedade’. Desse modo, também não é em vão o Código Civil brasileiro de 1916 ser designado de o ‘Estatuto Privado do Patrimônio’, exatamente porque se coloca como a ‘constituição do homem privado’ titular de um patrimônio, idéia projetada, em parte, para o CCB de 2002²⁵.

Todavia, no final do século XX o direito civil revolta-se “contra as concepções que o colocavam como mero protetor de interesses patrimoniais, para postar-se agora como protetor direto da pessoa humana”²⁶. A pessoa humana é colocada no centro do direito civil e, em decorrência, a personalidade se transforma em seu instituto fundamental central²⁷. A constitucionalização do direito civil, portanto, leva a sua “repersonalização” e a uma conseqüente “despatrimonialização”²⁸.

Pois bem, a personalidade, segundo Francisco Amaral, é

o conjunto de princípios e regras que protegem a pessoa em todos os seus aspectos e manifestações. A partir do art. 1º da Constituição Federal, que consagra o princípio da dignidade da pessoa humana, compreende as prescrições constitucionais, civis, penais e administrativas que protegem os chamados direitos da personalidade, aqueles que têm como objeto os valores essenciais da pessoa no seu aspecto físico, moral e intelectual²⁹.

Os direitos da personalidade são, essencialmente, aqueles que “protegem a própria pessoa do titular, nas suas mais importantes manifestações”³⁰. Eles representam, segundo Pietro Perlingieri, situações jurídicas existenciais, em

²⁴ O princípio da dignidade da pessoa humana representa, por esse motivo, a interface entre o direito público e o direito privado (CUNHA, A. dos S., *Dignidade da pessoa humana*, p. 260).

²⁵ FACHIN, L. E., *Teoria crítica do direito civil*, p. 298.

²⁶ CORTIANO JUNIOR, E., *Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade*, p. 33.

²⁷ AMARAL, F., *Direito civil*, p. 141. Segundo o autor, os institutos fundamentais do direito civil são a personalidade, a família, a propriedade, o contrato, a responsabilidade civil e a sucessão hereditária (Ibid., p. 140-150).

²⁸ FACHIN, L. E., op. cit., p. 78.

²⁹ AMARAL, F., op. cit., p. 140.

³⁰ Ibid., p. 196.

contraposição às situações jurídicas patrimoniais, que são aquelas relativas à propriedade e ao crédito, por exemplo³¹.

Há considerável divergência na doutrina quanto à sua caracterização. Como adverte Gustavo Tepedino, poucos temas jurídicos “revelam maiores dificuldades conceituais quanto os direitos da personalidade”³². Segundo Francisco Amaral, eles “são uma construção teórica recente, não sendo uniforme a doutrina no que diz respeito à sua existência, conceituação, natureza e âmbito de incidência”³³.

De uma forma geral, porém, é possível afirmar que os direitos da personalidade compreendem o direito à integridade física, intelectual e moral. A identificação dos direitos que integram cada uma dessas categorias, contudo, é fonte de grande discórdia.

De acordo com Amaral, o direito à integridade física abrange a proteção da vida, do corpo e de suas partes; o direito à integridade moral, a proteção da liberdade, do nome³⁴, da intimidade³⁵, da imagem e da honra³⁶; e o direito à integridade intelectual, a proteção do direito moral e patrimonial do autor^{37,38}.

³¹ De acordo com o autor, “fazem parte do conceito geral de situação jurídica, por exemplo, o direito subjetivo, o poder jurídico (*potestà*), o interesse legítimo, a obrigação, o ônus, etc.: trata-se sempre de situações subjetivas. (...) De um ponto de vista objetivo, a situação é um interesse que, essencial à sua existência, constitui o seu núcleo vital e característico. Interesse que pode ser ora patrimonial, ora de natureza pessoal e existencial, ora um e outro juntos, já que algumas situações patrimoniais são instrumentos para a realização de interesses existenciais ou pessoais. No ordenamento dito privatístico encontram espaço sejam as situações patrimoniais e entre essas a propriedade, o crédito, a empresa, a iniciativa econômica privada; sejam aquelas não patrimoniais (os chamados direitos da personalidade) às quais cabe, na hierarquia das situações subjetivas e dos valores, um papel primário” (PERLINGIERI, P., *Perfis do direito civil*, p. 105-106).

³² TEPEDINO, G., *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*, p. 23.

³³ AMARAL, F., *Direito civil*, p. 250. Mais à frente, complementa o autor: “A teoria dos direitos da personalidade, ou direitos personalíssimos, é produto da elaboração doutrinária que se iniciou no século XIX, atribuindo-se a Otto Gierke a paternidade da denominação” (Ibid., p. 254).

³⁴ CC/02, art. 16: “Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”.

³⁵ CC/02, art. 21: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

³⁶ CC/02, art. 20: “Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais”.

³⁷ Disciplinado pela Lei n.º 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.

³⁸ AMARAL, F., op. cit., p. 260.

Apesar de toda a controvérsia, não há atualmente nenhuma dúvida acerca da existência da categoria dos direitos da personalidade ou de sua relevância³⁹.

2.3. A reparação⁴⁰ do dano extrapatrimonial

A reparabilidade do dano extrapatrimonial já foi objeto de grande controvérsia no Brasil. Numa primeira fase ela era negada, pois se afirmava que além de não ser possível estabelecer um preço para a dor, sua avaliação pecuniária seria imoral⁴¹. Superados esses argumentos, passou-se a uma segunda fase, na qual se admitia “o ressarcimento do dano moral, desde que autonomamente, isto é, não cumulado com o dano material. O argumento, agora, era o que o dano material absorve o moral, afastando, nesse caso, a sua reparação”⁴².

Atualmente, não há nenhuma dúvida de que o dano extrapatrimonial deve ser reparado, especialmente em virtude de seu reconhecimento pelo direito positivo. A Constituição Federal prevê expressamente a “indenização por dano moral” no art. 5º, incs. V e X⁴³. O Novo Código Civil, por sua vez, considera haver ato ilícito e, conseqüentemente, dever de reparar o dano toda vez que alguém, “por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar

³⁹ No Brasil, eles são hoje disciplinados pelos arts. 11 a 21 do Novo Código Civil. A disciplina dos direitos da personalidade é, aliás, uma das maiores novidades trazidas pelo Código Civil de 2002 com relação ao Código Civil de 1916 (AMARAL, F., *Direito civil*, p. 134).

⁴⁰ Segundo Carlos Roberto Gonçalves, “alguns autores estabelecem distinções entre as expressões ‘ressarcimento’, ‘reparação’ e ‘indenização’. *Ressarcimento* é o pagamento de todo o prejuízo material sofrido, abrangendo o dano emergente e os lucros cessantes, o principal e os acréscimos que lhe adviriam com o tempo e com o emprego da coisa. *Reparação* é a compensação pelo dano moral, a fim de minorar a dor sofrida pela vítima. E a *indenização* é reservada para a compensação do dano decorrente de ato ilícito do Estado, lesivo do particular, como ocorre nas desapropriações. A Constituição Federal, contudo, usou-a como gênero, do qual o ressarcimento e a reparação são espécies, ao assegurar, no art. 5º, V e X, indenização por dano material e moral” (GONÇALVES, C. R., *Responsabilidade civil*, p. 532; grifos do original). Também Yussef Said Cahali considera a indenização como o gênero, cujas espécies são o ressarcimento (dano patrimonial) e a reparação (dano extrapatrimonial) (CAHALI, Y. S., *Dano moral*, p. 42). No presente trabalho, será adotada a expressão **reparação**, ao tratar-se dos danos extrapatrimoniais.

⁴¹ CAVA LIERI FILHO, S., *Programa de responsabilidade civil*, p. 102.

⁴² *Ibid.*, p. 103.

⁴³ “Art. 5º. (...) V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. O inciso refere-se ao dano extrapatrimonial decorrente do mau uso da liberdade de expressão, a qual foi consagrada pelo inciso anterior nos seguintes termos: “IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. “Art. 5º. (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral” (art. 186 c/c art. 927).

Também não se discute mais a possibilidade de cumulação da reparação do dano patrimonial e do dano extrapatrimonial oriundos do mesmo fato, pois o assunto já foi pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça (Súm. 37).

A polêmica, desse modo, deslocou-se para outros dois aspectos do tema: a identificação das situações em que ocorre dano extrapatrimonial e a determinação dos critérios a serem utilizados para a definição do *quantum* a ser pago pelo ofensor.

A respeito do primeiro problema, observa Cavalieri Filho: “O que configura e o que não configura o dano moral? Na falta de critérios objetivos, essa questão vem se tornando tormentosa na doutrina e na jurisprudência, levando o julgador a situação de perplexidade”⁴⁴.

Mas a questão mais séria suscitada pela admissão da reparabilidade do dano extrapatrimonial reside na definição da quantia pecuniária a ser paga pelo ofensor⁴⁵, pois enquanto o dano é extrapatrimonial, sua reparação será feita por meio de dinheiro. Porém, como se pode encontrar “equivalência entre duas variáveis para as quais não existem parâmetros de comparação”?⁴⁶

A quem incumbe tamanha responsabilidade? Quem dirá, em cada caso concreto, quanto vale a ofensa à honra, a ofensa à integridade física? O juiz. Ele definirá o valor a ser pago pelo ofensor, em cada caso que lhe seja apresentado, com fundamento na equidade.

Segundo Francisco Amaral,

a equidade é um conceito multissignificativo, uma verdadeira cláusula geral, uma hipótese legal de ampla generalidade que se faz presente em todas as experiências jurídicas do mundo ocidental, interessando à filosofia e à teoria do direito, particularmente no que tange à interpretação jurídica. Excepcional por natureza, pois somente aplicável nas hipóteses legais previamente estabelecidas, tem vários significados, conforme sua imediata função. Tem-se, assim, a equidade *interpretativa*, quando o juiz, perante a dificuldade de estabelecer o sentido e o alcance de um contrato, por exemplo, decide com um justo comedimento, a equidade *corretiva*, que contempla o equilíbrio das prestações, reduzindo, por exemplo, o valor da cláusula penal, a equidade *quantificadora*, que atua na hipótese de fixação do *quantum indenizatório*, a equidade *integrativa*, em que a equidade é fonte de integração, e ainda a equidade *processual*, ou juízo de

⁴⁴ CAVALIERI FILHO, S., *Programa de responsabilidade civil*, p. 104.

⁴⁵ THEODORO JÚNIOR, H., *Dano moral*, p. 29.

⁴⁶ SEVERO, S., *Os danos extrapatrimoniais*, p. 196. Segundo o autor, no Brasil essa dificuldade é agravada pela falta de tradição na reparação dos danos extrapatrimoniais (Ibid., p. 196-197).

equidade, conjunto de princípios e diretivas que o juiz utiliza de modo alternativo, quando a lei autoriza, ou permite que as partes a requeiram, como ocorre nos casos de arbitragem⁴⁷.

Já se sabe então que o juiz deverá fixar o valor a ser pago pelo ofensor com fundamento na **equidade quantificadora**. Mas é preciso tomar cuidado para que, na prática, equidade não se transforme em arbitrariedade. Como adverte Humberto Theodoro Júnior,

cabe, assim, ao prudente arbítrio dos juízes e à força criativa da doutrina e jurisprudência, a instituição de critérios e parâmetros que haverão de presidir às indenizações por dano moral, a fim de evitar que o ressarcimento, na espécie, não se torne expressão de **puro arbítrio**, já que tal se transformaria numa quebra total de princípios básicos do Estado Democrático de Direito, tais como, por exemplo, o princípio da legalidade e o princípio da isonomia.

Se a vítima pudesse exigir a indenização que bem quisesse e se o juiz pudesse impor a condenação que lhe aprouvesse, sem condicionamento algum, cada caso que fosse ter à Justiça se transformaria num jogo lotérico, com soluções imprevisíveis e as mais disparatadas. Onde estaria, então, o amparo que a Constituição assegurou ao princípio da legalidade? Aonde iria parar o princípio do tratamento igualitário de todos perante a ordem jurídica?⁴⁸

É preciso, portanto, que a doutrina estabeleça critérios que possam auxiliar o juiz na tarefa de definir o *quantum* da reparação do dano extrapatrimonial. Essa não é, contudo, a proposta do presente trabalho.

O que se pretende é voltar os olhos para o direito processual civil e verificar como deve ser formulado o **pedido** de reparação de dano extrapatrimonial ao Poder Judiciário.

⁴⁷ AMARAL, F., *A equidade no Código Civil brasileiro*, p. 198-199. Grifos do original.

⁴⁸ THEODORO JÚNIOR, H., *Dano moral*, p. 29.

3. Noções preliminares de direito processual civil

Segundo Miguel Reale, toda ciência tem um objeto próprio. Mas a palavra “objeto” pode ser tomada em dois sentidos: material e formal. O objeto material de uma ciência é a porção da realidade que constitui sua matéria de estudo. O objeto formal é seu método, ou seja, “a especial maneira com que a matéria é apreciada, vista, considerada”. Em outras palavras, o objeto formal relaciona-se ao método que uma determinada ciência adota para observar seu objeto material⁴⁹.

O objetivo do presente capítulo consiste, em um primeiro momento, em determinar o objeto formal do direito processual civil contemporâneo, isto é, seu método. Para tanto, serão analisadas as fases metodológicas fundamentais de sua história (item 2.1).

Em seguida, pretende-se identificar o objeto material da ciência processual, ou seja, indicar seus institutos fundamentais (item 2.2), determinando qual deles se coloca no centro do sistema processual (item 2.3).

Por fim, serão apresentados os fins que o direito processual civil se destina a cumprir perante o próprio direito (escopo jurídico), perante a sociedade em que se insere (escopos sociais) e com relação ao exercício do poder nessa sociedade (escopos políticos) (item 2.4).

3.1. As fases metodológicas fundamentais da história do direito processual civil

3.1.1. Sincretismo

Até a metade do século XIX o direito processual civil, tal qual o conhecemos hoje, não existia.

A ação, atualmente considerada como um de seus institutos fundamentais, era tida como um instituto do direito civil, pertencente, mais exatamente, ao

⁴⁹ REALE, M., *Filosofia do direito*, p. 74-76.

capítulo referente ao exercício dos direitos⁵⁰. Por esse motivo, era natural que os estudos a ela relativos fossem conduzidos por civilistas⁵¹.

Outro instituto fundamental do direito processual civil, o processo, era analisado a partir de uma concepção privatística e, assim, era considerado como “simples instrumento a serviço do direito subjetivo, como um instituto servil ao direito substancial, mesmo como uma relação jurídica de direito privado”⁵².

Desse modo, a dinâmica do processo acabava sendo disciplinada por princípios do direito civil⁵³ e a hoje clara divisão entre esse ramo do direito (ou, mais amplamente, o direito material) e o direito processual não era tão visível assim. Vivia-se, em outras palavras, um sincretismo jurídico, caracterizado pela confusão entre os planos material e processual do ordenamento. Nesse período,

as normas do processo eram feitas segundo ditames exclusivamente práticos e estudadas pelo critério meramente exegético, à moda dos velhos praxistas, não havendo uma construção segura dos institutos processuais e muito menos uma coordenação harmoniosa entre eles, os quais eram geralmente tratados por romanistas e civilistas — o que bem indica como à consciência dos juristas de então não transparecera ainda a luz da distinção, hoje muito nítida, entre direito substancial e processo⁵⁴.

Nessa época, era natural que se considerasse o direito processual como um direito adjetivo, cuja função consistia em qualificar o direito material (que era então denominado de direito substantivo), sendo dele dependente⁵⁵. Nada além disso.

Não havia, enfim, elementos para que se reconhecesse a autonomia científica do direito processual civil.

⁵⁰ DINAMARCO, C. R., *A instrumentalidade do processo*, p. 18.

⁵¹ Sobre essa concepção da ação ver, *infra*, item 4.1.1.1.

⁵² CHIOVENDA, G., *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 38.

⁵³ ARRUDA ALVIM NETTO, J. M. de., *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 86.

⁵⁴ DINAMARCO, C. R., *Direito e processo*, p. 40.

⁵⁵ O adjetivo é a palavra que modifica o substantivo, atribuindo uma característica ao ser nomeado por ele, isto é, qualificando-o (DE NICOLA, J. e INFANTE, U., *Gramática contemporânea da língua portuguesa*, p. 172; FARACO e MOURA, *Gramática*, p. 236).

3.1.2. Fase autonomista ou conceitual

Em 1868 Oskar von Bülow publicou a obra *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen*⁵⁶, a qual é considerada o “registro de nascimento” do direito processual civil.

O mérito de Bülow foi ter demonstrado, de forma sistemática, a diferença entre a relação jurídica material litigiosa e a relação jurídica processual.

Em um primeiro momento, ele mostrou a distinção a partir do critério dos sujeitos, o que lhe permitiu concluir que a relação jurídica processual é uma relação jurídica de natureza pública e não privada:

Como os direitos e as obrigações processuais ocorrem entre os funcionários do Estado e os cidadãos, como se trata no processo da função dos oficiais públicos e como também as partes são consideradas apenas no aspecto de sua vinculação e cooperação com a atividade judicial, essa relação pertence, com toda evidência, ao direito público e o processo é, portanto, uma *relação jurídica pública*⁵⁷.

Em seguida, mostrou que a relação jurídica processual, sendo autônoma, submete-se a requisitos próprios, os quais denominou de “pressupostos processuais”:

Se o processo é, portanto, uma relação jurídica, apresentam-se na ciência processual problemas análogos aos que surgiram e foram resolvidos, tempos antes, a respeito das demais relações jurídicas. A exposição sobre uma relação jurídica deve dar, antes de mais nada, uma resposta à questão relacionada aos requisitos a que se sujeita seu nascimento. É necessário saber entre quais pessoas pode ter lugar, a qual objeto se refere, que fato ou ato é necessário para seu surgimento, quem é capaz ou está autorizado a realizar tal ato.

Esses problemas devem colocar-se também com referência à relação jurídica processual e não se mostram a seu respeito menos apropriados e fecundos do que se mostraram quanto às relações jurídicas privadas. Também aqui eles dirigem sua atenção a uma série de importantes preceitos legais intimamente relacionados. (...) Estas prescrições devem fixar — em clara oposição às regras puramente relativas à seqüência do procedimento, já determinadas — os requisitos de admissibilidade e as condições prévias para o desenvolvimento de toda a relação processual. Elas determinam entre quais *pessoas*, sobre que *matéria*, por meio de que *atos* e em que

⁵⁶ Traduzida para o português por Ricardo Rodrigues Gama e publicada pela Editora LZN em 2003 com o título *Teorias das exceções e dos pressupostos processuais*. Aparentemente, a tradução para o português não foi feita diretamente a partir do original, em alemão, mas a partir da tradução feita para o espanhol por Miguel Angel Rosas Lichtschein.

⁵⁷ Tradução livre do original: “Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una relación jurídica pública.” (BÜLOW, O. von, *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, p. 1-2; grifo do original).

momento pode haver um processo. Um defeito em qualquer das relações indicadas impediria o surgimento do processo. Em suma, nesses princípios estão contidos os elementos constitutivos da relação jurídica processual; idéia tão pouco considerada até hoje, que nunca foi designada por um nome definido. Propomos, como tal, a expressão “*presupostos processuais*”⁵⁸.

Na verdade, segundo Dinamarco, Bülow

não criou a idéia da relação jurídica processual e sua configuração tríplice; ele apenas a racionalizou e desenvolveu, propondo desdobramentos. Antes dele, já dissera Búlgaro que *judicium est actus trium personarum, judicis, actoris, rei*; as Ordenações do Reino diziam que ‘três pessoas são por Direito necessárias em qualquer Juízo, Juiz que julgue, autor que demande e réu que se defenda’ (L. III, XXX, pr.); na obra de Bethmann-Holweg, que o próprio Von Bülow refere na sua, igualmente havia alusão à relação jurídica processual. A inovação racionalizadora teve por mérito principal o destaque dos dois planos do próprio ordenamento jurídico, a partir da visão da relação jurídica processual e da relação de direito privado como duas realidades distintas⁵⁹.

A contribuição de Bülow permitiu que se afirmasse a autonomia do direito processual civil, agora considerado como ramo do direito público, com objeto de estudo⁶⁰ e método próprios.

Como observa José Frederico Marques, também tiveram participação decisiva na demonstração da autonomia desse ramo do direito as diversas teorias elaboradas sobre a ação tanto pela doutrina alemã quanto pela doutrina italiana do final do século XIX e do início do século XX:

O Direito Processual Civil ganhou consistência e densidade a partir do século passado [refere-se ao século XIX], depois que deixou de ser mero complemento do

⁵⁸ Tradução livre do original: “*Si el proceso es, por lo tanto, una relación jurídica, se presentan en la ciencia procesal análogos problemas a los que surgieron y fueron resueltos, tiempo antes, respecto de las demás relaciones jurídicas. La exposición sobre una relación jurídica debe dar, ante todo, una respuesta a la cuestión relacionada con los requisitos a que se sujeta el nacimiento de aquélla. Se precisa saber entre qué personas puede tener lugar, a qué objeto se refiere, qué hecho o acto es necesario para su surgimiento, quién es capaz o está facultado para realizar tal acto. Estos problemas deben plantearse también en la relación jurídica procesal y no se muestran a su respecto menos apropiados y fecundos que lo que se mostraron ya en las relaciones jurídicas privadas. También aquí ellos dirigen su atención a una serie de importantes preceptos legales estrechamente unidos. (...) Estas prescripciones deben fijar — en clara contraposición con las reglas puramente relativas a la marcha del procedimiento, ya determinadas — los requisitos de admisibilidad y las condiciones previas para la tramitación de toda la relación procesal. Ellas precisan entre qué personas, sobre qué materia, por medio de qué actos y en qué momento se puede dar un proceso. Un defecto en cualquiera de las relaciones indicadas impediría el surgir del proceso. En suma, en esos principios están contenidos los elementos constitutivos de la relación jurídica procesal; idea tan poco tenida en cuenta hasta hoy, que ni una vez ha sido designada con un nombre definido. Proponemos, como tal, la expresión ‘presupuestos procesales’” (BÜLOW, O. von, *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, p. 5-6; grifos do original).*

⁵⁹ DINAMARCO, C. R., *A instrumentalidade do processo*, p. 18-19. Grifos do original.

⁶⁰ O objeto de estudo do direito processual civil é composto por seus institutos fundamentais, os quais serão identificados no item 3.2, *infra*.

Direito Civil para adquirir posição de disciplina autônoma dentro da ciência jurídica. E isso se deve, principalmente, aos processualistas alemães — seguidos pelos da Itália a partir de CHIOVENDA — e à formulação, por eles, da teoria da relação jurídica processual, bem como da nova conceituação que imprimiram ao direito de ação⁶¹.

A preocupação com a construção de um direito processual civil autônomo levou a doutrina da época a uma ampla e profunda elaboração conceitual, o que acarretou um notável progresso teórico da ciência processual então nascente. Não por acaso, as grandes teorias sobre a ação, formuladas por Degenkolb, Plósz, Wach, Chiovenda e Liebman situam-se nessa fase⁶². No entanto, esse movimento levou a um afastamento do direito processual com relação ao direito material. Além disso, os resultados a que conduziu foram limitados pela perspectiva exclusivamente jurídica adotada.

3.1.3. Fase instrumentalista ou teleológica

Na segunda metade do século XX foi desenvolvida uma nova forma de observar o direito processual civil. A preocupação conceitual foi deixada de lado e os estudos passaram a priorizar os resultados que o sistema processual é capaz de produzir na vida dos destinatários da prestação jurisdicional do Estado⁶³. O direito processual civil, em outras palavras, passou a ser observado sob a ótica do consumidor do serviço jurisdicional:

O processualista moderno sabe que, pelo aspecto técnico-dogmático, a sua ciência já atingiu níveis muito expressivos de desenvolvimento, mas o sistema continua falho na sua missão de produzir justiça entre os membros da sociedade. É preciso agora deslocar o ponto-de-vista e passar a ver o processo a partir de um *ângulo externo*, isto é, examiná-lo nos seus resultados práticos. Como tem sido dito, já não basta encarar o sistema do ponto-de-vista dos produtores do serviço processual (juízes, advogados, promotores de justiça): é preciso levar em conta o modo como os seus resultados chegam aos *consumidores* desse serviço, ou seja, à população destinatária⁶⁴.

⁶¹ FREDERICO MARQUES, J., *Manual de direito processual civil*, p. 87.

⁶² Essas teorias serão analisadas nos itens 4.1.1.3 a 4.1.1.6, *infra*.

⁶³ Dinamarco sintetiza essa idéia por meio da expressão **processo civil de resultados** (DINAMARCO, C. R., *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 107-108).

⁶⁴ CINTRA, A. C. de A., GRINOVER, A. P. e DINAMARCO, C. R., *Teoria geral do processo*, p. 45. Grifos do original.

O processo é hoje visto como mero instrumento e, como tal, seu valor é dimensionado pela capacidade que tem para produzir os resultados a que se destina. A instrumentalidade passou a representar o núcleo e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual⁶⁵, transformando-se no método de pensamento do processualista contemporâneo⁶⁶.

Essa perspectiva teleológica, voltada a identificar a aptidão do sistema processual para produzir justiça entre os membros da sociedade, permitiu que se percebesse que o processo não é apenas um instrumento técnico predisposto à realização da ordem jurídica material. Como afirmaram Mauro Cappelletti e Bryant Garth, os “juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais”⁶⁷ — e também a funções políticas, podemos acrescentar⁶⁸.

A fase instrumentalista propiciou ainda uma reaproximação entre o direito processual e o direito material, que haviam se afastado durante a fase autonomista, pois permitiu perceber que uma das tarefas do direito processual é “tornar efetivos — e não meramente simbólicos — os direitos do cidadão”⁶⁹.

São marcos dessa fase a obra *Acesso à justiça*, de Mauro Cappelletti e Bryant Garth e, no Brasil, o livro *A instrumentalidade do processo*, de Cândido Rangel Dinamarco.

3.2. Os institutos fundamentais do direito processual civil

De acordo com Miguel Reale institutos jurídicos são “estruturas normativas complexas, mas homogêneas, formadas pela subordinação de uma pluralidade de normas ou modelos jurídicos menores a determinadas exigências comuns de ordem ou a certos princípios superiores, relativos a uma dada esfera da experiência jurídica”⁷⁰.

⁶⁵ DINAMARCO, C. R., *A instrumentalidade do processo*, p. 23.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 24.

⁶⁷ CAPPELLETTI, M., GARTH, B., *Acesso à justiça*, p. 12.

⁶⁸ Acerca dos escopos metajurídicos do direito processual civil e da jurisdição, ver item 3.4, *infra*.

⁶⁹ CAPPELLETTI, M., GARTH, B., *op. cit.*, p. 8. Sobre a reaproximação entre o direito processual e o direito material, ver BEDAQUE, J. R. dos S., *Direito e processo*.

⁷⁰ REALE, M., *Lições preliminares de direito*, p. 191.

Cada ramo do direito estrutura-se em torno de certos institutos fundamentais, ao redor dos quais todas as normas que o integram gravitam. Portanto, da mesma forma como ocorre com os demais ramos do direito, também o direito processual civil tem ao seu centro algumas grandes unidades sistemáticas, que compõem seu objeto material, isto é, a porção da realidade que constitui seu objeto de estudo.

A identificação dos institutos fundamentais do direito processual civil, no entanto, não é pacífica⁷¹.

3.2.1. Giuseppe Chiovenda

Dentre os autores italianos devemos citar, especialmente, Giuseppe Chiovenda (1872-1937).

Antes dele, os processualistas daquele país limitavam-se a comentar o texto do *Codice di Procedura Civile* de 1865, sem preocupar-se com a construção de um sistema composto por institutos harmoniosamente coordenados: era a Escola da Exegese, de nítida influência francesa⁷², cujo representante mais ilustre fora Luigi Mattiolo:

Na verdade, antes da obra de Chiovenda a ciência italiana do processo era muito pouco *ciência* e — por que não dizer também? — muito pouco *italiana*. O Código de Processo Civil então vigente, feito em 1865 pouco após a unificação italiana, é de nitidíssima influência napoleônica, lembrado que o *Code Civil* estivera em vigor na Itália na época do expansionismo imperialista francês. Por isso, institutos estranhos à tradição italiana tinham direito de cidade na Península. Além de tudo e sempre em virtude da influência política francesa, os processualistas de então comentavam os textos com muito pouca preocupação de buscar princípios, ou de construir um sistema verdadeiramente científico mediante a coordenação harmoniosa dos institutos. Davam-se por satisfeitos com um método salientemente exegético, à moda francesa, acompanhando a lei na fragmentariedade com que esta tratava as categorias processuais. No início do século XX a escola italiana ainda andava por esses caminhos mal iluminados. O vigor científico dos alemães, que após Bülow tinham desenvolvido um pensamento verdadeiramente sistemático, não exercera influência significativa sobre os comentadores da época e que eram Ricci, Galdi, Simoncelli e, acima de todos, Mattiolo⁷³.

⁷¹ O objetivo do presente item não é **conceituar** os institutos fundamentais do direito processual civil, mas apenas **identificá-los**.

⁷² “A escola italiana da exegese, que se debruçou sobre o CPC italiano de 1865, inspirou-se nos tratadistas franceses, até porque, nessa época, era grande a influência do Código Napoleão sobre as codificações européias” (MARINONI, L. G., *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 51).

Com Chiovenda, a Escola da Exegese foi sucedida pela Escola Sistemática, a qual tem por marco inicial o dia 3 de fevereiro de 1903, quando o autor apresentou, na Universidade de Bolonha, aula inaugural intitulada de *L'azione nel sistema dei diritti*⁷⁴. Surgia assim a nova Escola Processual Italiana.

Mas quais eram os institutos fundamentais no pensamento do autor?

A resposta aparece já no prefácio da obra *Principii di diritto processuale civile*:

O conceito de ação, entendida como o poder jurídico autônomo de realizar por meio dos órgãos jurisdicionais a atuação da lei em seu favor, e o conceito de relação jurídica processual, ou seja, daquela relação que nasce entre as partes e os órgãos jurisdicionais a partir da demanda judicial, independentemente de ser esta fundada ou não, são as duas pedras angulares do meu sistema, o qual, portanto, depois de determinados os princípios fundamentais, se divide em duas grandes partes. A primeira contém a doutrina da ação e de suas condições, doutrina exposta distintamente, segundo o direito da parte à atuação da lei em seu favor caiba ao autor ou ao réu, e segundo a variedade dos provimentos aos quais a parte pode ter direito. (...) A segunda parte compreende a doutrina da relação processual, examinada em si mesma, sem considerar o fato de que seu resultado beneficie a uma parte ao invés da outra.⁷⁵

Portanto, Chiovenda construiu seu sistema tendo por institutos fundamentais a ação e a relação jurídica processual.

⁷³ DINAMARCO, C. R., *Polêmicas do processo civil*, p. 288.

⁷⁴ MELENDO, S. S., *Calamandrei*, p. 31. A respeito da nova Escola de Direito Processual Italiana, Fennochietto afirma que sua “‘ata de fundação’ foi a célebre ‘aula inaugural de Bolonha’, ‘L’azione nel sistema dei diritti’, do mestre Chiovenda, do dia 3 de fevereiro de 1903. Neste dia nasceu, em virtude da autoridade moral e científica de Chiovenda (1872-1937), um permanente e constante trabalho de investigação e produção de obras científicas processuais”. Tradução livre do original: “...la escuela de derecho procesal italiana, cuya ‘acta de fundación’ fuera la célebre prolucción de Bolonia, ‘L’azione nel sistema dei diritti’ del maestro Chiovenda, el día 3 de febrero de 1903. Este día nació, merced a la autoridad moral y científica de Chiovenda (1872-1937) un permanente y constante trabajo de investigación y producción de obras científicas procesales” (in: LIEBMAN, E. T., *Manual de derecho procesal civil*, p. XXVIII). A obra *L’azione nel sistema dei diritti*, de Chiovenda, foi traduzida para o português por Hiltomar Martins Oliveira e publicada pela Editora Líder em 2003 com o título *A ação no sistema dos direitos*.

⁷⁵ Tradução livre do original: “*Il concetto dell’azione, intesa come l’autonomo potere giuridico di realizzare per mezzo degli organi giurisdizionali l’attuazione della legge in proprio favore, e il concetto del rapporto giuridico processuale, o sia di quel rapporto giuridico che nasce fra le parti e gli organi giurisdizionali dalla domanda giudiziale, indipendentemente dall’esser questa fondata o no, sono i due capisaldi del mio sistema. Il quale pertanto, dopo determinati i principii fondamentali, si scinde in due grandi partizioni. La prima contiene la dottrina della azione e delle sue condizioni, dottrina esposta distintamente, secondo che il diritto della parte alla attuazione della legge in proprio favore si figura spettante all’attore o al convenuto, e secondo la varietà dei provvedimenti a cui la parte può aver diritto. (...) La seconda partizione comprende la dottrina del rapporto processuale, esaminato in sè stesso, senza riguardo al fatto che il suo risultato giovi a*

3.2.2. Piero Calamandrei

Outro autor italiano cujo pensamento merece ser analisado, ainda que também de passagem⁷⁶, é Piero Calamandrei (1889-1956), que pertenceu à nova Escola Processual Italiana, isto é, à Escola Chiovendiana desde que seu primeiro mestre, Carlo Lessona⁷⁷, o encaminhou a Chiovenda⁷⁸. Segundo o argentino Hugo Alsina, Calamandrei pode ser considerado como o legítimo sucessor de Chiovenda e como o representante autêntico de sua Escola⁷⁹.

Pois bem, quais eram os institutos fundamentais para Calamandrei?

O próprio autor nos dá a resposta: “É impossível haver utilidade em iniciar o estudo descritivo e exegético de um Código de Direito Processual, a não ser que se parta de três noções fundamentais de ordem sistemática, que não estão definidas, mas pressupostas, pelas leis positivas: *jurisdição, ação, processo*”⁸⁰.

Para ele, assim, o direito processual civil era composto por um “fundamental trinômio sistemático”, de modo que aos institutos fundamentais que sustentavam o sistema de Chiovenda (ação e relação jurídica processual, ou seja, ação e processo⁸¹), o autor acrescentou a jurisdição.

una parte piuttosto che all'altra” (CHIOVENDA, G., *Principii di diritto processuale civile*, p. IX).

⁷⁶ Como já foi afirmado, a finalidade aqui é apenas **identificar** os institutos fundamentais do direito processual civil.

⁷⁷ Situando a obra de seu primeiro mestre, escreveu Calamandrei: entre “a escola exegética, cujo representante mais ilustre foi Luigi Mattiolo, e a escola sistemática que vai ligada a Chiovenda, inseriu-se, qual ponte de passagem, a obra científica de estudiosos eminentes, entre os quais não podem ser esquecidos os nomes de Lodovico Mortara e de Carlo Lessona” (CALAMANDREI, P., *Instituições de direito processual civil*, p. 81).

⁷⁸ MELENDO, S. S., *Morreu Piero Calamandrei*, p. 12.

⁷⁹ Palavras escritas por Alsina no prefácio para a primeira edição em castelhano das *Istituzioni* de Calamandrei (CALAMANDREI, P., op. cit., p. 54).

⁸⁰ *Ibid.*, p. 99. Grifos do original.

3.2.3.

O “fundamental trinômio sistemático” (ou a “trilogia estrutural”) na doutrina brasileira

No Brasil consideram a jurisdição, a ação e o processo como os institutos fundamentais do direito processual civil Alexandre Freitas Câmara⁸², Hermes Zaneti Júnior⁸³, João Batista Lopes⁸⁴ e José Eduardo Carreira Alvim⁸⁵.

A adoção dessa posição, entretanto, não decorre de influência direta do pensamento de Calamandrei.

Tanto Carreira Alvim quanto Freitas Câmara, ao apontarem esses três institutos como aqueles que “constituem a base, o alicerce e a estrutura de todo o direito processual”⁸⁶, referem-se não àquele autor italiano, mas ao argentino Ramiro Podetti, o qual afirmava que esses três institutos básicos constituem a “trilogia estrutural da ciência do processo civil”.

3.2.4.

Cândido Rangel Dinamarco

Até aqui se fez referência ao pensamento de apenas alguns autores. Isso se deve a dois fatores.

Primeiramente, é preciso considerar que nem todos os processualistas deixam claro em suas obras que institutos colocam ao centro do direito processual civil. Em outras palavras, a identificação dos institutos que determinado autor considera como fundamentais nem sempre é tarefa fácil. Salvo engano, aliás, o único estudo que no Brasil se dedicou especificamente ao tema foi escrito por Cândido Rangel Dinamarco e publicado em seu livro *os Fundamentos do processo civil moderno*, tendo por título exatamente “Os institutos fundamentais do direito processual civil”.

⁸¹ Chiovenda via o processo como um complexo de atos (“vinculados pelo objetivo comum de atuação da vontade da lei”) e como um complexo de direitos e deveres (relação jurídica processual) (CHIOVENDA, G., *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 72 e 77).

⁸² FREITAS CÂMARA, A., *Lições de direito processual civil*, p. 61.

⁸³ ZANETI JÚNIOR, H., *Processo constitucional*, p. 41.

⁸⁴ BATISTA LOPES, J., *Curso de direito processual civil*, p. 67.

⁸⁵ CARREIRA ALVIM, J. E., *Teoria geral do processo*, p. 49-52.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 52.

Em segundo lugar: a identificação dos institutos fundamentais do direito processual civil não é o objetivo específico do presente trabalho. A referência ao tema aparece aqui apenas porque, adiante, buscar-se-á relacionar o pedido a estes institutos, como forma de situá-lo e de demonstrar sua relevância no direito processual civil.

Por esse motivo, foram selecionados somente alguns autores — e mesmo assim seu pensamento foi abordado de forma breve, até porque nem eles dedicaram muita atenção ao trato específico do tema. A escolha foi orientada pelo objetivo de demonstrar de que forma o rol de institutos fundamentais foi aos poucos se alargando (dois institutos no pensamento de Chiovenda — ação e processo — e três no pensamento de Calamandrei e de parte da doutrina brasileira — jurisdição, ação e processo) até chegar à proposta de Dinamarco, que será utilizada como referencial no presente trabalho.

Segundo o autor, os “institutos fundamentais resumem em si e exaurem toda a disciplina do direito processual”⁸⁷. Portanto, cada instituto fundamental agrega em torno de si um conjunto de normas e, ao mesmo tempo, toda norma relaciona-se a pelo menos um dos institutos fundamentais.

Ora, consideradas essas premissas, pergunta-se: se os institutos fundamentais do direito processual civil limitam-se à jurisdição, à ação e ao processo, onde estão inseridas as normas que disciplinam a participação do réu no processo — as quais, aliás, constituem parte significativa do conteúdo do direito processual civil?

Não há resposta para a pergunta, a não ser que se alargue aquele rol, nele inserindo-se a defesa. Dessa forma, ele fará referência aos poderes exercidos no **processo** por seus três sujeitos principais: a **jurisdição** (Estado-juiz), a **ação** (autor) e a **defesa** (réu).

Portanto, o direito processual civil não tem apenas três institutos fundamentais, mas quatro. Como bem afirma Dinamarco,

Tudo que as normas processuais disciplinam enquadra-se num desses quatro setores do direito processual ou cumulativamente em mais de um deles. Nada, no direito processual ou em sua ciência, está fora desses setores. O quadrinômio jurisdição-ação-defesa-processo constitui e exaure, portanto, o *objeto material da ciência processual* — ou seja, as realidades a que esta dedica suas investigações e suas conclusões⁸⁸.

⁸⁷ DINAMARCO, C. R., *Os institutos fundamentais do direito processual*, p. 115.

⁸⁸ Id., *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 298. Grifo do original.

Freitas Câmara (o qual, como já visto, adota a trilogia estrutural do direito processual civil⁸⁹) manifesta expressamente sua discordância com relação a essa orientação:

Alguns autores, é certo, falam não em três, mas em quatro institutos, incluindo aí a defesa. Esta não nos parece, porém, a melhor posição. Isto porque, a nosso sentir, o conceito de defesa (o *ius exceptionis* a que se refere a doutrina) é inerente ao conceito de processo. Como já dissemos anteriormente e voltaremos a afirmar ainda por muitas vezes, não há processo sem contraditório, o que significa afirmar que não há processo sem que haja possibilidade de defesa. Assim, ao incluir o processo entre os institutos fundamentais do Direito Processual, já estamos considerando aí também a defesa, embora não se dê a ela tratamento autônomo. A defesa é elemento integrante do conceito de processo, e assim nos parece deva ser compreendida⁹⁰.

Todavia, a rigorosa adoção do raciocínio desenvolvido pelo autor levaria à conclusão de que há um único instituto fundamental, o processo. Ora, se o argumento para que não se considere a defesa como um instituto fundamental autônomo decorre da inexistência de processo sem contraditório, isto é, sem defesa, então também a ação e a jurisdição não deveriam ser tidas como institutos fundamentais, pois em virtude do princípio da inércia da jurisdição⁹¹ não pode haver processo sem ação e, por outro lado, sendo o processo o instrumento por meio do qual o Estado exerce a jurisdição⁹², não é possível pensar em um processo sem jurisdição. Em outras palavras, tanto é essencial à noção de processo a defesa, que se refere à atividade desenvolvida pelo réu no processo, quanto a ação e a jurisdição, que se relacionam, respectivamente, às atividades do autor e do Estado-juiz, as quais, da mesma forma, são realizadas no processo.

Assim sendo, serão considerados como institutos fundamentais do direito processual civil, no presente trabalho, a jurisdição, a ação, a defesa e o processo⁹³.

⁸⁹ Item 3.2.3, *supra*.

⁹⁰ FREITAS CÂMARA, A., *Lições de direito processual civil*, p. 61.

⁹¹ V. item 4.2.1, *infra*.

⁹² O que é reconhecido pelo autor (FREITAS CÂMARA, A., *op. cit.*, p. 62).

⁹³ Também José Roberto dos Santos Bedaque considera que o direito processual civil tem por institutos fundamentais a jurisdição, a ação, a defesa e o processo (BEDAQUE, J. R. dos S., *Direito e processo*, p. 11).

3.3.

O instituto fundamental central do direito processual civil

Dentre os institutos fundamentais do direito processual civil, pode um deles ser considerado como seu instituto fundamental **central**, como o pólo metodológico localizado no centro de todo o sistema processual e em torno do qual gravitam todos os demais institutos processuais, inclusive os outros institutos fundamentais?

Vejamos.

3.3.1.

A ação

Na posição de instituto fundamental central Chiovenda colocava a ação⁹⁴, no que foi seguido por um de seus maiores discípulos, Enrico Tullio Liebman.

Liebman (1903-1986), que fora aluno de Chiovenda na Universidade de Roma, deixou a Itália e veio para o Brasil no início da Segunda Guerra Mundial em virtude da política de intolerância étnica (anti-semitismo) implantada pelo regime fascista⁹⁵, aqui ficando até 1946, quando então retornou a sua pátria. De acordo com Fenochietto, seu *Manuale di diritto processuale civile* constitui uma fiel síntese do pensamento da Escola Processual Italiana, um modelo de exposição de sua sistemática, “nítido reflexo, não isento de personalidade própria, dos ensinamentos dos estudiosos da ‘Escola’” — e conclui: ‘Sentís nos definiria o autor em poucas palavras: Liebman é Chiovenda e Chiovenda é a Escola’⁹⁶.

No Brasil, a influência de Liebman é marcante, sendo considerado o responsável pela implantação de um verdadeiro método científico para o estudo

⁹⁴ Nesse sentido: HENNING, F. A. C., *Ação concreta*, p. 85; MELENDO, S. S., *Calamandrei*, p. 41.

⁹⁵ DINAMARCO, C. R., *Liebman e a cultura processual brasileira*, p. 489.

⁹⁶ Tradução livre do original: “...nítido reflejo, no exento de personalidad propia, de las enseñanzas de los estudiosos de la ‘Scuola’. Sentís nos definiría al autor en pocas palabras: ‘Liebman es Chiovenda y Chiovenda es la Escuela’”. O *Manuale* de Liebman foi traduzido para o espanhol por Santiago Sentís Melendo, o qual faleceu poucos dias depois de terminar a tradução, motivo pelo qual a Apresentação do livro foi escrita por Carlos Eduardo Fenochietto, de quem são as palavras transcritas (in: LIEBMAN, E. T., *Manual de derecho procesal civil*, p. XXVI).

do direito processual civil no país e o fundador da Escola Processual de São Paulo⁹⁷:

A vida de ENRICO TULLIO LIEBMAN, conquanto tivesse sido curta a sua permanência entre nós, incorpora-se definitivamente na história do direito processual civil brasileiro como um marco fundamental, como um apostolado da ciência, como um templo do saber. Antes dele houve grandes processualistas, *mas não houve escola*; depois dele houve escola, *no seio da qual floresceram grandes processualistas*. Ele foi um divisor que, pondo remate a certo estilo de atividade processual, inaugurou entre nós o método científico, que os seus discípulos abraçaram apaixonadamente⁹⁸.

Um dos maiores discípulos que Liebman teve no Brasil foi Alfredo Buzaid (1914-1991), o qual redigiu o anteprojeto do atual Código de Processo Civil brasileiro, consagrando no plano legislativo diversas das idéias de seu mestre. Tamanha foi a influência de Liebman, que Melendo qualificou este Código como

o triunfo legislativo de sua obra científica; o Mestre triunfa por meio do discípulo que apresenta, como ministro, o Projeto do Código, que é o projeto Buzaid; tenho dito repetidamente que a melhor obra que Liebman produziu no Brasil foi Buzaid e também tenho repetido que poucas vezes um país reconheceu, de maneira mais explícita, os ensinamentos do Mestre⁹⁹.

Pelo mesmo motivo, ou seja, em virtude da adoção de inúmeras das idéias de Liebman pelo Código de Processo Civil brasileiro de 1973, Dinamarco chegou a afirmar que “a leitura do seu *Manuale* é o guia mais seguro para a perfeita compreensão de nossa lei processual”¹⁰⁰.

Pois bem, segundo Liebman, a ação é “o direito subjetivo sobre o qual é construído todo o sistema processual”¹⁰¹ — é, portanto, o instituto fundamental central do direito processual civil. Aliás, de acordo com Dinamarco, observar “o

⁹⁷ De acordo com Dinamarco o nome “Escola Processual de São Paulo” surgiu pela primeira vez em um trabalho de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (DINAMARCO, C. R., *A formação do moderno processo civil brasileiro*, p. 36).

⁹⁸ BUZOID, A., *A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro*, p. 14. Grifos do original.

⁹⁹ Tradução livre do original: “...es el triunfo legislativo de su obra científica; el Maestro triunfa por medio del discípulo que presenta, como ministro, el Proyecto del Código, que es el proyecto Buzaid; he dicho repetidamente que la mejor obra que produjo Liebman en Brasil fue Buzaid, y también lo he repetido, pocas veces único país ha reconocido, de manera más explícita, las enseñanzas del Maestro...” (LIEBMAN, E. T., *Manual de derecho procesal civil*, p. XXVIII).

¹⁰⁰ DINAMARCO, C. R., op. cit., p. 38. A propósito, Dinamarco também é um discípulo de Liebman, tendo sido seu aluno na Universidade de Milão (BUZOID, A., op. cit., p. 45).

¹⁰¹ Tradução livre do original: “Altra cosa è l’azione, il diritto soggettivo su cui è costruito tutto il sistema del processo” (LIEBMAN, E. T., *Manuale di diritto processuale civile*, p. 138).

sistema processual a partir do instituto da ação é um hábito metodológico mantido pelos juristas latinos em geral”¹⁰².

Porém, essa postura merece crítica.

Considerar a ação como o instituto central implica ver o sistema processual civil a partir da ótica do autor, o que é “metodologicamente desaconselhável e eticamente inconveniente”¹⁰³. O processo civil não tem a função institucional de conceder tutela ao autor, mas à parte que tenha razão — seja o autor, seja o réu. O processo, em outras palavras, não é um instrumento a serviço do autor, não é um meio para o exercício de direitos subjetivos materiais. Como já reconhecia Giuseppe Chiovenda,

situado o objetivo do processo na *atuação da vontade da lei*, se exclui que o possamos localizar na *defesa do direito subjetivo*. Defesa tal constituirá o escopo, todo individual e subjetivo, que se proporá o autor; o processo, em vez disso, visa ao escopo geral e objetivo de fazer atuar a lei, e o escopo do autor e o do processo coincidirão só no caso em que seja fundada a demanda. A sentença, porém, é sempre atuação da lei, seja a demanda fundada ou infundada. Assim, admitindo como rejeitando a demanda, afirma a sentença uma vontade positiva ou negativa da lei. Dessarte, não serve o processo a uma ou outra parte: serve à parte que, segundo o juiz, está com a razão¹⁰⁴.

O processo é o instrumento que o Estado utiliza para exercer seu poder jurisdicional “com vista a certos objetivos que se relacionam muito mais de perto com valores sociais, políticos e jurídicos da sociedade, do que com o interesse daquele que vem a júízo e pode ter razão ou deixar de tê-la”¹⁰⁵. Não se pode admitir, assim, um “processo civil do autor”¹⁰⁶ — e é a ele que a consideração da ação como instituto fundamental central do direito processual civil leva.

3.3.2. A jurisdição

É a jurisdição, portanto, que deve ser colocada no centro do sistema processual.

¹⁰² DINAMARCO, C. R., *A instrumentalidade do processo*, p. 77.

¹⁰³ Id., *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 303.

¹⁰⁴ CHIOVENDA, G., *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 65. Grifos do original.

¹⁰⁵ DINAMARCO, C. R., *Os institutos fundamentais do direito processual*, p. 99.

¹⁰⁶ A expressão é de Dinamarco, que em mais de um de seus escritos manifesta-se contrariamente ao que chama de “processo civil do autor”. Nesse sentido, por exemplo: *ibid.*, p. 99-101; *id.*, *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 104-107.

Essa opinião foi adotada, na Itália, por Calamandrei, que a justificou a partir de uma mudança verificada na sistematização da matéria no *Codice di Procedura Civile* italiano de 1940¹⁰⁷ relativamente ao de 1865:

O novo Código, em seu art. 1º, começa pela *jurisdição*: “A jurisdição civil, salvo disposições especiais de lei, é exercida pelos juízes ordinários de acordo com as normas do presente Código”.

Enquanto o Código anterior iniciava seu primeiro livro pelas disposições gerais a respeito da ação (arts. 35 ss.), o novo Código toma como ponto de partida a jurisdição e o juiz.

“Essa variação de ordem sistemática (observa o Rel. Grandi, n.º 19¹⁰⁸) é indício de uma mudança de mentalidade: o Código revogado propunha as questões sob o ponto de vista do litigante que pede justiça, o novo as propõe sob a ótica do juiz que deve administrá-la; enquanto o antigo Código considerava a ação como um *prius* da jurisdição, o novo Código, invertendo os termos do binômio, concebe a atividade da parte em função do poder do juiz.”

Devemos, por conseguinte, também nós, para empreender o estudo do Direito Processual, considerar as questões sobretudo sob a ótica do Estado que administra justiça, e a partir da noção de *jurisdição*; isto é, da noção daquele poder ou função (chamada *jurisdicional* ou *judicial*) que o Estado, quando administra justiça, exerce no processo por meio de seus órgãos judiciários^{109,110}.

No Brasil, a colocação da jurisdição na posição de instituto fundamental central é defendida especialmente por Dinamarco¹¹¹.

Essa postura metodológica é a que mais se harmoniza com a visão publicista do direito processual civil¹¹²: se o direito processual civil é um ramo do direito público¹¹³, fica fácil concluir que ele disciplina, essencialmente, o exercício do poder (jurisdicional) do Estado¹¹⁴.

¹⁰⁷ O *Codice di Procedura Civile italiano* de 1865 foi aprovado pela Lei n.º 2.366, de 25 de junho de 1865, e entrou em vigor em 1º de janeiro de 1966; o *Codice* de 1940 foi aprovado pela Lei n.º 1.443, de 28 de outubro de 1940, e entrou em vigor em 21 de abril de 1942 (CALAMANDREI, P., *Instituições de direito processual civil*, p. 77).

¹⁰⁸ Calamandrei refere-se ao relatório do chanceler Dino Grandi, apresentado ao soberano em defesa do texto definitivo do que depois veio a ser o *Codice di Procedura Civile* italiano de 1940 (a “*Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro guardasigilli (Grandi) presentata nell’udienza del 28 ottobre 1940, per l’approvazione del testo del Codice di Procedura Civile*”) (ibid., p. 87-89).

¹⁰⁹ CALAMANDREI, P., op. cit., p. 102.

¹¹⁰ Também Melendo entende que a jurisdição é o instituto central do sistema processual na visão de Calamandrei (MELENDO, S. S., *Calamandrei*, p. 41).

¹¹¹ DINAMARCO, C. R., *A instrumentalidade do processo*, p. 77-82. No mesmo sentido: FREITAS CÂMARA, A., *Lições de direito processual civil*, p. 61-62.

¹¹² Sobre a passagem da visão privatista para a visão publicista do processo, v., *supra*, item 3.1.2.

¹¹³ Por mais que a dicotomia direito público-direito privado seja atualmente objeto de diversas críticas, ela mantém sua utilidade, de acordo com Tercio Sampaio Ferraz Junior, em virtude de sua “operacionalidade pragmática”, isto é, “como instrumento sistematizador do universo normativo para efeitos de decidibilidade” (FERRAZ JUNIOR, T. S., *Introdução ao estudo do direito*, p. 135). Na doutrina brasileira, afirmam o caráter público do direito processual civil, dentre outros: AMARAL SANTOS, M., *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 1, p. 17-18; BAPTISTA DA SILVA, O. A. e GOMES, F., *Teoria geral do processo civil*, p. 40-41; CINTRA, A. C. de A.,

3.4.

Os escopos que o Estado pretende realizar por meio da jurisdição

Estado é, segundo Dalmo de Abreu Dallari, “a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”¹¹⁵. Sua finalidade, portanto, é a promoção do bem comum, devendo este ser entendido, segundo o autor¹¹⁶, da forma como o conceituou o Papa João XXIII: “O bem comum consiste em tal condicionamento social, que consinta e favoreça o desenvolvimento integral da pessoa humana”¹¹⁷. Também o direito — inclusive, portanto, o direito processual civil — tem esse objetivo de promoção do bem comum.

Miguel Reale apresenta três noções do direito, cada uma delas representando a perspectiva de um dos três elementos que integram a “estrutura tridimensional do direito” (fato, valor e norma). Segundo ele, a compreensão integral do direito só pode ser obtida por meio da correlação entre essas três dimensões da experiência jurídica. Considerando o direito sob o aspecto fático, define-o como “a realização ordenada e garantida do bem comum numa estrutura tridimensional bilateral atributiva”; sob o aspecto axiológico, conceitua-o como “a concretização da idéia de justiça na pluridiversidade de seu dever ser histórico, tendo a pessoa como fonte de todos os valores”; e por fim, analisando-o sob o aspecto normativo, considera-o como “a ordenação heterônoma, coercível e bilateral atributiva das relações de convivência, segundo uma integração

GRINOVER, A. P. e DINAMARCO, C. R., *Teoria geral do processo*, p. 49; DINAMARCO, C. R., *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 48-49; FREDERICO MARQUES, J., *Manual de direito processual civil*, p. 40-42; FREITAS CÂMARA, A., *Lições de direito processual civil*, p. 7-8; THEODORO JÚNIOR, H., *Curso de direito processual civil*, p. 6; WAMBIER, L. R., ALMEIDA, F. R. C. de e TALAMINI, E., *Curso avançado de processo civil*, v. 1, p. 63.

¹¹⁴ DINAMARCO, C. R., *A instrumentalidade do processo*, p. 80. DALLARI afirma que o poder pode ser considerado sob dois aspectos: “como *relação*, quando se procede ao isolamento artificial de um fenômeno, para efeito de análise, verificando-se qual a posição dos que nele intervêm; ou como *processo*, quando se estuda a dinâmica do poder” (DALLARI, D. de A., *Elementos de teoria geral do Estado*, p. 34; grifos do original). O direito processual civil ocupa-se da dinâmica do poder.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 119.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 108.

¹¹⁷ PAPA JOÃO XXIII, *A paz na terra*, p. 24-25. O Papa esclarece que o conceito de bem comum aqui mencionado já fora anteriormente exposto em sua primeira encíclica social, a *Mater et magistra*. Efetivamente, nesta encíclica ele afirmou que o bem comum “compreende o conjunto das condições sociais, que permitem aos homens atingir mais plena e facilmente a sua própria perfeição” (“... *bono notionem, quae summam complectitur earum vitae socialis condicionum, quibus homines suam impsonum perfectionem possint plenius atque expeditius consequi*”) (PAPA JOÃO XXIII, *As encíclicas sociais de João XXIII*, p. 183-184).

normativa de fatos segundo valores”¹¹⁸. A consideração do direito sob o aspecto fático, como se pode perceber, ressalta sua finalidade social de promoção do bem comum.

Portanto, o bem comum é o objetivo-síntese do Estado e do direito¹¹⁹. Como tal, precisa ser decomposto em objetivos “menores”, a serem atribuídos a cada uma das funções do Estado (administração, legislação e jurisdição).

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 remover 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 consideradas¹²⁰.

Interessam ao presente trabalho os objetivos que o Estado deve alcançar por meio do exercício da jurisdição, os quais não se situam apenas no plano jurídico, mas também nos planos social e político.

O processo não é um mero instrumento técnico e o direito processual não constitui uma “*ciência neutra* em face das opções axiológicas do Estado”¹²¹; pelo contrário, as instituições processuais estão axiologicamente comprometidas com os fins estatais¹²². É preciso portanto romper a barreira que o positivismo estabeleceu entre a ordem jurídica e as ordens social e política, mediante a adoção de uma visão externa do sistema processual. Segundo Dinamarco,

a negação da natureza e objetivo puramente técnicos do sistema processual é ao mesmo tempo afirmação de sua permeabilidade aos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material (os quais buscam efetividade através dele) e reconhecimento de sua inserção no universo axiológico da sociedade a que se destina¹²³.

Isso não quer dizer, porém, que a jurisdição não tenha um escopo jurídico, mas sim que, além dele, tem também fins a realizar nos planos social e político:

O repúdio à confinação teleológica do sistema processual, formulada nos moldes tradicionais que lhe reconheciam somente algum objetivo *perante a ordem jurídica*, não significa que o processo não tenha responsabilidade nesse setor.

¹¹⁸ REALE, M., *Lições preliminares de direito*, p. 64-68.

¹¹⁹ DINAMARCO, C. R., *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 127. Note-se, aliás, que a promoção do bem de todos é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (CF, art. 3º, inc. IV).

¹²⁰ Id., *A instrumentalidade do processo*, p. 115-116. Grifos do original.

¹²¹ Ibid., p. 35. Grifo do original.

¹²² Ibid., p. 36.

¹²³ Ibid., p. 22.

Simplemente afasta-se a *exclusividade* da sua visão jurídica, no reconhecimento de importantes escopos sociais e políticos do sistema. Ele é uma instituição jurídica e seria insensato excluir o seu exame no plano do direito e das demais instituições jurídicas da nação¹²⁴.

Logo, não se pode negar que os resultados do processo repercutem no sistema jurídico e que, da mesma forma que o sistema processual é um instrumento para a realização de objetivos sociais e políticos do Estado, ele se coloca como instrumento a serviço do direito substancial.

Pois bem, no **plano jurídico**, segundo Dinamarco, a missão da jurisdição é a atuação da vontade concreta do direito objetivo¹²⁵. Filia-se o autor, assim, à visão de Giuseppe Chiovenda, para quem

a função pública desenvolvida no processo consiste na *atuação da vontade concreta da lei, relativamente a um bem da vida que o autor pretende garantido por ela*. Objetivo dos órgãos jurisdicionais é afirmar e atuar aquela vontade de lei que eles *estimam* existente como vontade concreta, à vista dos fatos que *consideram* como existentes. A atividade dos juízes dirige-se, pois, necessariamente a dois distintos objetos: exame da *norma* como vontade *abstrata* de lei (questão de *direito*), exame dos *fatos* que transformam em *concreta* a vontade da lei (questão de *fato*)¹²⁶.

Ressalva apenas que a expressão “vontade da lei”, utilizada por Chiovenda, deve ser entendida como uma locução figurativa, representando na verdade a idéia de ‘vontade do direito’: “[a expressão ‘vontade da lei’] não se refere ao campo da *lei*, em sentido formal, mas de todas as formas de manifestação do direito”¹²⁷.

No **plano social** encontra-se o mais importante escopo da jurisdição, que é a pacificação. Os conflitos sociais constituem “fatores de desagregação e, portanto, obstáculos à consecução do fim último do Estado”, que é o bem-comum¹²⁸. Assim, é missão do Estado eliminar esses conflitos, o que deve fazer mediante a aplicação de critérios justos¹²⁹. A “eliminação de litígios sem o critério de justiça equivaleria a uma sucessão de brutalidades arbitrárias que, em vez de apagar os estados anímicos de insatisfação, acabaria por acumular decepções definitivas no seio da sociedade”¹³⁰. Naturalmente, a definição do que é justo não é tarefa fácil. Aliás, como observa Karl Larenz, a “questão de como é possível ao juiz chegar à

¹²⁴ Id., *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 131. Grifos do original.

¹²⁵ Ibid., v. 1, p. 134.

¹²⁶ CHIOVENDA, G., *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 59-60. Grifos do original.

¹²⁷ DINAMARCO, C. R., *A instrumentalidade do processo*, p. 209.

¹²⁸ Ibid., p. 117.

¹²⁹ Ibid., p. 159-162; id., *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 127-128.

decisão justa dos casos, com a ajuda da lei ou, porventura, sem ela, ocupa todos os autores modernos da metodologia jurídica”¹³¹. De qualquer modo, não se pode esquecer que a construção de uma sociedade justa é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (CF, art. 3º, inc. I) e, portanto, também um dos objetivos que o Estado brasileiro deve buscar realizar ao exercer a jurisdição¹³².

Ainda no plano das relações sociais, cumpre à jurisdição educar as pessoas para o exercício dos próprios direitos e o respeito aos direitos alheios: quando a jurisdição é exercida adequadamente, a população confia no Poder Judiciário e por esse motivo, nessa sociedade, “ao cínico ‘vá buscar seus direitos’ que entre nós o devedor inadimplente e mal-intencionado lança sobre o seu credor, corresponde o ameaçador *I sue you*, com que o titular de direito dissuade o obrigado quanto a possíveis resistências injustas”^{133, 134}.

No **plano político**, o Estado tem três escopos a realizar por meio do exercício da jurisdição:

a) a afirmação de seu poder e da autoridade de seu ordenamento jurídico, por meio da imperativa declaração e aplicação prática do direito material nos

¹³⁰ DINAMARCO, C. R., *A instrumentalidade do processo*, p. 293.

¹³¹ LARENZ, K., *Metodologia da ciência do direito*, p. 190.

¹³² A consideração de que o principal escopo da jurisdição é a pacificação social com **justiça** permite concluir que o processo é um instrumento ético e não meramente técnico: “o juiz moderno tem solene compromisso com a justiça. Não só deve participar adequadamente das atividades processuais, endereçando-as à descoberta de fatos relevantes e correta interpretação da lei, como ainda (e principalmente) buscando oferecer às partes a solução que realmente realize o escopo de fazer justiça. Eis por que a doutrina atual considera pobre e insuficiente a indicação do processo como mera técnica instrumentalmente conexa ao direito material. Ele é uma técnica, sim, mas técnica que deve ser informada pelos objetivos e ideologias revelados na ciência processual e levada a efeito com vista à efetivação do valor do justo. Conjuntamente com o próprio direito substancial, o processo é instrumentalmente conexo ao supremo objetivo de pacificar com justiça” (DINAMARCO, C. R., *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 61).

¹³³ DINAMARCO, C. R., *A instrumentalidade do processo*, p. 162-164. Grifo do original.

¹³⁴ Segundo Luiz Guilherme Marinoni, “muitas pessoas deixam de exercer os seus direitos por não acreditarem na “Justiça”. O fator cultural, principalmente nos países subdesenvolvidos, agrava de forma substancial o problema do acesso à Justiça, seja pelo fato de os cidadãos desconhecerem os seus direitos, seja, ainda, porque muitos não confiam nos advogados e no próprio Poder Judiciário. Além disso, a essa dificuldade pode somar-se a questão psicológica, inibindo, definitivamente, o acesso à Justiça. A falta de acesso não permite que o cidadão libere-se da insatisfação trazida pelo conflito. Ele é obrigado a aceitar, muitas vezes “calado”, a autotutela do mais astuto ou do mais forte. Isso faz com que o cidadão sinta-se desprotegido, desamparado pelo Estado, o qual, na sociedade de massas, funciona até mesmo como símbolo da autoridade procurada pelo cidadão comum. Essa situação gera infelicidade pessoal e, num plano coletivo, é fonte propícia à desestabilização social. Nessa dimensão assume relevo o exemplo a ser dado pela administração da justiça. O funcionamento adequado das vias de pacificação social é que poderá levar o cidadão a retomar a confiança na “Justiça”, estimulando o exercício dos direitos e, inclusive, o respeito aos direitos alheios” (MARINONI, L. G., *Novas linhas do processo civil*, p. 192).

diversos casos concretos submetidos à apreciação do Poder Judiciário; generalizar “o respeito à lei é propiciar a autoridade do próprio Estado, na mesma medida em que este se enfraquece quando se generalize a transgressão aos preceitos que estabeleceu ao legislar de modo genérico e abstrato”¹³⁵;

b) a preservação das liberdades públicas, por meio de processos como o *habeas corpus*¹³⁶ e o mandado de segurança¹³⁷; e

c) propiciar a participação dos cidadãos, diretamente ou por meio de entidades representativas, no exercício do poder do Estado, o que é essencial em um verdadeiro Estado democrático e que, no caso do Brasil, ocorre, por exemplo, por meio da ação popular¹³⁸, que possibilita obter, pela via jurisdicional, a anulação de atos administrativos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa, ou por meio da ação direta de inconstitucionalidade¹³⁹.

¹³⁵ DINAMARCO, C. R., *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 130.

¹³⁶ Constituição Federal, artigo 5º, inciso LXVIII: “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

¹³⁷ Constituição Federal, artigo 5º, inciso LXIX: “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

¹³⁸ Constituição Federal, artigo 5º, inciso LXIII: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

¹³⁹ DINAMARCO, C. R., *A instrumentalidade do processo*, p. 168-171; id., *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 129-131.

4. A relevância do pedido no direito processual civil

Exercendo o direito de **ação**, o autor apresenta ao Estado-juiz seu pedido, provocando assim o exercício da **jurisdição** e dando início ao **processo**, do qual participará o réu, a partir de sua citação. Este poderá, essencialmente, omitir-se por completo (revelia), reconhecer a procedência do pedido do autor ou — o que é mais comum — resistir a esse pedido, por meio da **defesa**¹⁴⁰. Após a apresentação das alegações e das provas das partes, o Estado deverá finalmente julgar o pedido do autor, considerando-o procedente ou improcedente, ou seja, conferindo a tutela jurisdicional ao autor ou o réu.

A dinâmica dos procedimentos do processo de conhecimento, aqui exposta de forma extremamente concisa, permite perceber que para que o pedido possa ser bem compreendido ele não pode ser analisado isoladamente. Seu estudo deve incluir a análise de suas relações com os institutos fundamentais do direito processual civil, especialmente com a ação, a jurisdição e a defesa.

O presente capítulo será dedicado ao exame dessas relações, o que permitirá compreender a relevância do pedido no direito processual civil.

4.1. O pedido do autor e a ação

4.1.1. Teorias sobre a ação

O conceito de ação é certamente um dos mais polêmicos do direito processual civil¹⁴¹.

Controvérsias acerca do que seja a ação acompanham esse ramo do direito desde a época de seu surgimento como uma ciência autônoma, o que se deu na

¹⁴⁰ O réu poderá ainda contra-atacar, por meio de reconvenção.

¹⁴¹ “Tema dos mais polêmicos, senão o mais polêmico de toda a ciência processual, não há (nem se vislumbra possibilidade de que haja) consenso doutrinário acerca do conceito de ação. Há tantas teorias sobre o tema que já se chegou a dizer que cada processualista tinha a sua própria” (FREITAS CÂMARA, A., *Lições de direito processual civil*, p. 115).

segunda metade do século XIX¹⁴². Pode-se até mesmo afirmar que foi uma polêmica em torno desse instituto processual, tendo por protagonistas os romanistas alemães Bernhard Windscheid¹⁴³ e Theodor Muther, que permitiu a Bülow construir sua teoria da relação jurídica processual¹⁴⁴.

Vejamos algumas das teorias já formuladas com o objetivo de explicar esse instituto.

4.1.1.1. A teoria clássica da ação

Segundo Chiovenda, os juristas alemães da primeira metade do século XIX tinham diante de si uma “dupla terminologia”: a *actio*, herdada do direito romano, e o *Klagerecht*, isto é, o direito de queixa, oriundo do processo medieval alemão¹⁴⁵. Esses dois termos eram equiparados, de modo a convergirem a um único conceito. Em outras palavras, a doutrina alemã considerava que o *Klagerecht* correspondia à *actio* romana.

Por esse motivo, buscava seu conceito no direito romano, mais especificamente em uma definição de Celso, segundo a qual “*Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeat iudicio persequendi*”^{146, 147}.

Não havia então a menor dúvida quanto à ligação entre o direito subjetivo e o *Klagerecht*¹⁴⁸. A divergência se limitava ao seguinte: enquanto alguns (como

¹⁴² Cf. item 3.1.2, *supra*.

¹⁴³ Segundo Wieacker, não é “pela audácia e pela originalidade, mas pela objectividade trabalhada, pela formulação classicamente harmónica e concludente dos resultados e pela influência dominante sobre a jurisprudência e legislação do seu tempo, que ficou célebre o jurista mais citado até aos dias de hoje, Bernhard Windscheid (1817-1892) (WIEACKER, F., *História do direito privado moderno*, p. 509). Segundo Giovanni Pugliese, a moderna problemática relativa à ação teve como registro de nascimento a obra de Windscheid (Pugliese in: WINDSCHEID, B.; MUTHER, T., *Polemica intorno all’“actio”*, p. XV).

¹⁴⁴ Dinamarco afirma que a descoberta de Bülow não foi “um salto cultural, nem estava despregada do pensamento do seu tempo ou desligada de qualquer ciclo evolutivo. Do ponto-de-vista conceitual as colocações de von Bülow puderam assentar, como é notório, sobre o terreno aplainado pela vigorosa *polêmica* travada na Alemanha pouco mais de dez anos antes” (DINAMARCO, C. R., *Os institutos fundamentais do direito processual*, p. 88; grifos do original). Em sentido complementar, Pugliese esclarece que a Muther deve ser reconhecido o mérito de haver atraído a atenção dos juristas à relação entre as partes e o Estado, havendo assim contribuído de modo decisivo para o progresso dos estudos processuais (Pugliese in: WINDSCHEID, B.; MUTHER, T., *op. cit.*, p. XLII).

¹⁴⁵ CHIOVENDA, G., *A ação no sistema dos direitos*, p. 11.

¹⁴⁶ Essa definição pode ser traduzida da seguinte forma: “A ação nada mais é do que o direito de perseguir em juízo o que nos é devido”.

¹⁴⁷ Pugliese in: WINDSCHEID, B.; MUTHER, T., *op. cit.*, p. XIII-XIV.

Puchta¹⁴⁹) consideravam o *Klagerecht* como um elemento integrante do conteúdo do direito subjetivo ou como o próprio direito subjetivo em atuação, outros o tinham como um direito novo que surgia da violação do direito subjetivo material¹⁵⁰, como “o direito à tutela judicial, decorrente da violação de um outro direito, aquele direito no qual se transforma um outro direito em seguida a sua violação”¹⁵¹. Esta última era a concepção dominante, que teve em Friedrich Carl von Savigny¹⁵² sua mais importante formulação¹⁵³.

Qualquer que fosse a concepção adotada, porém, as conclusões seriam as mesmas: *a*) somente poderia haver *Klagerecht* se houvesse direito subjetivo material; e *b*) assim como o direito subjetivo material, também o *Klagerecht* tinha como sujeito passivo o adversário de seu titular¹⁵⁴.

Essa teoria, que costuma ser chamada de teoria clássica, civilista ou imanentista da ação¹⁵⁵, não foi adotada apenas na Alemanha. Como informa Chiovenda, teve seus seguidores também na Itália, dentre os quais Pescatore, que considerava a ação como “um direito acessório a outro que faz as vezes de principal” e Mattiolo, para quem a ação seria um “direito elevado à segunda potência, isto é, a *qualidade* própria de um direito de *poder invocar em sua tutela* as garantias judiciais”¹⁵⁶.

¹⁴⁸ TORNAGHI, H., *Instituições de processo penal*, p. 244.

¹⁴⁹ Georg Friedrich Puchta (1798-1846) foi discípulo de Savigny e o fundador da Jurisprudência dos conceitos; foi ele quem “conseguiu fazer impor o formalismo conceitual rigoroso da pandectística” (WIEACKER, F., *História do direito privado moderno*, p. 455-456). “Embora não tenha igualado o seu mestre Savigny em categoria cultural e poder de intuição — apesar de o ultrapassar na capacidade lógica de construção sistemática e conceitual — Puchta obteve desde os anos trinta uma influência superior à do próprio Savigny sobre o método da civilística” (Ibid., p. 455).

¹⁵⁰ WINDSCHEID in: WINDSCHEID, B.; MUTHER, T., *Polemica intorno all’ “actio”*, p. 5-7.

¹⁵¹ Tradução livre do original: “... azione [è] il diritto alla tutela giudiziale derivante dalla violazione di un altro diritto, quell diritto nel quale si trasforma un altro diritto in seguito alla sua violazione” (Ibid., p. 5).

¹⁵² Savigny (1779-1861) foi o maior jurista da Escola Histórica do Direito e um dos maiores juristas alemães de todos os tempos: “Pelo equilíbrio dos seus dons culturais e estéticos, ele tornou-se num clássico da ciência do direito, num príncipe da ciência do seu tempo e num mestre da língua alemã. Ele é um dos poucos juristas de todos os tempos que conseguiram fazer parte da sensibilidade cultural geral. As suas obras são das poucas obras jurídicas que se contam no patrimônio da literatura nacional alemã” (WIEACKER, F., op. cit., p. 437).

¹⁵³ WINDSCHEID in: WINDSCHEID, B.; MUTHER, T., op. cit., p. 5.

¹⁵⁴ Pugliese in: WINDSCHEID, B.; MUTHER, T., op. cit., p. XIV.

¹⁵⁵ ARRUDA ALVIM NETTO, J. M. de., *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 342; CINTRA, A. C. de A., GRINOVER, A. P. e DINAMARCO, C. R., *Teoria geral do processo*, p. 258.

4.1.1.2. A polêmica entre Windscheid e Muther

Discordando das explicações até então fornecidas, em 1856 Windscheid publicou o livro *Die actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts* (A actio do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno), no qual sustentava que a *actio* romana não correspondia ao *Klagerecht* do direito alemão.

Já no prefácio da obra o autor esclarecia que seu ponto de partida era a idéia de que “a *actio* do direito civil romano não é aquilo que hoje se entende por ação [*Klage*] ou direito de ação [*Klagerecht*]”¹⁵⁷. Em sua opinião, para os romanos a *actio* não pressupunha, necessariamente, a violação de um direito subjetivo material como para os alemães, de modo que poderia haver *actio* sem que houvesse direito¹⁵⁸.

A *actio*, prosseguia, “não é o direito à tutela de outro direito, derivado de sua violação, tampouco é a faculdade de invocar proteção ao direito no caso de sua violação; *actio* é a faculdade de impor a própria vontade pela via judicial”¹⁵⁹; a *actio*, assim, “não é algo derivado, é algo original e autônomo”¹⁶⁰.

Desse modo, concluiu Windscheid, a *actio* dos romanos corresponde não ao *Klagerecht* do direito alemão moderno, mas à sua noção de pretensão (*Anspruch*)¹⁶¹. Em outras palavras, a *actio* não se confunde nem com o direito subjetivo material nem com o direito processual de ação (*Klagerecht*), mas constitui uma outra situação jurídica, de natureza material, a qual Windscheid identificou com a *Anspruch* (pretensão)^{162, 163}.

¹⁵⁶ CHIOVENDA, G., *A ação no sistema dos direitos*, p. 76.

¹⁵⁷ Tradução livre do original: “*Suo punto di partenza è l’idea che l’actio del diritto civile romano non è ciò che oggi si concepisce per azione o diritto di agire*” (WINDSCHEID in: WINDSCHEID, B.; MUTHER, T., *Polemica intorno all’“actio”*, p. 3).

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 7, 10.

¹⁵⁹ Tradução livre do original: “*L’actio, come non è il diritto alla tutela di un altro diritto, derivato dalla violazione di questo, così non è neppure la facoltà di invocare tutela per il diritto nel caso di violazione; actio è la facoltà di imporre la propria volontà in via giudiziaria*” (*Ibid.*, p. 8).

¹⁶⁰ Tradução livre do original: “*L’actio non è nulla di derivato, essa è qualche cosa di originale e di autonomo*” (*Ibid.*, p. 9).

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 12.

¹⁶² Pugliese in: WINDSCHEID, B.; MUTHER, T., *op. cit.*, p. XVII. O próprio Windscheid, em sua réplica a Muther, admite que o *Klagerecht* faz parte do processo e não do direito civil e que ele, na tentativa de identificar a verdadeira essência da *actio* (a qual, como visto, coincide com o moderno *Anspruch* em seu pensamento), preocupara-se apenas com a concepção que vê na *Klage* um direito privado (WINDSCHEID in: WINDSCHEID, B.; MUTHER, T., *op. cit.*, p. 317).

Em resposta a Windscheid, Muther publicou, em 1857, a obra *Zur Lehre von der römischen Actio, dem heutigen Klagrecht, der Litiscontestatio und der Singularsucession in Obligationen* (*Sobre a teoria da actio romana, do moderno direito de ação, da litiscontestatio e da sucessão singular nas obrigações*).

Muther discordava de Windscheid e defendia a identidade entre a *actio* do direito romano e o *Klagerecht* do direito alemão¹⁶⁴. Para ele a *actio* — e portanto também o *Klagerecht* — é “um direito à tutela estatal, o qual cabe a quem seja lesado em seu próprio direito”. Desse modo, prosseguia, seja no direito romano, seja no direito alemão, “o pressuposto desse direito é um outro direito e uma lesão deste último direito”¹⁶⁵. Todavia, por mais que o direito subjetivo material seja pressuposto da *actio* (ou *Klagerecht*), eles não se confundem: aquele é um direito privado, dirigindo-se contra o adversário e este tem natureza pública, sendo exercido contra o Estado¹⁶⁶.

Percebe-se assim que Muther, em sua crítica, refutou não só o conceito proposto por Windscheid para a *actio*, mas também aquele que era adotado na Alemanha até que a polêmica tivesse início e que implicava em considerar que o *Klagerecht* se dirigia contra o adversário (teoria clássica da ação)¹⁶⁷.

¹⁶³ Na verdade, como observa Pugliese, o conceito de *Anspruch* não era novo para os juristas alemães e já havia sido utilizado por Unterholzner, que a conceituava como o poder jurídico de exigir a prestação, e por Savigny. Foi Windscheid, todavia, quem tornou a pretensão uma figura familiar a todos os teóricos e práticos do direito. Ainda segundo Pugliese, a mais bem-sucedida tese de Windscheid no campo do direito civil e processual foi exatamente a da pretensão, havendo culminado por ser consagrada pelo § 194 do Código Civil alemão (Pugliese in: WINDSCHEID, B.; MUTHER, T., *Polemica intorno all' "actio"*, p. XVII e XXXI).

Chiovenda, contudo, entende não ser possível afirmar que a conclusão de Windscheid tenha contribuído para que o direito processual civil seja compreendido com maior clareza. Pelo contrário, em sua opinião a obra de Windscheid levou a “uma série de questões intermináveis, uma verdadeira procissão de sombras ainda não concluída, tendo por objetivo a determinação precisa do conceito de *Anspruch*” (CHIOVENDA, G., *A ação no sistema dos direitos*, p. 12).

O novo Código Civil brasileiro emprega a palavra pretensão em seu artigo 189, considerando-a claramente como uma situação jurídica diversa do direito subjetivo material: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”. A respeito desse novo dispositivo legal, Barbosa Moreira afirma: “A fonte inspiradora do dispositivo em foco é, seguramente, o § 194, I, do Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*), inspirado na doutrina de Windscheid e redigido nos seguintes termos: ‘*Das Recht, von einem anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen (Anspruch) unterliegt der Verjährung*’, ou, em vernáculo: ‘O direito de exigir de outrem um fazer ou não fazer (pretensão) sujeita-se à prescrição’” (BARBOSA MOREIRA, J. C., *Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil brasileiro*, p. 68).

¹⁶⁴ MUTHER in: WINDSCHEID, B.; MUTHER, T., op. cit., p. 241.

¹⁶⁵ Tradução livre do original: “... un diritto alla tutela statale (azione), il quale spetta a chi sia leso nel proprio diritto; anche presso di noi, come presso i Romani, il presupposto di questo diritto è un altro diritto e una lesione di quest'ultimo diritto” (Ibid., p. 241).

¹⁶⁶ Ibid., p. 233-236.

¹⁶⁷ Pugliese in: WINDSCHEID, B.; MUTHER, T., op. cit., p. XXXVIII.

No mesmo ano de 1857 Windscheid trouxe a público sua réplica, *Die actio: Abwehr gegen Dr. Th. Muther* (*A actio: réplica a Th. Muther*), por meio da qual buscou refutar os argumentos de Muther.

A polêmica entre os dois autores alemães girou, essencialmente, em torno do conceito romano de *actio*, havendo, nesse sentido, contribuído com os estudos de direito romano¹⁶⁸. Apesar de toda a controvérsia, suas doutrinas “antes se completam do que propriamente se repelem, desvendando verdades até então ignoradas”¹⁶⁹. Especificamente com relação à evolução do direito processual civil, “o que restou de mais precioso terá sido a idéia, partilhada por ambos, de que no direito moderno *a ação [Klagerecht] é um direito à tutela jurídica*, tendo por titular passivo o Estado”¹⁷⁰.

4.1.1.3. Heinrich Degenkolb e Alexander Plósz

As obras do alemão Heinrich Degenkolb e do húngaro Alexander Plósz, “cujos conceitos fundamentais são substancialmente afins”¹⁷¹, vieram a público em datas muito próximas. Degenkolb publicou sua *Einlassungszwang und*

¹⁶⁸ Windscheid e Muther pertenciam à chamada Escola Histórica do Direito, sucessora do jusnaturalismo racionalista, fundada por Gustav Hugo (1764-1844) e cujos maiores nomes foram Savigny e Puchta (WIEACKER, F., *História do direito privado moderno*, p. 431, *passim*). Essa Escola propunha-se, como seu nome já deixa claro, a explorar a dimensão histórica do direito. Mas não se limitava a isso: a partir daí, pretendia construir uma ciência jurídica sistemática. Em outras palavras, a Escola Histórica via a ciência jurídica não apenas em seu aspecto histórico, mas também em seu aspecto filosófico (ou sistemático): “A elaboração histórica servia para averiguar a matéria jurídica, a qual é necessariamente pré-estabelecida pela história (ou, mais exactamente, pela tradição científica dos textos e da ciência); a elaboração filosófica devia organizar esta matéria num sistema interno, o qual não constituísse já um simples ‘agregado’ de normas jurídicas, mas que manifestasse a coerência espiritual de toda a matéria. Esta ligação metodológica entre matéria e forma corresponde exactamente ao modelo científico apresentado pela renovação das ciências do espírito sob a influência da teoria do conhecimento de Kant” (Ibid., p. 421-422). Em síntese, a “Escola não tem em vista a compreensão histórica, mas a renovação da ciência jurídica do seu tempo; o seu objecto era também por isso realmente a ordem jurídica actual da nação e a sua realidade social” (Ibid., p. 469). Essa contextualização permite compreender claramente porque o método adotado tanto por Windscheid quanto por Muther implicava em relacionar o conceito romano de *actio* ao conceito moderno de *Klagerecht*.

¹⁶⁹ CINTRA, A. C. de A., GRINOVER, A. P. e DINAMARCO, C. R., *Teoria geral do processo*, p. 258.

¹⁷⁰ DINAMARCO, C. R., *Os institutos fundamentais do direito processual*, p. 90-91. Grifos do original.

¹⁷¹ CHIOVENDA, G., *A ação no sistema dos direitos*, p. 87.

*Urteilsnorm (Ingresso forçado em juízo e norma judicial)*¹⁷² em 1877. No ano anterior, isto é, em 1876, Plósz publicara sua teoria da ação em húngaro, mas ela só veio a ser traduzida para o alemão em 1880, havendo sido incluída em livro com o título de *Beiträge zur Theorie des Klagerechts (Contribuições à teoria do direito de queixa)*¹⁷³.

A concepção da ação como um direito subjetivo público tendo por sujeito passivo o Estado, que havia sido esboçada por Muther, foi desenvolvida por Degenkolb e Plósz, que a ela conferiram uma nova dimensão, afastando-se por fim do pensamento daqueles precursores.

Para Muther, por mais que a ação não se confundisse com o direito subjetivo material, tinha-o por pressuposto, de modo que não existiria sem que este direito também existisse e fosse lesado¹⁷⁴.

Degenkolb e Plósz, entretanto, acreditavam não haver uma relação constante entre a titularidade do direito subjetivo material e a sentença. Afirmavam, nesse sentido, que “pode vencer quem não tinha direito e perder quem o tinha”. Desse modo, em sua opinião a efetiva existência do direito subjetivo material seria apenas acidental, mas não necessária para que o autor obtivesse uma sentença favorável¹⁷⁵.

Por esse motivo e com a finalidade de explicar não apenas os casos em que o autor obtivesse uma sentença favorável, mas também aqueles nos quais a sentença lhe fosse desfavorável, concluíram que a ação seria um direito de todas as pessoas, um direito inerente à personalidade¹⁷⁶, bastando para sua titularidade, segundo Degenkolb, que o autor, de boa-fé, afirmasse em seu favor a existência de uma vontade concreta da lei¹⁷⁷. Para ele, “só tem direito de ação o honrado — *der ehrlichen* — o que baseia sua afirmação *auf guten Glauben*, ou seja, na boa fé”, baseando-se seu pensamento, portanto, em uma noção de veracidade subjetiva (*Subjektive Wahrhaftigkeit*)¹⁷⁸. Em síntese, para Degenkolb a ação é “um direito

¹⁷² Essa é a tradução proposta por Hélio Tornaghi, que esclarece que *Einlassungszwang* é a obrigação do réu de participar do processo para que haja contraditório” e que *Urteilsnorm* é a norma contida na sentença — *Urteil*” (TORNAGHI, H., *Instituições de processo penal*, p. 272).

¹⁷³ CHIOVENDA, G., *A ação no sistema dos direitos*, p. 87; TORNAGHI, H., op. cit., p. 272.

¹⁷⁴ Cf. item 4.1.1.2, *supra*.

¹⁷⁵ CHIOVENDA, G., op. cit., p. 88.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 87-88.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 15, 88.

¹⁷⁸ TORNAGHI, H., op. cit., p. 272-273.

subjetivo público, correspondente a qualquer que, de boa fé, creia ter razão a ser ouvido em juízo e constranger o adversário a apresentar-se”¹⁷⁹.

Como o direito de ação, assim concebido, poderia existir independentemente da efetiva existência de um direito subjetivo material, Plósz o considerou como um direito abstrato¹⁸⁰.

4.1.1.4. Adolf Wach

A concepção de Degenkolb e de Plósz foi rejeitada na Alemanha por Adolf Wach (1843-1926).

Considerado como o “Mestre supremo de Leipzig” por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo¹⁸¹, Wach viveu

durante a época mais brilhante — a famosa *era de ouro* — do processualismo alemão. Poder-se-á discutir se o ponto de partida dessa época é constituído, segundo opina a maioria, pela aparição em Giessen, em 1868, do célebre livro de Bülow, *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen*, ou se é possível retroceder até a polémica Windscheid-Muther em torno da ação e inclusive ao *Sistema* de Wetzell; mas é inquestionável que Wach tenha pertencido cem por cento a essa era e que, por diversos fatores, dentre os quais sua longevidade, tenha sido o que maior período cobre e o que deixou marca mais profunda e durável, tanto na Alemanha como fora de seu país (...). A escola de Wach se propagou não só pela Alemanha, onde em maior ou menor medida foram poucos os processualistas que em sua época escaparam de sua influência, e por países vizinhos, como a Suíça com Heusler, ou próximos, como a Finlândia com Wrede, mas transcendeu com extraordinária intensidade à Itália graças a Chiovenda, segundo explícito reconhecimento seu, e através dele, diretamente em alguns casos, ou por intermédio de dois de seus maiores discípulos, Calamandrei e Liebman, entre outros, ao mundo ibero-americano¹⁸².

¹⁷⁹ Apud CHIOVENDA, G., *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 41. Chiovenda, aliás, informa que Degenkolb, posteriormente, teria abandonado essa teoria, passando a afirmar que “um direito de agir, correspondente, não a quem tem razão, mas a qualquer que a creia ter, não é um direito subjetivo, senão mera faculdade jurídica” (Ibid., p. 41; grifos do original). Segundo Chiovenda, essa revisão do pensamento de Degenkolb teria ocorrido na monografia *Der Streit über den Klagerechtsbegriff*, de 1905 (Id., *A ação no sistema dos direitos*, p. 89).

¹⁸⁰ Ibid., p. 15.

¹⁸¹ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Adolf Wach*, p. IX.

¹⁸² Tradução livre do original: “Tuvo, además, Wach la fortuna de que su vida transcurriese durante la época más brillante — la famosa edad de oro — del procesalismo germánico. Podrá discutirse si el punto de partida de éste lo constituye, según opina la mayoría, la aparición en Giessen, 1868, del célebre libro de Bülow, *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen*, o si cabe retroceder hasta la polémica Windscheid-Muther en torno a la acción e incluso al *System de Wetzell*; pero lo indudable es que Wach pertenece ciento por ciento a ella y que es dentro de la misma, por diversos factores, entre otros, su longevidad, el que más trecho cubre y el que ha dejado huella más honda y perdurable, tanto en Alemania como fuera de su país (...). En la esfera de la enseñanza, la escuela de Wach se propagó no sólo por Alemania, donde en mayor o menor medida fueron pocos los procesalistas que en su época escaparon a su

Especificamente com relação a sua contribuição para o desenvolvimento do conceito de ação, afirma Arruda Alvim que, se “percorreremos os olhos pela história do processo civil, e, em especial, se observarmos os doutrinadores da teoria da ação, veremos que Adolf Wach seguramente representa o autor mais importante no evoluir moderno do conceito, no sentido de ter abalado, antes de todos, os alicerces da teoria civilista”¹⁸³.

Pois bem, para Wach, a possibilidade de dar início ao processo e de obter uma sentença, independentemente de seu conteúdo, não era um direito, mas *res merae facultatis* (a faculdade de demandar), comparável à aptidão para celebrar negócios jurídicos. Desse modo, em sua opinião seria “mais correto, por diversos motivos, deixar inteiramente de lado esse *direito* de acionar publicístico porque induz a erro e é estéril do ponto de vista científico”¹⁸⁴.

Wach recusava também, como mencionou Arruda Alvim, a teoria clássica da ação, segundo a qual o processo era considerado como meio de realização do direito lesado do autor. A essa “determinação subjetiva da finalidade do processo” contrapunha então uma de ordem objetiva — e esclarecia que a ciência processual deveria “levantar seu edifício” sobre esta última e não sobre aquela. Afirmava, desse modo, que a finalidade do processo não é a proteção do direito do autor, mas sim a salvaguarda da justiça, que pode ser obtida tanto por meio do acolhimento quanto por meio da rejeição de sua demanda¹⁸⁵ — e concluía: não se pode confundir, portanto, a finalidade do processo com a finalidade das partes¹⁸⁶.

O que se observa em Wach é uma grande proximidade da concepção compartilhada por Windscheid e por Muther, que entendiam que o *Klagerecht* é o direito à tutela jurídica, que tem por titular passivo o Estado.

influjo, y por países vecinos, como Suiza con Heusler, o próximos, cual Finlandia con Drede, sino que trascendió con extraordinaria intensidad a Italia merced a Chioyenda, según explícito reconocimiento suyo, y a través de él, directamente en unos casos o por intermedio de dos de sus máximos discípulos, Calamandrei y Liebman, entre otros, al mundo iberoamericano ...” (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., Adolf Wach, p. XII-XIII, XXI-XXIII). Grifos do original.

¹⁸³ ARRUDA ALVIM NETTO, J. M. de., *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 343.

¹⁸⁴ Tradução livre do original: “Por consiguiente, es más correcto, por muchas razones, dejar enteramente de lado ese derecho de accionar publicístico porque induce a error y es estéril desde el punto de vista científico...” (WACH, A., *Manual de derecho procesal civil*, p. 47-48). Grifo do original.

¹⁸⁵ Tanto que, conforme será visto adiante, em sua opinião a pretensão à tutela jurídica pode ter por titular não só o autor, mas também o réu.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 22-24.

Para Wach, o ordenamento privado tinha por objeto os interesses individuais, regulando a esfera de poder dos indivíduos em suas relações entre si. Já o ordenamento processual era uma figura secundária, cuja finalidade consistia em assegurar a eficácia do ordenamento privado; o ordenamento processual, em outras palavras, disciplinava a tutela concedida pelos tribunais por meio da aplicação do direito objetivo privado¹⁸⁷. Por esse motivo, Wach afirmava que o “ordenamento processual é um ordenamento da tutela jurídica”¹⁸⁸.

A partir dessas considerações, Wach afirmava que o processo é um meio para conceder a tutela jurídica justa. Seu objeto (*Streitgegenstand*), desse modo, é uma pretensão à tutela jurídica (*Rechtsschutzanspruch*)¹⁸⁹. Segundo Fernando Alberto Corrêa Henning, “*Anspruch* equivale a *pretensão* (no sentido de pretensão-poder¹⁹⁰); *Recht* está por *direito*; e *Schutz* por *amparo, auxílio*. A combinação justifica as traduções ‘pretensão de tutela jurídica’ e ‘pretensão de proteção do direito’, que se encontram em versões de obras de Wach para outras línguas”¹⁹¹.

A pretensão à tutela jurídica não se confundiria com o direito subjetivo material¹⁹², podendo haver pretensão sem direito ou, inversamente, direito sem pretensão, de modo que, para Wach, a pretensão à tutela jurídica seria autônoma com relação ao direito subjetivo material^{193, 194}.

¹⁸⁷ WACH, A., *Manual de derecho procesal civil*, p. 22.

¹⁸⁸ Tradução livre do original: “*El ordenamento procesal es un ordenamento de la tutela jurídica ...*” (Ibid., p. 22).

¹⁸⁹ Ibid., p. 42.

¹⁹⁰ O autor contrapõe a pretensão-poder (exigibilidade) à pretensão-ato (exigência) (HENNING, F. A. C., *Ação concreta*, p. 34-36.)

¹⁹¹ Ibid., p. 41.

¹⁹² Também não se confundiria com a pretensão (*Anspruch*) a que se referia Windscheid, a qual pertencia ao direito material. A pretensão à tutela jurídica tem, para Wach, natureza processual (WACH, A., op. cit., p. 176).

¹⁹³ Wach afirma que a “pretensão à tutela jurídica não é uma função do direito subjetivo, pois não está condicionada por ele”. Na verdade, como se verá adiante, o autor aqui se refere mais propriamente à **autonomia** da pretensão à tutela jurídica, pois afirma, em outra passagem de sua obra, que essa pretensão somente existe, ao menos nos casos de pretensão à sentença condenatória ou de pretensão à sentença declaratória positiva, se houver um direito subjetivo material — o qual, portanto, **condiciona** essa pretensão. Tradução livre do original: “*La pretensión de tutela jurídica no es una función del derecho subjetivo, pues no está condicionada por éste*” (Ibid., p. 43).

¹⁹⁴ Segundo Chiovenda, o mérito fundamental da teoria de Wach foi “haver determinado a autonomia do direito de acionar mais claramente do que se havia feito anteriormente, tratando de salvar a natureza essencial do direito em sentido próprio à faculdade de acionar” (CHIOVENDA, G., *A ação no sistema dos direitos*, p. 18-19).

A Ordenação Processual Civil do Império Alemão (*Zivilprozessordnung*, ou *ZPO*), que foi promulgada em 30 de janeiro de 1877 e entrou em vigor em 1º de outubro de 1879¹⁹⁵, previa, em seu § 231:

Poder-se-á formular uma demanda a fim de obter declaração da existência ou inexistência de um direito ou de uma obrigação, de ser reconhecido um título ou de obter declaração de sua autenticidade, quando haja interesse do demandante em estabelecer com urgência, por meio de uma sentença, que existe dito direito ou dita obrigação, ou em que seja declarada a autenticidade do título^{196, 197}.

Ora, se o autor pode pedir e, tendo razão, obter uma sentença favorável que declare a inexistência do direito subjetivo material, então pode realmente haver pretensão à tutela jurídica (no caso, concedida ao autor por meio de uma sentença declaratória negativa) sem que este direito exista. Henning, aliás, afirma que a noção de pretensão à tutela jurídica, isto é, a pretensão processual, como instituto distinto da pretensão material, surgiu exatamente em virtude do disposto no § 231 da ZPO: “o próprio conceito de pretensão de tutela, como algo diverso da pretensão civil, derivou de uma importante alteração legislativa ocorrida na época de Wach, que inaugurou o interesse dos juristas pelas sentenças meramente declaratórias”¹⁹⁸.

Por outro lado, havendo um direito subjetivo material que tenha sido satisfeito ou que não tenha sido ameaçado também não existiria a pretensão à tutela jurídica, pois nessas condições o direito não precisa de tutela¹⁹⁹.

A autonomia da pretensão à tutela jurídica relativamente ao direito subjetivo material é demonstrada por mais um argumento:

¹⁹⁵ Segundo Alcalá-Zamora Y Castillo, a ZPO, “como os outros códigos alemães, foi consequência da unificação nacional à base da vitoriosa guerra franco-prussiana de 1870, que elevou o país a uma das grandes potências mundiais”. Tradução livre do original: “*Dicho cuerpo legal, como los otros códigos alemanes, fue consecuencia de la unificación nacional a raíz de la victoriosa guerra franco-prussiana de 1870, que elevó el país a una de las grandes potencias mundiales*” (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., Adolf Wach, p. XVI).

¹⁹⁶ Tradução livre do original: “§ 231. *Se podrá formular una demanda a fin de hacer constar la existencia o no existencia de un derecho o de una obligación, hacer reconocer un título o hacer constar su autenticidad, cuando haya interés por parte del demandante en establecer con urgencia, por medio de una sentencia, que existe dicho derecho o dicha obligación, o bien en hacer constar la autenticidad del título*” (*apud* WACH, A., *Manual de derecho procesal civil*, p. 459).

¹⁹⁷ A esse dispositivo da ZPO alemã corresponde o art. 4º, *caput* do Código de Processo Civil brasileiro: “O interesse do autor pode limitar-se à declaração: I - da existência ou da inexistência de relação jurídica; II - da autenticidade ou falsidade de documento”.

¹⁹⁸ HENNING, F. A. C., *Ação concreta*, p. 51.

¹⁹⁹ WACH, A., *op. cit.*, p. 43. Não estaria preenchida nessa hipótese, como se verá adiante, a condição denominada de interesse na tutela.

a pretensão à tutela é satisfeita pelo ato tutelar, especialmente pela sentença favorável (por exemplo, na ação declaratória), e ao ser satisfeita se extingue, enquanto que o direito material ganha com a sentença novas forças e é confirmado. A pretensão se extingue ao ser satisfeita, ainda que não se tenha satisfeito o direito material por esgotamento ou insuficiência dos meios tutelares²⁰⁰.

Apesar de ser autônoma, a pretensão à tutela jurídica é em regra condicionada à existência do direito subjetivo material.

Para Wach, são condições da pretensão à tutela declaratória positiva a existência de um direito subjetivo material, que constituirá o objeto da declaração, e o interesse nessa declaração, a necessidade da declaração, caracterizada pela incerteza quanto à existência do direito²⁰¹. A pretensão à tutela condenatória, por sua vez, é também condicionada à existência do direito subjetivo material, o qual deve agora ser exigível; em outras palavras, deve haver, além do direito, a pretensão material²⁰². Mas há nessa hipótese ainda um terceiro requisito: a violação do direito, que é o que caracteriza, no caso da pretensão à tutela condenatória, o interesse (necessidade) na tutela²⁰³. Henning busca diferenciar a exigibilidade e a violação do direito por meio do exemplo do

crédito que já pode ser objeto de cobrança amigável, mas que está sujeito ao sistema da mora *ex persona*. Num tal caso, já há pretensão, pois o credor pode (está autorizado a) exigir o pagamento. Portanto, o credor integraliza o primeiro requisito para o nascimento da pretensão de condenação. Mas o segundo requisito permanece em falta até o momento em que ocorrer interpelação e inadimplemento. Enquanto isso não ocorrer, haverá pretensão ainda não violada, faltando o interesse na condenação²⁰⁴.

Apenas no caso da pretensão à tutela declaratória negativa, portanto, a existência de um direito subjetivo material deixa de ser condição da pretensão, pois o autor pede a declaração de inexistência do direito afirmado pelo réu. A única condição da pretensão à tutela declaratória negativa é assim o interesse na

²⁰⁰ Tradução livre do original: “*La pretensión de tutela es satisfecha por el acto tutelar, especialmente por la sentencia favorable (por ejemplo, en la acción declarativa), y al ser satisfecha se extingue, mientras que el derecho material cobra con la sentencia nuevas fuerzas y es confirmado. La pretensión se extingue al ser satisfecha, aunque no se haya satisfecho el derecho material por agotamiento o insuficiencia de los medios tutelares*” (WACH, A., *Manual de derecho procesal civil*, p. 45).

²⁰¹ HENNING, F. A. C., *Ação concreta*, p. 54-55.

²⁰² *Ibid.*, p. 57-58.

²⁰³ *Ibid.*, p. 58-60.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 58-59.

tutela, caracterizado por uma situação de incerteza, que é o que torna a tutela necessária^{205, 206}.

Definido que a pretensão à tutela jurídica se submete a determinadas condições, então o órgão jurisdicional deverá verificar seu preenchimento para concluir se deve proferir uma sentença favorável ou desfavorável ao autor.

Segundo Wach, o procedimento divide-se em três possíveis etapas principais, referentes “à legitimação para acionar e ao dever de defesa (procedência do debate), à realidade da pretensão à tutela jurídica (debate e julgamento do mérito) e à realização dessa pretensão (execução)”²⁰⁷.

Na primeira etapa, denominada de procedimento prévio²⁰⁸, verifica-se a admissibilidade do processo, isto é, analisa-se a relação jurídica processual, a partir dos pressupostos processuais²⁰⁹. “Trata-se aqui de determinar se deve haver processo, debate e julgamento, entre este autor e este réu, ante este tribunal, com relação a esta causa”²¹⁰.

A segunda etapa, designada de debate principal e à qual somente se passa se o processo for declarado admissível, consiste no debate e julgamento do mérito, isto é, compõe-se da análise da relação jurídica material e tem por finalidade a sentença sobre a pretensão à tutela jurídica (sentença de mérito)²¹¹. Nessa etapa, o órgão jurisdicional deverá verificar se as condições de existência da pretensão à tutela jurídica afirmada pelo autor existem e, se existirem, então proferirá uma sentença favorável a ele. Para “Wach, quando se julga o mérito, julga-se sobre a pretensão de tutela; é a decisão sobre a existência e titularidade desta que

²⁰⁵ HENNING, F. A. C., *Ação concreta*, p. 55-56.

²⁰⁶ O objeto da pretensão é o ato tutelar, que não se limita à sentença. Wach, efetivamente, esclarece que, além dela, são também meios de satisfação da pretensão “a execução, o embargo, a medida provisória de segurança, a satisfação por concurso”. Todavia, como o presente trabalho visa a analisar exclusivamente o pedido formulado no processo de conhecimento, o exame do pensamento do autor limitar-se-á às condições das pretensões à sentença. Tradução livre do original: “*Los medios de satisfacción son: la sentencia (declarativa, condenatoria, etc.), la ejecución, el embargo, la medida provisoria de seguridad, la satisfacción por concurso*” (WACH, A., *Manual de derecho procesal civil*, p. 45).

²⁰⁷ Tradução livre do original: “... *tres posibles etapas principales del procedimiento referidas a la legitimación para accionar y el deber de defensa (procedencia del debate), a la realidad de la pretensión de tutela jurídica (debate y resolución sobre el fondo) y a la realización de esa pretensión (ejecución) ...*” (Ibid., p. 51).

²⁰⁸ Ibid., p. 52.

²⁰⁹ Ibid., p. 68-69.

²¹⁰ Tradução livre do original: “*Se trata aquí de determinar si ha de haber proceso, debate y resolución, entre este actor y este demandado, ante este tribunal, con relación a esta causa*” (Ibid., p. 51-52).

²¹¹ Ibid., p. 58, 68.

determina se a sentença será de procedência ou de improcedência”²¹². Assim, todo aquele que é titular de uma pretensão à tutela jurídica tem o direito a uma sentença favorável^{213, 214}.

A titularidade da pretensão à tutela jurídica, aliás, não cabe apenas ao autor. Quando sua demanda é infundada, o titular da pretensão (no caso, pretensão à tutela declaratória negativa, em regra²¹⁵) é o réu. Nesse sentido, Wach afirma que quando “se persegue alguém com uma ação de prestação [ação condenatória] ou de declaração positiva carente de fundamento, seu [do réu] interesse na tutela jurídica consistirá na rejeição dessa demanda”²¹⁶.

Por fim, como sujeitos passivos a pretensão à tutela jurídica tem o Estado, que deverá conceder o ato tutelar e satisfazê-la, seja proferindo a sentença favorável, seja praticando os atos executivos, e o adversário, que deverá tolerar a tutela jurídica²¹⁷. Desse modo, trata-se de uma pretensão de natureza pública²¹⁸.

4.1.1.5. Chiovenda

O pensamento de Wach teve grande influência sobre a formulação que Chiovenda deu à ação²¹⁹. Aliás, segundo Arruda Alvim, Chiovenda foi o primeiro processualista a afirmar a autonomia da ação na Itália²²⁰.

²¹² HENNING, F. A. C., *Ação concreta*, p. 76.

²¹³ É por esse motivo que diversos autores afirmam que, de acordo com a teoria de Wach, a ação é o direito à sentença favorável. Nesse sentido, por exemplo: CHIOVENDA, G., *A ação no sistema dos direitos*, p. 16.

²¹⁴ A terceira etapa, referente à realização da pretensão à tutela jurídica, isto é, à execução, não será analisada em virtude dos limites do presente trabalho.

²¹⁵ A exceção ocorre nos casos em que o autor pede, sem razão, sentença declaratória negativa, quando então o réu será titular de pretensão à tutela declaratória positiva.

²¹⁶ Tradução livre do original: “*Cuando se persigue a alguien con una acción de prestación o de declaración positiva carente de fundamento, su interés de tutela jurídica consistirá en que esa demanda infundada se rechace*” (WACH, A., *Manual de derecho procesal civil*, p. 43).

²¹⁷ *Ibid.*, p. 45, 70. Na verdade, a identificação do(s) sujeito(s) passivo(s) da pretensão à tutela jurídica no pensamento de Wach não é tarefa tão fácil. Sobre o tema, ver HENNING, F. A. C., *op. cit.*, p. 47-50.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 45. O autor, aliás, esclarece que tal “caracterização é notável, dadas as circunstâncias históricas sob as quais Wach escreveu. Na época não havia sequer construção sistemática que suportasse o conceito de direito subjetivo público; a própria caracterização do Estado como titular de deveres e obrigações encontrava grande resistência na Alemanha” (*Ibid.*, p. 73-74).

²¹⁹ Essa influência foi expressamente reconhecida pelo próprio Chiovenda, que afirmou: “**recolhendo a parte substancial da teoria de WACH**, defini a ação como um ‘direito potestativo’ (1903)” (CHIOVENDA, G., *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 41; grifo meu). Mais enfático, Henning: “O grande inspirador de Chiovenda foi Wach” (HENNING, F. A. C., *op. cit.*, p. 85).

Sua teoria da ação parte da distinção entre vontade abstrata e vontade concreta da lei. Segundo ele,

A lei em sentido lato (ou direito objetivo) é a manifestação da vontade coletiva geral, destinada a regular a atividade dos cidadãos ou dos órgãos públicos. (...) Toda norma encerrada na lei representa uma vontade geral, abstrata, hipotética, condicionada à verificação de determinados fatos, que, em regra, podem multiplicar-se indefinidamente. Cada vez que se verifica o fato ou grupo de fatos previstos pela norma, forma-se uma *vontade concreta da lei*, ao tempo em que da vontade geral e abstrata nasce uma vontade particular que tende a atuar no caso determinado.²²¹

Desse modo, o direito subjetivo seria “a expectativa de um bem da vida garantido pela vontade da lei”²²² ou, em outras palavras, “uma vontade de lei concretamente subjetivada”²²³.

Pois bem, na maioria das vezes o devedor realiza espontaneamente a vontade concreta da lei, mediante a prestação a que é obrigado perante o titular do direito subjetivo²²⁴. Quando porém isso não ocorre, ou seja, quando “ao direito a uma prestação deixa de corresponder o estado de fato, por não se haver satisfeito a prestação, diz-se *lesado* o direito”²²⁵.

Ora, para Chiovenda a ação é exatamente um dos direitos que pode nascer da lesão de um direito subjetivo²²⁶; é o “direito por meio do qual, omitida a realização de uma vontade concreta da lei mediante a prestação do devedor, se obtém a realização daquela vontade por outra via, a saber, mediante o processo”.²²⁷ Assim sendo, a ação é, ao menos em regra, condicionada à existência de um direito subjetivo material lesado — condicionada, porém autônoma com relação a ele²²⁸, como já demonstrara Wach.

Teoricamente, seria admissível que o Estado, verificando a ocorrência de lesão a um direito subjetivo, realizasse a vontade concreta da lei por iniciativa própria, independentemente de provocação do titular daquele direito. Mas não é isso o que ocorre, pois a jurisdição estatal rege-se pelo princípio da inércia²²⁹,

²²⁰ ARRUDA ALVIM NETTO, J. M. de., *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 345.

²²¹ CHIOVENDA, G., *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 17-18. Grifo do original.

²²² *Ibid.*, p. 17.

²²³ *Ibid.*, p. 18.

²²⁴ *Ibid.*, p. 18.

²²⁵ *Ibid.*, p. 33.

²²⁶ *Ibid.*, p. 37.

²²⁷ *Ibid.*, p. 37-38.

²²⁸ *Ibid.*, p. 42-48.

²²⁹ Cf. item 4.2.1, *infra*.

ficando assim a atuação da vontade concreta da lei subordinada a uma condição, que é a provocação da parte²³⁰:

o Estado, se bem que em abstrato tenha direito em todo caso à manutenção da ordem jurídica, impondo seu respeito quer seja ao particular, quer seja aos próprios órgãos, pode estabelecer a si mesmo uma limitação, não por razões necessárias e absolutas, mas por considerações de utilidade social, e subordinar este seu direito à vontade do particular. Essa iniciativa do particular, isto é, o direito de realizar a condição para a atuação da vontade do Estado, é o que se chama de ação²³¹.

Mas para Chiovenda a ação não é um direito subjetivo, um direito ao qual corresponda uma prestação, e sim um direito potestativo²³². Aliás, segundo Arruda Alvim, “é aqui que reside a grande novidade de seu pensamento”²³³. Pois bem, para Chiovenda direito potestativo é o

poder do titular do direito de produzir, mediante uma manifestação de vontade, um efeito jurídico no qual tem interesse, ou a cessação de um estado jurídico desvantajoso; e isto perante uma pessoa, ou várias, que não estão obrigadas a nenhuma prestação em favor dele, mas que estão apenas *sujeitas*, de modo que não podem se subtrair ao efeito jurídico produzido.²³⁴

Assim, a ação é entendida por Chiovenda como o poder de realizar a vontade concreta da lei independentemente da vontade ou da prestação do réu-devedor²³⁵; é, em última análise, “o poder jurídico de realizar a condição para a atuação da vontade da lei”²³⁶.

A esse poder do autor corresponde a sujeição do réu, que tem que suportar a atuação da vontade concreta da lei:

A ação é um poder que nos assiste em face do adversário em relação a quem se produz o efeito jurídico da atuação da lei. O adversário não é obrigado a coisa nenhuma diante desse poder: simplesmente lhe está sujeito. Com seu próprio

²³⁰ CHIOVENDA, G., *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 42.

²³¹ Id., *A ação no sistema dos direitos*, p. 25.

²³² Ibid., p. 31-32.

²³³ ARRUDA ALVIM NETTO, J. M. de., *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 345.

²³⁴ Tradução livre do original: “... un potere dell’avente diritto, di produrre, mediante una manifestazione di volontà, un effetto giuridico a cui ha interesse, o la cessazione di uno stato giuridico svantajoso; e ciò di fronte a una persona, o più, che non sono tenute ad alcuna prestazione verso di lui, ma sono soltanto soggette, così da non potervisi sottrarre, all’effetto giuridico prodotto” (apud HENNING, F. A. C., *Ação concreta*, p. 86-87). Esse conceito foi apresentado por Chiovenda na obra *A ação no sistema dos direitos*, da qual, como já afirmado, há tradução para o português. A tradução, todavia, contém um equívoco que prejudica a compreensão (*svantajoso* foi traduzido por **vantajoso** e não por **desvantajoso**) (CHIOVENDA, G., *A ação no sistema dos direitos*, p. 28). Esse é o motivo pelo qual se utiliza aqui a citação constante da obra de Henning.

²³⁵ Id., *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 39.

²³⁶ Id., *A ação no sistema dos direitos*, p. 9.

exercício exaure-se a ação, sem que o adversário nada possa fazer, quer para impedi-la, quer para satisfazê-la²³⁷.

Desse modo, para Chiovenda o sujeito passivo do direito de ação é apenas o adversário de seu titular — e não o Estado. Ao analisar criticamente a teoria de Wach (para quem seriam sujeitos passivos do *Rechtsschutzanspruch* tanto o Estado quanto o adversário²³⁸), o autor esclarece o que o levou a essa conclusão:

A teoria de WACH é mais conforme à tradição germânica do que à latina. Não se nega que existem relações jurídicas públicas (como se viu) entre o Estado e o cidadão; nem haveria *ação*, se não existisse o Estado, a que se dirigir; neste caso, entretanto, a relação com o Estado não é mais que um meio de obter certos efeitos *contra o adversário*. A tradição latina vislumbrava na ação especialmente essa direção contra o adversário; a tradição germânica se fixa, antes, na relação com o Estado, como transparece da expressão *Klagerecht* (direito de querela). (...) Pode-se, de resto, duvidar se existe um direito à tutela jurídica *contra* o Estado, o que presumirá um conflito de interesse entre Estado e cidadão, quando dar razão a quem a tem é interesse do próprio Estado, a que o Estado *provê permanentemente com a instituição dos juízes*²³⁹.

Chiovenda não admite o Estado como sujeito passivo do direito de ação por entender que não há, entre seu titular e o Estado, um conflito de interesses, uma vez que ambos buscam a atuação da vontade concreta da lei. Assim como o autor tem interesse na atuação da vontade concreta da lei, pois isto serve à satisfação de seu direito subjetivo material, também o tem o Estado (trata-se de um interesse próprio, apenas coincidente com o interesse do autor que tem o direito de ação). Desse modo, ao “demandar, o titular da ação utiliza-se do interesse estatal na escorreita aplicação do Direito para obter os efeitos a que faz jus contra o adversário; em fim, a relação entre titular da ação e Estado serve como instrumento nas mãos do primeiro para a produção de efeitos em face do adversário”²⁴⁰.

Ora, sendo o direito de ação dirigido contra o adversário, sua natureza poderá ser pública ou privada, dependendo da natureza da vontade concreta da lei a cuja atuação ele visa²⁴¹.

Assim como Wach, também Chiovenda considera a ação como um direito condicionado²⁴². Para ele, as condições da ação são “as condições necessárias a

²³⁷ CHIOVENDA, G., *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 42.

²³⁸ Cf. item 4.1.1.4, *supra*.

²³⁹ *Ibid.*, p. 40. Grifos do original.

²⁴⁰ HENNING, F. A. C., *Ação concreta*, p. 121.

que o juiz declare existente e atue a vontade concreta de lei invocada pelo autor, vale dizer, as condições necessárias para obter um pronunciamento favorável”²⁴³. Nesse sentido, são condições da ação condenatória²⁴⁴: “1.º a existência de uma vontade de lei que assegure a alguém um bem obrigando o réu a uma prestação [isto é, a existência do direito subjetivo afirmado pelo autor]; 2º a *qualidade* [ou legitimidade], isto é, a identidade da pessoa do autor com a pessoa favorecida pela lei e da pessoa do réu com a pessoa obrigada; 3º o *interesse* em conseguir o bem por obra dos órgãos públicos [isto é, a lesão do direito subjetivo do autor, caracterizada pelo inadimplemento do réu²⁴⁵]”²⁴⁶.

Estabelecido que a existência da vontade concreta da lei afirmada pelo autor é uma das condições para que ele obtenha uma sentença favorável, Chiovenda conclui que o objeto do processo é “a vontade concreta da lei, cuja afirmação e atuação se reclamam, assim como o próprio poder de reclamar-lhe a atuação, isto é, a ação”²⁴⁷.

Chiovenda esclarece ainda que as condições da ação não se confundem com os pressupostos processuais: estes são requisitos para a obtenção de uma sentença qualquer, independentemente de seu conteúdo, enquanto que aquelas são requisitos para a obtenção de uma sentença favorável:

As condições da ação são as condições de uma decisão favorável ao autor; os pressupostos processuais são as condições de uma decisão qualquer sobre a demanda. Em certo sentido, portanto, também os pressupostos processuais são condições da ação, porque, se falecem, impedem uma decisão favorável. A diferença, porém, se torna manifesta se atentamos em que, se as condições da ação equivalem *somente* a condições do pronunciamento favorável, os pressupostos processuais importam em condições *também* do pronunciamento desfavorável²⁴⁸.

Além disso, a sentença que se limita a reconhecer que determinado pressuposto processual não foi preenchido e que, por esse motivo, não é possível julgar a demanda do autor naquele processo não faz coisa julgada material²⁴⁹. Por outro lado, a sentença que julga a demanda do autor, seja acolhendo-a, seja

²⁴¹ CHIOVENDA, G., *A ação no sistema dos direitos*, p. 23; id., *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 42.

²⁴² CHIOVENDA, G., *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 89.

²⁴³ Ibid., p. 89.

²⁴⁴ A análise limitar-se-á à ação condenatória tendo em vista os limites do presente trabalho. Note-se que a reparação de dano extrapatrimonial é obtida por meio da técnica condenatório-executiva.

²⁴⁵ Ibid., p. 229-230.

²⁴⁶ Ibid., p. 89.

²⁴⁷ Ibid., p. 71.

²⁴⁸ Ibid., p. 93.

rejeitando-a em virtude da ausência de alguma das condições da ação, produz coisa julgada material²⁵⁰.

4.1.1.6. Liebman

Foi um dos discípulos de Chiovenda, Liebman, quem elaborou a teoria da ação que veio a ser adotada pelo Código de Processo Civil brasileiro de 1973. Por tal motivo, essa é a teoria que para nós tem maior relevância.

Liebman, adotando uma postura conciliatória, aproximou as teorias que consideravam a ação como um direito abstrato (Degenkolb e Plósz) daquelas que a concebiam como um direito em regra condicionado à existência do direito subjetivo material e que, portanto, viam a ação como um direito concreto (Wach e Chiovenda). Nesse sentido, ele afirma que, “naturalmente, a tutela jurisdicional somente cabe a quem tem razão, não a quem afirma um direito inexistente”²⁵¹, referindo-se assim à ação concreta de Wach e Chiovenda. Mas — prossegue o autor — “o único modo de assegurar a quem tem razão a possibilidade de fazê-la valer em juízo é permitir *a todos* que enderecem suas demandas aos tribunais, aos quais caberá o dever de examiná-las e de acolhê-las ou rejeitá-las, conforme sejam fundadas ou infundadas”²⁵² — e agora a referência é à ação abstrata de Degenkolb e Plósz. Por essa característica, a teoria de Liebman é por vezes denominada de teoria eclética da ação²⁵³.

A formulação que Liebman confere à ação tem por ponto de partida o direito positivo italiano, mais especificamente a primeira parte do artigo 24 da Constituição italiana, que dispõe: “Todos podem agir em juízo para a tutela dos

²⁴⁹ Ibid., p. 92.

²⁵⁰ CHIOVENDA, G., *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 89.

²⁵¹ Tradução livre do original: “Naturalmente la tutela giurisdizionale spetta in effetti soltanto a chi ha ragione, non a chi vanta un diritto inesistente” (LIEBMAN, E. T., *Manuale di diritto processuale civile*, p. 135).

²⁵² Tradução livre do original: “Ma l’unico modo di assicurare a chi ha ragione la possibilità di farla valere in giudizio è quello di permettere a tutti di rivolgere le loro domande ai tribunali ai quali spetterà il compito di esaminarle e di accoglierle o respingerle secondo che siano fondate od infondate” (Ibid., p. 135; grifo do original).

²⁵³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A., *Curso de processo civil*, p. 99; FREITAS CÂMARA, A., *Lições de direito processual civil*, p. 119; Gomes in BAPTISTA DA SILVA, O. A. e GOMES, F., *Teoria geral do processo civil*, p. 112 ss.; MITIDIERO, D. F., *Por uma nova teoria geral da ação*, p. 80; WATANABE, K., *Da cognição no processo civil*, p. 76.

direitos próprios e interesses legítimos”²⁵⁴. Em sua opinião, está aqui claramente delineada a fisionomia do direito de ação. Na verdade, esse direito não seria atribuído a **todos**, sem exceção, mas apenas àqueles que preencherem duas condições, a legitimação para agir (“direitos **próprios**”) e o interesse de agir (“interesses legítimos”)²⁵⁵:

o direito de agir em juízo é atribuído, na verdade, para a tutela dos direitos *próprios* e interesses legítimos e isso significa que não caberia a quem pedisse a tutela de direitos alheios. Eis uma primeira indicação que serve para individualizar a pessoa que, no caso concreto, pode efetivamente agir em juízo: é o que se chama de *legitimação para agir*.

Em segundo lugar, como o direito de agir é concedido para a tutela de um direito ou interesse legítimo, é claro que existe apenas quando há *necessidade* da tutela, isto é, quando o direito ou interesse legítimo não foi satisfeito como deveria ter sido, ou quando foi contestado, tornado incerto e, por isso, gravemente ameaçado. Vem assim individualizada a situação objetiva que justifica a propositura de uma demanda: é o que se chama de *interesse de agir*²⁵⁶.

A influência das teorias de Wach e Chiovenda é nítida. Tanto quanto eles, também Liebman considera a ação como um direito condicionado e estabelece como suas condições a legitimidade e o interesse²⁵⁷. Nas duas primeiras edições de seu *Manuale*, aliás, Liebman referia-se a uma terceira condição da ação, a possibilidade jurídica do pedido, o que tornava sua teoria ainda mais próxima daquelas; ocorria apenas a substituição da condição consistente na existência de um direito subjetivo material (ou de uma vontade concreta da lei a atuar, na formulação de Chiovenda) pela “admissibilidade em abstrato do provimento pedido”²⁵⁸.

²⁵⁴ Tradução livre do original: “*Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi*”.

²⁵⁵ LIEBMAN, E. T., *Manuale di diritto processuale civile*, p. 138.

²⁵⁶ Tradução livre do original: “*il diritto di agire in giudizio è attribuito infatti per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi e ciò significa che non spetterebbe a chi chiedesse la tutela dei diritti altrui. Ecco una prima indicazione che serve ad individuare la persona che caso per caso può effettivamente agire in giudizio: è quella che si chiama la legittimazione ad agire. In secondo luogo poiché il diritto di agire è dato per la tutela di un diritto od interesse legittimo, è chiaro che spetta soltanto quando vi è bisogno della tutela, quando cioè il diritto od interesse legittimo non è stato soddisfatto come avrebbe dovuto, o quando è stato contestato, reso incerto e perciò gravemente minacciato. Viene così individuata la situazione oggettiva che giustifica la proposizione di una domanda: è quella che si chiama interesse ad agire*” (Ibid., p. 138; grifos do original).

²⁵⁷ Como visto, Wach considerava como condições da ação condenatória a existência de um direito subjetivo material exigível e o interesse (item 4.1.1.4). Já Chiovenda considerava como condições dessa mesma espécie de ação a existência da vontade concreta da lei afirmada pelo autor, a legitimidade e o interesse (item 4.1.1.5).

²⁵⁸ Id., *Manual de direito processual civil*, p. 161.

No entanto, como esclarece Dinamarco, “tendo entrado em vigor na Itália, no ano de 1970, a lei que instituiu o divórcio (lei n.º 898, de 1.12.70), na 3ª edição de seu *Manuale* o autor sentiu-se desencorajado de continuar a incluir a *possibilidade jurídica* entre as condições da ação (afinal, esse era o principal exemplo de impossibilidade jurídica da demanda)”²⁵⁹. Na verdade, o que ocorreu foi a exclusão da possibilidade jurídica do pedido como uma condição **autônoma** da ação. As hipóteses que, no pensamento do autor, antes caracterizariam a falta dessa condição da ação (como a prisão por dívidas) passaram a ser consideradas como casos de falta de interesse de agir²⁶⁰.

Curiosamente, no mesmo ano em que na Itália foi publicada a 3ª edição do *Manuale* de Liebman (1973), por meio da qual ele rejeitava publicamente a possibilidade jurídica do pedido como condição autônoma da ação, no Brasil foi promulgada a Lei n.º 5.869, que instituiu o novo Código de Processo Civil brasileiro, o qual consagrou no plano legislativo sua teoria da ação²⁶¹, mas em sua configuração anterior, isto é, ainda fazendo referência às três condições da ação (possibilidade jurídica, legitimidade das partes e interesse processual)²⁶². De certa forma, portanto, o Código de Processo Civil brasileiro já nasceu desatualizado.

As considerações até aqui expostas permitem perceber que a primeira modificação que Liebman promoveu relativamente às teorias da ação de Wach e de Chiovenda foi a exclusão da existência do direito subjetivo material do rol de condições da ação. Essa não foi uma alteração pequena. Foi exatamente ela que aproximou as teorias sobre a ação concreta (Wach e Chiovenda) das teorias sobre a ação abstrata (Degenkolb e Plósz). Dinamarco, aliás, entende que Liebman é também um “abstratista”. Segundo ele, “são abstratistas todas as teorias para as quais a ação se considere existente ainda que inexistente o direito subjetivo material afirmado (ou seja, ‘abstraindo-se’ da existência deste), e isso é expressa e reiteradamente afirmado na obra de LIEBMAN”²⁶³.

Mas há outra modificação pela qual Liebman foi responsável. Para Wach e Chiovenda o objeto da cognição do juiz é composto por um binômio de questões,

²⁵⁹ In LIEBMAN, E. T., *Manual de direito processual civil*, p. 160-161.

²⁶⁰ LIEBMAN, E. T., *Manuale di diritto processuale civile*, p. 143.

²⁶¹ A influência de Liebman sobre o Código de Processo Civil brasileiro de 1973 já foi demonstrada no item 3.2.1, *supra*.

²⁶² “Art. 267. Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito: (...) VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a **possibilidade jurídica**, a legitimidade das partes e o interesse processual”. Grifo meu.

os pressupostos processuais e as condições da ação²⁶⁴, sendo que estas últimas integram o mérito.

Liebman, contudo, retira as condições da ação do mérito. Em sua opinião, o objeto da cognição do juiz é composto pelas questões preliminares e pelo mérito. Este é integrado por todas as questões cuja resolução possa influir, direta ou indiretamente, sobre a decisão a ser proferida acerca da demanda proposta pelo autor, isto é, sobre o acolhimento ou rejeição da demanda²⁶⁵. Já as questões preliminares compreendem a validade e regularidade formal dos atos processuais, os pressupostos processuais e as condições da ação²⁶⁶.

Desse modo, de acordo com sua teoria, a ausência de uma ou de mais de uma das condições da ação, isto é, a carência de ação impede o juiz de julgar a demanda do autor, impede-o de analisar o mérito, assim como a ausência de pressuposto processual o faria. Dessarte, tanto quanto os pressupostos processuais, também as condições da ação devem ser analisadas preliminarmente ao exame do mérito: “Quando em um determinado caso faltam as condições da ação ou mesmo uma delas (*interesse e legitimação para agir*), dizemos que ocorre *carência de ação* e o juiz deverá negar um juízo sobre o mérito, limitando-se a declarar inadmissível a demanda”²⁶⁷.

Perceba-se a diferença. De acordo com o pensamento de Wach e de Chiovenda, ainda que o juiz verifique a falta de legitimidade ou de interesse de agir deverá julgar a demanda do autor; irá rejeitá-la, é verdade, mas de qualquer modo a terá julgado. Segundo Liebman, porém, nessas mesmas hipóteses o juiz não irá julgar a demanda do autor, pois o dever de fazê-lo somente surge se preenchidas as condições da ação.

Para Liebman, enfim, a ação é o direito subjetivo processual por excelência²⁶⁸, é o direito ao processo e ao julgamento de mérito. Ela “não garante um resultado favorável no processo: o resultado do processo depende da convicção que o juiz formará sobre a existência de fundamento, de fato e de

²⁶³ In LIEBMAN, E. T., *Manual de direito processual civil*, p. 153.

²⁶⁴ Wach falava, mais exatamente, em condições da pretensão à tutela jurídica.

²⁶⁵ LIEBMAN, E. T., *Manuale di diritto processuale civile*, p. 158-159.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 161-162.

²⁶⁷ Tradução livre do original: “*Se in un caso determinato mancano le condizioni dell’azione od anche una di esse (interesse e legittimazione ad agire) diciamo che vi è carenza di azione e il giudice dovrà rifiutare un giudizio sul merito limitandosi a dichiarare inammissibile la domanda*” (*Ibid.*, p. 139; grifos do original).

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 135.

direito, da demanda proposta e poderá portanto ser favorável ao autor ou ao réu”²⁶⁹. A ação só existe quando forem preenchidas determinadas condições (legitimidade e interesse de agir), as quais são, assim, requisitos de sua existência²⁷⁰. Em outras palavras, o dever do Estado de julgar a demanda do autor, seja acolhendo-a, seja rejeitando-a somente surge quando forem preenchidas essas condições, de modo que elas também podem ser definidas como condições de admissibilidade do julgamento da demanda²⁷¹. A ação, desse modo, é o direito do particular de colocar em movimento uma função pública, exercida pelos órgãos judiciários; é, portanto, um direito que tem por sujeito passivo o Estado (motivo pelo qual tem sempre natureza pública) e tem conteúdo uniforme: a demanda de tutela jurisdicional de um direito próprio²⁷².

Por mais que tenha elaborado uma concepção intermediária de ação, Liebman não deixou de considerar a ação abstrata a que se referiam Degenkolb e Plósz nem a ação concreta de que haviam tratado Wach e Chiovenda.

À primeira, Liebman se refere ao considerar a existência de um genérico poder de agir, garantido constitucionalmente²⁷³. Ele afirma que, segundo “uma opinião muito difundida, esse poder pertence à categoria dos *diritti cívici*; ele é absolutamente genérico e indeterminado, inexaurível e inconsumível e não se relaciona a uma hipótese fática concreta”²⁷⁴. Buscando esclarecer esse ponto do pensamento de Liebman, Dinamarco diz que ele estabelece uma distinção

entre a *ação como garantia constitucional* (esta sim, incondicionada) e a ação como instituto disciplinado a nível de direito processual civil; a primeira assegura o respeito da lei ordinária ao instituto da ação, que por sua vez constitui ‘una specificazione, una determinazione, un particolare grado di condensazione’ da garantia constitucional. São as *condições da ação* que realizam essa especificação, revelando-se no plano concreto de ‘una fattispecie determinata ed esattamente individuata’²⁷⁵.

²⁶⁹ Tradução livre do original: “*L’azione, come diritto al processo e al giudizio di merito, non garantisce un risultato favorevole del processo: il risultato del processo dipende dalla convinzione che il giudice si farà sulla fondatezza in fatto e in diritto della domanda proposta e potrà perciò essere favorevole all’attore o al convenuto*” (LIEBMAN, E. T., *Manuale di diritto processuale civile*, p. 139).

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 142.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 142.

²⁷² *Ibid.*, p. 137, 139-140.

²⁷³ *Ibid.*, p. 135.

²⁷⁴ Tradução livre do original: “*Secondo un’opinione molto diffusa, questo potere appartiene alla categoria dei diritti cívici; esso è del tutto generico ed indeterminato, inesauribile ed inconsumabile, e non è legato ad una fattispecie concreta*” (*Ibid.*, p. 138; grifo do original).

²⁷⁵ In LIEBMAN, E. T., *Manual de direito processual civil*, p. 153. Grifos do original.

Já à ação concreta Liebman alude quando trata da distinção entre ação existente e ação fundada. Ele esclarece então que os requisitos para que exista a ação, assim entendido o direito à sentença de mérito, são as condições da ação. Trata-se, portanto, de requisitos estabelecidos pelo direito processual.

Mas a sentença de mérito a que a ação existente levará tanto poderá ser favorável quanto desfavorável ao autor — e o resultado desse julgamento depende de o autor ter ou não razão no mérito, ou seja, “em última análise, que subsista ou não subsista o direito material ou, mais genericamente, a situação jurídica afirmada em juízo”²⁷⁶. Em outras palavras, os requisitos que determinam o conteúdo da sentença de mérito são estabelecidos pelo direito material e não pelo direito processual.

Para Liebman, “do ponto de vista do processo, o fato de que o autor tenha razão e deva portanto obter aquilo que havia pedido, não caracteriza um novo e diverso direito, mas uma particular qualificação da ação, a qual resulta não apenas existente, mas também *fundada*”²⁷⁷.

Em síntese, por conseguinte, a ação concreta, a que Wach e Chiovenda dedicaram seus estudos, não é considerada por Liebman como um direito autônomo, mas apenas como uma “particular qualificação da ação”. À ação concreta de Wach e Chiovenda corresponde, assim, a ação fundada do pensamento de Liebman.

4.1.1.7. Apreciação crítica das teorias sobre a ação

É chegado o momento de apreciar, de forma crítica, as teorias da ação que foram expostas. Estaria a razão com Liebman? Com Wach e Chiovenda? Com Degenkolb e Plósz? Com nenhum deles? Ou com todos eles? O que é a ação, afinal de contas?

²⁷⁶ Tradução livre do original: “*Il risultato del giudizio dipende invece dal fatto che l’attore abbia ragione o abbia torto nel merito, ossia, in ultima analisi, che sussista o non sussista il diritto sostanziale o, più genericamente, la situazione giuridica affermata in giudizio*” (LIEBMAN, E. T., *Manuale di diritto processuale civile*, p. 148).

²⁷⁷ Tradução livre do original: “*Dal punto de vista del processo, il fatto che l’attore abbia ragione e debba perciò ottenere ciò che aveva chiesto, non concreta un nuovo e diverso diritto, bensì una particolare qualifica dell’azione, la quale risulta non soltanto esistente, ma anche fondata*” (Ibid., p. 148; grifo do original).

Buscando responder a pergunta ainda mais controversa do que esta última (o que é o direito?), Tercio Sampaio Ferraz Junior opta por enfrentar o problema a partir da análise da relação da língua com a realidade²⁷⁸. Em sua opinião, é possível notar entre os juristas uma concepção correspondente à chamada teoria essencialista, segundo a qual a língua é vista como “um instrumento que *designa* a realidade, donde a possibilidade de os conceitos lingüísticos refletirem uma presumida essência das coisas. Nesse sentido, as palavras são veículos desses conceitos”²⁷⁹. Essa seria, ainda segundo o autor, a raiz da multissecular polêmica sobre o conceito de direito²⁸⁰. O autor prefere abordar o problema então sob a ótica da teoria convencionalista, de acordo com a qual a

língua é vista como um sistema de signos, cuja relação com a realidade é estabelecida arbitrariamente pelos homens. Dado esse arbítrio, o que deve ser levado em conta é o *uso* (social ou técnico) dos conceitos, que podem variar de comunidade para comunidade. Desse modo, a caracterização de um conceito desloca-se da pretensão de se buscar a natureza ou essência de alguma coisa (que é a mesa?) para a investigação sobre os critérios vigentes no uso comum para usar uma palavra (como se emprega “mesa”?). Se nos atermos ao uso, toda e qualquer definição é *nominal* (e não real), isto é, definir um conceito não é a mesma coisa que descrever uma realidade, pois a descrição da realidade depende de como definimos o conceito e não o contrário. Ou seja, a descrição da realidade varia conforme os usos conceituais²⁸¹.

Talvez essas considerações possam ser úteis para a análise das diversas teorias sobre a ação, especialmente se considerarmos a possibilidade de que toda a polêmica existente quanto ao tema tenha decorrido de uma tentativa de identificar a “essência” da ação.

Assim, se deixarmos de lado o termo “ação”, perceberemos que Degenkolb e Plósz, Wach e Chiovenda e, por fim, Liebman dedicaram seus estudos a fenômenos diversos. Tanto Chiovenda quanto Liebman, por exemplo, usavam a palavra *azione*, mas para designar realidades diferentes — e, mais importante, realidades que coexistem e não que se excluem mutuamente. Por esse motivo, o recurso aos adjetivos tornava-se indispensável em alguns momentos. Liebman, nesse sentido, distinguia a ação “existente” da ação “fundada”.

Alexandre Freitas Câmara também entende ser possível superar a (falsa) controvérsia existente sobre o conceito de ação, por considerar que as diversas

²⁷⁸ FERRAZ JUNIOR, T. S., *Introdução ao estudo do direito*, p. 34.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 34-35. Grifo do original.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 35.

²⁸¹ *Ibid.*, p. 36. Grifos do original.

teorias elaboradas dedicam-se a fenômenos diferentes. Em sua opinião, apenas a teoria clássica e a teoria da ação como direito potestativo (Chiovenda) deveriam ser deixadas de lado. A primeira, por negar a autonomia da ação; a segunda, por afirmar que a ação tem por sujeito passivo o réu²⁸². A mesma tese é defendida ainda por Fernando Alberto Corrêa Henning²⁸³.

Pois bem, a partir dessas premissas é possível identificar a existência de três situações processuais diferentes.

Primeiramente, pode-se identificar um **direito de provocar o exercício da jurisdição**. Dinamarco denomina-o de direito de demandar²⁸⁴, Freitas Câmara de poder de demandar²⁸⁵ e Henning de ação abstrata²⁸⁶.

Esse foi o fenômeno estudado por Degenkolb e Plósz. Trata-se de um direito genérico e incondicionado, garantido a todas as pessoas, sendo por esse motivo possível afirmar que é um direito inerente à personalidade. É ele que explica a possibilidade que todos têm de colocar em movimento a atividade estatal e de obter do Estado uma sentença, ainda que ela se limite a reconhecer, por exemplo, a falta de pressuposto processual e, por esse motivo, nem mesmo julgue o pedido formulado pelo autor.

Todos os autores estudados reconhecem a existência desse fenômeno. Chiovenda inclusive afirma que “não há dúvida de que qualquer pessoa tenha a possibilidade material e também jurídica de agir em juízo”; em sua opinião, porém, essa mera possibilidade não é o que se poderia denominar de ação²⁸⁷. Nesse mesmo sentido, Wach diz que não se teria aqui um verdadeiro direito, mas mera faculdade²⁸⁸. Também Liebman admite sua existência, considerando que esse genérico poder de agir é uma garantia constitucional — o qual não se confunde, todavia, com a ação, que é “outra coisa”²⁸⁹. Discute-se, portanto, a natureza dessa situação jurídica (direito ou faculdade?), mas não sua existência. A seu respeito, afirma Dinamarco:

O direito de demandar é incondicionado. Por mais inadmissível que seja o julgamento do mérito (julgamento da pretensão trazida) e por isso o processo deva

²⁸² FREITAS CÂMARA, A., *Lições de direito processual civil*, p. 122.

²⁸³ HENNING, F. A. C., *Ação concreta*, p. 21-22, 173.

²⁸⁴ DINAMARCO, C. R., *Execução civil*, p. 372-373.

²⁸⁵ FREITAS CÂMARA, A., op. cit., p. 124.

²⁸⁶ HENNING, F. A. C., op. cit., p. 21.

²⁸⁷ CHIOVENDA, G., *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 41.

²⁸⁸ WACH, A., *Manual de derecho procesal civil*, p. 46.

²⁸⁹ LIEBMAN, E. T., *Manuale di diritto processuale civile*, p. 138.

ser extinto desde logo, a nenhum juiz é permitido deixar de apreciar a demanda, devendo fazê-lo ainda que seja para *indeferir a petição inicial* (art. 295). O primeiro e mais amplo dos efeitos da demanda, que é o de *formar o processo*, já estará então produzido pela simples apresentação da petição inicial. A garantia constitucional *da ação*, em seu significado mais amplo, é antes de tudo a garantia de que será *ouvido em juízo* todo aquele que trazer ao Estado-juiz uma alegação de direito violado ou posto em ameaça: tal é o primeiro dos significados do inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal (assegurar a cada um *his day in court*)²⁹⁰.

Se considerarmos que essa primeira explicação tem por objeto o direito à sentença, então a segunda situação que deve ser estudada é o **direito à sentença de mérito**²⁹¹. Esse já é um direito condicionado, de modo que só existirá se determinados requisitos forem preenchidos.

Para Wach e Chiovenda, esses requisitos consistiriam nos pressupostos processuais, mas Liebman a eles acrescenta as condições da ação (e também a “validade e regularidade formal dos atos processuais”, às quais Wach e Chiovenda não se referem expressamente quando tratam do objeto da cognição do juiz; seria razoável, entretanto, presumir que também eles considerá-las-iam como requisitos da sentença de mérito). De qualquer forma, pode-se perceber que esses requisitos são todos estabelecidos pelo direito processual²⁹².

Por fim, existe o direito à sentença favorável, a *Rechtsschutzanspruch* de Wach, a *azione* de Chiovenda. Henning designa-o de ação concreta²⁹³.

Foi a esse fenômeno que Wach e Chiovenda se dedicaram, buscando identificar suas condições, as quais são estabelecidas pelo direito material. Em outras palavras, o objetivo desses autores era responder às seguintes perguntas:

²⁹⁰ DINAMARCO, C. R., *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 111. Grifos do original.

²⁹¹ Na verdade, teríamos que falar aqui, mais exatamente, em direito ao provimento jurisdicional final se quiséssemos que as considerações expostas abrangessem também os processos de execução e cautelar. Naquele, o provimento jurisdicional final não é uma sentença, mas, na execução por quantia certa por exemplo, a ordem de entrega do bem ao exequente; neste, o provimento final é a medida cautelar. Como já se disse, porém, os limites do presente trabalho fazem com que a análise se concentre no processo de conhecimento e, nesse âmbito, o provimento jurisdicional final buscado pelo autor é a sentença de mérito.

²⁹² Na realidade, como bem observa Dinamarco, “as três condições da ação constituem *faixas de estrangulamento* entre o direito processual e o substancial, sabido que é sempre da *situação da vida* lamentada pelo demandante, em associação com o resultado jurídico-substancial pretendido, que resultam a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade de parte. Essas condições situam-se no campo do direito processual, porque constituem requisitos para que o processo possa prosseguir e, conseqüentemente, para que possa o juiz vir a ter o dever de prover sobre o mérito; mas, em cada caso, é quase exclusivamente no direito material que se vão buscar elementos para aferir se elas estão presente ou não” (DINAMARCO, C. R., op. cit., p. 300; grifos do original).

²⁹³ HENNING, F. A. C., *Ação concreta*, p. 21.

quais são os requisitos para que o autor obtenha uma sentença favorável? Diante de um caso concreto, o que deve o juiz analisar para decidir se a sentença será favorável ou desfavorável ao autor? Como bem observa Henning,

Pode parecer que o conceito de ação concreta é desnecessário; pode parecer mais simples dizer que o autor faz jus à sentença favorável se possuir o direito subjetivo afirmado, de sorte que a ação concreta seria uma inútil duplicata do direito subjetivo material. Mas Wach e Chiovenda estão preparados para essa objeção. Por um lado, ambos sustentam que nunca basta ao autor demonstrar a existência do direito subjetivo; ninguém faz jus a uma sentença de procedência, se não reúne também outros requisitos, como o interesse. Por outro lado, há sentenças de procedência que não dependem da existência do direito subjetivo do autor, como a sentença de procedência proferida em uma ação declaratória negativa. Portanto, é possível perder com direito subjetivo e vencer sem direito subjetivo. E isso ocorre porque a existência do direito material não é condição suficiente para a existência da ação concreta e, por vezes, sequer é condição necessária para a existência dessa²⁹⁴.

Desse modo, não têm razão Cintra, Grinover e Dinamarco²⁹⁵, nem Mitidiero²⁹⁶ quando criticam as teorias de Wach e de Chiovenda sob o fundamento de que elas não explicariam os casos em que a sentença julga improcedente a demanda do autor, isto é, que elas não explicariam os atos processuais praticados até a sentença nessa hipótese, por dois motivos:

a) as teorias desses autores destinam-se exatamente a explicar porque a sentença deve ser favorável ou desfavorável ao autor; em sua opinião, aliás, toda vez que a sentença julga improcedente a demanda do autor está reconhecendo a existência da ação do réu; e

b) os atos processuais praticados até a sentença, nos casos em que o autor não é titular de ação, além de serem explicados pela ação do réu são ainda justificados pelo exercício da faculdade de demandar (Wach) ou da possibilidade de agir (Chiovenda).

Também Liebman reconhece a existência do direito à sentença favorável. Em sua opinião, contudo, do ponto de vista processual não se trataria aqui de um direito autônomo, mas sim de uma particular qualificação da ação, que então se chamaria de ação fundada²⁹⁷.

²⁹⁴ HENNING, F. A. C., *Ação concreta*, p. 22.

²⁹⁵ CINTRA, A. C. de A., GRINOVER, A. P. e DINAMARCO, C. R., *Teoria geral do processo*, p. 262.

²⁹⁶ MITIDIERO, D. F., *Por uma nova teoria geral da ação*, p. 73.

²⁹⁷ LIEBMAN, E. T., *Manuale di diritto processuale civile*, p. 148.

Pois bem, identificados esses três fenômenos (direito de provocar o exercício da jurisdição, direito à sentença de mérito e direito à sentença favorável), fica a pergunta: qual deles deve ser chamado de ação? Essa é, em minha opinião, uma questão de menor importância. O que é realmente relevante é a percepção da existência desses três fenômenos e a identificação dos requisitos de cada um desses direitos. Qual deles será denominado de ação? Essa é uma questão, a meu ver, meramente convencional.

4.1.1.8.

O direito à tutela jurisdicional

O desenvolvimento da fase instrumentalista do direito processual civil, que enfatizou a importância dos resultados do processo na vida das pessoas²⁹⁸, levou a uma releitura do direito à sentença favorável. Ele foi substituído pelo direito à tutela jurisdicional, o qual é atualmente considerado como um direito fundamental, consagrado pelo art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal^{299, 300}

Avaliado o processo a partir dos resultados que é capaz de produzir, fica claro que não basta “o belo enunciado de uma sentença bem estruturada e portadora de afirmações inteiramente favoráveis ao sujeito, quando o que ela dispõe não se projetar utilmente na vida deste, eliminando a insatisfação que o levou a litigar e propiciando-lhe sensações felizes pela obtenção da coisa ou da situação postulada”³⁰¹. Logo, o valor do sistema processual deve ser dimensionado por sua capacidade de proporcionar à parte que tem razão uma situação melhor do que aquela em que se encontrava antes do processo³⁰².

Desse modo, percebe-se que a tutela jurisdicional é mais do que a sentença favorável. Esta é apenas um instrumento técnico-processual; aquela representa os efeitos, os resultados que esse instrumento técnico projeta para fora do processo e

²⁹⁸ Cf. item 3.1.3, *supra*.

²⁹⁹ MARINONI, L. G., *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 179-185.

³⁰⁰ Kazuo Watanabe esclarece que uma “das vertentes mais significativas das preocupações dos processualistas contemporâneos é a da efetividade do processo como instrumento da tutela de direitos” — ou seja, a da tutela jurisdicional (WATANABE, K., *Da cognição no processo civil*, p. 19).

³⁰¹ DINAMARCO, C. R., *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 108.

³⁰² *Ibid.*, p. 108. Conforme a sempre citada frase de Chiovenda, “o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir” (CHIOVENDA, G., *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 67).

para dentro da vida das pessoas³⁰³. Segundo Marinoni, “as sentenças refletem apenas o ‘modo’ (a técnica) pelo qual o direito processual tutela os diversos casos conflitivos concretos”³⁰⁴.

O que importa, dessa forma, não é a sentença em si, mas os efeitos que ela é capaz de produzir. Uma sentença constitutiva (como aquela que decreta o divórcio de um casal por exemplo³⁰⁵) não tem um valor intrínseco, pois “a técnica processual não tem um valor em si mesma”³⁰⁶. Sua importância está em sua aptidão para criar, modificar ou extinguir uma determinada situação jurídica (no caso, a dissolução do vínculo matrimonial).

Um segundo exemplo esclarecerá ainda melhor a distinção entre sentença favorável e tutela jurisdicional. O autor afirma que é titular de um direito de crédito em face do réu e que, apesar do vencimento, não houve até o momento o adimplemento. O Estado, ao final do procedimento em primeiro grau de jurisdição, reconhece que o autor tem razão e então profere a sentença favorável, uma sentença condenatória. Essa sentença, por si só, é capaz de conceder ao autor o bem da vida pretendido (quantia em dinheiro)? Não. Esse resultado prático, ou seja, a tutela jurisdicional somente lhe será prestada por meio de ulterior atividade executiva, a ser desenvolvida em um processo autônomo, chamado de processo de execução. O processo de conhecimento entregou ao autor a sentença favorável, mas foi incapaz de lhe conferir a tutela jurisdicional que buscava³⁰⁷.

Em síntese, quando se fala em tutela jurisdicional não se pensa na sentença favorável como ato do processo, mas nos resultados que o processo efetivamente produz na vida da parte que tem razão, segundo o direito material.

O direito à tutela jurisdicional, da mesma forma como o direito à sentença favorável, representa assim um elo de ligação entre o direito processual e o direito material^{308, 309}. Fica fácil compreender então que “só tem direito à tutela

³⁰³ DINAMARCO, C. R., *Tutela jurisdicional*, p. 812.

³⁰⁴ MARINONI, L. G., *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 146.

³⁰⁵ Nesse caso, tem-se mais exatamente uma sentença constitutiva negativa (ou desconstitutiva).

³⁰⁶ *Id.*, *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 34.

³⁰⁷ A partir da constatação de que algumas sentenças são capazes, sozinhas, de conceder a tutela jurisdicional ao autor que tem razão e que outras, para atingir esse resultado, dependem de ulterior atividade executiva, Marinoni as classifica em sentenças auto-suficientes (as declaratórias e as constitutivas) e em sentenças não-auto-suficientes (as condenatórias, executivas e mandamentais) (*ibid.*, p. 149-150).

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 34.

³⁰⁹ Como visto, essa reaproximação entre o direito processual e o direito material foi propiciada pela fase instrumentalista (item 3.1.3, *supra*).

jurisdicional quem tiver razão perante o direito material”³¹⁰ — seja o autor, seja o réu. Em outras palavras, a tutela jurisdicional é o resultado favorável proporcionado pelo processo no plano do direito material³¹¹.

4.1.2. Ação, demanda e petição inicial

No item anterior, viu-se que existem três diferentes direitos que podem ser chamados de ação: o direito de provocar o exercício da jurisdição (a ação abstrata de Degenkolb e Plósz), o direito à sentença de mérito (a ação processual de Liebman) e o direito à tutela jurisdicional (releitura contemporânea da ação concreta de Wach e Chiovenda).

Sob a ótica do primeiro daqueles direitos, a ação é vista apenas como um **direito de iniciativa**, isto é, como o direito de dar início ao processo. Mas observada sob a perspectiva dos outros dois direitos, deve ser considerada também como um **direito de impulso**, ou seja, deve ser compreendida como a soma de todas as posições jurídicas ativas do autor no processo³¹², as quais lhe permitem “realizar atos de seu interesse e segundo sua vontade desde o início até ao fim do procedimento”³¹³. Nesse sentido, Liebman afirma que a ação é “um direito de iniciativa e de impulso, com o qual o indivíduo coloca em movimento o exercício de uma função pública, através da qual espera obter a proteção de suas pretensões, dispondo, para essa finalidade, dos meios previstos pela lei para defendê-las (mesmo sabendo que o resultado poderá também ser-lhe desfavorável)”³¹⁴. Em outras palavras, segundo essa concepção o autor exerce o direito de ação não só no momento em que provoca o exercício da jurisdição (iniciativa), mas todas as vezes em que a atividade do juiz dependa de sua provocação (impulso)³¹⁵.

³¹⁰ DINAMARCO, C. R., *Tutela jurisdicional*, p. 822.

³¹¹ MARINONI, L. G., *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 147.

³¹² DINAMARCO, C. R., *Execução civil*, p. 355.

³¹³ Id., *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 292.

³¹⁴ Tradução livre do original: “[l’azione è] un diritto d’iniziativa e d’impulso, con cui il singolo pone in movimento l’esercizio di una funzione pubblica, dalla quale spera di ottenere la protezione delle proprie ragioni, disponendo a questo scopo dei mezzi apprestati dalla legge per far valere (pur sapendo che l’esito potrà anche essergli sfavorevole)” (LIEBMAN, E. T., *Manuale di diritto processuale civile*, p. 139-140).

³¹⁵ DINAMARCO, C. R., *Execução civil*, p. 355.

O ato por meio do qual a ação, entendida como direito de impulso, é exercida chama-se **demanda**. Quando o autor pratica esse ato, provoca o exercício da jurisdição do Estado e dá início ao processo. A demanda é, portanto, o ato constitutivo do processo, o qual tem início no exato momento em que o autor entrega sua petição inicial a um órgão do Poder Judiciário, geralmente ao cartório distribuidor³¹⁶. O Código de Processo Civil, a esse respeito, afirma que se considera “proposta a ação [*rectius*: demanda], tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara” (art. 263, 1ª parte).

A palavra demanda, na verdade, é ainda pouco utilizada, ao menos com rigor terminológico, pela doutrina brasileira. Todavia, é teoricamente recomendável que fenômenos distintos tenham nomes diversos. Assim, considerando que o direito não se confunde com seu exercício, podendo até mesmo haver direito sem que seu titular jamais o exerça, é preferível denominar o direito de **ação** e o ato através do qual ele é exercido de **demanda**. Na doutrina estrangeira, aliás, a distinção já existe de longa data. Os autores alemães a estabelecem mediante o uso das palavras *Klage* (queixa ou demanda) e *Klagerecht* (direito de queixa ou direito de demandar)³¹⁷ e na doutrina italiana se faz a diferenciação por meio dos vocábulos *azione* e *domanda* (Chiovenda afirma que a demanda é “o ato constitutivo da relação processual”³¹⁸ e Liebman, que é o “ato constitutivo do processo”³¹⁹). A pouca utilização do termo “demanda” pelos juristas brasileiros foi, inclusive, uma das dificuldades encontradas por Dinamarco ao traduzir o *Manuale* de Liebman para o português:

Domanda foi traduzido, aqui, por “pedido”. Essa é uma das palavras mais difíceis de verter à língua portuguesa, porque não há, no Brasil, o hábito de usar o vocábulo correspondente (*demanda*) no sentido em que ele aparece no texto. (...) Na linguagem peninsular, há muito cuidado em usar adequadamente as palavras *domanda* e *azione*, evitando esta em situações mais corretamente designadas por aquela: fala-se, assim, em propositura da “domanda”, princípio da “domanda”,

³¹⁶ DINAMARCO, C. R., *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 53; MARINONI, L. G. e ARENHART, S. C., *Manual do processo de conhecimento*, p. 88.

³¹⁷ Nesse sentido, Pugliese, ao comentar a tradução para o italiano, por ele realizada, das obras de Windscheid e Muther (Pugliese in: WINDSCHEID, B.; MUTHER, T., *Polemica intorno all' "actio"*, p. XLVII-XLVIII).

³¹⁸ CHIOVENDA, G., *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 349.

³¹⁹ Tradução livre do original: “*La domanda giudiziale, come atto costitutivo del processo...*” (LIEBMAN, E. T., *Manuale di diritto processuale civile*, p. 85).

cúmulo de “domande”, quando nós brasileiros tranqüilamente empregaríamos nessas locuções a palavra “ação”³²⁰.

No Brasil, além de Dinamarco³²¹, adotam a distinção entre ação e demanda, no sentido aqui exposto, Alexandre Freitas Câmara³²² e José Carlos Barbosa Moreira³²³, dentre outros.

A demanda, que em regra deve ser apresentada por escrito, pode, excepcionalmente, ser oral, como no caso dos Juizados Especiais Estaduais Cíveis³²⁴. Quando é proposta por escrito ela precisa de um instrumento, que a representará fisicamente e que será então denominado de **petição inicial**³²⁵. A petição inicial é, portanto, “a peça escrita em que o demandante formula a demanda a ser objeto de apreciação do juiz e requer a realização do processo até final provimento que lhe conceda a tutela jurisdicional”³²⁶ — ou, mais didaticamente, o “*papel* em que os termos da demanda estão escritos”³²⁷.

4.1.3.

O pedido como um dos elementos identificadores da demanda

Toda demanda constitui-se de três elementos essenciais, que a individualizam e identificam e que, portanto, permitem que ela seja comparada com outras demandas, para que se verifique se são iguais ou diferentes. Eles podem ser designados de “elementos identificadores da demanda”³²⁸, “elementos constitutivos da demanda”³²⁹ ou “elementos identificadores da ação”³³⁰ e são as

³²⁰ In LIEBMAN, E. T., *Manual de direito processual civil*, p. 34.

³²¹ DINAMARCO, C. R., *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 102.

³²² FREITAS CÂMARA, A., *Lições de direito processual civil*, p. 121-122, 235.

³²³ BARBOSA MOREIRA, J. C., *O novo processo civil brasileiro*, p. 9.

³²⁴ Lei n.º 9.099/95, art. 14, *caput*: “O processo instaurar-se-á com a apresentação do pedido, escrito ou oral, à Secretaria do Juizado”.

³²⁵ *Ibid.*, p. 10; DIDIER JÚNIOR, F., *Direito processual civil*, p. 353; FREITAS CÂMARA, A., *op. cit.*, p. 321-322.

³²⁶ DINAMARCO, C. R., *op. cit.*, v. 3, p. 354.

³²⁷ DINAMARCO, C. R., *op. cit.*, v. 2, p. 104. Segundo o mesmo autor, no processo penal o instrumento da demanda é chamado de denúncia ou de queixa (DINAMARCO, C. R., *Vocabulário de direito processual*, p. 170).

³²⁸ FREITAS CÂMARA, A., *op. cit.*, p. 235.

³²⁹ DINAMARCO, C. R., *op. cit.*, v. 2, p. 112. Cruz e Tucci designa-os apenas de elementos da demanda (CRUZ E TUCCI, J. R., *A causa petendi no processo civil*, p. 26).

³³⁰ Essa é a denominação tradicional na doutrina brasileira, que não costuma distinguir ação e demanda (cf. item 4.1.2, *supra*). Empregam-na, dentre outros, Wambier, Almeida e Talamini

partes (*personae*) — elemento subjetivo —, a causa de pedir (*causa petendi*) e o pedido (*petitum*) — elementos objetivos³³¹. Essa é a teoria da tríplice identidade (*tria eadem*), a qual foi adotada pelo Código de Processo Civil brasileiro, conforme demonstra claramente a redação de seu art. 301, § 2º: “Uma ação [*rectius*: demanda] é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido”³³².

Como esses elementos, mais do que identificar, constituem a demanda, o Código determina que seu instrumento, a petição inicial, os indique. A exigência está contida no art. 282, mais especificamente em seu inc. II, que se refere às partes (“os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu”), no inc. III, que menciona a causa de pedir (“o fato e os fundamentos jurídicos do pedido”), e no inc. IV, que trata do pedido (“o pedido, com as suas especificações”). Complementando essa disposição, o art. 295, parágrafo único, inc. I estabelece que a petição inicial que não contiver a indicação da causa de pedir ou do pedido é inepta, devendo por esse motivo ser indeferida, com a conseqüente extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267, inc. I).

4.1.3.1. As partes

O processo tem início no momento em que o autor propõe a demanda³³³. Nesse instante, surge uma relação jurídico-processual linear, unindo o sujeito que

(WAMBIER, L. R., ALMEIDA, F. R. C. de e TALAMINI, E, *Curso avançado de processo civil*, v. 1, p. 126-128). Utilizam a expressão elementos da ação, ainda, ARRUDA ALVIM NETTO, J. M. de., *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 385; BATISTA LOPES, J., *Curso de direito processual civil*, p. 77; BERMUDES, S., *Introdução ao processo civil*, p. 38; CARREIRA ALVIM, I. E., *Teoria geral do processo*, p. 147; GRECO FILHO, V., *Direito processual civil brasileiro*, v. 1, p. 89.

³³¹ Segundo Chiovenda, os “três elementos da ação e da demanda podem, assim, reagrupar-se e contrapor-se: de um lado, o elemento *subjetivo* (pessoas), do outro os dois elementos *objetivos* (objeto e causa)” (CHIOVENDA, G., *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 430; grifos do original). No mesmo sentido, CALAMANDREI, P., *Instituições de direito processual civil*, p. 240.

³³² Segundo Cruz e Tucci, à teoria da tríplice identidade opõe-se a teoria da identidade da relação jurídica (*eadem quaestio*), a qual todavia foi acolhida, “em princípio, somente pelos especialistas alemães” (CRUZ E TUCCI, J. R., *A causa petendi no processo civil*, p. 77), enquanto a primeira foi legislativamente consagrada não só no Brasil, mas também na França e na Itália, onde, aliás, prevaleceu na doutrina (*ibid.*, p. 86).

³³³ Cf. item 4.1.2, *supra*.

propôs a demanda (o qual, por esse motivo, pode ser chamado de demandante) e o Estado-juiz³³⁴.

Na petição inicial o demandante apresenta o requerimento de citação de uma outra pessoa (CPC, art. 282, inc. VII), que já é, desde o início, parte **na demanda**. Mas não é ainda parte **no processo**, não é ainda sujeito da relação jurídica processual, pois essa condição somente é adquirida como efeito de um outro ato processual, um ato de comunicação processual: a citação³³⁵.

Sujeitos processuais são “as pessoas que figuram como titulares das situações jurídicas ativas e passivas integrantes da relação jurídica processual”³³⁶. Ora, antes da citação a pessoa apontada como ré na demanda do autor não é titular de nenhuma situação jurídica processual. Desse modo, enquanto o autor adquire a qualidade de parte no processo no momento em que propõe a demanda, o réu a assume apenas com a citação³³⁷.

Ao presente trabalho interessa a identificação das partes da demanda (e não das partes do processo)³³⁸. Nesse sentido, é possível afirmar que o demandante (ou autor) é aquele que propõe a demanda e que o demandado (ou réu)³³⁹ é aquele em face de quem³⁴⁰ o demandante propõe a demanda³⁴¹, ou seja, é o sujeito

³³⁴ CINTRA, A. C. de A., GRINOVER, A. P. e DINAMARCO, C. R., *Teoria geral do processo*, p. 295.

³³⁵ DINAMARCO, C. R., *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 271-273; FREITAS CÂMARA, A., *Lições de direito processual civil*, p. 155-156.

³³⁶ DINAMARCO, C. R., op. cit., p. 198.

³³⁷ Ibid., p. 278-279.

³³⁸ Lembre-se que esse item é dedicado a situar o pedido como um dos elementos identificadores **da demanda**. Sobre o tema, nessa perspectiva, Dinamarco afirma que “partes, causa de pedir e pedido, **conforme lançados na petição inicial**, são os elementos constitutivos de cada demanda” (Ibid., p. 112; grifo meu).

³³⁹ Demandante e demandado são designações genéricas, que se aplicam a qualquer espécie de processo. No processo de conhecimento (ao qual se limita o presente estudo), podem ser substituídas por autor e réu — mas não no processo de execução, com relação ao qual se fala em exequente e executado. Fenômeno análogo ocorre no plano dos recursos. Genericamente, pode-se falar em recorrente e recorrido. Porém, algumas espécies recursais permitem sua substituição por termos específicos. Assim, na apelação pode-se falar em apelante e apelado, no agravo, em agravante e agravado e nos embargos em embargante e embargado. Na verdade, haveria aqui uma pluralidade de nomes que poderiam ser mencionados (impetrante e impetrado, excipiente e excepto, e assim por diante). O único cuidado a ser tomado refere-se às expressões suplicante e suplicado e requerente e requerido, como bem observa Dinamarco: “Numa linguagem antiquada, deselegante e incorreta, falam alguns em *suplicante* e *suplicado* — resquício dos tempos em que se encarava a tutela jurisdicional como um *favor* que o sujeito vinha *suplicar*. É igualmente atécnico o emprego dos vocábulos *requerente* e *requerido*; tecnicamente, *requerer* não é o mesmo que *pedir* (pede-se a tutela jurisdicional e requerem-se medidas no curso do processo)” (Ibid., p. 114; grifos do original).

³⁴⁰ O demandante propõe a demanda **contra** o Estado e **em face** do demandado. Essa é uma conseqüência (lingüística, é verdade) da consideração da ação como um direito público, que tem por sujeito passivo o Estado. Sergio Bermudes, entretanto, defende a utilização da expressão “contra o réu”, em virtude de sua consagração histórica e prática (BERMUDES, S., *Ação contra o*

indicado como demandado na petição inicial, o sujeito cuja citação o demandante requer com o objetivo de que venha a integrar a relação jurídica processual^{342, 343}.

4.1.3.2. A causa de pedir

Segundo Barbosa Moreira, todo “pedido tem uma causa. Identificar a *causa petendi* é responder à pergunta: por que o autor pede tal providência? Ou, em outras palavras: qual o fundamento de sua pretensão?”³⁴⁴

Dentre os elementos identificadores da demanda, esse é o mais complexo e também o responsável pelo maior número de divergências doutrinárias.

No Brasil, o livro de referência sobre o tema foi escrito por José Rogério Cruz e Tucci com o título *A causa petendi no processo civil*³⁴⁵. Em suas primeiras páginas, o autor já adverte que “é tarefa praticamente impossível emitir um conceito unívoco e abrangente de *causa de pedir*”³⁴⁶, especialmente em virtude da constatação de que “nas últimas cinco décadas, cada autor que tratou do assunto tem encontrado soluções próprias, discrepantes, não poucas vezes, de resultados anteriormente atingidos, e dando, assim, margem para a elaboração de inúmeras teorias”³⁴⁷.

Em virtude dos limites do presente trabalho, não se pretende aqui analisar criticamente ou mesmo reproduzir as várias divergências existentes na doutrina sobre o tema, mas apenas delinear-lo.

réu ou em face dele?, passim). A respeito da posição assumida pelo autor nesse artigo, afirma Ovídio Baptista da Silva: “Dir-se-ia que, no conflito entre os ‘dois direitos’ a que aludia Pontes de Miranda — o das universidades e o do foro — entre a ‘ciência’ e a ‘experiência’, predominou em Sérgio Bermudes o profissional do foro, não o docente consagrado de nossas universidades” (BAPTISTA DA SILVA, O A., *Execução “em face do executado”*, p. 199). Baptista da Silva, aliás, compartilha da opinião de Bermudes: “[é possível admitir que] o correto seria realmente proporem-se as ações ‘contra o Estado’; entretanto, em homenagem ao ‘acervo lusitano’ de nossa experiência jurídica, será preferível perseverarmos no erro, continuando a propor as ações ‘contra o réu’, como sempre se fez” (Ibid., p. 199).

³⁴¹ LIEBMAN, E. T., *Manuale di diritto processuale civile*, p. 177.

³⁴² DINAMARCO, C. R., *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 271-272.

³⁴³ Considerando as partes do processo, é possível afirmar que são “os sujeitos do contraditório instituído perante o juiz” (Tradução livre do original: “...sono parti del processo i soggetti del contraddittorio istituito davanti al giudice...”; LIEBMAN, E. T., id., p. 85).

³⁴⁴ BARBOSA MOREIRA, J. C., *O novo processo civil brasileiro*, p. 15.

³⁴⁵ Aparentemente, essa é a única monografia dedicada ao tema já publicada no Brasil.

³⁴⁶ CRUZ E TUCCI, J. R., *A causa petendi no processo civil*, p. 24.

³⁴⁷ Ibid., p. 27.

A causa de pedir se decompõe em causa de pedir próxima (ou geral) e remota (ou particular). Esta última, segundo Marco Tullio Zanzucchi, se subdivide em causa de pedir ativa e passiva.

A **causa remota ativa** é composta pelo fato constitutivo do direito do autor. A **causa remota passiva**, pelo fato violador desse direito³⁴⁸.

A **causa próxima**, por sua vez, consiste “no enquadramento da situação concreta, narrada *in status assertionis*, à previsão abstrata, contida no ordenamento de direito positivo, e do qual decorre a juridicidade daquela [causa remota], e, em imediata seqüência, a materialização, no pedido, da consequência jurídica alvitrada pelo autor”³⁴⁹.

Na síntese do art. 282, inc. III do Código, a causa de pedir é composta pelos fatos (causa remota) e pelo fundamento jurídico (causa próxima) do pedido do autor.

Segundo Dinamarco,

Todo direito a um determinado bem da vida nasce necessariamente de dois elementos: um preceito que a lei preestabelece e um fato previsto na lei como antecedente lógico da imposição do preceito (*ex facto oritur jus*). Em toda norma jurídica existe uma previsão genérica e abstrata de fatos tipificados com maior ou menor precisão (*fattispecie*), seguida do preceito a aplicar cada vez que na vida concreta das pessoas ou grupos venha a acontecer um fato absorvido nessa previsão (*sanctio juris*).

Por isso, para coerência lógica com o sistema jurídico como um todo, o sujeito que postula em juízo deve obrigatoriamente explicitar quais os fatos que lhe teriam dado direito a obter o bem [causa de pedir remota ativa] e qual é o preceito pelo qual esses fatos geram o direito afirmado [causa de pedir próxima]. Isso explica a composição mista da *causa petendi*, indicada no Código de Processo Civil como *fatos e fundamentos jurídicos do pedido* (art. 282, inc. III).

(...)

Além disso, para que seja necessária a tutela jurisdicional é indispensável que o direito alegado pelo autor esteja *em crise*. Sem uma crise de certeza, de adimplemento ou de alguma situação jurídica sequer se justificaria a intromissão dos agentes do Poder Judiciário. Não teria utilidade alguma. A consequência é que a demanda deve necessariamente, além de individualizar fatos e propor seu enquadramento jurídico para a demonstração do direito alegado, descrever também os *fatos caracterizadores da crise jurídica lamentada* [causa de pedir remota passiva³⁵⁰]. Numa demanda de proteção possessória, o autor alega os fatos dos

³⁴⁸ Zanzucchi afirma que a causa de pedir “se cinde em dois elementos: um direito e um estado de fato contrário ao mesmo direito: *causa petendi* ativa — *causa petendi* passiva”. Tradução livre do original: “[*la causa di un’azione*] si scinde in due elementi: un diritto e uno stato di fatto contrario al diritto stesso: *causa petendi attiva* — *causa petendi passiva*” (ZANZUCCHI, M. T., *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, p. 331).

³⁴⁹ CRUZ ETUCCI, J. R., *A causa petendi no processo civil*, p. 155.

³⁵⁰ Apesar de citar Zanzucchi, Dinamarco afirma que o direito em crise constitui a causa de pedir passiva e que os fatos que geraram essa crise integram a causa de pedir ativa, invertendo portanto a relação estabelecida por aquele autor italiano DINAMARCO, C. R., *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 127).

quais decorre seu direito a possuir o bem, as razões jurídicas por que tem esse direito e mais os fatos, imputados ao réu, caracterizadores do esbulho, da turbação ou da ameaça que vem a juízo lamentar³⁵¹.

O entendimento de que a causa de pedir é composta pelos fatos (causa remota) e pelo fundamento jurídico (causa próxima) é predominante na doutrina brasileira. Adotam-no, dentre outros, Cândido Rangel Dinamarco³⁵², José Manoel de Arruda Alvim Netto³⁵³, José Rogério Cruz e Tucci³⁵⁴, Moacyr Amaral Santos³⁵⁵ e Vicente Greco Filho³⁵⁶. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery consideram que os fundamentos de fato constituem a causa de pedir próxima e os fundamentos jurídicos a causa remota, invertendo os termos com relação à concepção dominante na doutrina³⁵⁷. Já Barbosa Moreira apresenta a maior divergência em relação ao entendimento majoritário; em sua opinião, a causa de pedir constitui-se apenas do “fato ou do conjunto de fatos a que o autor atribui a produção do efeito jurídico por ele visado”, estando dela excluído não só o fundamento legal, mas também o fundamento jurídico³⁵⁸.

Note-se que fundamento jurídico não se confunde com fundamento legal. Aquele consiste na norma jurídica que, segundo o autor, aplica-se aos fatos por ele descritos na petição inicial; este é o dispositivo legal (artigo de lei) de onde a norma foi extraída. O fundamento legal nem integra a causa de pedir nem precisa ser indicado na petição inicial³⁵⁹. Nesse sentido, Arruda Alvim afirma que “a fundamentação legal, isto é, a indicação do artigo de lei aplicável — segundo entendimento do autor — à hipótese fático-jurídica deduzida é extrínseca à identificação de ações. Nada tem que ver com ela”³⁶⁰.

³⁵¹ DINAMARCO, C. R., *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 126-127. Grifos do original.

³⁵² *Ibid.*, p. 126-128.

³⁵³ ARRUDA ALVIM NETTO, J. M. de., *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 390.

³⁵⁴ CRUZ E TUCCI, J. R., *A causa petendi no processo civil*, p. 154-155.

³⁵⁵ AMARAL SANTOS, M., *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 1, p. 164.

³⁵⁶ GRECO FILHO, V., *Direito processual civil brasileiro*, v. 1, p. 91.

³⁵⁷ NERY JUNIOR, N. e ANDRADE NERY, R. M., *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, p. 671.

³⁵⁸ BARBOSA MOREIRA, J. C., *O novo processo civil brasileiro*, p. 15-16

³⁵⁹ CRUZ ETUCCI, J. R., op. cit., p. 155; DINAMARCO, C. R., op. cit., p. 128; GRECO FILHO, V., op. cit., p. 92; NERY JUNIOR, N. e ANDRADE NERY, R. M., *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, p. 671; WAMBIER, L. R., ALMEIDA, F. R. C. de e TALAMINI, E., *Curso avançado de processo civil*, v. 1, p. 292.

4.1.3.3. O pedido

O último — e mais importante³⁶¹ — elemento que constitui e identifica uma demanda é o **pedido**. Como observam Wambier, Almeida e Talamini, parte da doutrina denomina-o de objeto³⁶² (Arruda Alvim, por exemplo, afirma que os “elementos da ação” são as partes, o objeto e a causa de pedir³⁶³). No entanto, pondera Sergio Bermudes, o pedido não se confunde com seu objeto: pede-se “algo, e o que se pede constitui o *objeto* do pedido”. E complementa: “Conquanto o *pedido* possa ser isolado do seu *objeto*, a lei, com o vezo, do qual não escapa a linguagem técnica, de tomar a parte pelo todo e o todo pela parte, usa um pelo outro, num tropo que, em gramática, se chama de metonímia (do grego *meta*, além de, mudança, e *onyma*, nome)”³⁶⁴.

A reaproximação ocorrida entre o direito processual civil e o direito material durante a fase instrumentalista³⁶⁵, bem como a percepção de que atualmente a concepção da ação que merece maior atenção do processualista é aquela que a considera como o direito (fundamental) à tutela jurisdicional³⁶⁶, são conquistas da ciência processual que impõem observar o pedido a partir do direito material.

Essa perspectiva mostra, em um primeiro momento, porque é essencial que o autor, ao propor a demanda, indique o resultado que pretende obter no plano do direito material por meio do processo ou, segundo expressão consagrada pela doutrina, o **bem da vida** a que afirma ter direito (subjeto) segundo as regras do direito (objetivo) material. **Que resultado** pode ser esse? A resposta é dada pelo direito material.

Mas **como** alcançar o resultado previsto pelo direito material? Agora, a explicação é dada pelo direito processual. Ele é responsável pela criação das técnicas necessárias para que aquele resultado seja efetivamente produzido, nos casos em que sua obtenção não seja possível sem o exercício da jurisdição

³⁶⁰ ARRUDA ALVIM NETTO, J. M. de., op. cit., p. 389.

³⁶¹ “O pedido é o núcleo da petição inicial”, afirmam, dentre outros: DIDIER JÚNIOR, F., *Direito processual civil*, p. 373; GRECO FILHO, V., *Direito processual civil brasileiro*, v. 2, p. 104.

³⁶² WAMBIER, L. R., ALMEIDA, F. R. C. de e TALAMINI, E., *Curso avançado de processo civil*, v. 1, p. 129.

³⁶³ ARRUDA ALVIM NETTO, J. M. de., *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 386.

³⁶⁴ BERNUDES, S., *Introdução ao processo civil*, p. 43; grifos do original. O autor se refere, por exemplo, à redação adotada no art. 103 do CPC: “Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o **objeto** ou a causa de pedir” (grifo meu).

³⁶⁵ Cf. item 3.1.3, *supra*.

estatal³⁶⁷. Em outras palavras, as “soluções estão no direito substancial, os meios de impô-las são processuais”³⁶⁸. Por esse motivo, o autor também deve indicar, ao propor a demanda, o **provimento jurisdicional** que pretende obter do Estado como meio para alcançar o bem da vida desejado.

Provimientos jurisdicionais (ou pronunciamentos) são declarações feitas pelo Estado-juiz mediante o uso da palavra escrita ou oral, tendo por objeto a vontade concreta do direito material ou processual³⁶⁹. Quando emitidos pelo magistrado de primeiro grau de jurisdição dividem-se em sentenças, decisões interlocutórias e despachos (CPC, art. 162³⁷⁰); quando consistem em atos colegiados praticados pelos tribunais são denominados de acórdãos (CPC, art. 163)³⁷¹. Ao propor a demanda, o autor não precisa indicar todos os provimentos que devem ser emitidos pelo juiz durante o processo (provimentos interlocutórios), mas apenas o provimento jurisdicional final, o qual, no processo de conhecimento, é a sentença de mérito³⁷².

³⁶⁶ Cf. item 4.1.1.8, *supra*.

³⁶⁷ A **necessidade** da atuação jurisdicional do Estado é um dos elementos que integram a condição da ação interesse de agir (DINAMARCO, C. R., *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 305). O interesse-necessidade existe, essencialmente, em duas hipóteses: a) quando à pretensão do autor o réu opõe sua resistência (o processo é então necessário em virtude da vedação da autotutela); e b) quando a lei considerar o processo como necessário para a produção do resultado desejado pelo autor, como ocorre nos casos de separação judicial, seja ela litigiosa ou consensual.

³⁶⁸ DINAMARCO, C. R., *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 147.

³⁶⁹ *Id.*, op. cit., v. 2, p. 491.

³⁷⁰ Esse dispositivo legal afirma, em seu *caput*, que os “atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos”. Na verdade, os atos judiciais classificam-se em **pronunciamentos** e **atos materiais** (ou reais). Aqueles é que seguem a subdivisão contida no artigo, que assim deixou de considerar a existência destes últimos. Atos materiais são os atos que se manifestam *re non verbis*, são as condutas materiais do juiz no processo. Podem ser atos instrutórios, como a inspeção de pessoa ou coisa (art. 440) e a ouvida de testemunha (art. 416), ou atos de documentação, como aquele consistente na assinatura, pelo juiz, do termo de audiência que haja presidido, lavrado pelo escrivão ou escrevente. Nesse sentido: AMARAL SANTOS, M., *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 1, p. 285-286; ARRUDA ALVIM WAMBIER, *Os agravos no CPC brasileiro*, p. 77; CINTRA, A. C. de A., GRINOVER, A. P. e DINAMARCO, C. R., *Teoria geral do processo*, p. 342-343; DINAMARCO, C. R., *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 491-492; GRECO FILHO, *Direito processual civil brasileiro*, v. 2, p. 15; NERY JUNIOR, N. e ANDRADE NERY, R. M., *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, p. 561-562; WAMBIER, L. R., ALMEIDA, F. R. C. de e TALAMINI, E., *Curso avançado de processo civil*, v. 1, p. 183.

³⁷¹ Atualmente, nos tribunais, o relator tem inúmeros poderes e emite importantes provimentos (CPC, art. 557, p. ex.). Como eles são singulares, não levam o nome de acórdãos, no entanto.

³⁷² “No processo de conhecimento, que é estruturado para produzir o *judgamento* da pretensão, o provimento *final* é a sentença de mérito, com que o juiz a julga procedente, ou improcedente, ou procedente em parte (CPC, art. 459); na execução, o provimento *final* é o ato com que o juiz manda entregar o bem” (DINAMARCO, C. R., *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 147-148; grifos do original).

Todavia, há diversas espécies de sentença de mérito (declaratória, constitutiva, condenatória, executiva e mandamental³⁷³), motivo pelo qual não é suficiente que o autor peça **uma** sentença de mérito, devendo indicar **qual** daquelas espécies deseja. A escolha deverá levar em consideração que cada espécie de sentença é adequada³⁷⁴ à solução de um determinado tipo de crise observada no plano do direito material³⁷⁵. Segundo Dinamarco,

a diversidade de provimentos concebidos e instalados na ordem processual é um dos aspectos da técnica processual, destinando-se cada um deles a debelar uma espécie de *crise jurídica* mediante a oferta de solução prática adequada segundo os desígnios do direito substancial e sempre com vista a produzir *resultados úteis* na vida dos sujeitos. Sabido que o processo civil é institucionalmente voltado a produzir tais resultados (*processo civil de resultados*) e que cada uma dessas situações caracterizadas como *crises jurídicas* apresenta dificuldades específicas que não estão necessariamente presentes em todas, é natural que as técnicas variem e sejam diferentes os provimentos a emitir em cada uma delas. É indispensável associar cada tipo de provimento — ou cada espécie processual de tutela — às variáveis situações lamentadas e à solução que lhes destina o direito material. Essas situações recebem a qualificação de *crises jurídicas* por se resolverem sempre em estados de insatisfação e inconformismo de alguém que de algum modo se afirma molestado em seus direitos e pede remédio para a situação lamentada.

³⁷³ Será adotada no presente trabalho a classificação quinária das sentenças, que considera existirem cinco espécies de sentença (declaratória, constitutiva, condenatória, executiva e mandamental). A ela se opõe a classificação trinária, que não admite a existência das sentenças executiva e mandamental — ao menos, não como categorias autônomas; há aqueles que, não podendo recusar sua existência, consideram-nas como subespécies da sentença condenatória (nesse sentido, por exemplo, CINTRA, A. C. de A., GRINOVER, A. P. e DINAMARCO, C. R., *Teoria geral do processo*, p. 313). Sobre o tema, afirmam Marinoni e Arenhart: “A doutrina, por muito tempo, classificou as sentenças em declaratória, condenatória e constitutiva. Isso em razão de motivos culturais e políticos que não comportam análise neste momento. Entretanto, é importante esclarecer que a doutrina italiana clássica, que formulou tal classificação, recebeu nítida influência da filosofia liberal do final do século XIX. As sentenças da classificação trinária são absolutamente incapazes de garantir tutela genuinamente preventiva, ou tutela adequada aos direitos *não patrimoniais*. Isso porque através de nenhuma delas o juiz pode ordenar. Com efeito, essa classificação, além de refletir, sobre o plano metodológico, as exigências da escola sistemática, baseadas na necessidade de isolar o processo do direito material, espelha os valores do direito liberal, fundamentalmente a pretendida neutralidade do juiz, a autonomia da vontade, a não ingerência do Estado nas relações dos particulares e a incoercibilidade do fazer” (MARINONI, L. G. e ARENHART, S. C., *Manual do processo de conhecimento*, p. 408; grifos do original).

³⁷⁴ A **adequação** do provimento jurisdicional pedido pelo autor à crise jurídica por ele afirmada perante o Estado-juiz é o segundo elemento integrante do interesse de agir (v. nota 318, *supra*). Segundo Dinamarco, o “*interesse-adequação* liga-se à existência de múltiplas espécies de provimentos instituídos pela legislação do país, cada um deles integrando uma técnica e sendo destinado à solução de certas *situações da vida* indicadas pelo legislador. Em princípio, não é franqueada ao demandante a escolha do provimento e portanto da espécie de tutela a receber. Ainda quando a interferência do Estado-juiz seja necessária sob pena de impossibilidade de obter o bem devido (interesse-necessidade), faltar-lhe-á o interesse de agir quando pedir medida jurisdicional que não seja *adequada segundo a lei*” (DINAMARCO, C. R., *op. cit.*, v. 2, p. 305-306; grifos do original).

³⁷⁵ Segundo Dinamarco, o “processo civil, como técnica pacificadora, deita raízes na existência de conflitos a dirimir (ou crises jurídicas) e é daí que recebe legitimidade social e política como instituição destinada a preservar valores vivos da nação” (DINAMARCO, C. R., *op. cit.*, v. 1, p. 116).

Conquanto não seja ainda de emprego generalizado na doutrina dos processualistas, a locução *crise jurídica* é muito expressiva e representa a matéria-prima do labor dos operadores do processo. *Crise é dificuldade, é perigo, risco. Crises jurídicas* são momentos de perigo nas relações entre pessoas ou grupos, suscetíveis de serem normalizadas pela imposição do direito material³⁷⁶.

Vejamos algumas situações que podem ser utilizadas para ilustrar essa relação entre técnica (sentença)³⁷⁷ e resultado (bem da vida)³⁷⁸.

Parte substancial do direito civil³⁷⁹ é dedicada ao chamado direito das obrigações (o Novo Código Civil brasileiro dedica todo o Livro I de sua Parte Especial a ele). Segundo Sílvio de Salvo Venosa, obrigação é “uma relação jurídica transitória de cunho pecuniário, unindo duas (ou mais) pessoas, devendo uma (o devedor) realizar uma prestação à outra (o credor)”³⁸⁰. Percebe-se assim que o objeto (imediato) da obrigação é uma prestação, ou seja, “uma atividade do devedor, em prol do credor”³⁸¹. Essa prestação pode consistir em um dar, em um fazer ou em um não fazer³⁸².

Assim como a obrigação tem por objeto imediato uma prestação do devedor, também esta tem seu objeto, o qual constitui, por via reflexa, o objeto mediato daquela. A distinção pode ser aclarada com um exemplo: Pedro se dirige ao Lojão Popular e compra um televisor pelo valor de R\$ 399,00, fazendo o

³⁷⁶ DINAMARCO, C. R., *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 149. Grifos do original.

³⁷⁷ Sem esquecer que tão ou mais importante do que a sentença é a técnica executiva a ser empregada, ao menos no que diz respeito às sentenças não-auto-suficientes (v. item 4.1.1.8, *supra*). Como elas não são capazes de, sozinhas, outorgar ao autor que tem ação a tutela jurisdicional, ao seu lado “devem estar preordenados meios de coerção e sub-rogação capazes de atender de forma efetiva e adequada às diversas necessidades de tutela dos direitos (MARINONI, L. G. e ARENHART, S. C., *Manual do processo de conhecimento*, p. 422).

³⁷⁸ A análise, como afirmado, limitar-se-á a apenas algumas situações, pois, como ressalta Dinamarco, é “impossível e seria de duvidosa utilidade traçar com eficiência o desenho geral de toda essa trama de situações e técnicas diferenciadas” (DINAMARCO, C. R., *op. cit.*, v. 2, p. 37).

³⁷⁹ Como o presente estudo tem por objeto o pedido de reparação de dano extrapatrimonial, a investigação aqui se limitará ao direito civil. De qualquer modo, por circunstâncias históricas, muitos dos conceitos construídos pelos civilistas passaram a integrar a teoria geral do direito.

³⁸⁰ VENOSA, S. de S., *Direito civil*, v. 2, p. 25.

³⁸¹ *Ibid.*, p. 26.

³⁸² A “**obrigação de dar** é aquela em que o devedor compromete-se a entregar uma coisa móvel ou imóvel ao credor, quer para constituir novo direito, quer para restituir a mesma coisa a seu titular” (*Ibid.*, p. 83; grifo meu). A **obrigação de fazer**, por sua vez, relaciona-se a “uma atividade física ou material (como, por exemplo, fazer um reparo em máquina, pintar casa, levantar muro)” ou a “uma atividade intelectual, artística ou científica (como, por exemplo, escrever obra literária, partitura musical, ou realizar experiência científica)” (*Ibid.*, p. 101-102). Por fim, temos a **obrigação de não fazer**, que impõe ao devedor uma abstenção. É o que ocorre com “a obrigação do locador de não perturbar o locatário na utilização da coisa locada; a obrigação contraída pelo locatário de não sublocar a coisa; a obrigação do artista de não atuar senão para determinado empresário, ou para determinada empresa; a obrigação de alienante de estabelecimento comercial em não se estabelecer no mesmo ramo dentro de determinada região etc.” (*Ibid.*, p. 109).

pagamento à vista, em dinheiro, e levando o produto para casa imediatamente. Nesse caso, temos uma relação jurídica obrigacional entre Pedro (comprador) e o Lojão Popular (vendedor), originada de um contrato de compra e venda³⁸³. O **objeto imediato** da obrigação, como visto, é sempre uma prestação, ou seja, uma atividade; no caso, a **entrega** da coisa vendida por parte do vendedor e o **pagamento** do preço por parte do comprador. Pois bem, mas a prestação também tem o seu objeto: a entrega (prestação do vendedor) tem por objeto o televisor; o pagamento (prestação do comprador) tem por objeto a quantia de R\$ 399,00 em dinheiro. O **televisor** e os **R\$ 399,00**, portanto, constituem o **objeto mediato** da obrigação.

Imaginemos agora que essa história tivesse um final diferente: que o vendedor, havendo entregado a coisa, não houvesse porém recebido o preço. Estaríamos então diante de uma **crise de adimplemento**, a ser solucionada por meio do processo. O bem da vida a ser pedido pelo autor (o vendedor) consistiria nos R\$ 399,00. Qual a sentença adequada, nesse caso? A sentença condenatória. Desse modo, o autor deveria pedir a condenação do réu ao pagamento da quantia de R\$ 399,00, em dinheiro.

Poderíamos conceber um outro final: o comprador, havendo pago o preço, não recebeu contudo o televisor e pretende exigir judicialmente o cumprimento da obrigação contratual. Estaríamos aqui novamente diante de uma crise de adimplemento, mas a mudança do bem da vida (que agora é coisa diversa de dinheiro) levaria a uma modificação da sentença adequada. Nesse caso, deveria o autor pedir ao Estado-juiz uma sentença executiva³⁸⁴, com fundamento no art. 461-A do CPC e não mais uma sentença condenatória, como no caso anterior.

Nessas duas últimas hipóteses a finalidade do processo não é assegurar ao credor a realização da prestação do devedor, mas sim seu resultado. Por meio do processo, portanto, o credor busca receber o objeto da prestação (objeto mediato da obrigação) e não a própria prestação (objeto imediato da obrigação). Em última análise portanto, como afirma Araken de Assis, “o bem da vida constitui o objeto da prestação do direito subjetivo material”³⁸⁵. Essa constatação explica porque a sentença condenatória e a sentença executiva são realizadas por meio da técnica

³⁸³ O contrato é uma das fontes das obrigações, ao lado da declaração unilateral de vontade e do ato ilícito (VENOSA, S. de S., *Direito civil*, v. 2, p. 73).

³⁸⁴ Também chamada de sentença executiva *lato sensu*.

da execução por sub-rogação. O Estado, com uma atividade sua, entregará ao credor o bem da vida (objeto mediato da obrigação) que ele deveria ter recebido por meio da prestação do devedor.

Também quando o autor é credor de uma obrigação de fazer ou de não fazer a finalidade do processo é proporcionar o resultado da prestação do réu-devedor. Assim, se a prestação consistir, por exemplo, na construção de um muro, o objetivo do processo será entregar o muro, construído, ao autor. Contudo, se por um lado “há obrigações de fazer para as quais existe um número indeterminado de pessoas hábeis a completá-las” (obrigações de fazer fungíveis, como no exemplo), por outro, há aquelas obrigações de fazer “que são contraídas exclusivamente pela fama ou habilidade próprias da pessoa do obrigado” (obrigações de fazer infungíveis)³⁸⁶. Ora, com relação às obrigações de fazer infungíveis a técnica da execução por sub-rogação não é adequada; o Estado não tem condições de realizar a prestação devida com uma atividade sua e também não é possível que essa prestação seja efetuada por qualquer outra pessoa, exceto pelo próprio devedor. É necessário então recorrer a uma técnica executiva que incida sobre a vontade do obrigado, que permita a utilização de instrumentos de pressão sobre a sua vontade, como a imposição de multa diária pelo descumprimento da obrigação (*astreintes*)³⁸⁷. É preciso, em outras palavras, recorrer à execução por coerção, a qual se liga a uma sentença mandamental (CPC, art. 461). Essa sentença “é caracterizada por dirigir uma ordem para coagir o réu; seu escopo é convencer o réu a observar o direito por ela declarado”³⁸⁸. Mas não basta a ordem; como esclarece Arruda Alvim, as determinações mandamentais “necessitam vir acompanhadas da correlata conseqüência intimidadora do destinatário da ordem, para a hipótese de recalcitrância, *mormente porque é necessária a vontade do*

³⁸⁵ ASSIS, A. de., *Cumulação de ações*, p. 155.

³⁸⁶ VENOSA, S. de S., *Direito civil*, v. 2, p. 104. O autor esclarece ainda que a infungibilidade “pode decorrer, quer da própria natureza da obrigação (como é o caso da pintura de retrato, ou da exibição de orquestra, ou de corpo de baile, por exemplo), quer do contrato, isto é, embora existam muitas pessoas tecnicamente capacitadas para cumprir a obrigação, o credor não admite a substituição (como é o caso, por exemplo, da contratação de advogado para fazer defesa no Tribunal do Júri, ou de engenheiro para acompanhar a realização de uma construção)” (ibid., p. 102).

³⁸⁷ “Na hipótese, por exemplo, de obrigação infungível, isto é, daquela que somente pode ser cumprida pelo réu, *ou o Estado-Juiz pode atuar sobre sua vontade, compelindo-o a cumprir a obrigação, ou a obrigação será convertida em perdas e danos*” (MARINONI, L. G. e ARENHART, S. C., *Manual do processo de conhecimento*, p. 415; grifos do original).

³⁸⁸ Ibid., p. 417.

*destinatário, ao menos a sua conduta, ainda que contra a sua própria vontade, para a consecução ou o cumprimento da ordem ou do mandamento*³⁸⁹.

Em síntese, o que se viu até aqui quanto à relação entre o resultado que o processo deve proporcionar no plano do direito material (bem da vida) e a técnica processual adequada (sentença + execução) foi o seguinte:

a) havendo crise de adimplemento caracterizada pelo descumprimento de dever de entregar quantia em dinheiro, a sentença adequada é a condenatória e a técnica executiva a ser adotada é a da execução por sub-rogação;

b) havendo crise de adimplemento caracterizada pelo descumprimento de dever de entregar coisa diversa de dinheiro, a sentença adequada é a executiva e a técnica executiva a ser adotada é a da execução por sub-rogação (CPC, art. 461-A)³⁹⁰; e

c) havendo crise de adimplemento caracterizada pelo descumprimento de dever de fazer ou de não fazer, a sentença adequada é a mandamental e a técnica executiva a ser adotada é a da execução por coerção³⁹¹ (CPC, art. 461).

Essa é uma análise apenas aproximativa. Na verdade, também é possível a satisfação, por meio do processo, de pedido relacionado a um dever de fazer ou de não fazer do réu por meio da técnica sentença executiva-execução por sub-rogação.

Segundo o Código, na “ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”, ao julgar procedente o pedido do autor o juiz poderá determinar as “providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento” (art. 461, *caput*), as quais podem consistir em “busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva” (art. 461, § 5º). Entre tais providências enquadram-se, por exemplo, “a realização por terceiro de tarefa que o réu se obrigara a fazer; o

³⁸⁹ ARRUDA ALVIM NETTO, J. M. de., *Manual de direito processual civil*, v. 2, p. 544.

³⁹⁰ A diferença entre a sentença condenatória e a sentença executiva é que, enquanto aquela apenas permite a execução em um processo autônomo, esta autoriza a execução no próprio processo em que foi proferida. Como esclarece Arruda Alvim Wambier, as sentenças executivas “contêm algo mais além da condenação. Há uma condenação, sim. Mas, além desta, é necessário observar-se que esta espécie de sentença, para que haja *alteração no mundo empírico, no mundo real, nas esferas dos fatos, não reclama a existência de posterior processo de execução*” (ARRUDA ALVIM WAMBIER, T., *Omissão judicial e embargos de declaração*, p. 136; grifos do original). Por esse motivo, com relação às sentenças executivas, ao invés de se falar nos tradicionais processos de conhecimento e de execução, pode-se falar então em um processo sincrético.

³⁹¹ A efetivação da ordem contida na sentença mandamental ocorre no mesmo processo em que ela foi proferida (processo sincrético).

desfazimento por terceiro de obra que não poderia ter sido feita; o lacre de equipamento poluente, diante da inércia do réu em instalar filtros; a intervenção de auxiliar do juízo na administração da empresa, a fim de adotar medidas que vinham sendo descumpridas³⁹². Isso quer dizer que não sendo possível a tutela específica da obrigação por meio da técnica sentença mandamental-execução por coerção, ao menos se buscará produzir resultado prático equivalente, por meio da técnica sentença executiva-execução por sub-rogação³⁹³.

Esclarecendo esse ponto, Marinoni e Arenhart afirmam que a utilização da técnica sentença executiva-execução por sub-rogação com relação a um dever de fazer ou de não fazer é possível quando a coerção indireta for imprópria ao caso concreto, como ocorre nas hipóteses em que o juiz percebe que o réu não iria cumprir a ordem contida em eventual sentença mandamental, apesar da ameaça que a acompanharia. Se o réu não tem patrimônio, exemplificam, não irá se sentir concretamente ameaçado por qualquer multa que o juiz possa fixar e, portanto, é preciso recorrer à sentença executiva³⁹⁴.

Inversamente, também é possível a satisfação de pedido ligado a dever de entregar coisa diversa de dinheiro por meio da técnica sentença mandamental-execução por coerção (art. 461-A, § 3º)^{395,396}.

³⁹² WAMBIER, L. R., ALMEIDA, F. R. C. de e TALAMINI, E., *Curso avançado de processo civil*, v. 2, p. 268.

³⁹³ Acerca do uso que o Código e a doutrina fazem das expressões “tutela específica da obrigação” e “resultado prático equivalente”, esclarecem Wambier, Almeida e Talamini: “Nos dispositivos do art. 461, tutela específica da obrigação e obtenção de resultado prático equivalente (ou correspondente) são postas como duas categorias distintas. A insistência na reiteração dessa dicotomia (*caput*, § 1º e § 5º) não deixa dúvidas a respeito. Ocorre que a obtenção de resultado prático correspondente também se enquadra na noção doutrinária de tutela específica (tutela que tenda exatamente ao mesmo resultado — que não a obtenção de dinheiro — que se teria sem a violação do direito). Sendo assim, e para que se preserve a dicotomia reiteradamente prevista no texto legal, deve-se reconhecer que o termo tutela específica da obrigação, no art. 461, significa algo ainda mais restrito do que a definição doutrinária que se dá a esse conceito. No art. 461, tutela específica da obrigação distingue-se de obtenção de resultado prático equivalente, por consistir na busca do resultado final não mediante meios substitutivos da conduta do demandado, mas através da sua própria conduta. Ambas, tutela específica da obrigação e obtenção de resultado prático equivalente, enquadram-se na noção doutrinária de tutela específica, contrapondo-se à conversão em perdas e danos — tutela genérica, relegada à excepcionalidade (art. 461, § 1º)” (Ibid., p. 263).

³⁹⁴ MARINONI, L. G. e ARENHART, S. C., *Manual do processo de conhecimento*, p. 434-435.

³⁹⁵ Mas, como ressaltam Wambier, Almeida e Talamini, “não parece que a força mandamental da tutela prevista no art. 461 possa ser usada generalizadamente, em todo e qualquer caso, na tutela para entrega de coisa. Afinal, quando for razoavelmente simples e rápida a busca e apreensão da coisa móvel ou a imissão do autor na posse do imóvel, não se justifica a imposição de medidas coercitivas ou o efetivo emprego da eficácia mandamental. (...) O emprego concreto de ordem acompanhada de multa ou mecanismos coercitivos atípicos deve ser reservado basicamente às situações seguintes: a) na antecipação de tutela, quando houver extrema urgência na pronta obtenção do bem; b) em relação aos deveres instrumentais, como o de indicar onde a coisa móvel está, permitir-lhe acesso, fornecer informações necessárias para sua eventual desinstalação

Até aqui, a análise se limitou às crises de adimplemento, as quais se caracterizam pelo inadimplemento do devedor em relação ao direito subjetivo do credor. Mas o processo também pode ser necessário para a satisfação de uma outra espécie de direito, o direito potestativo. Segundo Carlos Alberto da Mota Pinto,

direitos potestativos são poderes jurídicos de, por um acto de livre vontade, só de per si ou integrado por uma decisão judicial, produzir efeitos jurídicos que inelutavelmente se impõem à contraparte.

Corresponde-lhes a *sujeição*, a situação de necessidade em que se encontra o adversário de ver produzir-se forçosamente uma consequência na sua esfera jurídica por mero efeito do exercício do direito pelo seu titular. Em certas situações afecta-se, assim, a esfera jurídica de outrem sem consentimento deste, consentimento que normalmente seria exigido³⁹⁷.

Como esclarece o autor, enquanto alguns direitos potestativos podem ser exercidos extrajudicialmente, outros há que somente podem ser exercidos por meio do processo. É o que ocorre, por exemplo, com o direito ao divórcio³⁹⁸.

(deveres de *fazer*, na essência); c) nos casos em que a desocupação do bem imóvel ou a entrega do bem móvel se reveste de peculiaridades tais que a tornam tão complexa a ponto de ser difícil realizá-la sem a ajuda do réu” (WAMBIER, L. R., ALMEIDA, F. R. C. de e TALAMINI, E., *Curso avançado de processo civil*, v. 2, p. 272-273; grifo do original).

³⁹⁶ O tema é de extrema atualidade, o que fica claro quando se relembra que a ação deve ser entendida, acima de tudo, como o direito à tutela jurisdicional. Sua análise com maior profundidade, porém, desvia-se do objetivo do presente trabalho. De qualquer forma, vale a pena mencionar a sistematização apresentada por Marinoni e Arenhart, elaborada para explicar a relação entre as diferentes espécies de tutela e as sentenças não-auto-suficientes (v. item 4.1.1.8, *supra*): “Antigamente, quando se pensava apenas na sentença condenatória, imaginava-se que o autor podia postular somente soma em dinheiro, fazer, não fazer ou entrega de coisa, *pouco importando se a tutela prestada por tal sentença fosse realmente específica, e, dessa forma, efetiva*. Hoje, pensando-se *também* ns sentenças mandamental e executiva, admite-se que o autor possa postular que seja: I) impedido o ilícito ou o inadimplemento (tutelas inibitória e inibitória executiva; artigos 461, CPC e 84, CDC); II) removido o ilícito (tutela de remoção do ilícito ou reintegratória; artigos 461, CPC e 84, CDC); III) adimplida a obrigação na forma específica (tutela do adimplemento na forma específica; artigos 461 e 461-A, CPC e 84, CDC); IV) adimplida a obrigação através do pagamento de seu equivalente pecuniário (tutela do adimplemento pelo equivalente; sentença condenatória); V) reparado o dano na forma específica (tutela ressarcitória na forma específica; artigos 461 e 461-A, CPC e 84, CDC); VI) reparado o dano através do pagamento do seu equivalente pecuniário (tutela ressarcitória pelo equivalente; sentença condenatória); VII) obtida a imissão na posse de coisa móvel e imóvel (ação de imissão na posse; art. 461-A, CPC); VIII) obtida a restituição de coisa que depende da desconstituição do contrato (ação de restituição; art. 461-A, CPC); IX) obtida a recuperação da coisa com base na defesa da posse (ação de reintegração de posse depois de passado um ano e dia da data do esbulho; art. 461-A, CPC); X) obtida a recuperação da coisa com base no domínio (ação reivindicatória; art. 461-A, CPC)” (MARINONI, L. G. e ARENHART, S. C., *Manual do processo de conhecimento*, p. 94).

³⁹⁷ MOTA PINTO, C. A. da, *Teoria geral do direito civil*, p. 174-175. Grifos do original.

³⁹⁸ A “faculdade para requerer a dissolução do vínculo matrimonial, seja por separação, seja por divórcio, insere-se no rol dos direitos facultativos ou potestativos...” (VENOSA, S. de S., *Direito civil*, v. 6, p. 259).

Preenchidos certos requisitos³⁹⁹, nasce para o cônjuge esse direito, que consiste no poder de extinguir o vínculo matrimonial (CC/02, art. 1.571, § 1º). Esse efeito jurídico, contudo, só pode ser obtido por meio do processo, sendo adequada para solucionar a **crise da situação jurídica** uma sentença constitutiva.

De acordo com o efeito que podem produzir, os direitos potestativos dividem-se em constitutivos, modificativos e extintivos⁴⁰⁰. As sentenças constitutivas se submetem a essa mesma classificação, de modo que se pode falar em sentença constitutiva, sentença modificativa e sentença extintiva — ou, conforme linguagem já consagrada, em sentença constitutiva positiva, constitutiva modificativa e constitutiva negativa (desconstitutiva)⁴⁰¹. Retornando ao exemplo, pode-se então concluir que a sentença que decreta o divórcio do casal é uma sentença constitutiva negativa.

Por fim, é necessário analisar as **crises de certeza**. Há crise de certeza quando existe dúvida objetiva⁴⁰² quanto à existência, modo de ser ou inexistência de uma relação ou de uma situação jurídica (CPC, art. 4º, inc. I) ou quanto à autenticidade de um documento (CPC, art. 4º, inc. II)⁴⁰³. Essa crise será solucionada por meio de uma sentença declaratória (positiva ou negativa), cujo único efeito consiste na certeza que é capaz de gerar. “O resultado da sentença

³⁹⁹ São requisitos (alternativos) de existência do direito ao divórcio a “prévia separação judicial por mais de um ano” (divórcio por conversão) ou a “comprovada separação de fato por mais de dois anos” (divórcio direto) (CF, art. 226, § 6º).

⁴⁰⁰ “Os direitos potestativos, consoante o efeito jurídico que tendem a produzir, podem ser *constitutivos, modificativos* ou *extintivos*. a) Os *direitos potestativos constitutivos* produzem a constituição de uma relação jurídica, por acto unilateral do seu titular. São exemplos: a constituição de servidão de passagem em benefício de prédio encravado (art. 1550.º); a comunhão forçada a favor do proprietário ou do superficiário confinantes com muro alheio (art. 1370.º); o direito de preferência ou preempção (arts. 1117.º, 1380.º, 1409.º, 1499.º, 1535.º e 1555.º), etc. b) Os *direitos potestativos modificativos* tendem a produzir uma simples modificação numa relação jurídica existente e que continuará a existir, embora modificada. São exemplos: a mudança da servidão para outro sítio (art. 1568.º); a separação judicial de pessoas e bens (art. 1794.º), etc. c) Os *direitos potestativos extintivos* tendem a produzir a extinção de uma relação jurídica existente. São exemplos: a resolução do arrendamento pelo senhorio (art. 1047.º); a denúncia do arrendamento (art. 1055.º); a revogação do mandato (art. 1170.º); o direito de extinção da servidão por desnecessidade (art. 1569º, n.ºs 2 e 3); o direito de obter o divórcio (art. 1773.º); o direito de rescisão com justa causa ou de denúncia com pré-aviso do contrato de trabalho (art. 98.º, da chamada Lei do Contrato de Trabalho, aprovada pelo Dec.-Lei n.º 49408, de 24 de Novembro de 1969)” (MOTA PINTO, C. A. da, *Teoria geral do direito civil*, p. 175-176; grifos do original). Os artigos mencionados pelo autor, à exceção do último, referem-se ao Código Civil Português de 1966.

⁴⁰¹ DINAMARCO, C. R., *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 252; MARINONI, L. G. e ARENHART, S. C., *Manual do processo de conhecimento*, p. 414.

⁴⁰² Não bastam, portanto, “meras preocupações, temores ou crises puramente subjetivas” (DINAMARCO, C. R., *op. cit.*, p. 224).

⁴⁰³ “É regra universal, que no Brasil só comporta essa exceção, a de que *não se declara a ocorrência ou inoocorrência de fatos*” (Ibid., p. 222; grifos do original).

declaratória, seja positiva ou negativa, é invariavelmente a *certeza* — quanto à existência, inexistência ou valor de relações jurídicas, direitos e obrigações. Essa é sua utilidade social institucionalizada, sabido que a incerteza é fonte de insegurança e desacertos no giro dos negócios e em todos os aspectos da vida em sociedade”^{404, 405}.

Todas essas considerações permitem concluir que a natureza do bem da vida que o autor busca receber por meio do processo é que determina a técnica processual a ser utilizada, ou seja, a sentença adequada à solução da crise verificada no plano do direito material, bem como a forma de execução que a ela se liga. A “variedade de meios processuais constitui, assim, espelho da variedade das soluções ditadas no direito substancial”⁴⁰⁶.

Permitem inferir ainda que o pedido se volta sempre à obtenção de um provimento jurisdicional como meio para o recebimento de um resultado no plano do direito material (o bem da vida), motivo pelo qual pode ser conceituado como “a manifestação da vontade de obter do Estado-juiz um provimento jurisdicional de determinada natureza, sobre determinado bem da vida”⁴⁰⁷. O pedido, em outras palavras, é sempre formulado tendo em vista o direito processual e o direito material⁴⁰⁸ — ou seja, é sempre bifronte⁴⁰⁹. Exatamente por esse motivo, costuma a doutrina falar em pedido imediato (provimento jurisdicional) e em pedido mediato (bem da vida)⁴¹⁰.

⁴⁰⁴ DINAMARCO, C. R., *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 219. Grifo do original.

⁴⁰⁵ É preciso esclarecer que o presente item, na verdade, limitou-se à classificação das sentenças de procedência, que são, naturalmente, aquelas que o autor pede ao propor a demanda. Apenas para não haver omissão, registre-se que as sentenças de improcedência são, em regra, declaratórias negativas. A única exceção ocorre quando o autor pede uma sentença declaratória negativa; nesse caso, a sentença de improcedência será declaratória positiva.

⁴⁰⁶ DINAMARCO, C. R., op. cit., v. 1, p. 147.

⁴⁰⁷ DINAMARCO, C. R., op. cit., v. 3, p. 363.

⁴⁰⁸ O “*pedido imediato* põe a parte em contato direto com o direito processual, e o *mediato*, com o direito substancial” (THEODORO JÚNIOR, H., *Curso de direito processual civil*, p. 331; grifos do original).

⁴⁰⁹ DINAMARCO, C. R., op. cit., v. 3, p. 363.

⁴¹⁰ Essa bipartição do pedido é adotada, por exemplo, por: AMARAL SANTOS, M., *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 2, p. 156; ARRUDA ALVIM NETTO, J. M. de., *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 389; GRECO FILHO, V., *Direito processual civil brasileiro*, v. 2, p. 101; MARINONI, L. G. e ARENHART, S. C., *Manual do processo de conhecimento*, p. 92; THEODORO JÚNIOR, H., op. cit., p. 331; WAMBIER, L. R., ALMEIDA, F. R. C. de e TALAMINI, E., *Curso avançado de processo civil*, v. 1, p. 302. Partindo da distinção entre pedido e objeto (v. item 4.1.3.3, *supra*), Barbosa Moreira, a meu ver corretamente, biparte o objeto do pedido e não ele próprio: “é possível distinguir, no pedido, um objeto *imediato* e um objeto *mediato*” (BARBOSA MOREIRA, J. C., *O novo processo civil brasileiro*, p. 10; grifos do original). Fala, assim, em **objeto imediato do pedido** (e não em pedido imediato) e, pelo mesmo

Compreendido o pedido dessa forma, torna-se simples a tarefa de diferenciá-lo do requerimento. O próprio Código de Processo Civil, aliás, autoriza a distinção; basta notar que o art. 282, em seu inc. IV, refere-se ao “**pedido**, com suas especificações”, enquanto que no inc. VII menciona o “**requerimento** para a citação do réu”⁴¹¹. Assim, é possível afirmar que enquanto o pedido refere-se ao resultado que o processo deve produzir no plano do direito material (bem da vida) e ao provimento jurisdicional final (sentença), o requerimento reporta-se aos provimentos interlocutórios, isto é, ao desenvolvimento do processo⁴¹².

4.2. O pedido do autor e a jurisdição

4.2.1. O princípio da inércia da jurisdição

O Estado, ao exercer a jurisdição, visa a realizar determinados escopos nos planos jurídico, social e político. No plano jurídico, especificamente, pretende atuar a vontade concreta do direito objetivo material⁴¹³. A percepção desse objetivo poderia, razoavelmente, levar à conclusão de que o Estado tem o dever de exercer a jurisdição de ofício toda vez que verifica que a vontade do direito não foi observada espontaneamente em algum caso concreto, concentrando-se em um único órgão os poderes de iniciativa e decisão.

No entanto, não é isso o que ocorre, de uma forma geral, nos ordenamentos jurídicos ocidentais não-socialistas contemporâneos⁴¹⁴. No Brasil, por exemplo, o art. 2º do Código de Processo Civil proíbe os juízes de exercerem a jurisdição por iniciativa própria, autorizando-os a fazê-lo somente quando houver provocação da

motivo, em **objeto mediato do pedido** (e não em pedido mediato) (BARBOSA MOREIRA, J. C., *O novo processo civil brasileiro*, p. 10).

⁴¹¹ Grifos meus.

⁴¹² CALMON DE PASSOS, J. J., *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 154; CINTRA, A. C. de A., GRINOVER, A. P. e DINAMARCO, C. R., *Teoria geral do processo*, p. 344; DINAMARCO, C. R., *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 355.

⁴¹³ Cf. item 3.4, *supra*.

⁴¹⁴ “Nos processos de jurisdição contenciosa, prevalece nos países ocidentais não socialistas a regra de que eles só podem ter início por provocação de uma parte interessada (autor)” (BARBI, C. A., *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 15).

parte ou interessado⁴¹⁵ — o que é reafirmado pelo art. 262, o qual, em sua primeira parte, afirma que o “processo civil começa por iniciativa da parte”. A jurisdição, portanto, é regida pelo princípio da inércia⁴¹⁶.

Mas o que justifica esse princípio? Em outras palavras, por que o interesse público na atuação da vontade concreta do direito objetivo foi subordinado, foi condicionado à provocação da parte, ao interesse da parte? Para a preservação de um valor maior: a imparcialidade do juiz. Se fosse seu dever

investigar nos eventos e nos fatos da sociedade aqueles que a seu juízo se apresentassem como casos de inobservância da lei (e isso sem considerar a dificuldade de individualizar tais casos no emaranhado das inumeráveis relações que se formam entre os homens), tal busca poderia antecipar, ainda que apenas inconscientemente e em seu foro íntimo, um julgamento que deve, ao contrário, ser o resultado de um exame imparcial do desenvolvimento do processo⁴¹⁷.

Tal relação entre a inércia da jurisdição e a imparcialidade do juiz é tão forte que

mesmo naqueles casos em que o Estado sente mais imperiosamente o interesse na reintegração da observância do direito, não o podendo subordinar à petição do particular, não atribui ao juiz a faculdade de proceder de ofício, mas cria perante o juiz um órgão público que tem a função específica de exercer a ação em interesse público, estimulando assim a função do julgador. Isso é típico no Processo Penal, no qual a função do acusador é confiada ao Ministério Público⁴¹⁸.

A inércia da jurisdição é justificada, portanto, pela necessidade de assegurar a imparcialidade do juiz⁴¹⁹. O que se percebe, assim, é que a inércia não é um fim em si mesma, mas um meio para assegurar a imparcialidade do juiz, inserindo-se em um conjunto de normas que o ordenamento jurídico dedica à sua garantia.

⁴¹⁵ “Art. 2º. Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.” Quando o Código fala em “parte ou interessado” está se referindo, respectivamente, à jurisdição contenciosa e à jurisdição voluntária; para o legislador, não haveria partes neste último, mas meros interessados: “No tocante aos processos de *jurisdição voluntária*, o art. 2º do Código de Processo Civil emprega o vocábulo *interessado* em lugar de parte, no pressuposto de que inexistem *partes* nesse processo. Mas a doutrina moderna, na medida em que reduz sensivelmente a distinção entre a jurisdição voluntária e a contenciosa, tende a eliminar essa sutileza terminológica” (DINAMARCO, C. R., *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 117).

⁴¹⁶ São freqüentemente repetidos, para descrever o princípio da inércia da jurisdição, os brocardos *nemo iudex sine actore* (não há juiz sem autor, isto é, sem provocação) e *ne procedat iudex ex officio* (o juiz não procederá, ou seja, não exercerá a jurisdição de ofício).

⁴¹⁷ Tradução livre do original: “... *se egli dovesse investigare negli eventi e nei fatti della società quelli che a suo giudizio si presentassero come casi di inosservanza della legge (e a prescindere dalla difficoltà di individuare tali casi nell'intreccio delle innumerevoli relazioni che si formano tra gli uomini) tale ricerca lo porterebbe ad anticipare sia pure inconsciamente e almeno nel suo foro interno un giudizio che deve invece essere il risultato di un suo esame imparziale dello svolgimento del processo*” (LIEBMAN, E. T., *Manuale di diritto processuale civile*, p. 134).

⁴¹⁸ CALAMANDREI, P., *Instituições de direito processual civil*, p. 198.

Na verdade, tampouco a imparcialidade do juiz é um fim. Também ela serve a um valor maior, que é a justiça da decisão⁴²⁰. Não se pode esquecer que, com relação ao exercício da jurisdição estatal, mais importante do que atuar a vontade concreta do direito, é promover a pacificação social **com justiça**⁴²¹. Como afirma Dinamarco,

Seria absolutamente ilegítimo e repugnante o Estado chamar a si a atribuição de solucionar conflitos, exercendo o *poder*, mas permitir que seus agentes o fizessem movidos por sentimentos ou interesses próprios, sem o indispensável compromisso com a lei e os valores que ela consubstancia — especialmente com o valor do *justo*. Os agentes estatais têm o dever de agir com *impessoalidade*, sem levar em conta esses sentimentos ou interesses e, portanto, com abstração de sua própria pessoa. O juiz, ao conduzir o processo e julgar a causa, é naquele momento o próprio Estado, que ele consubstancia nessa atividade⁴²².

Assim, o que se pode concluir é que o Estado tem o dever de solucionar os conflitos que ocorrem na sociedade com justiça; que, para que a decisão a ser dada para o caso concreto seja justa, é necessário um juiz imparcial; e que, para assegurar a imparcialidade do juiz, é preciso proibi-lo de exercer a jurisdição de ofício.

A Constituição Federal brasileira não contém um dispositivo que expressamente assegure às partes o julgamento por um juiz imparcial — o que não quer dizer que essa garantia não possa ser extraída de seu texto. Seu art. 3º, inc. I, por exemplo, estabelece como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade justa. Ora, isso quer dizer que o Estado brasileiro tem o dever de tentar construir uma sociedade justa quando exerce qualquer uma de suas funções, dentre as quais se encontra a jurisdição, cujo exercício culmina, no processo de conhecimento, com uma sentença. Mas a sentença só pode ser justa se for proferida por um juiz imparcial.

Ademais, o princípio da imparcialidade do juiz se encontra implícito nos incs. XXXVII e LIII do art. 5º da CF. Esses dispositivos, é verdade, referem-se de forma imediata ao princípio do juiz natural⁴²³, estabelecendo que “ninguém será

⁴¹⁹ A qual não se confunde com neutralidade.

⁴²⁰ “A imparcialidade do juiz é uma garantia de justiça para as partes” (CINTRA, A. C. de A., GRINOVER, A. P. e DINAMARCO, C. R., *Teoria geral do processo*, p. 54).

⁴²¹ Cf. item 3.4, *supra*.

⁴²² DINAMARCO, C. R., *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 200-201.

⁴²³ Não há dúvida de que o princípio do juiz natural se aplica ao processo civil. Contudo, como observa Dinamarco, seu “significado político-liberal associa-se mais de perto às garantias do processo penal que do processo civil, resolvendo-se na preocupação de preservar o acusado e sua

processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (inc. LIII), assim entendida aquela que foi previamente definida como tal pela Constituição e pela lei, uma vez que são vedados os juízos ou tribunais de exceção⁴²⁴ (inc. XXXVII)⁴²⁵. Mas o princípio do juiz natural tem a finalidade de assegurar o julgamento por um juiz imparcial, de modo que este é o fundamento do disposto naqueles incisos.

Ainda com o objetivo de assegurar a imparcialidade do juiz, a Constituição confere a cada um desses agentes do Poder Judiciário certas garantias (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios)⁴²⁶, as quais asseguram sua independência com relação aos demais Poderes do Estado, protegendo-os contra eventuais influências externas. “Sem o temor de perder o emprego ou o cargo, ou de passar a perceber menos e assim pôr-se em dificuldades pessoais, é mais provável que o juiz deixe de ser reverente e portanto julgue melhor. É preciso, em resumo, pôr o juiz a salvo de ameaças, humilhações, represálias e mesmo de solicitações de favores”⁴²⁷, para que assim ele possa julgar com imparcialidade. Ao mesmo tempo em que concede aos magistrados essas garantias, a Constituição também estabelece certos impedimentos, proibindo-os de se colocarem em situações que poderiam trazer risco a sua imparcialidade (art. 95, § ún.)^{428, 429}.

liberdade de possíveis desmandos dos detentores do poder” (DINAMARCO, C. R., *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 204).

⁴²⁴ “Tribunal de exceção é aquele criado *ex post facto*, ou *ad personam*, ou ainda, *ad hoc*, vale dizer, instituído por ato arbitrário para julgar determinado caso, tenha ele já ocorrido ou não, segundo critérios favoráveis à autoridade de quem o instituiu” (CRETELLA NETO, J., *Fundamentos principiológicos do processo civil*, p. 120). Segundo Nelson Nery Junior, a “proibição da existência e criação de tribunais de exceção é o complemento do princípio do juiz natural” (NERY JUNIOR, N., *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 65).

⁴²⁵ De acordo com Cintra, Grinover e Dinamarco, a garantia do juiz natural “desdobra-se em três conceitos: a) só são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; b) ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato; c) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja” (CINTRA, A. C. de A., GRINOVER, A. P. e DINAMARCO, C. R., *Teoria geral do processo*, p. 54; grifo do original).

⁴²⁶ “Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do artigo 93, VIII; III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos artigos 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.”

⁴²⁷ DINAMARCO, C. R., *op. cit.*, p. 399.

⁴²⁸ “Art. 95. (...) Parágrafo único. Aos juízes é vedado: I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; III - dedicar-se à atividade político-partidária; IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou

Da mesma forma, a imparcialidade do juiz é garantida pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), a qual foi promulgada, no Brasil, pelo Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992. Essa Convenção estabelece, em seu art. 8.1, que

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, **por um juiz** ou tribunal competente, independente e **imparcial**, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação pena formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza⁴³⁰.

Também no Código de Processo Civil é possível encontrar um conjunto de dispositivos dedicados a evitar que o julgamento seja proferido por um juiz parcial. Nesse sentido o Código, inicialmente, “estabelece casos em que, segundo a experiência comum, o juiz se considera fragilizado em sua capacidade de ser firme e imparcial, com o risco de mostrar-se menos resistente a pressões e tentações a que, como ser humano, poderia estar sujeito”⁴³¹. As hipóteses de maior gravidade são denominadas de impedimentos (art. 134)⁴³² e aquelas de menor gravidade geram a suspeição do juiz (art. 135)⁴³³.

privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração” (os incisos IV e V foram acrescentados pela Emenda Constitucional n.º 45, de 8 de dezembro de 2004).

⁴²⁹ É preciso, no entanto, considerar que a proibição de “exercer outros cargos ou funções, salvo uma de magistério” (art. 95, § ún., inc. I), não se liga especificamente à imparcialidade do magistrado; ela visa a assegurar que ele se dedique adequadamente ao exercício da jurisdição (DINAMARCO, C. R., *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 399).

⁴³⁰ Grifos meus.

⁴³¹ *Ibid.*, p. 202.

⁴³² “Art. 134. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário: I - de que for parte; II - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha; III - que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão; IV - quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau; V - quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau; VI - quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa. Parágrafo único. No caso do n.º IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar o impedimento do juiz.”

⁴³³ “Art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando: I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes; II - alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes deste, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau; III - herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes; IV - receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio; V - interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes. Parágrafo único. Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo.”

O Código então proíbe o juiz de atuar no processo quando presente hipótese caracterizadora de impedimento, impondo-lhe um dever de abstenção, e faculta seu afastamento espontâneo nos casos de suspeição. Em seguida, considerando a possibilidade do juiz não reconhecer sua parcialidade de ofício, permite à parte recusá-lo com fundamento no impedimento ou na suspeição (art. 137, 2ª parte)⁴³⁴, disciplinando o procedimento a ser seguido pela exceção de parcialidade (arts. 304 a 306 e 312 a 314).

Por fim, autoriza a rescisão da sentença que, apesar de todos esses cuidados, venha a ser proferida por um juiz impedido ou efetivamente parcial⁴³⁵ (art. 485, incs. I e II)⁴³⁶.

Como se pode perceber, o sistema processual contém um conjunto de princípios e regras destinados a criar as condições necessárias para que a jurisdição seja exercida com imparcialidade. É nesse contexto que deve ser inserido o princípio da inércia.

Mas também é possível justificá-lo a partir de uma outra perspectiva. O escopo magno da jurisdição, como visto⁴³⁷, é a pacificação social, a ser promovida por meio da solução de conflitos. Ora, em vez de pacificar, o exercício espontâneo da jurisdição poderia “fomentar conflitos e discórdias, lançando desavenças onde elas não existiam antes”⁴³⁸. Exemplifica Dinamarco:

Pensar no caso de um *cônjuge conformado* com as violações aos deveres do casamento, cometidas pelo outro. Embora essas condutas lhe dessem o direito à separação judicial (lei n.º 6.515, de 26.12.77, art. 5º — Lei do Divórcio)⁴³⁹, o apego

⁴³⁴ “Art. 137. Aplicam-se os motivos de impedimento e suspeição aos juízes de todos os tribunais. O juiz que violar o dever de abstenção, ou não se declarar suspeito, poderá ser recusado por qualquer das partes (artigo 304).”

⁴³⁵ Segundo Dinamarco, por “dois modos a lei processual procura resguardar as partes contra os males da parcialidade. *Preventivamente*, ao estabelecer os conceitos de impedimento e de suspeição e instituir mecanismos para o afastamento do juiz; *repressivamente*, sancionando as consequências da participação de um juiz que não reunisse plenas condições para ser imparcial (impedido) ou que efetivamente haja atuado de modo parcial (concussão, prevaricação)” (DINAMARCO, C. R., *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 222; grifos do original).

⁴³⁶ “Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente”.

⁴³⁷ Item 3.4, *supra*.

⁴³⁸ CINTRA, A. C. de A., GRINOVER, A. P. e DINAMARCO, C. R., *Teoria geral do processo*, p. 142.

⁴³⁹ Em seus aspectos substanciais, a matéria é hoje integralmente regulada pelo Novo Código Civil (no caso, pelos arts. 1.572 e 1.573), de modo que a Lei do Divórcio encontra-se parcialmente revogada (LICC, art. 2º, § 1º). Nesse sentido, assim se manifesta Venosa: “Em princípio, há que se entender que a Lei n.º 6.515/77 está derogada pelo vigente Código Civil em tudo que disser respeito ao direito material da separação e do divórcio, persistindo seus dispositivos de natureza processual até que sejam devidamente adaptados ou substituídos por nova lei” (VENOSA, S. de S., *Direito civil*, v. 6, p. 217).

ao convívio ou certas razões de conveniência profissional, social, econômica, política *etc.* podem levar o cônjuge inocente a não tomar iniciativa alguma. Qual *pacificação* poderia oferecer, em casos como esses, o processo instaurado por iniciativa judicial?⁴⁴⁰

Além disso, não se pode esquecer que há outros métodos, reconhecidos pelo Estado, que podem ser utilizados para a solução dos conflitos, como a autocomposição e a arbitragem.

Em síntese, é a parte que decide **se** realmente **existe** um conflito, **se** ela **quer** que esse conflito **seja solucionado** e, nesse caso, **que método** prefere seja adotado para sua solução.

Por mais que a regra seja a inércia da jurisdição, é possível encontrar no Código de Processo Civil quatro hipóteses excepcionais nas quais o juiz pode dar início ao processo de ofício. Elas ocorrem nas seguintes situações:

a) se nenhum dos legitimados requerer a abertura do inventário no prazo de 30 dias a partir da abertura da sucessão (art. 989 c/c art. 983, *caput*);

b) se, após a morte do testador, o detentor do testamento não o exhibir em juízo para que seja cumprido (art. 1.129);

c) quando houver herança jacente, isto é, quando alguém falecer sem deixar testamento nem herdeiro legítimo notoriamente conhecido, para que sejam arrecadados os bens que a integram (CPC, art. 1.142 c/c CC/02, art. 1.819); e

d) se uma pessoa desaparecer de seu domicílio sem que dela haja notícia, não havendo deixado representante ou procurador a quem caiba administrar-lhe os bens ou havendo deixado mandatário que não queira exercer o mandato, que não possa exercê-lo ou que não tenha poderes suficientes, para que sejam arrecadados seus bens (CPC, art. 1.160 c/c CC/02, arts. 22 e 23).

A primeira constatação a que se pode chegar a partir da análise dessas hipóteses é que todas elas ligam-se, direta ou indiretamente, à sucessão *causa mortis*. A única situação na qual essa relação não é evidente se dá no caso da arrecadação de bens de ausente. Quanto a ela, afirma Ernane Fidélis dos Santos: “A declaração judicial de ausência só se dá para arrecadarem-se os bens do ausente que ficaram no abandono, pelo menos jurídico. Não há utilidade prática em se declarar ausência de quem não tem bens”⁴⁴¹. Fica claro então que a

⁴⁴⁰ DINAMARCO, C. R., *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 43.

⁴⁴¹ FIDÉLIS DOS SANTOS, E., *Manual de direito processual civil*, p. 434.

arrecadação de bens de ausente tem uma finalidade exclusivamente patrimonial⁴⁴² — a qual, pode-se agora acrescentar, consiste em “defender o patrimônio daquele que se ausentou, proporcionando a sua transmissão aos herdeiros”⁴⁴³. Essa transmissão, que o Código Civil denomina de sucessão, tornar-se-á, após o decurso de certo lapso temporal, definitiva⁴⁴⁴. Ora, de acordo com o art. 6º, 2ª parte, do CC/02, a morte dos ausentes é presumida “nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva”. Em última análise, portanto, o processo de arrecadação de bens de ausente levará à presunção de morte do ausente e a sucessão, harmonicamente com essa presunção, será definitiva.

Em segundo lugar, é possível notar que em todos os casos, “por inexistir sujeito algum interessado, ou por não se apresentar nenhum, sem a iniciativa judicial importantes providências deixariam de ser tomadas”⁴⁴⁵.

Por fim — e mais importante: das quatro hipóteses identificadas, três envolvem o exercício de jurisdição voluntária (abertura e cumprimento de testamento, arrecadação de bens da herança jacente e arrecadação de bens de ausente). A única que, na sistematização do Código, consiste em um caso de procedimento especial de jurisdição contenciosa é o inventário — cujo enquadramento, ainda assim, submete-se a certa polêmica⁴⁴⁶. Ora, de acordo com o entendimento predominante na doutrina, a jurisdição voluntária, apesar do nome, não é verdadeiramente atividade jurisdicional, tendo natureza administrativa (administração pública de interesses privados)⁴⁴⁷. Portanto,

⁴⁴² “Os fins do instituto são exclusivamente patrimoniais” (VENOSA, S. de S., *Direito civil*, v. 1, p. 192).

⁴⁴³ VENOSA, S. de S., op. cit., v. 7, p. 72.

⁴⁴⁴ “Art. 37. Dez anos depois de passada em julgado a sentença que concede a abertura da sucessão provisória, poderão os interessados requerer a sucessão definitiva e o levantamento das cauções prestadas.”

“Art. 38. Pode-se requerer a sucessão definitiva, também, provando-se que o ausente conta oitenta anos de idade, e que de cinco datam as últimas notícias dele.”

⁴⁴⁵ DINAMARCO, C. R., *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 45.

⁴⁴⁶ Dinamarco, por exemplo, entende que se trata, na verdade, de procedimento de jurisdição voluntária (Ibid., p. 45). A ele se opõem, dentre outros, Gerson Fischmann (FISCHMANN, G., *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 30-31) e Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (PINHEIRO CARNEIRO, P. C., *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 14-16), que defendem a opção do legislador.

⁴⁴⁷ “Costuma a doutrina dizer que, através dessa atividade, realiza-se a *administração pública de interesses privados*. (...) A doutrina preponderante e já tradicional diz que são funções administrativas, tanto quanto aquelas exercidas por outros órgãos (e referidas acima); não é pela mera circunstância de serem exercidas pelos juízes que tais funções haveriam de caracterizar-se como jurisdicionais. (...) Analisando os elementos caracterizadores da jurisdição, vem a doutrina dizendo que os atos da jurisdição voluntária na realidade nada teriam de jurisdicionais” (CINTRA,

considerada apenas a jurisdição contenciosa, há, no máximo, uma exceção ao princípio da inércia no Código de Processo Civil, que ocorre no caso do inventário — e, na prática, os casos de utilização desse poder de iniciativa pelos juízes são raros, como observa José Carlos Barbosa Moreira ao comentar o art. 989 do CPC⁴⁴⁸: “É verdade que esse dispositivo é muito pouco aplicado na prática. Em quatorze anos de magistrado e também nos anteriores anos de advogado, confesso que nunca vi nenhuma hipótese em que o juiz haja procedido *ex officio* à abertura de inventário”⁴⁴⁹.

4.2.2.

O princípio da adstrição da sentença à demanda⁴⁵⁰

A demanda constitui, ao mesmo tempo, condição e limite para o exercício da jurisdição. Condição, porque sem ela a jurisdição não pode ser exercida (princípio da inércia); limite, porque seu exercício se restringe às fronteiras traçadas pelos elementos objetivos da demanda, isto é, pela causa de pedir e pelo pedido que a constituem^{451, 452} (princípio da adstrição). É possível afirmar, portanto, que o Estado só pode exercer a jurisdição **quando** provocado e **na medida** dessa provocação.

O princípio da adstrição é um desdobramento do **princípio da inércia**, o que é facilmente perceptível a partir do seguinte exemplo: o autor, um taxista,

A. C. de A., GRINOVER, A. P. e DINAMARCO, C. R., *Teoria geral do processo*, p. 161-163; grifos do original.).

⁴⁴⁸ Por equívoco, o autor se refere ao art. 979 do CPC no texto.

⁴⁴⁹ BARBOSA MOREIRA, J. C., *Correlação entre o pedido e a sentença*, p. 208.

⁴⁵⁰ Também designado por princípio da congruência, princípio da correlação ou princípio da correspondência.

⁴⁵¹ Cf. item 4.1.3, *supra*.

⁴⁵² Dinamarco, em um primeiro momento, afirma que o elemento subjetivo da demanda (partes) também limita o exercício da jurisdição, não sendo lícito ao juiz “prover para sujeitos diferentes daqueles que figuram na petição inicial (partes da demanda)” (DINAMARCO, C. R., *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 273). Todavia, sob o ponto de vista subjetivo, a jurisdição não se limita às partes **na demanda**, mas às partes **no processo** ou, mais especificamente, aos sujeitos que são partes no processo no momento em que o juiz profere a sentença. A sentença não pode atingir aquele que, apesar de ser parte na demanda, não foi citado, seja por um erro na condução do processo, seja porque o autor desistiu da demanda com relação a ele; por outro lado, tem que atingir os sujeitos que adquiriram a qualidade de partes no processo mesmo não constando da demanda, como ocorre, por exemplo, nos casos de intervenção de terceiros e de litisconsórcio passivo necessário não observado inicialmente pelo autor. Mais à frente, porém, Dinamarco reconhece que o limite não é dado pelas partes na demanda, mas sim pelas partes no processo: o “juiz julga o mérito, rigorosamente, em relação aos sujeitos que figuram como *partes no processo*, qualquer que seja o modo como hajam adquirido essa qualidade” (Ibid., p. 287; grifo do original).

propõe demanda alegando que, em consequência de um acidente de trânsito causado por conduta culposa do réu, sofreu dano patrimonial no valor de R\$ 2.000,00. O juiz, em virtude das provas produzidas durante o processo, convence-se de que o autor suportou também lucros cessantes, uma vez que seu veículo precisou ficar cinco dias na oficina para ser consertado, período durante o qual ele não pôde exercer sua atividade profissional e deixou de auferir R\$ 500,00. Por esse motivo, profere sentença condenando o réu a pagar-lhe R\$ 2.000,00 a título de dano emergente mais R\$ 500,00 pelos lucros cessantes. Ora, nesse caso o juiz, quanto aos lucros cessantes, agiu sem a necessária provocação do autor, isto é, agiu de ofício — o que é vedado⁴⁵³.

Como afirma Dinamarco, “a regra *ne eat iudex ultra vel extra petita partium*⁴⁵⁴ [i.e., o princípio da adstrição⁴⁵⁵] é filha do *nemo iudex sine actore*, porque na parte que não corresponde à demanda o juiz estaria decidindo sem a indispensável iniciativa de parte”⁴⁵⁶. No mesmo sentido, Bedaque assevera que, na medida em que “se admitisse ao juiz conceder ao autor mais do que fora pedido, ou por razões diversas das deduzidas na inicial, estar-se-ia possibilitando a tutela jurisdicional de ofício. Tudo o que excedesse os limites objetivos da demanda implicaria atuação sem provocação”⁴⁵⁷. Por esse motivo, as violações ao princípio da adstrição representam, indiretamente, ofensa ao princípio da inércia.

O mesmo exemplo pode ser utilizado para demonstrar que o desrespeito ao princípio da adstrição implica, também, violação indireta ao **princípio do contraditório**⁴⁵⁸ — o que é ainda mais grave. No caso descrito, o réu foi ilegitimamente surpreendido pela sentença do juiz. Em nenhum momento do processo ele se manifestou sobre eventuais lucros cessantes sofridos pelo autor, até mesmo porque não sabia que eles haviam ocorrido. Como pondera Bedaque,

embora imposta pela lei ordinária, não pela Constituição, a adstrição encontra fundamento nas garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. O motivo pelo qual o legislador processual não permite ao juiz decidir fora dos limites objetivos fixados na inicial, ou legitimamente ampliados, é exatamente preservar a integridade desses princípios. (...) Não obstante à base da adstrição estejam também aspectos concernentes à técnica processual, como a necessidade

⁴⁵³ Cf. item 4.2.1, *supra*.

⁴⁵⁴ Não decida o juiz acima ou fora do pedido da parte.

⁴⁵⁵ Esse princípio também pode ser representado pelo brocardo *sententia debet esse conformis libello* (a sentença deve ser conforme o libelo, isto é, conforme a petição inicial).

⁴⁵⁶ DINAMARCO, C. R., *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 274.

⁴⁵⁷ BEDAQUE, J. R. dos S., *Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório*, p. 25.

⁴⁵⁸ V. item 4.3, *infra*.

de estabilização da demanda mediante preclusões, evitando retorno a situações consolidadas e possibilitando o desenvolvimento do processo, dúvida não há de que o contraditório constitui o principal motivo do limite imposto pelo sistema processual. A finalidade é evitar que a parte seja surpreendida com o exame de fundamentos fáticos ou pretensões não submetidos ao debate, à ampla defesa^{459, 460}.

Já se pôde perceber que o princípio da adstrição proíbe o juiz de proferir sentença que confere ao autor **bem da vida** qualitativamente diverso daquele que ele pediu (isto é, veda a sentença *extra petita*). Essa constatação pode ser complementada por interessante observação de Barbosa Moreira, que afirma:

a proibição de julgar fora do pedido não vale só para a decisão favorável, vale também para a decisão desfavorável. O juiz está tão proibido de dizer que concede X apesar de a parte não o ter pedido, como está proibido de dizer que a parte ‘não tem direito a X, o que aliás não pediu’. (...) Pode parecer acadêmica essa hipótese, mas a minha experiência de magistrado registra alguns casos em que o juiz, afoitamente, resolveu incluir na sentença uma disposição que negava ao autor aquilo que não fora pedido. O juiz não pode conceder, mas tampouco pode negar; simplesmente tem de silenciar. Ele deve ter a virtude de silenciar sobre aquilo que não lhe compete dizer naquele momento. (...) O juiz deve julgar todo o pedido e só o pedido, e não deve dizer absolutamente nada sobre o que não esteja contido nesse círculo⁴⁶¹.

Mas a amplitude do princípio é ainda maior. Segundo o art. 460 do Código, 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”. Há, portanto, mais um caso de sentença *extra petita*, que ocorre quando o juiz concede ao autor **sentença** de natureza diversa da pedida. Isso quer dizer que se o autor, por exemplo, pede ao juiz que declare a responsabilidade civil do réu por ato ilícito, ele não pode proferir sentença condenatória, pois ela seria *extra petita*⁴⁶².

O princípio proíbe igualmente o juiz de dar ao autor **quantidade** superior à pedida (referindo-se, mais uma vez, ao bem da vida). Veda, em outras palavras, também a sentença *ultra petita*.

Em todos esses casos de transgressão ampliativa do princípio da adstrição, a sentença é nula e poderá ser impugnada por meio de apelação. Se conceder ao

⁴⁵⁹ BEDAQUE, J. R. dos S., *Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório*, p. 34-35.

⁴⁶⁰ Barbosa Moreira também entende que o principal fundamento do princípio da adstrição é a garantia do contraditório e a preservação do direito de defesa do réu (BARBOSA MOREIRA, J. C., *Correlação entre o pedido e a sentença*, p. 209).

⁴⁶¹ *Ibid.*, p. 209-211.

⁴⁶² Segundo o art. 4º, § ún. do CPC, “é admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito”.

autor quantitativamente mais do que pediu (sentença *ultra petita*), a nulidade atingirá apenas o excesso e o tribunal deverá reduzi-la aos limites do pedido⁴⁶³. A mesma solução deverá ser adotada no caso da sentença que concede ao autor o que ele pediu e mais alguma coisa (sentença *extra petita*). Contudo, se a sentença for ao mesmo tempo *extra* e *citra petita*⁴⁶⁴, isto é, se der ao autor um bem da vida que ele não pediu e deixar de se manifestar sobre aquele que ele pediu, a nulidade será integral⁴⁶⁵; “se o autor pediu um boi e o juiz concedeu um cavalo, o órgão de segundo grau não pode transformar o cavalo em boi; tem de anular a sentença”⁴⁶⁶.

Bem, todas as hipóteses acima mencionadas referem-se ao **dispositivo** da sentença⁴⁶⁷. Mas o princípio da adstrição também se aplica a um outro de seus elementos estruturais, que é a **fundamentação**. Da mesma forma como o juiz tem sua atuação limitada pelo pedido do autor, deve se restringir aos fatos constantes da *causa petendi* e da *causa excipiendi*. Desse modo, a sentença somente pode se basear nos fatos constitutivos do direito do autor por ele apresentados e nos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos daquele direito que foram alegados pelo réu⁴⁶⁸.

⁴⁶³ “O Código, em matéria de nulidades, adotou uma sistemática inspirada no princípio de que, tanto quanto possível, se deve aproveitar o que foi feito: princípio da aproveitabilidade, uma palavra um pouco à moda de Pontes de Miranda. O art. 248, parte final, estabelece que a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras que dela sejam independentes. Não é seguro que a lei haja pensado na hipótese de que estamos tratando, ao redigir essa norma, porém ela pode ser aplicada, quando menos, na pior hipótese, por analogia. Se se trata de sentença com objeto divisível, como sempre acontece nas condenações pecuniárias — as importâncias são sempre divisíveis —, em tais casos, e essa tem sido a orientação da jurisprudência, não se deve inutilizar a sentença só pelo fato de ela haver ultrapassado o limite numérico do pedido. Corta-se o excesso. Se o juiz proferiu uma condenação em 800, quando o pedido era de 700, o órgão julgador do recurso poderá simplesmente cortar os 100 excedentes, sem necessidade de declarar nula a sentença. É uma solução que não infringe princípio algum; ao contrário, acomoda-se à inspiração fundamental do capítulo do Código a respeito de nulidades, e atende ao princípio da economia processual. Seria fora de propósito fazer baixar os autos, com a sentença invalidada, para que o juiz proferisse outra limitada aos 700” (BARBOSA MOREIRA, J. C., *Correlação entre o pedido e a sentença*, p. 214).

⁴⁶⁴ V. abaixo.

⁴⁶⁵ DINAMARCO, C. R., *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 292-293.

⁴⁶⁶ BARBOSA MOREIRA, J. C., *op. cit.*, p. 214.

⁴⁶⁷ Segundo o art. 458 do CPC, são “requisitos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem”.

⁴⁶⁸ Como diz o Código, o “juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte” (art. 128). No mesmo sentido, o conhecido adágio *iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet* (o juiz deve julgar segundo as alegações e as provas das partes). Essa limitação à atividade do juiz, especificamente com relação à iniciativa probatória, é hoje relativizada (v., por todos, BEDAQUE, J. R. dos S., *Poderes instrutórios do juiz*).

Como o presente trabalho é dedicado ao estudo do pedido, esse aspecto do princípio, que se refere à causa de pedir, não será explorado com maior profundidade. Contudo, é relevante ressaltar que a adstrição não atinge os fundamentos jurídicos invocados pelas partes⁴⁶⁹. São aplicáveis aqui, portanto, os brocardos *iura novit curia* (o juiz conhece o direito) e *da mihi factum dabo tibi ius* (dá-me os fatos que eu te dou o direito). Essa liberdade conferida ao juiz, entretanto, deve ser compatibilizada com o princípio do contraditório, de modo a impedir que as partes sejam surpreendidas com a utilização de fundamento jurídico que não foi previamente submetido ao seu debate⁴⁷⁰.

Até aqui, foram estudadas as situações nas quais o princípio da adstrição é violado porque o juiz exerce a jurisdição **além** da provocação das partes. Mas esse princípio também impede seu exercício **aquém** da provocação⁴⁷¹. Não pode o juiz deixar de se manifestar sobre fato alegado pelas partes⁴⁷² ou sobre pedido formulado pelo autor; não pode, em outras palavras, proferir sentença *citra petita*⁴⁷³. Nesses casos, é claro, o fundamento da proibição não reside no princípio da inércia ou no princípio do contraditório, mas sim na promessa constitucional de que o Estado irá exercer a jurisdição e, preenchidos certos requisitos (essencialmente, as condições da ação e os pressupostos processuais), irá julgar o pedido do autor sempre que ele afirmar que teve um direito ameaçado ou lesado

⁴⁶⁹ A alteração do “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*” (ARRUDA ALVIM WAMBIER, T., *Nulidades do processo e da sentença*, p. 310; grifos do original).

⁴⁷⁰ BEDAQUE, J. R. dos S., *Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório*, p. 38. Sobre o princípio da não surpresa como um desdobramento do princípio do contraditório, v., *infra*, item 4.3.

⁴⁷¹ Segundo Dinamarco, o princípio da adstrição “se apresenta com a dupla face de *veto a excessos* e de *exigência de inteireza* na oferta da tutela jurisdicional” (DINAMARCO, C. R., *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 139).

⁴⁷² “Se a demanda ou defesa se apóia em mais de um fundamento relevante (dolo e coação, posse e propriedade, prescrição e pagamento) e o juiz deixa de examinar um deles, essa omissão transgredir a regra da correlação” (DINAMARCO, C. R., *op. cit.*, v. 3, p. 282).

⁴⁷³ É freqüente na doutrina a utilização da expressão *infra petita* como sinônimo de *citra petita* (nesse sentido, por exemplo: ARRUDA ALVIM NETTO, J. M. de., *Manual de direito processual civil*, v. 2, p. 552; CARVALHO, M. P. de., *Do pedido no processo civil*, p. 170; NERY JUNIOR, N. e ANDRADE NERY, R. M., *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, p. 779). Dinamarco, no entanto, adverte: “*Citra* significa *aquém*. A locução acima empregada designa os julgamentos que, por não haverem decidido sobre toda a demanda, deixando parte dela sem julgar, ficaram *aquém do pedido*. Não se confunde com *infra petita*, que designa as decisões abaixo do pedido, ou seja, as que em parte o acolhem e em parte o rejeitam (procedência parcial). Essas são legítimas perante o sistema (CPC, art. 459)” (DINAMARCO, C. R., *op. cit.*, v. 2, p. 135).

(CF, art. 5º, inc. XXXV). A sentença *citra petita*, portanto, importa denegação parcial de justiça.

É preciso notar, por fim, que quando o juiz, julgando o pedido do autor, dá a ele, quantitativamente, menos do que pediu, não há vício nenhum na sentença.

Retomemos o exemplo apresentado no início do item para esclarecer esse ponto. Se o autor pede a condenação do réu ao pagamento de R\$ 2.000,00 a título de dano emergente e o juiz julga parcialmente procedente seu pedido, concedendo-lhe apenas R\$ 1.500,00, a sentença não viola o princípio da adstrição. O art. 459 do Código, aliás, claramente autoriza o juiz a acolher, “no todo **ou em parte**, o pedido formulado pelo autor”⁴⁷⁴. Ora, se o juiz pode negar ao autor tudo o que ele pediu, também pode se recusar a lhe conceder parte do pedido.

Diversa seria a situação se, apesar do autor ter formulado pedidos cumulados (dano emergente + lucros cessantes), o juiz houvesse se manifestado apenas sobre um deles. Nesse caso, haveria sentença *citra petita* e a omissão poderia ser suprida por meio de embargos de declaração⁴⁷⁵.

4.3.

O pedido do autor e a defesa do réu: o princípio do contraditório

Com fundamento em seu direito de ação, o autor se dirige ao Estado-juiz e propõe uma demanda, pedindo um provimento jurisdicional (sentença) e um bem da vida.

Esse ato do autor faz nascer para o Estado o dever de exercer a jurisdição. Se forem preenchidos certos requisitos de direito processual (como os pressupostos processuais e as condições da ação) e de direito material (como a existência do direito subjetivo⁴⁷⁶ afirmado pelo autor), surgirá para o Estado também o dever de conceder a ele o bem da vida pedido, isto é, a tutela jurisdicional.

⁴⁷⁴ Grifo meu.

⁴⁷⁵ “Art. 535. Cabem embargos de declaração quando: (...) II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.”

⁴⁷⁶ A expressão “direito subjetivo” é aqui utilizada em sentido amplo, compreendendo tanto o direito subjetivo em sentido estrito (ao qual corresponde um dever), quanto o direito potestativo (ao qual corresponde uma sujeição).

É preciso considerar, contudo, que toda vez que o Estado outorga a tutela jurisdicional ao autor atinge a esfera jurídica de uma outra pessoa, o réu. Como observa Ada Pellegrini Grinover,

o provimento do pedido do autor importa no reconhecimento da juridicidade da sua pretensão e, assim, leva a interferir na esfera jurídica do réu, cuja liberdade sofre uma limitação ou vinculação de direito. A ação, pois, se apresenta sempre como o pedido que uma pessoa faz ao órgão jurisdicional, de um provimento destinado a operar na esfera jurídica de outra pessoa⁴⁷⁷.

Para ilustrar o que acabou de ser afirmado, retomemos o exemplo apresentado no item 3.1.3.3. Pedro e o Lojão Popular celebram contrato de compra e venda, tendo por objeto um televisor. Pedro faz o pagamento do preço (R\$ 399,00) à vista e em dinheiro. O Lojão Popular, por sua vez, se compromete a entregar o televisor na casa de Pedro, no prazo de três dias úteis — mas não o faz. Pedro, por diversas vezes, exige do vendedor a entrega do produto, mas sua insistência é em vão; ele não recebe o televisor. Diante do ocorrido, Pedro se dirige ao Poder Judiciário, formulando dois pedidos: a resolução do contrato em virtude do inadimplemento do Lojão Popular⁴⁷⁸ e, sucessivamente, a devolução do valor pago (R\$ 399,00).

Ora, se o Estado-juiz acolher o primeiro pedido de Pedro e romper, por meio de sentença constitutiva negativa, o vínculo contratual, estará inevitavelmente atingindo a esfera jurídica do Lojão Popular; não é possível colocar fim ao contrato com relação a uma das partes e mantê-lo com relação à outra. Com relação ao segundo pedido apresentado por Pedro a análise é um pouco mais complexa (como o bem da vida que ele busca receber por meio do processo é quantia em dinheiro, a técnica processual adequada é a da sentença condenatória-execução por sub-rogação⁴⁷⁹). Basta aqui, porém, ressaltar o seguinte: a satisfação do direito de crédito de Pedro será obtida por meio da entrega de R\$ 399,00 em dinheiro; essa quantia não sairá dos cofres públicos, mas será retirada do patrimônio do devedor (Lojão Popular). Mais uma vez, portanto, a concessão da tutela jurisdicional ao autor implicará em negar o bem da vida ao réu.

⁴⁷⁷ GRINOVER, A. P., *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, p. 90.

⁴⁷⁸ CC/02, art. 475: “A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”.

⁴⁷⁹ A sentença condenatória é uma sentença não-auto-suficiente, cf. item 4.1.1.8, *supra*.

O Estado, porém, não pode privar nenhuma pessoa de seus bens sem o **devido processo legal** (CF, art. 5º, inc. LIV)⁴⁸⁰ — o qual, por esse motivo, constitui uma limitação ao exercício da jurisdição estatal. Em outras palavras: o Estado só pode exercer a jurisdição quando provocado, na medida da provocação⁴⁸¹ e por meio do devido processo legal⁴⁸².

Mas o que é o devido processo legal? Essa é uma pergunta difícil de ser respondida. Como bem observa Dinamarco,

A doutrina tem muita dificuldade em conceituar o *devido processo legal* e precisar os contornos dessa garantia — justamente porque vaga e caracterizada por uma amplitude indeterminada e que não interessa determinar. A jurisprudência norte-americana, empenhada em expressar o que *sente* por *due process of law*, diz que é algo que está em torno de nós e não sabemos bem o que é, mas influi decisivamente em nossas vidas e em nossos direitos (juiz Frankfurter)⁴⁸³.

Uma aproximação, contudo, é possível: devido processo legal é **processo justo**. Isso quer dizer que não basta ao processo produzir um resultado justo⁴⁸⁴; ele precisa também ser justo em si mesmo⁴⁸⁵.

Ora, para ser justo em seu desenvolvimento o processo precisa, antes de mais nada, conceder a ambas as partes oportunidades iguais. Aparece aqui então o **princípio da isonomia processual**, que pode ser extraído do art. 5º, *caput* da Constituição Federal e que vem expressamente consagrado no art. 125, inc. I do CPC⁴⁸⁶. Tamanha é a importância desse princípio que José Roberto dos Santos Bedaque chega a afirmar que ele

constitui o fundamento de todos os princípios constitucionais do processo. Estes existem exatamente para garantir o tratamento isonômico das partes, a fim de que elas possam apresentar-se no processo com paridade de armas, ou seja, com

⁴⁸⁰ CF, art. 5º, inc. LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

⁴⁸¹ Cf. itens 4.2.1 e 4.2.2, *supra*.

⁴⁸² É freqüente a conceituação do processo como o instrumento por meio do qual o Estado exerce a jurisdição. Nesse sentido, por exemplo: CINTRA, A. C. de A., GRINOVER, A. P. e DINAMARCO, C. R., *Teoria geral do processo*, p. 285.

⁴⁸³ DINAMARCO, C. R., *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 245.

⁴⁸⁴ A alusão aqui é ao processo civil de resultados (v. item 3.1.3), que enfatiza o direito à tutela jurisdicional (item 4.1.1.8).

⁴⁸⁵ Consideram o devido processo legal como o processo justo, dentre outros: CRETELLA NETO, J., *Fundamentos principiológicos do processo civil*, p. 45; DINAMARCO, C. R., *op. cit.*, p. 247; MESQUITA, G. F. de., *Princípios do contraditório e da ampla defesa no processo civil brasileiro*, p. 109; NERY JUNIOR, N., *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 31.

⁴⁸⁶ “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”.

“Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento”.

Segundo Grinover, a “igualdade perante a lei é premissa para a afirmação da igualdade perante o juiz” (GRINOVER, A. P., *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, p. 25), de modo que o art. 125, inc. I do CPC é um desdobramento do art. 5º, *caput* da CF.

chances equivalentes de afirmar suas razões e demonstrar os fatos necessários ao reconhecimento do direito deduzido. Deve haver entre as partes verdadeiro equilíbrio em todo o curso do processo, com a eliminação de qualquer fator de desigualdade entre elas⁴⁸⁷.

Já foi visto que, preenchidos determinados requisitos, o autor tem direito à tutela jurisdicional⁴⁸⁸. Esse raciocínio precisa agora ser revisto, sob a luz do princípio da igualdade das partes no processo. Se o autor tem a possibilidade de pedir a tutela jurisdicional em seu favor, então o réu deve ter a mesma possibilidade, ou seja, deve ter a possibilidade de pedir ao Estado que não a conceda ao autor, mas sim a ele, réu. Aceita essa premissa, dela podemos extrair duas conclusões fundamentais:

a) Ao direito de ação (*ius actionis*) do autor, que lhe permite exigir do Estado a tutela jurisdicional, corresponde o direito de defesa (*ius exceptionis*)⁴⁸⁹ do réu, que lhe permite resistir à exigência (pedido) do autor⁴⁹⁰.

b) O processo não é predisposto a conceder a tutela jurisdicional ao autor. Ao seu final, ela poderá ser outorgada a qualquer das partes, ou seja, também o réu poderá receber a tutela jurisdicional^{491, 492}. Nesse sentido, Dinamarco assevera que tanto “ao réu quanto ao autor a lei oferece o direito de esperar legitimamente pela sentença de mérito favorável e, portanto, pela tutela jurisdicional plena que ela em princípio é capaz de proporcionar”⁴⁹³. O raciocínio é complementado por José Roberto dos Santos Bedaque: o “provimento cognitivo que rejeita a

⁴⁸⁷ BEDAQUE, J. R. dos S., *Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório*, p. 22.

⁴⁸⁸ Item 4.1.1.8, *supra*.

⁴⁸⁹ A palavra **exceção** é polissêmica. Segundo Sergio Bermudes, ela vem do “latim *exceptio*, de *excipere*, pôr de lado, excluir: com a exceção, o réu busca excluir o pedido do autor, no sentido de que o órgão jurisdicional não o considere, não o acolha” (BERMUDES, S., *Introdução ao processo civil*, p. 58). Em direito processual civil, tem três significados diferentes: a) exceção em sentido amplo, como sinônimo de defesa; b) exceção em sentido estrito, que é a defesa que o juiz só pode conhecer quando alegada pela parte (em oposição a objeção, que é a defesa que o juiz pode conhecer de ofício); e c) exceção ritual, que é a defesa para a qual o Código prevê um procedimento específico (exceções de incompetência relativa e de parcialidade do juiz: CPC, arts. 304 a 314).

⁴⁹⁰ Segundo Marinoni, o direito de defesa consiste na “possibilidade conferida ao réu de, efetivamente, reagir em juízo para que seja negada a tutela jurisdicional ambicionada pelo autor” (MARINONI, L. G., *Novas linhas do processo civil*, p. 232).

⁴⁹¹ Mais uma vez, a crítica ao processo civil do autor (v. item 3.1.3, *supra*).

⁴⁹² Essa característica, específica do processo de conhecimento, é denominada por Dinamarco de **bipolaridade alternativa** (em contraposição ao desfecho único do processo de execução) (DINAMARCO, C. R., *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 31-32).

⁴⁹³ *Ibid.*, p. 32.

pretensão do autor confere tutela jurisdicional ao réu, pois elimina definitivamente a possibilidade de discussão a respeito daquele direito considerado inexistente”⁴⁹⁴.

O réu, tanto quanto o autor, tem portanto o direito de participar do processo, de ser ouvido, de que seus argumentos sejam levados em consideração na sentença⁴⁹⁵. Fala-se então em outro princípio derivado do devido processo legal, que é o princípio da audiência bilateral (*audiatur et altera pars*) ou do **contraditório**⁴⁹⁶. Segundo Ovídio Baptista da Silva, esse princípio “dá expressão a um princípio de natureza constitucional do direito brasileiro, que é o *direito de defesa*, ou direito ao devido processo legal, consubstanciado no art. 5º, inc. LV, Constituição Federal”⁴⁹⁷.

O contraditório é um dos fatores que legitimam o exercício do poder em um Estado democrático de direito⁴⁹⁸. Mais especificamente, ele legitima o exercício do poder ao propiciar a participação dos interessados diretos (as partes) no processo decisório:

Democracia quer significar, acima de tudo, participação. A participação no poder é da essência da democracia. É essa participação que legitima o exercício do poder.

⁴⁹⁴ BEDAQUE, J. R. dos S., *Direito e processo*, p. 29.

⁴⁹⁵ Segundo Cintra, Grinover e Dinamarco, o direito de defesa é “o direito a que no julgamento também se levem em conta as razões do réu” (CINTRA, A. C. de A., GRINOVER, A. P. e DINAMARCO, C. R., *Teoria geral do processo*, p. 281).

⁴⁹⁶ Entendem que o contraditório é inerente ao devido processo legal, dentre outros: CRETELLA NETO, J., *Fundamentos principiológicos do processo civil*, p. 45; DINAMARCO, C. R., *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 246; MESQUITA, G. F. de., *Princípios do contraditório e da ampla defesa no processo civil brasileiro*, p. 115; PORTANOVA, R., *Princípios do processo civil*, p. 146. Nesse sentido, Dinamarco afirma que um “processo não será justo e equo quando os sujeitos não puderam participar adequadamente” (DINAMARCO, C. R., *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 32; grifos do original). Nery Junior, por sua vez, considera que não só o contraditório, mas todos os princípios constitucionais do direito processual civil derivam do princípio fundamental do devido processo legal: “basta a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo justo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies” (NERY JUNIOR, N., *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 31). No Brasil, o princípio do contraditório é consagrado pelo art. 5º, inc. LV da CF: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

⁴⁹⁷ BAPTISTA DA SILVA in BAPTISTA DA SILVA, O. A. e GOMES, F., *Teoria geral do processo civil*, p. 56.

⁴⁹⁸ Ao lado do procedimento, que legitima o exercício do poder pela legalidade: “No cenário das instituições jurídicas do país, o procedimento tem o valor de penhor da *legalidade* no exercício do poder. A lei traça o modelo dos atos do processo, sua seqüência, seu encadeamento, disciplinando com isso o exercício do poder e oferecendo a todos a garantia de que cada procedimento a ser realizado em concreto terá conformidade com o modelo preestabelecido: desvios ou omissões quanto a esse plano de trabalho e participação constituem violações à garantia constitucional do *devido processo legal*. No Estado-de-direito, como foi dito, não se concebe como possa o juiz, no exercício da jurisdição, realizar atividades cujo escopo jurídico é a atuação da lei, mas realizá-las com o campo aberto para o arbítrio” (DINAMARCO, C. R., *A instrumentalidade do processo*, p. 127).

A participação no poder se dá de forma direta e indireta e em vários níveis. Assim, a legitimidade do processo legislativo depende do grau de participação dos cidadãos na criação da lei. Nesse caso, a participação, como é óbvio, se dá de forma indireta, pois os Estados contemporâneos não prescindem da representação política. Participação também se verifica no processo administrativo, no qual, aliás, a necessidade do contraditório não é sequer questionável, em vista do art. 5º, LV, da Constituição Federal.

O fundamento de legitimidade do processo jurisdicional não poderia ser diferente. O exercício do poder estatal através do processo jurisdicional há de ser legítimo, mas a legitimidade do exercício do poder somente pode ser conferida pela abertura à participação. Ora, se o processo jurisdicional deve refletir o Estado Democrático de Direito⁴⁹⁹, a idéia básica do processo deve ser a de garantir aos interessados uma participação efetiva no procedimento que vai levar à edição da decisão.

Participação, porém, pressupõe informação e, na generalidade dos casos, possibilidade de reação⁵⁰⁰.

Exatamente por esse motivo, a doutrina costuma afirmar que o contraditório é propiciado pelo binômio informação-reação⁵⁰¹. O que isso quer dizer? Que o autor e o réu participam do processo **reagindo** aos atos que lhes são desfavoráveis, tenham eles sido praticados por seu adversário ou pelo juiz. Mas, para reagir, precisam antes de mais nada ser **informados** de que tal ato foi realizado, o que será feito por meio de um ato de comunicação processual (citação ou intimação).

Pois bem, o ato inicial do processo é a demanda, a qual é potencialmente desfavorável ao réu⁵⁰². Por esse motivo, ele deve ser informado de sua propositura, por meio da citação, a qual pode assim ser conceituada como o ato por meio do qual se leva ao conhecimento do réu a demanda proposta pelo autor⁵⁰³.

⁴⁹⁹ Nesse sentido, afirma Dinamarco: “O processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados; ele é, por assim dizer, o *microcosmos democrático* do Estado-de-direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade” (DINAMARCO, C. R., *A instrumentalidade do processo*, p. 25).

⁵⁰⁰ MARINONI, L. G., *Novas linhas do processo civil*, p. 252-253.

⁵⁰¹ Nesse sentido, além de Marinoni: CINTRA, A. C. de A., GRINOVER, A. P. e DINAMARCO, C. R., *Teoria geral do processo*, p. 59; DINAMARCO, C. R., *O princípio do contraditório e sua dupla destinação*, p. 127-128; NERY JUNIOR, N., *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 131-132

⁵⁰² Basta lembrar que a satisfação do direito afirmado pelo autor, se ocorrer, implicará no sacrifício do interesse do réu.

⁵⁰³ Segundo Dinamarco, citação é “o ato mediante o qual se transmite ao demandado a ciência da propositura da demanda, tornando-o parte no processo” (DINAMARCO, C. R., *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 506).

O réu tem não só o direito de ser informado, mas, mais do que isso, tem o direito de ser **adequadamente informado**⁵⁰⁴. Isso quer dizer que ele deve ter acesso ao conteúdo da demanda e que deve, ainda, ser advertido de que eventual omissão sua (revelia) lhe trará uma conseqüência processual desfavorável (presunção de veracidade das alegações fáticas apresentadas pelo autor)⁵⁰⁵. Não é qualquer informação, portanto, que respeita o contraditório, mas apenas a informação adequada.

Como a citação tem o objetivo de “levar ao réu o conhecimento da propositura da demanda **e do seu teor**”⁵⁰⁶, ela deverá conter cópia da petição inicial (CPC, art. 223, *caput*)⁵⁰⁷. Aliás, como observa Dinamarco, esse é o principal elemento do instrumento da citação, por cumprir “o objetivo central de pôr o réu em condições de defender-se”⁵⁰⁸. É a citação, por conseguinte, que permite ao réu tomar contato com o pedido formulado pelo autor.

Devidamente informado, o réu poderá reagir à demanda, apresentando sua resposta, ou permanecer inerte, quando então se terá sua revelia (CPC, arts. 319 a 322). Esta última possibilidade demonstra que em direito processual civil, ao menos em regra, a reação é meramente oportunizada e não obrigatória⁵⁰⁹. Todavia,

há casos em que a *reação* se impõe como absolutamente indispensável, falando a doutrina, com relação a eles, na necessidade de um *contraditório efetivo*. É o que se dá quando a citação tiver sido feita por meios precários, como a publicação de editais, vindo o réu a permanecer revel. A lei manda que o juiz dê curador a esse demandado (art. 9º, inc. II), com o *munus* de oferecer obrigatoriamente a defesa, sob pena de nulidade de todos os atos processuais subseqüentes. Assim sucede, fazendo-se necessária uma reação que em casos normais seria somente possível, justamente porque a informação não foi feita de modo confiável. Não se sabe se o réu não respondeu à inicial porque não quis, ou porque não soube da sua propositura⁵¹⁰.

⁵⁰⁴ NERY JUNIOR, N., *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 141.

⁵⁰⁵ “Art. 285. Estando em termos a petição inicial, o juiz a despachará, ordenando a citação do réu, para responder; do mandado constará que, não sendo contestada a ação, se presumirão aceitos pelo réu, como verdadeiros, os fatos articulados pelo autor.”

“Art. 319. Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.”

⁵⁰⁶ DINAMARCO, C. R., *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 412. Grifo meu.

⁵⁰⁷ “Art. 223. Deferida a citação pelo correio, o escrivão ou chefe da secretaria remeterá ao citando **cópias da petição inicial** e do despacho do juiz, expressamente consignada em seu inteiro teor a advertência a que se refere o artigo 285, comunicando, ainda, o prazo para a resposta e o juízo e cartório, com o respectivo endereço”. Grifo meu.

⁵⁰⁸ *Ibid.*, p. 413.

⁵⁰⁹ *Id.*, *O princípio do contraditório e sua dupla destinação*, p. 127; NERY JUNIOR, N., *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 133.

Se o réu decidir responder à demanda do autor, poderá fazê-lo por meio de resposta defensiva ou não-defensiva. São respostas não-defensivas a reconvenção, isto é, o contra-ataque do réu (CPC, arts. 315 a 318) e o reconhecimento da procedência do pedido do autor (art. 269, inc. II). Por sua vez, a resposta defensiva, ou seja, a defesa contra o pedido do autor será apresentada por meio de contestação (arts. 300 a 303), exceção (arts. 304 a 314) ou impugnação ao valor da causa (art. 261)⁵¹¹.

Até aqui, o princípio do contraditório foi analisado como uma garantia de participação destinada ao autor e ao réu⁵¹². É possível, porém, estudá-lo também sob a ótica do juiz, ou seja, como um princípio que impõe ao juiz o dever de participar ativamente do processo^{513,514}.

No ordenamento jurídico brasileiro não há disposição expressa nesse sentido. Mas ela existe tanto no *Nouveau Code de Procedure Civile* francês quanto no Código de Processo Civil português. O art. 16 do Código francês dispõe que

O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele próprio o princípio do contraditório.

Ele não pode considerar, em sua decisão, os argumentos, as explicações e os documentos invocados ou produzidos pelas partes se eles não forem previamente submetidos ao seu debate, em contraditório.

⁵¹⁰ DINAMARCO, C. R., *O princípio do contraditório e sua dupla destinação*, p. 128; grifos do original.

⁵¹¹ Na realidade, o quadro completo das possíveis respostas do réu é mais complexo do que o que aqui foi apresentado. Dinamarco, em uma tentativa de sistematizá-las, afirma que são **respostas defensivas** a contestação, a exceção, a nomeação à autoria, a impugnação ao valor da causa e a arguição de falsidade e que são **respostas não-defensivas** a reconvenção, a denunciação da lide, o chamamento ao processo e o reconhecimento do pedido (DINAMARCO, C. R., *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 446).

⁵¹² Na verdade, a análise dedicou-se com maior cuidado ao contraditório visto sob a ótica do réu, especialmente em sua primeira oportunidade de participação no processo (resposta), em virtude da estruturação do presente trabalho.

⁵¹³ Id., *O princípio do contraditório e sua dupla destinação*, p. 124.

⁵¹⁴ Ovídio Baptista da Silva trata da relevância do princípio do contraditório para o juiz a partir de uma outra perspectiva, a qual também é bastante interessante: “Em verdade, como afirmava um velho provérbio alemão, a alegação de um só homem não é alegação — o juiz deve ouvir a ambas as partes. Esta outra dimensão do princípio do contraditório — que o direito moderno ignora, pela submissão das ciências humanas à metodologia das ciências experimentais, com seu correspondente conceito de verdade científica — pressupõe que a audiência bilateral seja uma necessidade mais do julgador que propriamente da parte, o que, ante a contingência do conhecimento através de um juízo de simples verossimilhança, somente poderá alcançar um nível aceitável de segurança para o julgamento ouvindo os argumentos e contra-argumentos das partes (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A., *Curso de processo civil*, p. 70).

Ele não pode fundamentar sua decisão em argumentos de direito que ele próprio tenha suscitado de ofício sem ter previamente intimado as partes para apresentarem suas alegações⁵¹⁵.

O Código português estabelece, em seu art. 3º, n.º 3, que “o juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem”.

Segundo Dinamarco,

A globalização da ciência processual foi o canal de comunicação pelo qual uma regra de direito positivo de um país pôde ser guindada à dignidade de componente desse princípio universal, transpondo fronteiras. A participação que a garantia do contraditório impõe ao juiz consiste em atos de *direção*, de *prova*, e de *diálogo*. A lei impõe ao juiz, entre seus deveres fundamentais no processo, o de participar efetivamente.

Tal é a perspectiva do *ativismo judicial*, que vem sendo objeto de ardorosos alvites nos congressos internacionais de direito processual, marcados pela tônica da efetividade do processo. Opõe-se aos postulados do *adversary system*, prevalentes no direito anglo-americano, onde o juiz participa muito menos (especialmente no tocante à colheita da prova) e desenvolve, como se diz, a *relatively passive role*⁵¹⁶.

O diálogo que o princípio do contraditório, visto dessa forma, impõe ao juiz manter com as partes impede-o inclusive de tomar uma decisão, ainda que com fundamento em matéria que possa conhecer de ofício, sem antes ouvi-las a respeito. Nesse sentido, afirma Bedaque: “o exame de ofício de questões de ordem pública, especialmente as de natureza processual, deve ser precedido de plena participação das partes. Embora possa o juiz conhecer das questões independentemente de provocação, deve, antes de proferir decisão a respeito, submetê-las à manifestação das partes”⁵¹⁷. A mesma opinião é compartilhada por Portanova, que pondera: “as partes não podem ser surpreendidas por decisão que se apóie numa visão jurídica que não tinham percebido ou não tinham considerado sem maior significado. Nesse sentido, mesmo o conhecimento de ofício, pelo juiz,

⁵¹⁵ Tradução livre do original: “*Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d’en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu’il a relevés d’office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations*”.

⁵¹⁶ DINAMARCO, C. R., *O princípio do contraditório e sua dupla destinação*, p. 131.

⁵¹⁷ BEDAQUE, J. R. dos S., *Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório*, p. 39.

deve ser precedido de prévio conhecimento da parte”⁵¹⁸. Poder agir de ofício, portanto, não se confunde com poder agir sem antes ouvir as partes⁵¹⁹.

Visto sob essa perspectiva, o princípio do contraditório se manifesta como um **princípio de não-surpresa**, que proíbe a decisão fundada em elemento (argumento, de fato ou de direito, ou prova) que não tenha sido previamente submetido ao debate das partes. Como observa Dinamarco, evitar “surpresas para as partes é, também, assegurar-lhes o diálogo e, conseqüentemente, o contraditório processual”⁵²⁰.

No Brasil, contudo, diversamente do que ocorre na França e em Portugal, o princípio da não-surpresa não recebeu consagração, constitucional ou legislativa, expressa. De qualquer modo, ele pode — e deve — ser extraída do art. 5º, inc. LV da Constituição Federal brasileira.

Há antiga decisão do Supremo Tribunal Federal que reconhece essa proibição de serem as partes surpreendidas, a qual foi relatada pelo Min. Luiz Gallotti e ementada da seguinte forma:

Desquite fundado em injúria grave. Alegação de sevícia, trazida na audiência de instrução e julgamento. Modificação, não consentida, da *causa petendi*.

Possibilidade de atender o Juiz a fatos constantes dos autos, ainda que não alegados (artigo 118 do Cód. de Processo Civil).

Essa possibilidade deve ser entendida em termos, sem quebra do princípio fundamental, assecuratório da defesa, de que não é lícito ao autor alterar livremente a *causa petendi* após a contestação (art. 181), pois admiti-lo importaria em evidente **prejuízo do réu, pela surpresa a que ficaria exposto** e conseqüente impossibilidade de providenciar em tempo sobre sua defesa. Injúria não provada.

Recurso extraordinário sem cabimento⁵²¹.

O Superior Tribunal de Justiça, em alguns casos mais recentes, também reconheceu que as partes não podem ser surpreendidas, sob pena de violação ao princípio do contraditório. Em duas dessas ocasiões, discutia-se a interpretação do art. 398 do CPC, segundo o qual “sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra, no prazo de 5 (cinco) dias”. Esclareceu então o Tribunal que essa “norma processual tem como escopo, em observância ao princípio da bilateralidade, afastar a surpresa à parte

⁵¹⁸ PORTANOVA, R., *Princípios do processo civil*, p. 162

⁵¹⁹ DIDIER JÚNIOR, F., *Direito processual civil*, p. 47.

⁵²⁰ DINAMARCO, C. R., *A instrumentalidade do processo*, p. 305, nota 8.

⁵²¹ STF, 1ª T., RE 12.892, rel. Min. Luiz Gallotti, j. 10.07.1952, v.u. Grifos meus.

pela juntada de documentos, proporcionando-lhe a oportunidade de manifestação”⁵²².

⁵²² STJ, 2ª T., REsp 66.631-SP, rel. Min. Castro Meira, j. 04.03.2004, v.u., DJ 21.06.2004. No mesmo sentido: STJ, 1ª T., REsp 633.028-PR, Rel. Min. José Delgado, j. 05.10.2004, v.u., DJ 29.11.2004. Também fazem referência, ainda que incidentalmente, à proibição de surpresa da parte: STJ, REsp 132.850-DF, 1ª T., rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 18.09.1997, v.u., DJ 20.10.1997; STJ, 1ª T., REsp 153.828-SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 01.12.1998, v.u., DJ 01.03.1999.

5. A interpretação e os requisitos do pedido

Tamanha é a importância do pedido para o direito processual civil que o Código a ele dedica toda uma seção⁵²³, composta por nove artigos (arts. 286 a 294). De todas as regras ali contidas, interessam ao presente trabalho especialmente aquelas que tratam de sua formulação (arts. 286 e 290) e de sua interpretação (art. 293)⁵²⁴.

5.1. A interpretação do pedido

A demanda é o ato por meio do qual o autor apresenta ao Estado uma declaração de vontade chamada de pedido⁵²⁵. A manifestação da vontade de obter um provimento jurisdicional e um bem da vida⁵²⁶ é feita, em regra, por escrito, mediante um instrumento denominado de petição inicial.

Contudo, podem ocorrer falhas nessa comunicação entre o autor e o Estado. É possível: *a*) que a vontade exteriorizada por meio da declaração não corresponda à vontade real do autor; *b*) que a declaração contida na petição inicial não seja clara, permitindo mais de uma interpretação; *c*) que o autor deixe de inserir a declaração de vontade na petição inicial, apesar de nela constar a declaração de ciência relativa ao fato constitutivo de seu direito.

Como deve o juiz proceder em casos como esses? Na hipótese *a*, deve deixar de lado o elemento externo, a declaração, e tentar descobrir qual foi a

⁵²³ Trata-se da Seção II, Capítulo I (Da petição inicial), Título VIII (Do procedimento ordinário), Livro I (Do processo de conhecimento) do Código.

⁵²⁴ A Seção trata ainda do pedido cominatório (art. 287), do pedido alternativo (art. 288), do pedido subsidiário (art. 289), do pedido relativo a obrigação indivisível com pluralidade de credores (art. 291), dos requisitos para a cumulação de pedidos (art. 292) e da modificação do pedido (art. 294).

⁵²⁵ Segundo Arruda Alvim, o conteúdo da petição inicial é composto por uma declaração de vontade e por uma declaração de ciência: “A manifestação de vontade da petição inicial tem direção dúplici: de um lado, e primordialmente, objetiva uma providência jurisdicional, a que se dá o nome de pedido imediato; de outro lado, e mediatamente, colima justamente através do acolhimento do pedido imediato, a obtenção do chamado pedido mediato, que consiste propriamente na satisfação da pretensão. O primeiro visa à própria sentença e seus efeitos; o segundo visa à obtenção do bem da vida pleiteado. (...) A declaração de ciência consubstancia-se num relatório dos fatos ocorridos, que são, precisamente, os fatos constitutivos do pedido” (ARRUDA ALVIM NETTO, J. M. de., *Manual de direito processual civil*, v. 2, p. 213).

vontade interna do autor? Na hipótese *b*, sendo ambígua a declaração de vontade do autor, por qual das interpretações possíveis deve optar? E na hipótese *c*, deve supor que o autor pretendia fazer o pedido que acabou não fazendo?

A resposta dada pelo Código a todas essas perguntas é uma só e decorre, diretamente, do princípio da adstrição da sentença à demanda. De acordo com ele, o juiz não pode proferir sentença que confira ao autor mais do que ele pediu ou algo diverso do que pediu; o pedido, portanto, estabelece o limite máximo da sentença⁵²⁷.

Por mais que o princípio da adstrição constitua um desdobramento do princípio da inércia da jurisdição, esse não é seu principal fundamento. O princípio se justifica, essencialmente, pela necessidade de garantir o contraditório e preservar o direito de defesa do réu, que não pode ser surpreendido por uma sentença que lhe traga um resultado desfavorável pior do que aquele projetado pela demanda do autor e do qual ele se defendeu⁵²⁸. Ora, se o réu se defende do pedido formulado pelo autor, a sentença que extrapola esse limite o surpreende e, por esse motivo, viola o princípio do contraditório. A interpretação do pedido, em suma, não interessa só ao juiz, mas também ao réu⁵²⁹. Como observa Bermudes, ele não pode ser obrigado a “adivinhar tudo quanto ocorreria ao autor postular contra ele e partir, às tontas, para um revide sem o correspondente ataque”⁵³⁰. O réu, portanto, só pode se defender do que consta expressamente da petição inicial.

Por esse motivo, o Código estabelece que os “pedidos são interpretados restritivamente” (art. 293, 1ª parte). Em caso de dúvida, conseqüentemente, o juiz não pode realizar interpretação extensiva, sob pena de proferir sentença *ultra* ou *extra petita*. Em outras palavras:

deve[-se] entender pretendido (ou pedido) pelo autor *tudo* aquilo que se encontra *declarado* na petição inicial e *nada mais* do que aquilo por ele *declarado*: tanto a espécie ou natureza do provimento, quanto a qualidade e quantidade do bem jurídico. Em nenhuma hipótese se admite a dilatação, como não se suprime coisa alguma. Nem a urgência do ingresso em juízo, nem a complexidade jurídica da hipótese, nem a qualidade pessoal ou social das partes e muito menos a inaptidão do agente incumbido de expor o pedido autorizam o juiz a investigar, traduzir ou

⁵²⁶ O autor pode também pedir mais de um provimento jurisdicional e mais de um bem da vida, falando-se então em cumulação de demandas (ou de pedidos).

⁵²⁷ Na verdade, como visto no item 4.2.2, *supra*, o pedido estabelece também, sob certa ótica, o limite mínimo da sentença, pois ela não pode deixar de apreciar nenhum dos pedidos apresentados pelo autor, sob pena de ser viciada (sentença *citra petita*).

⁵²⁸ Cf. item 4.2.2, *supra*.

⁵²⁹ CARVALHO, M. P. de., *Do pedido no processo civil*, p. 114.

⁵³⁰ BERMUDES, S., *Introdução ao processo civil*, p. 43.

adaptar a intenção do autor, em detrimento do réu, porque nesta matéria não há o *minus dictum quam cogitatum*⁵³¹

No mesmo sentido, José Joaquim Calmon de Passos afirma que “interpretar restritivamente o pedido é tirar dele tudo quanto nele se contém e só o que nele se contém, sem que se possa ampliá-lo por força de interpretação extensiva ou por consideração outra qualquer de caráter hermenêutico. Compreendido no pedido só o que expressamente contiver, não o que possa, virtualmente, ser o seu conteúdo”⁵³².

Retomemos então as perguntas formuladas mais acima com relação às falhas que podem ocorrer na comunicação entre o autor e o Estado. Como deveria o juiz proceder nas hipóteses descritas?

A interpretação restritiva do pedido, imposta pelo sistema processual, especialmente pelo art. 293 do Código, leva às seguintes conclusões:

a) O juiz deve se ater à **declaração** do autor, constante da petição inicial. A declaração prevalece sobre a vontade real, em caso de haver divergência entre elas. Se “a declaração não coincide com a vontade do autor, a primeira prevalece e ele arcará com as conseqüências da incoincidência”⁵³³.

b) Se a declaração for ambígua, o juiz deve optar pela interpretação mais restritiva dentre as possíveis e não pela mais ampla. “Imposto que é ao juiz não pronunciar-se sobre o que não constitua objeto do pedido, cumpre-lhe, em caso de dúvida, interpretar o pedido *restritivamente*, evitando, assim, de decidir *extra* ou *ultra petita*”⁵³⁴. Desse modo, se, por exemplo, “não for possível retirar da petição inicial certeza quanto a pretender o autor a condenação do réu a cumprir uma cláusula do contrato, ou duas, ou três, que considere sempre a mais estrita das hipóteses”⁵³⁵.

c) Por mais que o fato constitutivo do direito do autor esteja descrito na petição inicial, o juiz não poderá suprir a ausência de pedido expresso por meio de interpretação. O juiz não pode “extrair das entrelinhas o que, na verdade, o autor não pediu, embora pudesse tê-lo feito”⁵³⁶. Desse modo, “se o autor houver

⁵³¹ CARVALHO, M. P. de., *Do pedido no processo civil*, p. 119. Grifos do original.

⁵³² CALMON DE PASSOS, J. J., *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 209.

⁵³³ CARVALHO, M. P. de., op. cit., p. 117.

⁵³⁴ AMARAL SANTOS, M., *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 2, p. 165. Grifo do original.

⁵³⁵ DINAMARCO, C. R., *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 135.

⁵³⁶ ASSIS, A. de., *Cumulação de ações*, p. 251.

omitido, na petição inicial, pedido que lhe era lícito fazer, só por ação distinta poderá formulá-lo”⁵³⁷.

5.2. Os requisitos do pedido

O Código estabelece os requisitos que o autor deve observar ao formular seu pedido na primeira parte do art. 286, *caput*, o que faz nos seguintes termos: o “pedido deve ser certo **ou** determinado”⁵³⁸.

Na redação do texto, o legislador utilizou, para ligar os dois requisitos do pedido, a conjunção alternativa **ou**. A interpretação gramatical levaria portanto à conclusão de que são requisitos alternativos.

A doutrina⁵³⁹, contudo, é unânime em afirmar que os dois requisitos mencionados por aquele dispositivo legal são na verdade **cumulativos**, de modo que não basta ao pedido ser certo **ou** determinado; ele deve ser, ao mesmo tempo, certo e determinado^{540,541}. Os “predicados não se repelem. Ao contrário, ambas as qualidades se ostentam imprescindíveis”⁵⁴².

Mas o que é um pedido certo? E um pedido determinado?

⁵³⁷ GRECO FILHO, V., *Direito processual civil brasileiro*, v. 2, p. 105.

⁵³⁸ Grifo meu.

⁵³⁹ Segundo Barbosa Moreira, a jurisprudência também é unânime nesse sentido (BARBOSA MOREIRA, J. C., *Correlação entre o pedido e a sentença*, p. 209).

⁵⁴⁰ Nesse sentido: ASSIS, A. de., *Cumulação de ações*, p. 235; ARRUDA ALVIM WAMBIER, T., *Nulidades do processo e da sentença*, p. 308; BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A., *Curso de processo civil*, p. 226; BARBOSA MOREIRA, J. C., *O novo processo civil brasileiro*, p. 11; CALMON DE PASSOS, J. J., *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 171; CARVALHO, M. P. de., *Do pedido no processo civil*, p. 103; DIDIER JÚNIOR, F., *Direito processual civil*, p. 374; FIGUEIRA JÚNIOR, J. D., *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 88-89; FREITAS CÂMARA, A., *Lições de direito processual civil*, p. 324; GRECO FILHO, V., *op. cit.*, p. 105; THEODORO JÚNIOR, H., *Curso de direito processual civil*, p. 332; WAMBIER, L. R., ALMEIDA, F. R. C. de e TALAMINI, E., *Curso avançado de processo civil*, v. 1, p. 304.

⁵⁴¹ Parte da doutrina afirma ainda, com fundamento no art. 295, § ún., inc. II do CPC, que o pedido deve ser concludente; a congruência seria para esses autores, desse modo, um terceiro requisito do pedido (AMARAL SANTOS, M., *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 2, p. 157; ASSIS, A. de., *Cumulação de ações*, p. 236; DIDIER JÚNIOR, F., *op. cit.*, p. 375; THEODORO JÚNIOR, H., *op. cit.*, p. 332). Penso, contudo, que esse é um requisito que se aplica à **relação** que deve existir entre a causa de pedir e o pedido. Portanto, não se trata, a meu ver, de um requisito **do pedido**, mas **da demanda**.

⁵⁴² ASSIS, A. de., *op. cit.*, p. 235.

5.2.1. Pedido certo

O requisito da certeza é uma conseqüência direta do critério adotado pelo Código para a interpretação dos pedidos. Se eles devem ser interpretados restritivamente, então o juiz não poderá, por exemplo, proferir sentença que conceda ao autor determinado bem da vida que ele não pediu expressamente:

Não se admite, evidentemente, que o autor (...) simplesmente exponha os fatos e fundamentos jurídicos de sua ação e deixe ao juiz a tarefa de determinar ou extrair deles o pedido que não fora formulado. Assim como o pedido sem fatos e fundamentos jurídicos que o substanciem seria inidôneo para legitimar a demanda judicial, igualmente os simples fatos e fundamentos jurídicos (*causa petendi*) sem pedido conduziram a uma hipótese de petição inicial inepta. (...) Naturalmente, esperar que o juiz descubra, ou formule, o pedido que ao autor competia fazer, em verdade, é nada pedir. E, como vimos, o juiz só deve prover nos estritos limites do pedido que o autor lhe fizer⁵⁴³.

Pedido certo é pedido explicitamente formulado, é **pedido expresso**⁵⁴⁴. A ele se opõem, portanto, os pedidos implícitos, os pedidos subentendidos, que são em regra proibidos. Como observa Araken de Assis, não se admite “pedido obscuro, dúbio e vago, substituído, parcial ou integralmente, através de expressões elípticas, por exemplo, condenar o réu ‘no que couber’ ou, ainda, ‘no que reputar justo’, e outras, infelizmente comuns”⁵⁴⁵.

5.2.2. Pedidos implícitos

Por mais que os pedidos devam ser formulados, em regra, expressamente, há certas hipóteses excepcionais nas quais são admitidos os chamados pedidos implícitos⁵⁴⁶. São situações nas quais o princípio da adstrição é mitigado, devendo

⁵⁴³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A., *Curso de processo civil*, p. 226-227.

⁵⁴⁴ Nesse sentido: ABELHA RODRIGUES, M., *Elementos de direito processual civil*, p. 428; AMARAL SANTOS, M., *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 2, p. 157; ASSIS, A. de., *Cumulação de ações*, p. 234; DIDIER JÚNIOR, F., *Direito processual civil*, p. 374; GRECO FILHO, V., *Direito processual civil brasileiro*, v. 2, p. 105; THEODORO JÚNIOR, H., *Curso de direito processual civil*, p. 332; WAMBIER, L. R., ALMEIDA, F. R. C. de e TALAMINI, E., *Curso avançado de processo civil*, v. 1, p. 304

⁵⁴⁵ ASSIS, A. de., *Cumulação de ações*, p. 234.

⁵⁴⁶ Dinamarco critica a expressão com o seguinte argumento: “Conceitualmente, não há lugar para a existência de *pedidos implícitos*. Simplesmente, a lei e o sistema *dispensam o pedido* em algumas hipóteses (...) 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

o juiz na sentença se manifestar sobre ponto que não foi apresentado expressamente pelo autor.

Em todas essas hipóteses excepcionais, como observa Vicente Greco Filho, há “conseqüências de direito material ou processual que eventualmente podem ficar omitidas [na petição inicial] porque decorrem necessariamente do pedido principal”⁵⁴⁷.

Porque a lei assim determina, o juiz deverá examinar e decidir todos esses “pedidos”, ainda que não sejam expressamente formulados pelo autor, sob pena de proferir sentença *citra petita*⁵⁴⁸.

Vejamos quando isso acontece.

5.2.2.1. Correção monetária

Se o pedido do autor tem por objeto mediato quantia em dinheiro, deve o julgador incluir na condenação, de ofício, a correção monetária, pois ela é “mera atualização da moeda, não se constituindo em nenhuma vantagem para o autor que não a pediu”^{549, 550}.

dispensado, não havendo por que fingir que ele haja sido deduzido” (DINAMARCO, C. R., *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 138). Araken de Assis, no mesmo sentido, afirma que a designação “pedido implícito” é enganosa; reconhece, porém que ela é “inextirpável da tradição processual” (ASSIS, A. de., *Cumulação de ações*, p. 247). De qualquer modo, a crítica feita por Dinamarco propicia uma interessante reflexão: não deveria o tema ser tratado juntamente com o estudo da sentença (os chamados pedidos implícitos seriam vistos então apenas como exceções ao princípio da adstrição), ao invés de ser analisado no capítulo dedicado ao pedido?

⁵⁴⁷ GRECO FILHO, V., *Direito processual civil brasileiro*, v. 2, p. 105

⁵⁴⁸ “Embora se trate de pedido implícito, não se admite a condenação implícita: o magistrado deve examinar expressamente o pedido implícito” (DIDIER JÚNIOR, F., *Direito processual civil*, p. 391).

⁵⁴⁹ NERY JUNIOR, N. e ANDRADE NERY, R. M., *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, p. 677.

⁵⁵⁰ Segundo Milton Paulo de Carvalho, a correção monetária não pode constituir um pedido autônomo e, desse modo, tampouco pode ser considerada como um pedido implícito: a “correção monetária não pode constituir pedido autônomo por isso que ela realiza apenas a atualização de um dado valor, depreciado pela inflação. Não sendo um *plus* que se acrescenta ao pedido, mas este mesmo na sua expressão atual, não há como considerá-la pedido implícito” (CARVALHO, M. P. de., *Do pedido no processo civil*, p. 103).

A determinação para que o faça é encontrada no art. 1º, *caput* da Lei n.º 6.899/81, segundo o qual a ‘correção monetária incide sobre qualquer débito resultante de decisão judicial’⁵⁵¹.

5.2.2.2. Juros legais

Considerando mais uma vez os casos em que o bem da vida é quantia em dinheiro: se o pedido do autor for julgado procedente, isto é, se o juiz condenar o réu ao pagamento da obrigação principal, deverá condená-lo também ao pagamento dos juros legais (obrigação acessória), ainda que não haja pedido expresso do autor nesse sentido.

Essa hipótese é prevista expressamente pelo art. 293, 2ª parte, do CPC, que estabelece: “os pedidos são interpretados restritivamente, compreendendo-se, entretanto, no principal os juros legais”.

Note-se que o dispositivo se refere expressamente aos juros legais, de modo que os juros convencionais, se existentes, não se submetem ao mesmo regime processual e não podem, portanto, ser concedidos de ofício pelo juiz⁵⁵².

⁵⁵¹ Mesmo antes do advento da Lei n.º 6.899/81 o Supremo Tribunal Federal já vinha admitindo a condenação de ofício ao pagamento de correção monetária, como se percebe pelas seguintes decisões:

“Seguro. Prêmio pago dentro do prazo. Obrigação de a seguradora ressarcir o segurado pelo furto de automóvel ocorrido no dia do mencionado pagamento, pois o seguro já se achava em vigor, nos termos da apólice expedida anteriormente.

Inclusão da correção monetária na condenação não exorbita do pedido, se neste a pretensão inclui as cominações legais. Aplicação da Lei n.º 5.488, de 27.8.1968. Ademais, ‘a correção monetária, não tendo sido objeto do pedido inicial, considera-se abrangido por este, se devido’ (RE 85.995-SP, Relator Ministro Xavier de Albuquerque - 2ª Turma, 20.9.1977).”

(STF, 1ª T., RE 88.918-PR, rel. Min. Soares Muñoz, j. 02.06.1978, v.u., DJ 30.06.1978)

“Correção monetária em ação de indenização por dano em prédio de terceiro. Ato ilícito.

Decisão que determina a atualização da importância dos danos, no pagamento, pela aplicação de índices de correção monetária: tratando-se de ato ilícito, o problema é de reparação total de prejuízo e, assim, neste pedido, encontra-se implícito o da correção monetária.

Dissídio jurisprudencial não comprovado.

Recurso extraordinário não conhecido.”

(STF, 1ª T., RE 91.036-1-RJ, rel. Min. Cunha Peixoto, j. 08.05.1979, v.u., DJ 10.08.1979)

“1) Repetição do indébito. Correção monetária. Analogia. É devida a correção monetária não só quando o contribuinte deposita o *quantum* do tributo para discuti-lo na instância administrativa como quando o paga para depois repeti-lo.

2) Correção monetária. Pedido inicial omissivo. É devida a correção monetária quando embora não tenha sido objeto do pedido considera-se abrangido por este. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido.”

(STF, 1ª T., RE 92.671-2-SP, rel. Min. Rafael Mayer, j. 24.06.1980, v.u., DJ 12.08.1980)

⁵⁵² ASSIS, A. de., *Cumulação de ações*, p. 248.

5.2.2.3. Prestações periódicas vincendas

Também se pode falar em “condenação de ofício” nos casos de obrigações de trato sucessivo, isto é, de obrigações que devam ser cumpridas por meio de prestações periódicas.

Segundo o art. 290 do Código, nessas hipóteses, “se o devedor, no curso do processo, deixar de pagá-las ou de consigná-las⁵⁵³, a sentença as incluirá na condenação, enquanto durar a obrigação”, independentemente de pedido expresso do autor.

As prestações vencidas até o momento da propositura da demanda deverão ser objeto de pedido expresso⁵⁵⁴. Todavia, as prestações vincendas, isto é, aquelas que irão vencer após o início do processo serão incluídas na condenação de ofício (desde que não pagas), mesmo aquelas que somente forem vencer após a prolação da sentença, que conterà então condenação para o futuro^{555, 556}.

A regra é justificada pelo princípio da economia processual, pois evita que a cobrança de prestações originadas de uma mesma relação jurídica de direito material precise ser realizada por meio de múltiplos processos⁵⁵⁷.

5.2.2.4. Despesas processuais e honorários advocatícios de sucumbência

Segundo o art. 20, *caput*, 1ª parte, do CPC, “a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios”.

A regra tem por destinatário o juiz⁵⁵⁸ e utiliza o verbo no modo imperativo (“condenará”), indicando assim uma ordem⁵⁵⁹.

⁵⁵³ Segundo Carvalho, o artigo refere-se “tanto à *mora accipiendi* quanto à *mora solvendi*, eis que determina a inclusão, na condenação final, de tais prestações se o devedor as não consignar, no primeiro caso (conf. art. 892 do mesmo Código), ou as não pagar, no segundo” (CARVALHO, M. P. de, *Do pedido no processo civil*, p. 102).

⁵⁵⁴ “Por óbvio, as prestações vencidas até a propositura da ação carecem de pedido” (ASSIS, A. de., *Cumulação de ações*, p. 249).

⁵⁵⁵ CALMON DE PASSOS, J. J., *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 194.

⁵⁵⁶ Com relação a essas últimas é preciso ressaltar, porém, que a execução somente será admissível após os respectivos vencimentos e na hipótese de não haver o adimplemento voluntário (ARRUDA ALVIM NETTO, J. M. de., *Manual de direito processual civil*, v. 2, p. 216).

⁵⁵⁷ MARINONI, L. G. e ARENHART, S. C., *Manual do processo de conhecimento*, p. 98; WAMBIER, L. R., ALMEIDA, F. R. C. de e TALAMINI, E., *Curso avançado de processo civil*, v. 1, p. 307.

Desse modo, deve o juiz, de ofício, condenar o vencido a reembolsar ao vencedor as **despesas processuais** que houver antecipado e a pagar **honorários de sucumbência** ao seu advogado.

5.2.3. Pedido determinado

Ainda como uma consequência da regra que ordena que os pedidos sejam interpretados restritivamente e, portanto, como uma decorrência dos princípios da adstrição e do contraditório, o Código impõe ao autor a formulação de pedido determinado.

De acordo com Moacyr Amaral Santos, determinado, — “de *terminus*, limite — quer dizer definido ou delimitado em sua qualidade e quantidade”⁵⁶⁰. Pedido determinado, portanto, é **pedido preciso**. O autor deve indicar exatamente que provimento jurisdicional e que bem da vida ele quer. Naturalmente, os maiores problemas ligam-se à individualização do bem da vida. Vejamos algumas hipóteses.

a) O autor pede um **bem infungível**, isto é, um bem insubstituível em virtude de suas qualidades individuais. Nesse caso, seu pedido será determinado se indicar as características que distinguem o bem. Se pede um imóvel⁵⁶¹, por exemplo, irá particularizá-lo por meio da informação de sua localização, área, n.º de inscrição imobiliária, etc.

b) O autor pede **bem fungível diverso de dinheiro**, o qual pode “substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade” (CC/02, art. 85). Deverá então apontar os elementos que permitam identificar a espécie à qual o bem pertença (gado), sua qualidade (raça Nelore, machos, com 2 anos de vida) e a quantidade desejada (50 cabeças).

⁵⁵⁸ NERY JUNIOR, N. e ANDRADE NERY, R. M., *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, p. 380.

⁵⁵⁹ ASSIS, A. de., *Cumulação de ações*, p. 247-248.

⁵⁶⁰ AMARAL SANTOS, M., *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 2, p. 157.

⁵⁶¹ “Os imóveis, mormente aqueles que o são por sua natureza [excluídos portanto os imóveis por acessão e por determinação legal], são sempre infungíveis” (VENOSA, S. de S., *Direito civil*, v. 1, p. 334).

c) O autor pede **dinheiro**. Bastará, nesse caso, indicar a quantidade de unidades monetárias para que o pedido seja determinado (R\$ 30.000,00, por exemplo).

Mais uma vez, Amaral Santos:

A determinação do pedido é tanto mais precisa quanto mais se assinalam todos os caracteres do bem jurídico pretendido, de modo a distingui-lo de qualquer outro e com exclusão de qualquer outro: reivindica-se o *imóvel tal*; pede-se a entrega de um *certo animal*. Nesses casos, o pedido se refere a um bem jurídico individualizado. Determinado é o pedido definido por *quantia certa*: pede-se pagamento do preço de *tantos mil cruzados*. Expressão máxima de determinação, nesta espécie de pedidos, é a referente à quantia *líquida e certa*, que autoriza a ação de execução. Mas também é determinado o pedido quando delimitado o bem pretendido por qualidades próprias do gênero e pela quantidade: pede-se a entrega de tantas sacas de café do *tipo tal*, ou a feitura de um muro com *tais medidas*⁵⁶².

Pedido determinado, portanto, é aquele que é delimitado qualitativa e quantitativamente⁵⁶³.

Não se admite desse modo, por exemplo: “a) pedido de que o réu seja condenado ‘nas conseqüências previstas em lei’; b) pedido de que o réu seja condenado a pagar, ‘no mínimo’, uma determinada quantia; c) pedido de que o juiz atenda ao pedido tal como formulado ou ‘tome as medidas que julgar necessárias’”⁵⁶⁴.

5.2.4. Pedidos genéricos

Em três hipóteses excepcionais, descritas pelos três incisos do art. 286 do Código, é permitida a formulação de pedido indeterminado ou genérico.

Como são hipóteses extraordinárias, a relação estabelecida pelo Código (art. 286) não admite interpretação ampliada⁵⁶⁵. O rol é, portanto, taxativo (*numerus clausus*).

⁵⁶² AMARAL SANTOS, M., *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 2, p. 158.

⁵⁶³ Esse é o entendimento generalizado na doutrina. Adotam-no, dentre outros: *ibid.*, p. 157; ASSIS, A. de., *Cumulação de ações*, p. 235; DIDIER JÚNIOR, F., *Direito processual civil*, p. 375; GRECO FILHO, V., *Direito processual civil brasileiro*, v. 2, p. 105.

⁵⁶⁴ ARRUDA ALVIM WAMBIER, T., *Omissão judicial e embargos de declaração*, p. 153.

⁵⁶⁵ “As hipóteses de pedido genérico são excepcionais, devendo por isto mesmo ser interpretadas restritivamente” (FREITAS CÂMARA, A., *Lições de direito processual civil*, p. 325). No mesmo sentido, afirma Dinamarco: “a exigência [de formular pedido determinado] constitui regra geral e as exceções a ela, como *exceções* que são, têm caráter extraordinário e constituem direito estrito,

Além disso, em todos os casos descritos a indeterminação se relaciona exclusivamente ao bem da vida. O provimento jurisdicional que o autor pretende receber deve ser precisamente individualizado em todas elas. O que se admite é que apenas o objeto mediato do pedido seja indicado de forma genérica⁵⁶⁶.

5.2.4.1. Art. 286, inc. I

A primeira hipótese em que o Código autoriza a formulação de pedido genérico ocorre “nas ações universais, se não puder o autor individuar na petição os bens demandados” (art. 286, inc. I). Há, como se pode perceber, dois requisitos para que a exceção se caracterize.

É preciso, em primeiro lugar, que se trate (diz o nosso Código) de uma “ação universal”. Por meio dessa expressão o legislador pretendeu se referir, mais exatamente, aos **pedidos que tenham por objeto mediato uma universalidade**.

O Código Civil brasileiro se refere às universalidades ao classificar os bens⁵⁶⁷. Afirma que são singulares aqueles que, “embora reunidos, se consideram de per si, independentemente dos demais” (art. 89). São singulares, por conseguinte, os bens que “se consideram em sua individualidade distintos de quaisquer outros”⁵⁶⁸. Normalmente, os bens são singulares⁵⁶⁹.

Por outro lado, são coletivos ou universais (universalidades, portanto) os bens que, “constituídos de bens singulares, se consideram em conjunto, formando um todo unitário”⁵⁷⁰. As universalidades são formadas pela vontade das pessoas

sem possibilidade de ampliações arbitrárias e além do razoável” (DINAMARCO, C. R., *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 121; grifo do original)

⁵⁶⁶ ASSIS, A. de., *Cumulação de ações*, p. 237; BARBOSA MOREIRA, J. C., *O novo processo civil brasileiro*, p. 11; MARINONI, L. G. e ARENHART, S. C., *Manual do processo de conhecimento*, p. 99; THEODORO JÚNIOR, H., *Curso de direito processual civil*, p. 332; WAMBIER, L. R., ALMEIDA, F. R. C. de e TALAMINI, E., *Curso avançado de processo civil*, v. 1, p. 304.

⁵⁶⁷ Segundo Francisco Amaral, os “bens classificam-se quanto à sua natureza, à relação com outros bens, à pessoa do respectivo titular e à possibilidade de comercialização. Quanto à natureza, os bens podem ser corpóreos e incorpóreos, móveis e imóveis, fungíveis e infungíveis, consumíveis e inconsumíveis, divisíveis e indivisíveis, singulares e coletivos. Quanto à relação entre si, principais e acessórios. Quanto à pessoa dos titulares, públicos e privados. Quanto à comerciabilidade, comerciáveis e incomerciáveis” (AMARAL, F., *Direito civil*, p. 312).

⁵⁶⁸ AMARAL, F., *Direito civil*, p. 327.

⁵⁶⁹ *Ibid.*, p. 328.

⁵⁷⁰ *Ibid.*, p. 327.

ou pela vontade da lei⁵⁷¹. No primeiro caso, tem-se uma universalidade de fato (*universitas facti*); no segundo, uma universalidade de direito (*universitas iuris*).

Segundo o Código Civil, a universalidade de fato é constituída pela “pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária” (art. 90, *caput*), ou seja, por um conjunto de bens singulares reunidos pela vontade humana, aos quais o dono atribui determinada destinação econômica⁵⁷². São exemplos de universalidades de fato o rebanho, a biblioteca e o estabelecimento comercial⁵⁷³.

A universalidade de direito, por sua vez, é composta por um conjunto de bens “reunidos pela lei com caráter unitário”⁵⁷⁴ — ou, nas palavras do Código, pelo “complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico” (art. 91). São exemplos de universalidades de direito o patrimônio e a herança⁵⁷⁵.

Não basta, porém, que o bem da vida seja uma universalidade para que o pedido genérico seja admissível. Isso só ocorrerá se for impossível a individualização dos bens singulares que a integram na petição inicial, conforme estabelece a segunda parte do inciso.

Em síntese, portanto:

a) se o pedido do autor tiver por objeto uma universalidade e for possível a individualização dos bens singulares que a integram na petição inicial, ele deverá apresentar pedido determinado;

b) se, no mesmo caso, não for possível a especificação dos bens singulares, então será permitida a formulação de pedido genérico.

Note-se, contudo, que nessa última hipótese o autor deverá, de qualquer modo, descrever com precisão a universalidade. “A genericidade, pois, não significa indeterminação absoluta”⁵⁷⁶; a indeterminação que se admite é apenas relativa⁵⁷⁷.

⁵⁷¹ AMARAL, F., *Direito civil*, p. 328.

⁵⁷² *Ibid.*, p. 328.

⁵⁷³ *Ibid.*, p. 328.

⁵⁷⁴ *Ibid.*, p. 328.

⁵⁷⁵ *Ibid.*, p. 329.

⁵⁷⁶ WAMBIER, L. R., ALMEIDA, F. R. C. de e TALAMINI, E., *Curso avançado de processo civil*, p. 304.

⁵⁷⁷ ASSIS, A. de., *Cumulação de ações*, p. 235.

A generalidade dos cursos e manuais de direito processual civil aponta como exemplo de “ação universal” a petição de herança^{578,579}. Nesse caso, o autor poderá pedir “simplesmente que o juiz condene o réu a restituir-lhe os bens que compõem o acervo hereditário sem que, na petição inicial, seja necessária a descrição de cada um desses bens”⁵⁸⁰. Como visto, a individualização da herança é imprescindível, de qualquer modo.

Admite-se também a formulação de pedido genérico quando o bem da vida é uma universalidade de fato⁵⁸¹. Não se pode esquecer, todavia, que não sendo possível para o autor apontar os bens singulares que a integram, deverá ao menos identificar a universalidade. Assim, se o bem da vida for uma biblioteca, por exemplo, e o autor não tiver condições de indicar cada um dos livros que a integram na petição inicial, deverá ao menos fornecer os elementos necessários para que a biblioteca como um todo seja individualizada.

5.2.4.2. **Art. 286, inc. II**

A segunda situação na qual o Código permite a apresentação de pedido genérico ocorre “quando não for possível determinar, de modo definitivo, as conseqüências do ato ou do fato ilícito (art. 286, inc. II).

⁵⁷⁸ ABELHA RODRIGUES, M., *Elementos de direito processual civil*, p. 428; ARRUDA ALVIM NETTO, J. M. de., *Manual de direito processual civil*, v. 2, p. 214; ASSIS, A. de., *Cumulação de ações*, p. 239; BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A., *Curso de processo civil*, p. 227; BARBOSA MOREIRA, J. C., *O novo processo civil brasileiro*, p. 11; DIDIER JÚNIOR, F., *Direito processual civil*, p. 394; FREITAS CÂMARA, A., *Lições de direito processual civil*, p. 324; GRECO FILHO, V., *Direito processual civil brasileiro*, v. 2, p. 105; MARINONI, L. G. e ARENHART, S. C., *Manual do processo de conhecimento*, p. 99; NERY JUNIOR, N. e ANDRADE NERY, R. M., *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, p. 674.

⁵⁷⁹ CC/02, art. 1.824: “O “herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua”.

⁵⁸⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A., op. cit., p. 227.

⁵⁸¹ “O Código de Processo Civil não distingue entre universalidades jurídicas ou de fato — e portanto a permissão prevalece quanto a ambas, até porque inexistente razão para distinguir” (DINAMARCO, C. R., *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 120). No mesmo sentido, afirma Calmon de Passos: “O art. 286, I, menciona ações universais sem aduzir nenhum qualificativo. (...) [Mas], esteja em causa uma universalidade de fato ou cuide-se de universalidade de direito, se em última análise o que se pede é uma massa indeterminada de bens, suscetível de determinação posterior, a admissibilidade do pedido genérico é inquestionável” (CALMON DE PASSOS, J. J., *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 173-174).

O dispositivo refere-se claramente à responsabilidade civil por ato ilícito. Segundo o Código Civil, comete ato ilícito “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral” (art. 186). São quatro, portanto, os pressupostos da responsabilidade civil: ação ou omissão,⁵⁸² relação de causalidade e dano à vítima⁵⁸³. A consequência jurídica decorrente da prática de ato ilícito é o dever de reparar o dano (art. 927).

Ainda segundo o Código Civil, a indenização a ser paga à vítima pelo ofensor mede-se pela extensão do dano (art. 944, *caput*). Em certos casos, porém, a extensão do dano e, portanto, a extensão da responsabilidade civil do agente não pode ser aferida de imediato. Em outras palavras, às vezes não é possível quantificar a indenização a ser paga pelo ofensor desde logo.

É o que ocorre, por exemplo, quando a vítima sofre dano à sua integridade física e, em decorrência, precisa se submeter a longo tratamento médico, que envolve diversas cirurgias, necessitando ainda de sessões de fisioterapia para a recuperação de seus movimentos. Nesse caso, o valor total de suas despesas, que envolvem, *v.g.*, diárias de hospital, remédios, honorários de médicos e fisioterapeutas, somente poderá ser definido quando ela estiver plenamente recuperada⁵⁸⁴.

No entanto, a vítima não pode ser obrigada a esperar por seu total restabelecimento para só então exigir do ofensor o ressarcimento de todas as suas despesas (direito de ação). Por outro lado, permitir que ela peça a condenação do réu somente ao pagamento da quantia relativa aos gastos realizados até o momento da propositura da demanda levaria à multiplicação dos processos, cada um deles resolvendo apenas parcialmente o conflito existente entre as partes.

Por esses motivos, em situações como a descrita, o Código de Processo Civil autoriza o autor a formular pedido genérico, dando início assim a processo

⁵⁸² Em alguns casos, o elemento subjetivo (dolo ou culpa) não é necessário. Fala-se então em responsabilidade objetiva (GONÇALVES, C. R., *Responsabilidade civil*, p. 21-25).

⁵⁸³ *Ibid.*, p. 31-34.

⁵⁸⁴ Esse é o exemplo que costuma ser apresentado pela doutrina para ilustrar a hipótese descrita pelo inc. II. Utilizam-no, dentre outros: ABELHA RODRIGUES, M., *Elementos de direito processual civil*, v. 2, p. 428; ARRUDA ALVIM NETTO, J. M. de., *Manual de direito processual civil*, v. 2, p. 214; ASSIS, A. de., *Cumulação de ações*, p. 240; FIGUEIRA JÚNIOR, J. D., *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 96; FREITAS CÂMARA, A., *Lições de direito processual civil*, p. 325; WAMBIER, L. R., ALMEIDA, F. R. C. de e TALAMINI, E., *Curso avançado de processo civil*, v. 1, p. 305.

cuja finalidade consistirá exclusivamente na verificação da existência da responsabilidade civil do réu (*an debeat*). Ele se limitará a afirmar que pretende obter a condenação do réu ao pagamento de indenização pelo dano que sofreu (o qual deverá descrever), sem indicar contudo a quantia. O pedido, em síntese, não precisará ser quantificado — e aqui reside sua indeterminação.

Coerente com permissão concedida ao autor para formular pedido genérico, o Código admite que o juiz profira nesses casos, excepcionalmente, sentença ilíquida (art. 459, § ún., *a contrario sensu*)⁵⁸⁵. Segundo Dinamarco,

diz-se genérica, ou ilíquida, a condenação cujo momento declaratório não determina a quantidade de bens devidos pelo réu. Ela afirma a obrigação de dar dinheiro ou outras coisas sujeitas a quantificação (barras de ouro, sacas de café, fardos de algodão cru *etc.*), mas não chega ao ponto de esclarecer *quanto* é devido. Que alguma quantidade daqueles bens o réu deve, isso fica acertado, mas sem a especificação do *quantum debeat*⁵⁸⁶.

O autor terá obtido então o título executivo⁵⁸⁷. Mas não terá ainda acesso ao processo de execução; precisará, antes, liquidar a obrigação⁵⁸⁸. “Liquidação é, em direito processual civil, o conjunto de atividades processuais destinadas a revelar o valor de uma obrigação, quando ainda não indicado no título executivo”⁵⁸⁹; liquidar, portanto, é quantificar. Essas atividades serão desenvolvidas em um processo autônomo, intermediário entre o processo de conhecimento e o de execução, o qual é denominado exatamente de processo de liquidação. Como no caso descrito será necessário investigar fatos não considerados pela sentença

⁵⁸⁵ “Art. 459. (...) Parágrafo único. Quando o autor tiver formulado pedido certo [*rectius*: determinado], é vedado ao juiz proferir sentença ilíquida.” Relevante a observação de Dinamarco: “As razões pelas quais a lei exige sentença líquida em correspondência a pedido líquido (art. 459, par.), quando aplicados *a contrario sensu* e com extremo rigor lógico, deveriam conduzir à proibição de dar sentença líquida quando o pedido tiver sido ilíquido: se o autor pediu somente a declaração do *an debeat*, sem pedir a do *quantum debeat*, seria *extra petita* a sentença que, extravasando os limites da demanda, fizesse desde logo a determinação do valor devido. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem afirmado a existência dessa *regra inversa*, mas sem muita ênfase. Ela merece ser mitigada nos casos em que, não-obstante inexistir na demanda inicial o pedido de determinação do *quantum debeat*, essa questão haja sido amplamente discutida entre as partes, inclusive mediante exaurimento das oportunidades probatórias a respeito (especialmente, perícias): observado o *contraditório*, que é a razão fundamental do veto às decisões extrapolantes, cai no vazio e perde razão de ser essa formal limitação à tutela jurisdicional” (DINAMARCO, C. R., *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 278-279; grifos do original).

⁵⁸⁶ *Ibid.*, p. 235.

⁵⁸⁷ A sentença condenatória é o título executivo por excelência (CPC, art. 584, inc. I).

⁵⁸⁸ “Art. 586. A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título líquido, certo e exigível. § 1º. Quando o título executivo for sentença, que contenha condenação genérica, proceder-se-á primeiro à sua liquidação.”

“Art. 603. Procede-se à liquidação, quando a sentença não determinar o valor ou não individualizar o objeto da condenação.”

genérica (as despesas realizadas pelo autor), far-se-á, mais especificamente, liquidação por artigos^{590, 591}.

5.2.4.3. Art. 286, inc. III

A última hipótese na qual o Código autoriza o pedido genérico se dá “quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu” (art. 286, inc. III).

O Código Civil português, que também admite essa possibilidade, fornece um exemplo de situação em que isso acontece, estabelecendo ser admissível a formulação de pedido genérico “quando a fixação do quantitativo esteja dependente de prestação de contas ou de outro acto que deva ser praticado pelo réu” (art. 471º, n.º 1, c).

A demanda de prestação de contas proposta por aquele que pretende exigilas (CPC, art. 915, inc. I), aliás, é o único exemplo que a doutrina costuma apontar para a aplicação do disposto nesse inciso do art. 286 do CPC^{592, 593}.

⁵⁸⁹ DINAMARCO, C. R., op. cit., v. 4, p. 614.

⁵⁹⁰ “Art. 608. Far-se-á liquidação por artigos, quando, para determinar o valor da condenação, houver necessidade de alegar e provar fato novo.” Na expressão “liquidação por artigos”, o “vocábulo *artigos*, de uso muito antigo no direito luso-brasileiro, aparece com o significado de arazoado, ou conjunto de alegações. Os *artigos de liquidação* consistem na exposição ordenada dos fatos que o juiz há de considerar ao declarar o valor do crédito, os quais devem ser *articulados*” (DINAMARCO, C. R., *Instituições de direito processual civil*, v. 4, p. 622; grifos do original).

⁵⁹¹ O Código refere-se também a uma outra espécie de liquidação, a liquidação por arbitramento, a ser utilizada nos casos em que seja necessário atribuir valor a um bem ou serviço (arts. 606 a 607) (Ibid., p. 618).

⁵⁹² AMARAL SANTOS, M., *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 2, p. 159; BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A., *Curso de processo civil*, p. 228; BARBOSA MOREIRA, J. C., *O novo processo civil brasileiro*, p. 11; CALMON DE PASSOS, J. J., *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 176; DIDIER JÚNIOR, F., *Direito processual civil*, p. 397; FIGUEIRA JÚNIOR, J. D., *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 88; FREITAS CÂMARA, A., *Lições de direito processual civil*, p. 325; WAMBIER, L. R., ALMEIDA, F. R. C. de e TALAMINI, E., *Curso avançado de processo civil*, v. 1, p. 305.

⁵⁹³ Milton Paulo de Carvalho foi o único autor, dentre os pesquisados, que apresentou um exemplo diverso da demanda de prestação de contas, referindo-se ao “pedido de rescisão do comodato e pagamento de alugueres pelo atraso na restituição da coisa comodada (CC, art. 1.252)” (CARVALHO, M. P. de., *Do pedido no processo civil*, p. 104). Penso, todavia, que não há, na hipótese, pedido genérico. O autor apresentará dois pedidos, em cumulação sucessiva: a) restituição da coisa dada em comodato; b) condenação do réu ao pagamento de aluguel relativo ao tempo de atraso na devolução da coisa. Especificamente com referência ao pedido b, parece-me que o autor deverá indicar, na petição inicial, o valor que pretende receber a título de aluguel, bem como a soma dos alugueis que porventura já estejam vencidos no momento da propositura da

Como esclarece Adroaldo Furtado Fabrício,

Prestar contas significa fazer alguém a outrem, pormenorizadamente, parcela por parcela, a exposição dos componentes de débito e crédito resultantes de determinada relação jurídica, concluindo pela apuração aritmética do saldo credor ou devedor, ou de sua inexistência. A natureza dessa relação jurídica pode variar muito; de um modo geral, pode-se dizer que deve contas quem quer que administre bens, negócios ou interesses de outrem, a qualquer título. Há de prestar contas, por outras palavras, aquele que efetua e recebe pagamentos por conta alheia, movimentando recursos próprios ou daquele em cujo interesse se realizam os pagamentos e recebimentos.

Não há correlação necessária entre o dever jurídico de prestar contas e a situação de devedor; nem aquele a quem as contas são devidas é necessariamente credor de algum pagamento. A prestação de contas tem precisamente a finalidade de aclarar qual o estado, em determinado momento, das relações contrapostas de débito e crédito entre os interessados, de tal modo que **só depois de prestadas se saberá quem há de pagar e quem tem a receber**. Pode suceder que o administrador de bens ou interesses alheios, ou quem esteja em posição assemelhável a essa, seja credor do titular dos bens ou interesses, por haver despendido mais do que recebeu; nem por isso se exime da obrigação de prestar contas. Não se confunde a obrigação específica de prestar contas com a de dar ou de pagar, nem o direito a exigir contas com o direito a receber pagamento. Aquele que presta contas freqüentemente o faz no interesse de apurar um saldo que supõe lhe seja favorável, a fim de colocar-se em condições de exigir o pagamento respectivo. Ao revés, não é incomum que alguém exija contas com a finalidade de poder liberar-se, mediante pagamento do débito a ser apurado⁵⁹⁴.

Em virtude dessas peculiaridades, quando o autor pede a condenação do réu a prestar contas, o procedimento é dividido, ao menos em regra⁵⁹⁵, em duas fases: na primeira delas, o juiz verifica se existe ou não o dever de prestá-las; concluindo por sua existência, condena, por meio de sentença, o réu à prestação, tendo então início a segunda fase, na qual as contas prestadas vão ser discutidas⁵⁹⁶ e o juiz, por sentença, irá definir qual o saldo existente, condenando o devedor (seja ele o autor ou o réu) ao seu pagamento⁵⁹⁷.

Ora, se o saldo somente pode ser apurado a partir das contas que serão prestadas pelo réu na segunda fase do processo, naturalmente não é possível ao autor, ao formular a petição inicial, apresentar pedido quantificado. Por esse

demanda. Os aluguéis vincendos, por sua vez, caracterizam pedido implícito e não genérico (CPC, art. 290).

⁵⁹⁴ FURTADO FABRÍCIO, A., *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 323. Grifos meus.

⁵⁹⁵ O procedimento pode ser simplificado se o réu prestar as contas desde logo (art. 915, § 1º).

⁵⁹⁶ Se o réu não apresentar as contas no prazo de 48 horas, “apresentá-las-á o autor dentro em 10 (dez) dias, sendo as contas julgadas segundo o prudente arbítrio do juiz, que poderá determinar, se necessário, a realização do exame pericial contábil” (art. 915, § 3º, 2ª parte).

⁵⁹⁷ “Art. 918. O saldo credor declarado na sentença poderá ser cobrado em execução forçada.” Em virtude da possibilidade de haver condenação do réu ou do autor na sentença, afirma-se que a demanda de prestação de contas tem natureza dúplice (MARCATO, A. C., *Procedimentos especiais*, p. 150).

motivo, ele se limitará, lícitamente, a pedir a condenação do réu a prestar as contas e, sucessivamente, ao pagamento do saldo devedor **que for apurado** — pedido genérico, portanto.

6.

O pedido de reparação de dano extrapatrimonial

Os direitos da personalidade são direitos absolutos, isto é, são oponíveis *erga omnes* e geram um dever geral de abstenção⁵⁹⁸. Sua violação faz nascer para o titular um novo direito, que é o direito à reparação do dano sofrido, o qual tem por sujeito passivo o ofensor.

Pode ocorrer de o ofensor não efetuar espontaneamente o pagamento do valor devido em virtude do dano, seja porque não admite sua responsabilidade civil, seja porque ele e a vítima não conseguem chegar a um acordo com relação ao *quantum*, seja porque ele simplesmente resiste a pagar.

Em qualquer um desses casos, restará ao ofendido procurar o Poder Judiciário e, exercendo seu direito de ação⁵⁹⁹, propor uma demanda.

A demanda é constituída por três elementos, partes, causa de pedir e pedido, os quais deverão constar da petição inicial⁶⁰⁰.

O autor deverá ser aquele que afirma ter sofrido o dano e o réu aquele que, segundo o autor, causou o dano.

Na petição inicial, o autor indicará ainda a causa de pedir remota ativa (o direito da personalidade que em sua opinião foi violado) e a causa de pedir remota passiva (a conduta, dolosa ou culposa do réu, que gerou a lesão ao direito da personalidade). Proporá, ademais, um enquadramento jurídico para os fatos narrados (por exemplo: a conduta do réu caracteriza ato ilícito e todo aquele que pratica ato ilícito tem o dever de reparar o dano); esta é causa de pedir próxima⁶⁰¹.

Por fim, apresentará seu pedido.

É exatamente esse o elemento que constitui o objeto da presente investigação. Tudo o que até aqui foi escrito tem a finalidade de propiciar a resposta a uma única pergunta: o autor pode formular pedido genérico de reparação de dano extrapatrimonial?

Por esse motivo, a menção aos outros elementos constitutivos da demanda foi feita apenas superficialmente. É claro que também com relação a eles poderiam ser identificados interessantes problemas processuais. Mas a proposta

⁵⁹⁸ AMARAL, F., *Direito civil*, p. 173.

⁵⁹⁹ A referência aqui é ao direito abstrato de ação, isto é, à ação entendida como direito de provocar o exercício da jurisdição (cf. item 4.1.1.7).

⁶⁰⁰ Item 4.1.3.

do presente trabalho é outra. Seu propósito consiste em verificar se o pedido de reparação de dano extrapatrimonial precisa ser determinado ou não.

O Superior Tribunal de Justiça, órgão do Poder Judiciário cuja principal função consiste em uniformizar a interpretação da lei federal, tem reiteradamente entendido ser possível a formulação de pedido genérico nessa hipótese. Vejamos algumas decisões, a título exemplificativo.

Dano moral. Reparação. Admissibilidade de pedido genérico⁶⁰².

Essa decisão foi proferida pela 3ª Turma no ano de 1997. A ementa limita-se ao transcrito. O voto, também bastante curto, tem apenas dois parágrafos:

O fundamento do recurso está em que teria sido violado o disposto no artigo 286 do Código de Processo Civil. Não se justificaria o pedido genérico, já que a hipótese não poderia ser submetida a qualquer das exceções previstas naquele dispositivo.

Tenho que correto o acórdão ao assinalar que ‘*o dano moral por sua natureza não oferece precisão matemática de mensuração econômica*’. Sendo a quantificação do valor da indenização algo que se sujeita a forte dose de subjetivismo, razoável admitir-se não se exija deva ser precisada pelo autor. Nem chega a haver prejuízo para o réu que poderá pugnar pela fixação em limites que considere aceitáveis.

Mais uma decisão da 3ª Turma, esta um pouco mais recente, do ano de 2002:

Processo Civil. Dano moral. Pedido genérico.

I - É admissível o pedido genérico em ação de indenização por dano moral por não ser possível, quando do ajuizamento da ação, determinar-se o *quantum debeatur*.
Precedentes

II - Agravo interno a que se nega provimento⁶⁰³.

O voto, que é igualmente breve, tem o seguinte teor:

Mantenho a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

Conforme entendimento dominante nesta Corte, a fixação do dano moral está ao arbítrio do juiz, apenas oferecendo, o autor, os parâmetros legais na determinação do *quantum*, eis que inexistem critérios previstos por lei, para tal fim. Dessa forma, a indenização deve ser fixada pelo juiz, atento às circunstâncias da causa, sem necessidade de o Autor pleitear a sua fixação em determinado valor.

Portanto, não é necessário pedido certo, com relação aos danos morais, conforme reclamado pela agravante.

Do exposto, nego provimento ao presente agravo.

⁶⁰¹ Item 4.1.3.2.

⁶⁰² 3ª T., REsp 125.417-RJ, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 26.06.97, v.u., DJ 18.08.97. Grifos do original.

⁶⁰³ 3ª T., REsp 376.671-SP, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 19.03.02, v.u., DJ 15.04.02.

A Terceira Turma integra, juntamente com a Quarta Turma, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça. Essa é a Seção competente para julgar as demandas fundadas em responsabilidade civil⁶⁰⁴. Por esse motivo, a análise se limitará a decisões proferidas por elas. Passemos à Quarta Turma:

Processual civil. Ação de indenização. Dano moral. Inscrição no SPC. Exigência judicial de formulação de pedido certo do *quantum* pretendido a título de indenização. Dispensabilidade. Valor da causa. CPC, arts. 286, II, e 258. Incidência.

I - Desnecessária, na ação de indenização por dano moral, a formulação, na exordial, de pedido certo relativamente ao montante da indenização postulada pelo autor. Aplicação à espécie do art. 286, II, da lei adjetiva civil.

II - Valor da causa regido pelo preceito do art. 258 do CPC.

III - Recurso especial conhecido e provido⁶⁰⁵.

Do voto, extrai-se o seguinte argumento:

Firma-se, apenas, que não é necessário que o pedido de ressarcimento formulado na exordial especifique o valor da indenização. Permite-se que seja indeterminado, e sua quantificação ocorra por decisão judicial.

Em suma, dispensável é o pedido para que os danos morais sejam indenizados em montante já previsto na inicial, de sorte que ao entender de modo contrário, o acórdão *a quo* violou o art. 286, II, do CPC.

O mesmo entendimento foi adotado em decisão relatada pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, cuja ementa é a seguinte:

Civil e processual civil. Responsabilidade civil. Lei da imprensa. Notícia jornalística. Abuso do direito de narrar. Responsabilidade. Não recepção pela Constituição de 1988. Dano moral. Pedido certo, mesmo se não quantificado o valor indenizatório. Negativa de prestação jurisdicional. Inocorrência. *Quantum* indenizatório. Controle pelo Superior Tribunal de Justiça. Valor excessivo. Caso concreto. Precedentes. Doutrina. Recurso provido apenas para reduzir o valor indenizatório.

I - Na linha de entendimento da Turma, é ‘desnecessária, na ação de indenização por dano moral, a formulação, na exordial, de pedido certo relativamente ao montante da indenização postulado pelo autor’...⁶⁰⁶

Consta do voto:

Em relação à preliminar de inépcia da inicial, já se decidiu nesta Turma ser ‘desnecessária, na ação de indenização por dano moral, a formulação, na exordial, de pedido certo relativamente ao montante da indenização postulada pelo autor’, por ser aplicável o art. 286, II, CPC (REsp n.º 175.362-RJ, DJ 16.12.99, relator o Ministro Aldir Passarinho Junior).

(...)

⁶⁰⁴ RISTJ, art. 9º, § 2º, III.

⁶⁰⁵ 4ª T., REsp 175.362-RJ, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 07.10.99, v.u., DJ 06.12.99.

⁶⁰⁶ 4ª T., REsp 243.093-RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 14.03.00, v.u., DJ 18.09.00.

No caso dos autos, o pedido foi certo em relação à causa, ou seja, a dor moral sofrida, e genérico apenas no que toca ao valor. Assim, não há que falar em inépcia da inicial.

Ademais, é de registrar-se que, nos casos de indenização por dano moral, tem-se como admissível relegar a fixação do valor indenizatório para o prudente arbítrio do Juiz.

No ano de 2004, a Turma proferiu a decisão a seguir, que segue na mesma linha:

Processo civil. Recurso especial. Indenização por ato ilícito. Julgamento *ultra petita* (art. 460 do CPC). Inocorrência. Violação ao art. 282, IV, do CPC. Inexistência. Danos morais. *Quantum* razoável. Valor mantido. Dissídio pretoriano não comprovado.

(...)

III - Dada a multiplicidade de situações em que devida a reparação do dano moral, aliada à dificuldade na apuração do valor indenizatório, é plenamente admissível, excepcionando-se a regra processual, que o pedido seja genérico ou meramente estimativo. Inexistência de violação ao art. 282, IV, do CPC.

(...)

5 — Recurso não conhecido⁶⁰⁷.

Quanto ao tema, o voto tem a seguinte fundamentação:

No que se refere à alegação de que o pedido inicial referente à reparação dos danos morais foi amplo e genérico, tendo, por isso, ofendido o art. 282, IV, da Lei Processual Civil, melhor sorte não assiste à recorrente.

(...)

Não houve afronta a tal artigo. Isto porque, dada a multiplicidade de situações em que é devida a reparação do dano moral, aliada à dificuldade na apuração do valor indenizatório, é plenamente admissível, excepcionando-se a regra processual, que o pedido seja genérico ou mesmo estimativo⁶⁰⁸.

Em síntese, quais são os argumentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça para justificar a admissão de pedido genérico de reparação de dano extrapatrimonial? São os seguintes:

a) a determinação do *quantum debeatur* “se sujeita a forte dose de subjetivismo”, “está ao [prudente] arbítrio do juiz”, motivo pelo qual não se pode exigir que o autor informe na petição inicial o valor que pretende receber;

b) o art. 286, inc. II do CPC autoriza a apresentação do pedido genérico;

c) a apresentação de pedido genérico não traz prejuízo ao réu, que poderá, na contestação, propor a fixação do valor que entende aceitável.

⁶⁰⁷ 4ª T., REsp 674.174-SP, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 04.11.04, v.u., DJ 06.12.04.

⁶⁰⁸ Como afirmado, as decisões transcritas servem para ilustrar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Há diversas outras decisões da 3ª e da 4ª Turma sobre o tema. Há também algumas da 1ª e da 2ª Turma, proferidas em casos de responsabilidade civil do Estado (RISTJ, art. 9º, § 1º, VIII). Todas elas, porém, vão no mesmo sentido.

Penso, porém, que o entendimento adotado por aquele Tribunal não é o mais correto.

A determinação é um dos requisitos que o art. 286, *caput*, 1ª parte, do Código de Processo Civil exige que o autor observe na formulação do pedido. Em decorrência, quem “pretende uma quantidade de bens mensuráveis em número de unidades tem o ônus de indicar o montante quantitativo pretendido, para o preciso dimensionamento da tutela jurisdicional possível (arts. 128 e 460)”⁶⁰⁹. Assim, se o bem da vida pedido consiste em quantia em dinheiro, é dever do autor indicar a quantidade de unidades monetárias que deseja. Deve o autor, em outras palavras, quantificar seu pedido.

Há, é verdade, exceções a essa regra, as quais são estabelecidas pelos três incisos do art. 286. Como se trata de hipóteses extraordinárias, elas não podem receber interpretação ampliativa.

O Superior Tribunal de Justiça fundamenta suas decisões no inc. II desse artigo. Vejamos mais uma vez o que ele diz: “É lícito, porém, formular pedido genérico: (...) II - quando não for possível determinar, de modo definitivo, as conseqüências do ato ou do fato ilícito”. Como se pode perceber, o dispositivo autoriza a dedução de pedido genérico naqueles casos em que não é possível ao autor definir de modo definitivo, no momento da propositura da demanda, a extensão da responsabilidade civil do réu.

Será que é isso o que acontece nos casos de reparação de dano extrapatrimonial?

O STJ afirma que sim; diz que o autor não pode indicar o *quantum debeatur* porque sua determinação “se sujeita a forte dose de subjetivismo”, “está ao [prudente] arbítrio do juiz”.

Parece-me, contudo, que esse argumento leva à conclusão oposta.

Efetivamente, a definição do valor a ser pago pelo ofensor é uma atribuição do juiz, que deverá fazê-lo com fundamento na equidade quantificadora. Não há, é verdade, uma fórmula matemática que lhe permita chegar à resposta. A doutrina e a jurisprudência podem auxiliá-lo apontando critérios, mas sua aplicação ao caso concreto, a transformação desses indicadores em valor monetário é confiada ao seu prudente arbítrio.

⁶⁰⁹ DINAMARCO, C. R., *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 120.

Desse modo, o juiz realmente tem maior autonomia, maior poder nesses casos. Mas exatamente por esse motivo, ele precisa ainda mais da colaboração das partes para que possa chegar a uma decisão justa. Mais do que em qualquer outra hipótese, portanto, a audiência bilateral se mostra aqui como uma necessidade do julgador, antes de ser uma necessidade das partes; uma decisão justa somente poderá ser obtida se o juiz ouvir os argumentos de ambas as partes⁶¹⁰. Como observa Carlos Alberto Alvaro de Oliveira,

ostenta-se inadequada a investigação solitária do órgão judicial. Ainda mais que o monólogo pouca necessariamente a perspectiva do observador e em contrapartida o diálogo, recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constringe à comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado⁶¹¹.

A necessidade de um processo justo, ou seja, a exigência de que o devido processo legal seja observado para que se possa chegar a uma sentença justa fica evidente. A solução do caso concreto não está pronta no sistema, esperando para ser descoberta pelo juiz; não há silogismo de determinação da consequência jurídica⁶¹² que possa dizer a ele qual o valor a ser pago pelo réu. A resposta do caso concreto tem que ser construída — e as partes tem o direito de participar do processo de sua construção⁶¹³.

O contraditório se torna ainda mais valioso. Mas não um contraditório meramente formal, um contraditório de faz-de-conta e sim o contraditório efetivo, que só existe quando as partes têm a real possibilidade de influenciar a decisão a ser tomada pelo juiz⁶¹⁴. Um processo jamais será justo se as partes não puderem participar adequadamente⁶¹⁵. Se isso ocorrer, aliás, em última análise o Estado não terá nem mesmo exercido seu poder jurisdicional legitimamente (não custa

⁶¹⁰ Essa é, segundo Ovídio Baptista da Silva, uma das dimensões do princípio do contraditório, a qual “o direito moderno ignora, pela submissão das ciências humanas à metodologia das ciências experimentais, com seu correspondente conceito de verdade científica” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A., *Curso de processo civil*, p. 70).

⁶¹¹ ALVARO DE OLIVEIRA, C. A., *Garantia do contraditório*, p. 139.

⁶¹² LARENZ, K., *Metodologia da ciência do direito*, p. 380-383.

⁶¹³ Como observa Calmon de Passos, no caso do direito, o processo é algo que integra o próprio ser do produto, tem com ele uma relação substancial, não instrumental. Sem o processo não há o produto e só enquanto processo há produto e **a excelência do processo é algo que diz, necessariamente, com a excelência do produto**” (CALMON DE PASSOS, J. J., *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 12; grifos meus).

⁶¹⁴ Segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “o conteúdo mínimo do princípio do contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contraditá-los, **mas faz também depender a própria formação dos provimentos judiciais da efetiva participação das partes**” (ALVARO DE OLIVEIRA, C. A., op. cit., p. 144.).

⁶¹⁵ DINAMARCO, C. R., *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 32.

relembrar que, se democracia é participação, em um Estado democrático o poder jurisdicional só é exercido legitimamente quando é garantida às partes uma participação efetiva no procedimento que vai levar à edição da decisão).

O contraditório compreende os direitos à informação e à reação. Todavia, como pode o réu reagir a algo que não conhece?

O réu somente pode se defender do que o autor alega; ele só pode discutir os elementos que constam da petição inicial. Se ela não apresenta o valor que o autor pretende receber a título de reparação do dano extrapatrimonial, então obviamente o réu não tem a oportunidade de discuti-lo. Terá sido negada a ele a possibilidade de participar do processo de construção desse valor.

Aliás, é inevitável que ele venha a ser surpreendido pela quantia fixada pelo juiz na sentença, pois este terá sido o primeiro momento em que o valor aparece nos autos — e o princípio do contraditório proíbe a surpresa, proíbe a decisão fundada em elemento que não tenha sido objeto de prévio debate pelas partes. “Qualquer decisão judicial fundamentada em convicções decorrentes de elementos não submetidos ao debate frustra a efetividade do contraditório, reduzindo injustificadamente o conteúdo da regra constitucional”⁶¹⁶. Como observa Teresa Arruda Alvim Wambier, o “réu há de ter, para que possa defender-se, certa dose de previsibilidade”⁶¹⁷.

Há um trecho de um artigo escrito por José Carlos Barbosa Moreira que, com extrema clareza, ilustra o que se está aqui sustentando:

O exercício amplo do direito de defesa implica necessariamente para o réu um mínimo de previsibilidade. É preciso que ele saiba, ao ser convocado a juízo, ou possa verificar com os dados de que dispõe, quais são as suas chances, tanto para o melhor, quanto para o pior. É preciso que ele possa avaliar desde logo qual a pior coisa que lhe pode acontecer na hipótese de derrota.

Se me permitem comparação muito atual⁶¹⁸, um técnico de futebol que esteja preparando a sua seleção para determinado jogo precisa saber o que está em disputa naquele jogo. Se se trata de jogo meramente classificatório, ele vai preparar a equipe de certa maneira; se se trata de jogo eliminatório, poderá adotar outra tática. O mesmo acontece com o réu: é preciso que ele possa avaliar quais as suas chances e qual a pior coisa que lhe pode acontecer se for derrotado. Dependendo das circunstâncias, o réu poderá optar com fundamento sólido, optar conscientemente entre diversas atitudes, inclusive a de não defender-se, desde que esteja seguro do limite máximo do prejuízo que poderá vir a sofrer, se derrotado.

⁶¹⁶ BEDAQUE, J. R. dos S., *Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório*, p. 40.

⁶¹⁷ ARRUDA ALVIM WAMBIER, T., *Nulidades do processo e da sentença*, p. 308.

⁶¹⁸ O artigo, publicado na Revista de Processo em 1996, é na verdade a transcrição de uma palestra proferida pelo autor na Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro em 27.06.1994. Desse modo, a “atualidade” da comparação consiste em sua proximidade cronológica com a Copa do Mundo de Futebol dos Estados Unidos, realizada em 1994.

Esse elemento de previsibilidade é absolutamente essencial para que o réu possa exercer amplamente o seu direito de defesa. Isso se liga com a problemática relativa ao pedido. É por isso que o pedido tem de ser certo e determinado⁶¹⁹.

Ademais, como observa Fredie Didier Jr., quem, “além do próprio autor, poderia quantificar a ‘dor moral’ que alega ter sofrido? Como um sujeito estranho e por isso mesmo alheio a esta ‘dor’ poderia aferir a sua existência, mensurar a sua extensão e quantificá-la em pecúnia? A função do magistrado é julgar se o montante requerido pelo autor é ou não devido; não lhe cabe, sem uma provocação do demandante, dizer quanto deve ser o montante”⁶²⁰.

Essa é também a opinião de Nelson Nery Junior: “Nas ações de indenização por dano moral ou à imagem (v.g., CF 5º V e X), o pedido deve ser certo e determinado, fixado pelo autor”⁶²¹.

O autor não pode, portanto, formular pedido genérico de reparação de dano extrapatrimonial, sob pena de ofensa direta aos direitos ao contraditório e à ampla defesa, constitucionalmente assegurados ao réu, e indireta ao princípio do devido processo legal.

⁶¹⁹ BARBOSA MOREIRA, J. C., *Correlação entre o pedido e a sentença*, p. 209.

⁶²⁰ DIDIER JÚNIOR, F., *Direito processual civil*, p. 395-396.

⁶²¹ NERY JUNIOR, N. e ANDRADE NERY, R. M., *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, p. 674.

7. Conclusões

Durante a elaboração do presente trabalho, certas conclusões foram sendo pouco a pouco demonstradas e enunciadas. Elas podem ser resumidas da seguinte forma:

1. O dano extrapatrimonial é caracterizado por uma ofensa imediata a um direito da personalidade e mediata à dignidade da pessoa humana.

2. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana assegura a todas as pessoas a inviolabilidade do direito à vida e à integridade psicofísica.

3. O princípio da dignidade da pessoa humana é o fundamento dos direitos da personalidade, que compreendem o direito à integridade física, o direito à integridade intelectual e o direito à integridade moral.

4. Atualmente, superada a polêmica acerca da reparabilidade do dano extrapatrimonial, os dois principais problemas relacionados ao tema são a identificação das situações em que ele ocorre e a determinação dos critérios a serem utilizados para a definição do *quantum* a ser pago pelo ofensor a título de reparação.

5. Essa quantia será definida pelo juiz, com fundamento na equidade quantificadora.

6. Até a metade do século XIX não havia elementos para que se reconhecesse a autonomia científica do direito processual civil. Vivia-se um sincretismo jurídico, caracterizado pela confusão entre os planos material e processual do ordenamento. Essa é a primeira fase metodológica fundamental da história do direito processual civil.

7. A partir da obra de Oskar von Bülow (1868), o direito processual civil conquista a sua autonomia e ingressa em uma nova fase, denominada de autonomista ou conceitual. Foi nessa fase que o direito processual civil alcançou seu maior progresso teórico. Ele acabou se afastando, porém, do direito civil.

8. A partir da metade do século XX, o direito processual civil passou a ser visto sob a ótica do consumidor do serviço jurisdicional, ressaltando-se sua instrumentalidade e concentrando-se os esforços da doutrina em melhorar os resultados que ele é capaz de produzir. O direito processual civil se reaproximou

do direito civil. Essa fase, atualmente em curso, é denominada de fase instrumentalista ou teleológica.

9. Os institutos fundamentais do direito processual civil são a jurisdição, a ação, a defesa e o processo.

10. A jurisdição é o instituto fundamental central do direito processual civil.

11. Ao exercer a jurisdição, o Estado tem certos objetivos a cumprir nos planos jurídico, social e político. No plano jurídico, seu escopo é a atuação da vontade concreta do direito objetivo material. No plano social, seus escopos são a pacificação com justiça e a educação das pessoas para o exercício dos próprios direitos e o respeito aos direitos alheios. No plano político, a afirmação da autoridade do ordenamento jurídico, a preservação das liberdades públicas e propiciar a participação popular no exercício do poder.

12. O vocábulo “ação” é utilizado pela doutrina para designar não apenas um, mas três fenômenos processuais distintos: o direito de provocar o exercício da jurisdição, que é incondicionado; o direito à sentença de mérito, que se submete a requisitos estabelecidos pelo direito processual; e o direito à tutela jurisdicional, do qual só é titular quem tiver razão perante o direito material.

13. Se a ação é um direito, a demanda é um ato, o ato que dá início ao processo, e seu instrumento é denominado de petição inicial.

14. A demanda é constituída por três elementos essenciais: partes, causa de pedir e pedido.

15. A causa de pedir se subdivide em causa de pedir remota ativa, causa de pedir remota passiva e causa de pedir próxima.

16. O pedido tem um objeto imediato, que é o provimento jurisdicional, e um objeto mediato, que é o bem da vida.

17. Para cada espécie de bem da vida há uma técnica processual adequada.

18. O princípio da inércia da jurisdição tem a finalidade de contribuir para a imparcialidade do juiz e portanto, em última análise, é necessário para que o processo possa produzir uma decisão justa.

19. O princípio da adstrição é um desdobramento do princípio da inércia, mas seu fundamento reside no princípio do contraditório.

20. Assim como os princípios da inércia e da adstrição, também o princípio do devido processo legal limita o exercício da jurisdição.

21. O contraditório legitima o exercício do poder pela participação.

22. O princípio do contraditório não se destina apenas às partes, mas também ao juiz, que deve manter constante diálogo com elas.

23. Em uma de suas dimensões, o princípio do contraditório se manifesta como um princípio de não-surpresa.

24. Os pedidos devem ser interpretados restritivamente, sob pena de violação ao princípio do contraditório.

25. Os pedidos devem ser formulados com o atendimento de dois requisitos: certeza e determinação. Pedido certo é pedido expresso e pedido determinado é pedido preciso, isto é, delimitado qualitativa e quantitativamente.

26. Somente são admitidos pedidos genéricos nas hipóteses expressamente previstas em lei e desde que não haja lesão ao princípio do contraditório.

27. O Superior Tribunal de Justiça tem admitido, reiteradamente a formulação de pedido genérico de reparação de dano extrapatrimonial. Isso viola, contudo, o princípio do contraditório, pois o *quantum debeat* não é submetido ao prévio debate das partes.

8. REFERÊNCIAS

ABELHA RODRIGUES, M. **Elementos de direito processual civil**. 2. ed., v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

AFONSO DA SILVA, J. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, v. 212, p. 89-94, abr.-jun. 1998.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. Adolf Wach. In: WACH, A. **Manual de derecho procesal civil**. Trad. Tomás A. Banzhaf. v. 1. Buenos Aires: EJEA, 1977. p. IX-XXXIX.

ALVARO DE OLIVEIRA, C. A. Garantia do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, J. R. (Coord.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 132-150.

AMARAL, F. **Direito civil**: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. A equidade no Código Civil brasileiro. In: ARRUDA ALVIM NETTO, J. M. de; CÉSAR, J. P. de C; ROSAS, R. (Coord.). **Aspectos controvertidos do novo Código Civil**: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 197-208.

AMARAL SANTOS, M. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 23. ed., v. 1. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 23. ed., v. 2. São Paulo: Saraiva, 2004.

ARRUDA ALVIM NETTO, J. M. de. **Manual de direito processual civil**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 2 v.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, T. **Os agravos no CPC brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Nulidades do processo e da sentença**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____, T. **Omissão judicial e embargos de declaração**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ASSIS, A. de. **Cumulação de ações**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

AZEVEDO, A. J. de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 797, p. 11-26, mar. 2002.

BAPTISTA DA SILVA, O. A. **Curso de processo civil**. 5. ed., v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Execução “em face do executado”. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul – Ajuris**, v. 60, p. 180-200, mar. 1994.

_____; GOMES, F. **Teoria geral do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

- BARBI, C. A. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 11. ed., v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BARBOSA MOREIRA, J. C. Correlação entre o pedido e a sentença. **Revista de Processo**, v. 83, p. 207-215, jul.-set. 1996.
- _____. Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 11, p. 67-78, jul.-set. 2002.
- _____. **O novo processo civil brasileiro**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BATISTA LOPES, J. **Curso de direito processual civil**. v.1. São Paulo: Atlas, 2005.
- BEDAQUE, J. R. dos S. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, J. R.; BEDAQUE, J. R. dos S. (Coord.). **Causa de pedir e pedido no processo civil**: questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 13-52.
- _____. **Poderes instrutórios do juiz**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- BERMUDES, S. Ação *contra* o réu ou *em face* dele?: A favor do contra. In: _____. **Direito processual civil**: estudos e pareceres: 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 171-177.
- _____. **Introdução ao processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BODIN DE MORAES, M. C. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. A dignidade da pessoa humana. In: _____. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 230-234.
- BÜLOW, O. von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Trad. M. A. R. Lichtschein. Buenos Aires: EJEA, 1964.
- _____. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Trad. R. R. Gama. Campinas: LZN, 2003.
- BUZAID, A. A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro. In: _____. **Grandes processualistas**. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 13-45.
- CAHALI, Y. S. **Dano moral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- CALAMANDREI, P. **Instituições de direito processual civil**. Trad. D. D. Ferreira. 2. ed., v. 1. Campinas: Bookseller, 2003.
- CALMON DE PASSOS, J. J. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 8. ed., v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**. Trad. E G. Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

- CARREIRA ALVIM, J. E. **Teoria geral do processo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- CARVALHO, M. P. de. **Do pedido no processo civil**. Porto Alegre: Fabris, 1992.
- CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CHIOVENDA, G. **A ação no sistema dos direitos**. Trad. H. M. Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.
- _____. **Instituições de direito processual civil**. Trad. P. Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. 3 v.
- _____. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1965.
- CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R.. **Teoria geral do processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CORTIANO JUNIOR, E. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, L. E. (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 31-56.
- COUTO E SILVA, C. V. do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. **Revista dos Tribunais**, v. 667, p. 7-16, mai. 1991.
- CRETELLA NETO, J. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- CRUZ E TUCCI, J. R. **A causa petendi no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- CUNHA, A. dos S. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 230-264.
- DALLARI, D. de A. **Elementos de teoria geral do Estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DE NICOLA, J.; INFANTE, U. **Gramática contemporânea da língua portuguesa**. 15. ed. São Paulo: Scipione, 1998.
- DIDIER JÚNIOR, F. **Direito processual civil**. 5. ed., v. 1. Salvador: JusPodium, 2005.
- DINAMARCO, C. R. Direito e processo. In: _____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4. ed., t. 1. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 40-70.
- _____. **Execução civil**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. A formação do moderno processo civil brasileiro. In: _____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4. ed., t. 1. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 27-39.
- _____. O futuro do processo civil brasileiro. In: _____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4. ed., t. 2. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 726-761.
- _____. Os institutos fundamentais do direito processual. In: _____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4. ed., t. 1. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 71-123.
- _____. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed., v. 1. São Paulo: Malheiros, 2004.

- _____. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed., v. 2. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed., v. 3. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. **Instituições de direito processual civil**. v. 4. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. **A instrumentalidade do processo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. Liebman e a cultura processual brasileira. In: YARSHELL, F. L.; MORAES, M. Z. (Coord.). **Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005. p. 487-512.
- _____. Polêmicas do processo civil. In: _____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4. ed., t. 1. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 277-301.
- _____. O princípio do contraditório e sua dupla destinação. In: _____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4. ed., t. 1. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 124-135.
- _____. Tutela jurisdicional. In: _____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4. ed., t. 2. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 797-837.
- _____. Vocabulário de direito processual. In: _____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4. ed., t. 1. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 136-231.
- FACHIN, L. E. **Teoria crítica do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FARACO; MOURA. **Gramática**. 11. ed. São Paulo: Ática, 1998.
- FERRAZ JUNIOR, T. S. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- FERREIRA DOS SANTOS, F. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.
- FERREIRA FILHO, M. G. **Direitos humanos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- FIDÉLIS DOS SANTOS, E. **Manual de direito processual civil**. 9. ed., v. 3. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FIGUEIRA JÚNIOR, J. D. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 4, tomo II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- FISCHMANN, G. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- FREDERICO MARQUES, J. **Manual de direito processual civil**. 2. ed., v. 1. Campinas: Millennium, 1998.
- FREITAS CÂMARA, A. **Lições de direito processual civil**. 12. ed., v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- FURTADO FABRÍCIO, A. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 8. ed., v. 8, t. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- GONÇALVES, C. R. **Responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

- GRAU, E. R. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- GRECO FILHO, V. **Direito processual civil brasileiro**. 17. ed., v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. **Direito processual civil brasileiro**. 17. ed., v. 2. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GRINOVER, A. P. **Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil**. São Paulo: Bushatsky, 1975.
- HENNING, F. A. C. **Ação concreta**: relendo Wach e Chiovenda. Porto Alegre: Fabris, 2000.
- KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2001.
- LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA, J.; FERREIRA MUNIZ, F. J. O Estado de Direito e os direitos da personalidade. **Revista dos Tribunais**, v. 532, p. 11-23, fev. 1980.
- LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamago. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.
- LIEBMAN, E. T. *Manual de derecho procesal civil*. Trad. S. S. Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1980.
- _____. **Manual de direito processual civil**. v. 1. Trad. C. R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- _____. *Manuale di diritto processuale civile: principi*. 6. ed. Milano: Giuffrè, 2002.
- MARCATO, A. C. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Atlas, 2004.
- MARINONI, L. G. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____; ARENHART, S. C. **Manual do processo de conhecimento**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MELENDO, S. S. Calamandrei: o homem e a obra. In: CALAMANDREI, P. **Instituições de direito processual civil**. Trad. D. D. Ferreira. 2. ed., v. 1. Campinas: Bookseller, 2003. p. 15-52.
- _____. Morreu Piero Calamandrei. In: CALAMANDREI, P. **Instituições de direito processual civil**. Trad. D. D. Ferreira. 2. ed., v. 1. Campinas: Bookseller, 2003. p. 11-14.
- MESQUITA, G. F. de. **Princípios do contraditório e da ampla defesa no processo civil brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- MITIDIERO, D. F. Por uma nova teoria geral da ação: as orientações unitárias e a orientação dualista da ação. In: MITIDIERO, D. F.; ZANETI JÚNIOR, H. **Introdução ao estudo do processo civil**: primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Fabris, 2004. p. 63-114.

MOTA PINTO, C. A. da. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1999.

NERY JUNIOR, N. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____.; ANDRADE NERY, R. M. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NOBRE JÚNIOR, E P. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 219, p. 237-251, jan.-mar. 2000.

PAPA JOÃO XXIII. **A paz na terra**: encíclica *Pacem in terris*. Trad. V. J. Balestro. São Paulo: FTD, 1963.

_____. **As encíclicas sociais de João XXIII**. 2. ed., v. 1. Trad. L. J. de Mesquita. Rio de Janeiro: José Olympio, 1963.

PERLINGIERI, P. **Perfis do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINHEIRO CARNEIRO, P. C. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed., v. 9, t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PORTANOVA, R. **Princípios do processo civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

REALE, M. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. O dano moral no direito brasileiro. In: REALE, M. **Temas de direito positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 20-28.

_____. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SEVERO, S. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

TEPEDINO, G. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: _____. **Temas de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 23-54.

THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de direito processual civil**. 41. ed., v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Dano moral**. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

TORNAGHI, H. **Instituições de processo penal**. 2. ed., v. 1. São Paulo: Saraiva, 1977.

VENOSA, S. de S. **Direito civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. 7 v.

VIANA, P. G. B. **Dano moral à pessoa jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

WACH, A. **Manual de derecho procesal civil**. Trad. Tomás A. Banzhaf. v. 1. Buenos Aires: EJEJA, 1977.

WAMBIER, L. R.; ALMEIDA, F. R. C. de; TALAMINI, E. **Curso avançado de processo civil**. 7. ed., v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Curso avançado de processo civil**. 7. ed., v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WATANABE, K. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

WIEACKER, F. **História do direito privado moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

WINDSCHEID, B.; MUTHER, T. *Polemica intorno all'“actio”*. Trad. E. Heinitz e G. Pugliese. Firenze: Sansoni, 1954.

ZANETI JÚNIOR, H. Processo constitucional: relações entre processo e constituição. In: MITIDIERO, D. F.; ZANETI JÚNIOR, H. **Introdução ao estudo do processo civil**: primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Fabris, 2004. p. 23-62.

ZANZUCCHI, M. T. *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*. Modena: G. Ferraguti e C., 1915.