

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO**

OTÁVIO AUGUSTO DAL MOLIN DOMIT

IURA NOVIT CURIA, CAUSA DE PEDIR E FORMALISMO PROCESSUAL

PORTO ALEGRE

2010

OTÁVIO AUGUSTO DAL MOLIN DOMIT

IURA NOVIT CURIA, CAUSA DE PEDIR E FORMALISMO PROCESSUAL

Monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para obtenção de grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Titular Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira

Porto Alegre

2010

OTÁVIO AUGUSTO DAL MOLIN DOMIT

IURA NOVIT CURIA, CAUSA DE PEDIR E FORMALISMO PROCESSUAL

Monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para obtenção de grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Titular Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (orientador)
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor examinador

Professor examinador

Conceito: _____

Porto Alegre, 30 de novembro de 2010

AGRADECIMENTOS

Em vistas de se concluir mais uma etapa, não há como deixar de agradecer àqueles que, cada um a seu jeito, colaboraram de forma decisiva para a elaboração deste trabalho:

Ao professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, por ter gentilmente aceito o encargo de orientar o estudo e por ter inspirado intelectualmente a escolha do tema e o desenvolvimento de suas linhas principais.

Ao grande amigo e professor Daniel Mitidiero, mestre na vida e nas letras, a quem agradeço especialmente por ter despertado em mim, em suas aulas e nas muitas conversas, a paixão pelo processo civil. Sua companhia constante e a porta sempre aberta para o diálogo são e, espero, continuarão sendo garantia de segurança no caminhar acadêmico, profissional e pessoal.

Aos meus amigos, que sabem muito bem que ocupam esse lugar de destaque, por me darem a certeza de que a alegria e o companheirismo em todas as horas estarão sempre garantidos.

À Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, por conservar essa atmosfera mística que invariavelmente provoca naqueles que por suas salas de aula passam a inquietação e a incessante busca pelo saber.

À minha família, pela criação singular que me permitiu, hoje, caminhar sem receios com minhas próprias pernas. Em especial, ao meu avô, advogado de escol e homem de caráter singular, pelo incentivo no exercício dessa apaixonante profissão.

À Ana Luiza, pelo amor incomensurável, pelo carinho inestimável e pelo fundamental incentivo e apoio em todas as horas. E, claro, por seu sorriso.

“Havemos de renunciar ao sonho (...) de transformar o Direito numa ciência abstrata e formal, construída com puros conceitos, com vocação (...) para a eternidade”.

Ovídio Araújo Baptista da Silva, *Processo e Ideologia*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 265.

RESUMO

O trabalho que segue se propõe a revisar criticamente a aplicação da máxima *iura novit curia* – normalmente interpretada como o princípio de que o juiz conhece o direito – no processo civil brasileiro, em especial a questão relativa à existência ou não de vinculação do órgão judicial à qualificação jurídica da demanda feita pelo autor. As discussões vão desde o exame dos pressupostos culturais e lógicos do momento de nascimento do aforismo, passando pela análise do papel do fundamento jurídico da *causa petendi* na individualização do objeto litigioso do processo, até chegar ao exame dos limites legais e constitucionais postos à livre apreciação do direito aplicável ao caso por parte do juiz, o que acabará influenciando na própria organização do formalismo processual.

Esse estudo é feito pela revisitação de posições doutrinárias consolidadas, lançando-se mão de exemplos e casos práticos, de forma a verificar se a tradicional concepção de que se valem doutrina e jurisprudência na aplicação da máxima *iura novit curia* está conforme às diretrizes básicas do processo civil contemporâneo no marco metodológico do formalismo-valorativo.

Palavras-chave: *iura novit curia* – causa de pedir – formalismo processual – fundamento jurídico – vinculação do juiz.

RIASSUNTO

Il lavoro che segue si pone lo scopo di rivedere criticamente l'applicazione della massima *iura novit curia* – solitamente interpretata come il principio secondo il quale il giudice conosce il diritto – nel processo civile brasiliano, in speciale quanto riguarda alla vincolazione o no dell'organo giudiziale alla qualificazione giuridica della domanda fatta dall'attore. Il dibattito avvia dall'analisi dei presupposti culturali e logici che occorrono all'epoca di nascita dell'aforisma, cammina attraverso l'indagine del ruolo del fondamento giuridico della *causa petendi* nell'identificazione dell'oggetto del processo e termina con l'esame dei limiti legali e costituzionali posti alla libera ricerca del diritto applicabile al caso dalla parte del giudice, il che finirà per influire nella propria organizzazione del formalismo processuale.

Lo studio va fatto con la rivista di posizioni dottrinali consolidate, attraverso l'esame di esempi e casi pratici, cercando di verificare se la tradizionale concezione dottrinale e giurisprudenziale nell'applicazione della massima *iura novit curia* è conforme alle linee fondamentali del processo civile contemporaneo nel momento metodologico del formalismo-valorativo.

Parole-chiave: *iura novit curia* – *causa petendi* – formalismo processuale – fondamento giuridico – vincolazione del giudice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 O ESTADO DA QUESTÃO NO DIREITO BRASILEIRO	13
1.1 DIREITO POSITIVO	13
1.2 DOCTRINA	18
1.3 JURISPRUDÊNCIA	22
2. A ORIGEM DA MÁXIMA: <i>IURA NOVIT CURIA</i> COMO PROBLEMA LIGADO À ORGANIZAÇÃO DO FORMALISMO DO PROCESSO ASSIMÉTRICO	24
3. OBJETO DA MÁXIMA: A CAUSA DE PEDIR	37
3.1 CONCEITO E FUNÇÃO	39
3.2 CONFORMAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR: INDIVIDUALIZAÇÃO E SUBSTANCIAÇÃO	41
3.3 A CAUSA DE PEDIR NO DIREITO BRASILEIRO	49
3.3.1 Fatos e Fundamentos Jurídicos: O Papel de Cada Elemento	52
3.3.1.1 Fatos	54
3.3.1.2 Fundamentos Jurídicos	55
3.3.2 Conclusão Parcial	59
3.3.3 Fundamento Jurídico, Direito Subjetivo e Individualização da Demanda ..	60
3.3.4 <i>Iura Novit Curia</i>, Concurso de Normas e Concurso de Ações	65
4 A APLICAÇÃO DA MÁXIMA: LIMITES E CONDIÇÕES	71
4.1 O “PRINCÍPIO” DA DEMANDA	71
4.2 O “PRINCÍPIO” DA CONGRUÊNCIA	74
4.3 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO	79
CONSIDERAÇÕES FINAIS	84
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	88

INTRODUÇÃO

Qual o significado da máxima *iura novit curia*? Respondendo a essa questão, usualmente não se vacila em dizer que o enunciado reflete o “princípio” de que “o juiz conhece o direito”. Mas qual será a real implicação dessa constatação? Quer isso dizer que o juiz, imbuído de uma capacidade extraordinária, conhece o direito em toda a sua extensão? Será isso realmente possível? A incidência do aforismo torna o juiz totalmente independente na apreciação jurídica do caso que lhe é submetido, podendo valorá-lo juridicamente da maneira como achar mais adequado? Qual a conveniência dessa ideia? Mais: dentro de qual contexto se chegou a essa conclusão? São perguntas que dificilmente encontram resposta na boca daqueles que, sem vacilo, prontamente enunciam o pretense significado da máxima, com ares axiomáticos.

Fritz Baur, quando se propôs a escrever sobre o tema, chegou a interessantes conclusões sobre os *adágios jurídicos* em geral. Estes enunciados, afirma o autor,

participam da sorte dos provérbios em geral: usualmente a origem dos mesmos é obscura, cada um os usa como bem lhe pareça, mas sempre inspirados por profunda convicção. Poder-se-ia quase dizer: à falta de argumentos reais, “encontra-se no momento exato um adágio jurídico apropriado”. Vale isso também para a dicção *iura novit curia*.¹

Na verdade, a real origem da máxima, o seu alcance e significado, a despeito de parecerem uma questão resolvida, são tão equívocos e desacertados quanto o seu latim: *iura* (direitos) em vez de *ius* (direito).² Com efeito, muitas são as dúvidas e perguntas sem resposta que orbitam em torno do conhecido brocardo.

Fritz Baur, novamente, lança algumas das questões em aberto relacionadas à máxima:

Sua origem é duvidosa: não nos vem do direito romano clássico. Não assumiu importância, senão com uma magistratura de especialistas. A aplicação do adágio tem sido equívoca: na sua origem entendia-se, provavelmente, no sentido de que as normas jurídicas não precisam de prova, dado que o juiz deve conhecê-las. Mas, desde logo, foi o adágio interpretado como significativo de que a aplicação do direito é, exclusivamente, assunto atinente ao juiz, no sentido de que as partes não estão obrigadas a subsumir os fatos, por ela invocados, às normas jurídicas, mais ou menos no sentido do brocardo *narra mihi factum, narro tibi ius*,

¹ *Da importância da dicção “iura novit curia”*, Revista de Processo n. 3, 1976, p. 169, Tradução de: José Manoel Arruda Alvim.

² É o que nos informa Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (*Do formalismo no processo civil*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 195, nota 101) invocando advertência antes feita por Pontes de Miranda (*Comentários ao código de processo civil*, tomo I, Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 81).

chegando à conclusão de que “nossa dicção pode ser usada de diversas maneiras. O mais frequente é que não sabemos exatamente de que maneira ou em que sentido é ela usada e com qual justificação”.³

Visando justamente a esclarecer algumas indagações que, sem explicação consistente, encontram resposta irrefletida na invocação da dicção *iura novit curia*, o processualista alemão parte para o clássico estudo em que busca elucidar três questões principais, a saber: i) as normas jurídicas necessitam de prova? ii) o juiz tem o monopólio da aplicação do direito? iii) o juiz fica vinculado à lei?⁴

Não poucos foram os autores, principalmente italianos, que se dedicaram a tentar resolver os problemas que pululam em torno da primeira questão – que diz com a necessidade (ou não) de prova do direito estrangeiro,⁵ local e/ou consuetudinário, quando invocado em juízo,⁶ o que faz remissão direta, também, ao modo de seu aporte em juízo (como questão de fato, de direito ou intermediária/mista).⁷

A respeito da vinculação do juiz à lei e a possibilidade mesma de se julgar *contra legem* – mas sempre conforme ao direito –, a hermenêutica jurídica contemporânea e também as conquistas alcançadas pela teoria geral do processo, principalmente no marco teórico do formalismo-valorativo, apontam que, efetivamente, o juiz encontra-se adstrito a um círculo de juridicidade, maior que o da legalidade.⁸

A nós, no entanto, chama à atenção a segunda indagação feita por Baur: será verdade, *para o direito brasileiro*, que o juiz não encontra limites na apreciação do elemento jurídico da causa? Com outras palavras: o juiz, no quando do julgamento da demanda, está ou

³ *Da importância...*, p. 169.

⁴ *Idem*, p. 177. Acerca de tais questionamentos, o autor chega às seguintes conclusões: “1. A dicção *iura novit curia* não significa que a obrigação das partes enunciarem seus argumentos e o ônus material da prova estão sempre excluídos, no que diz respeito às normas jurídicas aplicáveis, tendo em vista um litígio; 2. A dicção *iura novit curia* não significa que o Tribunal disponha do monopólio da aplicação do direito; desconhecendo ou desprezando as conclusões das partes tendo em vista as normas jurídicas invocadas pelos litigantes; 3. A dicção *iura novit curia* não significa que pertence, ao Tribunal, o direito de fazer abstração da lei, em função de referência feita aos princípios da equidade, menos apropriados à solução do litígio”.

⁵ A tal tarefa dedicaram-se, entre outros, Salvatore Satta (“*Iura Novit Curia*”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1955, p. 380 e ss.) e Gian Antonio Michelli (“*Jura Novit Curia*”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1961, p. 575 e ss.)

⁶ O direito grego antigo, por exemplo, “tinha como assente uma ideia fundamental absolutamente oposta ao *iura novit curia*: o juiz não era obrigado a conhecer a lei nem a tê-la em conta para decidir a causa, se não alegada e debatida pelas partes”, conforme nos adverte Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 65, indicando lição de Ugo Enrico Paoli, *Processo Attico*, *Novissimo digesto italiano*, volume XIII, Torino: Utet, 1966, p. 1.093.

⁷ Gian Antonio Michelli, *op. cit.*, p. 575 e ss.

⁸ Por todos, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo...*, *passim*, em especial p. 255; Luiz Guilherme Marinoni, *Teoria geral do processo*, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, *passim*, em especial p. 23/158.

não vinculado às enunciações *jurídicas* feitas pelas partes na qualificação *jurídica* dos fatos aportados para amparar as suas pretensões?

O problema é recorrente. Não raro, como certamente já se deu conta aquele que por algum tempo tenha se dedicado a lidar com o direito no foro, pode o juiz se encontrar frente a uma situação em que, muito embora a pretensão (pedido) esboçada pelo autor possa ter acolhida no ordenamento jurídico, a fundamentação por ele engendrada na qualificação jurídica dos fatos que envolvem o litígio não permite o acolhimento do pedido. Em tais casos, questiona-se (ou não) se o juiz pode dar novo enquadramento jurídico à pretensão e, assim, julgar procedente o pedido.

Um exemplo pode esclarecer melhor o objeto de nossa pesquisa: suponha-se que o autor, em demanda de reparação por danos causados em virtude de acidente automobilístico a bordo de um ônibus, funda seu pedido indenizatório na responsabilidade contratual da empresa de viação, que, segundo argumenta, deu cumprimento imperfeito ao contrato de transporte. Pode o juiz, não convencido da efetiva existência do “contrato” e, por isso, de responsabilidade contratual, engendrar sentença de procedência do pedido fundada na responsabilidade aquiliana (delitual) da empresa? E mais: como deve proceder ao levar a cabo semelhante mudança de perspectiva?

O tema do trabalho, portanto, diz com a vinculação ou não do juiz, no momento de prolação da sentença, à qualificação jurídica da demanda delineada pelo autor ao redigir a sua petição inicial. Por não encontrar previsão expressa no direito positivo brasileiro (permitindo ou proibindo a alteração), a dar-lhe pronta resposta, o problema proporciona dúvidas importantes, carecendo de solução e tratamento mais consistente. O que preocupa, em verdade, não é a opção por um ou outro caminho (vinculação ou não do juiz), mas sim a ausência de reflexão mais demorada a respeito dos fundamentos dogmáticos que estão à base da escolha por uma ou outra via. Com efeito, a justificação costuma ser de que não há necessidade de maiores indagações, pois *iura novit curia*, muito embora não se saiba com certeza o que quer isso significar.

Se, de um lado, a doutrina parece não ter se dado conta das múltiplas implicações que pode ter uma resposta positiva ou negativa à pergunta formulada no exemplo acima aludido, limitando-se, em sua maioria, a afirmar que “quanto ao direito, à *quaestio iuris*, toca ao juiz a interpretação”,⁹ a Jurisprudência não é mais elaborada, até mesmo pela ausência de qualquer alarde doutrinário.

⁹ Pontes de Miranda, *Comentários ...*, tomo IV, p. 16

Essa ausência de uma rede de proteção dogmático-conceitual capaz de amparar os operadores do direito na caminhada do dia-a-dia forense faz com que os tribunais usualmente não se deem conta (ou se escondam) do problema. Na maioria das vezes, assim, quando chamados a resolver algum conflito que envolva os poderes do juiz e das partes quanto ao elemento jurídico da demanda, limitam-se a ditar a máxima, concluindo automaticamente pela total ausência de limites do julgador acerca da disponibilidade sobre o ingrediente jurídico da causa, fato que dá plena razão à conclusão já chegada por Baur a respeito da função desempenhada pelos adágios jurídicos em geral.

Diante desse quadro de vazio conceitual, e, principalmente, das severas dúvidas que temos quanto ao real acerto das conclusões que se costumam retirar a respeito do tema tendo em conta a nossa legislação processual, surge o interesse pela investigação da problemática ligada à máxima *iura novit curia* e aos limites da atuação do juiz ante à qualificação jurídica da demanda esboçada pelo autor. Entendemos que o emprego da máxima, na maneira que nos toca, tem profunda conexão com a causa de pedir, certamente “o mais complexo dos três elementos individualizadores da demanda”.¹⁰ Mais: parece-nos que a solução passa pelo exame da repartição de poderes entre as partes e o juiz na conformação do processo, refletindo-se, portanto, na organização de seu formalismo.

Muito embora semelhantes indagações pudessem ser formuladas também no que atine à posição do demandado¹¹ (pode o juiz julgar improcedente o pedido com base em fundamentos jurídicos não invocados pela sua resposta?), convém desde já assinalar que o presente estudo, por sua necessária brevidade, deixará de fora a análise da questão do ponto de vista do réu. A análise do problema, portanto, será feita a partir da perspectiva do autor.

Sendo assim, na busca por uma resposta, procuraremos estabelecer, em um primeiro momento, o *estado da questão no direito brasileiro*. O trabalho, nessa parte, dedicar-se-á a explorar o ordenamento jurídico positivo brasileiro, investigando as normas envolvidas no tratamento da questão. Em seguida, procurar-se-á a opinião da doutrina acerca da discussão que nos toca, passando, finalmente, por um rápido estudo de precedentes do Superior Tribunal de Justiça que tratam dos problemas ligados à qualificação jurídica da demanda.

¹⁰ José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 9.

¹¹ Revelada pela *causa excipiendi*, que “é o elemento em que se embasa a defesa do réu, eis que esta se coloca no contexto do processo como o contraposto negativo do direito afirmado pelo autor”, isto é, nas suas razões de defesa, consoante trabalha Carlos Silveira Noronha, *A causa de pedir na execução*, apud José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi...*, p. 149.

Logo após, procuraremos trabalhar a *origem da máxima*, o momento de seu aparecimento, o seu real significado a esse tempo, bem como o modelo de organização do processo em que ela se encaixava.

A seguir, o foco recairá sobre o *objeto da máxima*, notadamente, no nosso entender, a causa de pedir. Nesse momento, procuraremos identificar o conceito da *causa petendi*, as teorias que aparecem para explicá-la e a sua conformação no direito brasileiro. Esse será momento crucial da análise, na medida em que a questão da individualização da demanda e o papel do contraditório já começarão a chamar a atenção para alguns problemas ligados à aplicação da máxima.

Adiante, chegaremos ao ponto central da investigação, ou seja, a *aplicação da máxima*. Primeiro, procuraremos a existência ou não de *limites* para a sua aplicação. Em constatando algum, verificaremos o porquê dessa limitação, bem como os seus contornos dogmáticos. Da mesma forma, como decorrência do ponto anterior, perquiriremos acerca das *condicionantes* de aplicação da máxima, à luz do modelo de processo civil contemporâneo no marco teórico do formalismo-valorativo e da dogmática constitucional.

De tudo isso, pretendemos retirar importantes *conclusões* que permitam um melhor e mais consistente tratamento das várias questões ligadas à aplicação da máxima, as quais não demoram a aparecer no dia a dia do foro, impacientando as partes, causando dúvidas nos advogados e normalmente levando os juízes a simplesmente dizer: não há limites, pois *iura novit curia*.

Delimitado se encontra, portanto, o objeto de nossa investigação: “pode o juiz julgar a demanda a partir de um ponto de vista jurídico não suscitado pelo autor?” Cumpre, agora, trabalhá-lo.

1 O ESTADO DA QUESTÃO NO DIREITO BRASILEIRO

O interesse pelo estudo da aplicação da máxima *iura novit curia* no sentido da vinculação do juiz à qualificação jurídica da demanda feita pelo autor surge, como já apontado, pelo pouco (para não dizer nenhum) debate sério travado no direito brasileiro acerca do tema até o momento. Com efeito, doutrina e jurisprudência, em sua generalidade, não têm maiores preocupações com a questão; passa igualmente ao largo da matéria a nossa legislação processual.

Nada obstante pouco se tenha falado, procuraremos demonstrar, adiante, qual o estado de tratamento da questão no direito brasileiro, partindo das disposições do Código de Processo Civil de 1973 relacionadas com a temática, passando pelos (tangenciais) apontamentos feitos pela doutrina pátria sobre a aplicação do brocardo até agora e chegando, finalmente, ao modo como vem lidando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça brasileiro com os problemas (não raros) que se apresentam em torno do aforismo *iura novit curia*.

1.1 DIREITO POSITIVO

O direito brasileiro, ao contrário do que fazem, por exemplo, as leis processuais civis espanhola¹² e alemã,¹³ não apresenta uma norma específica que se dedique a regular, de forma

¹² Art. 218.1.II, Ley de Enjuiciamiento Civil:

“El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.”

¹³ §139.2, Zivilprozessordnung:

“§139. Dirección material del proceso.

(1) El tribunal, en la medida que resulte necesario, ha de tratar con las partes el asunto litigioso, tanto desde el punto de vista jurídico como desde el fáctico, y ha de procurar que las partes se expliquen íntegra y tempestivamente sobre todos los hechos relevantes y, particularmente, que completen los datos insuficientes sobre las pretensiones que han hecho valer, que propongan los medios de prueba y dirijan al tribunal las peticiones oportunas.

(2) El tribunal, salvo que se trate de una petición accesoria, no puede dictar sentencia con fundamento en un pnto de vista claramente ignorado o considerado irrelevante por una parte sin antes realizar a los litigantes la oportuna advertencia o indicación y ofrecerles la oportunidad de realizar las alegaciones que crea convenientes. Lo mismo será de aplicación cuando el tribunal valore un punto de vista de corra diferente que ambas as partes.

(3) El tribunal, asimismo, debe indicar a las partes las objeciones relacionadas con cuestiones que han de ser pareciadas de oficio.

(4) Las advertencias o indicaciones referidas en este precepto deben realizarse tanpronto como resulte posible y hacerse constar en el acta del juicio. Sólo podrán acreditarse a través del contenido de dicha acta e cotra lo que se ha hecho constar en la misma únicamente cabrá la prueba de su falsedad.

(5) Cuando una parte no esté en condiciones de manifestar inmediatamente lo que considere oportuno sobre la indicación realizada por el tribunal, éste deberá concederle, si así lo solicita, un plazo dentro del cual podrá realizar por escrito sus alegaciones.”

direta, a existência ou não de vinculação do juiz à qualificação jurídica lançada pelo autor na propositura da demanda. Realmente, nesse campo, parece-nos que há um verdadeiro vazio legislativo.

Alguns autores de destacada importância, no entanto, aludem à norma do art. 126, 2ª parte do Código de Processo Civil de 1973 para enxergar ali uma positivação do chamado “princípio da oficiosidade”, manifestação da máxima *iura novit curia*, pela qual ao juiz seria dada absoluta liberdade na apreciação jurídica da causa a ele submetida.¹⁴ Assim disciplina aquele dispositivo de lei: “Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

Nada obstante fortes razões venham a favor da argumentação, parece-nos que as premissas teóricas e ideológicas de que claramente parte a concepção da norma em questão não podem mais encontrar assento no direito contemporâneo, principalmente em virtude das recentes conquistas da teoria do direito. É evidente, nesse sentido, que subjaz a tal dispositivo o denunciado “paradigma racionalista”,¹⁵ em função do qual todas as análises são feitas a partir da premissa inafastável da perfeição e totalidade do sistema legal positivo codificado, ideia característica da vertente jurídica do pensamento filosófico moderno, que encontrou sua maior expressão no *État Legal* eclodido da Revolução Francesa de 1789. Vale dizer: a segunda parte do art. 126 pressupõe a submissão do juiz à legalidade estrita, representando, na eloquente expressão da doutrina, uma tardia e verdadeira “invasão napoleônica” intentada pelo Código de Processo Civil de 1973,¹⁶ que procurou dar sequência ao trabalho de introdução positiva do paradigma moderno antes iniciado com o Código Civil de 1916,¹⁷ mudando completamente o curso da tradição jurídica brasileira até então reinante.¹⁸

¹⁴ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, *Curso de processo civil*, São Paulo: Atlas, 2010, p. 72. Os mesmos renomados autores, no entanto, consoante se demonstrará adiante, tratam de colocar em xeque os pressupostos que giram no entorno da compreensão tradicional da máxima. Da mesma forma, José Rogério Cruz e Tuci, *A causa petendi ...*, p. 132.

¹⁵ Sobre o tema, amplamente, ver a excepcional obra de Ovídio Araújo Baptista da Silva, *Processo e Ideologia*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, *passim*.

¹⁶ Daniel Mitidiero, *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 36.

¹⁷ Consoante o arguto ensaio de Daniel Mitidiero, *O processualismo e a formação do código Buzaid*. Revista de Processo n. 183, 2009, p. 182.

¹⁸ Para uma introdução rápida mas incisiva sobre a formação histórica do direito brasileiro e, mais especificamente, do seu processo civil, identificando suas origens e a sua estreita ligação com o direito comum, o que pode mesmo colocar em xeque a impensada conclusão pela filiação do direito brasileiro à tradição da *civil law*, ver o excepcional ensaio de Enrico Tullio Liebman, *Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano*, in *Problemi del Processo Civile*, Napoli: Morano, 1962, p. 490/516, por nós traduzido para o português e adaptado ao direito vigente com notas (*Institutos do direito comum no processo civil brasileiro*, Revista Brasileira de Direito Processual, n. 71, 2010, p. 43/68).

É de se observar que o pressuposto teórico de tal norma vai colocado em xeque em virtude da atual compreensão do direito, sobretudo à luz do papel protagonístico ocupado nos ordenamentos contemporâneos pela Constituição. Com efeito, tendo bem presente a ideia de que o círculo da legalidade não esgota o direito e a sua atuação, haja vista a sua inserção no círculo maior da juridicidade,¹⁹ não há como se pensar que ao juiz cumpra tão-somente o papel de aplicar a lei, do modo como formulada pelo legislador, ao caso concreto. Diante desse fato, e ante a própria norma do art. 5º, XXXV da Constituição da República, revela-se muito mais adequado falar-se numa submissão do juiz brasileiro a um sistema de *juridicidade* do que à simples e pura *legalidade*.

Entendendo-se, ademais, que toda carga conceitual ligada à ideia de legalidade toma como pressuposto axiomático a separação radical entre fato e direito²⁰ – a partir do que o raciocínio jurídico trabalha sob a égide de uma lógica apodítica, de metodologia silogística cerrada, em que a premissa maior está colocada na previsão da norma legal, e a premissa menor vai encontrada nos fatos da vida, enquanto a lógica da juridicidade parte muito mais da compreensão casuística do direito, a partir de uma metodologia tópico-indutiva –, é no mínimo de se duvidar que ainda se possa acreditar que esteja ao alcance do juiz o conhecimento pleno e soberano do direito a ser *aplicado* ao caso concreto, pressuposto do qual parte a máxima *iura novit curia*. No atual estágio de compreensão, e voltando às origens pré-modernas do direito, a *construção* da solução do caso nasce de um trabalho conjunto das partes e do órgão jurisdicional, em um exercício constante de colaboração. Veremos a questão com mais detalhes adiante.

À parte a referida norma, que entendemos anacrônica se confrontada com o estágio atual dos estudos de teoria geral do direito e do próprio processo civil, pode-se afirmar que inexistente disposição específica a respeito da existência ou não de vinculação do juiz à qualificação jurídica da demanda feita pelo autor. Isso posto, já era de se imaginar que tampouco existe referência legislativa quanto a uma maior ou menor amplitude da discricionariedade do julgador na apreciação do elemento jurídico da causa.²¹ A ausência de específica prescrição legal a respeito do assunto, aliás, talvez incentive a já mencionada

¹⁹ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo...*, p. 255.

²⁰ Sobre o tema, principalmente na perspectiva dos recursos aos tribunais superiores, ver a obra de Danilo Knijnik, *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*, Rio de Janeiro: Forense, 2005, em especial p. 13/82.

²¹ O vocábulo *causa* não vai por nós utilizado com rigorismo semântico. Ora quer significar fundamento da demanda, ora o próprio litígio. Para uma melhor compreensão das várias acepções do vocábulo ver, por todos, José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi ...*, p. 13/18.

sonolência da doutrina e da jurisprudência brasileiras com relação às implicações da problemática ligada à aplicação da máxima *iura novit curia*.

É de se ressaltar, portanto, a existência desse vazio legislativo, visto que não há regulação a respeito da existência ou não de limites do julgador no enquadramento jurídico da causa, o que, em princípio, permitiria ao julgador estimar procedente o pedido com base em fundamentos jurídicos não aduzidos pelo demandante.

Ocorre que, segundo pensamos e será desenvolvido amplamente no decorrer do estudo, semelhante conclusão não se coaduna com o *sistema* do Código de Processo Civil brasileiro e com o atual estágio de desenvolvimento do direito processual civil pátrio. O modelo contemporâneo de organização do formalismo processual, a metodologia do formalismo-valorativo que dirige a sua maneira de trabalho, bem como a análise dogmática de seus principais institutos, como a causa de pedir e seus elementos e os instrumentos para diferenciação de demandas, parecem apontar para um sentido oposto. Voltaremos ao tema adiante.

A par disso, ainda que se admita a possibilidade de mudança da perspectiva jurídica da causa, importa ver também se existe disciplina acerca da maneira como deve proceder o juiz ao engendrar essa alteração. Semelhante questão, veremos adiante, está diretamente conectada com o papel desempenhado pelo contraditório no âmbito do processo civil brasileiro. Esse direito fundamental, com efeito, encontra disciplina principal na norma do art. 5º, LV, da constituição da República.

Nada obstante a linhagem constitucional, cujas repercussões já foram amplamente estudadas pela doutrina especializada,²² inexistente dispositivo no Código de Processo Civil que discipline mais pormenorizadamente a atuação do contraditório no desenrolar do processo, ao contrário do que acontece, por exemplo, no âmbito da legislação francesa²³ e portuguesa.²⁴ Ainda que se pudesse considerar dispensável um regramento mais comezinho, pois uma interpretação à luz dos direitos fundamentais remete, obrigatoriamente, à observância de um

²² Ver, sobre o tema, os fundamentais estudos de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *O juiz e o princípio do contraditório*, Revista de Processo, n. 73, 1994, p. 7/14; *A garantia do contraditório*, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 15, 1998, p. 7/20.

²³ Artigo 16 do *Nouveau Code de Procedure civile*:

“Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-meme 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 meme 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.”

²⁴ Artigo 3º, §3º do Código de Processo Civil Português:

“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”.

contraditório forte a ser exercitado durante todo o processo, e não apenas a um simples dever de oferecer a bilateralidade da audiência, é certo que a ausência de disposição expressa acaba colaborando para que, por vezes, esse direito seja suprimido, como não raro ocorre quando, entendendo o juiz ser possível analisar a causa e julgar procedente o pedido a partir de outra perspectiva jurídica, não possibilita às partes a oportunidade de se manifestar previamente à decisão. De resto, tal acaba ocorrendo em diversas ocasiões ao longo do processo, como, por exemplo, quando o juiz decide sobre questões a respeito das quais pode conhecer de ofício.

Como não se ignora, está em tramitação perante o Senado Federal o Projeto n. 166 de 2010, pelo qual se pretende estabelecer um novo Código de Processo Civil para o Brasil.²⁵ Em que pese possa ser criticado o fato de o Projeto elaborado não conter qualquer disposição que se preste a regular diretamente a problemática dos poderes do juiz no trato do elemento jurídico da demanda, na contramão de uma tendência mundial,²⁶ é de ser aplaudida a iniciativa de outorgar disciplina infraconstitucional ao direito fundamental ao contraditório, exatamente para “lembrar” aos julgadores da importância de sua estrita observância em todas as etapas do processo.²⁷

O exame da questão à luz das normas de direito processual positivadas atualmente no nosso ordenamento jurídico, portanto, ainda não permite formular conclusões decisivas a respeito do nosso tema. Conjugando-se analiticamente as normas que tratam da causa de pedir, do chamado *princípio*²⁸ da demanda e do *princípio* da congruência do juiz, no entanto, poderemos mais adiante ver que existem sim traços indicativos que autorizariam uma diversa compreensão da temática no país.

²⁵ Uma análise primorosa do Projeto de um novo Código de Processo Civil pode ser conferido amplamente em Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, *O projeto do CPC: crítica e propostas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

²⁶ As reformas recentes operadas na Espanha, Alemanha, Áustria e França, por exemplo, tiveram a sensibilidade de incluir dispositivos no intuito de aclarar os poderes-deveres do julgador no exame do material jurídico da causa.

²⁷ Nesse sentido o artigo 10 do Projeto:

“O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício”

²⁸ Acepção fraca de princípio, conforme nos adverte Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 35 e ss.

1.2 DOCTRINA

“O juiz necessita do fato, pois que o direito ele é que o sabe”.²⁹ Essa colocação feita por Calmon de Passos nos seus Comentários ao Código de Processo Civil de 1973 revela com vantagem o estado do desenvolvimento do tema na doutrina processual brasileira. Realmente, a ideia segundo a qual, por conta da máxima *iura novit curia*, o juiz se apresenta como senhor absoluto na *aplicação* do direito aos fatos trazidos a seu exame, não se encontrando, por isso, vinculado à qualificação jurídica da causa feita pelas partes, é posição praticamente unânime entre os nossos processualistas.

Esse entendimento, por exemplo, pode ser claramente percebido na continuação da passagem do eminente jurista baiano na análise do art. 282, III do CPC:

A subsunção do fato à norma é dever do juiz, vale dizer, a categorização jurídica do fato é tarefa do juiz. Se o fato narrado na inicial e o que foi pedido são compatíveis com a categorização jurídica nova, ou com o novo dispositivo de lei invocado, não há porque falar-se em modificação da causa de pedir, ou em inviabilidade do pedido. Essa inviabilidade só ocorre quando as conseqüências derivadas da nova categoria jurídica não podem ser imputadas ao fato narrado na inicial, nem estão contidas no pedido, ou são incompatíveis com ele.

Importante são os fatos que o juiz deve *conhecer* como narrados pelo autor, cumprindo-lhe proceder, mediante a atividade probatória processualmente admissível, a *verificação* dos mesmos, para tê-los ou não como verídicos.

Importante é o pedido, que o juiz deve acolher ou rejeitar como foi ele formulado pelo autor, sem que se lhe permita ir além, ficar aquém ou fora do mesmo, ainda quando lhe seja permitido apenas deferi-lo parcialmente.

A tipificação dos fatos pelo autor é irrelevante, pois se ele categorizou mal, do ponto de vista do direito, os fatos que narrou, pouco importa, pois o juiz conhece o direito e deve categorizá-los com acerto. E se os fatos, corretamente categorizados, autorizam o pedido que foi feito, nenhum prejuízo pode decorrer para o autor do deslize técnico de seu advogado. Inversamente, se categorizou bem e pediu mal, em nada lhe aproveita ter sido exato na categorização dos fatos, pois que o juiz está adstrito ao pedido formulado, sem poder corrigi-lo de ofício.

Donde se ensinar e decidir que o juiz deve aplicar o direito que incidiu independentemente da correta indicação do texto legal que o enuncia.³⁰

Moacyr Amaral Santos, embora diferencie entre fundamento legal e fundamento jurídico, distinção essa que é de suma importância, conforme ao seu tempo se verá, afirma também que “a exposição dos fatos é suficiente para deles o juiz extrair o direito aplicável: *da mihi factum, dabo tibi ius; iura novit curia*”.³¹

Nada obstante aponte igualmente para a distinção entre fundamento legal e fundamento jurídico, Araken de Assis revela pensamento parecido a respeito da aplicação da máxima:

²⁹ Comentários ao código de processo civil, Vol. III, 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 219.

³⁰ Idem, p. 219/220.

³¹ Primeiras linhas de direito processual civil, 2º Vol., 11 ed., São Paulo: Saraiva, 1987, p. 136.

O fundamento legal apontado pelo autor, ou o *nomen iuris* por ele utilizado [...] se ostentam inteiramente irrelevantes na caracterização da *causa petendi*.

Deriva semelhante certeza de antigo e obscuro brocardo – *iura novit curia* –, que atribui exclusivamente ao órgão jurisdicional o dever de joeirar os fatos e encontrar a regra jurídica na qual, supostamente, incidiram. Nessas condições, pondera Arruda Alvim, se mostra lícito ao autor alterar, a qualquer momento, na pendência da demanda, o artigo de lei declinado na inicial, ou, mesmo, ao juiz, acolher a ação se apoiando em lei diversa.³²

Na melhor das hipóteses, uma visão mais alinhada com as mudanças que diferenciam o modo de encarar o processo civil na contemporaneidade daquele existente um século antes alcança se dar conta de que as partes, além de dever aportar os fatos da causa, também podem (e devem) influir no modo de conceber o aspecto jurídico da demanda, muito embora o irreparável alvitre não chegue a infirmar a noção arraigada de que o juiz não está, de qualquer forma, adstrito a encarar juridicamente os fatos postos à sua análise da maneira como faz o autor. A aplicação da máxima *iura novit curia*, nessa perspectiva, igualmente teria o condão de liberar o julgador das considerações feitas pelas partes no enquadramento jurídico do caso e, assim, autorizar-lhe a encontrar a qualificação jurídica que entenda mais pertinente para os fatos trazidos a exame.

Essas ideias são claramente percebidas no pensamento de Cândido Rangel Dinamarco. Com efeito, o respeitável processualista das arcadas bem traduz o entendimento segundo o qual, ainda que as partes possam e mesmo devam fundamentar juridicamente a demanda (“*Fundamentos jurídicos não é o mesmo que fundamentos legais. Jura novit curia*”), o julgador não estará por isso preso a essa qualificação:

Embora integre a causa de pedir e as exigências do inc. III do art. 282 do Código de Processo Civil, a qualificação jurídica dos fatos ou atos não é vinculativa do juiz. Não passa de *mera proposta de enquadramento*, que o juiz acatará ou não. Na fórmula brasileira de correspondência entre a sentença e a *causa petendi*, o que delimita o campo do exercício jurisdicional são somente os fatos e não o sistema normativo invocado pelo autor (teoria da substanciação); mas a proposta de enquadramento em uma categoria jurídico-substancial tem outros efeitos relevantes, inclusive o de determinar a competência.³³

José Rogério Cruz e Tucci, em trabalho inigualável a respeito da causa de pedir, não destoia da mesma linha:

Embora o *nomen iuris* e/ou o fundamento legal porventura invocado pelo autor possa influenciar o raciocínio do julgador, nada obsta, dada a incidência do aforismo *iura novit curia*, a que este requalifique juridicamente a demanda,

³² *Cumulação de ações*, 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 126, apoiando-se em lição de José Manoel Arruda Alvim, *Manual de direito processual civil*, volume I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 235.

³³ *Instituições de Direito Processual Civil*, volume III, 2ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 362.

emoldurando-a em outro dispositivo de lei: o juiz goza de absoluta liberdade, dentro dos limites fáticos aportados no processo, na aplicação do direito, sob o enquadramento jurídico que reputar adequado (art. 126). E isto, certamente, ainda que ambos os litigantes estejam concordes com a tipificação legal deduzida na peça vestibular.³⁴

E continua, afirmando de forma peremptória:

Na verdade, o limite da liberdade do juiz encontra-se naqueles fatos que individualizam a pretensão e que constituem a *causa petendi*: nenhuma qualificação jurídica integra esta e, por via de consequência, nada obsta a livre eleição dos motivos ou normas jurídicas que o agente do Poder Judiciário reputar adequadas: “la calificación jurídica no es competencia del actor sino del Juez, y si el actor la realiza, no es determinante”.³⁵

Mesmo a doutrina mais de vanguarda, que, sob merecidos aplausos, enxerga a possibilidade de se rever a tradicional forma de pensar a máxima *iura novit curia* e, assim, pensar em limites à aplicação do brocardo, não alcança infirmar a noção de que o juiz não está vinculado pela qualificação jurídica da demanda posta pelo autor.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, por exemplo, de início não se contrapõem à linha majoritária:

Nada obstante incumba à parte a iniciativa da demanda e a alegação da causa de pedir e dos fatos de seu interesse, na forma antes exposta, o órgão judicial tem a liberdade de qualificar juridicamente esses fatos e aplicar a norma jurídica que lhe pareça mais conveniente, mesmo que não suscitada pelas partes ou que seja diversa daquela por elas apontada. Trata-se do princípio *iura novit curia* (o juiz conhece o direito), expresso entre nós na regra contida no art. 126, segunda parte.

De tal sorte, nem a aceitação da existência de determinada norma jurídica, nem a investigação de seu sentido e conteúdo, nem a subsunção/concreção jurídica dos fatos introduzidos no processo podem ser impostos pelas partes ao juiz.

Tampouco se mostram relevantes os dispositivos legais invocados pelas partes, a denominação atribuída à causa ou alguma providência pedida pela parte (art. 154). O que importa é o pedido e a causa de pedir.³⁶

Inobstante assim considerem, os dois notáveis processualistas gaúchos fazem advertência que marca uma possível guinada rumo a uma renovada perspectiva a respeito do problema:

Impõe-se destacar, finalmente, que o abandono do Estado Liberal, a complexidade da vida moderna, o papel mais ativo do juiz, dentro da visão de uma democracia participativa e não apenas representativa, determinam um novo alcance do antigo brocardo *da mihi factum, dabo tibi ius* (dá-me o fato, que eu te darei o direito), correlato ao aforismo *iura novit curia*. Por um lado, a formação do material fático deixou de constituir tarefa exclusiva das partes (basta lembrar os poderes instrutórios do juiz, antes abordados). Por outro, devem estas cooperar na valorização jurídica da realidade externa ao processo, pois sempre presente o risco,

³⁴ A causa petendi ..., p. 132.

³⁵ Idem, p. 133, fazendo referência à doutrina de Maria Victoria Berzosa Francos, *Demanda, “causa petendi” y objeto del proceso*, Córdoba: Almendro, 1984, p. 48.

³⁶ *Curso de processo civil*, p. 72.

mesmo em se tratando de direito nacional, de o juiz não ‘descobrir’ a norma jurídica favorável ao litigante, ou de não a interpretar corretamente³⁷

Dentro dessa renovada linha de pensar, ainda, Junior Alexandre Moreira Pinto entende que “com a evolução da ciência processual, modificou-se a aplicação do adágio em questão” e, assim, essa liberdade judicial propugnada pela doutrina não se vê totalmente livre de fronteiras:

Hodiernamente, assim, a regra *iura novit curia* está submetida aos limites do processo civil moderno. Mesmo porque, se a lei processual exigiu do autor não somente a exposição dos fatos, como também o enquadramento jurídico, com sua qualificação, foi porque o legislador percebeu uma importância nesta exigência. E também reside na garantia do contraditório esta imposição legislativa.³⁸

Em que pese essa prodigiosa visão, não escapa o autor do paradigma imposto pela concepção majoritária, embora possa se notar uma certa discordância a respeito:

Não obstante as exigências legais quanto à exposição, por parte do autor, dos fatos constitutivos de seu direito afirmado, e do enquadramento destes fatos na ordem jurídica, não está o juiz vinculado, em nome da ordem pública, a todos os elementos invocados pelo demandante. O relevante é determinar até que ponto se encontra o juiz vinculado às pretensões deduzidas e até mesmo qual o limite de sua vinculação às alegações jurídicas das partes.³⁹

Realmente, essa advertência feita pelo autor ao final do trecho transcrito carece de melhores respostas. Em que pese o fato de que grande parte das posições doutrinárias mencionadas apontem para a total inexistência de vinculação do julgador a respeito da qualificação jurídica da demanda feita pelo autor, parece-nos que há sim limites a serem impostos ao órgão judicial no exercício desse poder. A visão tradicional do conteúdo da máxima *iura novit curia*, quer nos parecer, decorre de uma análise que não consegue se livrar de pressupostos típicos de uma forma de conceber o direito que não mais se coaduna com a realidade do pensamento jurídico contemporâneo. E essa perspectiva já começa a ser trilhada por autores que, de forma aguçada, vislumbram essa patente incompatibilidade, como no caso das duas últimas referências.

Obviamente a crítica carece de um exame mais comezinho. Antes disso, no entanto, cumprimos um último passo dessa etapa inicial pela análise da jurisprudência que se forma nos tribunais brasileiros a respeito do tema.

³⁷ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, *Curso de processo civil*, p. 74.

³⁸ A causa petendi e o contraditório, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 77.

³⁹ Idem, p. 78.

1.3 JURISPRUDÊNCIA

Se essa é a compreensão dada à máxima pela generalidade dos autores dedicados ao estudo do processo civil (ausência de vinculação do julgador a respeito da *quaestio iuris* da causa), já seria de se imaginar que o mesmo entendimento é fartamente colhido nas salas dos tribunais brasileiros. Com efeito, reina total harmonia na jurisprudência pátria a respeito da ausência de limites do julgador na aplicação do aforismo *iura novit curia*.

Nesse sentido, não é difícil encontrar na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça o seguinte entendimento:

A diversidade de fundamento legal invocado pelas partes ou a alteração na qualificação jurídica dos fatos narrados não são determinantes para afastar a identidade entre as ações. Tais fatores não integram a causa de pedir, nem vinculam o magistrado, por força dos princípios *iura novit curia* e da *mihi factum, dabo tibi jus*.⁴⁰

Respeitados os limites da causa de pedir e do pedido, pode o julgador apreciar a questão sob fundamento jurídico diverso do suscitado pelas partes ou pelo magistrado *a quo*, em virtude do princípio do *iura novit curia*.⁴¹

Realmente, do exame de uma plêiade de decisões dessa corte superior, a quem, por expressa designação constitucional (art. 104, III da Constituição da República), incumbe a tarefa de uniformizar a interpretação da legislação federal no país, não foi encontrado qualquer julgado em que a aplicação da máxima *iura novit curia* tenha dado lugar à anulação da decisão recorrida, seja por violação do princípio da demanda, da regra da congruência ou mesmo por ausência de observância do contraditório.

Todos os arestos examinados apontaram para uma única direção: o juiz conhece o direito e por isso é livre na sua aplicação aos fatos da causa. Também assim as seguintes passagens:

Não se caracteriza julgamento alheio à causa de pedir, se a controvérsia, pelas peculiaridades da espécie, permite ao julgador o exame da questão de modo amplo, dentro do princípio de que, fornecidos os fatos, aplica-se o Direito.⁴²

Não há julgamento 'extra petita' quando a sentença aprecia o pedido tomando por base os fatos e as conseqüências jurídicas dele decorrentes deduzidos

⁴⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 1.009.057/SP, rel. Des. convocado Vasco Della Giustina, 3ª Turma, julgado em 27.04.2010, DJe 17.05.2010.

⁴¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, EDcl no REsp 794.037/RS, rel. Min. Massami Uyeda, 4ª Turma, julgado em 12.06.2007, DJ 29.06.2007, p. 636.

⁴² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 142.308/DF, 4ª Turma, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ 27.06.2005.

na inicial, ainda que o faça por novo fundamento legal. Aplicação do princípio *iura novit curia*.⁴³

Não há julgamento *extra petita* quando a parte procura imputar ao réu uma modalidade de culpa e o julgador, diante da prova dos autos, entende caracterizada outra. Na linha de precedente do Tribunal, "em nosso Direito vigora o princípio de que as leis são do conhecimento do juiz, bastando que as partes apresentem-lhe os fatos, não estando o julgador adstrito aos fundamentos legais apontados pelo autor."⁴⁴

Com efeito, dificilmente se poderia esperar que diferente fosse o entendimento esboçado pelo Superior Tribunal de Justiça, principal corte brasileira no que concerne ao tratamento da legislação infraconstitucional. É quase intuitivo que, se a doutrina processual aponta exatamente nesse mesmo sentido, não vislumbrando limites maiores à aplicação da *máxima iura novit curia*, remotas eram as possibilidades de colher nos pronunciamentos do Tribunal posição contrastante.

Nada obstante assim se pronuncie a jurisprudência, tendemos invariavelmente a discordar de seu posicionamento. Isso porque, conforme a nossa percepção, quer sim parecer que existem limites ao poder que usualmente se outorga ao julgador para modificar a qualificação jurídica da causa feita pelo autor. Passaremos a ver mais detalhadamente a partir de agora o porquê desse nosso entendimento dissidente.

⁴³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 814.710/MS, rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, DJ 01.02.2007.

⁴⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 233.446/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, julgado em 27.03.2001, DJ 07.05.2001, p. 145.

2 A ORIGEM DA MÁXIMA: *IURA NOVIT CURIA* COMO PROBLEMA LIGADO À ORGANIZAÇÃO DO FORMALISMO DO PROCESSO ASSIMÉTRICO

O direito, como ciência, como fenômeno que brota da sociedade, reage à sua estrutura, aos seus valores e às suas bandeiras. Trata-se de iniludível manifestação cultural, como de resto o são todas as ciências culturais, assim classificadas em contraposição às ciências naturais ou exatas. Por ser obra exclusiva do homem e fruto de sua construção, responde ao seu modo de pensar e à sua maneira de enxergar o mundo, sofrendo modificações ao longo da história e adaptações segundo o pensamento cultural prevalente em um determinado momento – que não se mantém *ad eternum*, evoluindo, como os seus construtores. Reage o direito – e essa é a ideia – à história, não sendo a ela infenso.⁴⁵

Por isso que se pode surpreender, em cada época, de acordo com cada *modelo* de organização social, uma estrutura jurídica e um modo de pensar o direito diferentes. Essa diversidade de pensamento, com efeito, observa ao longo da história importantes variações, firmes que estão à base de diversas convicções, não raro antagônicas.

O direito processual civil, da mesma forma, por que “não se encontra *in res natura*, é produto do homem e, assim, inevitavelmente, da sua cultura”,⁴⁶ faz ressentir essas mudanças, desenhando-se e estruturando-se de maneira diferente ao longo dos séculos. Realmente, o processo,

tem o seu tecido interno formado pela confluência das idéias, projetos sociais, utopias, interesses econômicos, sociais, políticos e estratégias de poder reinantes em determinada sociedade, com notas específicas de tempo e espaço [...]. A estrutura mesma do processo civil não é moldada pela simples adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado, mas especialmente por escolhas de natureza política, em busca dos *meios* mais adequados e eficientes para a realização dos *valores* que dominam o meio social, estes sim estruturando a vida jurídica de cada povo, de cada nação, de cada estado.⁴⁷

Prova maior disso, por exemplo, pode ser colhida ao se estudar historicamente as formas de organização do formalismo processual, a partir do que se verá, com clareza, que sua estruturação sempre se coloca como espelho de opiniões políticas e sociológicas a um determinado tempo reinantes.⁴⁸ Na esteira dessas ideias vem novamente o pensamento de Carlos Alberto de Oliveira:

⁴⁵ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *A garantia do contraditório*, p. 7.

⁴⁶ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo...*, p. 71.

⁴⁷ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *A garantia do contraditório*, p. 7.

⁴⁸ Uma primorosa análise das formas de organização do formalismo processual, desde praticamente a origem dos tempos, até o direito contemporâneo, pode ser conferida pormenorizadamente na clássica obra de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo...*, *passim*, em especial p. 13/66.

Em panorama mais abrangente, cumpre encarar o problema do formalismo-valorativo na perspectiva do poder estatal, envolvendo, assim, a questão dos limites da soberania, pois a organização do processo, um dos seus aspectos mais importantes, implica indubitável restrição à atividade do estado, nele representado pelo órgão jurisdicional.⁴⁹

E continua o eminente professor gaúcho, líder de escola nesta Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul:

Qualquer reflexão moderna sobre o formalismo processual há de levar em conta suas conexões internas e externas. Nessa perspectiva, mostra-se preciso repensar o problema como um todo, verificar as vertentes políticas, culturais e axiológicas dos fatores condicionantes e determinantes da estruturação e organização do processo, estabelecer enfim os fundamentos do formalismo-valorativo. E isso porque o seu poder ordenador, organizador e coordenador não é oco, vazio ou cego, pois não há formalismo por formalismo.⁵⁰

Daí porque etapa importante de nosso estudo deve ser cumprida examinando-se a origem do aforismo *iura novit curia* e o momento em que ele passou a ser compreendido como o axioma de que o juiz conhece o direito, a partir do que, esperamos, se poderá identificar qual a ideia de direito e, por consequência, de processo civil que lhe subjaz. Imperioso, assim, a análise do modo como funcionava a lógica jurídica, o papel que cumpria ao magistrado na organização do processo civil e os valores sociais vigentes à época de afirmação da máxima, cotejar tudo isso com o atual modelo de organização do processo civil, para, a partir daí, verificarmos se essa estrutura e essa forma de pensar o direito se mantêm nos dias atuais, pelo o que poderemos criticamente verificar se tais pressupostos que autorizam a enunciação do brocardo da forma tradicional ainda permanecem.

Nesse estágio, o estudo cuidará de “apontar a influência da organização da sociedade na distribuição dos poderes processuais entre o juiz e as partes, de demonstrar o papel da lógica jurídica na conformação do formalismo e o valor e a função da ética no processo civil”, identificando, a partir daí, “três possíveis modelos de processo (o processo isonômico, o processo assimétrico e o processo cooperativo), que exsurgem dos elementos trabalhados”.⁵¹

A análise dos pressupostos sociais justifica-se pela constatação de que,

dado o caráter histórico da experiência jurídica, natural que a cada modelo de organização social corresponda um determinado papel atribuído à magistratura. Os poderes e deveres que se acometem ao juiz nessa ou naquela sociedade, portanto, estão inequivocamente atados à organização desse ou daquele agrupamento social.⁵²

⁴⁹ *Do formalismo ...*, p. 67.

⁵⁰ *Idem*, p. 67.

⁵¹ Daniel Mitidiero, *Colaboração...*, p. 17.

⁵² *Idem*, p. 63.

Quanto aos pressupostos lógicos, “a organização do processo no que tange às posições jurídicas daqueles que nele tomam parte vai fortemente marcada pela espécie de lógica de que se serve essa ou aquela experiência histórico-jurídica para resolução de conflitos”.⁵³ Finalmente, os pressupostos éticos mostram que,

ao longo da história do direito processual civil, a preocupação com a ética fora uma constante, manifestando-se de maneira mais aguda precisamente em duas frentes: no problema da articulação da boa-fé e nas relações entre aqueles que participam do juízo e no problema da obtenção da verdade no processo.⁵⁴

Não olvidando do papel desempenhado pela ética no processo ou rebaixando a sua importância, nosso exame será mais acanhado na análise desse último pressuposto, a fim de não nos desviarmos demasiadamente dos objetivos deste trabalho ou estender exageradamente a sua incontornável brevidade, muito embora não se deixe de fazer referências a essa perspectiva.

Assim postas as coisas, “três modelos de organização surgem para análise: o modelo paritário, o modelo hierárquico e o modelo colaborativo”.⁵⁵ A máxima *iura novit curia*, segundo nos parece, identifica-se decisivamente com a estruturação social, lógica e ética de um desses três modelos de organização do processo, conforme veremos.

Principiando pelo modelo de processo isonômico e seu pressuposto social de conformação, a forma paritária de organização da sociedade, identificada com o processo civil grego e com o processo do *ordo iudicarius* medieval italiano, por exemplo, tinha como traço preponderante a igualdade entre o julgador e os demandantes. Caracterizam-se esses períodos, assim, pela indistinção entre o juiz e as partes, época em que o direito não era enxergado como algo pertencente ao Estado ou decorrente da esfera política, sendo um fenômeno anterior ao poder e, por isso, acima tanto do órgão judicial como das partes.⁵⁶

Nessa estrutura, não se imaginava o julgador como alguém dono do conhecimento jurídico ou seu supremo conhecedor, razão pela qual, inclusive, o processo civil grego “tinha como assente uma ideia fundamental absolutamente oposta ao *iura novit curia*: o juiz não era obrigado a conhecer a lei, nem a tê-la em conta para decidir a causa se não alegada e debatida

⁵³ Daniel Mitidiero, *Colaboração...*, p. 78.

⁵⁴ Idem, p. 95.

⁵⁵ Idem, p. 63.

⁵⁶ Idem, p. 65.

pelas partes”.⁵⁷ O traço extra-estatal do *ordo iudiciarius* medieval, da mesma forma, não admitia qualquer intromissão do poder na estruturação do formalismo do processo civil.⁵⁸

Ao juiz, nessa quadra, ante a desconfiança então reinante sobre a sua figura por conta do receio existente a respeito de possíveis arbitrariedades, era outorgado um papel eminentemente passivo e diminuto na direção do procedimento,⁵⁹ cumprindo-lhe, primordialmente, “curar a ordem inerente ao processo desenhado pelo direito natural”, com atividade bastante limitada pela ampla disponibilidade que as partes tinham sobre a *res in iudicium deducta*.⁶⁰

Com um processo estruturado de maneira isonômica, verifica-se um verdadeiro “colóquio judiciário”,⁶¹ a exigir intrinsecamente uma “paritária e recíproca regulamentação do diálogo”,⁶² de modo a permitir que a *problemática* jurídica fosse resolvida não em virtude de uma razão individual, mas como o resultado do juízo como um ato de três pessoas.⁶³

E aqui se identifica o ponto principal: a compreensão do direito como um problema a ser resolvido caso a caso, diante da hipótese concreta de controvérsia; fruto, assim, de uma construção paulatina no dia-a-dia. A racionalidade com que trabalham os juristas medievais é de ordem prática, em que se destaca uma lógica tópico-argumentativa, a ensartar um processo marcadamente dialético de *descoberta do direito*.⁶⁴ Estamos diante do assim designado *iudicium*, em que “era raro que o raciocínio pudesse redundar, como nas demonstrações matemáticas, em uma conclusão impositiva, já que se buscava o direito através das controvérsias e das oposições dialéticas”.⁶⁵

Nesta toada, o processo concebe a experiência jurídica como um fenômeno problemático, de “procedimentos não demonstrativos, mas argumentativos”,⁶⁶ “fartamente influenciado pelas idéias expressas na retórica e na tópica aristotélica”, “concebido e pensado

⁵⁷ Daniel Mitidiero, *Colaboração...*, p. 65.

⁵⁸ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo...*, p. 29 destaca o caráter privado da jurisdição e da finalidade do processo a esse tempo.

⁵⁹ Idem, p. 29.

⁶⁰ Idem, p. 28; Daniel Mitidiero, *op. cit.*, p. 66.

⁶¹ Alessandro Giuliani, *Logica del diritto: b) teoria dell'argomentazione*, Enciclopedia del diritto, vol. XXV, p. 20, *apud* Daniel Mitidiero, *Colaboração...*, p. 79.

⁶² Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *A garantia do contraditório*, p. 8.

⁶³ Eduardo Grasso, *La collaborazione nel processo civile*, Rivista di Diritto Processuale, 1966, p. 580, *apud* Daniel Mitidiero, *op. cit.*, p. 80.

⁶⁴ “Note-se: descoberta do direito, já que esse era um dado extraível dos textos da lei (Antonio Castanheira Neves, *Metodologia jurídica*, p. 86-87; Helmut Coing, *Elementos fundamentais da filosofia do direito*, p. 313)” (Daniel Mitidiero, *op. cit.*, p. 80, nota 15).

⁶⁵ Daniel Mitidiero, *op. cit.* p. 81.

⁶⁶ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *A garantia do contraditório*, p. 9.

como *ars dissedendi* e *ars oponendi et respondendi*⁶⁷, cujo “esteio era precisamente o contraditório” – embora revelasse o princípio “sentido totalmente distinto daquele hoje dominante no cenário jurídico processual”.⁶⁸ Em que pese sua menor elaboração, o contraditório se apresentava como o único método e instrumento para a investigação dialética da verdade provável, “aceito e imposto pela prática judiciária à margem da autoridade estatal, decorrente apenas da elaboração doutrinária, sem qualquer assento em regra escrita”.⁶⁹

Feita essa análise, parece-nos que semelhante maneira de pensar o direito se revela verticalmente incompatível com a *aplicação* da máxima *iura novit curia*: a concepção do direito como um problema, obra de construção dialética e coletiva, que não pertence ao domínio do certo, mas do provável,⁷⁰ impede que se enxergue o juiz como o senhor absoluto do direito aplicável à causa, ainda mais que a própria separação entre fato e direito era estranha aos juristas da época. Impensável, portanto, dentro dessa moldura, imaginar o juiz como aquele que conhece soberanamente o direito e que, portanto, aplica-o ao caso para julgá-lo. O processo civil inserido nessa estrutura social jamais poderia contar com regra semelhante.

A passagem do *iudicium* ao *processus*⁷¹ revela uma ruptura com essa forma de organização, muito embora em fases anteriores já se pudessem constatar modelos processuais de corte assimétrico, a exemplo do processo civil romano da *cognitio extra ordinem*.⁷² A assim chamada “autoridade do príncipe”, que se revela tanto na Idade Imperial romana quanto no Estado Moderno, é marca característica desses períodos, em que o surgimento da ideia de Estado e a conseqüente apropriação do direito pelo poder político verticaliza a relação entre as partes e o juiz, esse último colocado acima daquelas e nomeado como representante do Estado.⁷³ Com efeito, a partir do século XVII,

com a estatização do processo, com a apropriação do *ordo iudiciarius* pelo soberano, pelo príncipe, que passa a reivindicar o monopólio da legislação em matéria processual, tendência incrementada depois pelas idéias do iluminismo e pelo verdadeiro terremoto produzido pela Revolução francesa.⁷⁴

⁶⁷ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *A garantia do contraditório*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 15, 1998, p. 8.

⁶⁸ Idem, p. 8.

⁶⁹ Idem, p. 9.

⁷⁰ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo...*, p. 195.

⁷¹ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *A garantia do contraditório*, p. 9.

⁷² Daniel Mitidiero, *Colaboração...*, p. 66.

⁷³ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo ...*, p. 24, aludindo ao processo romano da época do império, ratifica o afirmado na seguinte passagem: “Os juízes não decidem tendo em conta a tradição do *ius* ou as normas de lei, ou conforme as providências estabelecidas pelo Pretor, mas sim em virtude de seu poder ilimitado, que deriva do imperador”.

⁷⁴ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *A garantia do contraditório*, p. 9.

Identifica-se, aí, a “substituição dos direitos costumeiros medievais pelo direito produzido exclusivamente pelo Estado, inicialmente pelos monarcas, depois pelo Poder Legislativo”.⁷⁵ “A intromissão estatal no processo judicial vem a se refletir nos poderes do juiz e o novo *ordo* apresenta um caráter ‘assimétrico’, privilegiando a posição da autoridade em face dos cidadãos”.⁷⁶

O juiz, nesse modelo, colocava-se como senhor do processo, ganhando amplos poderes (o que reflete na correspondente diminuição dos poderes das partes) e assumindo a sua condução. A diminuição do formalismo colabora para o aumento do arbítrio.⁷⁷ O princípio inquisitório ou dispositivo em sentido formal atua fortemente, o que se revela pela constatação de que o magistrado tinha participação plena na formação da prova, autorizado a ordenar a sua produção de ofício.

Do ponto de vista da lógica que subjaz ao modelo assimétrico, a virada é total. “À passagem do *ordo iudiciarius* isonômico ao *processus* assimétrico, com efeito, confluíram elementos culturais, políticos e ideológicos que imprimiram uma nova feição ao jurídico, tendo imediato reflexo na concepção do processo civil”.⁷⁸ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira percebe com maestria a guinada de direção:

A mudança de perspectiva, introduzida pela lógica de Pierre de la Ramée (século XVI), já antecipa uma alteração de rumo que busca incorporar ao direito os métodos próprios da ciência da natureza, um pensamento orientado pelo sistema, em busca de uma verdade menos provável, com aspirações de certeza.⁷⁹

Constata a doutrina que

se o direito medieval servia-se da dialética, campo do discurso argumentativo do provável, o Direito moderno alçou mão, para estruturação da ‘ciência’ jurídica, da lógica apodítica que trabalha com a demonstração da verdade. O direito deixa de ser um problema que o jurista tem de resolver, trabalhando em um esquema sujeito-sujeito, *para ser um objeto que o operador do direito tem de conhecer* [grifo nosso], compreendido numa relação sujeito objeto: passa-se de uma racionalidade prática a uma racionalidade teórica, notadamente na sua expressão de positivismo jurídico, ocorrendo uma verdadeira geometrização do jurídico, já que o protótipo do conhecimento, dentro desse peculiar ambiente, passa a ser a matemática.⁸⁰

Nesse contexto, “a geometrização do direito” recomendava que “os juristas práticos abandonassem o exame dos casos concretos, dada a extrema complexidade de que eles se revestem, a tornar impossível sistematizá-los, subordinando-os a ‘regras gerais’”. Não haveria

⁷⁵ Ovídio Araújo Baptista da Silva, *Processo e ideologia*, p. 35.

⁷⁶ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo ...*, p. 164.

⁷⁷ *Idem*, p. 24.

⁷⁸ Daniel Mitidiero, *Colaboração...*, p. 83.

⁷⁹ *A garantia do contraditório*, p. 9.

⁸⁰ Daniel Mitidiero, *op. cit.*, p. 84.

remédio outro senão “renunciar à sabedoria da experiência” em busca de uma sonhada “integridade material”,⁸¹ empresa que, face à sua patente impossibilidade de conciliação com a natureza intrínseca e problemática do pensamento jurídico, muito mais complexa do que possam imaginar modelos pré-concebidos de solução, jamais cumpriu seu objetivo.

Decorre, mesmo assim, que o direito deixa paulatinamente de ser um produto do diálogo, com soluções construídas de maneira dialética no processo, para ser um dado posto, de conhecimento simplificado e organizado de maneira conceitual, seguindo uma lógica demonstrativa, transformando o juízo num exercício matemático de subsunção de premissas menores fáticas em premissas maiores normativas, daí decorrendo a conclusão. *Aplicação* do direito ao caso em vez de *construção* do direito a partir do caso. Fácil perceber que esse “deslocamento do substrato lógico”⁸² do processo submete o direito a uma espécie de domesticação, “tornando-o tão certo como o resultado de uma equação algébrica”.⁸³ Tem-se, dessa forma, a introdução de “um paradigma que só recentemente passou a ser posto em cheque”.⁸⁴

Se o direito deixa de ser o resultado do “colóquio judiciário” para passar a ser a expressão da vontade do soberano (ou do “povo”, quando a fonte do direito se desloca para o Poder Legislativo), expressada por normas legais, não há mais razão para se falar em dialética como forma de descoberta do direito, que já é um dado pré-concebido e deve ser de *conhecimento* daquele que o aplica; no caso, o magistrado. O processo perde a sua dimensão retórica,⁸⁵ apoucando-se o “papel da dialética, das *opiniões das partes* [grifo nosso] a respeito da *res in iudicium deducta*, já que o resultado do processo será fruto de um silogismo judiciário, pensado solitariamente”.⁸⁶ As ideias de atuação da vontade concreta da lei, próprias da concepção chiovendiana da jurisdição, como de resto de toda a escola histórico-dogmática do processo, ligam-se a essa forma de conceber o direito. No modelo assimétrico, “o juiz converte-se em um sujeito *super partes*, vértice do discurso judiciário”.⁸⁷

Como já se disse antes, a origem da máxima *iura novit curia* é incerta.⁸⁸ Nada obstante assim seja, parece realmente que se pode vincular a essa época e a esse modelo de estruturação do processo a “valorização máxima dos aforismos *iura novit curia* e *da mihi factum, dabo tibi ius*, a sugerir a interpretação jurídica como algo atinente tão-somente ao

⁸¹ Ovídio Araújo Baptista da Silva, *Processo e ideologia*, p. 38.

⁸² Daniel Mitidiero, *Colaboração...*, p. 84.

⁸³ Idem, p. 86.

⁸⁴ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo ...*, p. 164.

⁸⁵ Idem, *ibidem*.

⁸⁶ Daniel Mitidiero, *op. cit.*, p. 89.

⁸⁷ Idem, p. 90.

⁸⁸ Fritz Baur, *Da importância...*, p. 169.

Estado”.⁸⁹ Não a toa se refere que a ideia de que “o juiz conhece o direito” e, por isso, é totalmente livre na escolha do fundamento jurídico a *aplicar* para a resolução da controvérsia “custou a se fixar nos sistemas jurídicos ocidentais, tornando-se operante apenas no século XIV, porquanto na especulação medieval a questão de direito não pertencia ao domínio do certo, mas do provável”.⁹⁰ A máxima – parece lícito afirmar – identifica-se plenamente com as características de um modelo assimétrico de organização do processo. Com efeito, apenas tendo em conta os pressupostos sociais e lógicos que informavam essa estrutura é que se poderia imaginar a consagração de um pensamento de semelhante arbitrariedade, que valorize ao máximo “a disquisição ou o juízo sobre o fato, como totalmente divorciados do juízo de direito”⁹¹ – aquele sob o controle das partes, esse sob o domínio absoluto do juiz. Trata-se de artificialismo indisfarçado, como de resto ocorria com boa parte das facetas do pensamento jurídico desse período.

Cabe indagar, portanto, se esse modelo ainda corresponde à estruturação do processo contemporâneo; investigar se subsistem os seus traços característicos que autorizavam a imposição da máxima como um “princípio” inerente e de ampla aplicação ao processo civil.

Enxergando a história do processo civil a partir de diversas perspectivas – de um lado alçando mão da lente da organização de seu formalismo processual (em que podemos identificar um formalismo de corte isonômico, assimétrico ou, como agora veremos, cooperativo), de outro, examinando-o a partir de suas fases metodológicas (donde distinguimos entre as fases do praxismo, do processualismo, do instrumentalismo e, agora, do formalismo-valorativo⁹²) –, notamos que o processo civil contemporâneo vai estruturado a partir de pressupostos sociais, lógicos e éticos um tanto diversos; da mesma forma, é manejado a partir de um método de trabalho assaz diferente daquele empregado na experiência processual do final do século XIX e meados do século XX que viu nascer essa forma usual de compreender a aplicação da máxima *iura novit curia*.⁹³ Não se pode, à luz das conquistas alcançadas, colocar esses dois períodos, que partem de concepções diversas, numa

⁸⁹ Daniel Mitidiero, *Colaboração...*, p. 90, que remete à lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *A garantia do contraditório*, p. 13/15.

⁹⁰ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo ...*, p. 195.

⁹¹ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *A garantia do contraditório*, p. 13.

⁹² Para uma noção completa mais completa dessa evolução, ver Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, *Curso...*, p. 12/19.

⁹³ Conforme a advertência feita por Daniel Mitidiero (*op. cit.*, p. 18), trabalhamos com modelos de processo ideais, que obviamente não se captam de maneira pura na realidade, um tanto mais complexa. Nada obstante essa constatação, nada impede a que se identifiquem traços peculiares do processo civil contemporâneo que permitem diferenciá-lo de momentos anteriores.

mesma escala. O processo civil contemporâneo bebe de outras fontes: o método é o do *formalismo-valorativo*;⁹⁴ a sua organização, é de tipo cooperativa.⁹⁵

O processo civil de corte cooperativo ou colaboracional, estruturado a partir de outras bases, não ignora a distinção entre sociedade, indivíduo e Estado, mas organiza essas relações de maneira bastante diversa daquela de que se valia o Estado Moderno.⁹⁶ O Estado Constitucional de Direito atual tem por base uma sociedade que “pode ser considerada ela mesma um empreendimento de cooperação entre os seus membros em vista da obtenção de proveito mútuo [...], um verdadeiro ‘Estado Constitucional Cooperativo’”.⁹⁷

Sob o influxo desses valores, “o juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na condução do processo e assimétrico no quando da decisão das questões processuais e materiais da causa. Desempenha duplo papel, pois ocupa dupla posição: paritário no diálogo, assimétrico na decisão”, com o que se busca equilibrar forças na organização do formalismo processual, resultado da empresa de uma verdadeira comunidade de trabalho.⁹⁸

A isonomia encontra assento na medida em que, nada obstante na condução do processo se alce a uma posição ativa, o juiz dialoga com as partes, colhendo suas impressões a respeito dos caminhos a serem percorridos no processo, possibilitando amplamente a sua participação e influência nas decisões.⁹⁹ É evidente, aqui, a importância e o alcance do papel exercido pelo contraditório, que ultrapassa o simples momento inicial de contraposição à demanda para constituir um atributo inerente a todos os momentos relevantes do processo.¹⁰⁰

A assimetria se destaca nos momentos das decisões, que, embora guardem o dever de serem justas e “gestionadas em um ambiente democrático”, são impostas pelo Estado-juiz em razão da inerente imperatividade da atividade jurisdicional.¹⁰¹ Não se perde a noção, assim, de que o juiz é um agente político do Estado, portador de seu poder.¹⁰²

⁹⁴ Seguindo nosso esquema de trabalho, não faremos uma abordagem do problema a partir da perspectiva metodológica do processo, muito embora não se escape desse enfoque na análise dos pressupostos lógicos de seu modelo de estruturação. Para uma compreensão da nova fase metodológica do processo civil, ver a obra seminal de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo...*, *passim*, a partir da qual se identificou uma verdadeira escola própria de processo civil com núcleo nesta Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob a direção e orientação do Prof. Carlos Alberto.

⁹⁵ Daniel Mitidiero, *Colaboração...*, *passim*.

⁹⁶ Idem, p. 71.

⁹⁷ Daniel Mitidiero, *op. cit.*, p. 71/72, que faz referência a Peter Häberle, *Estado constitucional cooperativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, *passim*.

⁹⁸ Idem, p. 73, com referências a Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (*Poderes do juiz*, p. 62) e a José Lebre de Freitas (*Introdução ao processo civil*, Coimbra: Coimbra ed., 1996, p. 153).

⁹⁹ Daniel Mitidiero, *op. cit.*, p. 73.

¹⁰⁰ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *A garantia do contraditório*, p. 10.

¹⁰¹ Daniel Mitidiero, *op. cit.*, p. 76/77.

¹⁰² Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *A garantia do contraditório*, p. 12.

Do ponto de vista da lógica que subjaz ao modelo cooperativo, uma linha de inflexão começa a ganhar corpo a partir do quadro de renovação dos estudos de dialética jurídica na segunda metade do século XIX, sobretudo com a obra de Theodor Viehweg.¹⁰³ Tem-se, assim, uma verdadeira retomada do sentido problemático do direito e o resgate da antiga dimensão retórica e dialética do processo,¹⁰⁴ após o atropelamento do caráter argumentativo do discurso jurídico sofrido com o advento do Estado Moderno e o definitivo estabelecimento de uma lógica apodíctico-demonstrativa. O direito dá uma guinada em busca de outra direção, em um movimento de reaproximação a uma forma de compreensão mais consentânea com a “epistemologia das ciências culturais”.¹⁰⁵ Deixa de ser, assim, um exercício de mera subsunção, como se de ciência exata se tratasse, para (voltar a) ser um trabalho de identificação de casos individuais, de comparação de suas semelhanças e diferenças, caracterizando a sua filiação ao raciocínio analógico, e não meramente lógico-subsumtivo. “Derecho es la correspondencia de ‘deber ser’ y ‘ser’; se dice que ‘ser’ y ‘deber ser’ en el derecho no son identicos ni diferentes, son análogos”.¹⁰⁶

Na esteira dessas novas concepções, ressaí uma diferente estruturação do processo. É evidente que,

o emprego de lógicas mais adequadas à especificidade do fenômeno jurídico e o freqüente emprego de princípios, conceitos jurídicos indeterminados e juízos de equidade, em detrimento de uma visão puramente formalista na aplicação do direito, haveria obviamente de se refletir no processo.¹⁰⁷

Temos, portanto, em função de um novo tipo de organização social e de uma nova maneira de conceber o fenômeno jurídico, uma diferente organização do formalismo processual.

Não se quer dizer, como referido antes, que a ideia de cooperação implique o restabelecimento do caráter puramente isonômico do processo; antes disso, representa a busca de um ponto de equilíbrio, uma tentativa de inserir o processo na modernidade líquida, de modo a que se legitime uma jurisdição exercida mediante uma mais acabada e desenvolvida comunicação entre os atores do processo.¹⁰⁸

¹⁰³ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo ...*, p. 164, fazendo referência à importantíssima obra *Topik und Jurisprudenz* do jus-filósofo alemão, cuja primeira edição data de 1953. Referências são feitas igualmente às obras de Chaïm Perelman (*Tratado da argumentação jurídica*) e Alessandro Giuliani (*Il concetto di prova – contributo alla logica giuridica*).

¹⁰⁴ Idem, p. 164.

¹⁰⁵ Ovídio Araújo Baptista, *Epistemologia das ciências culturais*, Porto Alegre: Verbo jurídico, 2009, *passim*.

¹⁰⁶ Arthur Kaufman, *Analogia y naturaleza de la cosa*, p. 58, *apud* Ovídio Araújo Baptista, *op. cit.*, p. 122.

¹⁰⁷ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *op. cit.*, p. 165.

¹⁰⁸ Idem, p. 165/166.

Nesse ambiente, recuperado o valor essencial do diálogo judicial na conformação do juízo, frutifica-se a cooperação das partes para com o órgão judicial e destes para com as partes. Trabalha-se, assim, em ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização jurídica da causa.¹⁰⁹ E aqui o que mais nos interessa: verifica-se um incremento dos “poderes das partes a respeito da valoração do material jurídico da causa”,¹¹⁰ em decorrência da permanente comunicação entre juízos históricos e valorizações jurídicas capazes de serem empregados convenientemente na decisão.¹¹¹

Com efeito, “entendimento contrário padeceria de vício dogmático e positivista, mormente porque a interpretação da *regula iuris*, no mundo moderno, só pode nascer de uma compreensão integrada entre o sujeito e a norma, geralmente não unívoca, com forte carga de subjetividade”.¹¹²

Dentro desse quadro, cabe indagar se permanece adequado enxergar na dicção *iura novit curia* o princípio de que o juiz conhece o direito e, assim, é soberano na sua *aplicação*, quando não mais se trata de *aplicação* do direito ao caso como forma de resolução da controvérsia, mas sim de *reconstrução* normativa no âmbito do processo e trabalho conjunto na resolução do problema representado pela demanda.

A esse respeito, assim leciona Daniel Mitidiero:

No que tange especificamente ao problema da aplicação do direito no processo, cumpre submeter a uma revisão crítica os brocardos *Da mihi factum, dado tibi ius* e *Iura novit curia*, próprios de um processo assimétrico, alimentado por uma lógica apodíctico mecanicista acerca do que é o direito.¹¹³

E continua:

Começemos pelo *Da mihi factum, dado tibi ius*. Duas ideias centrais podem aí ser identificadas: às partes pertence o domínio sobre os fatos (sobre as questões de fato), ao passo que ao órgão jurisdicional toca a senhoria a respeito do direito (isto é, daquilo que comumente os juristas chamam de questão de direito). Essa segunda proposição ganha contornos ainda mais claros quando se conjuga ao primeiro brocardo o segundo, cuja ideia central está em que o juiz conhece o direito (*iura novit curia*), sendo tão-somente sua a função de valorar juridicamente os fatos alegados pelas partes.¹¹⁴

Nesse sentido, “a rigorosa aplicação de ambos os aforismos pressupõe uma impraticável [...] dicotomia entre questão de fato/questão de direito, a demarcar precisamente o que pertence a

¹⁰⁹ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo ...*, p. 165.

¹¹⁰ Daniel Mitidiero, *Colaboração...*, p. 91.

¹¹¹ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *op. cit.*, p. 166.

¹¹² *Idem*, p. 166.

¹¹³ *Op. cit.*, p. 92.

¹¹⁴ *Idem*, *Ibidem*.

uma e outra esfera, empresa fadada a desembarcar irremediavelmente em um indisfarçável artificialismo”.¹¹⁵

De outro lado,

pressupondo o direito ao contraditório como direito a participar do processo, a influir positivamente sobre o convencimento judicial, tem-se entendido que as partes têm o direito de se pronunciar também sobre a valoração jurídica da causa, tendo o juiz o dever de submeter ao diálogo a sua visão jurídica das questões postas em juízo. Objetiva-se, assim, evitar decisões que apanhem de surpresa as partes, havendo aí evidente concretização da cooperação no processo pela mão do dever de consulta às partes que toca ao órgão jurisdicional inerente à construção de um processo civil pautado pela colaboração.¹¹⁶

Disso conclui que

a relativização do brocardo *iura novit curia* só tem sentido se passarmos a compreender o direito não mais como algo totalmente pré-dado pela legislação, consoante já se pretendeu, por exemplo, com o positivismo legal racionalista. Vale dizer: só tem sentido se o assumirmos como um problema para cuja solução pode pesar o aporte argumentativo que as partes levam ao processo (no fundo, passasse de um processo caracterizado por um solilóquio judicial para um processo entendido antes de tudo como um colóquio de todos aqueles que nele tomam parte). E essa constatação decorre do abandono de uma lógica apodíctica, reconhecendo-se o direito cada vez mais como *juris prudentia* e não somente como *scientia juris*.¹¹⁷

Da mesma forma, Carlo Alberto Alvaro de Oliveira:

Exatamente em face dessa realidade, cada vez mais presente na rica e conturbada sociedade de nossos tempos, em permanente mudança, ostenta-se inadequada a investigação solitária do órgão judicial. Ainda mais que o monólogo apouca necessariamente a perspectiva do observados 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 ponderado. A faculdade concedida aos litigantes de pronunciar-se e intervir ativamente no processo impede, outrossim, sujeitem-se passivamente à definição jurídica ou fática da causa efetuada pelo órgão judicial.¹¹⁸

Sob a ótica de um processo de corte cooperativo, portanto, não subsiste a conclusão de que, por força do adágio *iura novit curia*, o juiz detenha o controle absoluto no exame da *questão de direito* da demanda. É certo que, nessa tarefa, o magistrado não está livre ao menos da *influência* ocasionada pela fundamentação jurídica esboçada pela partes a respeito da controvérsia, devendo com elas dialogar sobre a construção da solução jurídica para o caso posto a seu exame.

¹¹⁵ Daniel Mitidiero, *Colaboração...*, p. 92/93, com referência a Danilo Knijnik (*O recurso especial ...*, p. 13 e ss) e a Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *A garantia do contraditório*.

¹¹⁶ Idem, p. 93, com referência a Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *op. cit.*

¹¹⁷ Idem, p. 94, com referência a Karl Larenz (*Metodologia da ciência do direito*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 34) e a Castanheira Neves (*Metodologia jurídica*, p. 155 e ss.).

¹¹⁸ *Do formalismo ...*, p. 167.

A partir daí, parece-nos que já poderíamos começar a questionar a tradicional forma de compreensão do nosso brocardo. Mas poderíamos já falar em vinculação do magistrado à qualificação jurídica traçada pelo autor na formulação da demanda? Ainda não temos elementos suficientes para responder a essa indagação. Prossigamos, pois

3 OBJETO DA MÁXIMA: A CAUSA DE PEDIR

Como já tivemos o ensejo de referir, entendemos que aplicação da máxima está diretamente relacionada à problemática da causa de pedir. Isso porque, ao se entender que por força do brocardo *iura novit curia* “el juez es libre para decidir la norma jurídica que, a su juicio, proporciona la solución al litigio planteado, sin que las partes del proceso posean capacidad alguna para incidir en esa decisión, debido a que el juez conoce el Derecho”,¹¹⁹ parece-nos que há direta interferência em um dos elementos que compõem a causa de pedir no direito brasileiro, qual seja, o fundamento jurídico da demanda (ou causa próxima).

Com efeito, o nosso ordenamento processual busca resolver a questão atinente à identidade entre demandas pela comparação de seus elementos (art. 301, §2º, CPC). A solução não é nova. Buscou-a Alfredo Buzaid, autor do Código de Processo Civil de 1973, nas lições de Giuseppe Chiovenda, por quem mantinha notória e profunda admiração¹²⁰ – já não sem merecimento – que por sua vez, como era próprio de sua escola,¹²¹ inspirou-se na tradição do direito romano clássico.¹²² Para o mestre italiano, “toda a ação resulta de três elementos”, sendo essa análise “da máxima importância para a doutrina da identificação das ações e para todas as doutrinas que dela se desenvolvem (coisa julgada, litispendência, novidade da demanda, poderes do juiz)”.¹²³ São esses elementos: as partes, a causa de pedir e o pedido. Dentre os três componentes, certamente o mais delicado e problemático¹²⁴ é aquele ligado à *causa petendi*.

A causa de pedir, ademais, também está relacionada à problemática dos limites objetivos da demanda. Referimo-nos aqui ao que os processualistas costumam designar por mérito da causa, também representado em sinonímia pelas expressões “lide, *res in iudicium deducta*, fundo do litígio, objeto do processo, objeto litigioso do processo”.¹²⁵ Nesse sentido, a história da evolução do conceito de objeto litigioso do processo e todo o vivo debate que o

¹¹⁹ Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, *Iura novit curia y aplicación judicial del derecho*, Valladolid: Lex Nova, 2000, p. 24.

¹²⁰ Prova maior disso é o texto elaborado pelo processualista brasileiro em homenagem a Chiovenda, o qual pode ser conferido a partir da 2ª edição (Saraiva, 1965) das *Instituições de direito processual civil* do mestre italiano, servindo-lhe de introdução.

¹²¹ Daniel Mitidiero, *O processualismo ...*, p. 171.

¹²² José Ignacio Botelho de Mesquita, *A ‘causa petendi’ nas ações reivindicatórias*, Revista da Ajuris, n. 20, 1980, p.167.

¹²³ Giuseppe Chiovenda, *Instituições de Direito Processual Civil*, 1º volume, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1965, p. 31.

¹²⁴ Idem, ibidem. Araken de Assis, *Cumulação ...*, p. 122. José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi ...*, p. 9.

¹²⁵ Kazuo Watanabe, *Da cognição no processo civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 72.

tema provocou na doutrina alemã,¹²⁶ de notória importância para o processo civil,¹²⁷ são decisivos para mostrar que não mais se discute o fato de que o mérito da causa vai delimitado pela causa de pedir e pelo pedido, como selado por Walter Habscheid.¹²⁸

Muito embora os ensinamentos anteriores de Karl Heinz Schwab (que identifica o objeto litigioso apenas com o pedido) sejam de ampla aceitação no Brasil, o que é devido sobretudo à acolhida de Enrico Tullio Liebman à doutrina do autor germânico,¹²⁹ é certo que para o direito brasileiro a definição de mérito da causa não prescinde da noção de causa de pedir.¹³⁰ Essa constatação decorre, como já falamos, até mesmo da análise do direito positivo pátrio (art. 301, §2º, CPC).¹³¹ Releva saber, portanto, se a modificação da causa de pedir pode determinar uma alteração da própria demanda. Em especial: queremos verificar qual a influência que o fundamento jurídico, um dos elementos da causa de pedir, tem na identificação de demandas. Essa a justificativa para um exame especial da questão.

Feitas essas observações, resta-nos ver agora um pouco mais demoradamente o tratamento dogmático que o direito processual civil dispensa à causa de pedir, o que passa pela análise de seus conceitos básicos e das teorias formuladas na tentativa de explicar melhor esse fenômeno, bem como das funções que esse elemento exerce no âmbito do processo. Tal enfoque nos permitirá uma análise mais aperfeiçoada sobre as repercussões que a aplicação do

¹²⁶ Refere Karl Heinz Schwab que as especulações acerca do tema corresponderam muito mais a uma necessidade de ordem prática, derivada da premência de demarcação exata dos lindes do litígio das partes, do que do intuito de proceder a uma laboriosa confecção de um conceito sutil e preciso (*apud* Araken de Assis, *Cumulação* ..., p. 94). Para uma análise da evolução da doutrina alemã acerca do conceito, veja-se José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi* ..., p. 77/92; Araken de Assis, *Cumulação* ..., p. 92/109; Junior Alexandre Moreira Pinto, *A causa petendi* ..., p. 22/34.

¹²⁷ Acerca da importância do tema, sobretudo dentro da perspectiva do formalismo-valorativo e com enfoque no modelo cooperativo de processo, consultar a obra de Daniel Mitidiero, *Colaboração* ..., p.105/116. Ressalte-se, ademais, que ao falar-se em objeto litigioso do processo fazemos referência ao mérito da causa. Com efeito, “os autores de língua alemã costumam designar o mérito da causa como o objeto litigioso do processo [...]; os autores italianos clássicos, de seu turno, preferem travar o debate a respeito do mérito da causa a partir do conceito de lide [...], de certo modo abandonado por parcela significativa da doutrina italiana contemporânea, que prefere se referir ao mérito como o *‘diritto sostanziale fatto valere in giudizio’* (...)” (Daniel Mitidiero, *op. cit.*, p. 105/106, nota de rodapé n. 2).

¹²⁸ Assim, Daniel Mitidiero, *op. cit.*, p. 106, nota de rodapé n. 2 e Junior Alexandre Moreira Pinto, *A causa petendi* ..., p. 33. Apesar de reconhecer o mérito do processualista alemão em afirmar que também o fundamento do pedido compõe o objeto litigioso do processo, Elio Fazzalari, com razão, critica a concepção de Habscheid no sentido de que o fundamento constitua não a *causa petendi*, senão que o “episódio da vida” narrado (Elio Fazzalari, *Note in tema di diritto e processo*, Milano: Giuffrè, 1957, p. 120).

¹²⁹ Assim, Daniel Mitidiero, *op. cit.*, nota de rodapé n. 2 e Junior Alexandre Moreira Pinto, *A causa petendi* ..., p. 33.

¹³⁰ São as observações de Araken de Assis, *op. cit.*, p. 94. Da mesma forma, José Ignacio Botelho de Mesquita, *A ‘causa petendi’* ..., p.167/168, para quem “no atual estágio da concepção da ação como direito autônomo, não pode padecer dúvida alguma que a matéria a ser identificada seja *objeto do processo* constituído pela *causa petendi* e pelo *petitum* (...). *Causa petendi* e *petitum* (...) são por excelência os elementos identificadores do objeto do processo”.

¹³¹ Como refere Araken de Assis, *op. cit.*, p. 104, para quem a tese de Schwab mostra-se “inconciliável, totalmente, à disciplina legal vigente no direito brasileiro” e àquela do direito germânico.

nosso brocardo poderá ter nesse elemento da demanda e, assim, em todo o objeto litigioso do processo.

3.1 CONCEITO E FUNÇÃO

Embora não se ignore a advertência que nos é feita no sentido de ser “tarefa praticamente impossível emitir um conceito unívoco e abrangente de causa de pedir”,¹³² estando a doutrina longe da unanimidade quanto ao assunto,¹³³ é preciso que se faça uma aproximação das tentativas de conceituar o instituto. É possível dizer, nessa análise, que por *causa petendi* entende-se a razão ou o fundamento pelo qual o autor almeja determinado bem da vida perante o adversário, o motivo para pedir o que pede.¹³⁴ Exatamente “neste ‘motivo’ pulsa a causa de pedir”.¹³⁵

O alvitre, no entanto, não soluciona satisfatoriamente a questão. Isso porque as discordâncias pululam com grande ressonância quando se indaga a respeito do conteúdo básico da causa de pedir, isto é, dos elementos mínimos que devem integrá-la.¹³⁶ Tanto assim que afirma José Ignacio Botelho de Mesquita que

a *causa petendi* (...) pela dificuldade que oferece à determinação do seu conteúdo, tornou-se um dos pontos mais delicados do direito processual, e isto por se achar no âmago do tema comumente designado por identificação das ações, do qual dependem decisivamente vários institutos processuais.¹³⁷

A esse respeito, tratando ainda de seu conceito, Giuseppe Chiovenda refere que a *causa petendi* resulta de todos os seguintes elementos: “a) a afirmação da existência de uma relação jurídica; b) a afirmação da existência do fato particular que, no âmbito daquela relação jurídica, dá origem ao direito particular invocado; c) a afirmação da existência do fato de que decorre o interesse de agir”.¹³⁸ José Rogério Cruz e Tucci, de seu turno, indica que “em época

¹³² José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi...*, p. 17.

¹³³ Mariana França Gouveia, *A causa de pedir na acção declarativa*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 57/58 nos ensina que “tradicionalmente são definidos três grupos de noções de causa de pedir. Um primeiro identifica a causa de pedir com a qualificação jurídica dos factos. Um segundo entende que a causa de pedir é constituída pelo conjunto de factos naturais ou não qualificados. E um terceiro vê a causa de pedir como o acervo dos factos constitutivos do direito ou dos elementos das várias previsões normativas”, chamando ainda a atenção para uma divisão anterior da doutrina portuguesa, que pode ser separada entre os defensores de uma teoria monista acerca do conceito de causa de pedir, os quais a definem na maneira como exposto, e daqueles que entendem existir uma pluralidade de noções, variando o conteúdo do conceito consoante o instituto em causa.

¹³⁴ Giuseppe Chiovenda, *Instituições...*, 1º volume, p. 358. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, *Iura novit curia...*, p. 41

¹³⁵ Araken de Assis, *Cumulação ...5*, p. 122

¹³⁶ Junior Alexandre Moreira Pinto, *A causa petendi ...*, p. 18.

¹³⁷ A ‘*causa petendi*’ ..., p.168.

¹³⁸ *Instituições...*, 1º volume, p. 359.

mais recente, acompanhando a evolução da ciência processual, *causa petendi* é a locução que indica o fato ou conjunto de fatos que serve para fundamentar a pretensão (processual) do demandante: *ex facto oritur ius* – o fato gera o direito e impõe um juízo”.¹³⁹ Da mesma forma, Marco Tullio Zanzucchi, indicando que “la *causa petendi* dunque, è quel fatto o complesso di fatti che è necessario e sufficiente a dare la ragione della mia pretesa”.¹⁴⁰

As funções da causa de pedir no processo civil, de outro lado, são múltiplas, mas, aqui, duas merecem destaque em principal: de um lado, como já referimos, tendo em conta a teoria dos *tria eadem*,¹⁴¹ a causa de pedir coloca-se como um dos elementos individualizadores da demanda,¹⁴² ao lado da identidade das partes e do pedido, sendo de importância fundamental para definir os limites da pretensão.¹⁴³ De outro, no quadro de constitucionalidade que envolve o direito brasileiro, e, como não poderia deixar de ser, o direito processual, a causa de pedir viabiliza a “efetiva possibilidade do réu se defender das alegações deduzidas pelo autor”,¹⁴⁴ no que está amplamente relacionada com o direito ao contraditório, pedra de toque do processo civil no Estado Constitucional e, pois, dentro da metodologia do formalismo-valorativo.¹⁴⁵

Esse duplo papel desempenhado pela causa de pedir é que a aproxima da problemática relacionada à máxima *iura novit curia*, uma vez que tem especial importância verificar de que maneira e em que medida a causa de pedir, como elemento de individualização de uma demanda, possibilita a diferenciação de um litígio em relação a outros. Isto é: a partir de que ponto podemos dizer que a modificação de alguns elementos que compõem a causa de pedir traduz, como consequência, a alteração da própria demanda? Resta saber, ainda, qual a influência do ingrediente jurídico da causa de pedir na delimitação da demanda. A duas, é importante verificar o modo pelo qual a alteração da qualificação jurídica da demanda faz ressentir efeitos no direito ao fundamental ao contraditório. A respeito dessa questão, é evidente que cabe ao julgador verificar se a modificação de qualquer elemento da

¹³⁹ A causa petendi ..., p. 18.

¹⁴⁰ *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, Milano: Società Editrice Libreria, 1916, p. 336.

¹⁴¹ Cujá gênese remonta ao período clássico do direito romano, momento em que a jurisprudência “passou a elaborar uma série de critérios que permitissem estabelecer se existia ou não *eadem res*, vale dizer, nova demanda” (José Rogério Cruz e Tucci, *op. cit.*, p. 30).

¹⁴² Constituindo, dentre eles, “o mais complicado e problemático” (Araken de Assis, *Cumulação ...*, p. 122; José Rogério Cruz e Tucci, *op. cit.*, p. 9).

¹⁴³ José Rogério Cruz e Tucci, *op. cit.*, p. 18.

¹⁴⁴ Junior Alexandre Moreira Pinto, *A causa petendi...*, p. 15. Nos informa o autor, ademais, que justamente ao enxergar na causa de pedir a função não apenas de individualização da demanda, mas também de ferramenta para possibilitar a defesa do réu, Walter Habscheid incluiu-a como elemento do objeto do processo, ao lado do pedido (*op. cit.*, p. 32).

¹⁴⁵ Sobre o papel do contraditório na metodologia do formalismo-valorativo, veja-se Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *A garantia do contraditório*, *passim*.

demanda – no que nos interessa, verificar se a modificação de um dos elementos da causa de pedir, o fundamento jurídico, ou causa *próxima* – acarretará ou não prejuízo ao contraditório das partes.

Cumpra agora, portanto, “delimitar a amplitude pela qual este instituo [a causa de pedir] deva ser introduzido na demanda”.¹⁴⁶

3.2 CONFORMAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR: INDIVIDUALIZAÇÃO E SUBSTANCIAÇÃO

Para tentar equalizar o problema acerca da forma de compreensão da causa de pedir e da própria extensão do seu conteúdo, duas fórmulas empolgam desde há tempos a doutrina processual, sendo certo que a adoção de uma ou outra teoria tem significativa relevância prática.¹⁴⁷ São elas a teoria da individualização e a teoria da substanciação da *causa petendi*.¹⁴⁸

A origem da distinção entre as duas teorias remonta à entrada em vigor da *Zivilprozessordnung* alemã de 1879,¹⁴⁹ momento em que “iria surgir uma fecunda polêmica acerca do conteúdo mínimo necessária da demanda judicial”.¹⁵⁰ Como refere Cerino Canova,

l'inizio dell'indagine è offerto da una vivace discussione che ha accompagnato la redazione, prima, l'esegesi, poi, del §230 della *ZPO* tedesca per la parte in cui disponeva: l'atto di citazione deve contenere "la precisa indicazione dell'oggetto e del fondamento della pretesa proposta, nonché una richiesta determinata."¹⁵¹

A questão, na verdade, concernia ao significado da expressão *fundamento* (“grund”), constante do texto da *ZPO* alemã. Duas foram as correntes que se formaram na tentativa de precisar o conceito.

Os defensores da teoria da individualização, de um lado, dizem que a causa de pedir se completa somente pela identificação da relação jurídica da qual se extrai certa consequência jurídica. Bastaria, assim, ao autor declinar na petição inicial a relação jurídica travada com o demandado e que dá causa ao pedido, isto é, a especificação do direito com base no qual se pede a tutela,¹⁵² para se ter por satisfeito o ônus de fundamentar a pretensão

¹⁴⁶ Junior Alexandre Moreira Pinto, *A causa petendi* ..., p. 34.

¹⁴⁷ José Ignacio Botelho de Mesquita, *A 'causa petendi'* ..., p.169.

¹⁴⁸ Araken de Assis, *Cumulação*..., p. 122

¹⁴⁹ Elio Fazzalari, *Note* ..., p. 117/118.

¹⁵⁰ José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi*..., p. 75.

¹⁵¹ *La domanda giudiziale ed il suo contenuto, Commentario del codice di procedura civile* (coord. Enrico Allorio), livro 2º, tomo I, Torino: UTET, 1980, p. 46.

¹⁵² Augusto Cerino Canova, *op. cit.*, p. 46.

veiculada pela demanda. Essa doutrina encontrou forte defesa em Adolf Wach, para quem “fundamento da demanda é a relação jurídica da qual deriva a pretensão”.¹⁵³

De outro lado, a teoria da substanciação, cuja adoção prepondera nos dias de hoje na doutrina e jurisprudência,¹⁵⁴ entende que recai sobre o autor encargo mais trabalhoso, na medida em que a exigência de fundamentação traduziria a necessidade de a petição inicial inventariar os fatos pelo quais o demandante enuncia a sua pretensão. Para esta teoria, portanto, a indicação completa dos fatos sobre os quais se funda o pedido se apresenta determinante para particularizar a demanda. Por isso, a narração de mais de um fato constitutivo, bastante por si próprio para originar o efeito jurídico consubstanciado no pedido, implica a constatação da pluralidade de causas de pedir e, assim, pluralidade de *ações*.¹⁵⁵

Realmente, as diferenças teóricas de uma e outra forma de compreensão não parecem pequenas. As desavenças, no entanto, não param por aí. Suas implicações práticas, ainda que as disputas possam se dar no âmbito da causa de pedir, vão além, não se restringindo somente a esse campo.

Isso porque, “embora a doutrina alemã estivesse preocupada em desvendar o conteúdo necessário do libelo, o problema era bem mais profundo, projetando seus reflexos à questão da modificação da demanda e dos limites objetivos da coisa julgada”.¹⁵⁶ Realmente, do ponto de vista prático, a adoção de uma ou outra posição implica soluções diversas:

Para a teoria da individuação, a passagem de um título de aquisição a outro não constituiria modificação da demanda e, conseqüentemente, a coisa julgada cobriria todos os possíveis títulos de aquisição, enquanto para a da substanciação a solução seria exatamente a oposta.¹⁵⁷

Com efeito, considerando-se a *causa petendi* como o complexo de fatos aptos a amparar a pretensão do autor (substanciação), o resultado é que a mudança dos fatos afirmados, ainda que permaneçam idênticos o pedido e o direito alegado, importará sempre em mudança da demanda, com o adicional de que a sentença pronunciada com base em determinados fatos constitutivos tornará improponível nova demanda entre as mesmas partes e fundadas nos mesmos fatos, ainda que daí se pretenda retirar uma nova relação jurídica ou mesmo novas conseqüências jurídicas. De outra parte, caso se considere a *causa petendi* como a relação jurídica afirmada pelo autor em apoio à sua pretensão (individualização), a mudança

¹⁵³ Adolf Wach, *Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana*, Buenos Aires, EJEJA, 1958, p. 27/28 apud Araken de Assis, *Cumulação ...*, p. 123.

¹⁵⁴ Junior Alexandre Moreira Pinto, *A causa petendi ...*, p. 35.

¹⁵⁵ Araken de Assis, *op. cit.*, p. 122

¹⁵⁶ José Rogério Cruz e Tucci, *A causa ...*, p. 76.

¹⁵⁷ Ernesto Heinitz, *Considerazioni attuali sui limiti oggettivi del giudicato*, “Giurisprudenza italiana”, 1955, I, p. 147, apud José Rogério Cruz e Tucci, *op. cit.*, p. 76.

dos fatos constitutivos não importará alteração da causa de pedir, desde que, é claro, a relação jurídica afirmada permaneça a mesma, do que se conclui que a sentença que decidir sobre uma determinada relação jurídica se estenderá a todos os fatos que em seu apoio pudessem ter sido alegados pelo autor, tornando improponível nova demanda sobre a mesma relação de direito, ainda que fundada em fatos não alegados na primeira.¹⁵⁸

Bem se vê, assim, que a adoção de uma ou outra teoria acaba gerando uma reação em cadeia a influenciar decisivamente a forma de compreender diversos outros institutos processuais, entre eles a alteração da demanda, a cumulação de ações, a litispendência e os limites objetivos da coisa julgada, entre outros.¹⁵⁹

Apesar das divergências existentes e da aparente contraposição entre um e outro posicionamento, Elio Fazzalari, tratando da celeuma que fortemente envolveu a processualística alemã, faz interessante ponderação:

Mi pare, peraltro, che le contrapposte soluzioni siano poco o punto distanti e che anzi si possano giustapporre come due facce della stessa realtà: propugnare, infatti, l'allegazioni dei fatti costitutivi o quella del rapporto giuridico significa porsi, rispettivamente, dal punto di vista della fattispecie (sostanziale) e da quello degli effetti che ne promanano, cioè da due punti di vista perfettamente compatibili, anzi corrispondenti.¹⁶⁰

Parece-nos, realmente, que tem razão o eminente professor italiano. Chegamos, dessa maneira, a um ponto importante: segundo pensamos, substanciação e individualização, ainda que se diferenciem em suas concepções, apresentam-se como pontos extremos de uma relação de continuidade que envolve a definição do mérito do litígio, da sua amplitude e largueza. Essa maior ou menor amplitude do objeto litigioso, como recém afirmamos, reflete-se diretamente na identificação de demandas e nos limites objetivos da coisa julgada, por exemplo.

Vale dizer: conforme se entenda que a causa de pedir consiste em narração e identificação de um fato constitutivo, de maneira que a supressão, acréscimo ou substituição de um fato implique uma alteração da causa de pedir, estaremos mais próximo de uma posição de defesa da *causa petendi* por substanciação. Consoante se defenda, de outro lado, que não basta uma simples alteração nos fatos trazidos à baila para se estar diante de uma nova causa de pedir, senão que apenas a alteração da relação jurídica afirmada em juízo será

¹⁵⁸ José Ignacio Botelho de Mesquita, A '*causa petendi*' ..., p. 169/170.

¹⁵⁹ Essa posição parece não ser compartilhada por Araken de Assis, *Cumulação* ..., p. 113, para quem uma definição unívoca de objeto litigioso (que, como já vimos, é extremado pela causa de pedir e pelo pedido) não seria aplicável para a análise de todos aqueles fenômenos.

¹⁶⁰ *Note* ..., p. 117/118.

capaz de implicar uma nova causa de pedir, estaremos nos filiando a uma visão de *causa petendi* por individualização.

A aproximação daquela primeira posição implicará uma maior restrição à liberdade da atuação das partes e do juiz, porquanto não poderão eles se desvincularem ou irem além da narração fática engendrada pelo autor no momento da propositura da ação.¹⁶¹ A tendência oposta fará com que as partes e o juiz gozem de maior trânsito e flexibilidade, pois que poderão com maior liberdade circular na procura de novas perspectivas não necessariamente postas sobre a mesa de uma só vez na fase postulatória.

Na verdade, parece-nos que o que existe é uma maior ou menor aproximação desse ou daquele modelo, e não a encampação pura dessa ou daquela teoria, de modo absoluto. Essa ideia ficará clara adiante ao analisarmos o direito brasileiro. Isso decorre de escolhas legislativas e de política judiciária, que certamente sofrem variações de acordo com inúmeras variantes, sociais, econômicas e ideológicas. Até mesmo o direito posto em causa poderá ensejar uma maior aproximação de uma ou outra tese, como veremos logo mais a respeito dos assim chamados direitos *autodeterminados* e direitos *heterodeterminados*.

Seja como for, é de se notar que papel importante na discussão tem a mais forte ou mais fraca presença do *princípio* (em realidade, *regra*) da eventualidade, que impõe aos litigantes a dedução de todas as suas alegações de uma só vez, ainda que excludentes entre si, sob pena de não mais poder fazê-lo. Quer impor a regra, na verdade, que a demanda judicial inicie contendo desde logo toda a matéria litigiosa,¹⁶² com todas as eventuais *causa petendi* introduzidas de uma só vez pela petição inicial.¹⁶³ Daí se vê que quanto mais inflexível for o sistema de preclusões, mais perto se estará da teoria da substanciação,¹⁶⁴ porquanto mais restringida estará a liberdade das partes e do próprio órgão judicial;¹⁶⁵ do contrário, se mais liberal, aproximar-se-á da tese da individualização.

Com efeito, o alvitre fica bem demonstrado ao se analisar as variações suportadas pelo processo civil italiano no último século. Visando a restringir as constantes mudanças de rota por que frequentemente passava o processo, o *Codice de procedura civile* italiano de

¹⁶¹ Como referimos ao começo, por concisão, não trabalharemos a questão a partir do ponto de vista do demandado, mas é certo que também ele pode, em resposta, ampliar a narração fática, através da oposição de exceções materiais, por exemplo, o que inevitavelmente alargará o objeto litigioso.

¹⁶² José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi...*, p. 74.

¹⁶³ Junior Alexandre Moreira Pinto, *A causa petendi ...*, p. 94.

¹⁶⁴ Junior Alexandre Moreira Pinto, *op. cit.*, p. 94, com arrimo as lições de José Rogério Cruz e Tucci, afirma constituir mesmo pressuposto da teoria da substanciação a adoção da regra da eventualidade e de um rígido sistema de preclusões.

¹⁶⁵ Para Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo ...*, p. 201, “a adoção mais ou menos rígida da preclusão conduz a maior ou menor elasticidade processual, a maior ou menor liberdade das partes, influenciando de conseguinte a atividade do órgão judicial na condução e desenvolvimento do processo”.

1940 inaugurou um rígido sistema de preclusões na busca de refrear essa inconstância. Os reflexos da alteração, no entanto, nem chegaram a influenciar (como poderiam) a doutrina italiana no que se refere ao problema acerca do conteúdo da causa de pedir, já que nova reforma, introduzida não muito tempo depois, veio a amenizar profundamente aquele esquema inicialmente introduzido, espelhado na teoria da substanciação. Retornou-se, assim, à orientação anterior (individualização) ao se facultar uma maior flexibilidade quanto ao momento de fixação da *causa petendi* e do próprio pedido.¹⁶⁶ Ocorre que, nessa retomada, a balbúrdia causada pela extremada liberalização foi tão grande que fez recrudescer na doutrina a volta a um sistema “scandito da preclusioni”, o que foi efetivado no âmbito legislativo no ano de 1993. Essa experiência histórica da Itália demonstra que não se recomenda a adoção de um sistema extremamente liberal.¹⁶⁷

Tudo somado, muito bem se vê que as propostas de uma ou outra teoria, embora se intercalem, veiculam diversas maneiras de compreensão da causa de pedir. Não se trata, no entanto, como se disse, de esquemas puros; muito pelo contrário, a maior proximidade de uma ou outra teoria pode variar em função das mais diversas circunstâncias culturais a um determinado momento prevalecente.

A alternância é capaz de ocorrer, como já dissemos, dentro de um mesmo sistema, em um mesmo período histórico. Com efeito, autores de prestígio, principalmente na doutrina italiana, afirmam que o modo de ver a causa de pedir pode (deve?) variar conforme o direito posto em jogo. Nesse sentido, alude-se a direitos que, segundo a sua natureza, exigem uma maior ou menor especificação da causa de pedir, como, por exemplo, os direitos obrigacionais e os direitos reais. Deve a causa de pedir guardar a mesma moldagem a despeito de serem diferentes as próprias formas de estruturação desses direitos? A esse respeito, diz Giuseppe Chiovenda que a simples indicação da relação jurídica de que deriva o direito afirmado pelo autor em confronto com o réu “basta nos direitos absolutos, mas não basta nos direito de obrigação”.¹⁶⁸ Em verdade, a controvérsia entre a adoção de uma ou outra teoria (substanciação e individualização) encontrava razão de ser principalmente em função das ações envolvendo direitos reais de gozo: questionava-se, assim, se nesse tipo de demanda seria necessário ao autor especificar, por exemplo, o título aquisitivo a partir do qual elabora

¹⁶⁶ São as fecundas lições de José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi ...*, p. 97. Destaca o autor, ademais, que semelhante possibilidade de modificação da *causa petendi*, no direito italiano, não implica alteração da demanda.

¹⁶⁷ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo ...*, p. 206, com detalhada análise das modificações introduzidas pela *novella* de 1950.

¹⁶⁸ *Instituições...*, 1º volume, p. 360.

uma ação reivindicatória ou se, por outro lado, lhe bastaria a invocação do domínio, independentemente do seu título.

Com efeito, existem direitos que, pela sua maneira de ser, não podem subsistir mais de uma vez com o mesmo conteúdo entre os mesmos sujeitos.¹⁶⁹ São os chamados direitos *autodeterminados*. A demanda judicial em que se deduz um direito de semelhante natureza é identificada não pelo seu título de aquisição (aferível pela narração do fato constitutivo), mas sim pelo próprio direito, porquanto contempla potencialmente todos os possíveis títulos.¹⁷⁰

La domanda giudiziale, in cui tali diritti sono fatti valere, è identificata dal diritto stesso e non è circoscritta dal titolo d'acquisto dedotto, poiché contempla potenzialmente tutti i titoli all'uopo rilevanti. L'individuazione del diritto, e della domanda, attraverso il contenuto ed i soggetti si giustifica appunto con l'unicità ed irripetibilità della medesima situazione sostanziale.¹⁷¹

Pouco importa, assim, numa ação reivindicatória se a propriedade afirmada pelo autor se deu em virtude de uma compra-e-venda ou de usucapião. O que interessa é a relação de propriedade trazida a análise, que não pode subsistir ao mesmo tempo com conteúdo diverso, sob pena de uma total incompatibilidade. Semelhante comportamento têm todos os direitos reais de gozo (superfície, usufruto, uso e habitação, além da servidão); da mesma forma, são incluídos nessa categoria os direitos de família e de personalidade.¹⁷² A nível de objeto do processo e objeto do julgado, isso significa que a mudança do fato constitutivo não comporta mudança do direito. Por isso, demanda posterior em que se “faça valer” um direito de mesmo conteúdo em relação àquele “feito valer” no primeiro processo, mas baseado em um fato constitutivo diferente, será demanda em que se “faz valer” o mesmo direito objeto do primeiro julgamento e, como tal, estará preclusa por aquele.¹⁷³

Ao lado desses, identificam-se direitos que “richiedono una indagine ulteriore”, pois que “possono sussistere simultaneamente pur tra gli stessi soggetti e con identico contenuto”.¹⁷⁴ São os chamados direitos *heterodeterminados*. Se enquadram nessa categoria, por exemplo, os direitos de crédito e os reais de garantia.¹⁷⁵ Nesse caso, “è necessario illustrare in modo più approfondito il rapporto tra il diritto ed il fatto generatore, affinché si precisi il concetto e la rilevanza di questo fatto nelle domande giudiziali esaminate”.¹⁷⁶ Isso porque, ao afirmar-se um direito de crédito, deve-se saber, por exemplo, se esse decorre da

¹⁶⁹ Andrea Proto Pisani, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, 5ª edição, Napoli: Jovene, 2006, p.66.

¹⁷⁰ José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi ...*, p. 99.

¹⁷¹ Augusto Cerino Canova, *La domanda ...*, p. 177.

¹⁷² Idem, p. 177/178.

¹⁷³ Andrea Proto Pisani, *Lezioni, op. cit.*, p. 66.

¹⁷⁴ Augusto Cerino Canova, *op. cit.*, p. 186.

¹⁷⁵ José Rogério Cruz e Tucci, *op. cit.*, p. 100.

¹⁷⁶ Augusto Cerino Canova, *op. cit.*, p. 186.

restituição de um mútuo ou do pagamento do preço em uma compra-e-venda, pois que as duas relações podem existir simultaneamente, sem que haja entre elas qualquer caráter prejudicial. Tem interesse precípua em tais hipóteses, portanto, a precisa indicação na petição inicial do fato constitutivo à base do direito afirmado pelo autor, a fim de que se possa individualizar a relação jurídica trazida a análise.¹⁷⁷ A nível de objeto do processo e objeto do julgado, isso significa que a mudança do fato constitutivo comporta a mudança do direito. Por isso, demanda posterior em que se “faça valer” um direito de mesmo conteúdo em relação àquele “feito valer” no primeiro processo, mas baseado em um fato constitutivo diferente, será demanda em que se “faz valer” um direito diverso, ulterior, sobre o qual, por consequência, não pode operar de maneira alguma o primeiro julgado, porquanto tinha um âmbito objetivo diverso.¹⁷⁸

Ainda que semelhante tentativa de impositação e sistematização da causa de pedir pareça bastante razoável, até mesmo por partir do próprio direito material e nele encontrar pleno respaldo, o alvitre não é capaz de amainar os ânimos da doutrina. Com efeito, nota-se que os defensores da substanciação mantêm posição, dizendo que mesmo nas hipóteses de litígios envolvendo direitos reais é necessária a precisa indicação do fato constitutivo para que se tenha por satisfeito o requisito de declinar na petição inicial a *causa petendi*. Permaneceu sendo esse o entendimento, por exemplo, de Marco Tullio Zanzucchi:

Per quanto riguarda la *causa petendi*, non é a fare alcuna differenza tra rapporti reali e rapporti obbligatori. Riguardo agli uni e riguardo agli altri la ragione del richiedere non è specificata con la semplice enunciazione del diritto. La specificazione si ha soltanto quando è indicato il fatto che ha posto in essere il diritto, e il fatto non in astratto, ma in concreto.¹⁷⁹

Entende o antigo professor de Pavia, assim, que,

a individuare la *causa petendi* non basta dunque individuare il diritto e la natura del diritto (di proprietà, di credito ecc.); ma bisogna indicare il fatto, per cui quel diritto si è accentrato in una data persona; e non il fatto astratto (deposito, compravendita ecc) ma il fatto in concreto (quel tale deposito, quella tal compravendita).¹⁸⁰

Nada obstante a controvérsia acerca da substanciação e da individualização subsista ainda em dias atuais, o que se nota é que a doutrina italiana mais recente tende a superar a discussão, afirmando, como já se disse, que são duas faces da mesma moeda; como fez, por exemplo, Elio Fazzalari, na passagem que transcrevemos.

¹⁷⁷ Veremos logo mais que não apenas o fato, mas também o fundamento jurídico cumpre papel de destaque nessa tarefa.

¹⁷⁸ Andrea Proto Pisani, *Lezioni...*, p. 65/66.

¹⁷⁹ *Nuove domande...*, p. 336.

¹⁸⁰ *Idem*, p. 335/336.

Passou-se a lançar mão, então, da noção de *fattispecie* para auxiliar no trabalho de individualização da causa de pedir. Essa linha de raciocínio circunscreve,

a *causa petendi* pelos elementos de fato e de direito da *fattispecie* da qual deriva o direito substancial deduzido em juízo (que por sua vez constitui o objeto substancial da demanda). Haverá modificação da *causa petendi* quando se alterarem os elementos de fato e os elementos de direito da *fattispecie* da qual emerge o direito deduzido; não haverá, por outro lado, modificação da *causa petendi* quando se alterarem os elementos de fato dos quais derivam os elementos de direito da *fattispecie* constitutiva do direito deduzido em juízo, tampouco quando se alterarem os fatos não coligados com o direito deduzido, isto é, os fatos não inseridos no âmbito de sua *fattispecie* constitutiva.¹⁸¹

Na verdade, a compreensão da *causa petendi* nesses termos significa encará-la, em última análise, como o marco de ingresso do direito subjetivo (substancial) no processo.

Se è vero che l'attore allega dei fatti, ma non già qualsiasi 'episodio della vita' bensì dei fatti che, rientrando nello schema di una norma, generano determinate conseguenze giuridiche, non pare dubbio che egli deduce i fatti costitutivi della situazione giuridica (sostanziale) preesistente e, innanzitutto, la *fattispecie* concreta da cui sia derivata la posizione di preminenza rispetto al bene: il che val dire il diritto soggettivo (sostanziale).¹⁸²

Vale ressaltar, no entanto, que o direito subjetivo que pretensamente se *traz* a juízo na verdade deve ser tratado em estado de asserção, como mera afirmação, a pender de “accertamento” no curso do processo.¹⁸³

Por fim, cabe ressaltar o interessante alvitre alcançado pela doutrina espanhola, de que nos informa Cruz e Tucci:

A literatura processual espanhola, destacando os méritos parciais de ambas as teorias [substanciação e individualização], visa a superá-las pela construção de uma tese sincrética, segundo a qual a *causa petendi* deve ser faticamente substanciada e juridicamente individualizada.¹⁸⁴

Essa última noção será de interesse para a análise do próximo ponto.

Visto tudo isso, é hora de analisarmos a maneira com que o direito processual civil brasileiro encara o problema.

¹⁸¹ José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi ...*, p. 104, inspirado em Andrea Proto Pisani, *Dell'esercizio dell'azione. Commentario del codice di procedura civile* (coord. Enrico Allorio), livro 1º, tomo II, Torino: UTET, 1973, p. 1.062.

¹⁸² Elio Fazzalari, *Note ...*, p. 117/118.

¹⁸³ Sobre o tema das relações entre direito material e processo, afirmando, sem negar a tese dualista, que o direito que entra no processo não é igual ao que dele sai, porquanto inevitavelmente tocado, ver as excepcionais lições de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, Rio de Janeiro: Forense, 2008, *passim*.

¹⁸⁴ José Rogério Cruz e Tucci, *op. cit.*, p. 104/105, fazendo alusão às doutrinas de Vitor Fairen Guillén, *La transformación de la demanda en el proceso civil*, Santiago de Compostela: Porto, 1949, p. 73, e Eudardo Gutierrez de Cabiedes, *La litis-pendencia, Estudios de derecho procesal*, Pamplona: Universidad de Navarra, 1974.

3.3 A CAUSA DE PEDIR NO DIREITO BRASILEIRO

Chegou o momento de verificar de que forma o direito brasileiro trata essas questões. Nesse sentido, Daniel Mitidiero formula excelente síntese histórica sobre o modo de compreensão da causa de pedir ao longo das legislações que disciplinaram a matéria no país. Assim, aduz o autor que,

nas Ordenações Afonsinas, diziam os sabedores que convém necessariamente ao juiz saber ‘a coufa, ou quantidade, fobre que he movida a demanda, e bem affi a rezaõ, porque fe move’, devendo tudo isso ser declarado na ‘petição do Autor’ (Livro III, Título XX, §2º). No Regulamento n. 737, de 1850, exigia-se que o demandante declarasse na petição inicial ‘o contracto, transação ou facto dos quaes resultar, segundo o Codigo, o direito do autor e a obrigação do reo’ (art. 66, §2º). No Código de Processo Civil de 1939, tinha o autor o ônus de indicar ‘os fatos e fundamentos jurídicos do pedido, expostos com clareza e precisão, de maneira que o réu possa preparar a defesa’ (art. 158, III). Em todas essas passagens estava o legislador a exigir do autor que esse declinasse, na petição inicial, a sua razão de estar em juízo, a sua causa de pedir, a sua *causa petendi*.¹⁸⁵

Pode-se perceber, portanto, que o Código de Processo Civil de 1973 manteve-se fiel à tradição inaugurada pelo seu antecessor. Com efeito, em seu art. 282, III, assim determina: “Art. 282. A petição inicial indicará: III – o fato e os fundamentos jurídicos do pedido”.

Analisando essa disposição textual da lei, é moeda corrente entre a doutrina processualista brasileira – a respeito do que “reina total harmonia” – a afirmação de que o Código de Processo Civil de 1973 aderiu à teoria da substanciação.¹⁸⁶ Em realidade, esse entendimento se dá não apenas em relação ao Código de Alfredo Buzaid, mas também no tocante aos Códigos anteriores, aí incluída a generalidade dos Códigos estaduais do período da “dualidade processual” e o Código de 1939.¹⁸⁷ Para a vasta maioria da doutrina, portanto, historicamente o legislador brasileiro optou por filiar-se à tese da substanciação da *causa petendi*.

Assim se posiciona, por exemplo, o magistral Pontes de Miranda: “A lei acolheu a *teoria da substanciação* do pedido, que exige mais do que a simples alegação de existir a relação jurídica (*teoria da individualização*): a parte tem de expor os fatos (*da mihi factum!*)”.¹⁸⁸

¹⁸⁵ Daniel Mitidiero, *Comentários ao código de processo civil*, tomo III, São Paulo: Memória Jurídica, 2006, p. 153.

¹⁸⁶ Araken de Assis, *Cumulação de ações*, 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 125.

¹⁸⁷ José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi ...*, p. 119.

¹⁸⁸ *Comentários ...*, tomo IV, p. 17. Esse também era o posicionamento do autor diante do Código de 1939 (*Comentários ao código de processo civil*, v. 2, Rio de Janeiro: Forense, 1947, p. 28, *apud* José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi ...*, p. 119). Nada obstante a afirmação categórica, um parágrafo antes o autor consigna que “nas ações reais, basta a afirmação de relação jurídica para que se identifique a ação (...). Nas ações nascidas

Da mesma forma se pronuncia Calmon de Passos:

O art. 282, III, exigindo como requisito da inicial a indicação dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido, põe o nosso sistema entre os que reclamam a substanciação da causa de pedir, aliás como já o fazia o Código de 1939, dispondo em igual sentido em seu art. 158.¹⁸⁹

Como esses dois autores, ademais, inúmeros outros assim entendem, a exemplo de Moacyr Amaral Santos, José Frederico Marques, Arruda Alvim e Vicente Greco Filho.¹⁹⁰

E pode ser acrescentado que tal alvitre doutrinário é o mesmo “tanto nas ações pessoais quanto nas ações reais, nas quais se faz imprescindível a invocação do modo ou título de aquisição da propriedade, ou seja, igualmente nestas se impõe o ônus de indicar *ab origine* o fato constitutivo do direito”.¹⁹¹

Em que pese seja esse o entendimento da vasta maioria dos brilhantes processualistas do país, tal forma de compreender as coisas, segundo entendemos, não encontra pleno respaldo no direito positivo brasileiro. Isso porque, bem examinado o teor do art. 282, III do CPC, nos parece que o dispositivo formula exigência ulterior à simples *substanciação*: além dos fatos, cumpre ao autor apontar em sua inicial também os fundamentos jurídicos sobre os quais ampara a sua pretensão. Vale dizer: segundo dispõe a lei, não somente o conjunto fático narrado tem relevo na determinação da causa de pedir; deve o autor também divisar as razões de direito pelas quais entende fundado o pedido. Essa exigência múltipla de exposição tanto do fato quanto do direito, colocados em pé de igual importância pelo legislador na identificação e determinação da *causa petendi*, é que nos dá a ideia de que não houve a encampação total da teoria da substanciação, pois para esta, como vimos, a relevância está exclusivamente nos *fatos* jurídicos narrados e que dão causa ao pedido, não tendo grande valor, a princípio, os fundamentos jurídicos.

Com efeito, embora divirja um pouco da totalidade dessa posição, pode-se ver que é esse também o entendimento de José Rogério Cruz e Tucci: “Entendemos, no entanto, que tais posicionamentos [que entendem pela encampação da teoria da substanciação pelo CPC] delineiam-se deveras simplistas, no mínimo parciais, porquanto se atêm exclusivamente à letra do art. 282, III, do Código de Processo Civil”.¹⁹²

de direitos de obrigação, nem sempre a indicação da relação jurídica identifica a ação”, razão pela qual parece que sua posição pessoal é diversa da que entende ter sido a alternativa legal.

¹⁸⁹ *Comentários ...*, p. 217.

¹⁹⁰ Todas referências feitas por José Rogério Cruz e Tucci, *op.cit.*, p. 119/120.

¹⁹¹ José Rogério Cruz e Tucci, *op. cit.*, p. 120.

¹⁹² *A causa petendi ...*, p. 120. Nossa discordância - de se lamentar ante o brilhantismo da doutrina do autor - apenas se dá em relação à última parte do trecho transcrito, porquanto, segundo nos parece, justamente a *letra* do art. 282, III, ao usar a conjunção coordenativa aditiva “e”, para logo em seguida completar, “fundamentos

Nada obstante seja incontestavelmente minoritária a parcela da doutrina brasileira que destoa da ideia da adoção da teoria da substanciação pelo CPC, as razões manifestadas pelos autores dissidentes parecem confirmar a nossa desconfiança quanto ao alvitre alcançado pela maioria. Nesse sentido, vale a pena transcrever-se o que diz José Ignacio Botelho de Mesquita a respeito, em análise cujo aguçado senso crítico merece aplausos. Ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1939, assim escreveu o autor:

Os processualistas brasileiros, que trataram desta controvérsia [refere-se o autor à causa de pedir em geral, e nas ações reivindicatórias, em especial], são levados, em geral, a afirmar que o direito nacional seguiu a teoria da substanciação (Pontes de Miranda e José Frederico Marques). É bem verdade que a nossa lei processual exige que conste da petição inicial a indicação dos fatos constitutivos mas isto, a meu ver, não leva a conclusão de que tenhamos aderido àquela corrente doutrinária. Com efeito, a nossa lei exige igualmente que se indiquem na petição inicial os fundamentos jurídicos do pedido. Estes, evidentemente, pelas razões já expostas, não são nem a norma da lei, nem tampouco as deduções jurídicas, salvo quando, excepcionalmente, a norma legal sirva, à falta de outros elementos, para individuar o direito individual feito valer pelo autor no processo. Parece-me que se deva entender por ‘fundamento jurídico do pedido’ a relação jurídica controvertida e o direito particular dela decorrente. E não vejo nisto filiação à teoria da substanciação, mas, diversamente, entendo que a lei processual brasileira adotou uma posição de grande equilíbrio entre ambas as correntes conflitantes, dando importância tanto aos fatos constitutivos, como aos elementos de direito, na medida em que sirvam para individuar a pretensão do autor, como resulta da expressão legal ‘de maneira que o réu possa preparar a sua defesa’, empregada no inc. III, do art. 158, CPC.¹⁹³

Ante a clareza da exposição, sentir-nos-íamos desincumbidos de prosseguir mais demoradamente na justificação. No entanto, cabe informar que da mesma forma entende Milton Paulo de Carvalho, para quem o nosso direito processual civil resente influência recíproca das teses da substanciação e da individualização na conformação do modo de ser da causa de pedir.¹⁹⁴

Não bastasse o que se disse, aquele entendimento simplista da maioria da literatura processual brasileira face ao problema deve receber ainda uma última crítica. Ora, é bom observar que, se tivermos por correto o entendimento de que o Código de Processo Civil em vigor, por conta da redação constante de seu art. 282, III, teria encampado a teoria da substanciação (para a qual, relembre-se, importa apenas o *conjunto* dos fatos narrados),

“seria lícito, e mais do que lícito, forçoso concluir que, dada a sua similitude [do art. 282, III, CPC] com o disposto no §253, 2, do ZPO alemão e no art. 163, 4, do atual

jurídicos”, indica uma tomada de posição por parte do Código que ultrapassa a mera *substanciação*. Com efeito, exige-se não somente a declinação dos fatos (com o que se teria, se assim o fosse, inequívoca adoção da teoria da substanciação) mas também a indicação dos fundamentos jurídicos que dão causa ao pedido.

¹⁹³ A ‘*causa petendi*’ ..., p. 179/180.

¹⁹⁴ *Do pedido no processo civil*, Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1992, p. 92/93.

Codice di Procedura Civile italiano, a teoria da substanciação também teria sido acolhida em tais legislação... E isso seria um verdadeiro absurdo...¹⁹⁵

Realmente, é de causar perplexidade que, ante a uma redação praticamente idêntica do texto de lei compartilhada pelo CPC brasileiro e pelo CPC italiano, filiem-se os autores de uma e de outra nação, como vimos, a posição tão divergentes, para não dizer conflitantes – muito embora não antagônicas, como visto –, a respeito da forma de compreensão do conteúdo mínimo da causa de pedir.

Parece-nos, então, necessária uma análise pormenorizada de cada um desses componentes (fatos e fundamentos jurídicos) de modo a entender qual o papel de cada um deles na conformação da causa de pedir e, assim, na individualização da demanda. Propusemo-nos por iniciar a partir de ideias recorrentes a respeito do papel do fato e do direito da *causa petendi* para em seguida analisarmos criticamente e mais a fundo essas questões, não de maneira exaustiva, mas muito mais interessado na função exercida pela fundamentação jurídica da petição inicial e a aplicação da máxima *iura novit curia*, que encarta o objeto do presente estudo.

3.3.1 Fatos e Fundamentos Jurídicos: O Papel de Cada Elemento

Pois bem. Tendo por base os dois elementos que compõem a causa de pedir (os fatos e os fundamentos jurídicos) e o seu caráter complexo, os glosadores, empenhados na tarefa de delimitar-lhe o conteúdo, divisaram a *causa próxima*, e a *causa remota*.¹⁹⁶ Por *causa petendi remota* entendem-se os fatos dos quais emerge a pretensão do demandante; por *causa petendi próxima*, traduz-se o enquadramento da situação concreta, narrada *in status assertionis*, à previsão abstrata contida no ordenamento de direito positivo, da qual decorre a juridicidade da narração.¹⁹⁷

É evidente que semelhante separação teórica estanque não corresponde à realidade das coisas no mundo real. Com efeito, ambos os materiais (fato e direito) que nutrem o processo e sua resolução frequentemente se entremesclam. Dessa forma, pode-se dizer que a causa de pedir compõe-se sim de fatos, mas qualificados juridicamente.¹⁹⁸ Na verdade, essa

¹⁹⁵ José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi* ..., p. 122.

¹⁹⁶ Milton Paulo de Carvalho, *Do pedido* ..., p. 81.

¹⁹⁷ José Rogério Cruz e Tucci, *op. cit.*, p. 124/125.

¹⁹⁸ Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, *Iura novit curia* ..., p. 64. O autor espanhol continua: “Es decir, se alegan hechos puestos en relación con una norma jurídica cuyo supuesto de hecho, a juicio de quien los invoca, los contempla en abstracto. El motivo de hacerlo así es que se pretende que, probada la identidad entre los hechos del caso y el supuesto de hecho normativo, se produzca la consecuencia jurídica prevista en abstracto en esa norma para todos los casos que entren en ese supuesto de hecho”.

divisão corresponde à própria estrutura imaginada para a sentença judicial (e, mais além, a própria estrutura do raciocínio jurídico): um silogismo formado por uma norma jurídica como premissa maior (o elemento jurídico da decisão), um conjunto de fatos particulares como premissa menor (o elemento fático da decisão) e uma conclusão que assinala a esses fatos a consequência jurídica prevista pela norma.¹⁹⁹ Esse é o modo de pensar o direito típico da era da modernidade, do racionalismo simplista e matemático examinado anteriormente e que ainda com muita força nos atinge mais de três séculos mais tarde. A realidade da vida e a hermenêutica jurídica, no entanto, são muito mais complexas. O chamado “*tournig point* da teoria do direito”, que marca a reação ao racionalismo jurídico e ao método de que se servia,²⁰⁰ derogou a compreensão do raciocínio jurídico como um exercício de simples dedução apodíctica.

Realmente, como aludimos no capítulo 2, a retomada dos estudos de teoria geral do direito, a reaproximação do método tópico de pensar a ciência jurídica e o recrudescimento do seu viés problemático trouxeram de volta as noções de espiral hermenêutica e pré-compreensão a colocar em xeque essa separação fixa entre fato e direito. Do mesmo, as alterações na técnica legislativa, baseada não mais em noções estanques, senão que em conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, bem como a própria compreensão de que a ciência processual vive uma nova fase metodológica (o formalismo-valorativo) impõe que se reveja semelhante entendimento, ou ao menos se lhe estenda um olhar crítico mais aguçado, porquanto, suspeita-se, não mais se coadunam com a maneira como entendemos o direito. Impõe, portanto, se não uma mudança de conclusões, ao menos uma mais profunda reflexão.²⁰¹

Desprezando-se temporariamente essa chamada à realidade e as conquistas alcançadas, aceitaremos a divisão estanque entre fato e direito em um primeiro momento a fim de dar continuidade ao exame que estamos realizando. Isso não quer dizer, frise-se bem que chegamos à conclusão (equivocada) de que *quaestio facti* e *quaestio iuris* pertençam a dois mundos completamente separados,²⁰² absolutamente.

¹⁹⁹ Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, *Iura novit curia* ..., p. 66.

²⁰⁰ Na ilustrativa dicção de Daisson Flach, *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 19, que analisa de maneira resumida mas não simplória a questão da retomada da filosofia prática nas páginas seguintes da obra.

²⁰¹ Essas três causas (respectivamente, causa hermenêutica, causa dogmática e causa processual) de revisão das noções comuns acerca do elemento fático e jurídico da causa de pedir são as invocadas por Danilo Knijnik (*O recurso especial* ..., em especial p. 13/82) no seu estudo de revisita dos poderes dos tribunais superiores no exercício da função nomofilática que lhes é própria.

²⁰² Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, *Iura novit curia* ..., p. 70.

3.3.1.1 Fatos

Assim, quanto à primeira exigência – de que o autor narre na petição inicial os fatos (*causa petendi* remota) –, Pontes de Miranda afirma que “a narração há de ser clara e precisa; convém, outrossim, que seja exaustiva, mas concisa; e subentende-se que há de conter a verdade dos fatos, expostos com probidade e encadeamento, tal como se passaram”.²⁰³ Ainda que assim deva ser, é de se observar, antes de tudo, que a narração jurídica não se iguala ao relato jornalístico: aquela, à diferença dessa, tem como escopo não a mera informação, mas sim a descrição de uma situação relevante juridicamente a fim de propiciar ao autor a outorga da tutela do direito que busca através do processo.

Essa a razão para que, embora se saiba que o direito nasce dos fatos, não qualquer fato tenha interesse. “Nem todo o fato é *jurígeno*; há fatos simples”, que não revelam uma situação por si só relevante para o direito, razão pela qual “havemos de considerar apenas o fato *jurídico*, aquele carregado de efeito pelo ordenamento jurídico”.²⁰⁴ Daí porque “o fato ou os fatos que são essenciais para configurar o objeto do processo, e que constituem a *causa de pedir*, são exclusivamente aqueles que têm o condão de delimitar a pretensão”.²⁰⁵ “Assim, por exemplo, o contrato celebrado entre Tício e Caio corresponde a um evento, um fato, tangível mesmo fora do campo do direito, mas constitui igualmente um fato jurídico”.²⁰⁶ Interessa, portanto, o fato jurídico, que pode ser definido como aquele “de que deriva a existência, modificação ou cessação de uma vontade concreta de lei”, no que vão distinguidos dos “fatos simples ou motivos, que só têm importância para o direito enquanto possam servir a provar a existência de um fato jurídico”.²⁰⁷

Pode-se afirmar, dentro da lógica apodíctico-silogística, que deverão os fatos “objeto de incidência da regra” ser indicados para favorecer a inteligência da categoria jurídica controvertida, em função da qual se deduzem as consequências em face ao réu.²⁰⁸ É lícito falar, dentro dessa raciocínio, que os fatos jurídicos compõem a premissa menor do esquema lógico-dedutivo pensado pelo paradigma moderno. Aqui já se pode notar uma primeira imbricação entre a questão de fato e a questão de direito: o modo com que descrito o suporte

²⁰³ Pontes de Miranda, *Comentários ...*, tomo IV, p. 14

²⁰⁴ Milton Paulo de Carvalho, *Do pedido ...* p. 81

²⁰⁵ José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi ...*, p. 126.

²⁰⁶ José Rogério Cruz e Tucci, *op. cit.*, p. 18.

²⁰⁷ Giuseppe Chiovenda, *Instituições ...*, 1º volume, p. 7.

²⁰⁸ Araken de Assis, *Cumulação de ...*, p. 128.

fático da norma funciona como critério de seleção dos fatos do caso juridicamente relevantes; apenas interessam aqueles fatos mencionados no suporte fático.²⁰⁹

Dessa forma, não têm interesse decisivo, embora guardem sempre alguma pertinência, os fatos simples ou secundários, ou seja, aqueles que, de per si, não preenchem o suporte fático da norma. Por exemplo,

se o adultério se consumou de manhã, ou à noite; se o dia estava ensolarado ou chovia, se o marido embriagou-se nessa ou naquela bodega; se o acidente ocorreu no início desta rua, ou no fim daquela; se numa sexta-feira, ou num sábado; tudo isso circunstâncias da *causa petendi*, completa-a, esclarece-a, mas não a constitui, nem a distingue, de modo a que, na omissão de um desses fatos, a causa de pedir se mostre irreconhecível ou inservível à individualização da ação material.²¹⁰

Nessa esteira, “correspondendo os fatos alegados pelo autor ao suporte fático de mais de um direito subjetivo, ter-se-á cumulação de ações”.²¹¹ Releva assim a identificação dos fatos de maneira precisa, de modo a identificar o direito subjetivo que se tem por base da demanda e ao qual se busca oferecer tutela, extremando-o de outros análogos. Isso ocorrerá quando certo fato se mostrar isoladamente apto a fundamentar determinada consequência jurídica objetivada pelo autor.²¹² Retomaremos o tema adiante.

3.3.1.2 Fundamentos Jurídicos

Em relação à segunda exigência – de que o autor narre na petição inicial os fundamentos jurídicos do pedido (*causa petendi próxima*) –, o que se diz é que a petição inicial deve explicar de que maneira os fatos jurídicos narrados justificam que o autor peça o que pede, isto é, deve relatar a forma pela qual a situação narrada se enquadra na previsão abstrata de lei.²¹³ Volta à tona, portanto, o esquema silogístico do raciocínio jurídico, agora enunciando a sua premissa maior.

Tendo em conta essa necessidade, a doutrina afirma que deve ser excluída a noção segundo a qual a *causa petendi próxima* seja a norma de lei invocada pela parte em juízo.²¹⁴ Surge a pergunta, portanto, do que seja o fundamento jurídico do pedido exigido pelo Código

²⁰⁹ Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, *Iura novit curia ...*, p. 73, que completa dizendo: “Debe afirmarse que también los hechos del caso tienen una importante influencia, no sólo para seleccionar la disposición normativa que *prima facie* los contempla, sino igualmente para aginar a ésta un significado adecuado para la ocasión, es decir, para obtener, por medio de la interpretación de la disposición elegida, una norma jurídica apropiada para resolver el asunto debatido”.

²¹⁰ Araken de Assis, *Cumulação ...*, p. 128.

²¹¹ *Idem*, p. 130.

²¹² *Idem*, *ibidem*.

²¹³ Pontes de Miranda, *Comentários ...*, tomo IV, p. 14.

²¹⁴ Giuseppe Chiovenda, *Instituições ...*, 1º volume, p. 358.

de Processo Civil como requisito da petição inicial e componente da causa de pedir. Para uma resposta mais consistente a esse questionamento, é extremamente relevante a distinção entre *fundamento legal* e *fundamento jurídico* da demanda.

Com efeito, o “fundamento legal apontado pelo autor ou o *nomen iuris* por ele utilizado (v.g., ação de ‘rescisão do negócio, fundada em inadimplemento do parceiro, em lugar de ação de ‘resolução’), se ostentam inteiramente irrelevantes na caracterização da *causa petendi*”.²¹⁵ Devemos ter cuidado aqui com a precisão semântica, pois a terminologia usada, se dúbia ou equívoca, pode constituir verdadeira armadilha. Realmente, quando se refere à irrelevância do fundamento *legal* utilizado, quer-se dizer que não tem qualquer pertinência o fato de o autor, ao invocar determinada *qualificação jurídica*, falar no dispositivo “x” ou “y”, desse ou daquele diploma legal. Essa indicação e, igualmente, o erro nesse apontamento não têm o condão de prejudicar ou beneficiar a parte, tampouco confere modificação relevante para se diferenciar uma demanda da outra, razão pela qual semelhante alusão a dispositivo legal (que não se confunde com a qualificação jurídica, ressalte-se) não tem importância.

Nesse sentido, e apenas neste, é que entendemos ser correto o esbravejo de Pontes de Miranda, muito embora o inigualável jurista estenda suas conclusões para além desses limites, o que nos parece inapropriado: “Forremo-nos de interpretar o art. 282, III, como volta ao jurismo bizantino, a fórmulas inamalgáveis, à transformação das lides em chinesices de advogados ladinos, ao pedantismo que esquece a função popular da justiça.”²¹⁶ Analisando essa questão – muito embora, a exemplo de Pontes de Miranda, também alargue o seu campo de incidência, a nosso ver indevidamente, como veremos – refere Araken de Assis que a irrelevância do fundamento *legal* ou *nomen iuris* apontado pelo autor “deriva (...) de antigo e obscuro brocardo – *iura novit curia*”. Realmente, por conta da incidência da máxima, é plenamente possível, tanto às partes quanto ao juiz, corrigir a indicação equivocada ou pouco precisa do artigo de lei invocado, desde que isso não implique, pelas razões que pretendemos deixar claras, a mudança da qualificação jurídica da demanda.

De outro lado, o fundamento *jurídico*, indo além, corresponde à demonstração da repercussão jurídica que os fatos (jurídicos) têm para que se considere fundada a pretensão delineada pelo autor. Consiste na ligação que une a *causa petendi* e o pedido por um nexo de causa e efeito.²¹⁷ Uma análise feita a partir da lógica do paradigma racionalista diria que o

²¹⁵ Araken de Assis, *Cumulação*, p. 126.

²¹⁶ *Comentários ...*, tomo IV, p. 17.

²¹⁷ Araken de Assis, *Cumulação ...*, p. 135.

fundamento jurídico se refere à afirmação da coincidência²¹⁸ dos fatos narrados (premissa menor) com o suporte fático da norma jurídica invocada (premissa maior) que lhes conferem os efeitos constantes do pedido. A questão, no entanto, não é tão simples.

O fundamento jurídico, na verdade, consiste na demonstração da relevância dos fatos narrados para o direito, que promete tutela à situação posta em causa, justificando o pedido. Consiste em uma previsão de direito mediante a qual se associam ou se ajuntam certas consequências ou efeitos jurídicos a um conjunto de fatos, a um certo suporte fático²¹⁹. É evidente que isso pode ser feito, por exemplo, pela demonstração de que a situação fática descrita dá azo a certa solução abstratamente prevista em uma norma jurídica. Essa é a hipótese mais corriqueira e mesmo mais provável de ocorrer num ordenamento pautado pela legalidade e composto de um vasto arsenal legislativo. Mas não só. Diante da complexidade crescente das hipóteses normativas, permeadas por conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, também é possível imaginar que o autor qualifique juridicamente os fatos narrados a fim de demonstrar que o seu caso é análogo a outro examinado por um precedente anterior, que, oferecendo tutela àquela posição juridicamente protegida, chegou ao resultado pretendido. Da mesma forma, pode-se imaginar que o fundamento jurídico consista na demonstração de que a situação narrada pode ser solucionada favoravelmente pela concretização de um determinado princípio jurídico, mediante o emprego de certo raciocínio argumentativo que permita a construção de uma norma capaz de tutelar de maneira ótima aquele direito subjetivo.

Em última análise, o fundamento jurídico revela-se na *qualificação jurídica* feita pelo autor a respeito da situação problemática narrada. O que importa, nesse caso, é que a fundamentação jurídica consiga individualizar, a partir dos fatos, a posição jurídica ocupada pelo autor para a qual se pede tutela por meio da demanda ajuizada. Esse direito subjetivo a que o ordenamento jurídico promete dar proteção (posição juridicamente protegida)²²⁰ é percebido e identificado pela narração fático-jurídica feita pela petição inicial.

²¹⁸ Idem, *ibidem*.

²¹⁹ Guillermo Ormazabal Sánchez, *Iura Novit Curia*, Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 98.

²²⁰ Essa referência que fazemos “direito subjetivo” ou “posição juridicamente protegida” (termos que, advirta-se, vão usadas por nós sem qualquer rigorismo semântico, embora, talvez, fosse mais aconselhável que assim se fizesse) não traduzem uma invocação do trinômio “direito subjetivo – pretensão – ação de direito material. Ao nos utilizarmos dessas expressões, não ignoramos o fato de que certamente o direito material que entra no processo não é igual àquele decorrente do pronunciamento judicial, seja porque a incerteza e litigiosidade inerente ao processo impedem que assim se imagine, seja porque essa própria matéria bruta (direito material) sofre transformações importantes ao longo do processo e dele sai de maneira modificada através do pronunciamento do juiz, embora sempre guarde estreita relação com o direito material pré-processual (sobre o tema, reportamo-nos às profficas lições de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Teoria e prática ... passim*, em especial p. 13 e ss). A constatação inegável é aquela de que a solução buscada parte do direito material, embora

Embora sejam raros os autores que defendem que a delimitação da causa de pedir inclui um elemento normativo e, assim, não se esgota nos fatos sobre os quais o autor funda o seu pedido, Leonardo Prieto Castro é partidário dessa tese. Para o processualista espanhol “el juez no es libre en el manejo del Derecho en tanto en cuanto su libertad pudiera atentar contra dicho principio dispositivo, concebido como una indicación de límites puestos por las partes a la función jurisdiccional”.²²¹ Concretamente, segundo esse autor, se a máxima *iura novit curia* se entendesse no sentido de outorgar ao julgador plena autonomia para sustentar juridicamente seu pronunciamento, se estaria incorrendo em uma transgressão ao princípio dispositivo.²²² Essa observação será melhor examinada no próximo capítulo.

Interessante a respeito, mais uma vez, as observações de Araken de Assis:

Talvez dos mesmos fatos, *ou seja, da mesma causa de pedir* [grifamos], a parte retire duas conclusões. Por exemplo, se dos fatos conhecidos e expostos se afigurar reconhecível o adultério, ou seja, a quebra do dever de fidelidade conjugal através da prática de relações sexuais com outro parceiro, e injúria grave. Decerto, um encontro às escondidas, seguindo-se o coito, constitui tanto adultério quanto injúria, ambas causas concretas e reduzíveis à causa genérica do art. 5º, *caput*, da lei 6.515 de 26.12.77”.²²³ Invocando, ainda, conhecido exemplo de que se valeu Ovídio Araújo Baptista da Silva para, singularmente, tratar do complexo problema relativo aos limites objetivos da coisa julgada,²²⁴ tema diretamente imbricado com o aqui tratado, retoma aquele autor: “Outro exemplo de mais de um efeito jurídico se encontra no dano à colheita e à gleba mediante o emprego inadequado de produto químico.”²²⁵

Assim, ante a diversidade de fundamentos, Araken de Assis constata que de “um mesmo complexo de fatos origina, às vezes, a dois direitos subjetivos, e, em seguida, a duas ações materiais, que o asseguram”. Nesses casos, em que do mesmo conjunto fático podem ser retirados dois ou mais direitos subjetivos tuteláveis, realça o papel da fundamentação jurídica levada a cabo pelo autor. Com efeito, hipóteses existem em que o direito subjetivo a que se busca proteger somente poderá ser corretamente individualizado após a qualificação jurídica dada aos fatos (no exemplo dado, injúria grave ou adultério; dano à colheita ou dano à gleba).

com ele não se confunda. Em sendo assim, nada nos impede de divisar que a introdução do direito material no processo se dê por meio da invocação de um direito subjetivo do qual se julgue titular o autor (ou da identificação de uma posição jurídica cuja proteção é prometida pelo ordenamento) para, a partir dessa afirmação, desenrolar o debate processual. Não haverá aí, importante que se frise, qualquer confusão de nossa parte entre os dois planos ou mesmo o menoscabo das particularidades inerentes a cada esfera, precavidos que estamos por conta das lições retiradas de todo o debate doutrinário que magistralmente foi travado em torno da questão e que dispensa maiores comentários.

²²¹ Leonardo Prieto Castro, “El cambio de punto de vista jurídico”, *apud* Guillermo Ormazabal Sánchez, *Iura Novit Curia*, 2007, p. 49.

²²² Guillermo Ormazabal Sánchez, *op. cit.*, p. 48/49.

²²³ Araken de Assis, *Cumulação ...*, p. 136.

²²⁴ Ovídio Araújo Baptista da Silva, *Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro, Sentença e coisa julgada*, 4ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 103 e ss.

²²⁵ *Op. cit.*, p. 136.

Em tais situações, a individualização do direito subjetivo invocado será feita não apenas pelos fatos narrados, por si só insuficientes para o sucesso da tarefa, mas será completada também pela fundamentação jurídica feita pelo autor no momento da propositura da demanda.

3.3.2 Conclusão Parcial

Pelo exposto até aqui, o importante é ter bem firme a noção de que o nosso Código de Processo Civil, ao elencar como necessária a descrição dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido, lançou mão da conjugação desses dois elementos para a conformação da causa de pedir da demanda. O texto legal, ainda que talvez não propositalmente, parece ciente de que a construção do caso se realiza por meio de um permanente diálogo entre os fatos jurídicos invocados (que, naturalmente, algo tem que ver com a eleição da disposição normativa considerada aplicável e com a norma que dela se obtém) e a sua qualificação jurídica (que condiciona os aspectos do caso factuais do caso juridicamente relevantes),²²⁶ razão pela qual em nenhum momento dá prevalência a qualquer dos dois componentes, do que se conclui que não há como sobrelevar a importância apenas dos fatos ou apenas do direito na identificação da causa de pedir. É evidente que se encontram intimamente conectados, pois, no mínimo, parece óbvio que a seleção e prova dos fatos do caso sofrem influência da qualificação jurídica que se lhes pretenda dar (para ser mais simples, da norma jurídica que se pretenda invocar) e vice-versa.

Não se justifica, portanto, a menor atenção que normalmente é dada aos fundamentos jurídicos do pedido (causa petendi próxima) na individualização da *causa petendi* invocada. Isso decorre menos da lei e muito mais da influência que exerce a máxima *iura novit curia* sobre a questão. Essa posição, no entanto, não pode encontrar respaldo perante o processo civil brasileiro. Fato e direito desempenham papéis individualmente importantes e são assim protagonistas em conjunto na individualização da *causa petendi* invocada pelo autor para amparar o pedido formulado.

Na verdade, nos parece um verdadeiro paradoxo que os fatos jurídicos alegados e provados no processo vinculem o juiz, mas, por força da máxima *iura novit curia* o julgador esteja totalmente livre na apreciação do material jurídico da causa, quando se sabe que a demanda posta em exame na verdade é formada por fatos juridicamente qualificados, cuja seleção está intrinsecamente conectada com a qualificação jurídica que se lhes pretenda

²²⁶ Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, *Iura novit curia* ..., p. 73.

oferecer. Ora, é possível afirmar simultaneamente que o juiz é livre para eleger os materiais jurídicos (porque *iura novit curia*) mas se encontra vinculado pelo material fático essencial aportado pelas partes, quando se sabe que tanto o fato quanto o direito têm função determinante na individualização da causa? Essa nos parece, sem dúvida, uma contradição insuportável.

Daí porque a exigência conjunta de exposição dos fatos e dos fundamentos jurídicos, segundo nos parece, faz com que a *causa petendi* no direito brasileiro possa ser caracterizada como a identificação de uma dada posição jurídica cuja proteção é prometida pelo direito e para a qual se vai ao processo em busca de tutela. Por isso, a causa de pedir deve ser descrita de forma a suficientemente individualizar o direito subjetivo subjacente à demanda ajuizada pelo autor. Por vezes essa tarefa será passível de ser cumprida pela simples narração dos fatos jurídicos invocados, que darão lugar tão somente a uma qualificação jurídica e, portanto, a um direito subjetivo. Por outras, os fatos narrados poderão dar lugar a mais de um direito subjetivo, cuja individualização só será possível após a análise do enfoque jurídico dado à situação descrita, isto é, a sua qualificação jurídica.

Ocorre analisar melhor essa última possibilidade, que raramente é avistada pela doutrina. Faremos isso no item que segue.

3.3.3 Fundamento Jurídico, Direito Subjetivo e Individualização da Demanda

Como vimos até aqui, a causa de pedir exerce influencia determinante na identificação do objeto litigioso, isto é, na identificação dos contornos e fronteiras da discussão travada em um determinado processo. Conforme se opte por uma maior ou menor amplitude desses limites, isto é, por uma maior ou menor liberdade das partes na modificação e adequação dos motivos invocados, estar-se-á mais próximo da causa de pedir por individualização ou por substanciação.

O direito brasileiro, consoante se falou, parece aproximar-se mais da teoria da substanciação, embora não a adote por inteiro, pois além dos fatos (jurídicos), também os fundamentos jurídicos exercem papel determinante na conformação da *causa petendi* e, assim, do próprio objeto litigioso do processo, ambos devendo ser narrados pelo autor na propositura da demanda.

A constatação dessa estreita delimitação do debate no processo civil brasileiro, como se sabe, decorre da regra da eventualidade, que tem forte presença na nossa tradição jurídica. Com efeito, ao fazer memorável anotação às Instituições de Direito Processual Civil de

Giuseppe Chiovenda, adaptando-a ao direito brasileiro, assim escreveu Enrico Tullio Liebman:

No processo brasileiro a preclusão recebe aplicação ainda maior que no processo italiano, por ser o meio que serve a garantir a observância de dois princípios que herdou do processo comum medieval: o de uma ordem legal necessária das atividades processuais, como uma sucessão de estádios ou fases diversas, nitidamente separadas entre si (...); e o princípio de *eventualidade*, que obriga as partes a propor ao mesmo tempo todos os meios de ataque ou de defesa, ainda que contraditórios entre si.²²⁷

Realmente, também o atual Código de Processo Civil, a exemplo daquele de 1939 tido em conta por Liebman, recolheu com extremo rigor a regra da eventualidade, o que se vê, por exemplo, a partir do disposto nos seus arts. 264, 294, 321, 474 e 517.²²⁸ Sob a égide de semelhantes considerações é que devemos partir para a nossa análise.

Diante da escolha por esse rígido sistema preclusivo, viu-se que servem à individualização da demanda não só os fatos nem apenas a relação jurídica afirmada, senão que a união dos dois componentes. Somados um e outro, poder-se-á identificar exatamente a causa de pedir invocada. Essa exigência complexa, segundo nos pareceu, é feita para que a partir da narração fático-jurídica possa ser identificada a posição jurídica (para a qual o ordenamento promete proteção) subjacente à demanda ajuizada e cuja tutela o autor busca através do processo. A causa de pedir para o direito brasileiro, em outros termos, consistiria na exata individualização da posição juridicamente protegida (direito subjetivo afirmado como subjacente ao pedido formulado e capaz de amparar a pretensão do autor) para a qual se pede tutela. Se múltiplos forem os direitos subjetivos que amparam uma determinada pretensão, múltiplas serão as causas de pedir e, assim, múltiplas serão as demandas.

Nessa esteira, é tranquilo dizer que o processo civil brasileiro, informado pela estreita observância da regra da eventualidade, não admite que um fato jurídico inicialmente não invocado pelo autor possa ser acrescido ou vir a substituir a outro que desde o começo da ação esteja presente. Na realidade, semelhante regra, atinente à estabilidade objetiva da demanda (art. 264, CPC), quer significar que um determinado direito subjetivo inicialmente não invocado para amparar o pedido formulado, ainda que passível de tutela fosse, não poderá ser posteriormente acrescido ou tomar o lugar de outro inicialmente presente. A eventualidade impõe ao autor que decline desde logo na petição inicial todas as razões para a procedência do pedido, sob pena de não mais poder fazê-lo naquele processo.

²²⁷ Notas às *Instituições...* de Giuseppe Chiovenda, 3º volume, p. 158, nota 1.

²²⁸ José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi ...*, p. 122/124.

Nessa tarefa de identificação do direito subjetivo afirmado pelo autor, cuja tutela se busca por meio do processo, importa na maior parte dos casos a identificação do fato jurídico constitutivo narrado. Com efeito, é a partir da narração fática que na generalidade das situações se consegue individualizar o direito subjetivo a que se busca dar proteção. Em algumas situações, porém, a partir do mesmo fato ou conjunto de fatos poderão ser identificados dois ou mais direitos subjetivos tuteláveis, passíveis de serem invocados para justificar um mesmo pedido; daí que apenas poderão ser bem individualizados a partir da qualificação jurídica feita pelo autor a partir dos fatos jurídicos descritos. “Ao mesmo fato histórico o direito pode atribuir uma pluralidade de qualificações tomando-o em consideração em várias normas e para diversos fins”.²²⁹ A adoção de um ou outro enfoque jurídico, portanto, poderá dar lugar à identificação de diferentes direitos subjetivos tuteláveis; cada qual traduzindo uma causa de pedir autônoma. O papel do fundamento jurídico do pedido, nesse caso, é individuar exatamente a causa de pedir invocada (isto é, o direito subjetivo para o qual se busca proteção).²³⁰ A partir do mesmo fato, portanto, poderemos ter diversas causas de pedir e, assim, diferentes demandas, ainda que possam vir cumuladas se invocadas simultaneamente.

Explicamos melhor. Pode ser que em alguns casos, ante a mesma hipótese fática, possa o autor retirar uma ou outra consequência jurídica, consoante o ponto de vista adotado; vale dizer, conforme o fundamento jurídico que ampara o pedido. Essa hipótese se delinea mais didaticamente visível nas situações em que um mesmo fato jurídico seja passível de ser tratado através do prisma de uma ou outra norma jurídica (pois que pode corresponder, por exemplo, ao suporte fático de uma ou outra regra), como, *v.g.*, um negócio jurídico creditício

²²⁹ Pietro Perlingieri, *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 640.

²³⁰ Essa constatação acerca da insuficiência dos fatos para a definição da causa de pedir e, assim, do valor da fundamentação jurídica para a correta individualização do objeto litigioso do processo já fora feita por Ernesto Heintz quando tratou da variedade dos componentes da *causa petendi* com vistas à identificação dos limites objetivos da coisa julgada (*I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova: CEDAM, 1937). José Ignacio Botelho de Mesquita (*A 'causa petendi' ...*, p. 170/171), examinando o pensamento do autor austríaco, assim se pronuncia: “O erro fundamental da teoria da substanciação reside, para Heintz, no exagerado afastamento (*distaco*) do direito subjetivo, esquecida a função do processo civil de realizar o direito material; (...) Com efeito, do ponto donde parte, a teoria da substanciação é levada a afirmar que a ação se identifica apenas pelo fato constitutivo e pelo *petitum*, quando, na realidade, pode-se, com base no mesmo fato constitutivo, pretender a mesma conclusão através da *reinvindicatio* ou da ação de enriquecimento ilícito, sem que se possa afirmar que ambas as ações sejam idênticas, no sentido de uma prejudicar a outra.(...) Heintz conclui que a cada direito corresponde apenas uma pretensão processual e a sentença que, apreciando apenas um direito, julgar a ação, deixará ainda aberta a via para nova pretensão, nascida do mesmo fato, mas com diverso suporte jurídico, donde não se poder prescindir, na definição da *causa petendi*, de todos os elementos de direito.

entre dois sujeitos (relação de crédito causal) que também tenha dado lugar à emissão de um título de crédito (relação de crédito cambial).²³¹

Nessa hipótese, é certo que, inobstante a narração fática faça alusão às duas situações jurídicas – cambial e causal, que não se confundem –, a adoção de outro enfoque jurídico no trato do problema remeterá a diferentes disciplinas jurídicas, a diversos modos de juridicamente resolver o problema e, invariavelmente, a diferentes direitos subjetivos cuja tutela é buscada através do processo. Com efeito, ninguém nega, a partir das noções advindas do direito material (direito comercial) que a relação cambial e a relação causal não se confundem, uma ou outra podendo aparecer em conjunto ou individualmente, ambas capazes por si só de justificar um pedido de pagamento. Não se pode visualizar aí uma coisa só, isto é, apenas um direito subjetivo, sob pena de se misturarem indevidamente essas diferentes posições separadas pelo próprio direito material. O que definirá o modo de juridicamente enfrentar o problema e, assim, individuar corretamente a posição jurídica para a qual se requer proteção, será o fundamento jurídico da causa.

O fundamento jurídico, nesse passo, consiste na qualificação jurídica dada aos fatos narrados de modo a que se tenha por justificado o pedido. Importante para que se caracterize como fundamento jurídico uma certa qualificação jurídica é que o enfoque dado seja suficiente para, autonomamente, individuar uma determinada posição juridicamente protegida pelo direito material. Assim, tantos serão os fundamentos jurídicos quantas forem as relações jurídicas (na verdade, direitos subjetivos ou posições juridicamente protegidas) invocadas e individuadas a partir dos fatos narrados. Veja-se que, no nosso exemplo, ao falar em relação jurídica queremos fazer referência não à situação creditícia como um todo, senão a cada uma das posições juridicamente protegidas (causal ou cambial) que podem ser individualizadas a partir da descrição fático-jurídica feita pelo autor. No nosso exemplo, a relação de crédito, na verdade, é composta por duas relações jurídicas autônomas (posições juridicamente protegidas autônomas), uma causal, outra cambial. Cada qual, assim, poderá dar lugar a um fundamento jurídico (autônomo), porquanto autonomamente suficiente por si só para amparar a pretensão creditícia. Em tal hipótese, poder-se-á invocar uma ou outra causa de pedir (ou mesmo as duas simultaneamente) para amparar um mesmo pedido de pagamento de quantia.

Em última análise, utilizando a terminologia italiana, pode-se dizer que fundamento jurídico é a argumentação que permite a identificação do direito “feito valer em juízo” por uma certa demanda. Ou seja, são enfoques jurídicos dados à descrição fática que identificam

²³¹ Esse exemplo também é utilizado por Guillermo Ormazabal Sánchez, *Iura Novit Curia ...*, nota 13.

autônomas posições juridicamente protegidas, individualizadas e delimitadas consoante a *causa petendi* próxima narrada; fazem referência a relações jurídicas materiais autônomas, muito embora possam partir do mesmo fato jurídico narrado e possam até mesmo traduzir uma mesma pretensão (no nosso exemplo, direito ao crédito). Se assim não o for (não servir a individualização de um direito subjetivo autônomo capaz de, por si só, justificar o pedido), estaremos falando de meros *argumentos jurídicos*, que são reforços argumentativos em torno de um *fundamento jurídico*.²³²

Possa embora ser semelhante ou mesmo idêntica a pretensão almejada (pedido) pelo autor, parece-nos que tal identidade de finalidade não justifica a indiferença na eleição de um ou outro *fundamento jurídico* a ampará-la. Isso porque, no plano material (e não se pode ignorar jamais esse substrato), ainda que o fato narrado permaneça o mesmo, existem casos em que fundamentos jurídicos diversos necessariamente fazem referência a direitos subjetivos diversos, ainda que concorram para o alcance de um mesmo fim (certa soma em dinheiro, por exemplo).²³³

Nesse caso, a variação entre um ou outro fundamento jurídico (veja-se bem: fundamento, e não argumento), mesmo que permaneçam idênticos os fatos narrados, revelará uma variação do próprio direito subjetivo posto em causa, nada obstante possa conduzir a uma mesma consequência (reportar-se a um mesmo pedido). Essa modificação (normalmente admitida com tranquilidade com amparo na máxima *iura novit curia*), portanto, apenas poderá ocorrer acaso tenha o autor, desde o início do processo, cumulado esses direitos subjetivos a que a troca do fundamento jurídico faz referência, sob pena de que semelhante alteração na *causa petendi próxima* e, assim, na própria causa de pedir, implique uma alteração do objeto litigioso do processo, afetando a sua estabilidade objetiva e transcendendo os limites da causa.

Não nos parece essa constatação um rigorismo formal pernicioso ou um preciosismo de relevância apenas teórica. Trata-se de nos mantermos dentro da lógica e da escolha feita pelo processo civil brasileiro. Obviamente que tal diferenciação só pode ter relevância em um sistema em que maior assento encontre a regra da eventualidade e em que mais rígido seja o

²³² A analogia que talvez se possa fazer é a de que os argumentos jurídicos estão para os fundamentos jurídicos, assim como os fatos simples estão para os fatos jurídicos.

²³³ Essa constatação é corroborada por Ernesto Heinitz (*I limiti oggettivi ...*, consoante nos informa José Ignacio Botelho de Mesquita (*A 'causa petendi' ...*, p. 173): “O *nomen juris*, a qualificação jurídica da relação apresentada pelo autor, que Zanzucchi considera como simples ponto de vista sem relação alguma com o conteúdo da *causa petendi*, pode ter também sua importância, embora na maioria dos casos seja irrelevante. Tal se verifica quando se trate de uma relação obrigacional cuja definição jurídica seja controversa e a indicação técnica da relação controversada não se limite a uma descrição, mas contenha especificamente aquela afirmação do direito do autor que forma o objeto da lide; caso este em que é vedado ao Juiz, como à parte, substituir tal relação por outra, ainda que fiquem inalterados o *petitum* e o fato constitutivo”.

sistema de preclusões, o que certamente é uma escolha político-legislativa de cada ordenamento. Com efeito, tivemos o ensejo de ver, ainda que brevemente, que o sistema processual brasileiro é tradicionalmente marcado por uma maior afeição à eventualidade e à impossibilidade de modificações da demanda (pedido e causa de pedir) após certa etapa do processo (em definitivo, após a fase postulatória), nem mesmo com a anuência das partes. Não se pode, assim, ignorar essa realidade sistêmica do nosso processo civil e, a pretexto de torná-lo mais efetivo, subverter a sua lógica. A vantagem ou desvantagem de uma maior ou menor flexibilidade do processo a alterações a serem feitas no curso da causa não é o que está sendo colocado em jogo por nossa análise. Particularmente, pensamos que seria mesmo desejável uma flexibilização em toda essa rigidez, o que deve ser feito mediante uma alteração do direito objetivo, e não pela distorção na interpretação de suas diretrizes. O que se está a analisar é o sistema atual, e este é invariavelmente marcado por uma maior homenagem à eventualidade, constatação da qual não se pode fugir. À falta de uma reforma nessa estrutura, o que depende de uma modificação *ope legis*, não se pode trabalhar desprezando as suas características essenciais.

Pode-se começar a observar, assim, que o significado atribuído ao aforismo *iura novit curia* no sentido de que o juiz é livre na apreciação do ingrediente jurídico da demanda, se descuidado ou aplicado sem qualquer restrição, pode acabar afetando na própria delimitação do objeto litigioso do processo e, assim, representar odiosa ingerência na esfera de disposição das partes, sem falar na sua repercussão em questões como a delimitação a litispendência, a concorrência de ações, o dever de congruência das decisões judiciais e mesmo os limites objetivos da coisa julgada. Cabe então verificar até que ponto o juiz se encontra vinculado ao fundamento jurídico da causa e em que medida é possível admitir a aplicação da máxima sem que isso represente um exercício exacerbado de poder por parte do julgador.

Antes disso, porém, entende-se necessário comprovar definitivamente a influência que exerce o fundamento jurídico da causa na individualização do direito subjetivo invocado. Faremos isso através da análise de alguns exemplos.

3.3.4 *Iura Novit Curia*, Concurso de Normas e Concurso de Ações

Há pouco vimos que por fundamento jurídico se entende uma previsão do direito mediante a qual se associam determinadas consequências ou efeitos jurídicos a um conjunto de fatos. É evidente que essa previsão geralmente decorre de um determinado instrumento de

técnica legislativa, normalmente a própria lei, que traduz a norma aplicável ao caso, ainda que não tenha sido acertadamente invocada pelo autor. No entanto, quando ocorra pretender o mesmo efeito jurídico com base nos mesmos fatos, mas em virtude de normas jurídicas diferentes, nos encontramos perante um denominado *concurso de normas*.²³⁴ Esse é um fenômeno que se produz com frequência, por exemplo, quando o legislador pretende oferecer a certo grupo de pessoas ou a circunstâncias específicas uma tutela que já concedia de um modo mais geral.²³⁵ Nesse caso, aquela norma já estará compreendida dentro dessa, como se tratasse da espécie e do gênero. Isso ocorre exatamente, por exemplo, no caso das normas do art. 441²³⁶ do Código Civil e art. 18, §1º, I²³⁷ do Código de Defesa do Consumidor, hipótese em que teremos duas normas concorrendo para resguardar uma mesma posição jurídica, acaso, obviamente, de relação jurídica de consumo se trate.

Que o fundamento jurídico da demanda seja diferente das normas concretas não significa que tais normas resultem indiferentes. Aduzir um fundamento jurídico também implica, como dissemos, expressar na demanda regras e princípios previstos em artigos de lei ou em outros instrumentos normativos. O fundamento jurídico, no entanto, está constituído não pela mera indicação desse ou daquele dispositivo, mas sim pela constatação de que a certos acontecimentos o direito prevê essas e aquelas consequências; e isso independe do acerto no momento de mencionar os dispositivos legais que contêm essa previsão. E obviamente a previsão de direito a que sempre remete o fundamento jurídico pode não se esgotar em um preceito concreto, podendo revestir maior complexidade, ao precisar colocar em relação um conjunto de normas e explicitar por que motivo se interpretam dessa ou daquela forma, o que poderá dar lugar a tortuosos raciocínios e intrincadas argumentações.²³⁸

De outro lado, pode acontecer que do conjunto dos fatos narrados pelo autor no processo esteja contemplada pelo ordenamento a produção dos efeitos jurídicos pretendidos. Mas pode acontecer, nessa hipótese, como já vimos, que do conjunto dos fatos possam ser decompostos direitos subjetivos que, conforme o direito, levem autonomamente (isto é, cada

²³⁴ Araken de Assis, *Cumulação ...*, p. 193.

²³⁵ Guillermo Ormazabal Sánchez, *Iura Novit Curia*, p. 99.

²³⁶ “Art. 441. A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor”.

²³⁷ “Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

§ 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; (...).”

²³⁸ Guillermo Ormazabal Sánchez, *Iura Novit Curia*, p. 99/100.

um deles por si só) à pretensão concretizada pelo pedido.²³⁹ Será o caso da concorrência de direitos subjetivos que podem ser retirados de um mesmo conjunto fático, de acordo com a qualificação jurídica engendrada pelo autor. Nesse caso, teremos não apenas um concurso de normas, mas, mais profundamente, um *concurso de ações*.

Realmente, sem o recurso a exemplos concretos, o tratamento do tema que nos ocupa se daria em um nível insuportável de abstração que torna extremamente difícil sua compreensão.²⁴⁰ Daí que nos parece interessante lançar mãos de alguns exemplos que podem elucidar melhor as diferenças entre a troca do fundamento *legal*, que não terá qualquer relevância para o a individualização do direito subjetivo a que se busca dar tutela, e a princípio está permitida pela aplicação da máxima *iura novit curia*, e a modificação do fundamento jurídico da causa, que extrapola os limites de utilização do nosso brocardo, porquanto invade desavisadamente, como logo adiante veremos, a esfera de disponibilidade das partes.

Não vem de hoje a discussão acerca da qualificação jurídica da demanda por reparação de danos fundada em responsabilidade civil. Sabemos, assim, pelos amplos debates tidos pela doutrina civilista, que classicamente duas formas de responsabilidade podem ser alvitradas: aquela decorrente do contrato e a decorrente de um ato. Segundo nos parece, não se trata de mera distinção entre normas legais (a oferecer apenas dois fundamentos *legais* para uma mesma *ação*), senão da diferenciação entre dois direitos subjetivos diversos, fundados em duas relações jurídicas diferentes, que subsistem autonomamente, podendo ou não concorrerem (ou cumularem-se) para a procedência de um pedido de reparação de danos. Bem trabalha a questão e vai ao ponto que nos interessa Guillermo Ormazabal Sánchez, em trecho que nos parece ser válido transcrever:

Uno de los supuestos más habituales en los que tiene lugar el denominado concurso de acciones es el de la concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en la producción de unos daños. Siguiendo el criterio de Tapia Fernández, opino, en efecto, que se trate de un concurso de acciones y no de normas: la pretensión puede basarse en hechos (todos ellos recogidos en el apartado fáctico del escrito de demanda) diferentes, que pueden llenar el supuestos de hecho distintos contenidos en normas o calificaciones jurídicas también diferentes y que por sí solos podrían fundar lo que se pide en la demanda. Por una parte los hechos que determinaron causación – negligente o no – de un daño (cfr. art. 1.902 CC); y por otra, la existencia y vigencia de un contrato en cuya virtud alguien venía obligado a observar una cierta diligencia que se solapa con la diligencia prescrita por el art. 1.902 CC. En el segundo caso, existe un hecho, la correspondiente realidad contractual específica, que no está presente en el primero.²⁴¹

²³⁹ Algo assim, Guillermo Ormazabal Sánchez, *op. cit.*, p. 101.

²⁴⁰ *Op. cit.*, p. 98.

²⁴¹ Guillermo Ormazabal Sánchez, *Iura Novit Curia*, p. 76.

E lança mão do clássico exemplo:

Quien podía reclamar a la compañía ferroviaria los daños que le ocasionó un accidente, podría asimismo accionar reclamando dichos daños con fundamento en el incumplimiento del contrato de transporte, que imponía a la compañía asegurar un desplazamiento indemne. Aun reclamando lo mismo, se reclama en virtud de hechos parcialmente distintos.²⁴²

Com efeito, na hipótese alvitrada, o autor que pretenda a reparação por danos pessoais decorrentes de um acidente de transporte certamente narrará na demanda um acontecer unitário, descrevendo provavelmente tanto a aquisição do bilhete de transporte quanto as circunstâncias em que ocorreu o imprevisto que lhe trouxe as sequelas para cuja reparação recorre ao processo. Dos fatos que integram essa narração, podem-se retirar dois direitos subjetivos diversos, porquanto, no mínimo, preenchem o suporte fático de duas normas diversas e que não se encontram em relação de gênero-espécie. Do episódio do acidente e do conjunto de fatos invocados pelo autor, portanto, resultam duas posições jurídicas tuteláveis – uma decorrente do cumprimento imperfeito do contrato (art. 734²⁴³ do CC) e outra do *neminem laedere* (art. 927²⁴⁴ do CC) –, a que o direito associa o mesmo efeito jurídico (indenização por danos sofridos). Podem ser encontrados, assim, diante desse conjunto fático, dois fundamentos jurídicos diferentes, contidos em duas normas diferentes, para o qual o direito assinala o mesmo efeito jurídico.

O autor pode formular seu pedido simultaneamente com base nos diferentes fundamentos jurídicos que podem resultar de sua narração fática ou fazê-lo com base em apenas um deles.²⁴⁵ Quer dizer, pode invocar a eficácia jurídica dos dois ou apenas de um direito subjetivo, com o que dará lugar, no primeiro caso, a uma verdadeira cumulação de ações.

Noticia-nos o Professor de Girona, ainda, que a jurisprudência do Tribunal Supremo espanhol,

es mayoritariamente partidaria de considerar las cosas de dicho modo, es decir, en los supuestos de concurrencia de culpa contractual y extracontractual aprecia la existencia de un concurso de acciones e estima que no cabe tener en cuenta hechos diferentes de los que sustentan la calificación jurídica invocada, pues dicho modo de

²⁴² Idem, ibidem.

²⁴³ “Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade.”

²⁴⁴ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

²⁴⁵ Guillermo Ormazabal Sánchez, *op. cit.*, p. 102.

proceder supondría alterar la acción, incurrir en incongruencia y provocar indefensión al demandado.²⁴⁶

Na verdade, refira embora o autor espanhol a uma mudança nos fatos para o embasamento por outro tipo de responsabilidade, parece-nos que, nesse caso, a mudança se dê muito mais no plano jurídico do que no fático, o que não impede uma diferenciação entre uma e outra causa de pedir, porquanto reconduzem a direitos subjetivos autônomos decorrentes da mesma situação fática. Com efeito, ainda que possa parecer um exagerado preciosismo, não nos parece lícito ignorar as distinções feitas pelo direito material, que estrutura de forma diversa e com disciplina própria cada uma das espécies de responsabilidade, e misturá-las sem qualquer pudor no quando do trato processual de uma determinada situação litigiosa. Realmente, pode ser que ambas sejam invocadas (como direitos subjetivos autônomos) para amparar uma pretensão de tutela reparatória (caso em que se terá verdadeira cumulação ou concorrência de ações), mas certamente pode-se imaginar que uma ou outra espécie possam ser invocadas autonomamente, porquanto se reportam a direitos subjetivos autônomos. Nesse hipótese, caso se busque a proteção, pelo processo, do direito subjetivo à reparação por danos em decorrência apenas de má execução do contrato de transporte (vale dizer: caso essa seja a fundamentação jurídica lançada pelo autor na propositura da demanda), por exemplo, não será lícito ao juiz, a pretexto de acolher ou desacolher o pedido formulado, variar entre a responsabilidade contratual e a extracontratual (ilícito), adotando enfoque jurídico não vislumbrado pelo autor, porquanto tal implicará na alteração do direito subjetivo posto em causa, uma vez que apenas a proteção daquele direito subjetivo relacionado à responsabilidade contratual foi invocado no processo. Proceder de maneira diversa seria igual a extrapolar a esfera de disposição da parte que, por algum motivo, requereu a proteção de apenas um dos dois direitos subjetivos seus que se mostravam tuteláveis no caso.²⁴⁷

Outro interessante exemplo pode ser colhido no direito tributário. Não raro em execuções fiscais levadas adiante em face de uma determinada empresa, pode acontecer de o executado original não possuir patrimônio suficiente para fazer frente ao crédito tributário cobrado. Em casos tais, o Fisco costuma investigar e carrear elementos fáticos na busca de apurar eventual responsabilidade solidária de outros sujeitos em face daquele débito, a partir

²⁴⁶ Guillermo Ormazabal Sánchez, *Iura Novit Curia*, p. 77. Assim se colhe de trecho de decisão do Tribunal Supremo espanhol transcrito pelo autor: “Si se ejercita la acción extracontractual, invocando los arts. 1.902 e 1.903 del Código Civil, no se puede alterar el núcleo de la cuestión, para resolverla como si se hubiera ejercitado la acción venida del contrato o de su incumplimiento; y lo mismo ha de acaecer en un planteamiento a la inversa”.

²⁴⁷ Entendimento diametralmente oposto a esse é alvitrado por Araken de Assis, *Cumulação ...*, p. 194 e José Rogério Cruz e Tucci, *A causa ...*, p. 134.

do que se poderá solicitar o redirecionamento da execução fiscal em face do responsável solidário. Duas são as possibilidades normativas de engendrar essa responsabilidade: a do inciso I e a do inciso II do art. 124 do Código Tributário Nacional.²⁴⁸

Em se tratando de tributos previdenciários, essa tarefa é cumprida, normalmente, na tentativa de demonstrar a ligação da pessoa jurídica executada com outras pessoas jurídicas, de modo a caracterizar o assim chamado “grupo econômico de empresas”, em razão do que, pela regra inserta no art. 30, IX da lei 8.212/91, que veio a preencher a possibilidade aberta pelo art. 124, II do CTN, será possível solicitar o redirecionamento da execução.

Sói acontecer, no entanto, que não se consiga provar a formação do dito “grupo econômico”, embora dos mesmos fatos carreados se pudesse vislumbrar a existência de efetivo “interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal”, o que bastaria para engendrar a responsabilidade solidária do redirecionado. Nesse caso, será possível ao juiz, não convencido da efetiva existência do grupo econômico, baseado nos mesmos fatos, trocar o enfoque jurídico dado à situação descrita e, assim, admitir o redirecionamento do feito executivo não já por conta da norma do inciso II, mas sim por aquela do inciso I do art. 124 do CTN?

Segundo nos parece, esse câmbio da qualificação jurídica dos fatos não poderá ser feito pelo julgador nas hipóteses em que o sujeito ativo não se valeu dessa possibilidade que lhe assistia desde o início. Isso porque essa troca representará não apenas uma variação entre normas concorrentes reconduzíveis a uma mesma eficácia jurídica, mas sim verdadeira modificação do fundamento jurídico do pedido de redirecionamento da execução fiscal. Ora, se o sujeito ativo deixa de invocar a eficácia jurídica que pode ser retirada de um determinado conjunto fático, não é dado ao juiz, a pretexto de lançar mão do aforismo *iura novit curia*, invadir essa esfera de disposição. E isso porque no processo não se discute sobre fatos brutos, senão sobre situações fáticas reconduzíveis por certos fundamentos jurídicos a eficácias jurídicas específicas.²⁴⁹ A troca desse fundamento jurídico significará um afastamento das consequências jurídicas derivadas pelo autor de uma determinada situação de fato, revelando odiosa intromissão do órgão judicial na própria esfera de disposição das partes, razão pela qual não poderá ser admitida.

Tentaremos tratar um pouco melhor da relação entre a aplicação da máxima *iura novit curia* e os poderes dos sujeitos processuais no capítulo que segue.

²⁴⁸ “Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;
II - as pessoas expressamente designadas por lei.”

²⁴⁹ Guillermo Ormazabal Sánchez, *Iura Novit Curia*, Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 103.

4 A APLICAÇÃO DA MÁXIMA: LIMITES E CONDIÇÕES

Em virtude de tudo o que se disse nos pontos anteriores, é chegada a hora de estabelecer de que maneira pode ter lugar a aplicação do brocardo *iura novit curia*, no sentido de que o juiz conhece o direito e, por isso, é livre na apreciação jurídica da causa posta a julgamento, sem que isso represente, por parte do juiz, uma extrapolação dos limites de seus poderes ou uma indesejada invasão na esfera de disposição das partes. A questão, como se vê, está intimamente “vinculada à divisão de trabalho entre o órgão judicial e as partes”, isto é, ao próprio formalismo processual.²⁵⁰

Cumpra assim que examinemos brevemente a distribuição de tarefas e poderes entre os participantes do processo, mais especificamente, entre autor e juiz, em virtude do corte metodológico feito e que deixa de fora a posição do réu nessa sistemática, a fim de que possamos delinear ao menos de forma mais clara os limites de aplicação da máxima *iura novit curia* no processo civil brasileiro.

4.1 O “PRINCÍPIO” DA DEMANDA

Segundo pensamos, pode ser surpreendida como norma-guia para solução do nosso problema aquela constante do art. 128 do CPC, que assim define: “Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”.

Semelhante prescrição de lei, indicada pela doutrina como manifestação positiva do princípio da demanda ou dispositivo em sentido material,²⁵¹ “concerne ao alcance da atividade jurisdicional, representando o maior limite a essa atividade”, objetivando em última análise “responder sobre o que há de se pronunciar o juiz para que logre decidir a causa”.²⁵²

Com efeito, adverte-nos Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que “constitui princípio assentado de longa data caber à parte a exclusiva iniciativa de iniciar o processo e determinar a *res in iudicium deducta*, razão para já no direito romano medieval ter assumido foros de cidadania a máxima tradicional *nemo iudex sine actore*”.²⁵³

²⁵⁰ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo ...*, p. 158.

²⁵¹ Por todos, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, *Código de processo civil comentado*, 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 175.

²⁵² Idem, p. 175.

²⁵³ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *op. cit.*, p. 170/171.

Dessa forma, o chamado “princípio” da demanda, lastreado o valor liberdade e dando prestígio à autonomia de vontade das partes na conformação do formalismo processual,²⁵⁴ representa verdadeira “norma jurídica estruturante do processo civil”,²⁵⁵ a significar que cabe às partes, e tão somente a elas, decidir se exercerão determinados direitos subjetivos que possuem, ou se, pelo contrário, deixarão de exercê-lo²⁵⁶ naquele processo – vale dizer: naquele momento.

Realmente, razões de política judiciária ligadas à preocupação com a manutenção da necessária imparcialidade do órgão judicial na apreciação da causa determinam a conveniência do seu afastamento tanto da formulação do pedido quanto da indicação da causa de pedir.²⁵⁷

Assim postas as coisas, é lugar comum dizer-se que a norma do art. 128 do CPC, que concretiza entre nós o *princípio* dispositivo, afasta o órgão jurisdicional da tarefa reservada às partes de aportar o material fático da causa, e, assim, delimitar o objeto litigioso do processo.²⁵⁸ Nesse sentido, como se sabe, sobre o autor recai o ônus de invocar os fatos constitutivos de seu direito, cabendo ao réu, por sua vez, contestar semelhante situação (deduzindo defesa direta de mérito) ou ainda engendrar defesa indireta, com o que deverá aportar a alegação de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.²⁵⁹ Essa a razão pela qual o princípio da demanda vai normalmente indicado como sendo a norma pela qual se outorga às partes a tarefa exclusiva de trazer os fatos essenciais ao processo, no que é vedada a participação do juiz.²⁶⁰ Espera-se, com isso, que esteja o problema resolvido.

Parece-nos, entretanto, que essa noção deve ser um pouco melhor trabalhada. Na verdade, ao se entender que pelo princípio dispositivo o juiz é deixado de fora da tarefa de estabelecer os *factos* jurídicos essenciais da causa, revela-se presente a ideia, já combatida no capítulo anterior, segundo a qual apenas os fatos são importantes para o estabelecimento do objeto litigioso do processo, vale dizer, da *res in iudicium deducta*. Ocorre que, como vimos,

²⁵⁴ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, *Curso de processo civil*, p. 68.

²⁵⁵ Na eloquente expressão de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, *Curso de processo civil*, p. 58 e ss, que resolve semanticamente o uso inadequado, atécnico, à luz da contemporânea teoria das normas (sobre o assunto ver, por todos, Humberto Ávila, *Teoria dos princípios, passim*), da expressão “princípio” quando são trabalhados os institutos formadores do processo civil, entre os quais se enquadra o chamado “princípio” da demanda. Sobre as “normas jurídicas estruturantes do processo civil” ver o clássico ensaio de Robert Wyness Millar, *The formative principles of civil procedure*, in Arthur Engelmann *et alli*, *A history of continental civil procedure*, Tradução de Robert Wyness Millar *et alli*, New York: Kelley, 1969.

²⁵⁶ Ovídio Araújo Baptista da Silva, *Curso de processo civil*, 7ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 50.

²⁵⁷ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo ...*, p. 171.

²⁵⁸ Consoante já referimos antes, somos partidários da tese segundo a qual às partes (e, portanto, não só ao autor) é dada a tarefa de estabelecer os contornos da lide e, assim, delimitar o objeto litigioso.

²⁵⁹ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, *Curso de processo civil*, p. 68/69.

²⁶⁰ Giuseppe Chiovenda, *Instituições ...*, 2º volume, p. 343 e ss.

não apenas os fatos são determinantes nessa tarefa, mas, por vezes, apenas com a combinação entre os fatos e o fundamento jurídico invocado pelo autor é que se terá a exata noção de qual é o direito “feito valer” pelo demandante em juízo.

Ao se falar no princípio da demanda, portanto, deve-se ter a noção de que essa norma atribui às partes não apenas a invocação dos fatos jurídicos essenciais da causa, mas, mais especificamente, a indicação do(s) direito(s) subjetivo(s) para o(s) qual(is) busca proteção através do processo. Não à toa, portanto, pouco acima se referiu que o princípio dispositivo diz respeito precipuamente à liberdade concedida ao autor²⁶¹ na decisão de fazer uso desde já de determinado direito subjetivo que possui, ou se, pelo contrário, deixará de exercê-lo naquele momento (nada o impedindo de fazê-lo em momento posterior, em outra demanda).

A ligação que normalmente é feita entre princípio da demanda e poder exclusivo das partes na invocação dos *factos* jurídicos essenciais da causa, com exclusão do órgão judicial, parte da premissa de que apenas os fatos importam para a definição do objeto litigioso do processo. Ciente que estamos, no entanto, de que por vezes apenas com a conjugação do fundamento jurídico que qualifica os fatos narrados é que se poderá saber exatamente para qual direito subjetivo pretende o autor dar proteção, parece-nos que é mais correto falar que o princípio da demanda quer significar que às partes, e apenas a elas, no que jamais pode interferir o órgão judicial, cabe o poder de invocar proteção a um determinado direito subjetivo ou de dele lançar mão a fim de justificar determinado pedido formulado.

Nesses limites melhor definidos é que se deve entender a vedação feita ao órgão judicial pelo art. 128 do CPC. Não é lícito ao órgão judicial, assim, engendrar qualquer modificação na causa que, em última análise, afete na escolha exclusiva das partes de dispor ou não de um certo direito subjetivo de que se julguem possuidoras.

Realmente, esse é um dos mais importantes limites à aplicação na máxima *iura novit curia*. Com efeito, a modificação do fundamento jurídico invocado, naqueles casos em que apenas pelo cotejo fático-jurídico será possível individualizar com precisão o direito subjetivo para o qual se busca tutela, apenas poderá acontecer acaso exista uma *cumulação* de causas de pedir, isto é, uma cumulação de direitos subjetivos amparando o mesmo pedido. Isso não ocorrendo, o juiz estará sim vinculado pela qualificação jurídica dos fatos feita pelo autor, não podendo alterá-la, sob pena de alterar o próprio direito subjetivo posto em causa, o que é logicamente inadmissível. A aplicação da máxima *iura novit curia*, nessa situação, ineludivelmente representará a violação do próprio princípio dispositivo.

²⁶¹ Na verdade, a autor e réu, porquanto também este último, ao responder a demanda, poderá alçar mão do exercício de direitos subjetivos (no caso de exceções materiais a que pode ter direito).

Caso isso ocorra, teremos uma sentença eivada de nulidade, porquanto incongruente com a causa de pedir invocada pelo autor, como se vê do próximo ponto.

4.2 O “PRINCÍPIO” DA CONGRUÊNCIA

Além do art. 128 do CPC, o princípio da demanda encontra assento também no art. 460 do Código, que o reafirma,²⁶² assim prescrevendo: “Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

Como se percebe, a norma ratifica o dever de o juiz manter-se estritamente limitado, no seu pronunciamento, aos contornos dados pelas partes no estabelecimento do objeto litigioso do processo e, portanto, aos pedidos por elas formulados. Como decorrência do princípio da demanda, impõe-se ao juiz um dever de guardar *congruência* entre o seu pronunciamento e o pedido formulado pelo autor, vedando-se a prolação de sentenças *ultra*, *extra* ou *citra petita*. Semelhante norma, em conjunto com o art. 128, antes tratado, densifica positivamente, portanto, o chamado *princípio* da congruência ou adstrição da decisão judicial.²⁶³

Referindo-se à “correlação entre a tutela jurisdicional e a demanda”, Cândido Rangel Dinamarco explica que,

é norma inerente ao processo civil moderno dos países de cultura romano-germânica a vinculação do juiz aos limites da demanda, sem lhe ser lícito prover para sujeitos diferentes daqueles que figuram na petição inicial (partes da demanda), ou por *motivos* [grifamos] diferentes dos que houverem sido regularmente alegados (causa de pedir), ou impondo soluções não pedidas ou referentes a bens da vida que não coincidiam com o que na petição (*petitum*). Tais são os *limites subjetivos e objetivos da demanda*, com os quais o art. 128 do Código de Processo Civil manda que a tutela jurisdicional guarde correspondência.²⁶⁴

Vale salientar que, no mais das vezes, o chamado *princípio* (em realidade, regra) da congruência vai compreendido no direito brasileiro apenas no cotejo pedido-sentença. Vale dizer: desde que a sentença não outorgue ao autor nada além (*ultra*), fora (*extra*) ou aquém (*infra*) do quanto pedido, costuma-se entender por plenamente atendido o dever de congruência do juiz ao exarar a sentença. Essa concepção, no entanto, acaba reduzindo

²⁶² Moacyr Amaral Santos, *Comentários ao código de processo civil*, volume IV, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 441.

²⁶³ Moacyr Amaral Santos, *Comentários...*, p. 441; Sérgio Gilberto Porto, *Comentários ao código de processo civil*, volume 6, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 110. Fredie Didier Jr., *Curso de direito processual civil*, volume 2, 5ª edição, Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 310.

²⁶⁴ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições ...*, p. 273.

sobremaneira o alcance do exame da congruência da sentença. Realmente, “a percepção está correta, mas é necessário ir mais adiante”.²⁶⁵

Para isso, deve-se colocar também sob o guarda-chuva conceitual da regra da congruência os demais elementos individualizadores da demanda, subjetivos (sujeitos que a ela se vinculam) e objetivos (ao lado do pedido, também os fundamentos invocados pelas partes para o acolhimento de sua pretensão, ou seja, a causa de pedir), exigindo que também com esses elementos a decisão guarde congruência.²⁶⁶ Essa última perspectiva, pouco trabalhada no Brasil, é muito valorizada, em toda a sua amplitude conceitual, em outros países.²⁶⁷ É essa noção mais abrangente da congruência que se revela essencial para a compreensão do objeto do nosso trabalho, porquanto o que nos interessa é o dever de congruência que deve observar o juiz entre a sua decisão e a causa de pedir esboçada na demanda, respeitando, assim, o princípio dispositivo e o direito fundamental ao contraditório (art. 5º, LV, Constituição da República),²⁶⁸ julgando com base apenas no que efetivamente debatido no processo.²⁶⁹

Nesse sentido, doutrina especializada afirma que “sem desprezar os pontos de fato e de direito contrários à pretensão, os motivos decisórios devem ligar-se às causas de pedir

²⁶⁵ Fredie Didier Jr., *Curso...*, volume 2, p. 309.

²⁶⁶ Idem, *ibidem*. Fala o autor em congruência interna e externa: essa diz com a necessidade de que a decisão seja correlacionada, em regra, com os sujeitos envolvidos no processo (congruência subjetiva) e com os elementos objetivos da demanda que lhe deu ensejo e com a resposta do demandado (congruência objetiva). Aquela, refere-se “aos requisitos para sua inteligência como ato processual. Nesse sentido, a decisão precisa revestir-se dos atributos de clareza, certeza e liquidez”.

²⁶⁷ A exemplo, veja-se o tratamento dado à questão no direito espanhol pelo art. 218 da reformada *Ley de Enjuiciamiento Civil*, que assim dispõe:

“Artículo 218. Exhaustividad y congruencia de las sentencias. Motivación.

1. Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate.

El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.

2. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón.

3. Cuando los puntos objeto del litigio hayan sido varios, el tribunal hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos”.

²⁶⁸ Salienta Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições...*, p. 274, que “se o juiz pudesse extravasar os limites desta [da demanda], dispondo sobre *algo* ou *para alguém* que não figure nela ou com *fundamento* em fato não alegado, com isso estaria comprometendo a efetividade da garantia constitucional ao contraditório”. Chamando a atenção para a relação entre o dever de congruência e a garantia do contraditório, Fredie Didier Jr., *op. cit.*, p. 311.

²⁶⁹ Consoante leciona Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, *Iura novit curia ...*, p. 41, que, após indicar a dupla acepção do princípio de congruência, em suas vertentes interna e externa, assim adverte da importância do conceito para a análise do tema que nos ocupa: “El tipo de congruencia relevante para el estudio del principio *iura novit curia* es el segundo caso de congruencia externa; es decir, la exigencia de que no existan discordancias entre el fallo judicial y lo debatido en el proceso”.

remota (fatos) e próxima (direito que sustenta o pedido) introduzidas pelo demandante”.²⁷⁰ Daí chamar a atenção para a possibilidade de serem pronunciadas sentenças incongruentes por falta de adstrição entre a causa de pedir esboçada pelo autor e os fundamentos da decisão. Nesse sentido, fala em decisão *ultra petita* (mais exatamente, sentença *ultra causa petendi*), *extra petita* (ou melhor, *extra causa petendi*) e *citra petita* (para ser preciso, *citra causa petendi*): na primeira, a decisão, além de levar em conta os fundamentos suscitados, acrescenta outros em que baseia a sua decisão; pela segunda, decide-se com base em fundamentos não alegados, deixando de examinar aqueles suscitados; com relação à última, omite-se o julgador na análise de fundamentos arguidos, sem, no entanto, levar em consideração outros, não suscitados.²⁷¹ Incurrendo a sentença em alguns desses vícios, será passível de anulação, por incongruente.

A regra da congruência entre a demanda e a decisão judicial, portanto, consubstancia uma “legítima limitação ao exercício da jurisdição”, em virtude da qual se veda a prolação de sentenças que “no todo ou em parte apóiem-se em elementos não constantes da demanda proposta”.²⁷²

Nada obstante se deva levar em conta essa ampliação do conteúdo da regra da congruência, de modo a deixar o juiz adstrito também da causa de pedir invocada pelo autor, além, por óbvio, dos pedidos formulados, não vacila a doutrina em apontar, à unanimidade, a ausência de necessária correlação entre os fundamentos jurídicos invocados pelas partes (ou causa de pedir próxima, como vimos) e os fundamentos da decisão. Nesse sentido, diz-se que não pecaria por incongruência decisão que, sem afastar-se dos fatos suscitados, se baseasse em fundamentos jurídicos não invocados pelo autor, uma vez que “o direito, quando posto em tese para embasar o pedido do autor e quando não faça parte da situação fática concreta, não tem maior importância nos fundamentos da sentença”.²⁷³

Com efeito, costuma-se entender que,

o rigor da regra da correlação entre a sentença e a causa de pedir incide apenas sobre os *fatos* e não sobre os fundamentos jurídicos da demanda. Estes, embora exigidos para a composição da petição inicial (art. 282, inc. III), podem ser legitimamente alterados pelo juiz. A chamada presunção de conhecimento da lei (LICC, art. 3º) conduz ao ônus, que tem o réu, de defender-se em relação aos fatos alegados, sabendo quais efeitos jurídicos ele é capaz de produzir – e podendo inclusive contestar os efeitos desejados pelo autor, justamente porque contrários à lei; e os juízes, que também conhecem esta regra (*jura novit curia*), darão aos fatos o valor

²⁷⁰ Vallisney de Souza Oliveira, *Nulidade da sentença e princípio da congruência*, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 244.

²⁷¹ Idem, p. 268/269.

²⁷² Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições ...*, p. 274/275.

²⁷³ Vallisney de Souza Oliveira, *op. cit.*, p. 246.

jurídico que tiverem, não necessariamente aquele que o autor houver confirmado (*narra mihi factum dabo tibi ius*).²⁷⁴

Em razão disso, fala-se que os,

fundamentos jurídicos não se submetem à regra da congruência, visto que compõem questões de direito, cuja análise pode ser feita de ofício pelo juiz em razão do princípio *iura novit curia*. Assim, nada impede que o magistrado, em reforço aos argumentos jurídicos trazidos pelo demandante ou pelo demandado, acrescente outros fundamentos de direito para, respectivamente, acolher ou rejeitar o pedido formulado. Não haverá aí decisão *ultra petita*.²⁷⁵

Como já se poderia imaginar, costumamos a concordar com semelhantes conclusões. Tal compreensão, parece claro, parte da premissa de que uma vez colocados os fatos que embasam o pedido do autor (dos quais, não se discorda, a decisão não pode se afastar), estaria plenamente individualizada a causa de pedir exposta na petição inicial para amparar o pedido formulado.

Acontece que, conforme vimos, as coisas nem sempre se passam dessa forma. Tais conclusões, a nosso ver, partem da premissa de que uma vez colocados os fatos que embasam o pedido do autor (dos quais, não se discorda, a decisão não pode se afastar), o julgador estaria a eles adstrito, mas transitaria livremente pelo assim chamado “mundo do direito” a fim de encontrar a *regra* jurídica que melhor atenda àquela pretensão. No exercício dessa tarefa lógico-subsuntiva, de contornos matemáticos, o juiz não estaria vinculado à qualificação jurídica feita pelo autor, já que poderia encontrar norma que melhor se *encaixasse* à premissa menor do silogismo, razão pela qual dessa forma teríamos uma decisão melhor formada. Assim funcionasse a hermenêutica jurídica, estaríamos de acordo com as conclusões enunciadas, apenas uma amostragem de um plêiade de ilustríssimos juristas que se pronunciam no mesmo sentido.

Realmente, nos capítulos anteriores a fundo trabalhamos a ideia de que, em determinadas situações, não só os fatos, como também os fundamentos jurídicos, cumprem papel decisivo na individualização do direito subjetivo para o qual se busca tutela por meio do processo, e, assim, na demarcação do objeto litigioso do processo. Ora, se não é dado ao juiz intrometer-se de qualquer maneira nessa tarefa, é necessário concluir que a sentença que modifica o fundamento jurídico da causa, interferindo na *res in iudicium deducta*, invariavelmente cometerá o pecado da incongruência, sendo passível, portanto, de anulação.

Pelas mesmas razões antes expostas para combalir a arraigada noção de que a causa de pedir é conformada apenas pelos fatos jurídicos narrados pelo autor, discordamos

²⁷⁴ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições...*, p. 274/275.

²⁷⁵ Fredie Didier Jr., *Curso...*, volume 2, p. 314.

frontalmente da ideia de que o dever de congruência entre a sentença e a causa de pedir deva significar apenas a obrigação de adstrição do julgador aos fatos postos em causa, inexistindo violação a essa regra nos casos em que o juiz se vale de outro fundamento jurídico, não invocado, para decidir.

Nosso entendimento, como já referido, restringe o âmbito de aplicação da máxima *iura novit curia*, vinculando o juiz ao fundamento jurídico da demanda quando isso significar, por parte do autor, um ato de individualização do direito subjetivo para o qual busca proteção em face de certo conjunto fático capaz de dar lugar a mais de uma posição jurídica tutelável, identificadas a partir da qualificação jurídica formulada. Ora, se a qualificação jurídica feita pelo autor é o ato pelo qual se individualiza e identifica o direito subjetivo posto em causa, parece evidente que a troca do elemento de direito implicará a troca do próprio direito subjetivo de que se vale o autor para pedir o que pede; e isso, como já vimos, não se pode admitir, sob pena de violação do princípio da demanda.

O juiz não pode resolver a causa com base em fundamentos jurídicos que o autor pudesse ter alegado, mas apenas por aqueles efetivamente invocados.²⁷⁶ Daí porque sentença que assim proceda deverá ser passível de anulação por violação à regra da congruência, da mesma forma como ocorre quando a decisão invoca um fato jurídico deixado de fora da causa pelo autor. Se assim o é quanto aos fatos, não há razão para flexibilizar a regra quando o julgador se vale de um fundamento jurídico não invocado.

A correlação entre a aplicação da máxima *iura novit curia* e a necessária congruência que a decisão judicial deve guardar com o que efetivamente debatido no processo, no entanto, vai além. Como já se disse, a regra da congruência impõe ao julgador não apenas o dever de julgar respeitando a esfera de disposição das partes e, por isso, não indo nem fora, tampouco além ou aquém do quanto exercido, mas também significa a obrigação de o órgão judicial se pronunciar apenas sobre o que foi efetivamente debatido no processo. Vale dizer: será da mesma forma incongruente a sentença que, mesmo não extrapolando ou ficando aquém da *res in iudicium deducta*, julgar com base em perspectiva, tanto fáticas quanto jurídicas, não debatidas previamente pelas partes. É evidente, assim, as conexões existentes entre a regra da congruência e o princípio do contraditório, o que sem dúvida alguma interessa para o nosso exame acerca da aplicação da máxima *iura novit curia*. Efetivamente, essa relação também vem à tona fortemente quando examinamos as ligações entre o nosso brocardo e o princípio do contraditório.

²⁷⁶ Guillermo Ormazabal Sánchez, *Iura Novit Curia*, p. 50.

Semelhante cotejo entre contraditório e *iura novit curia*, porém, não diz apenas com o dever de congruência, que é apenas uma das várias pontas do problema, razão pela qual trataremos de examinar essas questões separadamente no próximo ponto.

4.3 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

De tudo o que até aqui se expôs, podemos pelo menos começar a duvidar do sentido usualmente atribuído à máxima *iura novit curia* no sentido de que o juiz conhece o direito e por isso é livre na qualificação jurídica dos fatos. Com efeito, já tivemos o ensejo de demonstrar, ainda que de modo não exaustivo, que a lei (art. 282, III do CPC) exige do autor a exposição simultânea dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido; da mesma forma, fizemos referência ao fato de que em determinadas situações a troca da qualificação jurídica da causa poderá ensartar a modificação do próprio direito subjetivo para o qual se busca proteção, levando invariavelmente à mudança do objeto litigioso do processo. Tal nos afigura como uma inadmissível invasão na esfera de disponibilidade da parte e, por isso, contrária ao princípio da demanda. Daí porque se estabeleceram, no capítulo anterior, limites à aplicação da máxima, que deve respeitar tanto a *res in iudicium deducta* quanto o dever de congruência do órgão judicial.

Casos outros existem em que certamente a mudança do enquadramento jurídico da causa não levará a tão desastrosas consequências. Nessas hipóteses, razão não haveria para vedar ao órgão judicial que oferecesse o seu ponto de vista sobre a questão, o que decorre mesmo do ambiente renovado de diálogo constante próprio de um processo cooperativo e informado pelo plano metodológico do formalismo-valorativo. Essa variação, no entanto, como é de se presumir, não pode ser feita de qualquer forma, de modo a surpreender os litigantes e sem contar com a possibilidade de sua participação. Daí porque papel decisivo na aplicação da máxima *iura novit curia* é reservado ao princípio do contraditório.

Com efeito, os limites de aplicação da máxima *iura novit curia* não são apenas aqueles postos no capítulo anterior. Isso porque, também quando for admitida a troca do enfoque jurídico dado à situação descrita pela petição inicial, o julgador não estará totalmente livre na realização dessa tarefa; nesse caso, seu limite, da mesma forma intransponível, já não mais será aquele erigido pelo princípio da demanda, mas sim o que lhe oferece o princípio do contraditório.

A atividade judicial de livre dedução do direito está limitada por princípios processuais de inescusável cumprimento, para que não seja sacrificado o

direito ao contraditório efetivo. Nesta linha, o contraditório representa elemento limitador do aforismo *iura novit curia*.²⁷⁷

Realmente, uma das mais importantes limitações que sofre ao juiz em seu poder de “livremente” controlar o direito (*iura novit curia*) é aquele colocado pelo princípio do contraditório, considerado um princípio estrutural em qualquer tipo de processo,²⁷⁸ e condição *sine qua non* para a existência de um processo justo.²⁷⁹

Na sua visão atual,

o direito fundamental do contraditório situa-se para além da simples informação e possibilidade de reação, conceituando-se de forma mais ampla na outorga de poderes para que as partes participem o desenvolvimento e no resultado do processo, da forma mais paritária possível, influenciando de modo ativo e efetivo a formação dos pronunciamentos jurisdicionais. Este último elemento não se circunscreve ao ato que resolve a controvérsia, mas compreende todas as decisões do órgão judicial, digam respeito ao mérito da controvérsia, às chamadas condições da ação, aos pressupostos processuais, ou à prova. Estendendo-se, ademais, à matéria fática ou de puro direito, e em qualquer fase do processo (conhecimento ou execução), abrangendo também a fase recursal, em qualquer grau de jurisdição ou no âmbito de recurso especial ou extraordinário, e a fase ou processo destinado á obtenção de tutela de urgência.²⁸⁰

Obviamente que tamanha amplitude e importância do contraditório somente é possível de ser imaginada dentro de um processo marcado por uma veia dialogal, própria de uma estrutura cooperativa de processo (consoante vimos no capítulo 2), marcado pela equitativa distribuição, entre os sujeitos processuais, de poderes, faculdades e ônus, com efetiva correspondência e equivalência entre as posições contrapostas, porquanto somente assim será possível realmente proporcionar a participação dos interessados no *iter* de formação do provimento judicial destinado a interferir na sua esfera jurídica.²⁸¹

Ora, a constatação de que o processo (ao menos o processo contemporâneo) não é um monólogo, mas sim um diálogo, uma troca de propostas e respostas com estrutura marcadamente dialética, faz com que mesmo a vontade do juiz (vale dizer, mesmo os atos que se encontram em sua esfera de poder) não se exiba totalmente soberana, na medida em que condicionada, de um ou outro modo, à influência das partes.²⁸²

Dentro de um processo organizado a partir da necessidade de colaboração é absolutamente indispensável tenham as partes a possibilidade de se pronunciar sobre tudo que pode servir de ponto de apoio para a decisão da causa, inclusive quanto àquelas questões que o juiz pode apreciar de ofício.²⁸³

²⁷⁷ Junior Alexandre Moreira Pinto, *A causa petendi* ..., p. 83.

²⁷⁸ Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, *Iura novit curia* ..., p. 33.

²⁷⁹ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *A garantia do contraditório*, p. 10.

²⁸⁰ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitdiero, *Curso de processo civil*, p. 36.

²⁸¹ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo* ..., p. 131/132.

²⁸² *Idem*, p. 132.

²⁸³ Daniel Mitdiero, *Colaboração no processo civil*, p. 136.

A partir da lógica do processo civil contemporâneo, a exigência é de que qualquer pronunciamento jurisdicional tenha apoio apenas em elementos sobre os quais as partes tenham tido efetiva oportunidade de se manifestar, o que significa evitar a decisão surpresa no processo.²⁸⁴ Se assim o é, resta evidente que qualquer troca operada no enquadramento jurídico dado aos fatos narrados pela petição inicial só será possível de ser pensada a partir da oportunização do exercício do contraditório.

Isso porque, em muitas ocasiões, a alteração do enfoque jurídico dado à descrição fática feita pelo autor pode acabar maculando o próprio direito de defesa do réu. O julgador, ao se valer de enquadramento jurídico diverso daquele alvitado na petição inicial, e não discutido na causa, acabará surpreendendo as partes com a invocação de argumentos jurídicos não imaginados pelo autor e/ou não combatidos pelo réu. Essa prática, se levada a cabo sem a prévia participação das partes, obviamente levará a inevitável violação do contraditório. Também por esse motivo é que o Código de Processo Civil brasileiro não dispensou o autor da apresentação da causa próxima. A aplicação da máxima *iura novit curia*, assim, não tem o condão de atingir o imprescindível debate entre as partes, indeclinável por força do contraditório.²⁸⁵

É evidente a impossibilidade de que “os litigantes sejam surpreendidos por decisão que se apoie, em ponto fundamental, numa visão jurídica de que não se tenham apercebido”.²⁸⁶ Na quadra teórica do formalismo-valorativo, pois, o direito ao contraditório leva à previsão de um dever de debate entre o juiz e as partes a respeito do material jurídico recolhido ao longo do processo, o que decorre da própria estrutura democrática do processo no Estado Constitucional.²⁸⁷ Daí porque, dentro dessa orientação,

a liberdade concedida ao julgador na eleição da norma a aplicar, independentemente da sua invocação pela parte interessada, consubstanciada no brocardo *iura novit curia*, não dispensa a prévia ouvida das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos ao litígio, em homenagem ao princípio do contraditório.²⁸⁸

Essas considerações, ademais, conectam-se intimamente com a própria segurança jurídica, visto que qualquer surpresa, qualquer acontecimento inesperado, só faz diminuir a fé do cidadão na administração da justiça.²⁸⁹ Bem presente essa noção, não há como se negar que qualquer tomada de decisão tem de ser precedida de prévia oportunidade de manifestação

²⁸⁴ Daniel Mitidiero, *Colaboração ...*, p. 136.

²⁸⁵ Junior Alexandre Moreira Pinto, *A causa petendi ...*, p. 86/87.

²⁸⁶ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *A garantia do contraditório*, p. 15.

²⁸⁷ Daniel Mitidiero, *Colaboração ...*, p. 135.

²⁸⁸ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *op. cit.*, p. 15.

²⁸⁹ Idem, *Ibidem*

pelas partes, tanto a respeito do que se convencionou chamar questões de fato, “como no que atine a eventual visão jurídica do órgão jurisdicional diversa daquela aportada por essas ao processo. Fora daí há evidente violação à cooperação e ao diálogo no processo, com afronta inequívoca ao dever judicial de consulta, e ao contraditório”.²⁹⁰

De mais a mais, ulteriores ressalvas devem ser feitas ao posicionamento da maioria da doutrina e da jurisprudência a respeito da utilização do brocardo. Com efeito, a troca do enquadramento jurídico, quando não estiver impedida pelo princípio da demanda, dependerá ainda da inexistência de prejuízo para as partes, principalmente para a defesa do réu. Essa limitação passa pela oportunidade pelo órgão judicial do efetivo exercício do direito fundamental ao contraditório pelas partes. Mas não é só. E as razões são singelas.

É até mesmo natural que, a partir de um novo enfoque de direito dado pelo órgão judicial aos fatos postos em causa, abram-se tanto para o autor quanto para o réu novas perspectivas a respeito da situação litigiosa. Disso poderá decorrer o surgimento de inúmeras novas indagações, argumentação e mesmo objeções a essa renovada perspectivas. Não raro, nesses casos, será possível imaginar também que, diante do novo enquadramento jurídico oferecido, as manifestações das partes provoquem a necessidade de ulterior produção de provas, levando à necessidade de instrução adicional da causa. E isso poderá ocorrer quando já superada a fase instrutória da causa.

Ora, parece-nos evidente que, acaso isso ocorra, a troca do enfoque jurídico só poderá acontecer se vier acompanhada da possibilidade de as partes exercerem amplamente os direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa e à prova também frente a essa nova situação. Caso contrário, alterado o enquadramento jurídico da causa e impossibilitado às partes a renovação da instrução do processo, haverá iniludível violação a esses direitos fundamentais processuais. A aplicação da máxima, assim, não poderá ocorrer sem observar essas condicionantes.

Ainda que brevemente, pode-se vislumbrar de semelhantes colocações que a máxima *iura novit curia* apenas pode ter aplicação se respeitados limites e condicionantes de valor supremo para o processo civil contemporâneo no marco do formalismo-valorativo. Dentro dessa lógica, o diálogo judicial, assim, torna-se autêntica garantia de democratização do processo, impedindo que o órgão judicial e a utilização do aforismo *iura novit curia* redundem em instrumento de opressão e autoritarismo.²⁹¹ Daí porque o efetivo respeito ao contraditório, à luz de uma mais moderna definição da garantia, exige atenta observação da

²⁹⁰ Daniel Mitidiero, *Colaboração ...*, p. 136/137.

²⁹¹ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *A garantia do contraditório, ...*, p. 15.

possibilidade de as partes de se influírem, de modo amplo, na decisão tomada a partir da nova matéria jurídica surgida na demanda. Está o julgador com seus poderes abreviados, por conta do princípio do contraditório. Esta é a única forma de equacionar este último e a aplicação da máxima *iura novit curia*.²⁹²

²⁹² Junior Alexandre Moreira Pinto, *A causa petendi e o contraditório*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 84.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após tudo o que se disse, é chegada a hora de alinharmos os pontos examinados ao longo do trabalho e, analisando-os em conjunto, retirarmos algumas conclusões.

De início, vimos que a aplicação da máxima *iura novit curia*, entendida como o princípio pelo qual o juiz conhece o direito e é livre na apreciação jurídica da demanda, não encontra regulação específica no Código de Processo civil brasileiro de 1973. Diante desse quadro de vazio legislativo, a doutrina majoritária tende a asseverar que, na apreciação da causa pelo juiz, importam os fatos narrados pelo autor, dos quais pretende que decorra o seu direito. Nessa linha, a fundamentação jurídica lançada na petição inicial, ainda que não seja dispensável, traduz mera proposta de enquadramento jurídico do problema ao exame do julgador, diante do que, ainda que possa adotá-la, não estará de qualquer forma vinculado a essa perspectiva. Na mesma esteira se coloca a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que custa a encontrar qualquer vício decorrente da mudança da qualificação jurídica da demanda feita pelo juiz.

Ocorre que essa perspectiva que pugna pela ausência de quaisquer limites do órgão judicial no enquadramento jurídico da situação debatida no processo alinha-se a uma maneira de conceber o processo que já não mais pode ser admitida na contemporaneidade. Com efeito, ainda que realmente seja incerta a origem da máxima *iura novit curia*, pode-se, com segurança, vinculá-la aos tempos em que imperava um modelo de processo de corte assimétrico, próprio de uma sociedade marcadamente dividida por estamentos sociais fixos, e caracterizado, sob a perspectiva das posições desenvolvidas pelos sujeitos processuais, por um juiz *superpartes*, eminentemente centralizador e pouco afeito ao diálogo. O direito, de mais a mais, concebido a partir de uma lógica avessa ao necessário caráter problemático do jurídico, afeiçoava-se a uma forma de pensar própria às ciências naturais, em função do que imperava a tentativa (infrutífera) de engendrar uma estanque divisão entre fato e direito, aqueles sob o domínio das partes, esse sob o domínio de juiz (*da mihi factum, dabo tibi ius*). Dentro dessa lógica, a aplicação do direito ao caso – concebido com o simples exercício de “catalogar fatos”, de “metê-los nas caixetas das categorias jurídicas”, na ilustrativa figura de Pontes de Miranda²⁹³ – era tarefa que tocava exclusivamente ao órgão judicial, uma vez que, se pensava, o material fático, por si só, bastaria para individualizar o caso *sub examine* em uma determinada demanda. Dentro desse contexto, era até mesmo plausível que se imaginasse que

²⁹³ Pontes de Miranda, *Comentários ...*, tomo IV, p. 17.

a livre qualificação jurídica da causa pelo julgador, encarada como o simples caminhar pelo mundo do direito na busca de uma regra cujo suporte fático se encontrasse perfeitamente previsto pelos fatos narrados, não teria o condão de interferir, de qualquer forma, na esfera de disposição das partes. O processo civil contemporâneo, no entanto, já não mais compartilha dos mesmos pressupostos. Pretendeu-se demonstrar que, face a uma renovada estrutura de sociedade, que se desenvolve sob o manto de um Estado Constitucional de Direito, em que sobressai o valor da democracia participativa, não mais se pode imaginar a existência de juízos assimétricos centralizadores. Pelo contrário, o processo civil atual sustenta-se na equânime participação de todos os sujeitos processuais (partes e juiz) no desenvolvimento do processo. Releva, assim, o caráter marcadamente dialogal de desenvolvimento dos trabalhos, em que impera uma concepção forte do princípio do contraditório, alçado que está à condição de verdadeiro direito fundamental processual (art. 5º, LV da Constituição da República). Essa mudança decorre da própria retomada, pelos estudos da teoria geral do direito, de uma concepção tópica do direito, que – volta-se a entender –, é resolvido caso-a-caso dentro de uma estrutura que não prescinde do pensamento dialético na *construção* de soluções. O processo civil do mundo contemporâneo, assim, deve ser um processo de corte cooperativo, desenvolvido a partir do polo metodológico do formalismo-valorativo. Toda essa mudança de perspectiva certamente impõe que se encare com ressalvas o modo com que usualmente se dá aplicação à máxima *iura novit curia*. Ora, se os pressupostos de que parte o nosso atual modelo de processo civil são verticalmente opostos àqueles adotados na época de surgimento do aforismo, é certamente intuitivo que não se pode manter hígida a sua maneira de aplicação.

Essa constatação, no entanto, carecia de maior concretude. Caberia então, a partir daí, verificar dogmaticamente com qual instituto do processo civil o nosso brocardo teria mais estreita vinculação. Fizemos isso a partir da ligação que se encontrou entre a causa de pedir, mas especificamente o seu elemento jurídico, e a dicção *iura novit curia*. Realmente, se a máxima vai entendida como o princípio de que o juiz conhece o direito e, por isso, está totalmente livre na qualificação jurídica dos fatos que embasam a demanda, acaba-se tocando invariavelmente no fundamento jurídico da causa (*causa petendi próxima*) e, assim, na própria causa de pedir. Ocorre que a causa de pedir se afigura como um dos três elementos individualizadores da demanda (ao lado das partes e do pedido), de modo que a sua modificação acabará invariavelmente proporcionando a própria mudança do objeto litigioso do processo. Passamos a investigar melhor, portanto, o modo de compreensão do instituto da *causa petendi*, revisitando grande parte das concepções e teorias que surgiram na tentativa de melhor explicar o instituto. Chegamos, dessa forma, ao processo civil brasileiro. O estudo,

nesse momento, colocou em xeque a tradicional compreensão que enxerga a encampação da teoria da substanciação da causa de pedir (para a qual a *causa petendi* vai formada apenas pelos fatos jurídicos narrados pelo autor) pelo Código de Processo Civil brasileiro de 1973. Realmente, buscamos esclarecer que essa concepção não encontra respaldo sequer na letra fria do art. 282, III, pois que o dispositivo exige do autor a exposição tanto dos fatos quanto dos fundamentos jurídicos do pedido. Com efeito, os fundamentos jurídicos, que não se confundem com o fundamento legal, alçados ao mesmo nível de importância dos fatos narrados, cumprem determinante papel para a individualização do direito subjetivo invocado pelo autor na propositura da demanda e para o qual é buscada tutela através do processo. Na verdade, quis nos parecer que a causa de pedir cumpre essa exata função: identificar o direito subjetivo afirmado pelo autor que subjaz à demanda proposta. Para essa individualização, não só os fatos, como também os fundamentos jurídicos são determinantes, visto que, por vezes, apenas esse elemento terá o condão de apontar, diante do conjunto fático aportado, qual a posição jurídica para a qual se requer proteção. Nesse contexto, chegamos à conclusão de que a aplicação da máxima *iura novit curia* despida de limites poderá invariavelmente interferir no âmbito de vontade manifestado pelo autor no momento de propositura da demanda e, assim, invadir desavisadamente a sua esfera particular de disposição. Em razão disso, vislumbramos necessária a colocação de limites ao manejo do aforismo

O primeiro deles consiste no respeito ao princípio da demanda. Com efeito, se não apenas os fatos importam para a identificação do direito subjetivo invocado (afirmado) pelo autor para amparar o pedido, dependendo também da qualificação jurídica elaborada, pareceu-nos claro que a modificação desse último elemento somente será possível na medida em que não viole essa esfera privada de disposição. Caso contrário, teremos um julgador cuja imparcialidade estará definitivamente comprometida; não é absolutamente o que se deseja. Por mais que se vislumbre a necessidade de um processo cada vez mais efetivo, não se deve deixar de lado a segurança jurídica, e essa passa pelo necessário afastamento do órgão judicial do âmbito de disposição de vontade das partes. Em razão disso, é necessário revisar a forma de distribuição de poderes entre os sujeitos processuais e, portanto, o próprio formalismo processual: o julgador não deixará, por óbvio, de colaborar com as partes na elaboração da solução jurídica do problema posto ao seu exame, na medida em que (e este é o limite) isso não interfira na esfera privada de decisão quanto ao exercício ou não de posições jurídicas protegidas que o particular pode ocupar. Face à sua intrínseca conexão com o princípio da demanda, examinou-se também a correlata regra da congruência, que impõe ao julgador o dever de julgar apenas com base no quanto pedido e debatido pelas partes ao longo do

processo. Divisou-se, assim, que a sentença que julga a demanda com base em qualificação jurídica não vislumbrada pelo autor por vezes acabará extrapolando os próprios limites da causa, porquanto poderá fazer referência a um direito subjetivo não invocado. Ainda que essa troca não implique mudança da *causa petendi*, será igualmente incongruente a sentença que apreciar a causa a partir de perspectiva jurídica não debatida previamente pelas partes no processo, uma vez que, no mínimo, não dará chance ao contraditório. Disso viu-se que a aplicação da máxima *iura novit curia* tem estreita vinculação com a garantia constitucional do contraditório, porquanto, no processo civil do estado constitucional, dentro do marco teórico do formalismo-valorativo, essa troca do enquadramento jurídico da causa jamais pode prescindir de oportunização de prévia manifestação das partes. Realmente, a forma de compreender esse direito fundamental impõe que qualquer decisão possa sofrer a influência das partes. Princípio da demanda, dever de congruência e garantia do contraditório, são, assim, os principais limites e condições para a utilização do brocardo *iura novit curia* no processo civil contemporâneo.

À guisa de conclusão, esperamos que a análise feita tenha servido ao menos para causar incômodo nos defensores da total ausência de limites do julgador no manejo do elemento jurídico da causa e da livre possibilidade de se consertar mudanças na qualificação jurídica da demanda. Certamente a necessária brevidade do estudo e mesmo as impossibilidades do momento acadêmico para uma mais profunda reflexão podem ter comprometido o alcance de um resultado mais satisfatório. A análise buscou apenas uma primeira aproximação crítica do modo de conceber a máxima *iura novit curia* no processo civil brasileiro contemporâneo, no que, esperamos, tenha obtido algum êxito.

Por óbvio, estamos totalmente cientes de que as colocações e críticas que foram feitas a posições consolidadas da doutrina a respeito da temática, assim como as ideias talvez renovadas que foram expostas, não estão livres de reparações e censuras que venham a demonstrar equívocos que tenhamos cometido ao longo da jornada e venham mesmo a condenar as conclusões tiradas. Se o nosso estudo, porém, for digno de merecer semelhante crítica, com certeza já nos daremos por satisfeitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista de Processo**, n. 73, 1994, p. 7/14.

____. A garantia do contraditório, **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 15, 1998.

____. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008,

____. *Do formalismo no processo civil*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

____; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. Volume 1, São Paulo: Atlas, 2010.

ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

BAUR, Fritz. Da importância da dicção “iura novit curia”. **Revista de Processo**, n. 3, Jul/Set. 1976, p. 169/177, Tradução de: José Manoel Arruda Alvim.

BUZAID, Alfredo. *Introdução*. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 1º volume, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1965. Tradução de: J. Guimarães Menegale.

CANOVA, Augusto Cerino. *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*. Commentario del codice di procedura civile. ALLORIO, Enrico (Coord.). Livro 2º, tomo I, Torino: UTET, 1980.

CARVALHO, Milton Paulo de. *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1992.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, 1º e 3º volumes, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1965. Tradução de: J. Guimarães Menegale.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Volume III, 2ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002.

EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. *Iura novit curia y aplicación judicial del derecho*. Valladolid: Lex Nova, 2000.

FAZZALARI, Elio. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957.

FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GOUVEIA, Mariana França. *A causa de pedir na acção declarativa*. Coimbra: Almedina, 2004.

JÚNIOR, Fredie Didier. *Curso de direito processual civil*. Volume 2, 5ª ed., Salvador: Jus Podivm, 2010.

KNJNJK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano*. In: _____. **Problemi del Processo Civile**. Napoli: Morano, 1962, p. 490/516.

_____. *Notas*. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 1º volume, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1965. Tradução de: J. Guimarães Menegale.

_____. Institutos do direito comum no processo civil brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Processual**, n. 71, Jul/Set, 2010, p. 43/68. Tradução de: Otávio Augusto Dal Molin Domit.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

___; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MESQUITA, José Ignacio Botelho de. A '*causa petendi*' nas ações reivindicatórias. **Revista da Ajuris**, n. 20, 1980, p. 166/180.

MICHELLI, Gian Antonio. Jura Novit Curia. **Rivista di Diritto Processuale**, 1961, p. 575/605.

MILLAR, Wyness. *The formative principles of civil procedure*. In: ENGELMANN, Arthur *et alli*. *A history of continental civil procedure*. New York: Kelley, 1969. Tradução de: Robert Wyness Millar *et alli*.

MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo I, São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

___ . *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

___ . *Comentários ao código de processo civil*. Tomo III, São Paulo: Memória Jurídica, 2006.

___ . *Colaboração no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

___ . O processualismo e a formação do código Buzaid. **Revista de Processo**, n. 183, 2009, p.165/194.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e princípio da congruência*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. *Iura novit curia*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao código de processo civil*. Volume III, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Tradução de: Maria Cristina De Cicco.

PINTO, Junior Alexandre Moreira. *A causa petendi e o contraditório*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 5ª ed., Napoli: Jovene, 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV, Rio de Janeiro: Forense, 1974.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao código de processo civil*. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da (Coord.). Volume 6, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao código de processo civil*. Volume IV. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1977.

SATTA, Salvatore. *Iura Novit Curia*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. 1955, p. 380/385.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. Volume I, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro*. In: _____. **Sentença e coisa julgada**. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Processo e ideologia*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Epistemologia das ciências culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 2º Vol., 11 ed., São Paulo: Saraiva, 1987.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*. Milano: Società Editrice Libreria, 1916.