

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

Felipe André Scalabrin

**A DIMENSÃO HERMENÊUTICA DA CAUSA DE PEDIR
E SUA MANIFESTAÇÃO NA JURISDIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

São Leopoldo

2012

Felipe André Scalabrin

**A DIMENSÃO HERMENÊUTICA DA CAUSA DE PEDIR
E SUA MANIFESTAÇÃO NA JURISDIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

Dissertação de Mestrado apresentada como
requisito para a obtenção do título de Mestre,
pelo Programa de Pós Graduação em Direito
da Universidade do Vale do Rio dos Sinos

Orientador: Professor Doutor Darci
Guimarães Ribeiro

São Leopoldo

2012

S281d Scalabrin, Felipe André.

A dimensão hermenêutica da causa de pedir e sua manifestação na jurisdição do Supremo Tribunal Federal, São Leopoldo - RS / por Felipe André Scalabrin. – 2012.

174 f. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) — Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2012.

“Orientação: Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro”.

1. Direito constitucional. 2. Hermenêutica (Direito). 3. Jurisdição. I. Título.

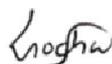
CDU: 342.4.038

Catálogo na Publicação:
Bibliotecário Thiago Lopes da Silva Wyse - CRB 10/2065

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “A dimensão hermenêutica da causa de pedir e sua manifestação na jurisdição do Supremo Tribunal Federal”, elaborada pelo mestrando Felipe André Scalabrin, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 24 de setembro de 2012.



Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

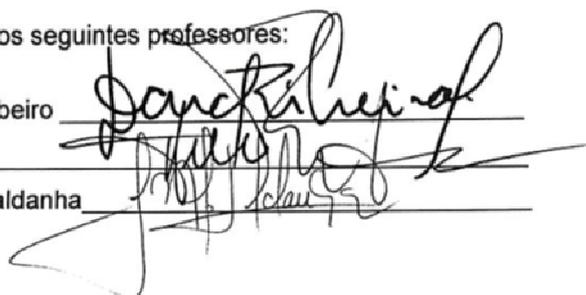
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Darci Guimarães Ribeiro

Membro: Dr. Araken de Assis

Membro: Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha



*Para Sonia, pelo zelo incansável.
Para Carolina, pela inspiração e paciência.*

AGRADECIMENTOS

Este trabalho é uma soma de esforços, pois, espelha não apenas os estudos realizados, mas também os ensinamentos adquiridos, os diálogos travados e todas as formas de colaboração possíveis. Agradeço, pois, a *todos* os que estiveram ao meu lado e, de algum modo, formaram o incentivo necessário a seguir (sempre) em frente. Assumo, cogitei desistir, mas uma faixa de papel pardo se colocou no meu caminho e impediu. Devem ser feitos alguns agradecimentos, portanto.

Agradeço, primeiro, à família pelo apoio constante. Em especial, à *Sonia* por duas contribuições indispensáveis: a primeira, chamada *coração de mãe*; a segunda, ela sabe muito bem qual é. Agradeço, também, ao Eduardo pelo cuidado, pela vigília, e por preencher tão bem o nosso pequenino círculo familiar. Agradeço à *Dona Vania* pelo fato de, ao lado da filha, constantemente fazer brotar o amor pelos livros, pelo estudo, pela busca de mais perguntas do que respostas e por inspirar a *dúvida*, que considero o seio de qualquer pensamento *filosófico*.

Ainda na *família*, agradeço aos meus seletos e estimados irmãos (muitas vezes pais, sempre amigos): *Henrique, Jonas, Marcelo, André, Fred, Lucas e Tomás*. Há um escritor, não muito conhecido, também formado em Direito, e que infelizmente faleceu cedo, Daniel Piza o seu nome, que descreveria com preciosidade estes irmãos de vida: “*Uma paixão se conhece pelos extremos. Um amor, pelo centro*”. Obrigado, meus caros, pelo apoio. Sem a frugalidade de tantos momentos juntos, jamais teria chegado ao fim da caminhada.

Agradeço, ainda, a algumas amizades especiais: *Daniele Oliveira Feijó, Natália Ostjen Gonçalves, Rafaela Guerra Dorneles, Clari Maria de Oliveira, Guilherme Wurth Simon*. Necessário, de igual modo, agradecer ao amigo que fez brotar, pela primeira vez, a semente da pesquisa e do desenvolvimento acadêmico ao me apresentar as obras de *Ovídio*. Obrigado por tudo, *Diego Galle*. *Processo e Ideologia* ainda está na minha mesa.

Certamente não poderia deixar de agradecer aos “novos” amigos adquiridos por ocasião da realização dos estudos de Mestrado na Universidade do Vale dos Sinos. As aspas têm razão de ser, pois já os considero como se “velhos” amigos fossem. Ainda me recordo dos primeiros (e acirrados) debates em torno de alguns temas polêmicos e dos

primeiros acordos acerca de projetos futuros. Sem tais diálogos, nada teria valido a pena.

Agradeço, dessa feita, aos amigos que garantiram a legítima profusão de ideias e troca de conhecimento necessários ao desenvolvimento deste estudo: *Igor Raatz dos Santos, Miguel do Nascimento Costa, Guilherme Antunes da Cunha, Gustavo Santanna, Giovani de Oliveira Martins e Santiago Artur Berger Sito*. Agradeço também a *Frederico Leonel Nascimento e Silva*, um colega e amigo em todos os sentidos.

É claro que, por afinidade, meu agradecimento especial vai para o *Igor*, com quem sempre tive a oportunidade de discordar (e... concordar!). Sem a sua figura (sobre)humana, não haveriam tantas perguntas com respostas no aguardo, nem tantas oportunidades de crescimento e aprimoramento.

Quero agradecer também ao *Miguel*, pela paciência na resolução de todos os problemas, pela serenidade e pela sinceridade que lhe são únicas. Quisera eu ter um pai como ele. Foi ele quem reafirmou uma convicção: *é na força dos laços de amizade que se constroem as fortalezas*.

Mas, como o *Mestrado não é feito somente em bibliotecas*, tenho que agradecer também ao *Guilherme*, ao *Gustavo* e ao *Giovani* por aqueles bons momentos de reflexão nos mais atípicos dos lugares.

Além de todos estes, alguns professores do Programa de Pós-Graduação da Unisinos merecem especial agradecimento. Cada qual, ao seu modo, soube expandir os horizontes da compreensão acerca da problemática jurídica (e cotidiana) de maneira ímpar.

Agradeço, assim, à professora *Angela Araujo da Silveira Espindola* que, ainda nos idos da iniciação científica, foi uma das primeiras pessoas a fomentar o meu espírito investigativo. Prezada professora, ainda guardo aquele rascunho de folha azul com uma lista de duas páginas de indicações bibliográficas. Quem diria, *Castanheira* e *Damaska* estão lá... e aqui!

Agradeço à professora *Têmis Limberger* pelas profícuas tardes compartilhadas comigo, com o *Guilherme*, e com o *Gustavo*, quando discutíamos as balizas do Estado Contemporâneo. Deveras, foram aulas com dois grandes professores discutindo, já que o *Gustavo* ensinou tanto quanto a professora.

Agradeço, de igual modo, ao professor *Lenio Streck*, pelas provocações da sala de aula e pelas infindáveis contribuições reflexivas, que aportam neste trabalho com bastante peso.

Agradeço, igualmente, à professora *Jânia Maria Lopes Saldanha*, pela *critériosidade* empregada na avaliação deste trabalho, pelo indispensável auxílio nas faltas cometidas e pela paciência na leitura por ocasião do parecer prévio.

Deixo meu agradecimento especial ao professor *Mauricio Martins Reis* por ensinar a postura necessária a qualquer debate jurídico e por demonstrar, com muita clareza, os maiores dilemas do Constitucionalismo Contemporâneo. Não fossem as efusivas aulas de Teoria Constitucional – nas quais normalmente eram colocados em xeque todos os pressupostos apresentados pela doutrina mais autorizada acerca do papel da Constituição – o Mestrado não teria sido o mesmo em qualidade.

O *maior agradecimento*, dentre os professores, entretanto, vai destinado ao professor *Darci Guimarães Ribeiro*, que acompanhou minha trajetória acadêmica desde os primeiros anos da faculdade até agora. A disciplina de *Jurisdição e Processo* foi, sem dúvida, aquela que mais contribuiu para o crescimento acadêmico e para o aprimoramento de ideias necessário à realização deste trabalho. E ainda assim, o papel da disciplina foi diminuto perto da presença, da respeitabilidade e da *inspiração* sempre constante na pessoa do professor *Darci*. Espero, a esta altura, não apenas considerá-lo um mestre, mas também um *amigo*.

Darci, obrigado pelas oportunidades, obrigado pela confiança, obrigado pela reflexão e pelo conhecimento compartilhado.

A esta altura, certamente os não citados sentem algum incômodo. Mas os que me conhecem, *sabem* deste curioso poder de esquecimento. Por esta razão, agradeço a todos os meus amigos e familiares, próximos e distantes, ainda que não citados; agradeço aos demais professores do Programa de Pós-Graduação da Unisinos; agradeço a todos aqueles que colaboraram com os inúmeros projetos de eventos e Congressos realizados ao longo desta jornada – e não foram poucos; agradeço aos colegas de trabalho; agradeço, por fim, a todos os *espíritos-livres* de que fala Nietzsche.

Ah, um último agradecimento.

Muitas vezes, fantasiados, a *vida* nos prega peças. Noutras, com uma seriedade mística, quase que tirando um coelho da cartola, nos coloca no lugar certo, na hora incerta. E conosco não poderia ter sido diferente. Parece-me que tinha razão o velho poeta (Quintana?) ao afirmar que somos anjos de uma asa só e que só voamos acompanhados. Realmente, sem a companhia *dela*, jamais teria atingido as alturas.

Agradeço, por isso, de *coração aberto*, à *Carolina*, por fazer parte de tudo isso e me ensinar, dia-a-dia as *cores* do mundo, os sabores da vida, e o sentido da palavra *amor*.

*Das sombras bruxuleantes da Cidade de Concreto,
na garoa fina do inverno de 06 de julho de 2012,
Felipe Scalabrin*

"Inicialmente vejo que, na verdade, estamos reeditando, eu diria que em uma versão não melhorada, o debate sobre quem deve ser o Guardião da Constituição" – Eros Grau.¹

¹ ADI 2182, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 12/05/2010.

RESUMO

Dentre os dilemas presentes na jurisdição brasileira, aqueles que dizem respeito à atuação do Supremo Tribunal Federal adquirem considerável relevância em vista da sua crescente participação na tomada da decisão final na contenda judicial. A contradição de uma Corte incapaz de tratar de maneira igual situações jurídicas idênticas como aquelas nas quais o Tribunal deve se manifestar acerca da (in)constitucionalidade de determinado ato público (normativo ou não), confrontando a questão apresentada com a Constituição Federal, revela um anacronismo típico de um Tribunal incapaz de conviver com a sua estrutura ambivalente: ora Tribunal Constitucional, ora Corte de Cassação. Nesse contexto, surge a necessidade de um exame acerca de critérios típicos da Teoria Geral do Processo, como os elementos da ação – especificamente, a causa de pedir –, e sua interpretação/aplicação pela Suprema Corte. Assim, este estudo se destina a evidenciar a contradição nas formas pelas quais o Tribunal se debruça sobre determinada questão constitucional e nos limites que o próprio Tribunal impõe a sua atuação. De outro lado, não se pode negar que a conformação do Poder Judiciário na atualidade – alicerçada nos ditames do Estado Democrático de Direito e nos influxos da Filosofia no Direito – surge como condição de possibilidade para uma discussão em torno deste elemento haurido da técnica processual e de sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. Somente a partir dessas premissas que se torna possível analisar a questão da causa de pedir brotada na atuação da Suprema Corte, seja no “controle por via de ação” (controle direto), seja no “controle por via de exceção” (controle indireto). Pretende-se, ainda, uma indagação quanto à adequação teórica da ideia jurisprudencial segundo a qual a causa petendi pode, em determinadas hipóteses, ser considerada “aberta” e noutras situações não.

Palavras-chave: Causa de pedir. Controle de constitucionalidade. Supremo Tribunal Federal. Estado Democrático de Direito. Recurso Extraordinário. Ação direta de inconstitucionalidade. Objeto litigioso do processo.

RIASSUNTO

Tra i dilemmi presenti nella giurisdizione brasiliana, quelle relative alle azioni della Suprema Corte ha acquisito una notevole rilevanza in considerazione del loro crescente ruolo nella decisione finale sulla controversia giudiziaria. La contraddizione di un tribunale incapace ad affrontare con l'uguaglianza quelle situazioni giuridiche in cui la Corte dovrebbe manifestarsi sulla (in) costituzionalità di un atto pubblico particolare (normativa o meno), affrontando la questione sottoposta alla Costituzione federale rivela un anacronismo tipico di una Corte in grado di far fronte alla sua struttura ambivalente: a volte Corte Costituzionale, a volte Corte di Cassazione. In questo contesto, nasce la necessità di un esame sui criteri tipici della Teoria generale di procedura, come gli elementi d'azione - in particolare, la *causa petendi* - e la sua interpretazione/applicazione da parte della Corte. Questo studio ha lo scopo di evidenziare la contraddizione sui modi in cui la Corte si concentra su una particolare questione costituzionale e nei limiti che la Corte impone a la sua performance. D'altra parte, non si può negare che la conformazione del Potere Giudiziario oggi - affonda le sue radici nei dettami di uno Stato Democratico di Diritto e l'afflusso di una Filosofia nello Diritto - sorge come una condizione di possibilità per una discussione su questo elemento della tecnica processuale e della sua applicazione alla Corte Suprema. Solo da queste premesse diventa possibile analizzare la questione della causa petendi nello svolgimento della Corte Suprema come "controllo tra azione" (controllo diretto), o come "controllo tra eccezione" (controllo indiretto). Anche, l'obiettivo è questionare la adeguatezza teorica del concetto giurisprudenziale secondo la quale la causa petendi può, in determinate circostanze, essere considerata "aperta" e naltre situazioni non.

Parole Chiave: Causa Petendi. Controllo di costituzionalità. Corte di Cassazione. Stato Democratico di Diritto. Ricorso di Cassazione. Oggetto del processo.

Resumen

Entre los dilemas presentes en la jurisdicción brasileña, los problemas que dicen respeto a la actuación del Supremo Tribunal Federal adquieren una considerable relevancia en vista de la creciente participación en la toma de decisión final del conflicto. La contradicción de una Corte incapaz de versar de modo igual situaciones jurídicas idénticas como aquellas en las que el Tribunal debe se manifestar acerca de la (in) constitucionalidad de determinado acto público (normativo o no). Enfrentando la cuestión presentada con la Constitución Federal revela un anacronismo típico de un Tribunal no apto de convivir con su estructura *ambivalente*: veces Tribunal Constitucional, veces Corte de Casación. En este contexto, surge la necesidad de un examen en torno de criterios típicos de la Teoría General del Proceso, como los elementos de la acción – específicamente, la *causa petendi* –, y su interpretación/aplicación por la Corte Suprema. Así, este estudio tiene por objeto exponer la contradicción en las formas en que el Tribunal Supremo se inclina sobre determinada cuestión constitucional y en los límites que el propio Tribunal impone a su actuación. Por otro lado, no se puede negar que la conformación de lo Poder Judiciario en la actualidad – fundamentada en los dictados de un Estado Democrático de Derecho y el influjo de la Filosofía en el Derecho – aparece como una condición de posibilidad para una discusión sobre este elemento agotado de la técnica procesal y su aplicación por el Supremo Tribunal Federal. Sólo empezando con estas premisas que es posible analizar la cuestión de la *causa petendi*, nacida en la actuación de la Corte Suprema, sea en el “control por medio de acción” (control directo), sea en el “control por medio de excepción” (control indirecto). El objetivo central es una pregunta concerniente a la adecuación teórica de la idea jurisprudencial según la cual la *causa petendi* puede, bajo ciertas circunstancias ser considerada “abierta” y en otras situaciones no.

Palabras llaves: *Causa petendi*. Control de constitucionalidad. Supremo Tribunal Federal. Estado Democrático de Derecho. Recurso extraordinario. Acción directa de inconstitucionalidad. Objeto litigioso del proceso.

SUMÁRIO

Introdução.....	14
-----------------	----

PARTE I

JURISDIÇÃO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A CONFORMAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA ATUALIDADE

1 Premissas jurídico-filosóficas para a compreensão do fenômeno jurídico no Direito Brasileiro. As contribuições oriundas da Teoria do Estado (Contemporâneo) e da Teoria do Direito (Teoria Crítica Hermenêutica do Direito).....	24
1.1 Diferentes modalidades de Estado; diferentes formas e funções da jurisdição: ou porque é preciso pensar o tema tendo o Estado Democrático de Direito como ponto de partida.....	25
1.1.1 Considerações iniciais.....	25
1.1.2 Breves apontamentos acerca da evolução do Estado e do processo: ou de como o Estado Liberal Clássico foi superado pelo Estado Democrático de Direito.....	27
1.1.3 Alicerces do Estado Democrático de Direito.....	35
1.1.4 Notas Conclusivas.....	46
1.2 O pensamento jurídico e a recepção da hermenêutica filosófica no Direito (ou de como a Teoria do Direito passa a ser entendida pelo <i>modus</i> de compreender a compreensão da filosofia hermenêutica e da hermenêutica filosófica).....	47
2 A função da jurisdição (constitucional) desde o ponto de vista do seu locus privilegiado: o Supremo Tribunal Federal.....	55
2.1 Traços marcantes de uma jurisdição (sempre) constitucional e substantiva.....	56
2.1.1 Notas introdutórias: o necessário alargamento da ideia de jurisdição constitucional.....	56
2.1.2 Substancialismo: uma questão de postura da jurisdição em face da Constituição.....	60
2.2 O Supremo Tribunal Federal na realização da Constituição e a fiscalização em torno da constitucionalidade dos atos públicos.....	69

PARTE II

MANIFESTAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR NA CIÊNCIA PROCESSUAL. DA EPISTEMOLOGIA À CONCREÇÃO ATRAVÉS DA JUDICÂNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

3 Estado da arte: evolução e caracterização da causa de pedir no Direito Processual Civil Brasileiro.....	80
3.1 A causa de pedir no seu relacionamento (problemático) com o objeto litigioso do processo.....	81
3.1.1 Notas Introdutórias.....	82
3.1.2 Objeto litigioso na doutrina alemã (a pretensão processual).....	87
3.1.3 Objeto litigioso na doutrina italiana.....	93
3.1.4 Objeto litigioso na recepção brasileira.....	97
3.1.5 Considerações conclusivas.....	102

3.2 Limite conteudístico da causa de pedir à luz da epistemologia jurídico-processual	104
3.2.1 Introdução	104
3.2.2 O binômio substanciação e individuação na caracterização da causa de pedir. A resistência do sistema jurídico em aceitar a incindibilidade entre fato e norma	104
3.2.3 Núcleo da causa petendi: causa de pedir próxima e causa de pedir remota	110
3.2.4 fundamento jurídico e causa de pedir. A manifestação concreta do adágio iura novit curia	116
3.2.5 Conclusões	118
3.3 Notas finais acerca da causa petendi no direito vigente e no direito vindouro ..	119
4 Tratamento da causa de pedir no âmbito do Supremo Tribunal Federal	122
4.1 A causa de pedir esboçada no controle concreto a partir do exame de constitucionalidade realizado no recurso extraordinário	123
4.2 A causa de pedir esboçada no controle abstrato a partir do exame realizado nas ações de inconstitucionalidade	138
4.2.1 Panorama geral	138
4.2.2 A questão da causa de pedir aberta no âmbito da ação declaratória de (in)constitucionalidade	144
Conclusão	156
Referências Bibliográficas	163

INTRODUÇÃO

A crescente atuação do Supremo Tribunal Federal na resolução dos problemas cotidianos do mundo jurídico e o aumento na preocupação dos juristas quanto às decisões tomadas por esta Corte faz surgir uma série de indagações quanto a sua legitimidade democrática e quanto às estruturas organizativas do processo judicial neste âmbito. Este, pois, é um trabalho que comunga de tais anseios e que se pauta pela necessidade de reflexão em torno da engenharia processual que limita e, muitas vezes, flexibiliza o poder jurisdicional do Tribunal.

Entrementes, cobra-se, nesse degrau científico, que o tema seja examinado nas suas especificidades e com detalhamento; o que exige, sempre, cerrar portas para outras temáticas não menos relevantes. Por esta razão, todas as linhas que seguem terão por foco o exame de apenas umas das muitas engrenagens que conformam a prestação jurisdicional, especialmente aquela realizada no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Não é mais possível, de outra banda, uma divisão estanque entre as múltiplas disciplinas do Direito – aqui empregado o sentido de Ciência do Direito a que refere Tércio Sampaio Ferraz Jr. Por esta razão, busca-se um cotejo entre elementos de Direito Processual Civil, Direito Constitucional, Teoria do Estado e Filosofia do Direito para dar sentido ao que se entende como o objeto de análise das decisões do Supremo Tribunal Federal nas terras brasileiras. Busca-se, ainda, uma aproximação entre teoria e prática ao estudar essa temática através de um critério técnico-processual, típico do período das construções científicas, qual seja, a *causa petendi* e sem, é claro, descurar a relevância do sentido e a amplitude da jurisdição constitucional hodierna. Nesse sentido, o tema dissertando se revela como uma tentativa de apresentar um estudo incisivo – um recorte delimitado, como se evidenciará alhures – acerca do papel da causa de pedir, elemento individualizador da ação e, por conseguinte, da decisão, na resposta apresentada pelo Supremo Tribunal Federal, seja no bojo do controle de constitucionalidade incidental (fiscalização concreta, difusa), seja na seara do controle *principaliter tantum* (fiscalização abstrata, concentrada).² Dessarte, o tema, em sentido

² Uma questão terminológica precisa ficar clara a esta altura. Se aceita, no presente trabalho, a distinção amplamente apresentada pela doutrina entre os múltiplos critérios que definem a forma pela qual o controle de constitucionalidade é realizado. Assim, “controle abstrato” versus “controle concreto” refere-se à distinção quanto ao objeto do controle; o controle é “abstrato” porque ataca a lei em tese, sem a existência de um conflito “concreto”; a seu turno, é “concreto” porque apresentado à Corte através do exame de uma situação concreta de lesão, violação, ou ameaça. De outro lado, “controle difuso” versus “controle concentrado” refere-se ao sujeito que analisa a questão constitucional; “difuso” porque permite

amplo, da presente dissertação é justamente a análise da *dimensão hermenêutica da causa de pedir na jurisdição do Supremo Tribunal Federal*.

Deveras, o papel da Corte Excelsa no Direito brasileiro certamente seria temática demasiado ampla e que cobraria um estudo da gênese das Cortes Supremas, do constitucionalismo e do amplo feixe de doutrinas que contendem entre a existência das Cortes Constitucionais na atualidade. Afinal, até onde vão os poderes de uma Corte Constitucional? Qual o grau de alterabilidade do objeto litigioso quando o tema atinge a última instância? Até onde vai a fronteira do possível na via da jurisdição constitucional? Há diferença entre a jurisdição constitucional realizada em países de *common law* ou *civil law*? Qual a extensão e o conteúdo da causa de pedir nas ações diretamente afetadas ao Supremo Tribunal Federal? Há diferença em relação às ações que lá chegam pela via recursal, mediante processo subjetivo?

Diante da envergadura dos questionamentos lançados, não é viável, em tão apartado espaço de reflexão, procurar a gênese histórico-institucional apta a trazer a lume tantas respostas. Tal tarefa (hercúlea, diga-se de passagem) não tem lugar no momento. Obviamente isto não significa que não seja necessário buscar alguns *lineamentos mínimos* em torno do papel do Supremo Tribunal Federal no Brasil,

a qualquer órgão jurisdicional declarar uma inconstitucionalidade; “concentrado” quando o controle da declaração é centralizado em um órgão de cúpula, normalmente um Tribunal Constitucional. Por fim, “controle por via de ação” (controle direto) e “controle por via de exceção” (controle indireto); o primeiro, quando há ação específica tendente a resolução da questão constitucional; o segundo, quando a questão constitucional figura como questão não principal a ser resolvida. Dito isto, necessário explicitar que ao longo da presente obra todos os termos foram empregados de *maneira indistinta*, para diferenciar a realização da fiscalização da inconstitucionalidade através da via direta (por ações ajuizadas diretamente perante o Supremo Tribunal Federal) e através da via indireta (quando não há ação específica, mas, mesmo assim, o Supremo se debruça sobre a questão constitucional já que o seu feixe de competências originárias e recursais é mais amplo do que apenas as competências para julgamento de ações diretas). Um último alerta deve ser dado. Isto não significa aceitar a adequação de todos os termos à realidade brasileira, pelos seguintes motivos: a) não existe jurisdição sem uma situação concreta que opere de razão fática para o impulso do Poder Judiciário, todo o processo judicial opera com base em uma situação de fato, apresentada e devidamente transposta para o plano do processo. É equivocado pretender analisar normas sem a existência de casos, pois essa diferença não mais se sustenta. Assim, não há que se falar em “controle abstrato” em nenhuma hipótese; b) tampouco é possível aceitar no Brasil a diferença entre “difuso” e “concentrado”, pois as competências do Supremo Tribunal Federal são extremamente amplas, a ponto de o Tribunal “concentrar” ações de inconstitucionalidade e uma série de outras ações originárias das mais variadas naturezas (penal, civil, internacional etc.) e, também, porque o “sistema difuso” brasileiro jaz muito distante do seu modelo originário da Corte Norte-americana. Por fim, por consagração linguística e histórica, optou-se por não aderir à polêmica semântica e aceitar a sinonímia entre os múltiplos termos empregados. Mas, em derradeiro: reputa-se adequada tão somente a distinção (de natureza mais processual do que constitucional) calçada no trato da questão de inconstitucionalidade pela Corte. Assim, o chamado “controle abstrato” (ações de inconstitucionalidade) é um controle na qual a inconstitucionalidade figura como “questão principal”, enquanto no controle “difuso” (qualquer outra ação ou recurso que alcance à Corte) a questão constitucional figura como uma “questão prejudicial” em relação ao fundo do problema.

notadamente em face de uma postura substantiva e pautada na realização de direitos fundamentais e na concretização do texto constitucional.

Cobra-se, então, o estabelecimento de balizas em torno do objeto do estudo. Assim, a *primeira delimitação* do tema é no sentido de analisar apenas perfunctoriamente a *causa petendi* em sentido amplo e geral do Direito Processual, para então aprofundar a questão nos seus elementos presentes na jurisdição da Corte Suprema. Ou seja, a pretensão é de se realizar um estudo da causa de pedir durante a fiscalização abstrata da constitucionalidade das normas e, também, durante a fiscalização concreta, realizada no bojo de processo subjetivo carreado até a última instância decisional através, de regra, do recurso extraordinário. Destaque-se que a causa de pedir, na corrente hodierna, é, ao lado do pedido e das partes, um dos elementos da ação, operando, portanto, como critério definidor de uma série de outros institutos processuais, tais como a cumulação de ações, a extensão da coisa julgada, o litisconsórcio etc. Pedido e partes, enquanto elementos da ação, não serão objeto de exame neste estudo.

Por outro lado, não se pode descurar que, se há discussão acerca do papel do Supremo Tribunal Federal no Estado Democrático de Direito, necessário analisar quais as premissas jurídico-filosóficas que agasalham o ato de decidir. Tem-se, assim, uma *segunda delimitação*, voltada ao estudo da conformação da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito brasileiro. É nessa limitação que a própria Corte é estudada (o seu papel).

Este é, portanto, o enfoque do trabalho; que vai circunscrito pela análise da função, do *conteúdo*, da *causa de pedir* perante a Corte Suprema brasileira e as relações desta com o próprio Estado Democrático de Direito.

E não é à toa que vai empregado o termo *conteúdo* da causa de pedir. Deve ficar claro ao leitor que o presente estudo pretende analisar *causa* e não *consequência*. Isto é relevante. Não considerar tal assertiva é aperceber eventuais “ausências” nos temas trabalhados quando, na realidade, a delimitação do estudo implica o repúdio no trato de uma série de assuntos polêmicos. Por esta razão, deve ficar o alerta: este não é um trabalho acerca da extensão da coisa julgada no âmbito do controle de constitucionalidade, tampouco de seus efeitos; não é um estudo em torno das possíveis formas de identificação de ações constitucionais; não é uma pesquisa em torno dos sujeitos que podem acionar o Supremo Tribunal Federal e contestar as normas jurídicas tidas por (in)constitucionais; não é um estudo sobre a legitimidade democrática da Corte

nem uma pesquisa sobre distintas famílias jurídicas e o seu reflexo na jurisdição. Também não é um esboço amplo e geral sobre o controle de constitucionalidade, ainda que este tema seja corrente e central.

É, *sim*, uma pesquisa sobre o conteúdo daquilo que é apresentado em juízo, especialmente perante o juízo último da Corte Brasileira. É, também, uma pesquisa voltada ao exame da extensão desse conteúdo e da sua possibilidade (ou não) de ampliação pelo próprio Tribunal.

Aliás, essa delimitação é fruto de um problema que merece apresentação.

Deságua do tema a questão acerca da amplitude da utilização de conceitos como a “causa de pedir aberta” nas ações diretas e a impossibilidade de ampliação do objeto litigioso no controle difuso de constitucionalidade. Como se observa, já adiantando linhas futuras, não há como se debruçar sobre esta problemática sem antes analisar a própria essência da jurisdição na sua faceta constitucional. Vale referir que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem uma posição firme no sentido de que a Corte não fica vinculada aos fundamentos invocados pela parte para a declaração de (in)constitucionalidade de determinada norma quando diante da apreciação de ação direta; a seu turno, também é firme a jurisprudência no sentido que o mesmo não ocorre no controle difuso de constitucionalidade.

Dito isto, em linhas gerais, a pergunta que opera como viga mestra para a presente obra é a seguinte: *É adequada, no sentido hermenêutico da proposição, a jurisprudência do STF ao dar sentido diferente à causa de pedir nos diferentes modos de fiscalização de constitucionalidade das normas? E mais, qual é propriamente o conteúdo da causa de pedir nas demandas de fiscalização de constitucionalidade que se apresentam perante o Supremo Tribunal Federal?*

Com efeito, o tema pode ser analisado sob o prisma de uma série de argumentos e que conduzem aos mais diversos problemas (em sentido metodológico). Opta-se aqui, todavia, por um exame da problemática a iniciar pela própria jurisprudência do Supremo Tribunal, de maneira que, para responder as questões acerca da *causa petendi*, é possível a formulação das seguintes indagações:

- a) Quais são os elementos que caracterizam (e o sentido d) a jurisdição constitucional no Estado Democrático Brasileiro?
- b) Qual o papel do Supremo Tribunal Federal em relação à supremacia da Constituição e quais as influências da causa de pedir nas decisões que discutem a constitucionalidade de determinada norma?

- c) Qual é a conformação atual das teorias (e da aplicação) da causa de pedir no Direito Processual vigente? Especificamente, qual o papel da causa de pedir na delimitação daquilo que se espera como resposta a ser dada pelo órgão jurisdicional?
- d) Há diferença entre as características da causa de pedir perante o Supremo Tribunal Federal e em relação a outros órgãos jurisdicionais? Há diferença (ou deve haver ?) de trato entre a causa de pedir no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade e no âmbito do controle difuso? Se há, quais as diferenças? Por fim, qual deve ser a compreensão mais adequada e consentânea com a Constituição da *causa petendi* na jurisdição do Pretório Excelso?

Ora, deve ficar claro que o advento do Estado Democrático de Direito proporciona uma nova forma de compreender o papel da jurisdição, em especial o papel da Corte Suprema (muito embora, e tal ponto deve ficar claro, este estudo não tenha por pretensão a revisão completa da relação deste Tribunal com a nova estrutura estatal). E ainda: cobra-se uma compreensão hermenêutica do Direito, haurida no âmbito da juridicidade. Isto significa analisar o conteúdo do Estado Democrático de Direito e interrogar o que dele se trespassa para a seara processual.

De outro lado, a causa de pedir, as razões pelas quais o sujeito ingressa em juízo, surge como elemento de eterna discussão no Direito Processual. Desde a gênese do instituto, não é pacífico na doutrina qual a sua caracterização e qual sua maleabilidade pelo órgão julgador. A situação se agrava ainda mais quando se está diante do controle de constitucionalidade e de dilemas de maior monta, como segurança jurídica, e unidade e integridade do ordenamento jurídico cobram do Poder Judiciário (e em especial do Pretório Excelso) uma resposta constitucionalmente adequada e que analise o problema de fundo, a tese jurídica, em sua inteireza, muitas vezes não apresentada no causídico. Nessas hipóteses, estaria o Supremo autorizado a ampliar o conteúdo da prestação jurisdicional que dá origem à provocação do órgão? O será que o conteúdo é identificado apenas pelo pedido, dando vazão à possibilidade de articulação de argumentos constitucionais não deduzidos?

Atualmente, a jurisprudência da Corte Máxima brasileira vai no sentido de que a causa de pedir nas ações diretas é aberta, podendo ser ampliada e restringida ao alvedrio do julgador, para assegurar um julgamento mais adequado com o parâmetro da constitucionalidade. Mas é esta postura tecnicamente compatível com a própria natureza

na causa de pedir oriunda da técnica processual? Certamente tal indagação reforça a necessidade de um estudo revigorado não apenas da *causa petendi* em geral (como elemento processual, presente na essência da *pretensão processual* ou do objeto do processo), mas em especial na manifestação do instituto perante o Supremo Tribunal Federal.

Vale destacar, todavia, que não há que se confundir a causa de pedir da ação de inconstitucionalidade – típica da fiscalização abstrata – com a causa de pedir presente do recurso extraordinário – típico de fiscalização concreta. São situações distintas. Porém, há para o Supremo Tribunal, diferença na avaliação da compatibilidade de determinada norma com a Constituição no controle difuso e no controle concentrado? Ou ambos se equiparam no que diz respeito ao (des)valor conferido a determinada norma em relação ao texto constitucional? Tais indagações podem certamente ser transportadas para o objeto da discussão (ou da demanda) no âmbito do Pretório Excelso.

Por todas estas razões, o objetivo geral delineado vai no sentido de analisar a *causa petendi* perante o Supremo Tribunal Federal; o que implica uma análise da jurisdição da Corte tanto na sua competência originária, no que diz respeito às ações de (in)constitucionalidade, como em relação à sua competência recursal, o que permite uma análise da causa de pedir no bojo da fiscalização concreta da constitucionalidade das leis, como ocorre no exame do recurso extraordinário. O objetivo geral busca identificar se é adequada, no sentido hermenêutico da proposição, a jurisprudência do STF ao dar sentido diferente à causa de pedir nos diferentes modos de fiscalização de constitucionalidade das normas. E além, pretende analisar quais os reflexos causais que a causa de pedir traz para as decisões do Supremo Tribunal.

Vale destacar, entretanto, que alguns objetivos específicos também devem ser apontados, a saber:

- a) revisar o espaço de compreensão prévio que circunda a jurisdição e o pensamento do Direito Processual Constitucional contemporâneo;
- b) estudar o papel da Suprema Corte no ordenamento jurídico, em especial o modo de apreciação da (in)constitucionalidade das normas jurídicas;
- c) analisar a aproximação havida entre os controles de constitucionalidade, notadamente a partir das consequências trazidas em julgamentos paradigmáticos;
- d) revisar o objeto e da delimitação e ampliação da causa de pedir no controle abstrato e no controle concreto.

Ainda uma questão metodológica deve ser imposta. Não há que se confundir metodologia com método de abordagem e método de procedimento. A dissertação se valerá da metodologia da pesquisa, na medida em que calcada em procedimentos técnicos (ainda que jurídicos).³ Com efeito, dado que a pesquisa no campo jurídico é realizada por vias diferentes daqueles usualmente utilizados nas outras ciências, as técnicas de abordagem e procedimento para a solução dos problemas postos observarão um método próprio. Pretende-se a utilização da hermenêutica filosófica.

Por esta razão, o “método” empregado neste estudo busca amparos na filosofia, igualmente aplicável ao Direito. Acerca do “método” hermenêutico fenomenológico, típico da hermenêutica filosófica, e frequentemente utilizado no Programa de Pós-Graduação da Unisinos, deve ser destacado que se trata de postura na qual se busca uma (re)abertura da realidade, através da redução do problema posto, da sua desconstrução (ou destruição) e, por fim, da sua re-construção de modo a (re)orientar o fenômeno, em especial, a tradição (jurídica), possibilitando o desentranhamento de possibilidades antes enrijecidas pelas múltiplas camadas de compreensão presentes no questionamento inicial.⁴

A par disso, inclusive tendo como ponto de partida os objetivos apontados supra, a pesquisa foi dividida em *dois blocos*.

O primeiro deles é destinado ao desvelar da conformação do Poder Judiciário na atualidade. Essa *primeira parte* é pautada por apresentar as premissas jurídico-filosóficas necessárias à compreensão do fenômeno jurídico na atualidade, bem como voltada a apresentar, de maneira não-exauriente, o panorama geral presente na jurisdição constitucional do Estado Democrático de Direito. Nessa senda inicial, surgem os contributos da Teoria do Estado e da Teoria do Direito naquilo que será determinante para caracterizar os institutos processuais vigentes (em sua conformação constitucional).

³ Destaque-se, apenas para que não haja omissão, que tais “procedimentos” significaram o amplo levantamento bibliográfico realizado através da pesquisa de livros, capítulos de livros e artigos específicos em torno do tema. A bibliografia pode ser consultada ao final. Deve ficar claro que em diversos pontos desta caminhada, optou-se por remeter o leitor a indicações bibliográficas específicas. Nestas hipóteses, a remissão segue em tom de recomendação (razão pela qual, nem sempre há indicativo de páginas nas notas). Além disso, calha esclarecer que foram utilizados diversos autores estrangeiros e, pela preciosidade de suas contribuições, optou-se pela citação direta, no original. Não foram feitas traduções livres em momento algum.

⁴ É indispensável, para uma melhor compreensão da noção de “método” hermenêutico fenomenológico que aqui se emprega, a breve exposição feita por: OLIVEIRA, Rafaela Tomaz de. *Conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta: aproximações sobre o problema da fundamentação e da discricionariedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica*, O. 2007 - Tese/Dissertação, UNISINOS. pp. 20 e 23.

Alicerçadas as premissas do trabalho, a *segunda parte* surge para descortinar a manifestação da causa de pedir na ciência processual e, em especial, na judicatura do Supremo Tribunal Federal. A este momento do trabalho, pretende-se apresentar o estabelecimento epistemológico da *causa petendi* perante o Direito Processual contemporâneo, especialmente considerando as contribuições hauridas da primeira parte. Por derradeiro, necessário buscar o trato do tema na atuação da Corte, inclusive observando as perspectivas que dizem respeito ao seu papel, tratadas na primeira parte, a partir de situações concretas (casos) e da própria doutrina em torno da causa petendi nesse âmbito da jurisdição.

Com tudo isto, o presente estudo vai dotado de um cunho altamente prático, na medida em que questiona a doutrina atual e a jurisprudência recente em torno do tema. Busca-se, assim, contribuir com a resolução das controvérsias jurídicas que surgem no cotidiano dos atores do mundo jurídico. Ainda que tenha aparência árida, a temática diz respeito diretamente ao conteúdo versado no bojo dos instrumentos de maior relevância na atuação do Supremo Tribunal Federal (a saber, o recurso extraordinário e as ações de (in)constitucionalidade) e na maleabilidade dessas ferramentas pela própria Corte quando da tomada de decisão.

Isto não significa, entretanto, a ausência de uma postura crítica e reflexiva do estudo – viés indispensável a qualquer trabalho proveniente do Programa de Pós-Graduação da Universidade do Vale dos Sinos. Muito pelo contrário. O caráter crítico vai alicerçado em premissas que pretendem desconstruir o senso comum teórico em torno da estrutura básica do Direito. Além disso, há uma especial preocupação – que perpassa todos os pontos desta investigação – com o modo pelo qual se decide no âmbito da Suprema Corte. Pode-se referir, inclusive, que um dos fios-condutores desta obra é o *anacronismo* da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, em uma ocasião se vale de determinados argumentos para ampliar o conhecimento de determinadas matérias para, no momento seguinte, afastar a fundamentação anterior e limitar a cognição de certos temas e, ao invés de assegurar um definitivo fim à controvérsia litigiosa, a posterga. Estas incongruências, que são apresentadas (e contestadas) ao longo do trabalho, demonstram (e reforçam) a falta de comprometimento do órgão judicante com o dever constitucional de fundamentação das decisões. Dever este que não apenas significa apresentar as razões pelas quais determinada decisão surge, mas que também expressa, para o julgador, um *onus* (fruto da própria Constituição) de explicar a sua postura de acordo com a inspiração

constitucional, observando não apenas os dispositivos normativos aplicáveis, mas também toda a trama jurídica. Trata-se, com efeito, de prestigiar a necessária unidade do Direito através de uma justificação adequada da decisão – que não pode ser calcada nos desígnios do julgador ou em interesses externos ao âmbito jurídico.

Assim, a sintonia desta pesquisa afina-se à proposta do Programa de Pós-Graduação da Universidade do Vale dos Sinos ao buscar, a partir da hermenêutica filosófica e da concretização dos direitos fundamentais sociais, uma resposta para a problemática conceitual presente na doutrina e na jurisprudência brasileira.

Desse modo, espera-se uma resolução quanto às indagações apresentadas. E, como já adiantando, o desvelar do anacronismo interpretativo realizado pelo Supremo Tribunal Federal no que diz respeito ao trato da causa de pedir apenas poderá ocorrer de maneira adequada se observado a partir das lentes corretas. Lentes que evidenciam a necessidade de se apresentar as condições de possibilidade da própria estrutura jurisdicional através dos aportes provenientes da Teoria do Estado e da Teoria do Direito, temas inaugurais deste trabalho e, a seguir, expostos.

PARTE I

JURISDIÇÃO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A CONFORMAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA ATUALIDADE

O Supremo Tribunal Federal surge, no direito brasileiro, como o último espaço (institucionalizado) de debate acerca de determinada controvérsia cogitada como de relevância para o plano jurídico. Trata-se de Tribunal que, na visão da estrutura organizacional do Poder Judiciário, concentra uma série de atribuições e que dita, em diversas oportunidades, o arremate em torno dos dilemas jurídicos, decidindo definitivamente o caso concreto e julgando, de maneira final, a validade das normas jurídicas presentes no ordenamento brasileiro.

Por vezes, a Corte se vale de critérios técnicos para justificar posturas que, por certo, indicam o seu viés político. Nessa senda, a causa de pedir – tema central deste estudo – se revelará alhures como um destes elementos, ora sendo interpretada/aplicada de um modo, ora sendo invocada para fins diversos.

Todavia, não é viável a instauração de um *diálogo reflexivo* acerca de proposições típicas da técnica processual sem que, antes, sejam expostos os elementos caracterizadores da própria jurisdição no (pretendido/almejado/vivido) Estado Democrático de Direito Brasileiro. Assim, a conformação do Poder Judiciário na atualidade surge como lídima condição de possibilidade para um debate em torno da atuação da Corte e do modo pelo qual a proposição jurídica questionada (a *causa petendi*) é, por ela, elaborada.

Busca-se, com a revisão (a) das premissas jurídico-filosóficas que amparam a compreensão do fenômeno jurídico através das contribuições oriundas da Teoria do Estado (Contemporâneo) e da Teoria do Direito (Teoria Crítica Hermenêutica do Direito) (Capítulo 1) e (b) da função da jurisdição (constitucional) desde o ponto de vista do seu ambiente privilegiado, a saber, o Supremo Tribunal Federal (Capítulo 2), este amoldamento da jurisdição contemporânea para que se possa, somente então, adentrar na problemática em torno da causa de pedir.

1 PREMISSAS JURÍDICO-FILOSÓFICAS PARA A COMPREENSÃO DO FENÔMENO JURÍDICO NO DIREITO BRASILEIRO. AS CONTRIBUIÇÕES ORIUNDAS DA TEORIA DO ESTADO (CONTEMPORÂNEO) E DA TEORIA DO DIREITO (CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO)

Necessárias condições de possibilidade para um diálogo acerca do papel da jurisdição no Estado Contemporâneo, as premissas que operam como fio-condutor do presente trabalho têm por finalidade o desvelar dos critérios informadores da atuação do Poder Judiciário. Assim, previamente ao descortinamento da função propriamente dita da jurisdição (infra Capítulo 2), necessário apontar dois elementos determinantes para a compreensão do fenômeno jurídico em sentido amplo e que, por certo, irão informar todo o arcabouço teórico posterior. Em conjunto, tais temas esboçam a conformação do Poder Judiciário na atualidade.

O *primeiro ponto* (infra 1.1) a ser destacado diz respeito à estrutura estatal. Em especial, a esfera de ação e atuação do Estado Democrático de Direito, que se pretende como superador dos modelos estatais historicamente consagrados, tais como o Estado Liberal e o Estado Social, e que surge como elemento decisivo para uma (possível) transformação da sociedade a partir dos ditames previstos no texto constitucional.

O *segundo ponto* (infra 1.2), não menos relevante, aponta a mudança na forma de apreensão do conhecimento e o reflexo que essa mudança (verdadeiramente filosófica) traz para o pensamento jurídico. Surge, então, a Crítica Hermenêutica do Direito, teoria que propicia uma transformação da hermenêutica jurídica em hermenêutica filosófica e que vem como lente para uma compreensão do modo de realização da juridicidade. Vale destacar que a hermenêutica então apresentada será determinante para a reinserção da tradição e da pré-compreensão no discurso jurídico, fortalecendo a autonomia do Direito, bem como operará como broquel contra eventuais voluntarismos.

Antes, entretanto, é necessário visitar o arcabouço da estrutura estatal, a partir das mudanças hauridas do Estado Democrático de Direito. Para tanto, necessário apontar as diversas maneiras pelas quais a jurisdição se manifesta e o seu relacionamento com o Estado. A partir daí, passa a ser possível apontar os elementos informadores do Estado Democrático.

1.1 Diferentes modalidades de Estado; diferentes formas e funções da jurisdição: ou porque é preciso pensar o tema tendo o Estado Democrático de Direito como ponto de partida

1.1.1 Considerações iniciais

A jurisdição se apresenta como elemento determinante de qualquer Estado contemporâneo⁵ e é ela que irá informar as noções fundamentais do aparelhamento processual e as diversas soluções surgidas na prestação jurisdicional.⁶ Todavia, também a jurisdição sofre a influência da organização social e dos diversos hábitos sociais e políticos que marcam a sociedade⁷; assim como o Direito é dotado de historicidade⁸, também a jurisdição o é. Pensar os dilemas e as repostas para uma compreensão atual do processo civil demanda o conhecimento das funções e dos alicerces do Estado contemporâneo⁹ – qualificado como (Estado) Democrático de Direito.¹⁰

⁵ CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 131. Para o autor francês: “A multiplicação das ações levadas aos tribunais mostra que o juiz está encarregado nas sociedades contemporâneas de compor as diferenças de toda ordem, em vista a preservar os equilíbrios sociais: ele se vê transferir a responsabilidade de ‘cortar os nós górdios da história, da moral, da economia’; é a ele que compete ‘ponderar os interesses’ e definir as soluções socialmente aceitáveis”. Idem, ibidem. Destaque-se que a “ponderação de interesses” referida pelo autor em nada se assemelha às teorias argumentativas que apostam na possibilidade de o juiz realizar um juízo de ponderação para afastar a incidência de determinados dispositivos normativos. Aqui, a ponderação de interesses é sinônimo do exame em torno do conflito de interesses que dá azo a sua judicialização.

⁶ Para Luiz Guilherme MARINONI: “O tratamento da teoria do processo não prescinde da reflexão sobre o Estado, a cultura e a realidade social de cada época. Por isso a importância de uma teoria da jurisdição; de uma teoria que possa explicar e justificar, com coerência, os vários segmentos do mundo do processo. Inesquecível, realmente, a significação da visão constitucional da teoria do processo, já que as normas constitucionais constituem um ancoradouro muito generoso para as interpretações teóricas tendentes à revelação dos valores democráticos” (*Novas linhas do processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 15).

⁷ LACERDA, Galeno. *Processo e Cultura*. *Revista de Direito Processual Civil*, n. 3, 1962. p. 75.

⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 58.

⁹ Afinal, é o papel do ente estatal que irá influenciar as diversas concepções dos escopos da justiça e que, por sua vez, irá dar relevo à escolha das mais variadas soluções processuais (DAMASKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Edizione originale: *The faces of justice and State Authority*. Trad. Andrea Giussani (capitoli III, IV e V) e Fabio Rota (capitoli I, II e VI). Bologna: Società editrice il Mulino, 2002. p. 41).

¹⁰ É pretensão desde estudo conferir certo grau de concreção para o conteúdo do Estado Democrático de Direito. Não se pretende aqui adiantar tema vindouro, vale destacar, todavia o referencial teórico mínimo para uma compreensão adequada do tema: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003; COSTA, P.; ZOLO, D. *O Estado de Direito*. Trad. por Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, especialmente as introduções, pp. 03-198; STRECK, Lenio L. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, especialmente os cap. I a IV

As consequências de tal pensamento são categóricas. Se o Estado contemporâneo é o campo de crescimento da cidadania¹¹ e da participação política, então também a jurisdição passa a ser qualificada como espaço de necessário diálogo; o que importa no surgimento de novos mecanismos de discussão (como as audiências públicas e os *amici curiae*) e na recompreensão de velhos institutos (como o contraditório, que passa a envolver também o dever/poder de influência no ato de decidir e não apenas a mera bilateralidade).¹²

A própria legitimidade (democrática) da jurisdição é alargada e, no processo, surgem poderosos freios para barrar e penalizar as arbitrariedades cometidas pelo ente público – que se apresenta como parte interessada na avassaladora maioria das ações judiciais.¹³ *Pari passu*, o advento do constitucionalismo contemporâneo e a importância assumida pela Constituição (e por suas promessas) movem ainda mais o pêndulo da estatalidade para o lado da jurisdição. Também os compromissos assumidos pelo texto constitucional e ainda não cumpridos passam a ser objeto de debate na via judicial e, de maneira ousada, ganha cada vez mais destaque a postura dos juízes.

De fato, o Estado Democrático de Direito apresenta-se como um novo arquétipo (histórico, e não ideal) de Estado que conduz a um novo modelo de processo civil. Modelo no qual a efetividade da tutela jurisdicional cobra uma reconfiguração no modo pelo qual se resolve a controvérsia e que cobra uma rediscussão acerca de vetustos elementos da processualidade, como a causa de pedir.

Com efeito, não há como estudar a jurisdição, sem antes ter presente a evolução das características históricas do Estado, pois que certamente as noções fundamentais do Estado Democrático de Direito, como se verá, não são as mesmas de épocas passadas, como a do Estado Liberal Clássico. Em contrapartida, a própria noção de Estado

¹¹ A cidadania não é (mais) apenas um status de juridicidade. É mais do que isso. É fenômeno complexo e que abarca também os elos que dizem respeito ao prisma político e econômico das relações entre ente público e sujeito privado e que não mais pode ser cogitada em uma perspectiva fraca, de mera existência e proteção de direitos políticos, mas que sim demanda uma mudança metodológica que represente “recuperar o sentido histórico da cidadania como ideal político” (BARRETO, Vicente. O Conceito Moderno de Cidadania, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 192, pp. 29-37, abr./jun., 1993. cit., p. 31).

¹² Nesse sentido: COMOGLIO, Luigi Paolo. Il giusto processo civile in Italia e in Europa. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.116, ago. 2004, p. 132; pelo poder participativo do contraditório: CAPPELLETTI, Mauro. Spunti in tema di contraddittorio. In: *Studi in memoria di Salvatore Satta*. Volume primo. Padova: Cedam, 1982; SCALABRIN, Felipe; SANTOS, Igor Raatz dos. O processo civil no estado democrático de direito na superação do modelo de processo do estado liberal: da garantia do devido processo legal ao direito fundamental ao processo justo e democrático. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v. 5, n. 14, p. 269-296, jan. /mar. 2011.

¹³ FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *A ação civil pública e o princípio da separação dos poderes: estudo analítico de suas possibilidades e limites*. In: *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Coord: MILARÉ, Édis. São Paulo: Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005, p. 472.

Democrático de Direito impescinde aprofundamento. Atestar que a jurisdição brasileira é jungida aos preceitos deste modelo de Estado significa dizer, também, que há uma valorização da cidadania e da participação, um reforço nas garantias constitucionais processuais (que, para alguns, já se alçam à categoria de direitos fundamentais processuais) e, ainda, um aprimoramento do postulado democrático (afinal, a democracia do Estado Contemporâneo deixa de ser do tipo meramente representativo e passa a ser do tipo também participativo).

Assim, previamente ao exame dos alicerces do Estado Democrático de Direito, necessária uma breve passagem pela evolução do Estado e do processo, a iniciar pelo momento histórico que até hoje revela maiores influências teóricas e políticas na conformação de ambos, a saber, o Estado Liberal Clássico.

1.1.2 Breves apontamentos acerca da evolução do Estado e do processo: ou de como o Estado Liberal Clássico foi superado pelo Estado Democrático de Direito

A evolução do Estado – como o surgimento daquilo que veio a ser chamado Estado Liberal Clássico – foi decisiva para as mudanças na função jurisdicional; o pensamento jurídico da época provocou uma influência direta no atuar da jurisdição. Também o pensamento político, centrado na representatividade, conferia uma legitimidade fraca ao Poder Judiciário.

Vale lembrar que o Estado Liberal Clássico assentou sua viga mestra na cisão entre Sociedade e Estado. Essa separação, na lição de Jorge Reis Novais, significou, inclusive para o campo jurídico, uma separação entre: a) política e economia, na medida em que não caberia ao Estado regular a dinâmica do mercado¹⁴; b) Estado e moral,

¹⁴ Nesse aspecto, vale destacar que: “A teoria da separação Estado-economia – enquanto tentativa de construção de um modelo adequado ao funcionamento do capitalismo concorrencial – é obra da escola clássica inglesa e, nomeadamente, do ‘naturalismo optimista’ de Adam Smith. Tomando a liberdade de empresa e a liberdade de concorrência como pilares modelo, Adam Smith parte da ideia da existência de uma ordem natural (e conseqüentemente justa) para concluir que é da livre iniciativa de cada membro da sociedade e do funcionamento espontâneo do mercado que resultará automaticamente a máxima vantagem para todos”. NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e Democrático de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 60. Outro ponto relevante a se destacar é que essa divisão entre Estado e economia não pode ser tida como absoluta. O que se constata é que “o caráter empenhado e protetor do Estado Liberal transparece na sua intervenção no mercado de trabalho – onde reprime abertamente o direito à greve, o direito de associação sindical e, na generalidade, as ações coletivas dos trabalhadores – ou, num outro plano, no papel activo que o Estado desempenha na colonização e no aproveitamento dos territórios coloniais como fornecedores de matérias primas”. Idem ibidem, pp. 63-54.

posto que apenas à consciência autônoma do indivíduo competia decidir sobre a sua moralidade, e c) Estado e sociedade civil, “segundo a qual esta última é o local em que coexistem as esferas morais e econômicas dos indivíduos”, relativamente às quais o Estado é “mera referência comum tendo como única tarefa garantia de uma paz social que permita o desenvolvimento da sociedade civil de acordo com suas próprias regras”.¹⁵

Além do afastamento entre Sociedade e Estado, o período liberal timbrou o Estado com uma série de elementos, a saber: a) proteção das liberdades individuais e salvaguarda do sujeito em relação ao ente estatal¹⁶; b) o papel reduzido do próprio Estado¹⁷; c) uma separação de poderes centrada e valorizadora da burguesia¹⁸, tendo como critério legitimador a democracia que nasce vinculada aos postulados da Revolução Francesa, representativa, portanto.¹⁹ É esta última que irá deflagrar como se dava o pensamento jurídico do Estado Liberal e apontar para uma típica compreensão legalista (centrada no sentido estrito dos textos de lei) do Direito.

Com efeito, a função jurisdicional do Estado Liberal, oriunda da tradição²⁰ romano-canônica²¹ da *civil law*²² era centrada na noção de absoluta passividade e conformação do juiz às previsões do texto normativo. Era necessário que o magistrado, quando diante do caso concreto, nada mais realizasse do que uma subsunção do caso à

¹⁵ Idem ibidem, p. 29.

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 93

¹⁷ Idem ibidem, p. 93.

¹⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e Democrático de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 95-97.

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 95.

²⁰ Tradição legal não se confunde com sistema legal: “una tradición legal no es un conjunto de reglas de derecho acerca de los contratos, las sociedades anónimas y los delitos, aunque tales reglas serán casi siempre, en cierto sentido, un reflejo de esa tradición. Es más bien un conjunto de actitudes profundamente arraigadas, históricamente condicionadas, acerca de la naturaleza del derecho, acerca del papel del derecho en la sociedad y el cuerpo político, acerca de la organización adecuadas de un sistema legal, y acerca de la forma en que se hace o debiera hacerse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse el derecho” (MERRYMAN, Jonh H. *La Tradición Jurídica Romano-Canônica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 17).

²¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 09.

²² Não há que se confundir os postulados jurídico-históricos que conformam a tradição *civil law* com aqueles, totalmente distintos, que operaram na construção da *common law* (vigente notadamente na Inglaterra e nos Estados Unidos da América). A tradição *civil law* remonta aos tempos de Justiniano, quicá aos próprios institutos do período romano tardio. Por outro lado: “la fecha que suele usarse para marcar el inicio de la tradición del derecho común es el año de 1066, cuando los normandos derrotaron a los nativos defensores en Hastings y conquistaron Inglaterra” (MERRYMAN, Jonh H. *La Tradición Jurídica Romano-Canônica*, op. cit., p. 20).

lei através de um legítimo silogismo-matemático desprovido de valoração subjetiva²³ e sendo, portanto, *la bouche de la loi*.²⁴

Naquela quadra do pensamento jurídico – e que ainda hoje alastra seus efeitos – tinha-se um modelo meramente normativista legalista de juridicidade.²⁵ Arquétipo individualista, centralizado no homem, na razão e na liberdade; moderno-liberal, construído a partir da ruptura com a metafísica teológica²⁶ e no qual a razão cartesiana e o racionalismo²⁷ exacerbado surgiam como reflexos de um pensamento lógico-científico. Enfim, postulados que convergiam para a constituição de uma legalidade da realização do direito: o processo civil estava restrito a assegurar que o juiz apenas verbalizasse o que a lei já previamente estabelecera, tanto que, até mesmo para Chiovenda, o conhecimento do juiz nada mais deveria ser do que “lo strumento dell’attuazione della volontà della legge mediante accertamento”.²⁸

Desse modo, tinha-se como possível um amplo controle sobre as decisões tomadas pelos juízes, assegurando-se o domínio da legislação (e do Poder Legislativo) e sob os auspícios de um positivismo-exegético.²⁹ Não cabia ao juiz, nem às partes

²³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e Ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 24-25.

²⁴ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 40. Nesse sentido, já Eduardo J. COUTURE referia que: “a sentença possui, evidentemente, uma lógica que lhe é própria e que não pode estar ausente dela, sob pena de comprometer seriamente a sua eficácia. Mas o processo intelectual da sentença não é uma pura operação lógica, porque nela existem muitas outras circunstâncias alheias ao simples esquema do silogismo” (*Fundamentos do Direito Processual Civil*. Campinas: RED Livros, 1999, p. 207).

²⁵ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Vol. LXXIV. Coimbra: Separata, 1998, p. 15.

²⁶ Conforme Simone GOYARD-FABRE, essa ruptura ocorreu, de maneira embrionária, com os textos de Marcílio de Pádua, que atestava a independência da “Cidade” em face da Igreja; Occam, cujo entendimento era no sentido de que a base da emergência da “Cidade” está na livre decisão do indivíduo e, após esse período, nas ideias trazidas por Jean Bodin, no *Les six livres de la République* (1576) e, é claro, com Maquiavel e seu *De Principatibus* (1513) (*Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 06-26).

²⁷ Racionalismo como “a expressão da ratio moderna que deixa de ser ontológico-metafísico-hermenêutica como a razão clássica e se volta na razão autofundamentante nos seus axiomas” (CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito*. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, op. cit. , p. 16).

²⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*. 2. ed. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1960, p. 152.

²⁹ Para uma adequada compreensão do positivismo-exegético, que imperou no Estado Liberal, e do positivismo-semântico-normativista, que se desenvolveu no século XX e ainda hoje figura como dominante no pensamento de diversas doutrinas do processo civil, ver STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 243 e ss.

contribuir para a compreensão do sentido do direito.³⁰ Com efeito, o Estado Liberal Clássico possuía como características marcantes, ainda, o exacerbado controle político sobre o juiz e a irrestrita liberdade das partes diante do juízo.³¹

Não se imaginava, àquele tempo, que juiz, autor e réu, pudessem dialogar para a construção da resposta jurisdicional adequada, tampouco que a decisão fosse dotada de normatividade própria. Não se propunha, também, qualquer sorte de métodos mais sofisticados para delimitar o modo pelo qual o juiz atingia o resultado do processo (sentença). Nessa linha, o método de decidir se restringia a um ato de subsunção.

Entretanto, *o advento do Estado Democrático de Direito trouxe mudanças drásticas nesse modo de pensar e atuar a jurisdição.*³²

Não há mais que se considerar que o provimento jurisdicional deve representar a atuação concreta da lei. Longe disso, a decisão judicial é dotada de normatividade própria. Não apenas o legislador, mas também o magistrado dá vazão ao surgimento do Direito.³³ Aliás, para parcela mais arrojada da doutrina, a verdadeira essência do Direito estaria na decisão do juízo acerca do conflito e não no direito posto.³⁴

Por esta razão: “o processo, no âmbito jurídico, não é, (...), algo que opera como simples meio, instrumento, sim um elemento que integra o próprio ser do Direito. A relação entre o chamado direito material e o processo não é” – como afirmava Calmon de Passos – “uma relação meio/fim, instrumental, como se tem proclamado com tanta ênfase, ultimamente, por força do prestígio de seus arautos, sim, uma relação integrativa, orgânica, substancial”.³⁵ Não é à toa que ganha força a doutrina segundo a

³⁰ Essa forma de ver o direito é própria do modelo normativista-legalista de juridicidade, que marca o Estado Liberal Clássico. A respeito, ver CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema": os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: *Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra*. Vol. LXXIV [separata], 1998, p. 15 e ss.

³¹ TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980. p. 149.

³² Deve ficar claro que isto não significa que somente a estrutura estatal teve o condão de proporcionar tantas mudanças no âmbito da realização jurisdicional. A ruptura do pensamento jurídico – que também afeta a jurisdição – não é apenas fruto da organização do Estado. Muito pelo contrário, tal construção (que se dá *através* do Estado Democrático de Direito) é proveniente de uma ampla discussão travada em outras searas (como no campo da Teoria do Direito e da Ciência Política).

³³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1993, p. 21 e ss.

³⁴ Nesse sentido: RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004, p. 22 e ss.

³⁵ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 68.

qual, entre direito objetivo e direito subjetivo haveria, na realidade, uma relação circular de necessidade mútua.³⁶

Desse modo, dois elementos se apresentam como determinantes para um pensamento que se pretenda compatível com o Estado Democrático de Direito. Por primeiro, que não é mais defeso ao julgador apenas subsumir o texto da norma ao caso sem observar que o próprio texto é tensionado por aspectos culturais e históricos³⁷ e que o próprio caso sob o qual se debruça é determinante para a realização do Direito.³⁸ Por segundo, se é acertado que entre o texto e o caso há uma plêiade de hipóteses concretizáveis, então o pensamento jurídico também deve ser considerado numa perspectiva crítica e que imponha limites aos métodos de observar o surgimento de uma resposta adequada. Nesse diapasão, a hermenêutica (jurídica) filosófica muito tem a contribuir com o processo civil.³⁹

Mas a mudança não se observa apenas no modo pelo qual se realizava o pensamento jurídico. Também o pensamento político muito evoluiu com as mudanças do Estado. A democracia é vívido exemplo de tal assertiva.

Afinal, a democracia que se conhece (hoje) é fruto dos ideários pós Revolução Francesa⁴⁰; e carrega, assim, os preceitos daquela época. Na esfera jurídico-política, tanto Rousseau⁴¹ como Sieyès foram determinantes. Foi ainda nessa quadra da história, meados do Século XVIII, que se assentou uma nova classe dominante: a burguesia afastou o poder absoluto do rei e encontrou seu instrumento racional de legitimidade no

³⁶ O tema das relações entre direito objetivo e direito subjetivo, direito material e direito processual serão oportunamente objeto de reexame (conforme infra 3.1).

³⁷ A juridicidade necessita dar-se conta de sua limitação e deixar-se abrir para âmbitos externos e, primordialmente, obrigar-se “à contínua referencia àqueles mesmos valores e princípios normativos, que, sendo os fundamentos regulativos do próprio sistema ou da ordem-jurídica, hão de ser também os últimos e critérios da realização do direito” (CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito*, op. cit., p. 38 e 40).

³⁸ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho no Direito Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 63.

³⁹ Tendo em vista tratar-se de tema mais amplo e que merece maior reflexão para que se melhor compreenda a conformação da jurisdição contemporânea e o próprio pensamento jurídico, optou-se por manter essa temática em tópico separado. Consultar, para tanto o item 1.2 do presente capítulo.

⁴⁰ GOYARD-FABRE, Simone, op. cit., pp. 142-143.

⁴¹ Para Rousseau apenas seria lúdica a democracia onde fosse possível ao povo diretamente exercer sua vontade e, em conjunto, manifestar a vontade geral. Como é o povo que assume todas as decisões do estado, através da lei, esta ganha grande relevo no pensamento da democracia representativa: o poder legislativo é o principal, pois é a lei que expressará a vontade do povo. Vale referir que o próprio Rousseau possuía ressalvas quanto à possibilidade de implementação de uma democracia (em sentido formal): “Se houvesse um povo de deuses, seria governado democracticamente, mas aos homens não convém tão perfeito governo”. ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 72.

povo e no voto. Povo que se tornou ícone⁴² e que assegurou a inflação do postulado democrático; voto, que assegurou racionalmente a legitimidade de poucos para a tomada de decisões políticas em um novo governo pretendido. Nasce, assim, a representação democrática que perdurará até os tempos atuais.

No âmbito da função jurisdicional, a evolução do poder estatal democraticamente legitimado contribuiu para uma maior funcionalização do Direito⁴³, que passou a ser utensílio para outros interesses (políticos, econômicos sociais) e se desprende da noção de Justiça⁴⁴ – tão necessária a uma autêntica democracia⁴⁵ – para tornar o processo um instrumento jurídico hábil a assegurar ao juiz os meios para apenas declarar o texto legal.⁴⁶

Com o avançar dos séculos, observa-se que o Estado – agora intervencionista – se torna o inverso de seu antecessor liberal e adquire bases e diretrizes complexas voltadas à reestruturação de um sistema já em crise⁴⁷, possibilitando a assunção de uma

⁴² O povo ícone é aquele que é invocado pelos seus representantes, mas cujas decisões não são atribuíveis ao próprio povo em termos de direito vigente, mas, tão somente como palavra vã de falsa legitimidade. Em outros termos, se é o povo quem dita os critérios de escolha e decisão do Estado – que deverá sempre agir em consonância com o ordenamento jurídico – então toda a resolução estatal deve subsumir-se aos textos democraticamente postos e, em não o fazendo, teríamos o uso da palavra povo como meio para tornar válido algo que na origem não o é. Nesse caso a invocação do povo é apenas “icônica” (MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo: A questão fundamental da democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1998, pp. 66-67).

⁴³ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *O Direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 30. A este respeito, Ovídio Baptista da Silva: “o Direito tornou-se uma função de outros interesses estranhos à ideia de Justiça. No fundo, esta consequência não é mais do que um braço do individualismo pragmático que constitui a essência da ideologia moderna, que de um modo ou de outro, nos governa” (Da função à estrutura. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*, Porto Alegre, n.5, p. 89-99, 2008, p. 89). E ainda: “No fundo, essa perda de autonomia explica o próprio projeto político da modernidade, porque para o problema do projeto contratualista moderno-individualista, uma solução jurídica deveria ser apontada. Trata-se da passagem, ocorrida já no início da modernidade, do contrato societário que tinha em conta a comunidade, o modelo jus commune, para o modelo contratualista defendido por Hobbes, Locke, Rousseau e depois Kant. Nesse cenário, os homens deixam de ser a substância da sociedade para assumirem o papel de seus criadores e organizadores” (SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Do funcionalismo processual da aurora das luzes às mudanças processuais estruturais e metodológicas do crepúsculo das luzes: a revolução paradigmática do sistema processual e procedimental de controle centrado da constituição no STF. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*, Porto Alegre, n.5, p. 113-133, 2008, p. 118).

⁴⁴ O termo “Justiça” aqui empregado vai para reforçar a ideia de necessária autonomia do Direito e não para imprimir a inserção da “Justiça”, enquanto valor (moral), no discurso jurídico. O problema (nevrálgico) entre Direito e Moral não é aqui objeto de exame; o que se advoga é a não funcionalização (ou submissão) do debate jurídico frente a outros campos.

⁴⁵ BAPISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 79.

⁴⁶ Merryman refere: “Surge así una imagen del proceso judicial como una actividad bastante rutinaria. El juez se convierte en una especie de empleado experto. Se le presenta una situación de hecho para la que se encontrará a la mano una respuesta legislativa en todos los casos, excepto los extraordinarios”, *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*, op. cit., p. 76.

⁴⁷ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*, op. cit, pp. 91 e 92.

função social⁴⁸. É revitalizada assim a noção de justiça social⁴⁹ e, principalmente, o alargamento dos poderes políticos do indivíduo. Porém, mesmo com esse aumento, com o crescimento do povo-ativo⁵⁰, ainda assim, poucos são os indivíduos que, ao observar as ações do Estado, se sentem ali representados. Decisionismos, processos legislativos sem técnica e nada claros, aumento exacerbado da atuação executiva em áreas à ela estranha, enfim, nos encontramos diante da falência institucional dos poderes executivo e legislativo⁵¹; justamente os que mais deveriam estar próximos ao cidadão, tendo em vista o seu respaldo político-eleitoral-participativo, distanciam-se.

Nesse contexto pessimista, alcança-se os tempos atuais. Consta-se que, se a democracia representativa elevou-se, para alguns, como o ápice das formas de Estado⁵² em face das situações históricas pelas quais passou – como o Liberalismo^{53 54} e o Welfare State – agora ela já se apresenta “em seu leito de morte”⁵⁵; incapaz de “cumprir

⁴⁸ Para uma análise mais aprofundada das bases ideológicas do Estado Social, consultar BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, pp. 165 a 181.

⁴⁹ BARZOTTO, Luis Fernando. *Democracia na Constituição de 1988*, A. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 189.

⁵⁰ Povo ativo, aquele que é destinatário dos direitos políticos e tem a prerrogativa de, tempo a tempo, alterar as estruturas políticas dos poderes instituídos através dos processos eleitorais. Enfim, o povo ativo é o titular dos direitos políticos, e que possibilita o governo do povo (MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo: A questão fundamental da democracia*, op. cit., pp. 55-57). Para um aprofundamento na revigorada concepção de povo: RIBEIRO, Darcy Guimarães; SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição de democracia participativa. In: *Revista da Ajuris*. Ano 36. n. 114. jun. 2009, p. 94-95.

⁵¹ Sobre a falência da legitimidade do Executivo e do Legislativo, consultar por todos BONAVIDES, *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 281 e 296.

⁵² FUKUYAMA dirá que o regime democrático representativo teria o valor de uma fórmula abstrata, universal, e capaz de se desenvolver em qualquer ponto do globo sem tomar, por exemplo, a cultura como condição necessária ao desenvolvimento democrático. (FUKUYAMA, Francis. *O fim da história e o último homem*. Rio de Janeiro: Rocco, 1992, p. 268). Ainda com Fukuyama, há a compreensão de que a democracia liberal poderia ser considerada um “padrão evolucionário comum para todas as sociedades humanas” (idem, p. 81). Todavia, essa perspectiva da democracia evidencia que o homem moderno, alocado aos pressupostos que por ele foram erigidos, já vê como natural a construção da ciência moderna, de sorte que até mesmo o pensamento jurídico – como pretendia Bacon – já está desprendido de ídolos; é neutro; é científico. E por tudo isso, não precisa ser questionado. Não é à toa que, criticando esse entendimento Ovídio Araújo Baptista da Silva irá referir que: “Ao glorificar a democracia liberal, Fukuyama esqueceu-se da crescente suspeita com que os eleitores vêem que sua convocação para votar de quatro em quatro anos não tem relevância que seria de esperar de uma democracia representativa. A desconfiança é explicável: enquanto os eleitores são convocados a votar de quatro em quatro anos, o mercado, como alguém já observou, vota todos os dias” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit., pp. 08 e 13).

⁵³ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. 6ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1998. pp. 52-53.

⁵⁴ De acordo com Bonavides, “do princípio liberal chega-se ao princípio democrático. Do governo de uma classe, ao governo de todas as classes” (*Do Estado Liberal ao Estado Social*, op. cit., p. 43).

⁵⁵ AMARAL, Roberto. *A democracia representativa está morta; viva a democracia participativa*. In: *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 32.

suas promessas”⁵⁶. Urge, dessarte, que a ideia de democracia seja revitalizada, para ser mais do que mero procedimento.⁵⁷

Dessa feita, o próprio conteúdo do Estado Democrático há de ser embebido com um novo e pulsante critério político, qual seja, a noção de irrestrita participação da sociedade no múnus estatal. Todavia, isto não é suficiente para caracterizar o Estado Democrático, tampouco é medida hábil a demonstrar toda a nova potência que ganha a jurisdição nos tempos atuais. Urge, portanto, aprofundar o debate para que se evidenciem quais são os alicerces (os elementos integrantes) desse Estado. Tema que surge na sequência.

⁵⁶ BOBBIO, Norberto. *Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo*, O. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, pp. 34-45.

⁵⁷ BARZOTTO refere que a democracia procedimental tem por expoentes Kelsen e, em certa medida, Bobbio. Trata-se de democracia enquanto método para se alcançar a liberdade individual. Tanto que, “a igualdade na democracia é um conceito secundário. Ela apenas reforça a ideia de liberdade. Se o ideal de liberdade é válido para todos, então todos devem participar do governo, e no mesmo grau. A democracia exige uma igualdade de direitos políticos, e, portanto a igualdade que ela pressupõe é formal. A igualdade material nada tem a ver com a democracia, podendo ser realizada tanto por um regime democrático ou por um regime autocrático” (BARZOTTO, Luis Fernando. *Democracia na Constituição de 1988*, op. cit., pp. 132-133).

1.1.3 Alicerces do Estado Democrático de Direito

A adjetivação democrática do Estado de Direito traz implicações das mais variadas, ao que se pode referir como o conteúdo deste modelo de Estado. Vale destacar que o Estado Democrático então apresentado⁵⁸ se alicerça nas seguintes premissas: a) o Direito deve ser compreendido com um caráter transformador da realidade; b) a Constituição possui caráter dirigente e compromissório, possuindo, assim, legitimidade material e aplicação imediata; c) na esfera política, o indivíduo é dotado de uma cidadania ampla e com alto grau de participação no múnus público, sendo insuficiente a representatividade e d) cobra-se uma proteção e realização dos mais variados direitos fundamentais, inclusive aqueles oriundos da relação processual (garantias processuais).

Certamente, esta tônica não exclui outras características próprias do Estado Democrático, como apontam Lenio Streck e José Luis Bolzan de Moraes. Para eles, tal Estado surge como um *plus* normativo em relação aos demais e teria como vetores o alto grau de constitucionalidade dos direitos, a organização democrática da sociedade, a busca pela correção das desigualdades sociais, a existência de uma igualdade material e não meramente formal, a adequada divisão de poderes e funções do Estado, a proteção à certeza e à segurança jurídica.⁵⁹

Necessário enfrentar, pois, cada uma das premissas.

a) o Direito deve ser compreendido com um caráter transformador da realidade

Muito embora uma das pedras fundantes do Direito seja a estabilidade e a segurança jurídica, isto não significa que o Direito deve representar a manutenção do *status quo*. Longe disso, sucede que, nos moldes de um Estado assim forjado (como Democrático de Direito), o Direito é sempre um mecanismo de transformação “porque

⁵⁸ Não há discussão mais acirrada do que aquela que busca dar conteúdo jurídico ao Estado Democrático de Direito. O significado da democracia, o significado do Direito são temas deveras profícuos para estudo. Desse modo, não há qualquer pretensão de expor um amplo feixe de conceitos ou entendimentos acerca do que é a democracia e do que é o Estado Democrático. Busca-se, outrossim, apresentar o conteúdo geral deste mesmo Estado a partir do referencial propalado pela Crítica Hermenêutica do Direito (de Lenio Streck), que tem como pedra de toque o caráter substancialista da justiça constitucional, e por posturas (como a de Darci Guimarães Ribeiro) que valorizam o Poder Judiciário sem, no entanto, deixar de reconhecer o grau de responsabilidade dos seus órgãos.

⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 98-99.

regula a intervenção do Estado na economia, estabelece a obrigação de realização de políticas públicas e traz um imenso catálogo de direitos fundamentais-sociais”.⁶⁰

Nestes exatos termos, é a lição de Lenio Streck, ao apontar a necessidade de ser compreender que o direito, no atual período histórico, não pode mais ser considerado “ordenador, como durante a fase liberal; também não é apenas “promovedor”, como era durante o período do *Welfare State* (que, para Lenio, “sequer ocorreu no Brasil”).⁶¹ Na realidade, o Direito, na era do Estado Democrático de Direito, surge como um “plus normativo” em comparação com os períodos anteriores, “porque agora é transformador da realidade”. E arremata: “E é exatamente por isso que aumenta sensivelmente o pólo de tensão em direção da grande invenção contramajoritária: a jurisdição constitucional, que, no Estado Democrático de Direito, vai se transformar na garantidora dos direitos fundamentais sociais e da própria democracia”.⁶²

b) a Constituição possui caráter dirigente e compromissório, possuindo, assim, legitimidade material e aplicação imediata

O texto constitucional, como toda norma, é dotado de força normativa. Todavia, a Constituição surge como o elemento que irá definir os programas e apresentar as pautas mínimas regulatórias da sociedade. Mais do que isso, a Constituição escrita surge como premissa material da Constituição Política e possui um caráter condutor da atuação estatal.⁶³

Eros Grau aponta que a constituição dirigente possui “caráter determinante”, possuindo um modelo de programa social e não mera garantia de direitos enunciados. Além disso, citando Canotilho, aponta que a constituição dirigente “é entendida como o bloco de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem directivas e estatuem imposições. A constituição dirigente aproxima-se,

⁶⁰ MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: Uma Crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 26.

⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 10.

⁶² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 11.

⁶³ Por este motivo: “A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de ser, mas também de um dever-ser, ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças políticas e sociais. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social”(HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. 1.ed.Tradução de Mendes, Gilmar. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991 p. 15).

pois, da noção de constituição programática”.⁶⁴ Todavia, essa alusão às normas programáticas evidencia a necessidade de distinção entre normas programáticas e imposições constitucionais: As imposições constitucionais são, diferentemente das normas programáticas, permanentes e concretas. Nesse sentido, os direitos fundamentais – inclusive os sociais – teriam a força normativa de imposições constitucionais.

A ideia “de uma teoria de Constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia deve tratar” – como aponta Lenio Streck – “da construção das condições de possibilidade para o resgate das promessas da modernidade incumpridas, as quais, como se sabe, colocam em xeque os dois pilares que sustentam o próprio Estado Democrático de Direito”. E conclui: “Na verdade, o que se pretende é que os mecanismos constitucionais postos à disposição do cidadão e das instituições sejam utilizados, eficazmente, como instrumentos aptos a evitar que os poderes públicos disponham livremente da Constituição. A força normativa da Constituição não pode significar a opção pelo cumprimento *ad hoc* de dispositivos ‘menos significativos’ da Lei Maior e o descumprimento daquilo que é mais importante – o seu núcleo essencial-fundamental”.⁶⁵ E certamente, a jurisdição não fica infensa a todos os influxos dos compromissos constitucionais, afinal, “jurisdicionar é fazer atuar e cumprir a Constituição”.⁶⁶

c) na esfera política, o indivíduo é dotado de uma cidadania ampla e com alto grau de participação no múnus público, sendo insuficiente a representatividade

Todas as mudanças no centro do Estado evidenciam uma necessária reflexão acerca do conteúdo da participação e da cidadania no contexto contemporâneo, como já alguns apontamentos anteriores evidenciavam.

Ao se observar o tema com as lentes da história, passa a ser possível a constatação de que os dois pontos em lume – cidadania e participação – já não detêm a mesma corporificação de outrora e, mais do que isso, adquirem elementos que conduzem a um novo relacionamento entre a esfera propriamente pública (o Estado) e seus indivíduos (os cidadãos).

⁶⁴ GRAU, Eros Roberto. Introdução à obra de: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁶⁵ STRECK, Lenio L. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, P. 117.

⁶⁶ MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: Uma Crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 37

No que tange à cidadania, grande parte dos constitucionalistas continuam a compreendê-la apenas em um sentido limitado, sem embebê-la em um necessário conteúdo extrajurídico. Afinal, a cidadania não é apenas um status de juridicidade. É mais do que isso. É fenômeno complexo e que abarca também os elos que dizem respeito ao prisma político e econômico das relações entre ente público e sujeito privado.⁶⁷ A perspectiva fraca de cidadania é típica de um período ainda Liberal de Estado e que demanda mudança. Uma alteração metodológica que implica “recuperar o sentido histórico da cidadania como ideal político”⁶⁸ e que não considere a cidadania (apenas) a titularidade dos direitos políticos de votar e ser votado – conceito que certamente a restringe.⁶⁹

Não se pode olvidar, entretanto, que foi também o Estado Liberal que inseriu as ideias embrionárias para cidadania atual: “A teoria política liberal, ainda que consagrando as desigualdades econômicas e sociais, proporcionou uma expectativa de participação no poder político para todos os cidadãos”.⁷⁰ Mais do que isso, também a participação era um pressuposto para o Estado Liberal, de modo que: “a participação encontra-se na natureza ontológica do liberalismo desde suas origens, sendo a apatia a maior ameaça à liberdade em consequência dessa tendência intrínseca à igualitarização no exercício da liberdade e no acesso ao poder”.⁷¹ Em outros termos: a cidadania cresceu e ganhou sentido no Estado Liberal, todavia, ainda era mero status jurídico, razão pela qual é termo que ainda merece ser aprofundando, a exemplo do que faz Carlos Ayres Britto quando aponta a existência de uma série de “direitos de cidadania” que vão muito além dos direitos políticos.

Para o citado autor, atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, é necessário fazer uma diferenciação teórica no âmbito da Constituição Federal, em seu capítulo que estabelece os direitos e deveres individuais e coletivos de modo que:

chamamos de “direitos de liberdade” os direitos individuais e os coletivos oponíveis ao poder público, ou, em certa medida, contra esse poder, tendo por beneficiário o indivíduo ou, então, o grupo que

⁶⁷ BARRETO, Vicente. O Conceito Moderno de Cidadania. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 192, pp. 29-37, abr./jun., 1993, p. 29.

⁶⁸ BARRETO, Vicente. O Conceito Moderno de Cidadania, op. cit., p. 31.

⁶⁹ Como é o caso da possibilidade de utilização da ação popular, atualmente com a sua legitimidade ativa restrita, como leciona José Afonso da Silva, em seu curso: “Quando a Constituição diz que qualquer cidadão pode propor ação popular, está restringindo a legitimidade para a ação apenas ao nacional no gozo dos direitos políticos, ao mesmo tempo em que a recusa aos estrangeiros e às pessoas jurídicas, entre estas os partidos políticos” (*Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 463).

⁷⁰ BARRETO, Vicente. O Conceito Moderno de Cidadania, op. cit., p. 32.

⁷¹ BARRETO, Vicente. O Conceito Moderno de Cidadania, op. cit., p. 33.

exerce tais direitos; e chamamos de “direitos de cidadania” aqueles que igualmente podem ser oponíveis ao poder político ou, em certa medida, contra esse poder, mas tendo por beneficiário o conjunto da sociedade (e não a pessoa isolada que aciona tais direitos). Equivale a reconhecer, por conseguinte, que a cidadania está presente no capítulo em foco e não apenas no subconjunto normativo que a Lei Fundamental designa “Direitos Políticos”.⁷²

Justamente o diferencial da cidadania moderna, da cidadania de hoje, está nas conquistas hauridas das vitórias estabelecidas⁷³ a partir do texto constitucional e pelo processo de participação: “O que nos remete ao ideal helênico de participação. A cidadania moderna [dos Estados que antecederam o Democrático de Direito] caracterizou-se” – como bem aponta Vicente Barreto – “por exigir a participação dos segmentos sociais na sua definição e implementação. Os mecanismos constitucionais, que definem a cidadania no Estado Democrático de Direito têm implícita a participação como condição política para sua implementação”.⁷⁴

Deveras, a discussão pelo crescimento da cidadania atual deságua na sua implementação política através de crescentes mecanismos de participação. Ou seja, quanto mais participativa a sociedade, e quanto mais presentes instrumentos que possibilitem essa participação, maior será a presença da cidadania (não apenas jurídica, mas também política). Tais considerações conduzem, assim, às primeiras linhas para uma rediscussão acerca da participação no Estado Democrático de Direito.

E certamente não há que se falar em democracia sem participação. Porém, em idos passados, como durante o Estado Liberal, a participação tinha conteúdo diferente. No âmbito da participação política, o auge da atuação do cidadão estava no voto. E no âmbito das relações entre Público e Privado⁷⁵, o particular atuava em conjunto com o ente público basicamente através de delegações⁷⁶, tais como a concessão de serviço público, os contratos de direito privado e até mesmo os convênios.

⁷² AYRES BRITTO, Carlos. Distinção entre Controle Social do Poder e Participação Popular. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, Rio de Janeiro, n.º 189, pp. 114-122, jul./set., 1992, p. 116.

⁷³ “O estágio atual, em que ao lado da expansão dos direitos, cria-se uma interdependência política e jurídica dos direitos constitutivos da cidadania, caracteriza-se por ser o resultado de um processo histórico diferenciado para cada grupo de direitos, mais unido por um denominador comum, que representa o coração da cidadania moderna. A análise desse processo de constituição de uma nova forma de cidadania originou-se, precisamente, de como esses direitos foram elevados ao status constitucional que hoje ocupam”. BARRETO, Vicente. *O Conceito Moderno de Cidadania*, op. cit., p. 34.

⁷⁴ BARRETO, Vicente. *O Conceito Moderno de Cidadania*, op. cit., p. 35.

⁷⁵ Distinção que claramente não possui mais razão de ser.

⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 191, pp. 26-39, jan./mar., 1993, p. 27.

Mas o Estado já não é (apenas) Liberal; e os influxos da sociedade alargam a participação, tanto nas decisões políticas – que não mais compreendem apenas o voto – e nas parcerias entre Público e Privado – que não mais se limitam às delegações.

Maria Sylvia Zanela Di Pietro aponta que, com o advento do Estado Democrático de Direito, a participação deixa de se manifestar apenas nas figuras da delegação e da colaboração em atividades paralelas. Ela ocorre, para exemplificar, mediante a atuação do sujeito privado diretamente na gestão e na fiscalização da Administração Pública, de modo que: “é nesse sentido que a participação popular é uma característica essencial do Estado Democrático, porque ela aproxima mais o particular da Administração, diminuindo ainda mais as barreiras entre o Estado e a sociedade”.⁷⁷ Além disso, essa atuação direta se faria presente através do direito de petição e, por exemplo, das audiências públicas. Como se observará, essas mudanças na cidadania e na participação provocarão mudanças ainda mais drásticas no modo de ser do Estado.

Sem dúvida, a cidadania, no fundo, atinge o próprio conceito de democracia e que evidencia aquilo que Chevallier irá apontar como uma necessária rediscussão acerca do cânone democrático⁷⁸ (pois, como Bobbio há muito já apontara: a democracia dos Liberais foi incapaz de cumprir suas promessas⁷⁹) – muito embora, alguns elementos como a criatividade e a impossibilidade de uma verdade absoluta se apresentam como indispensáveis para qualquer Estado que se pretenda não autoritário.⁸⁰

Certamente o espaço para essa discussão política (ou suas condições mesmas) se apresenta hoje alargado: novas e mais amplas formas de participação democrática povoam o âmbito da estatalidade e do processo judicial. O Estado Contemporâneo –

⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na Administração Pública, op. cit., p.32.

⁷⁸ CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*, op. cit., p. 183.

⁷⁹ BOBBIO elenca as seis promessas não cumpridas pela democracia representativa: a) a vontade geral como centro de poder - a realidade social demonstrou que não existe apenas um foco de força política, como pretendiam os idealizadores da democracia, de sorte ser impossível alcançar uma única vontade geral, já que efetivamente existem, de fato, diversos núcleos de poder que coexistem; b) contenda de interesses - o representante deveria apenas buscar os interesses de toda a coletividade, mas, de fato, busca os interesses daqueles que o colocaram no poder; c) a manutenção das oligarquias; d) o espaço limitado - apesar de ser agora ampla a quantidade de votantes, seu espaço de inserção no discurso político ainda é ínfimo, daí a crise estar em “*onde se vota?*”, ou seja, em definir quais os momentos em que o povo é efetivamente chamado a se manifestar sobre determinado tema; e) a persistência de um poder invisível - a noção de que existem, ainda, instituições e órgãos que agem nas sombras, sem publicizar seus atos, atuando com intenções duvidosas; e, por fim, f) o problema da cidadania - o cidadão, a partir da possibilidade de atuar através da democracia, aprenderia, e se transformaria em um cidadão ativo e participante, que se engajasse na prática política – o que não apenas não aconteceu como se procedeu ao inverso: as democracias mais consolidadas têm por característica um povo apático e desinteressado. *O Futuro da democracia*. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 34 a 45.

⁸⁰ É como aponta Leonel Severo Rocha: “não existe democracia com verdade, a democracia é o lugar da indeterminação e da invenção, somente o totalitarismo fornece a tranquilidade dos lugares prestabelecidos” (*Epistemologia jurídica e democracia*. São Leopoldo: Unisinos, 1998, p. 156).

diferente de seu antecessor moderno – conta com a intensa participação da sociedade civil; o indivíduo passa a dispor de novos meios de influência e integração nas decisões do(de) Governo e das Funções clássicas do ente público.⁸¹

É a democracia com novo conteúdo, de sorte que é preciso o diálogo e a participação concreta. Ademais, a inclusão do cidadão deve atingir todos os planos, de sorte que nem a função jurisdicional, nem o próprio processo legislativo escapam desse fenômeno. Sendo a democracia (*também e não só*) um conjunto de valores⁸² e ideais, cuja legitimidade (política e jurídica) não se extrai apenas do voto – que se apresenta mais como um conteúdo mínimo⁸³ necessário – novos mecanismos devem ser postos à disposição dos indivíduos para dar vida ao postulado democrático, enquanto velhos elementos do mundo jurídico devem ser repensados com base nessa mesma intencionalidade.

Curiosamente, essa mudança de pensamento e de realização prática da democracia já se faz normativamente presente. Lúcia Valle Figueiredo aponta algumas dessas hipóteses contidas no texto constitucional, tais como a legitimidade de qualquer pessoa para denunciar irregularidades junto ao Tribunal de Contas, a publicidade das contas Municipais e as audiências públicas no âmbito do processo legislativo.⁸⁴ Numa visão mais clássica (contestável por não alargar o suficiente o cânone democrático), José Afonso da Silva traz como instrumentos de concretização da democracia participativa a iniciativa popular, o referendo, o plebiscito e a ação popular.⁸⁵

⁸¹ Como por exemplo, participando da tomada de decisão através de Organizações de Interesse (GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As Transformações do Estado Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 193-197).

⁸² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da Participação Política*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. XVII.

⁸³ Não se pode negar que é impossível pensar e realizar a concretização política sem o voto, todavia, ele deve possuir alguns elementos mínimos: O voto até é valioso, mas deve preencher algumas condições básicas: “primeira, que faça parte do método de decisão, no qual a verdadeira discussão e debate sejam possíveis, segunda, que a maioria não tenha chegado a sua decisão de maneira grosseiramente facciosa; e terceira, que a divisão entre a maioria e a minoria seja flutuante, e não permanente, de forma a que as mesmas pessoas não sejam sempre minoria e outras sempre vencedoras”. Vale frisar, todavia, que: “o voto é valioso porque proporciona uma forma mínima de participação para cada cidadão e uma alavanca que ele poderá usar, quando desejar tomar alguma iniciativa política. Serão exigidos muito mais instituições se todos desejarem ser capazes de desempenhar um papel nos negócios públicos” (LUCAS, John Randolph. *Democracia e participação*. Brasília: Universidade de Brasília, 1985, pp. 33 e 137, respectivamente).

⁸⁴ Instrumentos da administração consensual: a audiência pública e sua finalidade. Interesse público, v.5, n. 18, p. 21-33, mar./abr. 2003, pp. 21-22.

⁸⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 142. Deve ficar o alerta, entretanto, de que para o citado autor, o conceito de cidadania ainda não é dos mais adequados e, portanto, acaba por limitar o acesso a alguns desses mecanismos.

Certo é que a democracia (já participativa) passa a revestir todos os poderes. No âmbito legislativo, as audiências públicas surgem como canal de comunicação entre parlamentares, cidadãos e especialistas para a criação de leis mais adequadas aos desejos sociais; no palco da Administração Pública, as consultas públicas despontam como mecanismos de inclusão dos interessados em gerir diretamente parcela do orçamento estadual e de se fazer presentes na atuação política.⁸⁶ No âmbito do Poder Judiciário, técnicas de inclusão surgem para democratizar ainda mais o procedimento jurisdicional, tais como as audiências públicas e o *amicus curiae*.⁸⁷

Todavia, no plano jurisdicional, essa participação do cidadão se revela ainda mais, de sorte que:

a justiça gera uma forma de participação. Embora, conforme já vimos, não esteja sempre especificada no princípio processual que aqueles, cujos interesses podem ser afetados, têm o direito de se fazerem ouvir, isto ocorre comumente. Somente dando a alguém a oportunidade de desafiar a causa movida contra si, é que manifestamos realmente uma verdadeira relutância em decidir contra ele. Por isso, (...), é na justiça que um dos argumentos mais persistentes a favor da participação baseia-se.⁸⁸

É desse modo, dialeticamente voltada à realização da opinião⁸⁹ e da concretização do que é buscado em termos de direito material no plano processual, que a participação se vale do processo para assegurar notadamente (e não só) os direitos fundamentais, constatando-se, assim, que no Estado Democrático de Direito – um Estado Contemporâneo por excelência – a cidadania e a participação surgem alargadas em direção a todos os horizontes. É a democracia participativa conduzindo o cidadão à tomada de decisão em todas as funções do Estado; o que atinge, também, a jurisdição.

Todavia, a participação seria vazia sem a existência de mecanismos de defesa das regras do jogo democrático. Nesse diapasão, outro elemento determinante para uma melhor compreensão do Estado Democrático diz respeito à existência e proteção dos Direitos Fundamentais.

⁸⁶ A participação política é dotada de essencialidade, hoje, na medida em que possibilitaria o aprimoramento das decisões governamentais – adequando-as à vontade do povo e convergiria para uma “transparente adequação do agir do Estado aos interesses predominantes na sociedade que organiza e dirige” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da Participação Política*, op. cit., p. 37).

⁸⁷ SALDANHA, Jania Maria Lopes; ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira. *A jurisdição constitucional e o caso da ADIn 3510: do modelo individualista-liberal ao modelo coletivo-democrático de processo*. Revista de Processo, v. 154, 2007, pp. 265-283.

⁸⁸ LUCAS, John Randolph. *Democracia e participação*, op. cit., p. 94.

⁸⁹ Daí porque John Randolph irá referir que: “Não é o bastante, assim, ter apenas o direito de ser ouvido; eu preciso ser capaz de fazer pesar na balança não só meus argumentos, mas minha opinião, e ter registrados não apenas minhas razões, mas também meus desejos”. Idem, op. cit., p. 129.

d) cobra-se proteção e realização dos mais variados direitos fundamentais, inclusive aqueles oriundos da relação processual (garantias processuais)

Canotilho aponta que essa fundamentalidade implica em especial proteção de tais direitos, tanto em sentido formal, como material.⁹⁰ O sentido formal diz respeito à previsão especial dada pelo ordenamento jurídico (normalmente com o carimbo dos direitos fundamentais da Constituição), já o sentido material – e que aqui interessa sobremaneira – informa que “o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade”.⁹¹

No âmbito do Direito Processual, a questão ganha matizes ainda mais fortes, na medida em que aos direitos fundamentais não basta apenas declaratividade, mas, urge, sim, concretização. Tão intensa a celeuma para o processo, que parte autorizada da doutrina já concebe as garantias constitucionais⁹² processuais como legítimos direitos fundamentais.⁹³ Nesse mesmo sentido:

⁹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 378.

⁹¹ Idem, ibidem, p. 379.

⁹² As garantias constitucionais processuais são os instrumentos constitucionalmente previstos para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais (e da democracia) na perspectiva dinâmico-formal ou, como a doutrina espanhola e italiana (e já a brasileira) chamam de processo justo. Vale lembrar, todavia, que nos países do antigo continente, há previsão constitucional para o processo justo, como é o caso da Constituição Espanhola que, em seu artigo 24 menciona: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informado de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”. O termo “processo justo”, entretanto, não possui respaldo na história constitucional brasileira que há muito traz menção – e que atribui o idêntico sentido voltado à proteção de determinados direitos na seara processual – à noção de “devido processo legal”. Para uma melhor compreensão do termo devido processo legal enquanto garantia de proteção da dignidade humana: OTEIZA, EDUARDO. *El debido proceso. Evolución de la garantía y autismo procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003, pp. 03-52.

⁹³ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira refere que “compete ao processo a função primária de codificar a relação fundamental entre a iniciativa do indivíduo para a instauração do processo (princípios dispositivo e da demanda) e a possibilidade de se obter em juízo uma tutela jurisdicional adequada (adequação, ver-se-á, significa proporcionalidade entre efetividade e segurança)”. Nessa perspectiva, não apenas o princípio dispositivo como o princípio da demanda constituiriam legítimos direitos fundamentais, como também todos aqueles princípios informadores de um “processo justo” (contraditório, dever de motivação, igualdade, etc) (Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. In: *Revista de Processo*. Ano. 33. n. 155. São Paulo: Revista dos Tribunais. jan. 2008, pp. 18 e 25). Para o mesmo autor, “reconhece-se hodiernamente aos direitos fundamentais, sem maiores objeções, a natureza de ‘máximas processuais’, direta ou indiretamente determinadoras da conformação do processo, contendo ao mesmo tempo imediata força imperativa” (*Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 83).

Para além da tutela constitucional do processo (constitucionalização das normas jurídicas fundamentais de processo) e da jurisdição constitucional, importa observar a incorporação, no âmbito do direito processual civil, do modo-de-pensar constitucional, com inequívoco destaque para o incremento teórico propiciado pela nova teoria das normas e para o processo civil encarado na perspectiva dos direitos fundamentais. Com efeito, enquanto a primeira constitucionalização do processo teve por desiderato incorporar normas processuais na Constituição, a segunda, própria de nosso tempo, visa a atualizar o discurso processual civil com normas tipo-princípios e tipo-postulados, além de empregar, como uma constante, a eficácia dos direitos fundamentais para solução dos mais variados problemas de ordem processual.⁹⁴

Conquanto a postura acima ainda deixe a desejar no que diz respeito à Teoria do Direito – já que não incorpora talvez a mais importante virada do constitucionalismo contemporâneo voltada a irradiar o repúdio da ideia segundo a qual os princípios (e os “postulados”) são encarados como meras normas (não observada, portanto, a sua condição hermenêutica e constitutiva de todo e qualquer discurso jurídico) e que podem ser invocados ao bel prazer do intérprete – é plena a sua aceitação no que diz respeito à proteção de direitos fundamentais inclusive na perspectiva processual – postura que deve, sim, ser prestigiada.

No contexto estrangeiro, Joan Picó I Junoy, em profícuo estudo acerca da jurisdição do Tribunal Constitucional Espanhol, relata que a constitucionalização ocorrida com o pós-guerra foi no sentido de enunciar um amplo feixe de direitos, de sorte que a Constituição era vista como o meio idôneo para instaurar uma nova ordem política e social voltada a dar uma resposta necessária aos anseios de um período conturbado. Todavia, a efetiva proteção dos direitos enunciados sucederia através de instrumentos processuais: “la verdadera garantía de los derechos de la persona consiste precisamente en su protección procesal, para lo cual es necesario distinguir entre los derechos del hombre y las garantías de tales derechos, que no son otras que los medios procesales mediante los cuales es posible su realización y eficacia”.⁹⁵

Independentemente do termo empregado, sejam garantias constitucionais⁹⁶ ou direitos fundamentais processuais, e levando sempre em consideração a

⁹⁴ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 28.

⁹⁵ JUNOY, Joan Picó I. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1997, p. 18.

⁹⁶ No mínimo, garantias para se assegurar um processo conformado pelo Estado Democrático, ou como refere Marinoni, ao discutir a necessidade de revisão da relação jurídica processual: “Perceba-se, porém, que o contraditório, a publicidade e a motivação são, antes de tudo, garantias de um processo justo, e

multifuncionalidade característica de tais direitos⁹⁷ é relevante destacar que, em termos concretos, deverá imperar o instrumental principiológico que os direitos fundamentais carregam consigo ou, como refere Canotilho, o seu regime jurídico qualificado.⁹⁸

Nessa perspectiva os preceitos constitucionais que inferem instrumentalidade ao processo passam a ter aplicação direta (são informadoras do ordenamento jurídico), imediata, e enunciam “las pautas mínimas que debe cumplir todo proceso sino que adquieren además naturaleza de derechos fundamentales, con las consecuencias que ello conlleva y que seguidamente vamos a exponer”.^{99 100}

Desse modo, assumindo que no Estado Democrático de Direito é preciso não apenas buscar a concretização dos direitos fundamentais, mas tê-los como referenciais para a estrutura estatal¹⁰¹ e tomando como partida que o texto constitucional brasileiro expressamente estabelece instrumentos processuais (sem excluir, é claro, a aplicação de outros que não expressamente previstos) aptos a escudar tais direitos, ganha relevo ímpar o estudo de sua implementação dentro do processo, através da tônica dada em cada procedimento, em cada ato, em cada oitiva das partes, em cada produção probatória ou, precipuamente, em cada ato decisório.

Todos os elementos apontados permitem um sentido concreto para a noção de Estado Democrático de Direito. Sentido este que passa a ser cobrado de todos os

apenas nessa dimensão garantem a justiça da decisão. Tais garantias processuais de justiça, ao lado da garantia de imparcialidade do juiz, são imprescindíveis ao ‘devido processo legal’ ou a um ‘procedimento legal’. E apenas como conformadoras do devido processo legal que garantem a justiça da decisão” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional*. In: *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Coord. DIDIER JR. Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. Salvador: Juspodivm, 2008. pp. 548-549). A passagem aqui transcrita reforça a conclusão antes apontada (nota 91) de que entre “processo justo” e “devido processo legal” há certa identidade conceitual.

⁹⁷ A multifuncionalidade marcante dos direitos fundamentais implica assumir que ao considerar fundamentalidade a determinado direito pode ele ser aplicado e observado sobre diferentes lentes, que permitam a sua máxima efetividade. Ingo Sarlet faz alusão à perspectiva simultaneamente objetiva e subjetiva de tais direitos, mas ressalta que a doutrina alemã chegou a arrolar doze funções distintas para os direitos fundamentais, tais como normas objetivas, normas impositivas, ordem de valores, deveres de proteção do estado, garantias institucionais, parâmetros de justiça etc. (A eficácia dos direitos fundamentais. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 182 e nota 450).

⁹⁸ *Direito constitucional e teoria da constituição*, op. cit., p. 416.

⁹⁹ JUNOY, Joan Picó I. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1997, p. 24.

¹⁰⁰ Segue o autor: “Así, la Constitución se introduce plenamente en el ordenamiento jurídico, en su cúspide, dejando de ser uan mera norma programática, un simples catálogo de principios”. Ademais, tal consequência importa na necessidade de interpretação ampla dos dispositivos legais, em prol da maior eficácia possível a tais garantias. É dizer que toda interpretação deve ser voltada à máxima eficácia dos direitos tidos como fundamentais. Toda a análise passa a ser ampla, conformando-se com as garantias internacionalmente concedidas aos direitos fundamentais. Se o país ratifica tratados nesse sentido, a interpretação deve ser feita conforme o meio mais amplo de dar eficácia a tais direitos. (idem, op. cit., p. 27).

¹⁰¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, op. cit., p. 378.

Poderes instituídos, inclusive o Judiciário. Assim, toda a discussão acerca do papel da jurisdição, seja ela no bojo da Suprema Corte, seja ela na mais sorrelfa das judicâncias iniciais, deve necessariamente passar por essa compreensão de que a realização da Constituição deve ser pautada pela conformação da estatalidade vigente.

Não há, pois, que se falar em Justiça hoje que não opere, por exemplo, sob os auspícios da proteção de direitos fundamentais ou sobre a plena participação dos indivíduos na realização do Direito.

1.1.4 Notas Conclusivas

O amplo prisma que compreende as significações em torno do Estado Democrático de Direito num país de modernidade tardia¹⁰² – como o é o Brasil – certamente não é de simples verificação. Diversos são os fatores influenciadores desta premissa básica em torno da Teoria do Estado.

Cobra-se, entretanto, que haja uma constante oxigenação entre os pensamentos que giram em torno do espaço político estatal e as demais áreas do Direito – em especial aquelas atinentes à jurisdição (sempre) constitucional. Colhidas essas impressões básicas – de que o Estado Democrático de Direito pressupõe (a) transformação social; (b) direcionamento (dirigismo constitucional); (c) participação e (d) realização de direitos – se torna possível deslocar a discussão para outro campo de profícuo debate e que também produz sérios efeitos na teoria do processo e no papel da jurisdição: a questão do pensamento jurídico nesta quadra da história. Ou, posto o problema noutros termos: a crítica à Teoria do Direito a partir da hermenêutica filosófica.

Inescapável, após a revisão em torno da estrutura estatal, a análise da desconstrução feita pela Crítica Hermenêutica do Direito em torno do próprio pensamento jurídico.

¹⁰² A modernidade tardia aqui vai entendida como um dos passos na forma estatal intermediária, entre a modernidade e a pós-modernidade, qual as promessas da modernidade ainda não forma plenamente atingidas e na qual o Estado ainda não foi capaz de atingir, por completo um novo estágio de formação. Para uma melhor compreensão do sentido aqui empregado, inclusive apontando severas críticas ao Estado brasileiro (ainda estamental e patrimonialista em diversos aspectos): STRECK Lenio L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp. 23-41.

1.2 O pensamento jurídico e a recepção da hermenêutica filosófica no Direito (ou de como a Teoria do Direito passa a ser entendida pelo *modus* de compreender a compreensão da filosofia hermenêutica e da hermenêutica filosófica)

Com efeito, não é apenas a estrutura estatal que sofreu grandes mudanças aptas a assegurar uma nova ideologia judicante. Também o pensamento jurídico passa por mudanças que afetam, e muito, o modo pelo qual qualquer órgão (o que inclui as Cortes Superiores) deve se debruçar sobre os problemas jurídicos. A hermenêutica filosófica trazida pela Crítica Hermenêutica do Direito se apresenta aqui como fator determinante para uma compreensão adequada do próprio *modus* de realização da juridicidade.¹⁰³

Acompanhando o pensamento de José Carlos Moreira da Silva, pensar o Direito na perspectiva hermenêutica implica olhar o próprio “fenômeno jurídico” através de uma compreensão diferente¹⁰⁴ e que aceite as mudanças que ocorreram a partir do pensamento filosófico do século XX, notadamente com Heidegger e, depois, com Gadamer. Foram eles que afastaram um pensamento racional(izado) centrado no sujeito para um espaço de compreensão intersubjetiva e que não consegue se afastar do outro.¹⁰⁵ Encampanando as ideias dos dois filósofos, Lenio Streck, nos seus diversos estudos, tenta demonstrar a inevitabilidade da interpretação para a compreensão e as consequências dessa premissa para o campo jurídico. É seguindo as lições dessa vereda (com Lenio Streck, José Carlos Moreira da Silva e outros) que o presente debate se instaura.¹⁰⁶

¹⁰³ Não há espaço mais espinhoso no Direito do que a Teoria do Direito. O presente trabalho é, nesse particular, apenas um recorte e busca apresentar os aspectos mais relevantes do modo de compreender o fenômeno jurídico a partir das lentes da hermenêutica.

¹⁰⁴ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 125. Além disso. Pensar o direito a partir de uma filosofia hermenêutica é dar-se conta de que: “O Direito ruma conceitos e categorias que foram forjados no Direito Romano e nas codificações liberais sem se dar conta de que perdeu sua ligação com a realidade que o cerca, e que cada vez mais lhe sufoca, deixando perplexos e paralisados os operadores jurídicos que se angustiam diante da crescente ineficácia das instituições jurídicas” (Idem, op. cit., p. xix).

¹⁰⁵ No plano filosófico, “especialmente durante o século XX, desenvolveu-se uma reformulação no paradigma de racionalidade derivado do cogito cartesiano, também designado de filosofia da consciência, que até então dominava a cena na Filosofia” (Idem, ibidem., p. xviii). Passa-se, então à filosofia hermenêutica: “O conhecimento humano já é fruto de uma compreensão prévia que o homem possui desde sempre, desde que jogado-no-mundo. Assim, todo conhecimento é uma interpretação que se desenvolve as possibilidades previamente instauradas” (idem, ibidem., p. xviii).

¹⁰⁶ Não se trata, portanto, de descer às fontes diretas da desconstrução/“destruição” da filosofia do conhecimento realizada por Heidegger e depois continuada por Gadamer, mas sim de sinalizar as contribuições que o pensamento filosófico trouxe para o mundo jurídico segundo aqueles autores que refletiram em torno do tema já a partir do *locus* jurídico. Nesse sentido, a recepção da hermenêutica filosófica no Direito aqui tratada possui endereço marcado: trata-se da contribuição oriunda da Crítica

Dessa sorte, para evidenciar o pensamento jurídico calcado num espaço filosófico e centrado na hermenêutica filosófica (ou, noutros termos, assumindo que a filosofia surge como condição de possibilidade das pesquisas em Direito¹⁰⁷), faz-se necessário alguns apontamentos acerca da noção de filosofia hermenêutica e, então, da hermenêutica filosófica para, somente daí, apontar seu liame com o direito.¹⁰⁸

Sem dúvida poder-se-ia aqui retomar a hermenêutica enquanto espaço de reflexão específico no âmbito da filosofia e apresentar toda sua evolução: de como a hermenêutica passa, em um primeiro momento, de um mero ambiente de interpretação de textos para, então, se tornar o próprio reduto da compreensão.¹⁰⁹ Opta-se, entretanto, para um início como o pai da filosofia hermenêutica: Heidegger.

Apenas adiantando, vale destacar que a filosofia hermenêutica, diferente da filosofia da consciência, é aquela que pensa o conhecimento humano como fruto de uma compreensão prévia do mundo e que se desenvolve através da linguagem. Por isso, compreender é interpretar. A relação é, assim, intersubjetiva (e não apenas racional – realizada apenas pelo sujeito).¹¹⁰

O diferencial de Heidegger, como leciona Francisco Motta, é que ele dissocia a hermenêutica da mera interpretação textual. A hermenêutica passa a ser vista em uma perspectiva fundamental¹¹¹, dizendo respeito às condições anteriores não só da interpretação de textos, mas de todo pensamento e atividade humana. Assim, em Heidegger, estudar hermenêutica não é apenas estudar interpretação, mas sim estudar o pensamento e a atividade humana.

Para Heidegger, interessava o *a priori* do mundo da vida trazido por Husserl no método fenomenológico¹¹². Nele, “a faticidade da existência humana será o próprio

Hermenêutica do Direito, capitaneada por Lenio Streck (em suas diversas obras citadas ao longo deste trabalho) e aprofundada por diversos autores, como José Carlos Moreira da Silva Filho e Francisco José Borges Motta (cujas obras merecem especial destaque pela objetividade no trato de tema deveras complexo e operam aqui como base para o estudo da temática).

¹⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. A Constituição (ainda) dirigente e o Direito Fundamental à obtenção de respostas corretas. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 6, v. 1, 2008, p. 277-8.

¹⁰⁸ Vale destacar que essa cisão tem um cunho apenas didático. Todos se entrelaçam em apenas um momento de compreensibilidade.

¹⁰⁹ Como descabe esse estudo no pequeno espaço, conferir: GRONDIN, Jean. *Introdução à Hermenêutica Filosófica*. São Leopoldo: Unisinos, 1999, pp 05-44.

¹¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica (Jurídica): Compreendemos Porque Interpretamos ou Interpretamos Porque Compreendemos? Uma Resposta a Partir do Ontological Turn. In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*. São Leopoldo, 2003, p. 223-4.

¹¹¹ MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: Uma Crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial*. São José: Conceito Editorial, 2010, p. 47.

¹¹² Husserl foi o grande mentor de Heidegger. Para Husserl, a consciência possuiria um caráter concreto, na medida em que seria um feixe contínuo de experiências. Ademais, o aspecto essencial da consciência seria sempre revelado “a partir das coisas para as quais se volta, os fenômenos” (SILVA FILHO, José

fundamento ontológico”, afinal, a fenomenologia de Heidegger parte do mundo da vida, mas não busca um “ego transcendental”. Tanto que para Heidegger, o que importa é “resgatar a questão do ser, negligenciada desde os gregos, percebendo que ela aponta não para um sujeito absoluto e transcendental, mas para uma temporalidade absoluta, para o *a priori* da própria existência humana em relação ao logos”.¹¹³ Para o filósofo de Ser e Tempo, a compreensão do ser e sua objetividade apenas pode ser compreendida tendo em conta um ponto prévio identificado na temporalidade e na historicidade do ser-aí.¹¹⁴

No §7º de Ser e Tempo, Heidegger apresenta o seu método fenomenológico. Que, diferente de Husserl, tem um viés hermenêutico. Fenômeno, para Heidegger, é aquilo que se mostra, que se apresenta, muito embora esse mostrar-se possa significar que a coisa se mostra como ela é (ser) ou não, apresentando apenas aparência (parecer ser).¹¹⁵ Essa distinção, como leciona José Carlos Moreira da Silva Filho, não interessa no conceito de fenômeno: “Contudo, um ente pode ter várias maneiras de mostrar-se, adotando, inclusive, uma maneira na qual ele, em verdade, acaba por ocultar-se, com só acontece com o fenômeno no sentido de aparência, de parecer ser”.¹¹⁶ Enquanto isso, o logos, seria justamente o desvelar a partir do dizer, seria o desvelar do ente do qual se fala.

Para Lenio Streck, em Heidegger, a investigação do sentido do ser tem início com uma “analítica existencial”¹¹⁷, ou seja, uma análise da “situação de compreensão na qual se encontra o sujeito, pois é a partir dela que o ser de todos os entes poderá ser revelado”.¹¹⁸ Buscam-se os fundamentos da compreensão do sujeito (ser-aí), razão pela

Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, op. cit., p. 50).

¹¹³ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, op. cit., p. 56. O conceito de faticidade em Heidegger é também bem trabalhado em GRONDIN, Jean. *Introdução à Hermenêutica Filosófica*, op.cit., pp. 167-169.

¹¹⁴ MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: Uma Crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial*. São José: Conceito Editorial, 2010, p. 48.

¹¹⁵ Tendo em vista a relevância do §7º de *Ser e Tempo* para o estudo da hermenêutica filosófica, optou-se por adentrar nas fontes diretas neste único e exclusivo ponto (para tanto, consultou-se: HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. 14ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005, pp. 47-71). Destaque-se, entretanto, que o estudo foi pontual, de modo que deve ser referido, neste ponto, o igualmente relevante contributo de José Carlos Moreira da Silva Filho para a compreensão do tema desde o ponto de vista jurídico (*Hermenêutica Filosófica e Direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, op. cit., pp. 54-55).

¹¹⁶ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, op. cit., p. 55.

¹¹⁷ STRECK, Lenio Luis. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 15.

¹¹⁸ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, op. cit., p. 57.

qual a hermenêutica passa a ser *ontológica*, ou melhor, passa a ser: “o fundamento ontológico do próprio ser-aí, sendo anterior à cisão entre sujeito e objeto, natureza e cultura, ou até mesmo à própria consciência”.¹¹⁹ Isto permite refletir que: “Essa palavra ‘ontologia’ usada ali é identificada com a fenomenologia. Por que? Porque a fenomenologia é utilizada para descrever também o fenômeno da compreensão do ser. Então, a fenomenologia não se liga somente à compreensão, mas à questão do ser”.¹²⁰

Com efeito, a interpretação, nessa linha de pensamento, se confunde com compreensão.¹²¹ Interpretar é compreender: “A interpretação, portanto, não é a colocação posterior, pelo intérprete, de valores e significados sobre um objeto neutro, ela é o desenvolvimento de algo prévio, que instaura o próprio objeto, revelando uma conformidade do mesmo com o compreender que abre o ser-aí para o mundo. O que é concebível após a interpretação é apenas o retorno da compreensão fundante que só agora pode ser tematizada”.¹²²

É a existência de uma compreensão prévia revelada que dá azo ao círculo hermenêutico: “Com o giro ontológico operado por Heidegger, se dá – de uma forma inédita em toda tradição filosófica – uma reconciliação entre prática e teoria e, ao mesmo tempo, ocorre um deslocamento do solipsismo subjetivista para um contexto intersubjetivo de fundamentação. Heidegger cria um novo conceito que descreve um ambiente no interior do qual o conhecimento prático e conhecimento teórico se relacionam a partir de uma circularidade: o círculo hermenêutico (*Hermeneutische Zirkel*)”.¹²³

A linguagem tem o papel de articular a compreensão existencial. A linguagem vem antes de qualquer pensamento lógico ou conceitual (de objetos). Essa perspectiva prévia e condutora que a linguagem possui ganha relevo ímpar na hermenêutica de Heidegger, afinal “a linguagem é a casa do ser” (Heidegger). Com isso, a tarefa de interpretar passa a ser uma tarefa de projeção de uma verdade ainda não percebida, que é a verdade do ser.

E após tantas conquistas filosóficas alçadas por Heidegger, Gadamer dá continuidade ao seu pensamento.

¹¹⁹ Idem, *ibidem*, p. 58.

¹²⁰ STRECK, Lenio Luis. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*, op. cit., p. 15.

¹²¹ GRONDIN, Jean. *Introdução à Hermenêutica Filosófica*, op.cit., p. 162.

¹²² SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, op. cit., p. 62.

¹²³ STRECK, Lenio Luis. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*, op. cit., p. 61.

Como se percebeu pelos autores que estudaram o filósofo alemão, o caminho trilhado por Heidegger não foi o da interpretação de textos, não foi apenas a arte da interpretação como anteriormente conhecida. Não. Heidegger alça a hermenêutica ao patamar ontológico, criando uma hermenêutica fundamental. Em Heidegger passa a ser possível falar em uma *filosofia hermenêutica*, e não apenas em uma hermenêutica filosófica, pois a hermenêutica integra nossa estrutura ontológica.

Esse particular – de existência de uma pré-compreensão existencial – é o ponto de partida de Gadamer. Com efeito, o autor de *Verdade e Método* (sua mais conhecida obra) retoma, então, a discussão sobre a hermenêutica filosófica (aquela dos significados dos textos). Mas Gadamer, conforme lecionado por Silva Filho, se mantém fiel ao pensamento de Heidegger: “A interpretação dos textos e a compreensão nas ciências do espírito são vistas como uma decorrência da estrutura ontológica de pré-compreensão do homem”.¹²⁴ Além disso:

Gadamer retoma o diálogo com as ciências humanas, não para trabalhar essencialmente uma metodologia hermenêutica, mas, sim, para realçar a insustentabilidade da ideia de um conhecimento universalmente válido e o questionamento do historicismo. A controvérsia do historicismo, tangenciada por Heidegger, torna-se labor central para Gadamer, sendo que este reconstrói a estrutura ontológica do círculo hermenêutico heideggeriano. Destaca-se que a categoria do círculo hermenêutico, ou do sentido reduplicado, é de fundamental importância para o direito e para jurisdição constitucional, pois a premissa filosófica demonstra que a história, a cultura e a tradição já estão na estrutura de compreensão do intérprete, formando uma circularidade. Isso sublinha a necessidade de fundamentação do julgador para se atingir a resposta hermeneuticamente adequada em cada processo.¹²⁵

Gadamer, ao dar esse passo à frente, irá apontar que é preciso deixar que o texto fale por si. Ademais: “embora possamos sempre estar abertos à opinião do outro, sejam interlocutores físicos ou textos, o conhecimento desta opinião estará sempre moldado subjetivamente pela nossa realidade ontológico-compreensiva, daí porque não ser possível encontrar um exato e estático sentido para as coisas que buscamos conhecer,

¹²⁴ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, op. cit., p. 73.

¹²⁵ NASCIMENTO, Valéria Ribas do. A filosofia hermenêutica para uma jurisdição constitucional democrática: fundamentação/aplicação da norma jurídica na contemporaneidade. *Revista Direito GV*. v. 5, n.1, São Paulo, Jan./Jun., 2009, p. 05.

entre elas as mensagens dos textos. Gadamer, portanto, não está a exigir o esquecimento das próprias opiniões, mas sim a abertura à opinião do outro”.¹²⁶

Ainda acompanhando a lição de José Carlos Moreira da Silva Filho, em Gadamer, algumas categorias filosóficas se apresentam relevantes. Dentre elas a aceitação do preconceito. É preciso ter para si o caráter finito e histórico da condição humana e, ao mesmo tempo, é preciso reconhecer que somos interpelados pela autoridade e pela tradição ao longo do processo de compreensão.¹²⁷

Por outro lado, também a noção da dialética da pergunta e da resposta e a ideia de *applicatio* atingem a noção de interpretação. Lenio Streck refere que, para Gadamer, compreender é aplicar. Só haverá sentido no texto, quando de sua realização prática, quando aplicado. Ou seja, “a compreensão quando ocorre traz em si o momento da aplicação”.

Valéria Ribas do Nascimento bem destaca essas duas categorias:

É patente na leitura gadameriana a fundamentação vinculada à lógica de perguntas e respostas, ou seja, o fenômeno hermenêutico implica o caráter original da conversação na busca pelo sentido, no acontecer da verdade através da linguagem. Somente se alcança a verdade do texto ao perguntar, ao analisar os argumentos apresentados no caso concreto. (...) Outro aspecto central da hermenêutica gadameriana é a questão da aplicação. Assim como Heidegger, Gadamer entende que compreender é sempre um compreender-se, e não reproduzir, mas, sobretudo, aplicar. Entender um texto do passado também implica trazê-lo para o presente. Relacionando a filosofia e o direito, Gadamer afirma que o saber acerca do direito e dos costumes sempre será completado através do caso particular. O juiz não apenas aplica a lei em concreto, mas colabora ele mesmo, através de sua sentença, para a evolução do direito (direito judicial). Assim, como o direito, também os costumes aperfeiçoam-se por força da produtividade de cada caso particular. Dessa maneira, é ressaltada a importância da análise individual, fática, de cada caso em concreto, pois não se pode afirmar que o juízo só seja produtivo, mas, ao contrário, deve-se reconhecer a produtividade do juízo.¹²⁸

Na relação dialética, é preciso reconstruir a pergunta que projeta o texto: “É preciso, portanto, para compreender realmente um texto, que se refaça a pergunta que o tem como resposta, o que implicará, na verdade, uma nova pergunta, e, de modo correlato, a compreensão de uma opinião se revela na sua compreensão como resposta a

¹²⁶ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, op. cit., p 76.

¹²⁷ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, op. cit., p 74.

¹²⁸ NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *A filosofia hermenêutica para uma jurisdição constitucional democrática: fundamentação/aplicação da norma jurídica na contemporaneidade*, op. cit., p. 06.

uma pergunta. Tanto em um caso como em outro, sem dúvida, é preciso estabelecer-se um verdadeiro diálogo, uma verdadeira conversação, onde nos projetamos como ignorantes em busca do conhecimento e não como sábios em busca de confirmação para o que já se tem como pressuposto”.¹²⁹

Certamente Heidegger e Gadamer revolucionaram a filosofia, pois permitiram afastar a subjetividade racional e abraçaram a intersubjetividade derivada da tradição e da linguagem. Ora, se a relação humana com o mundo é linguística, então a hermenêutica é universal e enseja um elemento universal da filosofia. Para além disso, a linguagem se torna o espaço de constituição do saber (ela é condição de possibilidade do conhecimento¹³⁰). E se todo conhecimento brota desse modo, então também o direito não fica infenso a tais mudanças no modo de ver o mundo.

Veja-se, por exemplo, o papel da pré-compreensão. Se ela é prévia ao compreender, e se a compreensão apenas ocorre através do círculo hermenêutico, então, o processo cognitivo e aplicativo das normas jurídicas se dá de modo circular e não linear como previa a clássica teoria da subsunção. De início, se observa que o modo pelo qual se pretende realizar o Direito já é insuficiente. A teoria da subsunção proporciona um descolamento entre o a realidade, entre o âmbito social, e os textos jurídicos, como se fosse possível tal cisão. Ao reverso, com a hermenêutica isto não ocorre, de sorte que o pensar hermenêutica proporciona o reatar do mundo prático com as normas jurídicas e, assim, repudiar a cisão entre questão de fato e questão de direito.

A presença da pré-compreensão – e desse modo dever o Direito – passa a ser ainda mais significativa no Direito Constitucional (Afinal, é na Constituição que jazem as promessas para uma nova sociedade, a partir de um dirigismo¹³¹): “A ideia de uma pré-compreensão no processo interpretativo aliada à de tradição são, pois, fundamentais para ao mesmo tempo, trazer uma racionalidade que se tinha por perdida no âmbito do Direito Constitucional e permitir uma prestação jurisdicional mais adequada à complexidade social presente”.¹³² Ademais, a pré-compreensão tem por função uma “antecipação do todo”, que se escora no texto e no problema a ser resolvido pela norma.

¹²⁹ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, op. cit., p 103.

¹³⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração Hermenêutica da Construção do Direito*. 5. ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 196.

¹³¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 09-10.

¹³² SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, op. cit., p 140.

Também a noção de *applicatio* surge como de grande relevo para o fenômeno jurídico. Vale lembrar que, não há como dissociar interpretação, compreensão e aplicação.¹³³ E mais: a “importância da *applicatio* para o Direito advém não apenas da óbvia circunstância de que o operador do Direito está sempre às voltas com a concretude do problema a ser solucionado juridicamente (...), mas também do fato de que norma e caso estão ambos imersos no mundo da vida”.¹³⁴

Aceitar a noção de aplicação significa corroborar a tese de que o “o método a ser empregado no Direito deve ser construído a partir do seu objeto e não o contrário. A verdadeira ciência é a que descobre, desvela o objeto que estuda e não a que dita normas a ele, dogmatizando o conhecimento”.¹³⁵

Todas essas considerações permitem concluir que o pensar-o-Direito em tempos de contemporaneidade não pode se desprender da compreensão filosófica do mundo diante do ser (e do ser-aí). Isto significa assumir a historicidade das instituições e a possibilidade de repúdio a visões individualistas – ou “solipsistas”¹³⁶ – do modo de realizar o Direito.

¹³³ A mera noção de hermenêutica jurídica segundo a qual se deve, compreender, depois interpretar e então aplicar, cai por terra a partir da Gadamer: “A impossibilidade dessa cisão [de momentos da hermenêutica] implica a impossibilidade de o intérprete ‘retirar’ do texto ‘algo que o texto possui-em-si-mesmo’, numa espécie de *Auslegung*, como se fosse possível reproduzir sentidos; ao contrário, para Gadamer, fundado na hermenêutica filosófica, o intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*)(...). O acontecer da interpretação ocorre a partir de uma fusão de horizontes (...), porque compreender é sempre o processo de fusão dos supostos horizontes para si mesmos”. A partir disso, a linguagem deixa de ser mero instrumento e passa a ser condição de possibilidade para o acontecer. E para o autor, esse acontecer se deflagra a partir de um novo constitucionalismo, de uma maior autonomia do direito e uma “co-originariedade entre direito e moral”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica nos 20 anos da Constituição: condições e possibilidades para a obtenção de respostas corretas*. In: *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. v. 5. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 24 e 25.

¹³⁴ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, op. cit., p. 153.

¹³⁵ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, op. cit., p. 168.

¹³⁶ O termo é fruto das críticas de Lenio Streck ao modo como os juristas tem se debruçado sobre o fenômeno jurídico no Brasil. Em síntese, “para além da operacionalidade *stricto sensu*, a doutrina indica o caminho para a interpretação colocando a consciência ou a convicção pessoal como norteadores do juiz” (STRECK, Lenio Luis. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*, op. cit., p. 33). Este seria o grande equívoco, apostar na subjetiva tenacidade do julgador, capaz de revelar valores, definir verdades e ponderar princípios.

2 A FUNÇÃO DA JURISDIÇÃO (CONSTITUCIONAL) DESDE O PONTO DE VISTA DO SEU LOCUS PRIVILEGIADO: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Estabelecidas as premissas informadoras da jurisdição, necessário um aprofundamento em torno da sua função. Todavia, e isto deve ficar claro, as linhas que seguem têm por objetivo servir de subsídio para um exame mais profundo de um critério técnico (a causa de pedir) no âmbito da atuação do Supremo Tribunal Federal. Dessa feita, circunscreve-se o estudo à delimitação da função jurisdicional realizada por esta Corte, não exaurindo, portanto, o tema (jurisdição).

Feita a ressalva, a proposta de trabalho vai no sentido de, primeiro, apresentar dois traços marcantes da jurisdição brasileira – os (necessários) contornos da judicatura atual e que revelam parte de como deve ser tratada a problemática – que servem para informar o seu conteúdo. O alargamento da ideia de jurisdição constitucional, afastando a velha distinção entre justiça constitucional (realizada pela Corte Constitucional) e justiça civil (realizada pelos demais órgãos do Poder Judiciário) e valorizando a Constituição a ponto de toda a atuação jurisdicional ser operada sob o seu agasalho surge como primeiro traço. A seu turno, a postura substantiva da jurisdição surge como segunda baliza, para informar o dever de atuação pela concretização da Constituição diante da resolução da controvérsia concretamente posta.

Delineados os traços da função jurisdicional, necessário um exame circunscrito ao Supremo Tribunal Federal e no modo pelo qual é realizada a fiscalização dos atos públicos em face do texto constitucional, de modo a apontar, ainda que de maneira não exaustiva, as atribuições contemporâneas da Corte, especialmente tendo em consideração a sua função realizadora dos ditames constitucionais, da sua competência fiscalizadora das normas incompatíveis com a Constituição e, ainda, relevando a necessidade de que um órgão possa conferir maior unidade à concreta realização do Direito nas mais variadas situações. Trata-se, portanto, de privilegiar os traços marcantes de uma jurisdição (sempre) constitucional e substantiva (infra 2.1) e de evidenciar o papel fiscalizador do Supremo Tribunal Federal na realização da Constituição, especialmente no que toca à possibilidade de controlar a constitucionalidade dos atos públicos (infra 2.2).

2.1 Traços marcantes de uma jurisdição (sempre) constitucional e substantiva

2.1.1 Notas introdutórias: o necessário alargamento da ideia de jurisdição constitucional

Ovídio Baptista referia que o papel da jurisdição estaria na realização do direito material.¹³⁷ Combateu, portanto, as visões meramente instrumentalistas da jurisdição, acusando que não seria aceitável tomar a jurisdição (e o processo) apenas como ferramenta do Estado para a pacificação social.¹³⁸ Longe disso, deveria (e deve) haver um franco comprometimento da jurisdição com a realização (concreta) dos interesses tutelados pela norma jurídica.¹³⁹ ¹⁴⁰Essa concepção (correta) deve agora ser contrastada com uma frequente problemática travada em torno da ideia de jurisdição constitucional.

Parcela da doutrina ainda faz a distinção entre Direito Processual Constitucional e Direito Constitucional Processual. O primeiro estaria ligado às garantias constitucionais que se fazem presentes no âmbito do processo (como, por exemplo, o contraditório, a publicidade dos atos e a razoável duração, todos com sede

¹³⁷ “A verdadeira essência da função jurisdicional não é, portanto, o ‘pronunciamento’ da sentença que compõe o litígio - que não passa de uma atividade-meio, apenas instrumental -, senão que corresponde à realização do direito material que o Estado impediu que se fizesse pela via privada da auto-realização. O que ocorre, no entanto, é que o Estado, para poder realizar o direito material, terá necessariamente de averiguar, antes, a existência do direito cuja titularidade seja porventura afirmada por aquele que o procura para exigir a tutela jurisdicional. Desta contingência decorre a circunstância inevitável de ter-se de conceder ‘ação’, no plano do direito processual, igualmente ao que não tenha direito, não tenha pretensão nem ação.” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 86).

¹³⁸ Essa é a tese central de Cândido Rangel Dinamarco, também aceita por diversos autores. A respeito consultar: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 25 e ss; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 40 e ss.

¹³⁹ E isto deve ter significado denso para o plano processual. Não basta afirmar que o processo sofre influências sociológicas, éticas, ou culturais (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 84). Pensar a jurisdição numa perspectiva hermenêutica significa pensar o Direito a partir do seu acontecer intersubjetiv(ad)o, afinal “somos aquilo que nos tornamos pela tradição (pré-juízos que abarcam a faticidade e historicidade de nosso ser-no-mundo, no interior do qual não se separa o Direito da sociedade, isto porque o ser é sempre o ser de um ente e o ente só é no seu ser, sendo o Direito entendido como a sociedade em movimento)” (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do ontological turn*. *Estudos jurídicos*. Vol. 37. n. 101. Set/Dez, 2004, pp. 35-36, nota 5). Para uma crítica mais profunda acerca da alardeada “influência da cultura” no Direito Processual Contemporâneo, consultar: RAATZ, Igor. *A reconstrução do processo civil no Estado Democrático de Direito: possibilidades a partir da Teoria do Direito, do Estado e da Constituição* (Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2011.

¹⁴⁰ Não se distancia muito, apesar da distância epistemológica, da ideia segundo a qual ao juiz é dado criar o direito no caso concreto através de um exame dos interesses jurídicos em jogo (RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.34).

constitucional no artigo 5º). Já o segundo estaria relacionado com a jurisdição voltada ao controle de constitucionalidade das normas. Assim, seria parte integrante do Direito Processual Constitucional a legislação e os estudos em torno da Ação Direta de Inconstitucionalidade, da Ação Declaratória de Constitucionalidade etc.¹⁴¹

Tal cisão merece ser repudiada após o advento da Constituição de 1988: “Esta distinção é problemática à luz de uma teoria constitucional constitucionalmente adequada do Direito brasileiro, pelo menos”.¹⁴²

Com a chegada ao ordenamento jurídico do novo texto constitucional, tomando (ainda) em consideração o atual delineamento do Estado Democrático de Direito (supra 1.1), não mais prospera a dicotomia versada. A todo o momento, em todos os atos e no amplo feixe de institutos processuais, a Constituição surge não apenas como texto de definição de garantias, mas como elemento determinante na estruturação do processo e na realização do direito material. Noutras palavras, todo o direito se torna embebido pelo pensamento constitucional. Todo o processo é processo constitucional.¹⁴³ Assim como todos os institutos processuais passam a sofrer a influência dos ditames da Constituição, também a todos os juízes é dada a prerrogativa de por ela zelar.¹⁴⁴ Tem-se, no Brasil, um controle de constitucionalidade que privilegia a guarda da Carta em todos os espaços jurisdicionais: desde o juiz de primeiro grau até o Supremo Tribunal Federal, a Constituição cobra ser exercida.

Não é à toa que, para alguns autores, haveria certo hibridismo no Direito brasileiro que, paradoxalmente, conta com mecanismos de realização jurisdicional ora típicos do direito norte-americano (controle difuso de constitucionalidade), ora presentes no direito europeu (controle concentrado de constitucionalidade).^{145 146}

¹⁴¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 84-85.

¹⁴² OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 212.

¹⁴³ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito processual constitucional*, op. cit., p. 212.

¹⁴⁴ Assim já dizia a Frederico Marques, um dos primeiros processualistas brasileiros a fazer valer o papel da Constituição no Direito Processual: “Sobrelevando às leis ordinárias na hierarquia das fontes normativas do Direito, a Constituição é o guia supremo dos juízes e tribunais, e sempre os obriga a impedir e vetar (judicial veto) a aplicação de regra legal em antagonismo com preceito constitucional. (...) Todos os juízes e tribunais, que compõem o Poder Judiciário, estão investidos do controle jurisdicional da constitucionalidade da lei e de ato do Poder Público” (MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 67).

¹⁴⁵ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 17.

¹⁴⁶ Na estreiteza deste trabalho não há pretensão de se ingressar na conturbada temática acerca das distinções entre *common law* e *civil law* e como as duas tradições influenciaram o direito brasileiro. Para tanto, consultar, com ampla bibliografia acerca do tema: SANTOS, Igor Raatz dos. Considerações históricas sobre as diferenças entre *common law* e *civil law*: reflexões iniciais para o debate sobre a

Por estas mesmas razões, refere-se que, no Brasil:

e cada vez mais em toda parte, a Constituição estabelece um verdadeiro “modelo constitucional do processo” estruturante do Direito processual, que não pode ser desconsiderado, sob pena de inconstitucionalidade e até mesmo de descaracterização do instituto do processo enquanto tal. (...)

Portanto, não se pode levar tão a sério a distinção entre um Direito Constitucional Processual e um Direito Processual Constitucional, a ponto de se distinguir o que deve estar intimamente relacionado, Processo e Constituição. Ainda que se admita a existência de um Processo Constitucional, enquanto disciplina a congregação do estudo de instrumentos especiais e complementares de garantia, no Brasil qualquer processo é constitucional, quer em razão de sua estrutura e de seus fundamentos, quer pelo fato de garantir as condições institucionais para a problematização e para a resolução de questões constitucionais subjacentes às situações concretas de aplicação do Direito Civil, Comercial, Administrativo, Penal, Tributário, etc..¹⁴⁷

De igual modo, a distinção entre jurisdição constitucional e jurisdição civil não sobrevive ao filtro de um pensamento calcado no constitucionalismo contemporâneo. A jurisdição constitucional é aquela comprometida com o texto da Constituição e não aquela exercida por um único órgão (o Tribunal Constitucional), como apontava Kelsen.¹⁴⁸ Especialmente pela razão de que “a cidadania não precisa de tutores”.¹⁴⁹

Por este motivo, é preciso acompanhar Lenio Streck quando leciona acerca da importância que deve ser concedida ao tipo de justiça constitucional encarregada da realização do controle de constitucionalidade no ordenamento de cada país:

O deslocamento do pólo de tensão relacionado à clássica questão da divisão-separação de Poderes recebe, destarte, uma nova concepção a partir do estabelecimento de tribunais que não fazem parte — strícto

adoção de precedentes no direito brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 199, p. 159-191, set. 2011.

¹⁴⁷ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito processual constitucional*, op. cit., p. 213.

¹⁴⁸ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Na Áustria da época de Kelsen esse pensamento era coerente, já que até mesmo no controle difuso a questão constitucional era matéria de relevo público, devendo ser levantada pelo próprio Tribunal. O particular poderia, durante procedimento administrativo, alegar a violação constitucional. Após passar por todas as instâncias administrativas, era o caso invocado pela Corte. Como se observa, o procedimento “era instituído por iniciativa da própria Corte, e somente se esta tivesse dúvida quanto à constitucionalidade da lei. Os particulares poderiam apenas sugerir a revisão judicial, não tinham nenhum direito legal de exigí-la” (idem, p. 313). Nessa esteira, ocorria o inverso do que no Direito Americano: “Do ponto de vista do processo, somente o interesse público protegido pelas cortes era decisivo, e não o interesse privado das partes” (idem, p. 314). Outro meio de se propiciar a revisão judicial da legislação era pela via direta: “A Constituição autorizava o governo federal a requerer à Corte Constitucional a anulação de uma lei ou decreto emitido pela autoridade administrativa de um estado; os governos estaduais, por sua vez, estavam igualmente autorizados a requerer a anulação de uma lei ou decreto editado por autoridade administrativa da União” (idem, p. 315). Em todos os casos, a questão constitucional levantada, necessariamente deveria ser julgada pelo *Verfassungsgerichtshof*.

¹⁴⁹ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito processual constitucional*, op. cit., p. 213

sensu – da cúpula do Poder Judiciário, trazendo consigo, em sua estruturação, a efetiva participação do Poder Legislativo. Registre-se, desde logo, que o Brasil, durante o processo constituinte de 1986-88, optou por permanecer com o modelo do *judicial review* de inspiração norte-americana, rejeitando a fórmula dos tribunais constitucionais, de tanto êxito na Europa continental.¹⁵⁰

Diante desse contexto, considerar que a jurisdição constitucional seria aquela comprometida tão somente com o controle de constitucionalidade, normalmente praticado por um órgão de cúpula, é desconsiderar o contexto jurisdicional brasileiro e, especialmente desconsiderar o paradoxo que nasce dos dilemas do constitucionalismo contemporâneo.¹⁵¹

A todo o juiz, em *terrae brasilis*, é obrigatório o exercício da fiscalização dos ditames constitucionais quando diante de uma situação decidenda. A força normativa da Constituição se impõe sobre todos os membros do Poder Judiciário de sorte que não há mais jurisdição que não seja jurisdição constitucional: “qualquer ato judicial é ato de jurisdição constitucional”.¹⁵²

Isto representa, por claro, um tensionamento de Poderes que deságua na discussão em torno da feição do Poder Judiciário e que é bem simbolizada nas posturas procedimentalistas e substancialistas acerca da jurisdição e que irão ser determinantes para a compreensão do papel da jurisdição (como um todo) e, em especial, da atuação do Supremo Tribunal Federal.

¹⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 79.

¹⁵¹ “A discussão do constitucionalismo implica o enfrentamento de um paradoxo representado pelo especialíssimo modo como esse fenômeno é engendrado na história moderna-contemporânea. Com efeito, a Constituição nasce como um paradoxo, porque, do mesmo modo que surge como exigência para conter o poder absoluto do rei, transforma-se em um indispensável mecanismo de contenção do poder das maiorias. É, pois, no encontro de caminhos contraditórios entre si que se desenha o paradoxo do constitucionalismo. É na construção de uma fórmula abarcadora desses mecanismos contramajoritários que se engendra a própria noção de jurisdição constitucional, percorrendo diversas etapas até o advento do Estado Democrático de Direito” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 74).

¹⁵² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 456.

2.1.2 Substancialismo: uma questão de postura da jurisdição em face da Constituição

Como apontado, as relações entre a sociedade, o Estado e, em especial, o Poder Judiciário, podem ser analisadas a partir da discussão travada entre procedimentalismo e substancialismo. Assim, já amplamente auferida a legitimidade da atual jurisdição constitucional, necessário revisitar aquilo que as duas doutrinas professam e assumir uma tomada de posição. Certamente há mais pontos de contato (uma necessária aproximação), do que efetivos conflitos.

Torna-se possível, então, um exame do estado da arte em *Terrae Brasilis*. Qual a tendência brasileira e quais os limites objetivos da atuação jurisdicional são alguns dos pontos que deverão ser respondidos após assentada a aproximação entre aqueles que acreditam no poder substantivo do Poder Judiciário e aqueles que professam a defesa de um maior espaço político de decisão e escolha pelos representantes eleitos, através de uma visão procedural.

De qualquer sorte, não se pode negar que – por mais ativo que seja o Poder Judiciário – limitações materiais (como, p. ex., a questão orçamentária) operam como freio à jurisdição. Além disso, as grandes mudanças na metodologia jurídica evidenciam que também não se pode mais negar o *poder concretizador* do enunciado normativo realizado pelo juiz diante do caso concreto.

Por outro lado, o Estado Contemporâneo é, cada vez mais, alvo de críticas.¹⁵³ Tanto no plano teórico (da Teoria do Estado¹⁵⁴) como no plano prático (da experiência

¹⁵³ Notadamente, estruturas e ideologias do Estado se apresentam em transformação, evidentemente sofrendo os influxos da sociedade. Jacques CHEVALLIER, por exemplo, criticando uma postura mais radical aponta que: “A interpretação mais radical é a de ver essas transformações como o indício, ou signo percursos, do fim do Estado enquanto forma de organização política. Surgido em um dado momento da evolução das sociedades, o Estado teria entrada, a partir de agora, numa fase de irreversível decadência. A globalização, cada vez mais intensa, desencadeou o ‘esvaziamento’ (B. Jesop) progressivo de um ‘Estado que se tornou oco’ (hollow state) (G. Peters, 1993) pelo fato de ter perdido suas funções essenciais; os atentados de 11 de setembro de 2001 apenas teriam acelerado essa evolução, o desenvolvimento de um terrorismo em escala mundial tendo testemunhado a interdependência crescente das sociedades e imposto o reforço da cooperação internacional” (*O Estado pós-moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 11). De outra banda, José Luis BOLZAN DE MORAIS, traz o fenômeno de um Estado em crise para trazer suas críticas. No seu entendimento, essa crise do Estado atingiria não só o conceito de Estado, mas também a sua estrutura e a sua funcionalidade, perpassando, também, por uma “colonização econômica” de suas funções. Nessa perspectiva, o Estado estaria “restando à mercê de resultados positivos da balança comercial ou do afastamento de limites impeditivos à atuação dos agentes econômicos hegemônicos” (*As crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 47).

social), a velha forma moderna¹⁵⁵ já se apresenta como insuficiente para dar conta das contingências da contemporaneidade, de modo, que no âmago dessa crise exsurge a discussão acerca do papel da Constituição, da extensão da jurisdição constitucional e da realização do direito pelos Tribunais; temas que podem ser sintetizados nesse “embate” entre procedimentalismo e substancialismo¹⁵⁶ e que se apresentam no núcleo da discussão que brota do neoconstitucionalismo.¹⁵⁷

“Além dos conflitos específicos, o neoconstitucionalismo convive ainda com um conflito de caráter geral, que diz respeito ao próprio papel da Constituição” – aponta Ana Paula Barcellos.¹⁵⁸

Trata-se da oposição entre duas ideias diversas acerca desse ponto. A primeira delas sustenta que cabe à Constituição impor ao cenário político um conjunto de decisões valorativas que se consideram essenciais e consensuais. Essa primeira concepção pode ser descrita, por simplicidade, como substancialista. Um grupo importante de autores, no entanto, sustenta que apenas cabe à Constituição garantir o funcionamento adequado do sistema de participação democrático, ficando a cargo da maioria, em cada momento histórico, a definição de seus valores e de suas opções políticas. Nenhuma geração poderia impor à seguinte suas próprias convicções materiais. Esta segunda

¹⁵⁴ De fato, é assaz na doutrina o emprego do termo Teoria Geral do Estado, não se olvidando para o fato que de, na atual quadra da história, tal postura implica em uma visão “idealista e a-histórica” do fenômeno estatal. Sendo assim, acompanhando a lição de Lenio Streck e Bolzan de Moraes, mais adequado à fragmentação própria de nosso período, o termo “Teoria do Estado” (sem pretensão de generalidade). STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política & Teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 14.

¹⁵⁵ Descabe, em tão apertado espaço, uma ampla digressão sobre o papel da Modernidade na Teoria do Estado, tampouco acerca da existência (ou não) de Estado antes da Modernidade (sobre esse tema, ver STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política & Teoria do Estado*, op. cit., pp. 19-28). Todavia, vale destacar que, aqui, a forma moderna é aquela que tem alicerce nos pilares do racionalismo e do individualismo e, ainda, se imbuí das seguintes características: a) institucionalização do poder; b) novo quadro de submissões do Poder; c) monopólio da força e d) existência de um princípio fundamental de unidade (CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*, op. cit., p. 15).

¹⁵⁶ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *A Realização da Constituição e a jurisdição constitucional como policymaker. Substancialismo e procedimentalismo*, texto inédito apresentado aos alunos do curso de Mestrado em Direito Público da Unisinos de 2011, disciplina de Teoria do Estado Contemporâneo, p. 2.

¹⁵⁷ Neoconstitucionalismo aqui como o momento de discussão atual acerca do estado e do papel da Constituição em um Estado Democrático de Direito; sem qualquer pretensão de conteúdo ou significação mais profunda. Para tanto, trazendo inclusive uma revolução filosófica (ou melhor, hermenêutico-filosófica) para o conceito de neoconstitucionalismo, ver STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermeneutica, e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009). Não é à toa que, na 4ª edição de sua obra *Verdade e Consenso*, Lenio Streck abandona o termo neoconstitucionalismo e passa a utilizar o termo Constitucionalismo Contemporâneo para apresentar o viés transformador do Direito e reforçar o valor conferido aos direitos sociais fundamentais, bem como apontar que, nessa quadra da história, o constitucionalismo cobra, também, um comprometimento dos atores jurídicos com o modo pelo qual se decide (*Verdade e Consenso: Constituição, Hermeneutica, e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 35 e ss).

¹⁵⁸ *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Disponível em: < www.mundojuridico.adv.br >. Acesso em 03.11.2010, p. 07.

forma de visualizar a Constituição pode ser designada de procedimentalismo.¹⁵⁹

Como se percebe, em um primeiro momento, a distinção entre procedimentalismo e substancialismo se apresenta com clareza. Frise-se: em um primeiro momento. De um lado, se aposta no viés concretizante da Constituição – no qual o direito se apresenta como transformador da realidade¹⁶⁰; de outro, advoga-se o papel da Constituição como estrutura garantidora das escolhas da sociedade – na qual o texto constitucional é protetivo da forma democrática.

Todavia, constata-se, em um segundo momento, que o embate entre procedimentalismo e substancialismo não apenas não é claro, ou estanque, como também é insuficiente para elucidar as crises que permeiam o próprio Estado. Não há, na prática, “oposição de ideias antagônicas”¹⁶¹, afinal, é inegável à necessidade de teorias materiais-substanciais – “porque trabalham com a perspectiva de que a implementação dos direitos fundamentais-sociais (substantivados no texto democrático da Constituição), afigura-se como condição de possibilidade da validade da própria Constituição, naquilo que ela representa de elo contudístico que une política e direito”¹⁶² – o incremento de condições ou requisitos para a deliberação democrática. Com efeito, adequado o pensamento de José Luiz Bolzan de Moraes:

é preciso ter presente as insuficiências e a necessidade de superação de uma dicotomia profunda e estigmatizante entre o que ficou reconhecido como posturas substancialistas e procedimentalistas, quando uma e outra se apegam a parcialidades, sem lançar um olhar para o todo, sem, aqui, qualquer pretensão totalizante. Como já dito, para além da segmentação é mister uma aproximação destas posições.¹⁶³

Quais seriam, então, os pontos de contato para uma aproximação (ou superação da dicotomia) entre procedimento e substância? Ora, no círculo do procedimentalismo, poder-se-ia referir a necessária revisão de certos procedimentos, atingindo-se, assim, o

¹⁵⁹ Aliás, segue a jurista: “É fácil perceber que uma visão fortemente substancialista tenderá a justificar um controle de constitucionalidade mais rigoroso e abrangente dos atos e normas produzidos no âmbito do Estado, ao passo que uma percepção procedimentalista conduz a uma postura mais deferente acerca das decisões dos Poderes Públicos” (Idem, *ibidem*. p. 07 e 08).

¹⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermeneutica, e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*, op. cit., p. 10.

¹⁶¹ BARCELLOS, Ana Paula. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*, op. cit., p. 07.

¹⁶² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermeneutica, e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*, op. cit., p. 25.

¹⁶³ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *A Realização da Constituição e a jurisdição constitucional como policymaker. Substancialismo e procedimentalismo*, op. cit., p. 4.

problema da posição e da conformação do Estado, a extensão e a conceituação de democracia e, até mesmo, no plano jurisdicional, com a ideia de um novo modelo de processo (agora coletivo e alargador da cidadania). *Pari passu*, no âmbito do substancialismo, parece imperiosa a implementação do amplo feixe de direitos fundamentais constitucionalmente previstos, dada à característica dirigente da Constituição brasileira¹⁶⁴, sem se negar, é claro, os limites democráticos de uma jurisdição (constitucional) atuante. Dessarte, muito mais do que perspectivas distintas, procedimentalismo e substancialismo se apresentam como uma (falsa) dicotomia a ser superada.

Assim como já se buscou distanciar Estado e sociedade – como antagônicos – quando a concepção mais atual demanda apenas uma diferença entre ambos¹⁶⁵ – sem implicar em um afastamento – também procedimentalismo e substancialismo, embora distintos, devem se congregar. E como se verá mais adiante, certamente essa é a postura presente na jurisdição brasileira, cada vez mais invasiva e mais presente quando as outras searas do Estado não realizam as promessas constitucionais.

Para deixar claro, a perspectiva procedimentalista é voltada à realização do Direito tanto mais pela atuação política dos sujeitos em um cenário democrático do que pela concretização da Constituição pelos Tribunais, razão pela qual, como aponta STRECK, tem ganhado corpo a cada dia, “pela acusação que fazem da judicialização da política (ativismo judicial) pregada pelos setores mais identificados com as teorias materiais”.¹⁶⁶ Nessa esteira, ganha corpo um discurso que tende a diminuir o papel da Constituição no Estado Democrático de Direito, havendo autores, inclusive, que defendam a ausência de um dirigismo constitucional.¹⁶⁷

¹⁶⁴ Diversos são os juristas que apontam o caráter dirigente da Constituição brasileira, assim como sói ocorrer na Carta Política lusitana. Aliás, profícuo ensaio acerca do dirigismo constitucional pode ser encontrando não só na obra de Canotilho (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001), como também em texto que discute o a manutenção do dirigismo no Estado Contemporâneo (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003).

¹⁶⁵ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As Transformações do Estado Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 105-118.

¹⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermeneutica, e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*, op. cit., p. 24.

¹⁶⁷ Ignacio Sánchez-Cuenca aponta o dirigismo constitucional como um elemento até mesmo antidemocrático, comprometedor da liberdade política, razão pela qual a jurisdição – e em especial a jurisdição constitucional – deveriam ser repensadas. Trata-se, sem dúvida, de uma postura altamente procedimentalista bem evidenciada na seguinte passagem: “En el caso de la constitución, entendida como conjunto de reglas constitutivas que hacen posible la actividad política, los compromisos sólo existen en la medida en que se busca la protección de las reglas. La protección constitucional de las reglas si es un compromiso porque limita el conjunto de opciones entre las que se puede elegir a partir del momento en

Por outro lado, se a pedra de toque do procedimentalismo se encontra na democracia (democracia que tem como *locus* o Estado), então o problema da democracia contemporânea é também um problema para o procedimentalismo.¹⁶⁸ De fato, nessa perspectiva: “A Constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida. Somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do Direito”.¹⁶⁹ Mais quais seriam as condições processuais para a produção legislativa?

Sem dúvida, trata-se de questão que, no fundo, atinge o próprio conceito de democracia e que reabre a discussão em torno do sentido dado ao cânone democrático – suas deficiências e seus avanços (conforme supra 1.1.3).

Se, de um lado, a existência de condições para uma discurso político estejam inexoravelmente atreladas ao procedimentalismo, então parece acertado que o espaço para essa discussão política (ou suas condições mesmas) se apresenta hoje alargado: novas e mais amplas formas de participação democrática povoam o âmbito da estatalidade e processo. O Estado Contemporâneo – diferente de seu antecessor moderno – conta com a intensa participação da sociedade civil¹⁷⁰; o indivíduo passa a dispor de novos meios de influência e integração nas decisões do(de) Governo e das Funções clássicas do ente público.¹⁷¹

No âmbito do Poder Judiciário, e isto deve ficar transparente, técnicas de inclusão surgem para democratizar ainda mais o *procedimento jurisdicional*, de sorte que a própria legitimidade decisional já ganha um novo matiz, uma coloração voltada à participação direta e irrestrita e que ensejará elementos processuais de legitimidade (tipicamente *procedural*, mas calcada em elementos objetivamente postos). Legitimidade crescente que se apresenta como determinante para permitir a

que la constitución entra en vigor” (SÁNCHEZ-CUENCA, Ignacio. *Más democracia menos liberalismo*. Buenos Aires, Katz, 2010, p. 135).

¹⁶⁸ Não é pretensão do presente trabalho aprofundar as bases teóricas do procedimentalismo, que em Habermas, conta uma série de conceitos-chave e razões relevantes para seu emprego. Merece destaque, todavia, a obra do autor citado: Jürgen HABERMAS: *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Com efeito, a postura procedimentalista não tem apenas um respaldo democrático, mas sim uma forte teoria do direito com viés sociológico e voltado para uma realização dos anseios sociais com base nas decisões do próprio sujeito, a partir de condições ideais de fala (Idem, ibidem).

¹⁶⁹ HOMMERDING, Adalberto. *Constituição, Poder Judiciário e Estado Democrático de Direito: a necessidade do debate “procedimentalismo versus substancialismo*. Revista Direitos Culturais, vol. 1, n. 1, 2006, p. 13.

¹⁷⁰ O Estado Moderno era caracterizado pela cisão entre sociedade civil e Estado.

¹⁷¹ Como por exemplo, participando da tomada de decisão através de Organizações de Interesse (GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As Transformações do Estado Contemporâneo*, op. cit., pp. 193-197).

concretização do Direito pelo próprio Judiciário (em uma postura tipicamente *substancial*).

De fato, a questão é profunda e não toca apenas a democracia, mas a própria moldura estatal. A globalização afeta diretamente o Estado Contemporâneo:

Se no século passado a ideologia determinava a centralização, ou seja, a meta era centralizar o poder estatal ao máximo, com bem definidas competências políticas, territoriais etc., com um olhar para dentro, no novo milênio a globalização impõe uma atitude radicalmente oposta, ou seja, a proliferação de novos entes, não governamentais, ou supra estatais, força uma mudança na condução das políticas estatais, até então concentradas, exclusivamente nos interesses intra-fronteiras, frente a quase inexistência dessas fronteiras em vários setores, em especial no econômico-financeiro. (...) E esta situação, obriga os atores, políticos, sociais, etc, a pensar e repensar a globalização, na sua significação econômica (capital-trabalho), sua significação política (esferas de poder-autoridade) e social (cidadania-marginalização) ao considerar o Estado, e qual Estado implementar.¹⁷²

Nessa toada, novamente Chevallier acerta ao referir que vislumbramos uma reconfiguração dos aparelhos do Estado na qual se revaloriza o espaço local e, simultaneamente, ganha impulso o âmbito internacional.¹⁷³

De fato, a existência de uma estrutura historicamente nova – seja do ponto de vista da democracia, seja das várias influências externas do e no Estado – implica pensar o procedimentalismo atavicamente atrelado à concretização dos direitos fundamentais. Isto significa, noutros termos, a aproximação com uma postura substancialista, como se observará na sequência.

E se são necessárias medidas concretas para a realização dos direitos – e não apenas a manutenção de estruturas e ou condições de diálogo – então é correto que o substancialismo é um imperativo que se impõe em *terrae brasilis*:

(...) é imperioso que o Judiciário possa atuar de forma mais efetiva na condução das políticas públicas que implementem os direitos previstos em nossa Constituição, e que acabam não sendo postas em prática pela força de interesses externos que atuam diretamente na condução das atividades do Executivo e do Legislativo, demonstrando o quão frágil e insipiente é nossa democracia.¹⁷⁴

¹⁷² BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *A Realização da Constituição e a jurisdição constitucional como policymaker. Substancialismo e procedimentalismo*, op. cit., p. 8.

¹⁷³ Refere: “A realidade será tornada cosmopolítica, o global e o local, o internacional e o doméstico estando doravante estreitamente ligados e imbricados na prática cotidiana dos indivíduos” (*O Estado Pós-moderno*, op. cit., p. 35).

¹⁷⁴ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *A Realização da Constituição e a jurisdição constitucional como policymaker. Substancialismo e procedimentalismo*, op. cit., p. 10.

A realização da Constituição (dirigente) e a implementação dos direitos fundamentais sociais demandam que a Jurisdição adquira um novo papel no âmbito das clássicas funções (ou Poderes) do Estado.¹⁷⁵

Com efeito, acompanha-se Lenio Streck nas relevantes razões para a valorização da tese substancialista:

Por sua especificidade formal, longe estão de estabelecer as condições de possibilidade para a elaboração de um projeto apto à construção de uma concepção substancial de democracia, em que a primazia (ainda) é a de proceder a inclusão social (afinal, existem mais de trinta milhões de pessoas vivendo na miséria, ao mesmo tempo em que a Constituição estabelece que o Brasil é uma República que visa erradicar a miséria e a desigualdade...) e o resgate das promessas da modernidade, exurgente da refundação da sociedade proveniente do processo constituinte.¹⁷⁶

Isso não significa, como alude o professor gaúcho, uma carta branca para a jurisdição, nem a porta para qualquer ativismo judicial ou, ainda mais grave, a abertura para a discricionariedade judicial. Implica, sim, que “mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, o direito produzido democraticamente, especialmente o dos textos constitucionais”.¹⁷⁷

Por outro lado, essa postura substancialista não pode deixar de ser calcada em limites objetivos à atuação democrática da Jurisdição. Dar concretização à Constituição desde uma perspectiva democrática importa em um duplo dever por parte do Estado-juiz: a) de um lado o dever de justificar(-se), de explicitar suas razões e observar, assim, a motivação de todas as decisões judiciais e b) de outra banda, motivar adequadamente, valendo-se de uma teoria da decisão (ou da argumentação jurídica) autêntica. Afinal, “A Constituição é um todo constituído pela tradição jurídica. Ocorre que, em sendo a tradição dominada por prejuízos inautênticos, o resultado que exurgirá certamente não será aquele que aponta para uma otimização do texto compromissário e dirigente da

¹⁷⁵ Tanto que: “Enfim, num Estado Democrático de Direito impõe-se que a atuação Estatal viabilize a concretização de direitos fundamentais de cunho prestacional e os direitos ditos de solidariedade impondo-se o desenvolvimento de públicas públicas que atendam esses direitos.” BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *A Realização da Constituição e a jurisdição constitucional como policymaker. Substancialismo e procedimentalismo*, op. cit., p. 13.

¹⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermeneutica, e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*, op. cit., p. 30.

¹⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermeneutica, e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*, op. cit., p. 31.

Constituição de 1988”.¹⁷⁸ Em ambos os casos, há uma necessária valorização do dever de fundamentação das decisões judiciais.

E o que tange a este dever, a motivação “deve ser estruturada de modo a *justificar* a decisão. Não se trata, segundo Michelle Taruffo, de controlar o que o juiz pensou, mas a racionalidade das razões que ele aduziu para justificar o que decidiu. Essa distinção é importante, na medida em que permite compreender, a partir da *justificação* da decisão, se ela foi adequadamente fundamentada”.¹⁷⁹

Ademais, há de se levar em consideração o que já dizia Ovídio Baptista da Silva:

A segunda consequência impõe que o juiz, ao fundamentar a sentença, não apenas dê os motivos pelos quais aceitou como válidos os argumentos do vencedor mas, além disso, demonstre, também com argumentos convincentes, a impropriedade ou a insuficiência das razões ou fundamentos de fato e de direito utilizados pelo sucumbente. A fundamentação deve ser ampla; deve compreender todos os aspectos relevantes do conflito, especialmente na análise crítica dos fatos.¹⁸⁰

Por excelência, a concretização, ou materialização, do Direito irá também ser trilhada pela via judicial. Trata-se de fenômeno muito palpável na realidade brasileira, quando as *promessas* constitucionais clamam por realização.

Tais questões denunciam que o Poder Judiciário passa a ser visto hoje, talvez, como o órgão capaz de concretizar as *promessas* constitucionais, o que gera a *assimilação* de responsabilidade, e reflexão.

Mas, vale repisar, a Constituição Federal de 1988 incorporando não só ideais liberais, mas principalmente sociais, apresentou inúmeras *promessas* que ao longo dos 22 anos de sua promulgação não foram concretizados pelo Poder Executivo.¹⁸¹ Isso fez com que o período – curto e ilusório – de hegemonia do Executivo desse lugar ao *novo* papel do Poder Judiciário. Para alguns, ativismo judicial, para outros, invasão nas competências do Poder Executivo, para outros ainda, nada mais que cumprimento do

¹⁷⁸ STRECK, Lenio L. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 832.

¹⁷⁹ RAATZ, Igor. *O direito fundamental à motivação das decisões como resposta ao direito de participação no processo civil: o contraditório como direito de influência e o problema da fundamentação a partir das súmulas e precedentes* (no prelo).

¹⁸⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Fundamentação das sentenças como garantia constitucional*. Disponível em: < <http://www.baptistadasilva.com.br> >. Acesso em 10.12.2010.

¹⁸¹ A discussão a respeito das *promessas* trazidas na Carta de 1988 poder-se-ia ir além e indagar se efetivamente, o que o constituinte originário apresentou na Constituição Federal era ou não alcançável em determinado período de tempo, ou se o que ali foi garantido fora unicamente inspirado em experiências Européias e norte-americanas, longe da realidade brasileira (antes e atual). O Brasil (país de modernidade tardia) estava, estaria ou está preparado para concretizar todas as *promessas* apresentadas na Constituição Federal de 1988?

seu papel constitucional. O que de fato vê-se, atualmente, é uma crescente importância das *decisões judiciais*, e via de consequência, um aumento do papel do Poder Judiciário frente à sociedade.

É do Poder Judiciário, também, o dever de zelar pela Constituição. E se, na prática, os Poderes Legislativo e Executivo pecam em dar efetividade (concretude) às normas constitucionais, cabe a este Poder por em prática o respeito à Constituição, sob pena de fragilizar o próprio Estado. Por outro lado, se da realidade omissiva dos Poderes é ampliada a relevância do Judiciário, é também no plano do real que aparece a primeira limitação à atuação jurisdicional. Cobra-se, portanto, uma postura substancial do Poder Judiciário e, em especial, do Supremo Tribunal Federal que possui, no cerne de suas atribuições o dever de zelar pela constitucionalidade dos atos, normativos ou não, através das mais diversas formas de manifestação do controle de constitucionalidade. Tema que, aliás, surge como determinante para a conformação da Corte.

2.2 O Supremo Tribunal Federal na realização da Constituição e a fiscalização em torno da constitucionalidade dos atos públicos

Aceita a premissa de que se cobra da jurisdição constitucional uma postura ativa em face da necessária realização do texto constitucional¹⁸², e aceito que toda a jurisdição deve ser constitucional, surge então o questionamento em torno de qual seria o papel do Supremo Tribunal Federal no ordenamento jurídico brasileiro. Vai a interrogação delimitada, entretanto, pelas premissas estabelecidas nos capítulos antecedentes, de modo que, antes de exaurir a polêmica, tem por pretensão evidenciar os subsídios necessários aos contornos da causa de pedir – elemento este que é mais propriamente o tema central do estudo.¹⁸³

De início calha recordar que a Constituição Federal de 1988 atribui uma série de competências para a Corte. O caput do art. 102 do texto constitucional define que cabe ao Tribunal, precipuamente, a *guarda da Constituição*. Note-se que o rol previsto no dispositivo não é taxativo, nem poderia sê-lo, já que a estrutura funcional da Corte Suprema não se extrai somente das regras de competência.

De outro lado, a guarda da Constituição nem de longe significa uma postura defensiva como o termo “guarda” induz. Antes, é atuação no sentido de assentar a eficácia das normas constitucionais: “a defesa da Constituição, numa tal situação, consiste em todos os meios políticos, sociológicos, psicológicos, jurídicos e processuais que assegurem a *vigência, eficácia e aplicabilidade da Constituição*”¹⁸⁴ (grifou-se). Além disso:

A jurisdição constitucional emerge historicamente como um dos mais expressivos instrumentos de defesa da Constituição, considerada não como "um puro nome, mas como expressão jurídica de um sistema de

¹⁸² Note-se que ativismo não se confunde com *judicialização*. Muito embora ambos os conceitos se apegam a uma postura ativa do Poder Judiciário, reconhecendo o seu viés político concretizante, esta última (judicialização), tem por pretensão a aceitação de inúmeros filtros de modo a assegurar uma prestação jurisdicional conforme a Constituição, e não apegada a subjetivismos e liberdades de pensamento dos juízes. Para melhor compreensão do tema: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermeneutica, e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*, op. cit., p. 146 e ss; MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: Uma Crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 25 e ss.

¹⁸³ Trata-se aqui de uma análise da função do Supremo Tribunal Federal calcada em apontar aqueles temas que irão, de alguma forma, propiciar influências no trato da causa de pedir nas diferentes modalidades pelas quais o Tribunal se debruça sobre determinada demanda. Nesse contexto, não há pretensão, na estreiteza deste estudo, de levantar histórica e jurisprudencialmente o modo de realização do Direito através da Corte Suprema Brasileira ou, quiçá, de todo e qualquer “Tribunal Constitucional”. Certamente tal empreitada, *de per se*, ensejaria, estudo específico e voltado ao seu trato.

¹⁸⁴ SILVA, José Afonso da. Defesa da Constituição e Mudança Constitucional. In: *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 238

valores aos quais se pretende dar um conteúdo histórico e político". Como tal, ela constitui o resultado de longa evolução que teve reflexos no sistema brasileiro, que ainda busca aperfeiçoamentos.

Nela é que se realiza, com mais eficácia, o princípio da constitucionalidade. Embora tenha seu fulcro essencial no processo de verificação da conformidade de um ato público à Constituição, nele não se esgota seu objeto, porquanto compreende toda a ação dos tribunais judiciais destinada a assegurar a observância das normas constitucionais, envolvendo os seguintes pontos: a) controle de constitucionalidade dos atos do poder público; b) conflitos entre o Estado e indivíduos ou grupos, desde que reclamem ter havido violação de direitos fundamentais; c) conflitos entre órgãos do governo; d) conflitos entre entidades intraestatais autônomas. É verdade que tudo isso poderia entrar no conceito de controle de constitucionalidade em sentido amplo.

A jurisdição constitucional, assim, consiste na entrega aos órgãos do Poder Judiciário da missão de solucionar os conflitos entre os atos, procedimentos e órgãos públicos e a Constituição. Ou, em sentido mais abrangente: entrega ao Poder Judiciário da missão de solucionar conflitos constitucionais.¹⁸⁵

Sucedo, entretanto, que o art. 102 da Constituição estabeleceu uma série de competências para o Supremo Tribunal Federal.¹⁸⁶ Dentre elas, competências originárias; recursais ordinárias e recursais extraordinárias.¹⁸⁷ Dentre as competências

¹⁸⁵ SILVA, José Afonso da. *Defesa da Constituição e Mudança Constitucional*, op. cit., p. 246.

¹⁸⁶ A classificação das competências do Supremo Tribunal Federal não se relaciona com a classificação prevista no art. 467 do Código de Processo Civil que, equivocadamente, equipara recurso especial e recurso extraordinário. Assim: "A distinção entre recursos ordinários e recursos extraordinários, a que faz referencia o art. 467, parte final, não tem no ordenamento jurídico brasileiro relevância teórica nem prática. A rigor, não existe entre nós uma classe de recursos a que se possa aplicar a denominação genérica de extraordinários; há, sim, um recurso assim denominado, que tem – como aliás, todos eles – as suas peculiaridades, mas insuficientes para fundamentar uma classificação de valor científico" (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 25. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 115).

¹⁸⁷ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: *I - processar e julgar, originariamente*: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; d) o "habeas-corpus", sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; e o mandado de segurança e o "habeas-data" contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território; f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta; g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro; i) o habeas corpus, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados; l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais; n) a ação em que todos

originárias encontra-se o processamento e julgamento das ações típicas do controle concentrado de constitucionalidade: ação direta (ou declaratória) de inconstitucionalidade, arguição por descumprimento de preceito fundamental, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e ação direta (ou declaratória) de constitucionalidade.

Por outro lado, também o citado dispositivo confere atribuições recursais. Em especial, competência para julgamento do recurso extraordinário. Vale destacar que o recurso extraordinário é o meio pelo qual a Suprema Corte irá se debruçar sobre determinada questão constitucional *incidenter tantum*, o seja, no bojo de uma situação jurídica palpável (trata-se de questão prejudicial, similar ao direito português¹⁸⁸), diferente do que ocorre no controle abstrato, no qual não há propriamente partes nem uma situação de conflito oriunda da aplicação concreta da norma tida por (in)constitucional.¹⁸⁹

Noutras palavras: “Em sede de controle *incidenter tantum*, o meio processual-recursal privilegiado para levar uma questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal é o recurso extraordinário”.¹⁹⁰

Constata-se daí que a função do Supremo Tribunal Federal na realização da Constituição ocorre (também e não só) de modo privilegiado através da fiscalização em torno da constitucionalidade dos atos públicos no Brasil. A Corte possui específicas prerrogativas voltadas ao controle abstrato e tantas outras destinadas ao controle concreto. Não é possível, nesta quadra da história, deixar de prestigiar a possibilidade de

os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados; o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal; p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade; q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal; r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público. *II - julgar, em recurso ordinário*: a) o "habeas-corpus", o mandado de segurança, o "habeas-data" e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; b) o crime político. *III - julgar, mediante recurso extraordinário*, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

¹⁸⁸ MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 253.

¹⁸⁹ Como já referido em outra oportunidade (nota 02), a ideia segundo a qual, no controle abstrato, não há uma situação concreta é mais lúdica do que real. Não existe aplicação sem compreensão e sem situação. Não há questão jurídica que não tenha, em si, uma carga de fato que lhe imprima relevo.

¹⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 501.

tutela da ordem constitucional já que no Estado Democrático de Direito todos os integrantes do Poder Público (e todos os seus atos) devem ser referíveis à Constituição:

O Estado constitucional democrático ficaria incompleto e enfraquecido se não assegurasse um mínimo de garantias e de sanções: garantias de observância, estabilidade e preservação das normas constitucionais; sanções contra actos dos órgãos de soberania e dos outros poderes públicos não conformes com a Constituição. A ideia de protecção, defesa, tutela ou garantia da ordem constitucional tem como antecedente a ideia de defesa do Estado, que, num sentido amplo e global, se pode definir como o complexo de institutos, garantias e medidas destinadas a defender e proteger, interna e externamente, a existência jurídica e fáctica do Estado (defesa do território, defesa da independência, defesa das instituições). A partir do Estado constitucional passou a falar-se de defesa ou garantia da constituição e não de defesa do Estado. Compreende-se a mudança de enunciado linguístico. No Estado constitucional o objecto de protecção ou defesa não é, pura e simplesmente, a defesa do Estado, mas da forma de Estado tal como ela é normativo-constitucionalmente conformada — o Estado constitucional democrático.¹⁹¹

A fiscalização judicial da constitucionalidade da lei surge, pois, como mecanismo de defesa (e cumprimento) da Constituição.¹⁹² Por esta razão, quando algum Poder Público vacila, a força normativa dos preceitos constitucionais os vincula, obrigando tais Poderes a “uma tarefa positiva de concretização e desenvolvimento do direito constitucional”.¹⁹³

Por estes e tantos outros motivos¹⁹⁴, há consenso na doutrina de que o controle de constitucionalidade brasileiro é misto^{195 196} – ora realizável por todo e qualquer juiz, ora fruto da cognição específica do Supremo Tribunal Federal em ação própria. Não se pode negar, entretanto, que até mesmo o controle realizado pelos juízes de primeiro grau, de algum modo, tende a ser resolvido pelo Supremo Tribunal Federal, já que a questão constitucional permite o manuseio da via recursal para a corte.

Existem, por outro lado, traços favoráveis e linhas criticáveis em ambos os modos pelos quais é realizado o controle. Nesse particular, adequada síntese apontou

¹⁹¹ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 887.

¹⁹² CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, op. cit., p. 889.

¹⁹³ Idem, *ibidem*.

¹⁹⁴ Dentre outros substanciais argumentos, não há violação a direito que não possa ser levada ao Poder Judiciário para ser apreciada. Qualquer interesse individual atingido (ou na eminência de ser) poderá ser objeto do broquel judiciário, afinal “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, da Constituição).

¹⁹⁵ SILVA, José Afonso da. *Defesa da Constituição e Mudança Constitucional*, op. cit., p. 254; STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 454; MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, op. cit., p. 385.

¹⁹⁶ É também chamado de “modelo unitário” (CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, op. cit., p. 896).

Jorge Miranda, após trazer as origens históricas de cada modelo de controle constitucionalidade. Para o professor titular da cátedra de Direito Constitucional da Universidade de Lisboa, a fiscalização judicial difusa possui um caráter de maior juridicidade do que a fiscalização abstrata, que mais sujeita a pressões políticas; ela também permite maior eficácia à garantia da Constituição, já que não é necessário aguardar o órgão centralizado decidir a questão, podendo o julgador, no caso concreto, deixar de aplicar a lei que considera inconstitucional.¹⁹⁷ De outro lado, em favor da fiscalização concentrada, refere-se o grau superior de segurança jurídica propiciado pela decisão do Tribunal Constitucional, já que a sentença possui eficácia geral; também vai em favor deste modelo a sua abertura para o debate acerca do sentido do texto constitucional, cada vez mais enriquecido pela jurisprudência que se forma em torno da Corte; e ainda, “a sensibilidade às implicações políticas ou comunitárias globais dos problemas”¹⁹⁸, já que o julgamento não fica acorrentado às amarras do caso particularizado e que necessita de resolução.

Vantagens à parte, há, entre ambas as formas de fiscalização, uma tendência convergente.¹⁹⁹

Porém, o Supremo Tribunal Federal brasileiro não pode ser considerado um Tribunal Constitucional²⁰⁰, de modo que o controle de constitucionalidade no direito brasileiro é realizado por todos os juízes no bojo de situações pelas quais são instados a se manifestar (*judicial review*), mas também é realizado pelo próprio Supremo, através do ataque abstrato da norma mediante a provocação de algum dos legitimados constitucionalmente. Além disso, dada a sua função recursal, também a Suprema Corte exerce o controle concreto, de modo que realiza verdadeira fiscalização na garantia de direitos fundamentais contra as inconstitucionalidades praticadas pelos demais Tribunais da República.²⁰¹

Todavia, esta última função (função jurisdicional do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento realizado em controle difuso) possui peculiaridades.

Transborda dela aquilo que Ovídio Baptista apontava como a necessidade de uma busca pela unidade do Direito através dos Tribunais Superiores. Nesse compasso,

¹⁹⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Lisboa: Coimbra, 1996, v. 2, p. 384.

¹⁹⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, op. cit., p. 384.

¹⁹⁹ Sobre este tema merece destaque a posição de Gilmar Mendes explicada com substanciais argumentos em: MADDOZ, Wagner Amorim. O recurso extraordinário interposto de decisão de juizados especiais federais. *Revista de Processo*, São Paulo, revista dos tribunais, n. 119, p. 60-89, jan, 2005.

²⁰⁰ SILVA, José Afonso da. *Defesa da Constituição e Mudança Constitucional*, op. cit., pp. 254-255.

²⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 502.

seria totalmente inadequado apontar a *uniformidade da jurisprudência* em matéria constitucional como papel determinante do Supremo Tribunal Federal. Muito pelo contrário: aceitar uma postura de privilégio na uniformidade da jurisprudência, especialmente considerando o *modus* de criação das decisões judiciais nos tempos atuais, seria verdadeiramente privilegiar o autoritarismo.²⁰² Por este motivo:

(...) suprimido que fosse qualquer vestígio de volição do ato jurisdicional, de modo a torná-lo puramente declaratório, teríamos transformado o produto da atividade jurisdicional em novo texto de lei, a confirmar o princípio de que os tribunais superiores não exercem jurisdição, não passando de meros apêndices do Poder Legislativo.²⁰³

Assim, parece plenamente adequado estabelecer que a função do Tribunal Superior deva ser *pro futuro*, ou seja, visando a unidade do Direito (não da jurisprudência), sem mirar o passado.²⁰⁴ Trata-se, para ficar mais claro, de privilegiar a finalidade pública da Corte que se caracteriza pela tarefa de “outorgar coerência ao ordenamento jurídico”²⁰⁵. Obviamente isto não significa abandonar o caráter histórico da própria realização jurídica. Antes, quer dizer que se almeja mudança futura e se considera que: “il modello costituzionale non é un dato ma un risultato che viene costruendosi a poco a poco, in relazione ai problemi e alla loro risoluzione”.²⁰⁶

Por estas razões, normalmente o discurso acerca do papel da Suprema Corte no trato de matérias oriundas do controle difuso ocorre na perspectiva da valorização dos precedentes:

Encarar a unidade do Poder Judiciário é decorrência de uma percepção de poder que toma em consideração o respeito à sua estrutura hierárquica. Um sistema que celebra o duplo grau de jurisdição e prevê uma ampla gama de recursos não pode funcionar

²⁰² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *A função dos tribunais superiores*. Disponível em: <www.baptistadasilva.com.br> Acesso em 18.02.2012. Há versão impressa: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *A função dos tribunais superiores*. Genesis: *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, 1999. n.13, p.485-498. Neste estudo, foi utilizada a versão eletrônica.

²⁰³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *A função dos tribunais superiores*, op. cit., p 02.

²⁰⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *A função dos tribunais superiores*, op. cit., p 02.

²⁰⁵ OTEIZA, Eduardo. A função das Cortes Supremas na América Latina. História, paradigmas, modelos, contradições e perspectivas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 187, p. 181-230, set. 2010, p. 183. Plenamente adequada, portanto, a seguinte assertiva, do mesmo autor: “A jurisprudência, entendida como influência de algumas sentenças sobre outras, adquire uma dimensão particular quando provém de uma Corte de última instância. Estas Cortes se encontram no ápice do sistema de interpretação sobre determinados conteúdos normativos. São as encarregadas de dar uma leitura final sobre o alcance da Constituição e a legislação; dão orientação à totalidade do sistema e às instituições que o conformam, ao ser a máxima expressão do direito vivo de um Estado; constituem fator transcendente, que desempenha um papel fundamental, que colabora com a consistência do sistema” (idem, op. cit.)

²⁰⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *La legge e la sua giustizia: tre capitoli di giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 2008, p. 270.

adequadamente sem um senso de respeito à hierarquia, sem considerar a lógica por detrás da sobreposição de instâncias recursais.

Da mesma forma, os pronunciamentos dos tribunais superiores, em sua missão de uniformizar o Direito em todo país, devem ser observados pelos juízos e tribunais das instâncias ordinárias. Conferir ao Superior Tribunal de Justiça o papel de unificar a jurisprudência pátria no que diz com a aplicação da legislação federal (art. 105, III, c, CF/88), e ao Supremo Tribunal Federal a tarefa de dizer o sentido e alcance da Constituição, inclusive com efeito vinculante (art. 102, III e §2º da CF/88), revela que o sistema judiciário imaginado pela Constituição foi criado para ser uniforme, refutando contradições entre os órgãos que o compõem (sem grifos no original).²⁰⁷

Nesse diapasão, merece destaque à crítica feita por Eduardo Oteiza, ao estudar as Cortes Supremas da América Latina, no que diz respeito ao modo pelo qual se tem buscado solucionar o problema do acúmulo de demandas no âmbito dos Tribunais Superiores no Brasil e na falta de uniformidade na aplicação de critérios jurídicos:

Mesmo que México e Brasil tenham adotado mecanismos formais para uniformizar a jurisprudência, eles não valorizam o precedente, entendido como uma decisão modelo, desenvolvida tendo em conta, fundamentalmente os fatos debatidos no processo. Pelo contrário, nos dois casos, a resposta foi reduzida a elaborar fórmulas de interpretação, acórdãos entre os juízes dos superiores tribunais. As teses e as súmulas são concebidas como novos conceitos, que, por sua estrutura e generalidade, tendem mais a identificar-se com a norma escrita (jurisprudência, segundo a tradição do civil law), que com uma decisão sobre um conflito, de particularidades próprias, que pode repetir-se em sentenças futuras (precedente, de acordo com a tradição do common law). Além disso, as teses e as súmulas têm sido incorporadas para uniformizar o entendimento do texto legal e reduzir a carga de trabalho dos tribunais, mais que para robustecer a função do Poder Judicial e seu âmbito de decisão.²⁰⁸

Não é à toa que a orientação atual do Supremo Tribunal Federal, deflagrada, para exemplificar, no julgamento da Reclamação 10.793, marcha no sentido de que as suas decisões proferidas pelo Plenário, quando do julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral, vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário na solução, por estes, de outros feitos sobre idêntica controvérsia.²⁰⁹

²⁰⁷ SILVA, Lucas Cavalcanti da. *Controle Difuso de Constitucionalidade e o respeito aos precedentes do Supremo Tribunal Federal*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. Salvador: JusPodivm, pp. 149-150.

²⁰⁸ OTEIZA, Eduardo. A função das Cortes Supremas na América Latina. História, paradigmas, modelos, contradições e perspectivas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 187, p. 181-230, set. 2010, p. 202.

²⁰⁹ RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE INOBSERVÂNCIA POR MAGISTRADO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DA DECISÃO PROFERIDA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO MÉRITO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 583.955-RG/RJ. INSTITUTO DA REPERCUSSÃO GERAL. COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE ORIGEM PARA

É de se notar que, na inesquecível lição de Mauro Cappelletti, o principal traço distintivo entre as modalidades de fiscalização de constitucionalidade descansaria, justamente, no trato concedido à *decisão* de inconstitucionalidade. No modelo americano – exclusivamente difuso – havendo pronunciamento da *Supreme Court* acerca da inconstitucionalidade de determinado ato, tal decisão possuiria força vinculante perante todos os Tribunais inferiores, de modo que a norma atacada, ainda que não formalmente anulada, estaria fulminada de absoluta ineficácia. Esta orientação seria o fundamento básico da *stare decisis doctrine*²¹⁰ que, através de um único caso concreto, tornaria o seu respeito obrigatório por todos os órgãos do Judiciário.²¹¹ Diferente situação ocorreria no modelo austríaco – exclusivamente concentrado – no qual o Tribunal Constitucional (órgão especificamente criado para avaliar a

SOLUCIONAR CASOS CONCRETOS. CORREÇÃO DA EVENTUAL DESOBEDIÊNCIA À ORIENTAÇÃO ESTABELECIDADA PELO STF PELA VIA RECURSAL PRÓPRIA, EM JULGADOS DE MÉRITO DE PROCESSOS COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. RECLAMAÇÃO NÃO CONHECIDA. 1. As decisões proferidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário na solução, por estes, de outros feitos sobre idêntica controvérsia. 2. Cabe aos juízes e desembargadores respeitar a autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal tomada em sede de repercussão geral, assegurando racionalidade e eficiência ao Sistema Judiciário e concretizando a certeza jurídica sobre o tema. 3. O legislador não atribuiu ao Supremo Tribunal Federal o ônus de fazer aplicar diretamente a cada caso concreto seu entendimento. 4. A Lei 11.418/2006 evita que o Supremo Tribunal Federal seja sobrecarregado por recursos extraordinários fundados em idêntica controvérsia, pois atribuiu aos demais Tribunais a obrigação de os sobrestarem e a possibilidade de realizarem juízo de retratação para adequarem seus acórdãos à orientação de mérito firmada por esta Corte. 5. Apenas na rara hipótese de que algum Tribunal mantenha posição contrária à do Supremo Tribunal Federal, é que caberá a este se pronunciar, em sede de recurso extraordinário, sobre o caso particular idêntico para a cassação ou reforma do acórdão, nos termos do art. 543-B, § 4º, do Código de Processo Civil. 6. A competência é dos Tribunais de origem para a solução dos casos concretos, cabendo-lhes, no exercício deste mister, observar a orientação fixada em sede de repercussão geral. 7. A cassação ou revisão das decisões dos Juízes contrárias à orientação firmada em sede de repercussão geral há de ser feita pelo Tribunal a que estiverem vinculados, pela via recursal ordinária. 8. A atuação do Supremo Tribunal Federal, no ponto, deve ser subsidiária, só se manifesta quando o Tribunal a quo negasse observância ao leading case da repercussão geral, ensejando, então, a interposição e a subida de recurso extraordinário para cassação ou revisão do acórdão, conforme previsão legal específica constante do art. 543-B, § 4º, do Código de Processo Civil. 9. Nada autoriza ou aconselha que se substituam as vias recursais ordinária e extraordinária pela reclamação. 10. A novidade processual que corresponde à repercussão geral e seus efeitos não deve desfavorecer as partes, nem permitir a perpetuação de decisão frontalmente contrária ao entendimento vinculante adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Nesses casos o questionamento deve ser remetido ao Tribunal competente para a revisão das decisões do Juízo de primeiro grau a fim de que aquela Corte o aprecie como o recurso cabível, independentemente de considerações sobre sua tempestividade. 11. No caso presente tal medida não se mostra necessária. 12. Não-conhecimento da presente reclamação. (Rcl 10793, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-107 DIVULG 03-06-2011 PUBLIC 06-06-2011 RT v. 100, n. 910, 2011, p. 379-392).

²¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed., reimpr. Porto Alegre: Safe, 1999, p. 86.

²¹¹ SILVA, Lucas Cavalcanti da. *Controle Difuso de Constitucionalidade e o respeito aos precedentes do Supremo Tribunal Federal*, op. cit., p. 168.

compatibilidade das normas com a Constituição), ao declarar a inconstitucionalidade da norma, já teria poderes para anulá-la e, portanto, removê-la do ordenamento jurídico.²¹²

Por esta razão, o modelo austríaco conceberia decisões de eficácia *erga omnes*, atingindo toda a sociedade. Todavia, o modelo americano, apesar de não contar com essa eficácia – já que o julgamento ocorre exclusivamente com vistas à resolução do caso apresentado – concede ao seu julgamento o mesmo resultado prático, pois a declaração de inconstitucionalidade se torna o paradigma de verificação para todas as próximas vezes que dispositivo por objeto de celeuma nos tribunais inferiores.²¹³

Ora, no momento em que o Supremo Tribunal Federal assume a força vinculante de seus julgados, nada está mais a fazer do que assumir uma verdadeira postura de defesa da Constituição, centrada no exame da constitucionalidade de determinado dispositivo, independentemente do modo pelo qual a controvérsia a ele é apresentada.

Por outro lado, o sistema brasileiro é contraditório. Conquanto assumam-se a relevância do controle concreto, não há, na tradição brasileira, qualquer norma (seja qual for a sua natureza, positivada ou fruto de uma construção histórica como o é a *stare decisis doctrine*) que torne as decisões do Supremo Tribunal Federal de qualquer forma vinculante para os órgãos judicantes inferiores. A seu turno, no âmbito do controle abstrato é plenamente possível expungir a norma atacada do ordenamento jurídico com eficácia para todos (*erga omnes*). Como se houvesse diferença – e não há – no *desvalor* da norma inconstitucional apenas pelo modo pelo qual o Tribunal se debruça sobre a questão.

Diante desse panorama, algumas conclusões podem ser extraídas para se apreender o perfil do Supremo Tribunal Federal no recorte pretendido neste estudo:

- a) Na defesa da Constituição (como todo e qualquer órgão do Poder Judiciário), exerce um papel realizador e concretizante do texto constitucional assegurando-lhe eficácia e aplicabilidade;
- b) Possui atribuições (competências) originárias e recursais;
- c) Exerce precipuamente a fiscalização em torno da constitucionalidade das normas e dos atos públicos;
- d) No âmbito do controle abstrato, pode aferir diretamente a constitucionalidade das normas;

²¹² CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, op. cit., p. 43.

²¹³ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, op. cit., p. 82

- e) No âmbito do controle concreto, através das vias recursais, em especial o recurso extraordinário, verifica a questão constitucional no caso concreto;
- f) Seja qual for a forma de controle realizada, cabe ao Supremo Tribunal Federal preservar e assegurar a unidade do Direito;
- g) O desvalor da inconstitucionalidade alegada não é alterado pelo simples *modus* de sua resolução perante a corte.

PARTE II
MANIFESTAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR NA CIÊNCIA PROCESSUAL.
DA EPISTEMOLOGIA À CONCREÇÃO ATRAVÉS DA JUDICÂNCIA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Apresentada a quadratura do Poder Judiciário na atualidade – calcada pela valorização das premissas que compõe a noção de Estado Democrático de Direito e que informam a necessidade de uma postura substantiva para a jurisdição constitucional – faz-se necessário adentrar no tema central desta investigação de modo a evidenciar a manifestação da causa de pedir na Ciência Processual contemporânea e carrear a sua estrutura epistemológico para o âmbito de atuação do Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, retoma-se a discussão (célebre e clássica) acerca da caracterização da *causa petendi* na Ciência Processual (Capítulo 3). Tema, diga-se de passagem, que é dos mais profícuos para a disciplina no Direito Processual, na medida em que carrega em seu seio problemáticas densas como a questão em torno do objeto litigioso do processo, os limites da lide, os limites de atuação do magistrado e tantos outros.

Extraídas as conclusões necessárias, pretende-se analisar a aplicação da causa de pedir, enquanto elemento da ação, perante a Corte Suprema (Capítulo 4), de modo a evidenciar os dilemas e anacronismos que a jurisprudência do Tribunal tem proporcionado. Apenas para adiantar, questões como a existência de uma “abertura” na causa de pedir com vistas a permitir que a Corte julgue inclusive além dos limites propostos à lide nas ações de inconstitucionalidade e a vedação dessa mesma postura no recurso extraordinário serão oportunamente tratados.

Antes, porém, é indispensável adentrar nas questões que pautam a estrutura teórica da causa petendi na processualística atual, sempre proporcionando o cotejo do tema com as vertentes propostas inicialmente (supra 1 e 2).

3 ESTADO DA ARTE: EVOLUÇÃO E CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Estabelecidos os parâmetros da compreensão jurídica, como já aventado (supra Capítulos 1 e 2), impende desvelar o estado da arte em torno da causa de pedir no Direito Processual Civil Brasileiro. Para tanto, três pontos devem ser compreendidos. O primeiro deles diz respeito ao posicionamento metodológico da causa de pedir no âmbito da estrutura científico-processual. O segundo acena o conteúdo propriamente do instituto através da decomposição de seus elementos. O terceiro busca evidenciar qual a posição tomada no ordenamento jurídico atual (e futuro) em torno do instituto.

Assim, a primeira questão que se impõe é aquela que trata do objeto litigioso do processo e da (possível) inserção da causa petendi no seu campo gravitacional, como elemento que individualiza a demanda e corporifica a relação entre processo e direito material (infra 3.1).

A segunda questão considera a necessidade de atribuir sentido e evidenciar a extensão conceitual da causa de pedir (infra 3.2). Interroga-se se ela é composta apenas por elementos fáticos ou também pela argumentação jurídica; se são todos os fatos discutidos no processo que integram a causa petendi ou apenas alguns destes; se o juiz possui um grau de flexibilidade para lidar com os fundamentos jurídicos apresentados pelo autor. As respostas para tais dilemas deverão servir de base para uma compreensão do estado *conteudístico* da causa de pedir.

Por fim, como teoria não se distancia de práxis e não se descarta de possíveis mudanças legislativas, necessário compor o quadro do instituto no Direito Processual Brasileiro, especialmente considerando a existência de projeto de lei para a inserção de um Novo Código de Processo Civil no ordenamento vigente (infra 3.3).

3.1 A causa de pedir no seu relacionamento (problemático) com o objeto litigioso do processo

O problema acerca de qual seria o conteúdo do processo sempre ganhou foros de notoriedade.²¹⁴ Diversos autores estrangeiros e nacionais tiveram a preocupação de delimitar qual seria a substância da demanda. E por mais apaixonante que seja o tema, aqui será ele tratado de maneira sucinta. É apenas um salto inicial para o estudo da causa de pedir. Adiantando futuras conclusões, faz-se necessário o estudo do objeto litigioso do processo porquanto a causa de pedir estaria aí inserida. Portanto, sem a devida composição do objeto (litigioso) do processo, inviável a correta caracterização acerca da causa petendi.

De outra banda, “objeto” é termo de fácil imprecisão (e confusão) terminológica, razão pela qual andou bem Sydney Sanches quando, em 1979, buscou apresentar as diferenças entre “objeto litigioso do processo” e “objeto do processo”.²¹⁵ As lições do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal são ainda válidas. Recorda que o vocábulo é proveniente do latim *objectus*, representando “a realidade, a materialidade, a corporeidade das coisas, o que existe, que é visível e que se põe diante dos sentidos”.²¹⁶

De igual modo, “objeto” não tem, no estudo do conteúdo do processo judicial, o sentido de “finalidade”; a questão em torno dos fins do processo não se insere nesta discussão, a despeito de relevantíssima.²¹⁷

Assim, ao se estudar o “objeto” do processo deve se estabelecer como premissa a ideia segundo a qual se analisa a controvérsia apresentada em juízo. Essa controvérsia apresentada em juízo possuiu, ao longo da historiografia do Direito Processual, uma série de acepções: pretensão processual, mérito da causa, questão principal, *pretesa*, *anspruch*, objeto litigioso do processo, objeto do processo etc. Todavia, sempre se

²¹⁴ Assim, praticamente todo o autor de Direito Processual já escreveu algo sobre o tema. Ao longo desta exposição, tais posições serão gradativamente expostas.

²¹⁵ Por razões que apenas a história justifica, o texto de Sydney Sanches se consagrou, no Brasil, para traçar a diferença, muito embora já houvesse lição anterior nesse sentido de Arruda Alvim (*Direito Processual Civil – teoria geral do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, v.2, p. 149, nota 96).

²¹⁶ SANCHES, Sydney. Objeto do processo e objeto litigioso do processo. *AJURIS: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v.6, n.16, p. 133-156, jul. 1979, p. 134.

²¹⁷ “a finalidade, o escopo do processo não devem ser relacionados à ideia de objeto do processo, que é ambígua e, por isso mesmo, pode levar a confusões” (SANCHES, Sydney. Objeto do processo e objeto litigioso do processo. *AJURIS: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v.6, n.16, p. 133-156, jul. 1979, p. 138).

assentou, desde a autonomização do direito processual que, apesar de ser proveniente do direito material, não seria a ele equivalente.

Por essa razão, e pela possibilidade de se operar um recorte, feito por aquele que ingressa em juízo, já no âmbito da relação processual, daquilo que se pretende controverter no processo, é que diversos autores, dentre eles Sydney Sanches, aceitam que há diferença substancial entre “objeto do processo” e “objeto litigioso do processo”:

Objeto do processo, por conseguinte, é toda matéria, de fato ou de direito relacionada a pressupostos processuais (inclusive, portanto, o próprio procedimento), às condições da ação (possibilidade jurídica, interesse de agir e legitimidade de partes) e ao próprio mérito (inclusive questões prévias), que deva ser examinada pelo juiz, provocado pelas partes ou ex officio, seja como simples operação de conhecimento (cognitio), seja como julgamento propriamente dito (judicium), seja em caráter incidental, seja em caráter principal. Enfim, o objeto do processo é gênero a que se filia a espécie objeto litigioso do processo. (com grifos no original).²¹⁸

A seu turno, objeto litigioso do processo seria a questão principal, o mérito, a pretensão processual, o verdadeiro pedido do autor. Trata-se, portanto, de elemento mais restrito e que, na sequência, será analisado com mais vagar.

3.1.1 Notas Introdutórias

Ainda que merecedor de críticas, o ápice das construções científicas do Direito Processual serviu de salto inicial para uma preocupação cada vez maior com o modo pelo qual deveria ser realizado o direito contestado. Assim, em meados do século XIX desenvolveu-se amplamente o estudo de conceitos jurídicos não apenas de direito material, mas também de direito processual. Aliás, é nesse período que, através das lições provenientes da doutrina tedesca, o Direito Processual pode ser encarado como uma disciplina autônoma, regida por institutos próprios e desapegada do direito material.²¹⁹

²¹⁸ SANCHES, Sydney. Objeto do processo e objeto litigioso do processo. AJURIS: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v.6, n.16, p. 133-156, jul. 1979, p. 152.

²¹⁹ Bülow teria sido o pai da processualística moderna quando, na sua obra, *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozess-Voraussetzungen*, de 1868, estabeleceu a existência de pressupostos próprios para o desenvolvimento de uma nova relação, que não a de direito material, mas voltada a sua realização. (BÜLOW, Oskar Von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: E.J.E.A, 1964). Sobre vida e obra de Bülow consultar GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Los Protagonistas del Derecho Procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2005, pp. 77-80; acerca

Com efeito, foi na Alemanha e na Itália que o castelo conceitual do Direito Processual gradativamente erigiu-se; desde *Konigsberg*²²⁰, na Prússia, até Bolonha²²¹, na Itália, diversas teorias surgiam para justificar a existência do direito processual e também as mais reconhecidas monografias acerca de temas polêmicos foram publicadas. Com a problemática nuclear da processualística daquele tempo, não poderia ser diferente. O objeto litigioso do processo (ainda que sob diversos nomes distintos) foi alvo de ampla produção científica, seja através do título pretensão processual (*anspruch*), seja através da ação, pretensão e lide (*azione, ragione, lite*).²²²

Alemães e italianos, com efeito, não seguiram as mesmas linhas para o seu desenvolvimento teórico²²³ e também não foram os únicos a se debruçar sobre a problemática.²²⁴ Enquanto os primeiros buscavam a análise do “objeto litigioso do processo” e da “pretensão processual”; os segundos analisavam a “ação” e a “lide” (Chiovenda e Carnelutti respectivamente).²²⁵ Além disso, trata-se de temas que, ainda hoje, geram muita polêmica²²⁶ – seja através do conceito de ação (doutrina italiana), seja através da perspectiva da pretensão processual (doutrina alemã).

de sua influência no direito brasileiro e na ciência processual: SILVA, Clovis Veríssimo do Couto e. *Para uma história dos conceitos no direito civil e no direito processual civil (a atualidade do pensamento de Otto Karlowa e de Oskar Bülow)*. Revista de Processo, São Paulo, v.10, n.37, p. 238-270, jan. 1985; BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. “Ação” e ações na história do processo civil moderno. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca et. al. (Coord). *Teoria Quinária da Ação: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento*. Salvador: Juspodivm, 2010, pp. 423-455; contra Bülow, imputando em sua doutrina o início de uma “instrumentalidade” do processo, desapegado do direito material: LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, especialmente o capítulo I.

²²⁰ Em *Konigsberg*, Adolf Wach teria iniciado os seus estudos (GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Los Protagonistas del Derecho Procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2005, p. 81).

²²¹ Chiovenda lecionou na Universidade de Bolonha (GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Los Protagonistas del Derecho Procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2005, p. 52). Curiosamente, foi na mesma instituição que ocorreu o “renascimento” do direito romano, através de um estudo metodológico dos antigos textos contidos no Digesto (GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 342).

²²² Todos esses temas serão oportunamente desenvolvidos. Deve-se ter presente, como já referido, que o objeto litigioso do processo não constitui o tema central deste estudo, de modo que surge apenas como modo de apresentação inicial acerca da problemática em torno da causa de pedir. Assim, por certo, não se exaure o tema, apenas se expõem as principais categorias e interpretações que conduziram ao modo pelo qual a causa de pedir é hoje compreendida no direito processual civil.

²²³ BUZAID, Alfredo. Da lide: estudo sobre o objeto litigioso. In: *Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 73.

²²⁴ Assim, um dos mais célebres estudos acerca do objeto do processo surgiu na lavra do espanhol Jaime Guasp (*La pretension procesal*. Madrid: Editorial Civitas, 1985, p. 84): “la pretensión procesal, por su estructura, es una declaración de voluntad por la cual una persona reclama de otra, ante un tercero supraordinado a ambas, un bien de la vida, formulando en torno al mismo una petición fundada”.

²²⁵ ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 22.

²²⁶ MANDRIOLI, Crisanto. Riflessioni in tema di petitum e di causa petendi. *Rivista Di Diritto Processuale*, Padova, v. 39, n. 3, p. 465-480, 1984, p. 466.

Inescapável, pois, um estudo, ainda que perfunctório, de ambas as correntes. Deve ser destacado, por outro lado, que o amplo contingente de teorias distintas, partindo de diferentes referenciais teóricos proporciona, em certa medida, uma falta de uniformidade quanto ao estudo do tema.²²⁷ Ainda assim, devido à quantidade de estudos diferentes que diversas premissas já são consideradas como aceitas por grande parte da doutrina. Obviamente isto não significa o seu acerto, tampouco a impossibilidade de (novas) críticas.

Nessa linha, houve, por longo período, certo consenso²²⁸ (equivocado) na doutrina de que o objeto litigioso do processo deveria ser estudado como um instituto de direito processual, sendo irrelevante as relações materiais que a ele se reportariam.²²⁹ Essa concepção, amplamente presente na doutrina de Alfredo Buzaid (discípulo e arauto de Enrico Tulio Liebman no Brasil) e que, há muito já era contestada por Ovídio Baptista da Silva²³⁰ já não encontra respaldo em opiniões doutrinárias mais recentes.²³¹ Bem colocadas as coisas, mais adequada ao anseio de realização do direito material a ideia segundo a qual entre este e o direito processual deva haver uma constante interpenetração.²³²

²²⁷ Renato Montans de Sá assim refere: “Contudo, se por um lado, os laboriosos estudos da doutrina, sejam alemães, italianos, espanhóis ou brasileiros, ajudaram na melhor compreensão e numa melhor interpretação sistemática do tema, por outro criou uma enorme falta de uniformidade quanto à definição do objeto litigioso. De fato existem tantas correntes, partindo de tantas premissas diversas, que seria pretensioso solucionar o problema ou mesmo estabelecer um critério infenso a aporias ou críticas”. *Eficiência Preclusiva da Coisa Julgada*. São Paulo: Saraiva, 2011. Consultado aqui através do artigo eletrônico que é excerto de um dos capítulos do livro: MONTANS DE SÁ, Renato. *Causa de Pedir*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/renatomontans/?p=71>> Acesso em 09.02.2011.

²²⁸ MONTANS DE SÁ, Renato. *Causa de Pedir*, op. cit.

²²⁹ Essa é a posição de Alfredo Buzaid, inclusive referindo que o objeto da controvérsia tem natureza processual, não se identificando com a pretensão jurídica material, de modo que: “a discussão caminha, de agora em diante, sobre o conteúdo e o alcance desse conceito processual” (*Da lide: estudo sobre o objeto litigioso*, op. cit., p. 75).

²³⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação*. *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, 1983. v. 29, p.99.

²³¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2010; No mesmo sentido lecionam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero: “Com a reestruturação do Código de Processo Civil, restou claro que hoje interessa muito mais a efetiva realização do direito material do que a sua simples declaração pela sentença de mérito. Daí, pois, a necessidade de compreender a ação como um direito fundamental à tutela adequada e efetiva, como direito à ação adequada, e não mais como simples direito ao processo e a um julgamento de mérito. No plano processual, existe direito fundamental à ação adequada e efetiva; no plano material, existe direito à tutela do direito” (*Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 99).

²³² Assim: “o processo, no âmbito jurídico, não é, (...), algo que opera como simples meio, instrumento, sim um elemento que integra o próprio ser do Direito. A relação entre o chamado direito material e o processo não é uma relação meio/fim, instrumental, como se tem proclamado com tanta ênfase, ultimamente, por força do prestígio de seus arautos, sim, uma relação integrativa, orgânica, substancial” (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 68).

Tal postura, também, não soa contraditória com o que defendia Ovídio Baptista da Silva quando lecionou:

A verdadeira essência da função jurisdicional não é, portanto, o “pronunciamento” da sentença que compõe o litígio, senão que corresponde à *realização do direito material* que o Estado impediu que se fizesse pela via privada da auto-realização.²³³

Vale considerar, ainda a título introdutório, que aqueles que se debruçaram sobre o problema do objeto litigioso do processo normalmente o fizeram sob a perspectiva histórica. Assim Buzaid, que ao delinear qual seria o conteúdo da demanda assentou que não seria possível desprender o estudo das raízes da autonomia do direito processual. Para ele, tais raízes restariam incrustadas: (a) na noção de Estado Soberano e (b) no surgimento do conceito de relação jurídica (proveniente de Savigny).²³⁴

Ambos os fundamentos são, em realidade, imprecisos. Não foi a noção de Estado Soberano que possibilitou a ampliação das discussões acerca da ideia de autonomia do direito processual, mas sim o surgimento de um Poder autônomo voltado à solução de conflitos. Nesse passo, a autonomia em nascimento se deveria mais a Montesquieu e a sua separação de poderes do que à soberania estatal, que remonta a tempos mais antigos, com Bodin e Hobbes. Decisiva, sim, a Revolução Francesa nesse aspecto definidor dos institutos processuais em surgimento.²³⁵

Também não parece totalmente adequado referir que somente a ideia de relação jurídica tenha sido determinante. Mais o foram os conceitos de direito subjetivo,

²³³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação. In: Machado, Fábio Cardoso; Amaral, Guilherme Rizzo (org.). *Polêmica Sobre a Ação: a Tutela Jurisdicional Na Perspectiva das Relações Entre Direito e Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 23.

²³⁴ “Duas ideias concorreram decisivamente para possibilitar o nascimento da nova doutrina. A primeira foi a de relação jurídica; a segunda, de soberania do Estado”. Savigny teria, na realidade, sistematizado o velho brocardo latino *jus et obligatio correlata sunt*, ao afirmar a existência de um elo entre pessoas que criaria direitos e obrigações, a saber, a relação jurídica. Quanto ao papel da soberania estatal: “Com o advento da Revolução Francesa, foi reconhecida ao povo a soberania, que a transmite ao Estado; e o Estado houve por bem monopolizar a administração da justiça como uma das atribuições do Poder Judiciário, em que se manifesta a soberania nacional”. No âmbito do direito processual, não tardou para que a ideia de relação jurídica de Savigny fosse trespassada para o plano dos procedimentos. Bülow é, por isso famoso, ao atestar que o processo civil deveria ser considerado uma relação jurídica, formada entre as partes e o juiz e de natureza pública (e não privada). BUZAID, Alfredo. *Da lide: estudo sobre o objeto litigioso*, op. cit., pp. 87-88.

²³⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Processo de Conhecimento e Procedimentos Especiais. *Ajuris*, 57, Ano XX, pp. 5-17, 1993, p. 05.

pretensão e o desvirtuamento da ação (estas últimas iniciadas com Windscheid).²³⁶ Por outro lado, não se pode negar a influência da relação jurídica no âmbito processual.²³⁷

De qualquer modo, foram essas construções teóricas iniciais que conduziram ao desprendimento da relação processual para com a relação de direito material e que permitiram um crescimento ainda maior do estudo do objeto litigioso do processo²³⁸ por se poder afirmar que, de algum modo, o conteúdo (=objeto) da relação jurídica de direito material não seria o mesmo conteúdo (=objeto) da relação jurídica de direito processual.²³⁹

Para evitar tumulto terminológico, deve ficar claro que é o objeto litigioso do processo que define o conteúdo da demanda.²⁴⁰ Esta, por sua vez, “delimita a controvérsia (lide) que lhe é apresentada”.²⁴¹

Posto nestes termos, o objeto litigioso passa a ser fundamental na fixação dos elementos da pretensão, o que influencia diretamente o pedido e a causa de pedir, afetando, assim, os institutos correlatos (como litispendência, cumulação de ações e a extensão da coisa julgada).²⁴²

²³⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e Ideologia*, op. cit., p. 166.

²³⁷ Vale lembrar, entretanto, que “relação jurídica” não é conceito haurido do Direito Processual. É, antes, conceito encampado da teoria civilística de Savigny. São temas distintos, portanto, a “relação jurídica” própria do Direito Civil e a “relação jurídica” do Direito Processual. Acerca da primeira, tem-se que: “as relações jurídicas se formam, necessariamente, entre pelo menos dois sujeitos de direito, não essencialmente entre duas pessoas” e pela essencialidade do objeto: “nenhuma relação jurídica pode existir sem um objeto, que tanto poder um bem (relação jurídica de direito real), como a promessa de ato humano (relação jurídica de direito pessoal)”. Pelo princípio da correspectividade, “a todo direito corresponde sempre um dever e a todo dever corresponde um direito.” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Da ação como objeto litigioso no processo civil*. In: *Teoria Quinária da Ação: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento*. Costa, Eduardo José da Fonseca et al. (Coord). Salvador: Juspoivm, 2010, p. 376).

²³⁸ BUZAID, Alfredo. *Da lide: estudo sobre o objeto litigioso*. In: *Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 89.

²³⁹ RIBEIRO, Darcy Guimarães. *La pretension procesal y la tutela judicial efectiva: Hacia una teoría procesal del derecho*, op. cit., p. 132.

²⁴⁰ FAIREN GUILLEN, Victor. *La transformación de la demanda en el proceso civil*. Santiago De Compostela: Porto, 1949; p. 20.

²⁴¹ “Se o Estado só pode prestar aquele tipo de tutela jurisdicional que lhe foi pedida, é fácil compreender a importância teórica e prática da determinação do conceito de demanda. Se a atividade jurisdicional só se desenvolve quando provocada, se nosso direito não conhece casos de proteção estatal, por meio da jurisdição, aos eventuais direitos individuais senão quando o próprio titular a requeira, a demanda passa a ser o parâmetro, ou a baliza que define e limita a controvérsia sobre a qual o juiz pode e deve pronunciar-se. Ele terá de decidir a controvérsia (lide) que lhe é apresentada, respondendo ao pedido de tutela jurisdicional contido na demanda. A tal obrigou-se o Estado a partir do momento em que, proibindo a realização privada do direito, avocou a si o monopólio da jurisdição. Todavia, se ele tem o dever institucional de decidir a lide, somente poderá decidir aquela lide que lhe foi apresentada pelos litigantes, não podendo ampliá-la de modo que a sentença venha a decidir mais do que fora pedido pelas partes” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil*. Volume 1. Processo de Conhecimento. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 223-224).

²⁴² ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 22.

Já adiantando algumas posições que surgiriam, pode-se referir que o objeto litigioso do processo é definido pelo autor, de sorte que as matérias levantadas pelo réu não ampliam o objeto litigioso.²⁴³

3.1.2 Objeto litigioso na doutrina alemã (a pretensão processual)

No direito alemão, o objeto litigioso do processo era a pretensão processual. A pretensão processual é o objeto litigioso do processo.²⁴⁴ Mas qual o conteúdo da pretensão processual? Eis o grande debate.

Os alemães muito discutiram o conceito de pretensão, inclusive remontando-a a *actio* do direito privado romano.²⁴⁵ Windscheid teria buscado substituir *actio* por *anspruch* (pretensão).²⁴⁶ Tanto que, em sua obra de 1856 (*Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*), destacou a existência de uma “situação de direito material diversa da ação (pretensão) em sentido processual, identificando o objeto litigioso com o direito substancial invocado pelo autor”.²⁴⁷

Coube a Windscheid o mérito de haver sugerido o conceito de pretensão, entendido este vocábulo como a tendência do direito a submeter a vontade alheia como tal, independentemente de ser ele direito real ou pessoal, absoluto ou relativo.²⁴⁸

Com essa assertiva, a evolução dos conceitos jurídicos da época possibilitou a formação da tríade direito subjetivo, pretensão e ação.²⁴⁹ Assim, Savigny atribuiu à

²⁴³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil*, op. cit., p. 226; RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretension procesal y la tutela judicial efectiva: Hacia una teoria procesal del derecho*. Barcelona: J.M. Bosch, 2004, p. 145.

²⁴⁴ “Der prozessuale Anspruch ist der Streitgegenstand. Beide Begriffe bedeuten das gleiche”(cfe. Schwab) – SANCHES, Sydney. Objeto do processo e objeto litigioso do processo. *AJURIS: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v.6, n.16, p. 133-156, jul. 1979, p. 151.

²⁴⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e Ideologia*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 173.

²⁴⁶ “Actio é, portanto, o vocábulo para designar o que se pode exigir de outrem. Para caracterizar isto de forma breve, podemos corretamente dizer que actio é o vocábulo para designar a pretensão”. Assim refere passagem da obra de Windscheid (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e Ideologia*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 173) (WINDSCHEID, Bernhard. *Polemica sobre la "actio"*. Buenos Aires: E.J.E.A., 1974, pp. 11-12).

²⁴⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A Causa Petendi no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 78.

²⁴⁸ BUZAID, Alfredo. *Da lide: estudo sobre o objeto litigioso*, op. cit., p. 89. O alegado “mérito” de Windscheid, entretanto, também causou um dano irreparável na ciência processual, pois conduziu a uma compreensão de todas as relações jurídicas como relações de crédito e débito, na esteira do que já lecionava Savigny. Bem elucidando essa questão: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *A Jurisdição e execução: na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 1998, p. 161 e ss.

²⁴⁹ BUZAID, Alfredo. *Da lide: estudo sobre o objeto litigioso*, op. cit., p. 89.

ação o caráter de novo direito (direito nascido de um outro direito subjetivo ofendido); Windscheid acrescera o conceito de pretensão; Wach, por sua vez, considerara a pretensão em sentido processual. Para Wach, o objeto de cada processo seria a pretensão do autor a que se conceda a tutela jurídica processual, mas através de uma sentença favorável.^{250 251}

A legislação alemã da época, porém, não colaborava com a elucidação dos dilemas. O Código de Processo Civil alemão era impreciso, ora falando em objeto do processo, ora pretensão, ora objeto do litígio.²⁵²

Windscheid construíra o conceito de pretensão para o Direito Civil; ou seja, tratava-se de uma categoria de direito material.²⁵³ A pretensão era a dimensão dinâmica do direito subjetivo. Algo entre o direito subjetivo e a ação; e que também não se confundiria com o direito de ação (pretensão da tutela jurídica).²⁵⁴ Esta última, dirigida contra o Estado.

Wach teria sido o primeiro a desenvolver a ideia de pretensão em sentido processual, desapegada do direito material tutelado.²⁵⁵ Esse entendimento foi aprofundado pela doutrina que se seguiu.²⁵⁶

Aos poucos foi ganhando corpo a teoria substancial do objeto litigioso, de modo que deveriam ser apresentados os fatos pela parte para que o juiz lhes conferisse a caracterização jurídica.

²⁵⁰ WACH, Adolf. *Handbuch des deutschen zivilprozessrechts*, 1885. Há tradução para o espanhol: WACH, Adolf. *Manual de derecho procesal civil*. 1. ed. Buenos Aires: EJE, 1977, p. 45 e ss.

²⁵¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e Ideologia*, op. cit., p. 189.

²⁵² “Vê-se na legislação substancial o termo Anspruch (§ 194 BGB) que também se encontra na processual (§ 281, ZPO). Ademais utiliza-se o ZPO da expressão Streitgegenstand (§ 81), Streitverhältnis (§§ 118, III e 139, I) bem como streitiges Rechtsverhältnis (§§ 62 e 606) as duas últimas respectivamente relação litigiosa e relação jurídica litigiosa”(MONTANS DE SÁ, Renato. *Causa de Pedir*, op. cit.). No mesmo sentido: TUCCI, José Rogério Cruz e. *A Causa Petendi no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, pp. 75-76; CRESCI SOBRINHO, Elício de. *Objeto Litigioso no Processo Civil*. Porto Alegre: SAFE, 2008, p. 10: “A ZPO usou o termo pretensão (= Anspruch) de maneira diversa; fala em pretensão feita valer (geltend gemacht) ou a pretensão é decidida, litigiosa, etc. Noutros lugares a ZPO refere-se a Streitgegenstand (= objeto litigioso), utiliza expressões como relação jurídica litigiosa (ein streitiges Rechtsverhältnis); tais variantes confundiram, nada facilitaram; esse estilo complicou exata aceção do objeto do processo (= Gegenstand des Verfahrens). Mas com essas variações, Anspruch (= pretensão), objeto litigioso (= Streitgegenstand), coisa litigiosa (= Streisache), objeto do processo (= Prozessgegenstand), a lei processual civil alemã quis significar a mesma coisa”.

²⁵³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e Ideologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 179.

²⁵⁴ Bem da verdade, à época de Windscheid, sequer se pensava em uma “pretensão da tutela jurídica”, pois, a ação era a ação procedente (necessitava de um direito existente prévio) (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e Ideologia*, op. cit., p. 179).

²⁵⁵ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretension procesal y la tutela judicial efectiva: Hacia una teoria procesal del derecho*, op. cit., p. 79.

²⁵⁶ A favor de Wach, Konrad Hellwig (*Lehrbuch des deutschen zivilprozessrechts*); contra: Josef Kohler (*Der Prozess als Rechtsverhältnis*). GOZAÍNÍ, Osvaldo Alfredo. *Los Protagonistas del Derecho Procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2005, p. 83.

Por outro lado, várias correntes buscaram expor qual seria o conteúdo da pretensão processual, merecendo destaque três delas: a) a pretensão processual como afirmação do direito material; b) a pretensão processual como expressão do pedido do autor; c) a pretensão processual como expressão do pedido e da causa de pedir do autor.²⁵⁷

a) A pretensão processual como afirmação do direito material: para essa corrente, ainda com fulcro em posturas substanciais, a afirmação jurídica do direito material seria o objeto litigioso do processo; é claro que seria relevante ligar os fatos com o direito material que se pretenderia provar. Assim, na pena de Friedrich Lent, o objeto litigioso surge como a “afirmação do direito (*rechtsbehauptung*), direito subjetivo material, ainda que meramente hipotético”.²⁵⁸ Para ele, é a decisão pleiteada (demanda) que determinaria o objeto do processo.^{259 260}

Alfredo Buzaid resumiu a posição de Lent da seguinte forma:

A determinação do objeto litigioso tem lugar no início do processo. E como o processo si inicia pela ação, nesta é que figura, estabelecendo-se um estreito liame entre o objeto do processo e o conteúdo da ação. O processo civil alemão não permite que o autor se limite a expor um estado de fato e de submetê-lo ao juiz para que o decida, mas exige que ele próprio requeira uma determinada decisão. Sobre ele é que segue propriamente o litígio, se a sentença pedida pode ou não ser proferida. O pedido constante da ação determina o objeto litigioso do processo.²⁶¹

Também Arthur Nikisch teria se orientado nesse sentido²⁶², assim como Blomeyer.²⁶³

²⁵⁷ A distinção conforme a posição do direito material teria sido fruto dos estudos de Schwab, como leciona José Rogério Cruz e Tucci (*A Causa Petendi no Processo Civil*, op. cit., p. 93 e ss).

²⁵⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A Causa Petendi no Processo Civil*, op. cit., p. 80.

²⁵⁹ “Para Lent, o objeto do litígio é a afirmação (*Behauptung*) de um direito ou de uma relação jurídica. Ora se a afirmação de direito constrói o cerne do objeto litigioso, diz Lent, então deve-se concluir que o objeto do litígio não é um direito realmente existente, mas tão só um direito afirmado” (CRESCI SOBRINHO, Elício de. Objeto litigioso - de Lent a Habscheid e Jauernig (breve estudo em homenagem a jacy de assis). *Revista Brasileira de Direito Processual.*, Uberaba, forense, 1979. v.19, p.55-62, p. 60). No mesmo sentido, com mais profundidade, no mesmo autor: *Objeto Litigioso no Processo Civil*. Porto Alegre: SAFE, 2008, p 31.

²⁶⁰ Ainda sobre esse tema, Renato Montans de Sá: “Dessa forma, como meio de criar uma harmonização aduzindo que o objeto litigioso é somente a afirmação deste direito, tem como ponto fundamental estabelecer que o conteúdo da pretensão será verificado com dados obtidos do direito substancial. Na medida em que ocorra a dedução do direito em juízo, a causa terá por escopo verificar se este direito existe ou não.” (*Causa de pedir*, op. cit.)

²⁶¹ BUZOID, Alfredo. *Da lide: estudo sobre o objeto litigioso*, op. cit., p. 100.

²⁶² CRESCI SOBRINHO, Elício de. *Objeto Litigioso no Processo Civil*. Porto Alegre: SAFE, 2008, pp. 21-22. E ainda: “a afirmação jurídica é individuada apenas se o autor expuser o *Lebensvorgang* sobre o qual se funda a consequência jurídica deduzida”. Por sua vez, o *Lebensvorgang* nada mais seria do que o

b) A pretensão processual como expressão do pedido do autor: essa segunda corrente surge justamente no ápice da autonomia da ciência do processo, que foi paulatinamente buscando repudiar/filtrar as categorias de direito material de seus institutos.

Karl Heinz Schwab foi o ícone dessa tese. Na sua compreensão, o objeto litigioso deveria ficar afastado da situação de direito material, relevando-se o aspecto processual.²⁶⁴ Além disso, para Schwab, o objeto litigioso seria delimitado exclusivamente pela solicitação do autor, ou seja, pelo pedido, todavia, pedido devidamente interpretado.²⁶⁵ Não é à toa que José Rogério Cruz e Tucci irá apontar: “em apertada síntese, que o objeto da lide é ‘o pleito (*begehren*) da decisão jurisdicional descrita no *petitum*’ (*Streitgegenstand ist das begehren der im klageantrag bezeichneten entscheidung*)” na teoria de Schwab.^{266 267}

Então, define-se o objeto litigioso pelo pedido, de modo que o fato constitutivo resta estranho à individuação do objeto litigioso, razão pela qual o direito material não determina o objeto do processo em Schwab.²⁶⁸ Mas, e aqui surgem críticas a este posicionamento, na lição de Schwab os fatos teriam algum valor, sim, mas em outro momento, qual seja o da definição do resultado da demanda. Assim, para determinar o objeto, a extensão, o conteúdo, da decisão, muitas vezes será necessário mirar os olhos

fato constitutivo da afirmação, com que, nesse autor, necessária a afirmação jurídica e seu fundamento fático. Vale lembrar que o mesmo não se aplicaria aos direitos reais e outros direitos absolutos, cujo fundamento de fato seria dispensado (TUCCI, José Rogério Cruz e. *A Causa Petendi no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 82).

²⁶³ O pedido da ação é o objeto do processo sobre o ponto de vista processual (que conduz ao exame dos pressupostos processuais e da própria admissibilidade do processo); os efeitos jurídicos pretendidos seria o objeto no sentido material (que conduz à coisa julgada). BUZUID, Alfredo. *Da lide: estudo sobre o objeto litigioso*, op. cit., pp. 103-104.

²⁶⁴ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretension procesal y la tutela judicial efectiva: Hacia una teoria procesal del derecho*, op. cit., p. 130

²⁶⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Limites objetivos da coisa julgada no direito brasileiro atual*. In: *Sentença e coisa julgada: ensaios*. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 167.

²⁶⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A Causa Petendi no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 85.

²⁶⁷ “Segundo Schwab, o direito material, no processo, tem função de um ponto de vista jurídico, um critério jurídico; não é o objeto litigioso a pretensão material. O direito material não é o objeto do litígio, nem seu conteúdo (*nicht den Inhalt des Streitgegenstand*). O pedido (= *Antrag*) do autor contém a solicitação (= *Begehren*) de uma determinada decisão judicial (= *einer bestimmten gerichtlichen Entscheidung*). A enunciação dos fatos (a narrativa), os acontecimentos da vida, ao lado do pedido, não são partes do objeto litigioso” (CRESCI SOBRINHO, Elício de. *Objeto Litigioso no Processo Civil*, op. cit., p. 120).

²⁶⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretension procesal y la tutela judicial efectiva: Hacia una teoria procesal del derecho*, op. cit., p. 130.

justamente para a situação concreta, o “estado de coisas”, que abrangeria “fatos relações jurídicas deduzidas ou deduzíveis”.²⁶⁹

Dáí resulta que, na teoria do citado alemão, a causa de pedir (no seu aspecto que diz respeito à situação concreta condutora das consequências jurídicas) não é elemento individualizador da demanda, mas é elemento delimitador da extensão da coisa julgada, o que incorre em séria contradição.²⁷⁰

Em outras palavras, o objeto litigioso decorre do pedido do autor (*antrag*, no alemão); não faria parte do objeto litigioso o fundamento do pedido (*klagegrund*). O pedido seria o elemento individualizador do objeto litigioso, dispensado o auxílio factual.^{271 272}

Também Rosenberg seguiu essa forma de compreender a relação processual. Rosenberg escrevera antes de Schwab, e, muito embora defendesse que o autor não poderia deixar ao encargo do juiz os fatos e as consequências jurídicas para a procedência do pedido, advogava que apenas o pedido constituiria o objeto litigioso do processo. Os fatos não estariam aí circunscritos.²⁷³

Deve ser destacado que, por força das teorias italianas, notadamente devido a Liebman, que se conformava com Schwab, diversos autores brasileiros seguiram esse ponto de vista.²⁷⁴

²⁶⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Limites objetivos da coisa julgada no direito brasileiro atual*. In: *Sentença e coisa julgada: ensaios*. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 167.

²⁷⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A Causa Petendi no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 86-7. Na realidade, isto deve ficar claro, a crítica apontada advém da doutrina italiana encabeçada por Giuseppe Tarzia: *Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno all'oggetto del processo*, *Jus – Rivista di scienze giuridiche*, 1956; também: *Problemi del processo civile di cognizione*, Padova cedam, 1989.

²⁷¹ CRESCI SOBRINHO, Elício de. *Objeto Litigioso no Processo Civil*, op. cit., p. 106.

²⁷² “O cerne teórico de Schwab está na concepção do objeto litigioso enquanto conclusão a ser feita pelo autor e expressa no *pedido*; os fatos fundamentadores do pedido saíam fora, ficariam à margem, desobstruindo o objeto litigioso. No entanto, nos casos *duvidosos*, a respeito de pedidos contidos em dois processos diferentes, os fatos poderiam auxiliar na distinção das conclusões; em relação à sentença, contudo, Schwab volta aos fatos. Isto pode ser aferido quando Schwab, no § 15 da monografia, fala em “efeito de exclusão” (*die Ausschlusswirkung*) A pergunta inaugurando o § 15, na famosa tese de Schwab, sinaliza para a evidente importância atribuída aos fatos, agora, interessando à sentença e à coisa julgada” (CRESCI SOBRINHO, Elício de. *Objeto Litigioso no Processo Civil*, op. cit., p. 106).

²⁷³ Assim: “A discordância inicial formulada por *Nikisch*, em relação a *Rosenberg* (dava importância ao pedido), tornou-se praticamente vencedora, perante seu respeitável opositor, pois *Rosenberg*, na quarta edição (Tratado), alterando opiniões, agasalhou a ideia: afinal, também o objeto litigioso era afirmação jurídica (direito) do autor tornada como pretensão. A questão, talvez simples aparentemente, ao lado diferentes soluções no direito positivo, volta a ser: para aqueles teóricos vinculados ao pedido, objeto da pretensão (*Anspruchsgegenstand*) tem sua direção (*Richtung*) voltada para o juiz (*Richter*), portanto aparece com superior peso publicístico, pois cumpre ao Estado atendê-lo.” (CRESCI SOBRINHO, Elício de. *Objeto Litigioso no Processo Civil*, op. cit., p. 64-65).

²⁷⁴ Dentre eles Ovídio Baptista da Silva (*Limites objetivos da coisa julgada no direito brasileiro atual*, op. cit., p. 168).

c) A pretensão processual como expressão do pedido e da causa de pedir do autor:

por fim, a terceira corrente é aquela que reassume a relevância do direito material às categorias processuais. Atrela-se, pois, a uma visão voltada à realidade substancial, congregando pedido e causa de pedir como diferentes perspectivas do direito substancial afirmado.²⁷⁵

Habscheid foi quem defendeu essa postura ao atrelar ao objeto litigioso do processo não só o pedido, mas também a causa de pedir. Buscou, portanto, uma processualização do objeto litigioso.²⁷⁶ Para tanto, diferenciou três posições (teorias) acerca da pretensão processual: 1) teoria material; 2) teoria processual; 3) teoria intermediária. Também o mesmo autor: “Crítico a visão estritamente atrelada da ação ao direito material, atestando que até no direito romano a ação tinha uma conotação processual, afinal, mesmo quando o direito material não previsse ação, poderia surgir a *actio in factum concepta*”.²⁷⁷

Para esta teoria, o objeto litigioso seria formado por dois elementos centrais: (1) a pretensão, que compreenderia o direito substancial e o direito processual e (2) o estado de fato que daria base para a pretensão (=direito substancial).²⁷⁸ A constatação de Habscheid parte da ideia de que causas de pedir distintas ensejariam diferentes ações e diferentes consequências jurídicas, razão pela qual a pretensão processual (=objeto litigioso) seria composta pela afirmação do autor (pretensão) e pelo fato da vida (fundamento da pretensão).²⁷⁹

No pano de fundo dessa discussão estaria a postura pela individualização e pela substanciação das demandas. Para Schwab (individualização), os fatos seriam dispensáveis (mas necessários à interpretação da pretensão) e para Habscheid

²⁷⁵ É nesse sentido a lição de Mandrioli: “Petitum e causa petendi, dunque, non sono, essi stessi, che angolazioni o prospettive del diritto sostanziale affermato, il quale é il vero e solo oggetto del processo, fermo peraltro restando che questo oggetto non si individua se non tenendo conto di entrambe le angolazioni” (MANDRIOLI, Crisanto. Riflessioni in tema di petitum e di causa petendi. *Rivista Di Diritto Processuale*, Padova, v. 39, n. 3, p. 465-480, 1984, p. 474).

²⁷⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretension procesal y la tutela judicial efectiva: Hacia una teoria procesal del derecho*, op. cit., p. 130.

²⁷⁷ BUZAID, Alfredo. Da lide: estudo sobre o objeto litigioso. In: Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 198.

²⁷⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretension procesal y la tutela judicial efectiva: Hacia una teoria procesal del derecho*, op. cit., p. 131.

²⁷⁹ LEONEL, Ricardo de Barros. *Objeto litigioso do processo e o princípio do duplo grau de jurisdição*. In: *Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil*. TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 361.

(substanciação) seriam essenciais.²⁸⁰ É de se notar a relevância do tema noutros institutos:

Esta teoria tem igualmente estrita relação com a eficácia preclusiva da coisa julgada, pois mesmo os fatos não invocados na primeira demanda (mas integrantes do seu estado de fato) ficam impedidas de análise na segunda.²⁸¹

A grande maioria da doutrina brasileira aponta que seria essa a teoria acobertada em nosso ordenamento jurídico.²⁸²

3.1.3 Objeto litigioso na doutrina italiana

Na doutrina italiana, o vocábulo “objeto litigioso” não era empregado. Isto não significa, entretanto, o descaso quanto ao estudo do conteúdo do processo; muito pelo contrário. Sucede que, por razões de fontes e métodos de estudo, o enfoque do direito italiano seguiu outra vereda. Para os italianos, a discussão sempre foi mais centrada na problemática em torno do conceito de “ação” e de seu conteúdo. Posteriormente, a discussão se estendeu para o campo da “lide” e do “mérito” (Carnelutti e Liebman). Vejamos, entretanto, como a doutrina italiana debruçou sobre o conteúdo (objeto litigioso) do processo e os seus reflexos na causa de pedir.

Chiovenda defendeu a ação como direito autônomo. Sofreu, assim, grande influência de Wach e de Windscheid.²⁸³ Para Chiovenda, a demanda seria o elemento de transposição da ação para o plano processual. Por sua vez, a causa de pedir conteria os elementos mínimos para a identificação da demanda.²⁸⁴

²⁸⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A Causa Petendi no Processo Civil*, op. cit., p. 88. Ainda: “Interessante, ainda, ressaltar, com Habscheid, que a qualificação jurídica levada a cabo pelo juiz, ou seja, aquela ‘conclusão-síntese’ representada na sentença, compreende o estado de fato invocado pelo autor. E, com base em idêntico estado de fato, não pode ser fundada qualquer outra pretensão. Assim, também por força da autoridade da coisa julgada, resta ainda preclusa a reposição dos fatos não invocados explicitamente, quando integrantes ao estado de fato objeto do juízo” (idem, p. 89).

²⁸¹ MONTANS DE SÁ, Renato. *Causa de pedir*, op. cit.

²⁸² Apenas para exemplificar: TUCCI, José Rogério Cruz e. *A Causa Petendi no Processo Civil*, op. cit., p. 90; MONTANS DE SÁ, Renato. *Causa de pedir*, op. cit.; LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*, op. cit., p. 104.

²⁸³ CHIOVENDA, Giuseppe. *L'azione nel sistema dei diritti*. In: *Saggi di diritto processuale civile: 1894 - 1937*. 1. ed. v. 1. Milano: Dott A. Giuffrè, 1993, p. 13.

²⁸⁴ CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. *Conteúdo da causa de pedir e proposta de aplicação dessa categoria ao recurso extraordinário: um exame crítico*. In: *Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil*. Tucci, José Rogério Cruz e (Coord). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 238.

Chiovenda defendeu, em célebre estudo, que a ação seria um direito de natureza postestativa (“anzi è il diritto potestativo per eccellenza”²⁸⁵), por meio do qual se realizada, no caso concreto, a vontade da lei:

Esiste dunque nel privato « il potere giuridico di renderé incondizionato la volontà della legge rispetto alla sua attuazione » o in altri termini « il potere giuridico di porre in essere la condizione per l'attuazione della volontà della legge ». Questo e non altro intendiamo esser l'azione ; onde subito appare che l'azione per la sua natura non presuppone necessariamente un diritto subbietivo da difendere, come nel caso sopra immaginato, ma esiste ogni qual volta la volontà del privato si trovi nel detto rapporto colla volontà collettiva.²⁸⁶

Noutras palavras (jamais empregadas por Chiovenda), o objeto litigioso do processo (conteúdo) estaria na demanda (dentro dela; carregado por ela), através da ação. Visualizava, portanto, o problema a partir da ação e da identidade de ações.²⁸⁷

Neste particular, a demanda deveria conter os clássicos elementos há muito já esboçados no direito romano (*tre eadem res*): *le parti, la causa petendi ed il petitum*, de modo que ao critério tripartito deveria ser conferida a dignidade de princípio universalmente válido no processo.²⁸⁸

Foi, entretanto, com as lições de Carnelutti, que o estudo da ação foi aprimorado. Na sua lição, o objeto litigioso do processo é a lide, conceituada como: “il conflitto di interessi qualificato dalla pretesa di uno degli interessati e dalla resistenza dell'altro”.²⁸⁹

Não há também que se confundir a lide com a relação jurídica. Quanto ao objeto, ambas são idênticas, mas quanto ao elemento formal são diametralmente opostas: “há relação jurídica, porque o conflito de interesse é composto em uma coordenação de vontade; há lide, enquanto, ao invés, o conflito se resolve num contraste de vontade”.²⁹⁰

A lide nasce do conflito de interesses; primeiro há conflito, então há lide; mas a lide é determinada pelo comportamento das partes: quando uma possui pretensão e a outra resiste a esta pretensão, há lide. Mas, para Carnelutti, a pretensão da parte pode não significar a existência de direito, de modo que a pretensão mais se aproximaria de

²⁸⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *L'azione nel sistema dei diritti*, op. cit., p. 23.

²⁸⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *L'azione nel sistema dei diritti*, op. cit., p. 06.

²⁸⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Identificazione delle azioni. Sulla regola “ne eat iudex ultra petita partium”*. In: *Saggi di diritto processuale civile: 1894 - 1937*. 1. ed. v. 1. Milano: Dott A. Giuffrè, 1993, p. 159.

²⁸⁸ GRASSO, Eduardo. La regola della corrispondenza tra Il chiesto e Il pronunciato e Le nullità da ultra e da extrapetizione, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 3, 1965, pp. 387-429, p. 388.

²⁸⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1936, v.1, p. 40.

²⁹⁰ BUZAID, Alfredo. *Da lide: estudo sobre o objeto litigioso*, op. cit., p. 120.

uma “opinione del diritto”.²⁹¹ Dessa feita: “É pretensão, tanto a pretensão fundada, como a infundada”.²⁹²

Também o conceito de lide não se confunde com ação; ação é obter do juiz a sentença sobre a lide *que é deduzida no processo*; é a ação que permite “che il giudice sia posto in cospetto del la lite”.²⁹³

Por seu turno, a lide se distingue igualmente do processo. O processo não é a lide, mas a reproduz, ou a representa perante o juiz. A lide não é processo, mas está no processo. Deve estar no processo, se este serve para compô-la. Sem a lide, o processo é como uma tela sem o quadro. A lide é certamente um pressuposto do processo, como a natureza é um pressuposto da pintura que a retrata. Mas é também o objeto dos atos, em que consiste o processo, onde não se poderia conhecer a composição do processo, se não se conhecesse, antes de tudo, o que seja a lide. Por isso, entre lide e processo há uma relação de continente e conteúdo. Ação, processo e lide são, pois, três categorias autônomas.²⁹⁴

E no âmbito da ação, esta pode ser analisada sob três dimensões: seus sujeitos, seu conteúdo e seu modo de exercício.²⁹⁵ O conteúdo da ação (aspecto objetivo) seria a demanda – através dela se permite abordar em juízo a lide.²⁹⁶ Acerca do próprio conteúdo da demanda Carnelutti traz preciosa síntese:

La domanda si scinde così logicamente in due parti: proposizione e richiesta. A sua volta la proposizione si scompone in questi termini. a) affermazione di un interesse del soggetto, cioè, di una posizione di fronte a un bene in conflitto con un interesse altrui; questa si chiama premessa di fatto (della domanda); b) affermazione della protezione di questo interesse ad opera del diritto obbiettivo (che cioè l’interesse é già protetto da una norma material [proc. di accertamento] o deve essere protetto dal giudice con la sentenza [proc. dispositivo]); questa si chiama premessa di diritto.²⁹⁷ (sublinhados no original).

Diversos autores italianos seguiram as linhas gerais traçadas por Chiovenda e Carnelutti.²⁹⁸ Havia dissenso pontual, entretanto, entre os conceitos elaborados por este último e Liebman. Para Liebman, a lide e o processo poderiam ser sobrepostos, já que possuiriam as mesmas dimensões e qualidades, estando apenas em planos jurídicos diversos.²⁹⁹

²⁹¹ CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*, op. cit., p. 299.

²⁹² BUZAIID, Alfredo. *Da lide: estudo sobre o objeto litigioso*, op. cit., p. 121.

²⁹³ CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*. 1º. v. 1. ed. Padova: CEDAM, 1986, p. 168.

²⁹⁴ BUZAIID, Alfredo. *Da lide: estudo sobre o objeto litigioso*, op. cit., p. 121.

²⁹⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*, op. cit., p. 169.

²⁹⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*, op. cit., p. 296.

²⁹⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*, op. cit., pp. 298-299.

²⁹⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A Causa Petendi no Processo Civil*, op. cit., p. 98.

²⁹⁹ BUZAIID, Alfredo. *Da lide: estudo sobre o objeto litigioso*, op. cit., p. 123

Liebman adotava a argumentação de Carnelutti quanto à existência de lide parcial ou lide total. Pela primeira, seria deduzido em juízo somente parcela do conflito; pela segunda, deduzido seria o conflito em sua integralidade. Dessa cisão, conclui-se que o objeto do processo não é o conflito em sua realidade factual, mas aquela faceta apresentada em juízo. Por outro lado:

para a constituição do processo, não é suficiente trazer ao conhecimento judicial a existência desse conflito, para que seja resolvido do modo como o juiz entenda correto. Mais que isso, deve o demandante expor as circunstâncias de fato e outros dados que configuram tal conflito, bem como efetuar o pedido de uma providência que entenda adequada à satisfação de seu interesse. Isso legitima a intervenção do juiz, para examinar a pretensão, reconhecendo sua procedência ou improcedência. O conflito de interesses não ingressa no processo nos exatos moldes em que verificado na vida, mas na medida em que trazido pelo autor em seu pedido.³⁰⁰

Feitas estas considerações, asseverando-se que o conflito de interesses existente entre as partes é a razão de ser do processo, mas não o seu objeto³⁰¹, tem-se na doutrina de Liebman que “a adequação do conceito de lide à realidade do processo, e sua assimilação ao mérito, implicaria compreendê-la como conflito efetivo ou virtual de pedidos contrários, sobre o qual o juiz deve decidir. Com essa conotação ‘processual’ do conceito de lide, passou a admitir a aplicação dessa ideia como sinônimo do mérito ou objeto do processo”.³⁰²

Liebman conclui que a iniciativa do processo cabe ao autor, ele é que propõe o pedido e com isso suscita a lide e fixa o mérito da causa. A atitude do réu é, para esse efeito, sem consequência. O máximo que ele pode fazer é contestar o pedido do autor, sem alterar-lhe os limites; e, por outro lado, a alegação de fatos e questões novas, embora estenda a matéria lógica a ser examinada, não modifica a identidade e os limites do pedido. O réu, suscitando novas questões de fato ou de direito, amplia o objeto do conhecimento do juiz, não, porém, o objeto da decisão.³⁰³

Além disso, Liebman também adotou a teoria da tríplice identidade – meio pelo qual se identifica a ação e, de igual modo, o objeto do processo.³⁰⁴

³⁰⁰ LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006, p. 64.

³⁰¹ BUZUID, Alfredo. *Da lide: estudo sobre o objeto litigioso*, op. cit., p. 124.

³⁰² LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*, op. cit., p. 65.

³⁰³ BUZUID, Alfredo. *Da lide: estudo sobre o objeto litigioso*, op. cit., p. 125.

³⁰⁴ LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*, op. cit., p. 66.

3.1.4 Objeto litigioso na recepção brasileira

O direito brasileiro sofreu e ainda sofre diretamente a influência da doutrina italiana quanto ao trato dos conceitos basilares do Direito Processual Civil³⁰⁵, de modo que o estudo acerca do objeto litigioso do processo é, de regra, analisado a partir dos conceitos de “ação”, “lide” e “mérito”. Ou seja, ainda se privilegiam as estruturas científicas construídas por Carnelutti e Liebman.³⁰⁶

De fato, tão profundas as raízes italianas que a doutrina se orientou (e ainda orienta) por elas. Assim, Arruda Alvim, um dos primeiros autores brasileiros a tratar com profundidade do tema, aceitava a concepção segundo a qual o objeto litigioso do processo seria identificado com a lide.³⁰⁷

No mesmo sentido foi a concepção externada por Sydney Sanches, em estudo já citado. Para o referido autor:

*só uma parte do objeto do processo constitui o objeto litigioso do processo: é o mérito, assim entendido o pedido do autor formulado na inicial ou nas oportunidades em que o ordenamento jurídico lhe permita ampliação ou modificação; o pedido do réu na reconvenção; o pedido do réu formulado na contestação, nas chamadas ações dúplices; o pedido do autor ou do réu nas ações declaratórias incidentais (sobre questões prejudiciais); o pedido do autor ou do réu contra terceiro na denúncia da lide; o pedido do réu no chamamento ao processo; o pedido do terceiro contra autor e réu, formulado na oposição.*³⁰⁸ (com grifos no original)

Candido Rangel Dinamarco igualmente cuidou do tema. Em célebre estudo, se debruçou sobre a questão do objeto litigioso do processo ao analisar o conceito de mérito no processo civil brasileiro. Apontou que no Código de 1973 houve contundente (e expressa) tentativa de equiparar o mérito da causa com a lide.³⁰⁹ Para ele, a demanda *define* o objeto do processo, mas não é *o objeto* do processo:

É ajuizando a demanda que o sujeito traz à presença do juiz a situação a que pretende seja posto reparo e dele postula uma medida capaz de conduzir à solução que, por uma razão ou por outra, não lhe é dado obter pelos próprios meios. E a demanda, narrando fatos, conclui por colocar diante do juiz uma pretensão, veiculada no pedido de emissão

³⁰⁵ LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*, op. cit., p. 80.

³⁰⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Limites objetivos da coisa julgada no direito brasileiro atual*, op. cit., p. 134 e ss.

³⁰⁷ ALVIM, Arruda. *Direito Processual Civil – teoria geral do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, v.2, pp. 39-138.

³⁰⁸ SANCHES, Sydney. *Objeto do processo e objeto litigioso do processo*, op. cit., p. 155-156.

³⁰⁹ Trata-se de evidente influência da doutrina de Liebman no Código de Processo Civil de 1973.

de um provimento jurisdicional de determinada ordem, com o conteúdo que indica e referente ao bem da vida especificado (além, naturalmente, de identificar os sujeitos a serem envolvidos na imperatividade do provimento). A pretensão a obter o bem da vida, ou a chegar à situação jurídica descrita, recebe com isso um tratamento compatível com o processo e com o exercício da ação e da jurisdição, apresentando-se em primeiro lugar como pretensão ao provimento postulado (cognitivo, executivo, cautelar; na primeira hipótese, será meramente declaratório, condenatório, constitutivo ou, para quem aceita essa categoria, mandamental); só num segundo momento lógico é que ela se manifesta como pretensão ao bem da vida descrito ou à nova situação jurídica material, propondo-se o demandante a chegar a ela mediante os bons ofícios que o juiz lhe dispensará mediante o provimento postulado.³¹⁰

Aliás, na sua perspectiva, que aceita a identidade entre objeto litigioso do processo e mérito (mas não com o conceito de lide de Carnelutti ou Buzaid), três seriam as posições fundamentais a apontar o conteúdo do mérito: a) relacionando mérito às questões postas pela demanda (aqui compreendida como *pedido*); b) relacionando o mérito às situações externas ao processo veiculadas através da demanda; c) equiparando mérito e lide.³¹¹

Quanto à primeira postura (a), deve ser refutada, pois o juiz se debruça, resolve, uma série de questões para, após, apresentar a solução ao caso concreto através da procedência ou improcedência do pedido. Por este motivo: “Quando o juiz diz ‘isto posto, julgo procedente a ação e condeno o réu [...]’, ele não está decidindo questão, ou questões: já as havendo decidido todas, agora ele está chegando à essência de sua função e dando o arremate de seu serviço jurisdicional, julgando a causa, a pretensão, o mérito, ou (para Carnelutti) compondo a lide”.³¹²

Quanto à segunda postura (b), o autor afirma que se deve ter cautela quanto ao conteúdo propriamente da situação externa apresentada no processo, pois, frequentemente são utilizados termos impróprios como “relação jurídica controvertida”, e nem sempre haverá controvérsia para que haja demanda e, ao fim, julgamento de mérito.³¹³

Por fim, a terceira perspectiva (c), que equipara lide e mérito, também deve ser, para Dinamarco, repudiada e o próprio “pólo metodológico” criado por Carnelutti em

³¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. In: *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, v.1, p. 236.

³¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *O conceito de mérito em processo civil*, op. cit., p. 239.

³¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *O conceito de mérito em processo civil*, op. cit., p. 242.

³¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *O conceito de mérito em processo civil*, op. cit., p. 248.

torno da lide é incapaz de explicar uma série de fenômenos processuais. Assim, a lide é mais critério sociológico do que propriamente jurídico.

Feitas tais considerações, o mentor da instrumentalidade processual se alinhava com a doutrina alemã, repudiando a visão italiana em torno da ação e reconhecendo como mais adequada à estrutura processual a ideia de pretensão no seu viés processual. A pretensão (processual) é o mérito do processo, o seu objeto, “de modo que prover sobre este significa estabelecer um preceito concreto em relação à situação trazida de fora do processo”.³¹⁴ Então, após criticar a postura de Schwab, Dinamarco arremata com a seguinte conclusão:

O material sobre o qual o juiz e partes desenvolverão suas atividades processuais é o pedido dessa tutela jurisdicional. Quando o processo terminar, sendo acolhida a pretensão, alguma situação nova se implantará na vida dos litigantes — e essa inovação, visada pelo sujeito que viera a juízo demandar, é o resultado útil do processo. Daí a utilidade da tomada de consciência de que existe um eixo sistemático ligando o pedido ao *decisum*, entendendo-se que este nada mais é que uma resposta positiva ou negativa àquele. Os fundamentos do pedido, tanto quanto os da sentença, não passam de mero apoio lógico legitimador de um e de outra, mas o processo não é instaurado nem se realiza com o objetivo de obter o pronunciamento do juiz sobre as questões de fato e de direito suscitadas no processo. O objeto das atividades de uns e de outro é, portanto, o pedido, por ser ele, como dito, o material que dá razão de ser ao próprio processo e em torno do qual girarão todas as atividades processuais.³¹⁵

Dinamarco se aproxima da doutrina alemã. Assim também o faz Alexandre Freitas Câmara, que aceita na pretensão processual o mérito da causa e, portanto, o objeto litigioso do processo, negando, a seu turno, a corrente que veria na pretensão de direito material o objeto do processo:

Não há processo sem pretensão, eis que o oferecimento de uma demanda é um ônus, o que significa dizer que a propositura da ação é ato que manifesta a intenção do demandante de que seu interesse prevaleça sobre o do demandado. Não há processo sem pretensão. O que pode haver é processo sem lide, bastando para tal que à pretensão do demandante não ofereça o demandado nenhuma resistência. Pretensão, como já afirmado, é a intenção de submissão de interesse alheio interesse próprio. Em todo processo há a manifestação de uma pretensão processual, eis que o demandante afirma sempre sua intenção que lhe seja favorável o provimento final - sentença definitiva no processo de conhecimento, satisfação do crédito no

³¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *O conceito de mérito em processo civil*, op. cit., p. 255.

³¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *O conceito de mérito em processo civil*, op. cit., p. 275.

processo de execução, medida cautelar no processo desta natureza. Assim sendo, em todo processo há mérito.³¹⁶

O objeto litigioso do processo mereceu destaque também na pena de Darci Guimarães Ribeiro que, ainda sob o enfoque da pretensão processual, explicitou as diferenças entre o direito material e o direito processual.

Darci Guimarães Ribeiro faz percuciente estudo do objeto do processo ao estudar a efetividade da tutela judicial e o papel da pretensão processual para o Direito Processual. Para ele, a pretensão processual é o objeto (litigioso) do processo, o mérito da causa, o *thema decidendum*. Todas as expressões são sinônimas.³¹⁷ Não há que se confundir, entretanto, pretensão processual, ação processual, pretensão à tutela jurídica e demanda. Todos estes conceitos são distintos e a distinção é relevante.

Pretensão à tutela jurídica, aderindo à posição de Pontes de Miranda, deve ser considerada, para o citado autor, como o poder de exigir do Estado a realização de uma prestação positiva, já que o ordenamento jurídico veda a autotutela, inclusive considerando crime o uso arbitrário das próprias razões.³¹⁸ A pretensão à tutela jurídica tem caráter pré-processual, que não se confunde com o seu exercício (é exigir e não agir).³¹⁹

A seu turno, seguindo esse entendimento, a ação processual é o direito público e subjetivo imediato de exercer contra o Estado a pretensão à tutela jurídica.³²⁰ Ou seja, é a sua face dinâmica.³²¹ Nesta linha de ideias, aponta que:

La acción procesal, ontológicamente habiando, sólo existe cuando esta en ejercicio, en acto, esto es, sólo cuando se realiza efectivamente el derecho de ejercer contra el Estado la pretensión a la tutela jurídica, de ahí que solo imaginarse cuando en movimiento, no siendo posible decir que es anterior al proceso, porque anterior al proceso es precisamente el poder de exigir que caracteriza la pretensión a la tutela jurídica y no el derecho de ejercerla. Tanto es así que el derecho de accionar solo es <subjetivado> cuando el ciudadano efectivamente ejercita la pretensión a la tutela jurídica, no siendo posible hablar: antes del ejercicio, de un derecho subjetivo de acción, como máximo habrá un derecho público de acción. Los autores que no hacen la

³¹⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Objeto da cognição no processo civil*. In: *Escritos de direito processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, pp. 83-84.

³¹⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretension procesal y la tutela judicial efectiva: Hacia una teoria procesal del derecho*. Barcelona: J.M. Bosch, 2004, p. 132 e 135.

³¹⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Acesso aos tribunais como pretensão à tutela jurídica*. In: *Da tutela jurisdiccional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 43.

³¹⁹ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretension procesal y la tutela judicial efectiva: Hacia una teoria procesal del derecho*, op. cit., p. 83.

³²⁰ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Acesso aos tribunais como pretensão à tutela jurídica*, op. cit., p. 45.

³²¹ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretension procesal y la tutela judicial efectiva: Hacia una teoria procesal del derecho*, op. cit., p. 87.

distinción entre estos dos momentos tienden a decir que la acción procesal no interesa al derecho procesal sino al constitucional.³²²

A finalidade da ação processual é dar vida à pretensão processual. Através da ação processual nasce uma nova relação jurídica, agora de natureza processual e que se distingue da relação material.³²³ Por esta razão: “el objeto de la relación procesal es inmediato y tiene como fin la prestación jurisdiccional, el objeto de la relación material es mediato y tiene como fin la realización del bien de la vida”.³²⁴ Mais do que isso, a ação processual surge como causa legitimadora da pretensão processual.³²⁵

A seu turno, a ação processual se exercita através da demanda. A demanda é o primeiro ato do processo, dando origem à relação processual. É o ato realizado pelo demandante para dar início ao processo e, normalmente, conterà dentro de si a pretensão processual. Por esta razão, são institutos que “son totalmente distintos entre si”.³²⁶

Por outro lado, muito embora seja fruto da ação processual, a pretensão processual representa, no plano processual, o espelhamento da ação material, de modo que o exercício da ação processual (através da demanda, dando gênese à pretensão processual) transporta para o processo a ação material, “jurisdiccionalizándola”.³²⁷

Ainda na visão deste processualista, cujo estudo remonta às pesquisas de doutoramento na Universidade de Barcelona, o objeto do processo tem a sua natureza jurídica identificada com o conteúdo do processo, com a matéria litigiosa, não se confundido com a série de questões debatidas durante o processo.³²⁸ Assim, após analisar as principais teorias em torno do problema, aponta que a pretensão processual nada mais é do que a declaração de vontade feita pelo autor através de uma petição fundamentada para a obtenção de uma sentença³²⁹, destacando que o conteúdo dessa

³²² RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretension procesal y la tutela judicial efectiva: Hacia una teoria procesal del derecho*, op. cit., p. 93.

³²³ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretension procesal y la tutela judicial efectiva: Hacia una teoria procesal del derecho*, op. cit., pp. 96-97.

³²⁴ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretension procesal y la tutela judicial efectiva: Hacia una teoria procesal del derecho*, op. cit., p. 97.

³²⁵ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretension procesal y la tutela judicial efectiva: Hacia una teoria procesal del derecho*, op. cit., p. 118.

³²⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretension procesal y la tutela judicial efectiva: Hacia una teoria procesal del derecho*, op. cit., p. 122.

³²⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretension procesal y la tutela judicial efectiva: Hacia una teoria procesal del derecho*, op. cit., pp. 124-125.

³²⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretension procesal y la tutela judicial efectiva: Hacia una teoria procesal del derecho*, op. cit., p.128.

³²⁹ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretension procesal y la tutela judicial efectiva: Hacia una teoria procesal del derecho*, op. cit., p. 132.

pretensão, a forma de individualizá-la passa, necessariamente pela conjugação do pedido e da causa de pedir:

Con base en la distinción que hicimos entre objeto del proceso y objeto del debate, podemos identificar correctamente cada uno de ellos. Para singularizar el objeto del proceso bastan dos elementos: el elemento objetivo, *petitum* (*Antrag*) y el elemento causal, *causa petendi* (*Sachverhalt*), puesto que el núcleo en torno al cual giran todas las actividades de las partes constituye la petición fundada (a saber, '*meritum causae*', fondo) presentada por el actor, esto es, el *thema decidendum*. En cambio, para individualizar el objeto del debate son necesarios tres elementos: el elemento subjetivo, actor y demandado; el elemento objetivo, *petitum*; y el elemento causal, *causa petendi*, ya que, en virtud de una visión completa del principio dispositivo que engloba tanto la pretensión procesal del actor como las excepciones del demandado, el núcleo en torno al que giran las actividades de las partes constituye el análisis de todas las cuestiones relativas al fondo, e. g., cuestiones previas (presupuestos y requisitos procesales), cuestiones incidentales, condiciones de la acción, excepciones, entre otras. En consecuencia, el objeto de la cognición judicial es más amplio que el objeto del proceso. Para finalizar, debemos destacar que mientras el objeto del proceso es resuelto en la parte dispositiva de la sentencia, el objeto del debate es solventado en la motivación de la sentencia, por lo que, sobre el objeto del proceso pesa la fuerza de la cosa juzgada material, mientras que sobre las citadas 'cuestiones relativas al fondo' solamente la fuerza de la cosa juzgada formal.³³⁰

Conclui o autor, como se percebe, que o objeto do processo possui sentido mais restrito do que o objeto da cognição judicial – que abarca uma série de outras questões além da questão principal. A questão principal, sim, seria o *thema decidendum*, o objeto do processo.

3.1.5 Considerações conclusivas

Como não se pretendeu um exaurimento da matéria, mas tão somente se buscaram os subsídios para um estudo do conteúdo epistemológico da causa de pedir, não é possível aferir qual o “método” mais adequado para estabelecer a melhor compreensão em torno do objeto litigioso. Por consagração legislativa, o objeto do processo parece girar em torno da ideia de mérito que, na realidade, é uma construção sobre a *pretensão processual*.

No direito brasileiro, há uma curiosa aproximação entre as doutrinas italiana e alemã e, independentemente dos termos (técnicos) empregados, o que mais merece

³³⁰ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretension procesal y la tutela judicial efectiva: Hacia una teoria procesal del derecho*, op. cit., p. 145.

destaque é que *o objeto do processo transpõe para o plano processual a controvérsia oriunda do direito material* (da relação jurídica material) e, portanto, ela deve ter relevo na estruturação do processo. Isto significa dizer que não basta considerar apenas o pedido como elemento central do processo (objeto litigioso, pretensão processual, lide, mérito, etc.).

A consagração constitucional do devido processo legal e a busca pela realização do direito material cobram da relação processual uma interpenetração entre relação material e relação processual, de modo que se adere aqui à postura que considera como elemento do objeto litigioso do processo (a pretensão processual) não apenas o pedido, mas também a causa de pedir. Em suma: a causa de pedir é também, ao lado do pedido, elemento caracterizador do objeto litigioso do processo.

Todavia, não sendo viável aferir precisamente qual o conteúdo da pretensão processual (=objeto litigioso do processo; =mérito da causa) sem descortinar o sentido dado à causa de pedir, necessário adentrar na problemática em torno do que se deve compreender com a noção de *causa petendi*.

3.2 Limite conteudístico da causa de pedir à luz da epistemologia jurídico-processual

3.2.1 Introdução

Bem já se viu que a causa de pedir exsurge como “o mais delicado e problemático”³³¹ dos elementos da demanda, desde sua concreção a sua aplicação. Percebe-se, ainda, que sua imbricada relação com o objeto litigioso do processo torna o estudo deveras complexo, posto que se interpenetra com a própria noção (e amplitude da) jurisdição e atravessa o labirinto conceitual da ciência processual em seus mais delicados pontos (ação, lide, mérito, demanda etc.).

Por outro lado, considerando o direito objetivo vigente (art. 282, III, do Código de Processo Civil), aceita-se que a causa de pedir esteja incluída no objeto litigioso do processo. Isto significa dizer que não opera ela somente como ferramenta de delimitação ou identificação do pedido, mas sim como elemento determinante para a definição da demanda.

A apresentação do pedido sempre será lastreada em uma situação da vida. Um fato concreto. Mais: fato concreto juridicamente relevante (que tenha o condão de produzir efeitos jurídicos). Tal pano de fundo – sustentáculo do pedido – constitui a causa de pedir. Cumpre então analisar o seu conteúdo, os elementos que a integram, desde uma perspectiva epistemológica.

3.2.2 O binômio substanciação e individuação na caracterização da causa de pedir. A resistência do sistema jurídico em aceitar a incidibilidade entre fato e norma

A delimitação dos elementos que constituem a demanda (supra 3.1) e que fazem parte da causa de pedir é mais antiga do que o próprio Direito Processual, sendo identificável já no direito romano a partir do dogma da tríplice identidade.³³² Em linhas gerais, com muitas nuances que foram forjadas ao longo do tempo, a doutrina costuma

³³¹ ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*, op. cit., p. 135.

³³² SATTI, Salvatore. *Domanda giudiziale (dir. rom.)* In: CALASSO, Francesco Dir. *Enciclopedia del diritto*. Varese: Giuffrè, 1964, v. 13, p. 807 e ss. Para uma visão romanística do processo civil, inclusive acerca do tema da causa de pedir, consultar o citado artigo, e ainda: BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*. 2. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952; SCIALOJA, Vittorio. *Procedimento civil romano: Ejercicio y defensa de los derechos*. 1. ed. Buenos Aires: EJEJA, 1954.

apontar a existência de duas grandes teorias justificadoras do conteúdo da causa de pedir, seriam elas as teorias da substanciação e da individuação.

Pela teoria da substanciação, seriam elementos integrantes da causa de pedir: (a) a situação de fato que dera origem à relação jurídica afirmada objeto de discussão no processo e (b) essa própria relação jurídica (que nada mais é do que o enquadramento do fato à previsão abstrata, “contida no ordenamento de direito positivo, e do qual decorre a juridicidade daquela e, em imediata sequência, a materialização, no pedido, da consequência jurídica alvitada pelo autor”³³³). Assim, a causa de pedir, para a teoria da substanciação é formada pelos fatos afirmados pelo autor e também pela *atribuição jurídica* desses fatos afirmada pelo autor. São dois os elementos.

Ponto que merece destaque é que a atribuição jurídica, ou enquadramento jurídico, não equivale à fundamentação jurídica do pedido. Longe disso, o resultado pretendido, ou seja, as *consequências jurídicas* efetivamente atribuídas ao fato já enquadrado dependem exclusivamente daquilo que é informado pelo próprio ordenamento jurídico e pelo que é pedido pelo autor. Caberá ao juiz essa atribuição de efeitos através da sentença. Portanto, nem consequências jurídicas, nem fundamentos jurídicos integram a causa de pedir, mesmo na teoria da substanciação.

Existe, portanto, desacerto, plenamente justificável em virtude do distanciamento histórico com as origens da celeuma entre substanciação e individuação, como adiante se demonstrará, nos autores que advogam ser a causa de pedir composta pelos fatos e pelos “fundamentos jurídicos”.³³⁴ Aliás, na teoria da individuação, seria relevante apenas este último.

Pela teoria da individuação, de outra banda, seria elemento integrante da causa de pedir tão somente a relação jurídica afirmada pelo autor, sendo irrelevante para a delimitação do objeto litigioso do processo os fatos que serviriam de fundamento para essa relação. Afastam-se os fatos, fica-se apenas com a artificialidade do mundo jurídico-processual. A causa de pedir, aqui, possui apenas um elemento.

São estas as distintas teorias. Entretanto, e isto precisa ficar claro, a divisão não foi alçada à integralidade das relações processuais. Ela apenas tinha razão de ser nos direitos cujo título de aquisição permitira o repúdio de toda e qualquer outra argumentação fática. Notadamente, nos direitos absolutos. No âmbito dos direitos

³³³ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A Causa Petendi no Processo Civil*, op. cit., p. 128

³³⁴ Incorrendo nesse equívoco: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v.1, p. 113.

relativos sempre foi aceita a necessidade de se reportar aos elementos concretos e constitutivos da relação jurídica afirmada.³³⁵

Nesse particular, vai bem a lição de Fairen Guillen, que remonta o problema do crescimento da individualização ao direito saxônico da era medieval, influenciando as futuras codificações germânicas.³³⁶

Essa distinção teórica deveu-se, também, às limitações quanto à alteração da demanda após a propositura da ação.³³⁷ Seria possível alterar, após a apresentação da pretensão em juízo, os seus fatos constitutivos, ou a própria relação jurídica afirmada? Sob a perspectiva das teorias em estudo, ao se aceitar a teoria da individualização como dogma, então poderia a parte, em um segundo momento processual, apresentar novos fatos constitutivos do seu direito sem que assim houvesse modificação da demanda.

É por esta razão que tanto a teoria da individualização, como a teoria da substanciação são, de praxe, estudadas sob o prisma da regra da eventualidade.³³⁸

De outro lado, Zanzucchi teria sido um dos primeiros juristas italianos a combater a teoria da individualização. Para ele, não deveria ser feita qualquer distinção entre direitos reais e direitos obrigacionais, tanto que: “com relação a ambos a razão da pretensão não é especificada pela simples enunciação do direito. Tem-se a especificação apenas quando é indicado o fato do qual emergiu o direito, o fato não em abstrato, mas em concreto”.³³⁹ Assim, ao individuar a causa petendi, necessário revelar também o fato pelo qual o direito afeta determinada pessoa, não apenas um fato abstrato, mas a situação concreta havida (a compra, o depósito, a venda etc.).³⁴⁰

É bem de ver, pois, que para a teoria da substanciação, a causa de pedir, inclusive no que tange aos direitos absolutos, corresponde ao fato gerador do direito. Afloram diferentes as demandas sempre que diversificado for o fato constitutivo invocado (diverso como acontecimento concreto). Daqui provém – como lembra Luso Soares –

³³⁵ “Pero la diferenciación moderna entre ambas la marca el que sea exigible (substanciación) o no (individualización) la indicación del título de adquisición del derecho vulnerado en cuanto que se trate de demandas por razón de pretensiones reales; si se trata de pretensiones de prestación, también según la doctrina de la individualización, debe aportarse en la demanda el fundamento (título) del derecho alegado. Es esta una premisa básica del estudio histórico de ambas doctrinas (...)” (FAIREN GUILLEN, Victor. *La transformación de la demanda en el proceso civil*. Santiago De Compostela: Porto, 1949, p. 25).

³³⁶ “La base histórica de esta doctrina se encuentra en el Derecho sajón, en el cual la necesidad de articular los libelos de demanda estaba expresamente excluída” (FAIREN GUILLEN, Victor. *La transformación de la demanda en el proceso civil*, op. cit., p. 59).

³³⁷ No direito germânico do início do século XIX, o sistema de preclusões era rígido, dividido em fases (präklusistadien) (TUCCI, José Rogério Cruz e. *A Causa Petendi no Processo Civil*, op. cit., p. 74).

³³⁸ LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006, p. 119.

³³⁹ A lição aqui referida sobrevém dos comentários ao tema de José Rogério Cruz e TUCCI (*A Causa Petendi no Processo Civil*, op. cit., p. 101).

³⁴⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A Causa Petendi no Processo Civil*, op. cit., p. 102.

a designação de substanciação: ‘o que substancia ou fundamenta a ação (a pretensão), igualmente a individualiza’.³⁴¹

Parece adequada a posição, acima exposta, de José Rogério Cruz e Tucci. Bem colocadas as coisas, nunca houve verdadeiro dissenso, ao menos entre os italianos, quanto à necessidade de inserção dos fatos dentro do objeto do processo.

Para exemplificar com alguns dos juristas italianos. Chiovenda, “obstinado defensor”³⁴² da teoria da individuação, argumentava que a causa petendi deveria estar identificada com a *causa giuridicamente rilevante*, ou seja, aqueles fatos capazes de produzir efeitos jurídicos, *fatto costitutivo di diritti*.³⁴³ Relevantes eram os fatos considerados dentro da esfera da demanda – que inclusive deveria ser examinados sobre cada aspecto jurídico viável.³⁴⁴ A seu turno, Emilio Betti apontava que o pedido e a *ragione* constituíam os dois elementos objetivos da demanda.³⁴⁵ A *ragione* seria a *causa petendi*. Sua concepção, porém, assemelha a *ragione* à relação jurídica, portanto, evidencia a teoria da individualização. Todavia, ao apontar o conteúdo da *ragione*: “A exposição da razão compreende tudo quanto é necessário para individuar o preceito legal no caso concreto (com relação ao fato jurídico respectivo), ou seja, a indicação de todos os elementos indispensáveis a identificar a relação (ou estado) jurídica”.³⁴⁶ Algumas relações, como as de direito real, não necessitariam do apontamento do fato que origina a relação; outras relações demandariam, como as obrigacionais, as de direitos potestativos e as de sucessão hereditária.³⁴⁷ Também Ernesto Heinitz, quando de seus estudos em Florença, se debruçou sobre o tema, considerando que a “causa petendi é e continuará sendo um elemento indispensável para a individuação da demanda e, por isso, constitui tarefa da ciência processual delinear com toda a clareza possível a sua conceituação”.³⁴⁸

Percebe-se certa uniformidade no pensamento dos autores citados. Tanto Chiovenda como Betti aceitavam a necessidade de inserção das situações de fato no âmbito da relação processual. A única diferença é que, para eles, os fatos deveriam ser

³⁴¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A Causa Petendi no Processo Civil*, op. cit., p.103.

³⁴² TUCCI, José Rogério Cruz e. *A Causa Petendi no Processo Civil*, op. cit., p. 92.

³⁴³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Identificazione delle azione. Sulla regola ‘ne eat iudex ultra petita partium’*. In: *Saggi di diritto processuale civile: 1894 - 1937*. 1. ed. v. 1. Milano: Dott A. Giuffrè, 1993, p. 163.

³⁴⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Identificazione delle azione. Sulla regola ‘ne eat iudex ultra petita partium’*, op. cit., p. 167.

³⁴⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A Causa Petendi no Processo Civil*, op. cit., p. 94.

³⁴⁶ Idem, *ibidem*.

³⁴⁷ Idem, *ibidem*.

³⁴⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A Causa Petendi no Processo Civil*, op. cit., p. 96.

transportados para o âmbito do enquadramento fático à norma. Integravam, portanto, o conteúdo jurídico da demanda. O fato, em si, quedava objeto de apreciação judicial de qualquer modo.³⁴⁹ A seu turno, em Betti, os fatos eram inseridos na concepção de *ragione*.

Não é à toa que Fairen Guillen, após estudar as duas posturas, tendo, é claro, como paradigma o direito espanhol, concluiu pela interpenetração das teorias que seriam, na realidade, complementares. Merece, pois, transcrição, apesar de extensa, a esclarecedora passagem de sua obra:

En realidad, las doctrinas de la substanciación y de la individualización no se excluyen; como hemos dicho antes, ambas tienden a conseguir la necesaria individualización del objeto del proceso, si bien tratan de conseguirlo por métodos distintos; la primera lo hace por medio de la diferenciación de los hechos, y la segunda a través de la del derecho.(...)Necesarias pues individualización y substanciación para el proceso, lo único que se discute en realidad es el momento procesal adecuado de hacerlo y el sujeto del proceso por quien deban llevarse a efecto tales labores. Los autores partidarios de una y otra doctrina nunca han olvidado generalmente esta consideración, y ello puede verse en la moderna evolución de ambas. De una parte, la de la individualización ha cambiado a partir de Hellwig y Lent; ya no exige la determinación de la relación jurídica controvertida con su nombre técnico y, además, reconoce que no basta esa simple enunciación de tal relación jurídica; esto es, ha venido a parar a la conclusión de que para individualizar es preciso también alegar hechos. De la otra, no impone ya la doctrina de la substanciación la necesidad de exponer todos los hechos en las demandas, sino solamente los que caracterizan el supuesto de hecho, es decir, lo que Lent llama "principios de individualización". Es evidente que tenía razón Wach al decir que la relación jurídica no es otra cosa que el resultado ideal de los precedentes fácticos que podemos llamar "parte fáctica de la demanda"; por tanto, lo mismo existe el "fundamento de la relación jurídica" (su individualización) cuando se la individualiza expresamente que cuando se procede por desintegración de los hechos. O sea, todo se reduce a que el actor sintetice o no jurídicamente los hechos, de modo que, en vez de enunciarlos simplemente, exprese el "resultado ideal"; es decir, la pretensión jurídica ya individualizada.(...) Así, pues, queda la cuestión aclarada: es preciso, para que pueda recaer una sentencia de fondo, que la cuestión esté fácticamente substanciada y jurídicamente individualizada. Veamos en qué instante debe procederse a cada labor.³⁵⁰

³⁴⁹ Não se pode olvidar, entretanto, que Carnelutti apenas reconhecia a existência da causa de pedir como elemento individualizador da demanda nas relações obrigacionais.

³⁵⁰ FAIREN GUILLEN, Victor. *La transformación de la demanda en el proceso civil*. Santiago De Compostela: Porto, 1949, pp. 71-73.

No direito brasileiro, essa postura intermediária é aceita por diversos autores.³⁵¹ De qualquer forma, deve ficar claro que ainda que se assuma esta postura, não procede o argumento de que a causa de pedir seria formada pelos fundamentos jurídicos derivados dos fatos, mas sim pela sua moldura no ordenamento jurídico, acrescida da própria situação concreta.

Conquanto sejam fortes as vozes pelo reconhecimento da aproximação, o debate segue. Na Itália, Cerino Canova e Crisanto Mandrioli apontam uma classificação preocupada com o próprio direito material tutelado e não apenas orientada pela relação processual, como ocorre com as teorias da substanciação e individuação.

Para Cerino Canova, o conteúdo da demanda poderia ser individualizado a partir do direito deduzido na demanda (*fatto valere*) através de três critérios: “a) individuação através dos sujeitos; b) individuação através do conteúdo do direito; c) individuação através do fato constitutivo”.³⁵² A partir do conteúdo do direito e dos fatos constitutivos, poder-se-iam classificar as demandas em autodeterminadas e heterodeterminadas.

Autodeterminadas seriam as demandas cuja individuação poderia ser realizada pelo conteúdo do direito deduzido. É que para o autor, alguns direitos, por seu conteúdo, são inerentemente irrepetíveis, identificáveis pelo próprio direito e não pelo título de aquisição (tais direitos conteriam todos os títulos possíveis), assim, “a individuação do direito, e da demanda, através do conteúdo e dos sujeitos justifica-se precisamente pela unicidade e irrepetibilidade da mesma situação substancial”³⁵³, como é o caso do direito de propriedade, dos direitos reais de gozo, os direitos de família, os direitos de personalidade, dentre outros.³⁵⁴

Heterodeterminadas seriam as demandas individuadas pelo fato constitutivo do direito, hauridas dos direitos que apenas podem ser individuados pelo seu fato gerador, o que necessariamente incluiria a situação concreta.³⁵⁵

Como já apontado, entretanto, não há mais justificativa para a manutenção da distinção entre as teorias da substanciação e da individuação.³⁵⁶ À argumentação já

³⁵¹ Por exemplo: ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*, op. cit., p. 139.

³⁵² TUCCI, José Rogério Cruz e. *A Causa Petendi no Processo Civil*, op. cit., p. 99.

³⁵³ Idem, *ibidem*.

³⁵⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A Causa Petendi no Processo Civil*, op. cit., p. 100.

³⁵⁵ Idem, *ibidem*.

³⁵⁶ Como referido anteriormente, a grande celeuma entre as teorias parece residir nos equívocos oriundos dos primeiros estudos acerca da autonomia do direito processual e nas inúmeras categorias do direito civil que foram mal importadas para o conteúdo da demanda. Acrescente-se a isso a função da jurisdição quando essa discussão se tornou célebre e percerber-se-a que, quiçá, a resposta para essa confusão terminológica esteja na (ainda) polêmica ação (de direito material) e na distinção que Windscheid fez entre direito subjetivo e direito de ação.

levantada, deve ser acrescido o elemento (óbvio) de que não há situação tornada jurídica sem que previamente haja a incidência de um fato concreto da vida. Mais do que isso, o fato substancial provocará sempre influências diretas na sua versão jurídica.

Não é crível que nessa quadra da história se insista em manter a separação entre fato e direito como categorias distintas e não interpenetradas. O direito atual cobra as lentes da realização concreta e materializada no fato social tutelado, de modo que relação jurídica/fato jurídico/situação juridicizada não se desapega da realidade e deve sempre sofrer o influxo desta quando da sua jurisdicionalmente concretizada.

Noutras palavras, pouco interessa a inserção topográfica dos fatos no âmbito da relação processual (se inserido na relação jurídica de direito material ou se a ela externo mas integrante do objeto do processo), certo é que eles devem provocar consequências na realização material do direito, bem como na sua proteção pelos instrumentos processuais. Os fatos são, e sempre o serão, o fio condutor para uma jurisdição não mais infensa à artificialidade das categorias processuais construídas nos albos da cientificidade do Processo Civil.

A reaproximação do Direito Processual com o Direito Material traz consequências. Dentre elas, a valorização do fato na incidência da solução jurídica e dos institutos processuais. Ou melhor, a recompreensão de determinados institutos, como a causa de pedir, a partir de uma visão hermenêutica.

Desse modo, há um falso binômio nas teorias da substanciação e da individualização. O fato constitutivo do direito sempre será relevante para evidenciar a categorização jurídica pleiteada. Ao mesmo tempo, dado que o processo não é mero instrumento, mas deve ser constantemente oxigenado (quicá justificado) pelos princípios constitucionais, não poderia o réu ficar desagasalhado de defesa pela incerteza de mudança(s) na causa de pedir durante o curso do processo.

3.2.3 Núcleo da causa petendi: causa de pedir próxima e causa de pedir remota

Antes de mais nada, “la función de la causa petendi consiste em traer al proceso aquella parte de la realidad, generalmente conflictiva, sobre la cual el órgano jurisdiccional deberá pronunciarse”.³⁵⁷

Os elementos da causa de pedir, ou seus componentes³⁵⁸, possuem uma classificação bipartite. De um lado, a chamada *causa petendi próxima* (ou imediata), de outro a dita *causa petendi remota* (mediata).³⁵⁹ A primeira está relacionada com a caracterização jurídica da pretensão apresentada em juízo; a segunda, a seu turno, se atrela ao substrato fático do que é deduzido pelo autor. É necessário mais vagar no trato destes temas, a iniciar pela causa petendi remota.

É usual na doutrina referir que a causa petendi possui seus elementos descritos no art. 282, III do Código de Processo Civil. Nesse sentido, Ovídio Baptista da Silva referia que:

não basta que o autor, ao redigir sua petição inicial, peça ao magistrado a consequência jurídica pretendida. E necessário alicerçá-la em fatos e fundamentos jurídicos de que decorram as consequências que o autor pretende obter. Se pretendo obter a restituição da posse de alguma coisa, devo descrever os atos e os fundamentos jurídicos que me darão direito a tal restituição, afirmando, por exemplo, que o réu a está possuindo injustamente, seja porque cometeu esbulho possessório, arrebatando-me violentamente a coisa, seja porque, tendo me vendido determinado bem, recusa-se a me transferir a respectiva posse; finalmente, porque, havendo terminado o contrato de locação, recusa-se o locatário a restituir-me o prédio locado. Serão tais fatos e os fundamentos jurídicos que deles decorrem, segundo a lei, que irão individualizar, juntamente com o pedido, a respectiva ação de direito material contida na petição inicial.³⁶⁰

A fundamentação fática (substrato fático, causa de pedir remota) está relacionada com o fato ou conjunto de fatos do qual resulta o direito alegado pelo autor. Ademais, é composta tanto pelos fatos constitutivos da situação de direito material (causa de pedir remota ativa) como os fatos lesivos ou ameaçadores da situação (causa de pedir remota passiva).³⁶¹ Para exemplificar, transpondo o conceito para o plano da relação obrigacional, os fatos constitutivos são aqueles que evidenciam a existência do

³⁵⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretension procesal y la tutela judicial efectiva: Hacia una teoria procesal del derecho*, op. cit., p. 132.

³⁵⁸ ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*, op. cit., p. 139.

³⁵⁹ Adotam essa classificação praticamente todos os autores estudados.

³⁶⁰ *Curso de Processo Civil*, op. cit., p. 235.

³⁶¹ WLADECK, Felipe Sripes. O conteúdo da causa de pedir no processo civil brasileiro e o projeto do novo CPC. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 18, n. 72, p. 45-106, out. /dez. 2010, p. 63.

direito subjetivo, enquanto os fatos lesivos ou ameaçadores evidenciam a não realização desse direito.

O exemplo é válido: “em uma ação em que se reclama a restituição de uma certa quantia emprestada, o fato constitutivo do suposto direito do autor (de crédito) é o empréstimo. O fato violador do direito alegado é o não pagamento da dívida na data do vencimento”.³⁶²

Noutros termos: “é o complexo de fatos, objeto de incidência da regra jurídica, e do qual o autor retira a conclusão consubstanciada no pedido”.³⁶³

Ela é, pois, composta eminentemente por fatos jurídicos.³⁶⁴ Mas não todo e qualquer fato jurídico, já que não serão necessariamente todos os fatos relacionados com a situação de direito material que irão integrar o processo, tampouco somente os essenciais. Assim, adequada a distinção entre “fatos principais” e “fatos secundários”³⁶⁵ (ou “circunstâncias acidentais”³⁶⁶).

Fatos principais são aquelas circunstâncias fáticas que singularizam a causa de pedir da demanda em discussão em relação às demais teses possíveis para a pretensão deduzida; são aqueles fatos, portanto, aptos a, por si, produzirem o efeito jurídico que o demandante busca, delimitando a sua pretensão³⁶⁷, de modo que: “fato essencial, pois, além de constituir o objeto da prova, é o pressuposto inafastável da existência do direito submetido à apreciação judicial”.³⁶⁸ Em outras palavras, mas em sentido análogo:

³⁶² WLADECK, Felipe Sripes. *O conteúdo da causa de pedir no processo civil brasileiro e o projeto do novo Código de Processo Civil*, op. cit., p. 63.

³⁶³ ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*, op. cit., p. 141.

³⁶⁴ Acerca do tema, merece destaque a seguinte lição: “Nessa função, quando a comunidade jurídica valoriza certo fato relevante ao relacionamento intersubjetivo, com vistas à harmonia no meio social, torna-o objeto da normatividade jurídica, atribuindo-lhe a geração de consequências nas relações inter-humanas (=efeitos jurídicos). A norma jurídica, por isso, tem uma estrutura lógica composta da descrição dos fatos valorados (=suporte fático) e a prescrição dos efeitos jurídicos (=preceito)” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Da ação como objeto litigioso no processo civil*. In: *Teoria Quinária da Ação: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento*. Costa, Eduardo José da Fonseca et al. (Coord). Salvador: Juspoivm, 2010, p. 370). Também merece memória a inigualável pena de PONTES DE MIRANDA: “Há fatos que não interessam ao mundo jurídico, isto é, são estranhos ao direito, A nuvem que está passando, a estrela cadente, o eclipse do Sol ou da Lua, o que ocorre no fundo dos mares, ou na estratosfera, mesmo fatos que são de grande importância para o nosso como e para a vida dos animais, a cachoeira que está murmurando há milênios, tudo isso é fático e não é jurídico. Se algum desses fatos entra no mundo jurídico, é porque o direito se interessou por ele. A técnica que tem o direito, mero processo social de adaptação, para chamar a si o fato que antes não lhe importava, é a regra jurídica” (*Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998, v.1, p. 21).

³⁶⁵ WLADECK, Felipe Sripes. *O conteúdo da causa de pedir no processo civil brasileiro e o projeto do novo Código de Processo Civil*, op. cit., p. 67

³⁶⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, op. cit., p. 17.

³⁶⁷ WLADECK, Felipe Sripes. *O conteúdo da causa de pedir no processo civil brasileiro e o projeto do novo Código de Processo Civil*, op. cit., p. 67.

³⁶⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A Causa Petendi no Processo Civil*, op. cit., p. 153; “Daí porque para que o órgão do Poder Judiciário possa proferir a sentença, é necessário que o ato inaugural do processo

empleamós la expresión 'conjunto de hechos esenciaes' para evidenciar el soporte fáctico que sirve de base a la obtención de las consecuencias jurídicas pretendidas por la parte. La expresión 'conjunto de hechos' representa los 'acaecimientos concretos de la vida' que forman parte de la situación de ventaja objetiva, pero no todos los acaecimientos concretos de la vida tienen relevancia a los efectos de acotar la causa de pedir, sino exclusivamente aquellos hechos 'esenciales' que sirven de fundamento para las consecuencias jurídicas pretendidas, descartándose, por consiguiente, los hechos accesorios, ya que sobre éstos la parte no logra ninguna consecuencia jurídica directa capaz de justificar su petitum.³⁶⁹

Fatos secundários são aqueles que se considerados de maneira isolada não estão aptos a gerar consequências jurídicas. Não delimitam a pretensão, mas servem como elementos relevantes na argumentação do demandante, ou “indícios” para a existência dos fatos principais.³⁷⁰ Aliás, deve ficar claro que: “além de expor os fatos pertinentes à relação jurídica, cujo reconhecimento se reclama, ou não, ao juiz, compete ao autor historiar os fatos que determinaram, do lado do réu, a criação da dúvida ou da sua jactância, designando-se titular de um direito subjetivo frente ao autor”.³⁷¹

Prevalece a orientação de que apenas os fatos principais integram da causa de pedir.³⁷² Viável, portanto, a alteração de fatos secundários no curso do processo, desde que respeitado, sempre, o contraditório.

A distinção entre fatos principais, ou essenciais, e fatos secundários atinge a causa de pedir ativa e a causa de pedir passiva. “Vale dizer, integrarão esta última apenas os fatos essenciais para a identificação da violação ou ameaça ao pretense direito do demandante”.³⁷³

esteja particularizado por determinados acontecimentos emergentes da dinâmica social e dos quais possa ser extraída uma consequência jurídica” (idem, p. 126).

³⁶⁹ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretension procesal y la tutela judicial efectiva: Hacia una teoria procesal del derecho*, op. cit., p. 149.

³⁷⁰ WLADECK, Felipe Sripes. *O conteúdo da causa de pedir no processo civil brasileiro e o projeto do novo Código de Processo Civil*, op. cit., p. 67.

³⁷¹ ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*, op. cit., p. 148.

³⁷² ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*, op. cit., p. 144 e ss; Também: WLADECK, Felipe Sripes. *O conteúdo da causa de pedir no processo civil brasileiro e o projeto do novo Código de Processo Civil*, op. cit., p. 67; TUCCI, José Rogério Cruz e. *A Causa Petendi no Processo Civil*, op. cit., p. 153. Contra: MONTANS DE SÁ, Renato. *Causa de pedir*, op. cit. Para este último autor: “a descrição dos fatos simples tem por objetivo ajudar no contraditório. E essa a premissa a ser tomada: a essencialidade dos fatos deve residir na possibilidade do contraditório. Assim, se o réu puder se defender de modo pleno com base nos fatos narrados, preenchido está o quadro fáctico (afinal não há nulidade sem prejuízo conforme clássico princípio da cominação específica das nulidades). Essa premissa impede que o julgador, ao decidir, verse sobre fatos diversos daqueles alegados” (idem, op. cit.).

³⁷³ WLADECK, Felipe Sripes. *O conteúdo da causa de pedir no processo civil brasileiro e o projeto do novo Código de Processo Civil*, op. cit., p. 68.

A avaliação acerca de quais (são) os fatos essenciais depende do exame do caso concreto.³⁷⁴ A relevância da discussão se torna mais clara com o seguinte exemplo:

A relevância ou a indiferença para o estabelecimento da chamada *causa-petendi* deste elemento a que a doutrina se refere como *conjunto circunstancial*, ou *sucessos históricos*, é um dado do problema a ser considerado. Se o autor em nossa demanda de rescisão do contrato parciário afirmar, na petição inicial, que o réu causou danos à colheita e descrever detalhadamente - situando-os no espaço e no tempo - os fatos causadores do prejuízo, como se a inicial alega que isso ocorreu em virtude de cultivar o colono a gleba sem o indispensável preparo do solo e utilizando-se de uma variedade inadequada de sementes, estará o juiz adstrito a julgar a demanda só com base nesse conjunto circunstancial? Ou, ocorrendo, no curso da instrução da causa, a constatação de que o dano à colheita efetivamente ocorreu, porém, não como resultado dos fatos alegados e sim em virtude de haver o agricultor, depois de a produção colhida, a haver abandonado em lugar impróprio dando causa a que se estragasse grande parte do produto, depois de colhido, em tal hipótese, poderá o juiz acolher a ação, sem ofender o princípio do artigo 128 do Código?³⁷⁵ (com grifos no original)

Quanto à causa de pedir passiva é de se notar que:

Para solucionar as crises de adimplemento (quando o bem almejado consiste numa prestação) existe a tutela condenatória-executiva. Para as crises de certeza (quando o bem almejado consiste na eliminação de um estado de incerteza jurídica, objetiva e atual) existe a tutela estritamente declaratória. E para as chamadas crises de situação jurídica (quando o bem almejado é a alteração de uma situação jurídica) é adequada a tutela constitutiva. Nas demandas estritamente declaratórias, nas constitutivas (positivas e negativas) e nas condenatórias-executivas a causa de pedir passiva é representada pelos fatos geradores, respectivamente, das crises de certeza, situação jurídica e de adimplemento.³⁷⁶

Pois bem, estabelecida a noção mínima do primeiro elemento da causa de pedir, necessário apontar sentido para o segundo elemento, a saber, a causa petendi próxima ou imediata. Enquanto a anterior se relacionava com a fundamentação fática do pedido, esta última se relaciona com a fundamentação jurídica. Não significa, porém que estava vinculada aos “fundamentos jurídicos”, as razões de direito, invocadas pelo autor.

Há, neste particular, frequente confusão na doutrina, na medida em que “fundamentos jurídicos” e qualificação jurídica, ou ainda caracterização jurídica. Como

³⁷⁴ WLADECK, Felipe Sripes. *O conteúdo da causa de pedir no processo civil brasileiro e o projeto do novo Código de Processo Civil*, op. cit., p. 68.

³⁷⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Limites objetivos da coisa julgada no direito brasileiro atual*, op. cit., p. 160.

³⁷⁶ WLADECK, Felipe Sripes. *O conteúdo da causa de pedir no processo civil brasileiro e o projeto do novo Código de Processo Civil*, op. cit., p. 71.

neste caso as palavras fazem a diferença, serão utilizados como sinônimos da causa de pedir próxima: “caracterização jurídica” e “fundamentação jurídica”. Para fins deste estudo, os “fundamentos jurídicos” e a “qualificação jurídica” possuem sentido diverso, não devendo ser confundidos os conceitos.

Feita a ressalva, possível referir que a causa de pedir próxima (caracterização jurídica) está relacionada com a “relação lógico-jurídica” entre os fatos narrados e o pedido formulado. “Em outras palavras, trata-se da demonstração de que dos fatos descritos na petição inicial resulta o efeito jurídico que se pretende ver reconhecido com o pedido final”.³⁷⁷ Araken de Assis, com o primor de simplificar a situação, afirma que a fundamentação jurídica é o elemento de ligação entre os fatos jurídicos e o pedido; “a conclusão, retirada dos fatos, da qual decorre o *petitum*”.³⁷⁸

Da ressalva feita anteriormente decorre que os “fundamentos jurídicos”, também reconhecidos na doutrina por “fundamentos legais” não integram a causa de pedir próxima. Fundamento legal é a norma aplicável à espécie³⁷⁹; fundamentação jurídica é o pressuposto do qual se extrai a consequência insculpida no pedido do autor³⁸⁰; é o liame entre o fato e o pedido. Não se confundem, portanto.

Na ordem processual civil brasileira, o fundamento legal, distintamente da fundamentação jurídica, não integra a causa de pedir. Não se exige do demandante, no inciso II do art. 282 do CP C nem em qualquer outro dispositivo legal, o enquadramento dos fatos por ele narrados em uma específica hipótese de incidência normativa (*fattispecie*).³⁸¹

Também a qualificação jurídica não é elemento da causa de pedir próxima. Qualificação jurídica é o *nomen iuris* atribuído a determinada circunstância de fato. Daí decorre que não há alteração na causa de pedir se o autor “passa a atribuir ao fato ou conjunto de fatos qualificação jurídica diferente da originariamente atribuída – v. g., chamando ‘dolo’ ao que antes denominara ‘erro’ (haveria, ao contrário, alteração da causa petendi se o autor passasse a narrar outro fato, quer continuasse, quer não, a atribuir-lhe a mesma qualificação jurídica)”.³⁸²

³⁷⁷ WLADECK, Felipe Sripes. *O conteúdo da causa de pedir no processo civil brasileiro e o projeto do novo Código de Processo Civil*, op. cit., p. 63.

³⁷⁸ *Cumulação de ações*, op. cit., p. 153.

³⁷⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil*, op. cit., p. 17.

³⁸⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A Causa Petendi no Processo Civil*, op. cit., p. 128.

³⁸¹ WLADECK, Felipe Sripes. *O conteúdo da causa de pedir no processo civil brasileiro e o projeto do novo Código de Processo Civil*, op. cit., p. 64.

³⁸² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil*, op. cit., p. 18; “O *nomen iuris* não integra, não ordem processual civil brasileira, a causa de pedir. Trata-se, também aqui, de decorrência do *iura*

Conclui-se, pois, que o juiz não está vinculado aos elementos jurídico-normativos apresentados em juízo pelo autor, afinal, não são integrantes da causa de pedir. Além disso, como se verá no momento adequado, vigora no ordenamento brasileiro o brocardo *iura novit curia*.

3.2.4 fundamento jurídico e causa de pedir. A manifestação concreta do adágio *iura novit curia*

Como referido anteriormente, integram a causa de pedir a fundamentação fática (os fatos que servem de suporte para a pretensão do autor) e a fundamentação jurídica que opera como liame entre os fatos e o pedido. A fundamentação jurídica é a conclusão, extraída do fato, que conduz ao pedido.

A seu turno, o fundamento jurídico não é elemento integrante da causa de pedir. Isto significa dizer que não haverá inovação na demanda se, no curso do processo, houver alteração pela parte ou pelo magistrado nos fundamentos jurídicos do pedido. Noutros termos, não há alteração na causa petendi se o autor:

invoca em seu favor norma jurídica diversa da primitivamente invocada, desde que o efeito jurídico atribuído à incidência da nova norma sobre o fato ou o conjunto de fatos seja idêntico ao efeito jurídico atribuído na inicial à incidência da norma primitivamente invocada – v.g., a substituição da referência a um pela referência a outro dentre os dispositivos legais que autorizam a decretação do despejo.³⁸³

Tal constatação é derivada do fato de que vigoram no ordenamento pátrio os adágios *naha mihi factum, dabo tibi ius* e *iura novit curia*.³⁸⁴ Segundo este último: “il giudice non sarebbe vincolato dalle deduzioni delle parti in ordine alla individuazione e alla interpretazione della norma da applicare”.³⁸⁵

novit curia. Assim, tal como o juiz pode aplicar norma jurídica diversa da invocada pelas partes, a qualificação jurídica por elas dada aos fatos da causa não o vincula. Ou seja, é-lhe dado revê-la – desde que se limite aos fundamentos fáticos e efeitos jurídicos pleiteados pelo autor. Aliás, mesmo o autor pode alterar a qualificação jurídica inicialmente dada aos fatos sem que isso afete a estabilidade da demanda” (WLADECK, Felipe Sripes. *O conteúdo da causa de pedir no processo civil brasileiro e o projeto do novo Código de Processo Civil*, op. cit., p. 65).

³⁸³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, op. cit., p. 18.

³⁸⁴ WLADECK, Felipe Sripes. *O conteúdo da causa de pedir no processo civil brasileiro e o projeto do novo Código de Processo Civil*, op. cit., p. 65

³⁸⁵ GRASSO, Eduardo. *La regola della corrispondenza tra Il chiesto e Il pronunciato e Le nullità da ultra e da extrapetizione*, op. cit., p. 397.

Como refere Darci Guimarães Ribeiro, para a maioria dos autores: “a aplicação do Direito é, exclusivamente, assunto que compete ao juiz, cabendo às partes somente formular e provar as questões de fato, em cima das quais o juiz deve aplicar o Direito”³⁸⁶, notadamente porque deve o magistrado conhecer a lei.³⁸⁷

A doutrina remonta o adágio à subordinação do juiz para com a vontade da lei.³⁸⁸ Como o magistrado tem por função atuar a vontade concreta da lei, pressupõe-se que não só a conheça como esteja apto a, a partir do fato, fazer o enquadramento adequado da situação de fato às consequências jurídicas construídas por vontade do legislador.

Conquanto os fundamentos da atualidade sejam distintos, *iura novit curia* ainda vige, de modo que a quadratura jurídica da situação, muito embora seja apontada pela parte, pode ser alterada, modificada, pelo juiz. Em tempos atuais, quando a compreensão do fenômeno jurídico já foi drasticamente repensada (supra 1.2), cumpre referir que a jurisdição assume um sofisticado e comprometido papel de realização do direito material através do filtro constitucional, observando a necessidade de continuidade e integridade do Direito.

Assim, *p. ex.*, quando a parte invoca como fundamento jurídico de sua pretensão determinada norma incompatível com a Constituição, cabe ao juízo fazer valer o texto constitucional, repudiando o fundamento invocado pela parte, seja para deferir ou para indeferir o pedido.

Isto não significa dizer, de outra banda, que o magistrado está autorizado a inovar quanto à argumentação jurídica de maneira isolada, sem o contato com as partes. Antes, deve ser privilegiado o contraditório. Por esta razão, ainda que os fundamentos jurídicos não façam parte da causa de pedir, passíveis de alteração pelo magistrado, imperioso assegurar o conhecimento prévio das partes dessa modificação, de modo que garantido o contraditório, inclusive com a possibilidade de influência (das partes) nos atos decisórios. Esta conclusão deriva nitidamente da conformação da jurisdição no bojo do Estado Democrático de Direito (supra 1.1).

³⁸⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. Provas Atípicas, op. cit., p

³⁸⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. Provas Atípicas, op. cit., p

³⁸⁸ GRASSO, Eduardo. *La regola della corrispondenza tra Il chiesto e Il pronunciato e Le nullità da ultra e da extrapetizione*, op. cit., p. 397, nota. 21.

3.2.5 Conclusões

Considerando o amplamente exposto acima, em síntese, pode-se extrair uma série de conclusões. Veja-se.

- a) Na delimitação do conteúdo da causa de pedir é visível a distinção entre a teoria da individuação e a teoria da substanciação;
- b) Para a teoria da substanciação, a causa petendi possui dois elementos: os fatos afirmados e a caracterização jurídica de tais fatos;
- c) Para a teoria da individuação, a causa de pedir possui apenas um elemento: a caracterização jurídica (relação jurídica);
- d) Há, na realidade, interpenetração entre ambas as teorias, já que a questão pode ser faticamente substanciada e juridicamente individualizada (Fairen Guillen);
- e) No Direito brasileiro, o fato constitutivo deve integrar a causa petendi. Trata-se de postura que valoriza a necessária aproximação entre direito material e direito processual; fato e norma;
- f) Aceita a aproximação (desconstrução) das teorias, *os elementos componentes da causa de pedir são dois*: substrato de fato (fundamentação fática, causa de pedir remota) e caracterização jurídica (fundamentação jurídica, causa de pedir próxima);
- g) *Causa de pedir remota* é aquela relacionada com o fato ou conjunto de fatos dos quais resulta o direito alegado pelo autor. Ela se decompõe em ativa (fatos constitutivos) e passiva (fatos lesivos ou ameaçadores da situação afirmada);
- h) *Causa de pedir próxima* é aquela que representa o elemento de ligação entre os fatos jurídicos e o pedido. É a “conclusão, retirada dos fatos, da qual decorre o *petitum*” (Araken de Assis);
- i) Não são *elementos* da causa de pedir os fundamentos jurídicos (fundamento legal) nem a qualificação jurídica (*nomen iuris*);
- j) O magistrado não fica adstrito aos fundamentos jurídicos invocados pelas partes, pois vigora no ordenamento jurídico o adágio *iura novit curia*. Ainda assim, deve sempre ser respeitado o contraditório prévio à decisão que se valha de fundamentos jurídicos distintos.

3.3 Notas finais acerca da causa petendi no direito vigente e no direito vindouro

A este ponto, já foi possível estabelecer o conteúdo da causa de pedir e sua relação com o objeto litigioso do processo. Já se demonstrou, também, que o ordenamento jurídico brasileiro encampa, para grande maioria da doutrina, a teoria da substanciação ao definir como requisito da petição inicial não só o pedido, mas também o fato e os fundamentos jurídicos deste (art. 282, III).

Também já se referiu que a pretensão deste estudo vai no sentido de delimitar e analisar os elementos constitutivos da causa de pedir na sua manifestação perante um único tribunal: o Supremo Tribunal Federal. Deste corte metodológico decorre a ausência no exame de diversos temas ligados à causa petendi e que fazem parte do fenômeno processual, tais como a identidade de ações, a cumulação de ações, a litispendência, os limites da coisa julgada e a estabilização da demanda, bem como obsta o estudo dela no âmbito da prática ordinária dos juízos de primeiro e segundo grau.

Pretendeu-se analisar, portanto o *conteúdo* da causa de pedir, mas não as *consequências* deste conteúdo para o Direito Processual Brasileiro. No momento oportuno, *algumas dessas consequências* serão analisadas, mas tão somente quanto ao trato dado ao tema no âmbito da atuação do Supremo Tribunal Federal.

Feita esta ressalva, não se pode desconsiderar que tramita no Congresso Nacional projeto (Projeto de Lei do Senado 166/2010 já em trâmite na Câmara dos Deputados sob o número 8.046/2010) para revogar o atual Código de Processo Civil e estabelecer a Nova Ordem Processual: o já chamado Novo Código de Processo Civil. Assim, ainda que não seja objeto deste estudo o exame acerca das consequências processuais em torno do conteúdo da causa de pedir, algumas considerações devem ser feitas em face do diploma legal em vias de se estabelecer.

De início, o artigo 293 do projeto aponta os requisitos da petição inicial. Dentre eles, está “o fato e os fundamentos jurídicos do pedido” (art. 293, III). Não há, portanto, alteração em relação ao artigo 283 do Código de Processo Civil atual. Permanece em vigor a necessidade de apontar tanto a causa de pedir remota como a próxima e a consequência pela ausência de uma delas é a mesma do diploma processual atual: inépcia da petição inicial.

Por outro lado, quanto à estabilização da demanda, as mudanças seriam drásticas. É que a redação originária do Projeto 166/2010 continha o seguinte dispositivo:

Art. 314. O autor poderá, enquanto não proferida a sentença, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, desde que o faça de boa-fé e que não importe em prejuízo ao réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de quinze dias, facultada a produção de prova suplementar.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo ao pedido contraposto e à respectiva causa de pedir.

Em certo sentido, haveria uma mitigação do princípio da eventualidade no direito brasileiro. Discutível, portanto, o artigo. Destaque-se, entretanto, que foi objeto de alteração com o relatório final do Senador Valter Pereira, de modo que a redação atual é a seguinte:

Art. 304. O autor poderá:

I - até a citação, modificar o pedido ou a causa de pedir, independentemente do consentimento do réu;

II - até o saneamento do processo, com o consentimento do réu, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de quinze dias, facultado o requerimento de prova suplementar.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo ao pedido contraposto e à respectiva causa de pedir.

A redação que antes era altamente elástica passou a conter maior rigidez do que a própria escrita do artigo 264 do Código de Processo Civil atual.³⁸⁹

Também houve textual alteração no dispositivo que regula a eficácia preclusiva da coisa julgada, antes regulado pelo art. 474 (“passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”). A redação contida no projeto é a seguinte:

Art. 489. Transitada em julgado a sentença de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido, ressalvada a hipótese de ação fundada em causa de pedir diversa.

Foi incluído no dispositivo legal o óbvio. A eficácia preclusiva da coisa julgada atinge somente as alegações que servem de fundamento para o pedido da respectiva

³⁸⁹ Art. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei. Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo.

ação. Portanto, havendo causa de pedir distinta, haverá nova demanda que, por evidente, não estará sujeita à eficácia preclusiva da coisa julgada da primeira.

Deve ficar claro que esta já era a interpretação dada pelos tribunais e pela doutrina ao tema que, em nada foi modificado no projeto. Apenas deixou expresso aquilo que prática e teoria já evidenciavam.³⁹⁰

Em linhas gerais, o projeto do Novo Código de Processo Civil mantém grande parte da estrutura processual vigente, de modo que não tem o condão de efetuar mudanças quanto ao paradigma conceitual vigente. Nessa linha, institutos consagrados pela sua historicidade – como o é a *causa petendi* – permanecem praticamente inalterados, razão pela qual o debate em torno de seus elementos e de quais são as teorias adotadas no direito brasileiro prosseguirá.

³⁹⁰ Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 453.

4 TRATAMENTO DA CAUSA DE PEDIR NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Buscou-se, até então, apresentar os subsídios necessários para o estudo da causa de pedir na atuação do Supremo Tribunal Federal, especialmente pontuando o tratado ao exame dos atos reputados (in)constitucionais. E assim como as premissas jurídico-filosóficas reveladas (supra Capítulo 1) influenciaram o trato epistemológico da causa de pedir (supra Capítulo 3), também a função da jurisdição constitucional (supra Capítulo 2) revela a feição do Poder Judiciário e o modo pelo qual se dá a realização da jurisdição, de sorte que passa, especialmente, a influenciar o estudo neste particular ponto.

Desse modo, assim como foi estabelecida a distinção (supra 2.2) entre a atuação da Corte Suprema nos casos concretos, de modo incidental, através do exame de uma questão prejudicial (fiscalização difusa de constitucionalidade) e nos casos “abstratos”³⁹¹, através do exame da questão principal nas ações típicas de via direta (fiscalização concentrada de constitucionalidade), o presente estudo vai ramificado nos mesmos moldes.

A causa de pedir será, então, analisada através do controle realizado pela via da questão prejudicial, no exemplo privilegiado do recurso extraordinário, com enfoque nos limites de atuação da Corte e de possibilidade (ou não) de ampliar o objeto da discussão quando se tratar de fundamento constitucional.

Em contrapartida, no âmbito da fiscalização realizada no exame de questão principal (ações diretas), impende realizar uma reconstrução calcada na estrutura epistemológica conferida anteriormente à causa de pedir. Ou seja, estabelecer os elementos da causa petendi nas ações típicas de controle direto.

Por fim, necessário um exame crítico em torno do chamado fenômeno da “causa de pedir aberta” no âmbito das ações declaratórias de (in)constitucionalidade e que permite ao Tribunal a ampliação dos fundamentos jurídicos quando do julgamento final do caso apresentado pelos sujeitos legitimados.

³⁹¹ O termo vai aqui empregado apenas por consagração linguística. Como se verá mais adiante, toda jurisdição é concreto-decidenda fundada em fatos jurídicos e sociais que jamais possibilitam uma completa “abstração” da situação para tão somente se analisar o plano normativo da constitucionalidade de determinada lei.

4.1 A causa de pedir esboçada no controle concreto a partir do exame de constitucionalidade realizado no recurso extraordinário

A jurisdição constitucional é exercida em todas as esferas da Judicatura. No (nem tão) estreito círculo de competências do Supremo Tribunal Federal poderá ocorrer controle concreto – ou seja, fiscalização através da análise de uma situação concreta – através do exame dos mais diversos remédios jurídicos. Assim sucede no julgamento de determinadas ações originárias (p.ex., reclamação, ação civil originária, mandado de segurança, habeas corpus etc.) e também no julgamento de recursos (recurso ordinário e recurso extraordinário).

Por outro lado, é no recurso extraordinário que se reflete, por excelência, a manifestação do controle concreto de constitucionalidade em sua última verificação, razão pela qual será exame de maiores considerações. *Ab initio* vale recordar o ditame do texto constitucional, que inclusive por uma orientação tradicional³⁹², dispõe acerca das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

E ainda antes de mais nada deve ficar claro que não se pretende trazer com profundidade a questão que diz respeito à objetivação do recurso extraordinário, dado que a proposta deste trabalho circunscreve-se ao exame da causa de pedir nos julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal. A matéria (objetivação) surge apenas com caráter accidental.³⁹³

Para parcela da doutrina³⁹⁴, o tratamento dado à causa de pedir no âmbito do recurso extraordinário pode ser similar ao trato que se concede à ação rescisória fundada

³⁹² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil*, op. cit., p. 455.

³⁹³ Acerca do tema, consultar: PROBST, Paulo Vitor da Silva. A objetivação do recurso extraordinário. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 197, p. 67-105, jul. 2011; ANDRADE, José Arildo Valadão de. Objetivação do recurso extraordinário na perspectiva dos direitos fundamentais segundo os padrões de uma fundamentação substancialista de justiça constitucional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 198, p. 51-93, ago. 2011; DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Transformações do recurso extraordinário. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 389, p. 491-500, jan./fev. 2007.

³⁹⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A Causa Petendi no Processo Civil*, op. cit., p. 257 e ss.

no art. 485, V, do Código de Processo Civil.³⁹⁵ Nas duas situações, há uma contrariedade em face do ordenamento jurídico. No caso específico do recurso extraordinário, essa contrariedade deverá ocorrer em face do texto constitucional.³⁹⁶

Entretanto, a similaridade entre a causa de pedir da ação rescisória e a do recurso extraordinário encerra aí, muito embora autores como José Jesus Cazetta Júnior busquem maiores similitudes. Para o referido autor, como a causa de pedir no recurso ao Supremo Tribunal Federal se revela como uma questão de fato, não seria ela abarcada pelo princípio *iura novit curia*, de modo que o julgador deveria ficar adstrito à norma invocada. Assim:

quando uma norma jurídica seja elemento da causa de pedir – como, por exemplo, na hipótese do art. 485, V, do Código de Processo Civil (rescisória fundada em ofensa a disposição literal de lei) –, a petição inicial precisa indicá-la de modo específico e o órgão julgador não pode apreciar o pedido à luz de outra norma, que o autor não tenha enunciado. Segundo Barbosa Moreira, é claro que, nessa hipótese, a matéria envolve um conceito jurídico, mas, por figurar como fundamento do pedido, ela constitui, por inteiro, uma questão de fato (e não de direito). Exatamente por isso, para que o Tribunal a conheça, deve ser provocado, não tendo cabimento a extensão do princípio *iura novit curia* ao próprio conteúdo da causa petendi, como compreende Barbosa Moreira.³⁹⁷

Nessa perspectiva, que de fato é coerente com a estrutura da ação rescisória, o Tribunal não teria poder para verificar a compatibilidade da sentença com outros dispositivos normativos que não aqueles invocados pelo autor. Tratando o fundamento jurídico como “questão de fato”, Barbosa Moreira – fonte do autor acima citado – teria restringido a atuação do Tribunal ao que foi estritamente apontado pela parte nas suas razões para a rescisão do julgado. Privilegia-se, assim, o princípio dispositivo e o velho brocardo latino *ne procedat iudex ex officio*.

Não é diferente a posição de José Rogério Cruz e Tucci, em orientação que restringe a cognição do Tribunal à questão constitucional devidamente invocada pela parte:

Tem-se escrito, por outro lado, que os tribunais superiores conhecem da argumentação jurídica explicitamente invocada pelas partes recorrentes, não se adequando a eles as regras *iura novit curia* e da

³⁹⁵ Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...) V - violar literal disposição de lei; (...).

³⁹⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Questão de fato em recurso extraordinário*, op. cit., p. 149.

³⁹⁷ CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. *Conteúdo da causa de pedir e proposta de aplicação dessa categoria ao recurso extraordinário: um exame crítico*. In: *Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil*. TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 244.

mihi factum, dabo tibi ius, próprias dos juízos monocráticos e colegiados de segundo grau, que conhecem, além da matéria essencialmente jurídica, dos aspectos fáticos que envolvem a controvérsia. (...) É evidente o equívoco! Aos recursos extraordinário e especial, também se aplicam tais princípios, uma vez que os tribunais não ficam adstritos à iniciativa do recorrente na identificação do permissivo do recurso. Dispensa-se, destarte, a indicação numérica (fundamento legal) do dispositivo constitucional que autoriza a interposição do recurso, mas não a omissão da indicação do contexto de que emerge a questão constitucional ou a questão federal.³⁹⁸

Deve-se observar, entretanto, que essa conclusão surge através da invocação dos argumentos lançados por José Jesus Cazetta Júnior que, dentre tantos, utiliza as ideias de Barbosa Moreira.³⁹⁹ Cumpre indagar, então, quais teriam sido as razões do professor titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro para aceitar a limitação à cognição judicial na ação rescisória, já que somente assim é possível desvelar as múltiplas capas de sentido acomodadas sobre a problemática da causa de pedir no recurso extraordinário.

Barbosa Moreira, em seu estudo, aponta que a causa de pedir deve ser explorada sob o prisma da sua utilidade. E no âmbito do processo, aquele que propõe a ação busca, através do Judiciário, a realização de determinados efeitos jurídicos. Por sua vez, tais efeitos jurídicos dependem: a) da existência da norma que atribua ao fato tais características e b) o acontecimentos dos fatos de modo a coincidirem com o modelo normativo. Nesta estrutura, o juiz que irá identificar a norma adequada independentemente da invocação pelo autor. A seu turno, somente os fatos invocados pelo autor podem servir de objeto para consequências jurídicas.

Por esta razão: “antes de ser utilizado pelo órgão judicial como fundamento da decisão, o fato é utilizado pelo autor como fundamento do pedido”.⁴⁰⁰ Sucede, entretanto, que nem sempre o fato de cujos efeitos jurídicos se busca a decisão, será uma situação verificada no plano concreto. Assim: “ao descrever a situação ou o episódio de cuja configuração in concreto surgirá tal ou qual efeito jurídico, a norma utilize na descrição um (ou mais de um) elementos que, longe de inscrever-se no plano da pura facticidade, já expressa o resultado de anterior fenômeno jurídico, por sua vez redutível à conjugação de outra norma com situação ou episódio que nela se previa como capaz de produzir este ou aquele efeito jurídico. Semelhante módulo pode (e

³⁹⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A Causa Petendi no Processo Civil*, op. cit., p. 264.

³⁹⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A Causa Petendi no Processo Civil*, op. cit., p. 264, nota 284.

⁴⁰⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória. In: *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 207

costuma) reproduzir-se em cadeia, nada impedindo, em tese, que a reprodução se estenda ad infinitum”.⁴⁰¹

Nessa esteira, a proposição normativa anterior se torna a causa, o fundamento, a *quaestio facti*, da proposição normativa subsequente, que surgiria como consequência jurídica. Barbosa Moreira alude que este seria o caso do art. 485, V, do Código de Processo Civil. Ainda que longa, merece transcrição a seguinte passagem:

As noções expostas são essenciais para o correto equacionamento de problemas que às vezes se suscitam e nem sempre se resolvem bem, a propósito da ação rescisória. Tem-se ouvido dizer, por exemplo, que, se vige nesta matéria, como alhures, o princípio *jura novit curia*, não seria imprescindível que o autor, invocando o inc. V do art. 485, indicasse a norma a seu ver violada pela sentença rescindenda; ou que o órgão julgador ficaria, em todo caso, livre de acolher o pedido de rescisão, reconhecendo como violada norma diversa da que o autor indicara. É manifesto o equívoco. A ação rescisória não escapa ao domínio do princípio *jura novit curia*; o que este significa, todavia, é que o juiz não fica adstrito à iniciativa da parte na identificação da norma jurídica que lhe caiba aplicar. Mas, na rescisória por violação de lei, a norma jurídica que ao órgão julgador cabe aplicar é a do próprio art. 485, V; não a outra, de cuja violação se cogita. Logo, a indicação que se dispensa é a do art. 485, n.º V: pouco importa que o autor, na inicial, deixe de mencioná-lo, ou que, por engano, mencione texto diverso.

Precisa ele, ao contrário, indicar a norma (ou as normas) que, a seu ver, a sentença rescindenda violou, como elemento(s) que é (ou são) da sua causa de pedir.

Se a inicial omite semelhante indicação, deve o relator da rescisória, ao despachá-la, determinar que ela seja completada no prazo de dez dias (art. 284); e, não cumprida a determinação, indeferir a inicial (art. 490, n.º I, c/c os arts. 284, parágrafo único, e 295, n.º VI, *fine*). Não basta que o autor impute à decisão rescindenda haver violado “a Constituição da República”, ou “o Código Civil”: a indicação tem de ser específica, até para abrir ao réu a possibilidade de contraditar eficazmente a alegação. Em compensação, o silêncio ou o erro quanto ao número do dispositivo não prejudica a postulação, desde que se consiga identificar com segurança a norma: assim, v.g., se o autor afirma que a sentença rescindenda violou a regra constitucional de isonomia, embora sem citar o art. 153, § 1.º, da Carta da República, ou citando, equivocadamente, o art. 154, ou o art. 153, § 2.º.

O órgão julgador, por seu turno, não pode em caso algum apreciar o pedido de rescisão à luz de outra norma, que o autor se haja absterido de dizer violada. Por mais nítida que seja a violação dessa outra norma, se o órgão julgador rescindir a sentença com base nela, infringirá o art. 128 do Código de Processo Civil: o fundamento da decisão estará fora dos limites da lide, tal qual submetida à cognição judicial.⁴⁰²

⁴⁰¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória*, op. cit., p. 208.

⁴⁰² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória*, op. cit., p. 210-211.

Desse excerto, duas conclusões relevantes do pensamento de Barbosa Moreira podem ser referidas: a) *iura novit curia* é aplicável ainda que a discussão judicial gire em torno da aplicação de determinada norma, ou seja, os fundamentos jurídicos (as causas) pelos quais houve violação de disposição legal independem de identificação pelas partes; b) *naha mihi factum, dabo tibi ius* é igualmente determinante, pois, cabe à parte delimitar qual foi a disposição legal violada, não podendo o Tribunal ampliar os limites da lide e aferir a violação de outras normas que não a indicada pela parte.

Calha então indagar se a postura até então apresentada – restritiva dos fundamentos jurídicos lançados no recurso extraordinário – é adequada quando, ao contrário do que ocorre na ação rescisória, o Supremo Tribunal Federal se debruça sobre a problemática acerca da compatibilidade de determinada disposição normativa (ou decisão judicial) com o texto da Constituição. Seria aplicável aqui o princípio dispositivo para restringir a atuação da Corte aos fundamentos jurídicos invocados pelas partes ou poderia o Supremo buscar subsídios para o desvalor da norma em outros preceitos constitucionais que não os invocados pelas partes?

Vale lembrar que, na pena de Gilmar Mendes – conhecido pelo papel ativo e por decisões inovadoras no âmbito do Tribunal –, a tendência do direito brasileiro, após a Constituição de 1988, foi o privilégio do controle concentrado⁴⁰³, a partir de elementos que evidenciam o crescente papel de “Corte Constitucional” dado ao Supremo Tribunal Federal, não mero Tribunal de Cassação, inclusive sendo permitido à Corte exercer um controle sobre as matérias que irá apreciar ou não.⁴⁰⁴ Muito embora o Tribunal brasileiro não possa ser considerado uma “Corte Constitucional”, o seu papel substantivo, muito símile aos de tais Cortes, é determinante no exame final acerca da constitucionalidade do ato.

Abonando a tese da ação rescisória ao recurso extraordinário, parcela da doutrina⁴⁰⁵ refere que o Supremo Tribunal Federal não poderia proclamar, de ofício,

⁴⁰³ “Estas considerações servem de base para afirmar-se que com a Constituição de 1988 foi abandonado um modelo misto de controle de constitucionalidade, com ênfase no controle de constitucionalidade difuso, para adotar-se um modelo misto de controle de constitucionalidade, com ênfase no controle concentrado. Eu diria que esta talvez seja a principal mudança encetada pela Constituição de 1988 no que diz respeito ao controle de constitucionalidade.” (MENDES, Gilmar Ferreira. O sistema de controle de constitucionalidade das normas da constituição de 1988 e reforma do poder judiciário. *Ajuris: Revista da Associação do Juízes do Rio Grande do Sul.*, Porto Alegre, 1999. v.75, p.234-247, p. 239)

⁴⁰⁴ Essa posição chegou com atraso ao Brasil, pois há muito praticada na Suprema Corte norte-americana (MADOZ, Wagner Amorim. O recurso extraordinário interposto de decisão de juizados especiais federais. *Revista de Processo*, São Paulo, revista dos tribunais, n. 119, p. 60-89, jan, 2005, p. 75 e 76).

⁴⁰⁵ CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. *Conteúdo da causa de pedir e proposta de aplicação dessa categoria ao recurso extraordinário: um exame crítico*, op. cit., p. 261.

vício existente na decisão recorrida, por motivo diverso do alegado pelo recorrente, por duas razões simples: primeiro porque o recurso extraordinário é caracterizado pelo rígido formalismo; segundo porque, como o Poder Judiciário possui uma estrutura horizontal, até mesmo o Tribunal Superior se submeteria ao princípio do *ne procedat judex ex officio*.⁴⁰⁶

Tal posicionamento decorre do trato dado à causa de pedir: como os fundamentos jurídicos do pedido integram a causa de pedir, e apenas ao autor/recorrente é dado estabelecer os limites da demanda recursal, não seria possível que o Tribunal Superior a ampliasse com a agregação de outros fundamentos para a incursão na valoração da (in)constitucionalidade.

Chega-se ao extremo da seguinte afirmação: “a causa de pedir é uma categoria que não se harmoniza com a estrutura do recurso extraordinário, nem com a função a que este se preordena, sensivelmente diversa da que é reservada à demanda”⁴⁰⁷. Este pensamento, levado às últimas consequências, implica aceitar que o conteúdo – a razão propriamente – do recurso extraordinário seria irrelevante por ocasião do julgamento, interessando tão somente o pedido.

Veja-se que, no âmbito da jurisdicionalidade concretizada pelo Tribunal (na sua jurisprudência), o problema da causa de pedir – que é também um dilema quanto aos limites objetivos da controvérsia versada no recurso extraordinário e, pois, representa o último passo no controle incidental de constitucionalidade – é igualmente travado nestes termos.

Por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 630.147-DF, no qual se discutia a constitucionalidade da Lei Complementar 135/2010 (Lei “Ficha Limpa”⁴⁰⁸), o então Ministro Presidente Cezar Peluso levantou, a título de Questão de Ordem, a possibilidade de exame da inconstitucionalidade formal da lei sem que houvesse, no mérito, pedido nesse sentido pelo recorrente.⁴⁰⁹ Bem explicitando a situação, a questão foi assim resumida pela Assessoria de Imprensa do Supremo Tribunal Federal:

⁴⁰⁶ CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. *Conteúdo da causa de pedir e proposta de aplicação dessa categoria ao recurso extraordinário: um exame crítico*, op. cit., p. 261; TUCCI, José Rogério Cruz e. *A Causa Petendi no Processo Civil*, op. cit., p. 264.

⁴⁰⁷ CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. *Conteúdo da causa de pedir e proposta de aplicação dessa categoria ao recurso extraordinário: um exame crítico*, op. cit., p. 255.

⁴⁰⁸ A Lei Complementar n.º 135/2010 alterou a Lei Complementar n.º 64/90 ampliando as hipóteses e os prazos de inelegibilidades e visando proteger a probidade administrativa e o exercício dos mandatos eletivos típicos dos cargos políticos do Poder Legislativo e Executivo.

⁴⁰⁹ Como se verá mais adiante (infra 4.2.2), a posição de Cezar Peluso foi totalmente coerente com o seu voto na ação declaratória n.º 2.182; naquela oportunidade, o Ministro salientou que o Supremo Tribunal

Preliminarmente, reconheceu-se a repercussão geral dos recursos, haja vista se cuidar de questão relevante nos aspectos político, jurídico e social. De outro lado, rejeitou-se, por maioria, questão de ordem suscitada pelo Min. Cezar Peluso, Presidente, no sentido da inconstitucionalidade formal da LC 135/2010. A referida prejudicial fora formulada tendo em conta a suposta afronta ao postulado da bicameralidade (CF, art. 65, parágrafo único), porquanto o Senado Federal emendara o projeto de lei complementar, enviado pela Câmara dos Deputados, para alterar tempos verbais de alíneas do inciso I do art. 1º da LC 64/90 sem que, contudo, tal emenda tivesse retornado à Casa iniciadora. O Min. Cezar Peluso aduziu que o acatamento da questão de ordem excluiria a apreciação das inconstitucionalidades materiais arguidas. Primeiramente, entendeu-se incabível o exame, de ofício, da inconstitucionalidade formal. Asseverou-se que se estaria em sede de recurso extraordinário, em que a causa de pedir não seria aberta. Ademais, ressaltou-se que a matéria não fora prequestionada e que somente em hipóteses pontuais a Corte superara essa orientação, quando verificada a possível quebra do princípio da isonomia ou violação à segurança jurídica com reflexos na força normativa da Constituição. Mencionou-se, também, que a admissão da análise da inconstitucionalidade formal da lei como um todo, inclusive quanto a dispositivos não impugnados, implicaria ampliação da causa de pedir e do pedido, sem provocação das partes. Registrou-se, ainda, que seria preciso conceder-se à parte contrária a possibilidade de apresentar contra-razões à arguição de inconstitucionalidade, bem como de o Ministério Público se manifestar. RE 630147/DF, rel. Min. Ayres Britto, 22 e 23.9.2010. (RE-630147).⁴¹⁰

Na ótica do Ministro Cezar Peluso, que foi endossada pelo Ministro Marco Aurélio, sequer era possível a discussão em torno da inconstitucionalidade material da norma atacada, já que inquinada de vício de inconstitucionalidade formal que deveria ser objeto de exame pela Corte Suprema. Todavia, a discussão causou desconforto entre os juízes, havendo bons argumentos para ambos os lados.

Federal ao se debruçar sobre a questão constitucional, deveria analisar tanto os aspectos formais como os materiais.

⁴¹⁰ Informativo 601. Após, recebeu a seguinte ementa:

ACÓRDÃO – REDAÇÃO – ÓPTICA VENCIDA –PROCLAMAÇÃO. Ante proclamação do redator na assentada de julgamento, fica em plano secundário o fato de o designado haver ficado vencido em determinadas matérias, no que se tornaram prejudicadas em face da perda de objeto do recurso. REPERCUSSÃO GERAL – CONFIGURAÇÃO – PROCESSO ELEITORAL – LEI – RETROAÇÃO. Surge a repercutir, além dos muros subjetivos do processo, controvérsia sobre aplicar-se lei que, de alguma forma, altere o processo eleitoral a certame realizado antes de decorrido um ano da respectiva edição, presente ainda eficácia retroativa impugnada na origem. Considerações. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE – RECURSO – CONHECIMENTO E JULGAMENTO DE FUNDO. Na dicção da ilustrada maioria, descabe, mesmo que na apreciação de fundo do recurso, adentrar a análise da harmonia, ou não, da lei – da qual se argui certo vício – com a Constituição Federal. Considerações. REGISTRO – CANDIDATURA – LEI DE REGÊNCIA – CONTROVÉRSIA – RENÚNCIA – PREJUÍZO DO EXAME. Vindo o candidato a renunciar à candidatura, acaba prejudicado o exame do recurso voltado ao deferimento (RE 630147, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 29/09/2010, DJe-230 DIVULG 02-12-2011 PUBLIC 05-12-2011 EMENT VOL-02639-01 PP-00001).

Durante os debates, o Ministro Gilmar Mendes, corroborando a possibilidade de exame pela Corte, apontou que se trataria de uma decorrência natural da crescente objetivação do controle difuso de constitucionalidade, inclusive destacando precedentes do Tribunal nesse sentido.⁴¹¹ A propósito de seu voto, o Ministro Dias Toffoli destacou que a discussão acerca dos limites do exame da (in)constitucionalidade no recurso extraordinário remontaria aos debates entre Moreira Alves e Sepúlveda Pertence. Este último defendera a tese de que a “causa de pedir aberta” também seria aplicável ao recurso extraordinário⁴¹², conforme o seguinte precedente citado:

I. Recurso extraordinário: letra a: possibilidade de confirmação da decisão recorrida por fundamento constitucional diverso daquele em que se alicerçou o acórdão recorrido e em cuja inaplicabilidade ao caso se baseia o recurso extraordinário: manutenção, lastreada na garantia da irredutibilidade de vencimentos, da conclusão do acórdão recorrido, não obstante fundamentado este na violação do direito adquirido. II. *Recurso extraordinário: letra a: alteração da tradicional orientação jurisprudencial do STF, segundo a qual só se conhece do RE, a, se for para dar-lhe provimento: distinção necessária entre o juízo de admissibilidade do RE, a - para o qual é suficiente que o recorrente alegue adequadamente a contrariedade pelo acórdão recorrido de dispositivos da Constituição nele prequestionados - e o juízo de mérito, que envolve a verificação da compatibilidade ou não entre a decisão recorrida e a Constituição, ainda que sob prisma diverso daquele em que se hajam baseado o Tribunal a quo e o recurso extraordinário.* III. Irredutibilidade de vencimentos: garantia constitucional que é modalidade qualificada da proteção ao direito adquirido, na medida em que a sua incidência pressupõe a licitude da aquisição do direito a determinada remuneração. IV. Irredutibilidade de vencimentos: violação por lei cuja aplicação implicaria reduzir vencimentos já reajustados conforme a legislação anterior incidente na data a partir da qual se prescreveu a aplicabilidade retroativa da lei nova.⁴¹³ (sem grifos no original).

Conquanto o teor da ementa acima, a Ministra Ellen Gracie se posicionou em sentido diverso quando do julgamento da “Lei Ficha Limpa”, referindo que a situação do caso anterior seria pontual e naquela oportunidade não teria ocorrido verdadeiro exame além do estritamente pedido.⁴¹⁴ Assim, no julgamento do RE 630.147-DF, a

⁴¹¹ Todas as informações e debates disponíveis no acórdão devidamente lavrado, disponíveis no site do Supremo Tribunal Federal: <www.stf.jus.br>.

⁴¹² A tese de Sepúlveda foi amplamente relatada no voto de Dias Toffoli.

⁴¹³ RE 298.694, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2003.

⁴¹⁴ Em brevíssima síntese: para a Ministra Ellen Gracie, no julgamento do RE 298.694, apesar de a questão constitucional ter sido resolvida com base em fundamento jurídico diverso do apontado pela parte, não se poderia falar em “abertura” da causa de pedir, pois naquele caso em específico o fundamento jurídico apontado pela parte seria o “direito adquirido” e o Tribunal dera provimento ao recurso com fulcro na “garantia da irredutibilidade de vencimentos dos servidores públicos”, sendo que ficara consignado expressamente no acórdão que a irredutibilidade de vencimentos seria, bem da verdade, uma

Ministra também defendeu a impossibilidade de conhecimento de matéria não veiculada pelas partes por ocasião da interposição do recurso.

Ao fim do julgamento da Questão de Ordem, quatro ministros haviam se posicionado pelo conhecimento da questão, de modo que a inconstitucionalidade formal deveria ser analisada, ainda que não veiculada pela parte.⁴¹⁵ Porém, foram vencidos e a questão não chegou a ser objeto de exame por todos.

Desse debate se extrai que, na atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a causa de pedir do recurso extraordinário diz respeito aos fundamentos jurídicos que servirão de baliza para a arguição de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, de modo que a tese de Barbosa Moreira (referente aos limites da cognição na ação rescisória) é endossada e aplicada no âmbito do recurso extraordinário. Além disso, como se trata de julgamento recursal, na qual ainda impera o interesse subjetivo (das partes, através do princípio dispositivo), não poderiam os fundamentos jurídicos ser objeto de alargamento pelo próprio Tribunal.

Apesar de sedutores os argumentos lançados no julgamento do RE 298.694/SP (citado amplamente durante os debates do RE 630.147/DF), a tese lá dominante não restou confirmada por qualquer julgado posterior até o momento. Por este motivo, soa no mínimo prematuro referir que:

À semelhança do que já aconteceu no julgamento das ações de controle concentrando de constitucionalidade, a causa de pedir (no caso, a causa de pedir recursal) é aberta, permitindo que o STF decida a questão da constitucionalidade com base em outro fundamento, mesmo que não enfrentado pelo tribunal recorrido. Trata-se de interpretação que confirma o que se vem afirmando sobre a correta *exege* do enunciado n. 456 da súmula de jurisprudência predominante do STF.⁴¹⁶

A interpretação dada pelo Tribunal no julgamento do referido recurso não confirmou a tese, como pretendido no aresto citado, já que em julgamento posterior, foi expressamente refutada pela maioria, de modo que não se pode afirmar categoricamente que a causa de pedir seja “aberta” no âmbito do recurso extraordinário.

modalidade qualificada de “direito adquirido”, não havendo razão para se falar em julgamento fora dos limites propostos. Com mais profundidade, consultar o voto da Ministra Ellen na Questão de Ordem proposta no RE 630.147 (Relator(a): Min. Ayres Britto, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 29/09/2010).

⁴¹⁵ Votaram pelo conhecimento da Questão de Ordem os ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio de Melo, Cezar Peluso e Dias Toffoli, que inclusive proferiu longo voto acerca do tema.

⁴¹⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Transformações do recurso extraordinário. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 389, p. 491-500, jan./fev. 2007; conteúdo idêntico em *Curso de Direito Processual*. 8ª ed. v.3. Salvador: JusPodivm, 2010, p.345.

Bem analisando a questão, ainda que em posição contrária à tese, também outras vozes seguiram no seguinte sentido:

Isso porque fica claro que o Tribunal, no caso acima, ao ‘abrir’ a causa de pedir do recurso, afastando-se da postura tradicional, demonstrou que talvez seja mais importante, do que se prender a requisitos e formalidades processuais, possibilitar que o STF examine, quando entender que é o caso, matéria meritória, considerando a Constituição como um todo, assim como o seu papel de intérprete qualificado e último.

Parece haver, o que tem sido a tendência atual na teoria geral do processo, uma mitigação do princípio dispositivo, pois o Tribunal não estará adstrito a examinar as violações constitucionais trazidas nas razões recursais, bastando, para o conhecimento do extraordinário, que a parte alegue determinado artigo como contrariado para que ele seja conhecido. Ao apreciar o mérito, então, para exercer o seu papel, a Corte examinará a Constituição como um todo e a compatibilidade entre ela e a decisão recorrida.⁴¹⁷

Essa postura, entretanto, pode ser objeto de reflexão com base naquilo que já foi amplamente exposto ao longo deste trabalho. Interroga-se se ela é a mais adequada para refletir a função do Supremo Tribunal Federal – função que no recurso extraordinário se apresenta, basicamente, com a defesa da Constituição⁴¹⁸, mas que também se vislumbra num comprometimento com a unidade do Direito; bem como se ela se coaduna com a construção epistemológica da causa de pedir que a própria doutrina aceita amplamente. Especificamente sobre estes dois pontos (e tão só sobre eles) a questão poderia ser melhor refletida.

Deve-se levar em conta, por primeiro, que o Supremo Tribunal Federal, ainda que diante de julgamentos hauridos do controle incidental, mantém o seu papel realizador do texto constitucional na defesa e na concretização da força normativa emanada da Constituição Federal. O seu papel não é diferente nas distintas modalidades

⁴¹⁷ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. O cabimento do recurso extraordinário pela alínea "a" do art. 102, III, da Constituição Federal e a "causa de pedir aberta" In: Nery Júnior, Nelson; Alvim, Teresa Arruda (coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e Assuntos Afins*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 11, p. 246-256, p. 255. Bem conclui o seu estudo: “Fica, portanto, para reflexão: é mais importante o exercício livre e aberto pelo STF do seu papel de guardião da Constituição (e também da Federação) por meio do recurso extraordinário, ou o exercício formal do juízo de admissibilidade para ‘filtrar’ os processos a serem apreciados (em respeito também ao princípio dispositivo que leva a parte a fundamentar e a interpor recurso)? Ou, ainda, conseguirá o Supremo Tribunal apreciar todos os recursos extraordinários de forma despreendida e flexível, examinando a Constituição como um todo, independentemente do preenchimento de requisitos como o prequestionamento?” (idem, p. 256).

⁴¹⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Questão de fato em recurso extraordinário*. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado, anuário 2006, n. 3*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 147.

de fiscalização das normas. Apenas é outro o invólucro que alberga a discórdia normativa a ser sanada pelo Tribunal.

Na defesa desse argumento, a velha distinção entre processo objetivo e subjetivo já foi, há muito, superada por aqueles que adotam o controle difuso de constitucionalidade. Por esta razão:

Note-se que em um processo de índole supostamente subjetiva, os americanos logram proceder a um exame de caráter marcadamente objetivo, buscando, tanto quanto possível, conhecer todos os aspectos da questão. (...) Dizer-se que o processo é objetivo não significa exatamente que se trate de um processo sem partes, mas sim de um processo que interessa a muitas pessoas. Então, tanto quanto possível, é preciso que esse interesse geral se faça representar na causa.⁴¹⁹

A seu turno, também sob o enfoque do instituto da causa de pedir, são questionáveis os argumentos de que o Supremo Tribunal Federal não possa conhecer das questões constitucionais não apontadas pelas partes. Para reforçar esse argumento, é preciso recordar que o próprio Supremo admite o conhecimento das questões de ordem pública sem a devida provocação⁴²⁰, e “não existe matéria de ordem pública mais relevante do que a (in)constitucionalidade de uma lei”.⁴²¹

Não se pode olvidar, entretanto, que o presente argumento deve ser considerando com cautela, a um porque a jurisprudência dominante no Tribunal ainda vai no sentido do não conhecimento das questões de ordem pública que não tenham sofrido anterior questionamento pelo juízo *a quo*⁴²²; a dois, porque o próprio conceito de questão de ordem pública é deveras impreciso, inclusive no âmbito dos tribunais superiores, e, frequentemente, dá vazão a um indevido crescimento na atuação dessas Cortes para o rejuízo das causas como se terceira via fossem, em verdadeiro desvirtuamento de suas atribuições.⁴²³

Por outro lado, como já demonstrado, a causa de pedir é composta pelos fatos e pela caracterização jurídica desses fatos, ou seja, o modo pelo qual os fatos sofrem a

⁴¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. O sistema de controle de constitucionalidade das normas da constituição de 1988 e reforma do poder judiciário. *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul.*, Porto Alegre, 1999. v. 75, p.234-247, p. 242.

⁴²⁰ Esta questão não é pacífica. Favorável: AI 593.613 AgR-ED, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 22/02/2011.

⁴²¹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 459.

⁴²² Por exemplo: AI 505.029 AgR, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 12/04/2005.

⁴²³ Sobre o tema: SANTOS, Igor Raatz dos; SILVA, Frederico Leonel Nascimento e. Crítica à tese do julgamento de ofício das "questões de ordem pública" em recurso especial: uma proposta de reflexão sobre o papel dos Tribunais Superiores. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 202, p.69-92, dez. 2011.

incidência/transposição para o mundo jurídico. Os fundamentos jurídicos – as justificativas, as razões de direito pelas quais o pedido deve ser considerado procedente ou improcedente – não integram a causa de pedir, de modo que, neste aspecto, caberá ao juiz (seja qual for o grau de jurisdição) aferir a compatibilização da situação com o ordenamento jurídico e, daí, extrair as consequências oriundas da própria norma.⁴²⁴ O que justificaria trato diferente no recurso para o Supremo Tribunal Federal?

No caso do recurso extraordinário, seja qual for a questão (in)constitucional a ser combatida, lembre-se que o artigo 102 da Constituição possui diversos incisos – todos dizendo respeito, na realidade, a uma questão (de) (in) constitucional(idade) –, e bem colocadas as coisas, a causa de pedir (recursal) da questão prejudicial será também passível de divisão: causa de pedir remota e causa de pedir próxima. A causa de pedir remota (fato constitutivo do direito alegado) é a incidência da norma tida por inconstitucional no caso concreto (seja através da incidência da norma, seja através da decisão judicial, que também pode ser tida por inconstitucional). Essa é a diferença, aliás, da causa de pedir no controle incidental em relação ao controle *principaliter*.

A seu turno, a causa de pedir próxima (caracterização jurídica da situação de fato) é a contrariedade com o texto constitucional. O modo pelo qual se dá essa contrariedade; a razão pela qual se atesta(rá) o (des)valor da norma atacada em face da Constituição é matéria que desinteressa ao campo da causa petendi.

Feitas estas considerações, diante do que foi amplamente debatido, é possível simplificar a discussão em torno de duas grandes correntes.

Pela primeira corrente: a) o recurso extraordinário é um prolongamento da relação processual de primeiro grau, destinado à resolução da controvérsia entre as partes e, prejudicialmente, cuida de assegurar a correta aplicação da Constituição através da questão constitucional veiculada pela parte. Assim, por se tratar de resolução de conflito individual, fica aplicável o princípio dispositivo, não podendo o Tribunal extrapolar daquilo que foi apontado pela parte como fundamento do seu pedido; b) a causa de pedir é interpretada como se relação privada houvesse, de sorte que a causa de pedir próxima deve apontar qual é a *questão* constitucional versada, não podendo o

⁴²⁴ Isto não significa autorizar o órgão julgador a arbitrariamente decidir se a situação se enquadra na norma. Antes, é preciso abrir a percepção à plêiade interpretativo-constitutivo da realização do direito independentemente daquilo que é pronunciado pelo juiz, pois, assim como a interpretação (aquisição de conhecimento) não se desprende da pré-compreensão do intérprete, também a resposta jurisdicional é algo que se erige de maneira intersubjetiva, desapegada de objetos abstratos e calcada no manancial de interpretações prévias e conformada por outras emanações jurídicas prévias e atributivas de sentido ao texto jurídico. Não se nega, portanto, o caráter intersubjetivo da realização jurisdicional do direito (conforme supra 1.2).

Supremo ampliar a contrariedade da norma com outros pontos do texto constitucional. A causa de pedir aqui sofre uma orientação restritiva: é a violação a determinado artigo da Constituição e não a violação à *Constituição* (como um todo que o é).

Pela segunda corrente: a) o recurso extraordinário não é mero prolongamento da relação processual de primeiro grau, antes é um meio, um veículo, pelo qual o Supremo Tribunal Federal passa a se debruçar sobre determinada questão constitucional e, muito embora se trate de conflito individual, havendo exercício de jurisdição constitucional pelo último intérprete da Constituição, a resolução da controvérsia deixa de dizer respeito apenas às partes da relação processual, produzindo efeitos na comunidade jurídica; b) a causa de pedir, apesar de continuar estribada na relação *inter partes*, passa a ser interpretada de modo diverso, cabendo à parte apontar a violação da Constituição através da apresentação da incidência do dispositivo violador e podendo o Supremo Tribunal Federal indicar os dispositivos constitucionais violados sem que necessariamente sejam indicados pelo recorrente, pois *iura novit curia*. Neste caso, a causa de pedir sofre uma orientação ampliativa (pois o relevante é a violação da *Constituição* e não de determinado dispositivo), mas também não pode ser considerada “aberta”, pois o Tribunal sempre estará atrelado à questão posta pela parte, podendo, apenas, encontrar argumentos jurídicos distintos dos invocados desde que presentes no texto constitucional.

Em ambas as correntes expostas, a resolução do problema dependerá do trato (papel, função, orientação) dado à jurisdição do Supremo Tribunal Federal e do modo pelo qual se definem os limites da causa de pedir. Não se pode deixar de considerar, entretanto, que o recurso extraordinário sempre deve ser interpretado e defendido como um “instrumento indispensável para a consolidação de um Estado Democrático de Direito. Falamos de um recurso extraordinário que não se confunda com uma terceira instância ordinária”.⁴²⁵ E como já apontado (supra 2.2), a unidade do Direito e a defesa da Constituição devem ocorrer independentemente da modalidade de sindicância realizada, pois, o desvalor em torno da (in)constitucionalidade é o mesmo.

Há, ainda, um ponto nevrálgico da questão que merece destaque. Trata-se do prequestionamento da matéria constitucional. Noutros termos: considerando que é necessário para o julgamento do recurso que a matéria constitucional tenha sido debatida expressamente pelo juízo *a quo*, como poderia o Supremo Tribunal Federal

⁴²⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Questão de fato em recurso extraordinário*, op. cit., p. 156.

analisar matéria constitucional não ventilada pela parte? Em tese, nessas hipóteses, a falta de prequestionamento impossibilitaria o exame da matéria pelo Tribunal *ad quem*. Ou seja, se os fundamentos jurídicos não foram objeto de exame pelos Tribunais inferiores como poderiam ser pela Corte?

Com efeito, a resposta plena para tal indagação – que é extremamente percuciente e imbricada – transbordaria os limites desta obra, já que dependeria de um exame (mais) profundo da *estrutura recursal* brasileira, de seus pressupostos, de suas condições, de seus requisitos e notadamente, do papel *recursal* do Supremo⁴²⁶ e, especialmente, de um trato mais denso acerca do recurso extraordinário.

Ainda assim, apenas a título indicativo, deve ser referido que o prequestionamento é apenas requisito de admissibilidade do recurso e não requisito de julgamento do mérito. Essa assertiva, ainda que simples, não é de fácil assimilação pela doutrina. Ambos os momentos não se confundem, apesar de a doutrina apontar a existência de “sobreposição” entre ambos.⁴²⁷ Mais coerente com a estrutura do sistema recursal é o pensamento de Barbosa Moreira. Refere-se que:

Nessa particularidade da letra a reside, ao que nos parece, o fator principal de um permanente mal-entendido – desde a vigência de Cartas anteriores – no que concerne ao julgamento dos recursos extraordinários interpostos com invocação do dispositivo em foco (ou de seus predecessores, que não aludiam a infrações apenas da Constituição, mas também de outras normas federais). Se o texto constitucional, querendo indicar hipótese de cabimento, usou, por impropriedade técnica, expressão que já desenha hipótese de procedência, isso não é razão para que, no caso, se deixe de atender à distinção entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito. Por outro lado, já que a ocorrência efetiva do esquema consagrado no texto constitui requisito de procedência, seria absurdo exigi-la para declarar admissível o recurso: não se pode condicionar a admissibilidade à procedência, pois esta pressupõe aquela, e para chegar-se à conclusão de que um recurso merece provimento é logicamente necessário que, antes, se haja transposto a preliminar (...). Requisito de admissibilidade será, então, a mera ocorrência hipotética (isto é, alegada) do esquema textual: não se há de querer, para admitir o recurso extraordinário pela letra a, que o recorrente prove desde logo a contradição real entre a decisão impugnada e a Constituição da República; bastará que ela a argua. Do contrário, insista-se, estaremos exigindo, ao arrepio

⁴²⁶ Trata-se de tema que apenas surge de maneira tangencial, não integrando, pois, os limites deste estudo, especialmente não estando contido nos limites apontados por ocasião das questões levantadas acerca da função da jurisdição e do Supremo Tribunal Federal (conforme supra 2.1 e 2.2).

⁴²⁷ ALVIM, Teresa Arruda. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2008, p. 248.

da técnica e da lógica, que o recurso seja procedente para ser admissível – e é o que costuma fazer o STF, todas as vezes que “não conhece” do recurso interposto pela letra a por entender que não existe a apontada violação da regra constitucional.⁴²⁸

O mesmo autor aponta que o Supremo Tribunal Federal já conheceu de recurso extraordinário com base em “fundamento diferente do invocado, desde que enquadrável, também, na moldura constitucional”.⁴²⁹ Essa foi, aliás, a orientação tomada por ocasião do já citado RE 298.694, no qual foi conhecido o recurso, mas negado o provimento com fundamento em outro dispositivo da Constituição.

Conquanto altamente discutível a matéria, poder-se-ia argumentar que, superado o juízo de admissibilidade (= [a] houve alegação de violação, ou [b] houve violação pela razão “x” alegada pela parte), o Supremo Tribunal Federal estaria autorizado a ampliar os fundamentos jurídicos por ocasião do julgamento de mérito (= [a] houve violação, ou [b] houve violação pela razão “x” alegada pela parte e pelas razões “y” e “z” não alegadas pela parte). Obviamente, jamais poderia adentrar no exame de questões – que não as de índole constitucional e cujas consequências seriam idênticas às ventiladas – não discutidas anteriormente pelos Tribunais inferiores. Ou seja, segue a Corte em tudo limitada pelo princípio dispositivo, espelhado na causa de pedir; todavia, as razões de inconstitucionalidade, aí sim, sujeitas a amplo exame.

Essa conclusão toma por amparo, isto deve ficar claro, o trato dado à causa de pedir, em especial o fato de que os fundamentos jurídicos da demanda não a integram (conforme supra 3.2). Todavia, a questão pode (e deve) ser objeto de maior reflexão caso seja analisada sob o prisma dos efeitos e da estrutura recursal do extraordinário, o que escapa à estreiteza deste estudo.

⁴²⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*: (arts. 476 a 565). 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 5, p. 570. No mesmo sentido, inclusive com o mesmo aresto citado de Barbosa Moreira, mas criticando a jurisprudência mais recente da Corte: CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *O cabimento do recurso extraordinário pela alínea "a" do art. 102, III, da Constituição Federal e a "causa de pedir aberta"*, op. cit., p. 254 e ss.

⁴²⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, op. cit., p. 570. Trata-se, aliás, do RE 77.877 (Relator(a): Min. Luiz Gallotti, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/1974).

4.2 A causa de pedir esboçada no controle abstrato a partir do exame realizado nas ações de inconstitucionalidade

4.2.1 Panorama geral

Dado que a ordem jurídica brasileira tem por esteira o controle misto de constitucionalidade (supra 2.2), convive-se com a possibilidade de, através de sujeitos legitimados para tanto, se arguir, diretamente ao Supremo Tribunal Federal, a (in)constitucionalidade de determinado ato normativo através de uma série de ações típicas para tanto. Conquanto relativamente novo⁴³⁰, o sistema prestigia a jurisdição constitucional.

Por este motivo, refere-se à ação direta de constitucionalidade como gênero da qual seriam espécies: ação direta (ou declaratória) de inconstitucionalidade (prevista no art. 102, I, a da CF), arguição por descumprimento de preceito fundamental (constante no art. 102, §1º da CF), ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º da CF) e ação direta (ou declaratória) de constitucionalidade (art. 102, I, a da CF). Em todos os casos, há uma questão de (in)constitucionalidade que precisará ser contrastada com a própria Constituição para fins de sua verificação.⁴³¹

Não ação declaratória de inconstitucionalidade (espécie) busca-se a declaração de inconstitucionalidade de determinado ato normativo. Verifica-se, pois, a compatibilidade do ato com o texto constitucional e, então, se declara (in)constitucional o ato. Daí se extrai que, nesta modalidade de controle, a questão colocada é a própria existência do ato em face do ordenamento jurídico constitucional. Não há uma situação lesiva concreta proporcionada pela incidência do ato, mas sim o próprio ser – a sua essência – que é contrastado com a Constituição.

⁴³⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 541.

⁴³¹ Não se insere neste rol a ação Interventiva, frequentemente considerada no âmbito do controle abstrato por estas razões: “A ação direta interventiva, à evidência, difere da genérica, porque “não desencadeia um processo objetivo”, como bem salienta Clève (ibidem), isto porque seu objeto não é a declaração de uma inconstitucionalidade em tese de um ato estadual, mas, sim, a solução de uma controvérsia que envolve a União e o Estado-Membro. Em sede de ação direta interventiva, não ocorre declaração incidental de inconstitucionalidade ou declaração de inconstitucionalidade como objeto principal (declaração em tese). A decisão não nulifica a lei. Ao Supremo Tribunal Federal cabe não mais do que resolver o conflito federativo, julgando a ação procedente ou improcedente. Se procedente, a consequência será a decretação da intervenção federal no Estado.” (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 543).

Diante dessa quadratura, é possível esboçar a aplicação da causa de pedir no âmbito da ação declaratória de inconstitucionalidade. Não se pode negar que há aí um fato juridicamente relevante e uma caracterização jurídica da situação. Fato (causa de pedir remota) é o próprio ser-aí do ato atacado, é sua existência concreta no ordenamento jurídico e a possibilidade de incidência nas mais diversas situações fáticas, ainda que não juridicizadas. Assim, por exemplo, se o Procurador-Geral da República requer a declaração de inconstitucionalidade de determinada Lei Federal, a promulgação da norma, *de per se*, já evidencia a existência de uma possível situação real na qual o ordenamento jurídico fará incidir certa qualificação jurídica, produzindo, assim efeitos jurídicos. Nesse compasso, a causa de pedir próxima, evidenciada a partir da caracterização jurídica referida, poderia ser representada pela desconformidade da lei com a Constituição Federal. A inconstitucionalidade, na sua essência, demonstraria a causa de pedir próxima que justificaria o pedido, a saber, a declaração, pelo Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade do ato atacado. Adotando-se esta postura, ficam justificadas uma série de orientações do Tribunal, inclusive aquela segundo a qual se defende a causa de pedir “aberta” nas ações diretas. O tema será confrontado oportunamente, mas o que deve ficar claro é que os fundamentos jurídicos pelos quais se pretende a declaração de inconstitucionalidade, neste esboço, não estariam incluídos na causa de pedir.

Situação similar ocorre na ação declaratória de constitucionalidade (ADC) em virtude do caráter ambivalente⁴³² das duas ações. Entretanto, uma ressalva deve ser feita. É que a Lei 9.868/99, ao regulamentar as ações de inconstitucionalidade, estabelece como requisito da ADC a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória (art. 14 da Lei 9.868/99). Percebe-se que, neste caso, a estreiteza entre controle “abstrato” e “concreto”, já que o proponente da ação deverá demonstrar a *incidência concreta* e colidente de aplicação de preceito jurídico em diversos casos diferentes através de soluções jurídicas distintas. Ou seja, deve ficar demonstrado que Tribunais inferiores distintos, ora consideram a norma constitucional, ora inconstitucional.

Assim, por exemplo, sucedeu por ocasião do julgamento da ADC-19 que questionava a constitucionalidade de uma série de dispositivos da Lei Maria da Penha e que sofriam ampla aplicação divergente pelos mais diversos Tribunais do país. Por

⁴³² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 569.

ocasião do julgamento, a Assessoria de Comunicação do Supremo Tribunal Federal apresentou a seguinte informação:

O Plenário julgou procedente ação declaratória, ajuizada pelo Presidente da República, para assentar a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Inicialmente, demonstrou-se a existência de controvérsia judicial relevante acerca do tema, nos termos do art. 14, III, da Lei 9.868/99, tendo em conta o intenso debate instaurado sobre a constitucionalidade dos preceitos mencionados, mormente no que se refere aos princípios da igualdade e da proporcionalidade, bem como à aplicação dos institutos contidos na Lei 9.099/95. No mérito, rememorou-se posicionamento da Corte que, ao julgar o HC 106212/MS (DJe de 13.6.2011), declarou a constitucionalidade do art. 41 da Lei Maria da Penha (“Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995”). Reiterou-se a ideia de que a aludida lei viera à baila para conferir efetividade ao art. 226, § 8º, da CF. Consignou-se que o dispositivo legal em comento coadunar-se-ia com o princípio da igualdade e atenderia à ordem jurídico-constitucional, no que concerne ao necessário combate ao desprezo às famílias, considerada a mulher como sua célula básica.⁴³³

Poder-se ia indagar se a *controvérsia judicial relevante* faria parte da causa de pedir. Não parece ser o caso. Na sua natureza, a ação de constitucionalidade é idêntica à ação de inconstitucionalidade (é isto, aliás, que justifica a ambivalência já citada), não havendo lógica na inserção deste requisito como integrante do conteúdo da ação. A controvérsia judicial que deve ser demonstrada é, antes, um *pressuposto de admissibilidade* da própria ação. Este é, inclusive, o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

O ajuizamento da ação declaratória de constitucionalidade, que faz instaurar processo objetivo de controle normativo abstrato, supõe a existência de efetiva controvérsia judicial em torno da legitimidade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal. Sem a observância desse pressuposto de admissibilidade, torna-se inviável a instauração do processo de fiscalização normativa in abstracto, pois a inexistência de pronunciamentos judiciais antagônicos culminaria por converter, a ação declaratória de constitucionalidade, em um inadmissível instrumento de consulta sobre a validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal, descaracterizando, por completo, a própria natureza jurisdicional que qualifica a atividade desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal. O Supremo Tribunal Federal firmou orientação que exige a comprovação liminar, pelo autor da ação declaratória de constitucionalidade, da ocorrência, ‘em proporções relevantes’, de dissídio judicial, cuja existência – precisamente em função do antagonismo interpretativo que dele

⁴³³ Informativo 654.

resulta – faça instaurar, ante a elevada incidência de decisões que consagram teses conflitantes, verdadeiro estado de insegurança jurídica, capaz de gerar um cenário de perplexidade social e de provocar grave incerteza quanto à validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal.⁴³⁴

No que diz respeito à arguição por descumprimento de preceito fundamental (ADPF), o §1º do art. 102 da Constituição dispõe que a sua apreciação ocorrerá na forma da lei. Por sua vez, o art. 1º, *caput*, da Lei 9.882/99 determina que a ADPF terá por objeto “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”. Destaque-se que se sedimentou na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o caráter subsidiário da ação. Desse modo, será ela a via adequada quando não for possível a declaração de inconstitucionalidade mediante outro meio idôneo.

Além disso: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental configura instrumento de controle abstrato de constitucionalidade de normas, nos termos do art. 102, § 1º, da Constituição, combinado com o disposto na Lei 9.882, de 3 de dezembro 1999, que não pode ser utilizado para a solução de casos concretos, nem tampouco para desbordar os caminhos recursais ordinários ou outras medidas processuais para afrontar atos tidos como ilegais ou abusivos.”⁴³⁵

“É fácil ver, também, que a fórmula da relevância do interesse público para justificar a admissão da arguição de descumprimento” – que, como aponta o Ministro Gilmar Mendes, é típica do modelo alemão – “está implícita no sistema criado pelo legislador brasileiro, tendo em vista, especialmente, o caráter marcadamente objetivo que se conferiu ao instituto”.⁴³⁶

Em recente julgado, a questão foi novamente destacada:

Por entender que o exercício dos direitos fundamentais de reunião e de livre manifestação do pensamento devem ser garantidos a todas as pessoas, o Plenário julgou procedente pedido formulado em ação de descumprimento de preceito fundamental para dar, ao art. 287 do CP, com efeito vinculante, interpretação conforme a Constituição, de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos. Preliminarmente, rejeitou-se pleito suscitado pela Presidência da República e pela Advocacia-Geral da União no sentido do não-conhecimento da ação, visto que, conforme sustentado, a via eleita não seria adequada para se deliberar sobre a interpretação

⁴³⁴ ADC 8-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13-10-99, DJ de 4-4-03; no mesmo sentido: ADC 1, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 1º-12-93, DJ de 16-6-95

⁴³⁵ ADPF 145, Min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, julgamento em 2-2-09, DJE de 9/2/09.

⁴³⁶ ADPF 33-MC, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 29-10-03, DJ de 6-8-04.

conforme. Alegava-se, no ponto, que a linha tênue entre o tipo penal e a liberdade de expressão só seria verificável no caso concreto. Aduziu-se que se trataria de arguição autônoma, cujos pressupostos de admissibilidade estariam presentes. Salientou-se a observância, na espécie, do princípio da subsidiariedade. Ocorre que a regra penal em comento teria caráter pré-constitucional e, portanto, não poderia constituir objeto de controle abstrato mediante ações diretas, de acordo com a jurisprudência da Corte. Assim, não haveria outro modo eficaz de se sanar a lesividade arguida, senão pelo meio adotado. Enfatizou-se a multiplicidade de interpretações às quais a norma penal em questão estaria submetida, consubstanciadas em decisões a permitir e a não permitir a denominada “Marcha da Maconha” por todo o país. Ressaltou-se existirem graves consequências resultantes da censura à liberdade de expressão e de reunião, realizada por agentes estatais em cumprimento de ordens emanadas do Judiciário. Frisou-se que, diante do quadro de incertezas hermenêuticas em torno da aludida norma, a revelar efetiva e relevante controvérsia constitucional, os cidadãos estariam preocupados em externar, de modo livre e responsável, as convicções que desejariam transmitir à coletividade por meio da pacífica utilização dos espaços públicos. ADPF 187/DF, rel. Min. Celso de Mello, 15.6.2011. (ADPF-187).⁴³⁷

Dessarte, no plano da causa de pedir, exsurge o fato ou ato que cause, ou possa causar, lesão a preceito fundamental. Deve ter ocorrido ou estar na iminência de ocorrer a lesão. E não é qualquer tipo de lesão, mas lesão a preceito fundamental. De se notar que cabe ao Supremo Tribunal Federal a verificação acerca da lesão. Noutros termos, caberá à parte indicar o fato lesivo e o preceito constitucional fundamental lesado. Todavia, é de competência do Tribunal verificar se o preceito indicado é considerável como fundamental, bem como lhe cabe, analisando a situação concreta, indicar o desvalor do ato em face de todo e qualquer preceito fundamental, já que *iura novit curia*. Similar ao que ocorre na ação declaratória de inconstitucionalidade, o elemento integrante da causa de pedir remota é a própria “lesão a preceito fundamental” – ou seja, o ato que causou ou causará o dano. A seu turno, a causa de pedir próxima será representada pela *desconformidade* do ato contrastado com o preceito fundamental. Ainda:

Parâmetro de controle – É muito difícil indicar, a priori, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional. Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da

⁴³⁷ Informativo 631.

Constituição, quais sejam, a forma federativa de Estado, a separação de Poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico. Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados 'princípios sensíveis', cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos Estados-Membros (art. 34, VII). É fácil ver que a amplitude conferida às cláusulas pétreas e a ideia de unidade da Constituição (Einheit der Verfassung) acabam por colocar parte significativa da Constituição sob a proteção dessas garantias. (...) O efetivo conteúdo das 'garantias de eternidade' somente será obtido mediante esforço hermenêutico. Apenas essa atividade poderá revelar os princípios constitucionais que, ainda que não contemplados expressamente nas cláusulas pétreas, guardam estreita vinculação com os princípios por elas protegidos e estão, por isso, cobertos pela garantia de imutabilidade que delas dimana. Os princípios merecedores de proteção, tal como enunciados normalmente nas chamadas 'cláusulas pétreas', parecem despidos de conteúdo específico. Essa orientação, consagrada por esta Corte para os chamados 'princípios sensíveis', há de se aplicar à concretização das cláusulas pétreas e, também, dos chamados 'preceitos fundamentais'. (...) É o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência que permite identificar as disposições essenciais para a preservação dos princípios basilares dos preceitos fundamentais em um determinado sistema. (...) Destarte, um juízo mais ou menos seguro sobre a lesão de preceito fundamental consistente nos princípios da divisão de Poderes, da forma federativa do Estado ou dos direitos e garantias individuais exige, preliminarmente, a identificação do conteúdo dessas categorias na ordem constitucional e, especialmente, das suas relações de interdependência. Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio. Tendo em vista as interconexões e interdependências dos princípios e regras, talvez não seja recomendável proceder-se a uma distinção entre essas duas categorias, fixando-se um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional.⁴³⁸

Por fim, a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão tem seu núcleo na mora legislativa. Deve ser apresentada e comprovada a *inertia deliberandi*.⁴³⁹ Além disso, deve essa inércia ter por objeto a complementação de determinada norma constitucional de eficácia limitada, de modo que não é qualquer inércia, mas a inércia na produção de *ato determinado*.

Lineada a questão para o plano da causa de pedir, constata-se que o fato (negativo) a ser evidenciado como objeto da problemática e, portanto, considerado como causa de pedir remota é a inércia daquele que deveria realizar determinado ato

⁴³⁸ ADPF 33-MC, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 29-10-03, DJ de 6-8-04.

⁴³⁹ ADI 3682, Relator: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2007.

normativo complementar do preceito constitucional. Por este motivo, é necessário indicar qual o ato determinado que deveria ser realizado, ou seja, apontar o parâmetro constitucional indicador da norma de eficácia limitada a ser plenamente tornada eficaz. Assim como nas outras situações, o desvalor caracterizado pela desconformidade do ato omissivo em face do texto constitucional especificamente dotado de eficácia limitada representará a causa de pedir próxima.

Por esse motivo, em termos simplificados, somente poderá o Supremo Tribunal Federal declarar o estado de mora legislativa em relação à norma de eficácia limitada apontada na petição inicial da ação, pois a omissão legislativa (ou administrativa) deve-se na criação *daquela norma* pontual. Isto não significa dizer que o Tribunal fica adstrito às razões constitucionais vinculadas pelo autor, já que, das questões constitucionais, há ampla margem de cognição pela Corte.

4.2.2 A questão da causa de pedir aberta no âmbito da ação declaratória de (in)constitucionalidade

Para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade é necessário que o autor indique, além do pedido com as suas especificações, o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações (art. 3º da Lei 9.868/99). Por esta razão, já decidiu o Tribunal ser necessária a demonstração dos fundamentos em relação ao pedido, não bastando alegação genérica.⁴⁴⁰

Por outro lado, a jurisprudência da Corte consolidou o entendimento de que “apesar de exigir-se que a petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade indique pontualmente os fundamentos do pedido (causa petendi), sob pena de ser declarada inepta, o Supremo Tribunal Federal não tem sua atividade cognitiva limitada aos argumentos invocados pelo legitimado ativo”.⁴⁴¹

Isto significa dizer, em outras palavras, que a Corte não está impedida de se debruçar sobre fundamentos não invocados pela parte quando do exame acerca da

⁴⁴⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 272.

⁴⁴¹ ALMEIDA, Beatriz Monzillo de. A causa de pedir aberta nas ações diretas de inconstitucionalidade. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, v. 13, n. esp., p. 316-342, dez. 2005. Disponível em: <<http://www.fesmpdft.org.br/>>. Acesso em maio de 2011.

inconstitucionalidade de determinada norma. A este fenômeno, doutrina e jurisprudência atribuem o nome de “princípio da causa de pedir aberta” ou apenas “causa petendi aberta” nas ações diretas. A esse respeito, leciona Gilmar Mendes: “É interessante notar que, a despeito da necessidade legal da indicação dos fundamentos jurídicos na petição inicial, não está o STF a eles vinculado na apreciação que faz da constitucionalidade dos dispositivos questionados (princípio da causa petendi aberta)”.⁴⁴²

Trata-se, com efeito, de postura que remonta a antigos debates entre Moreira Alves, Sydney Sanches e Néri da Silveira.⁴⁴³ Moreira Alves chegou a invocar o argumento em diversas oportunidades para supostamente ampliar o objeto de sua cognição e trazer argumentos substanciais para se aferir a inconstitucionalidade de determinadas normas, mesmo quando a matéria não era apontada pelas partes. Nessa linha, em exame cautelar da ação declaratória n.º 1606, sustou os efeitos de emenda à Constituição do estado de Santa Catarina que poderia significar violação à separação dos poderes – tema não abordado pelas partes na petição inicial.⁴⁴⁴

Também na história do Tribunal há jurisprudência no sentido de não conhecimento de ação declaratória que apenas inova na argumentação jurídica ao requerer a declaração de inconstitucionalidade. Merece transcrição a seguinte passagem do voto condutor, lavrado pelo então Ministro Octávio Galotti:

De toda a sorte, é, notoriamente, aberta nas ações diretas de inconstitucionalidade a causa de pedir, sempre presumivelmente dirimida perante todo o contexto da Carta Federal, não cabendo pois, a reapreciação da legitimidade da mesma lei, diante da abordagem inovada cada vez, pelo mesmo ou outro autor. Justamente por isso é chamado de abstrato o sistema de controle jurisdicional aqui utilizado.⁴⁴⁵

Ainda nos anais da historicidade jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Sydney Sanches deferiu medida cautelar em ação declaratória com fundamento na violação dos dispositivos constitucionais reguladores da previdência social (art. 201 e seguintes da Constituição Federal), quando, ao revés, a parte autora havia utilizado

⁴⁴² MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*, op. cit., p. 272.

⁴⁴³ ADI 1749, Relator(a): Min. Octavio Gallotti, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, julgado em 25/11/1999.

⁴⁴⁴ ADI 1606 MC, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 18/09/1997.

⁴⁴⁵ ADI 1967 MC, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Tribunal Pleno, julgado em 24/03/1999.

como parâmetro de constitucionalidade os dispositivos reguladores da Administração Pública (art. 37 e seguintes da Constituição Federal), por que:

Como é sabido, na ação direta de inconstitucionalidade, cujo processo é objetivo, sem partes propriamente ditas, o Supremo Tribunal Federal, no cumprimento de sua missão política de guardião da Lei Maior da República, não está cerceado por limites meramente processuais, como os relacionados com a "causa petendi", que se observam, em princípio, na solução de lides "inter partes" e no exercício do dever de prestar jurisdição.

Assim, os fundamentos da inicial, que, em princípio, no processo jurisdicional, integram a "causa petendi", podem ser desconsiderados na ação direta de inconstitucionalidade, e, em seu lugar, adotados outros, segundo o entendimento da Corte.⁴⁴⁶

Na jurisprudência recente do Tribunal, também há julgados que corroboram o poder da Corte para se debruçar sobre todo e qualquer fundamento jurídico a respeito da inconstitucionalidade de determinada norma, como apontado pela Ministra Ellen Gracie na seguinte passagem:

A cognição do Tribunal em sede de ação direta de inconstitucionalidade é ampla. O Plenário não fica adstrito aos fundamentos e dispositivos constitucionais trazidos na petição inicial, realizando o cotejo da norma impugnada com todo o texto constitucional. Não há falar, portanto, em argumentos não analisados pelo Plenário desta Corte, que, no citado julgamento, esgotou a questão.⁴⁴⁷

Também de relatoria da Ministra Ellen Gracie, a ação declaratória de inconstitucionalidade n.º 3.576 atacou lei gaúcha que concedera créditos presumidos de ICMS. A ação foi fundada na inconstitucionalidade proveniente da violação do art. 155, §2º, XII, g, da Constituição Federal, mas a declaração de inconstitucionalidade fundou-se no art. 167, IV, do texto constitucional.⁴⁴⁸

O panorama geral apresentado evidencia que o Supremo Tribunal Federal possui uma série de precedentes favoráveis ao emprego de *fundamentos constitucionais*

⁴⁴⁶ ADI 1358 MC, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/1995.

⁴⁴⁷ AI 413210 AgR-ED-ED, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 24/11/2004. No mesmo sentido: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CPMF. CONSTITUCIONALIDADE. O Plenário desta colenda Corte, ao julgar a ADI 2.031, rejeitou todas as alegações de inconstitucionalidade do caput e dos §§ 1º e 2º do art. 75 do ADCT, introduzidos pela Emenda Constitucional 21/99. Isto porque as ações diretas de inconstitucionalidade possuem causa de pedir aberta. É dizer: ao julgar improcedentes ações dessa natureza, o Supremo Tribunal Federal afirma a integral constitucionalidade dos dispositivos questionados (Precedente: RE 343.818, Relator Ministro Moreira Alves). Embargos de declaração rejeitados (RE 372535 AgR-ED, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 09/10/2007).

⁴⁴⁸ ADI 3576, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 22/11/2006.

diversos dos invocados pelas partes para declarar a inconstitucionalidade do ato ou da norma atacada. Todavia, isto nem de longe significa que o tema esteja blindado de ataques e controvérsias. Assim, por ocasião do julgamento da ação direta n.º 2.182, “a Corte rejeitou a possibilidade de o Tribunal – superada a questão pertinente à inconstitucionalidade formal da lei – apreciar os aspectos conducentes ou não da inconstitucionalidade material”.⁴⁴⁹ A Assessoria de Imprensa do Tribunal destacou:

Considerou-se o fato de a petição inicial abordar somente o vício formal, não atendendo à exigência, feita pela Corte, de análise mínima quanto a vício material e, ressaltando a singularidade do caso concreto, haja vista que a lei em questão constitui um verdadeiro subsistema, afirmou-se que a **causa de pedir aberta** do processo objetivo de constitucionalidade não poderia ser levada às últimas consequências, sob pena de comprometer-se o Tribunal a um exame que seria impossível em relação a determinadas leis.⁴⁵⁰

O caso em exame suscitou amplo debate entre os ministros. Cinco magistrados votaram favoravelmente à avaliação da inconstitucionalidade em todos os seus aspectos (material e formal), mas a tese sucumbiu à maioria.⁴⁵¹

Por ser paradigmático, o julgamento merece destaque. Na ação, proposta pelo já extinto Partido Trabalhista Nacional em 30 de março do ano 2000, pleiteava-se a inconstitucionalidade formal da Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa). Alegava-se, em síntese, a irregularidade havida no processo legislativo e se requereu, portanto, a declaração de inconstitucionalidade da integralidade da lei. A relatoria foi atribuída ao Ministro Marco Aurélio Mello.

Em maio de 2007 o feito foi submetido ao plenário e, após relatar o feito, o Ministro deferiu a ação para declarar a inconstitucionalidade por vício formal da legislação. Após breve debate, entretanto, o Relator suscitou perante os demais membros da corte Questão de Ordem interrogando se a inconstitucionalidade material da lei – matéria não arguida na petição inicial – poderia objeto de cognição pela Corte no bojo daquela ação. Ou seja, indagou aos demais se o Supremo Tribunal Federal poderia adentrar no exame da inconstitucionalidade material ainda que não apresentados fundamentos jurídicos nesse sentido pelo autor da ação.

⁴⁴⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*, op. cit., p. 273.

⁴⁵⁰ Informativo, n.º 471.

⁴⁵¹ Votaram a favor de um exame em face do toda a Constituição: Eros Grau, Cezar Peluso, Celso de Mello, Gilmar Mendes e Ellen Gracie.

Adiantando o seu posicionamento, o Ministro Marco Aurélio destacou que não havia na petição inicial qualquer menção a vícios materiais. Apontou ainda que o pedido seria de declaração de inconstitucionalidade por vício formal e não pedido de declaração de inconstitucionalidade (mais amplo que o primeiro). Destacou que, ainda que a matéria pudesse ser enfrentada, pela jurisprudência da Corte, a parte deveria ser intimada para emendar a inicial e indicar quais os dispositivos violadores da Constituição e, ainda, na inusitada situação dos autos, a parte autora não mais existia (o PTN já fora extinto, prosseguindo a ação porque a legitimidade ativa é auferida da data da propositura da ação). A propósito de seu voto, vale destacar a seguinte passagem:

Algo diverso é formular-se pedido único de declaração da inconstitucionalidade ante o vício formal, levando em conta o defeito de forma, e, sem a abordagem analítica que esta Corte tem exigido quanto ao vício material, partir-se para o exame desse mesmo vício. A petição é silente a respeito, e, então, se marchássemos para a conclusão sobre a abrangência maior esbarraríamos em precedentes quanto à necessidade de o autor da ação direta de inconstitucionalidade analisar, minimamente – e aqui não há qualquer análise –, a questão sob o ângulo do maltrato à Carta da República, considerado o vício material.

Gilmar Mendes encabeçou a tese contrária. Trouxe amplo voto acerca da historicidade da causa de pedir no âmbito do controle abstrato. O Ministro destacou que a causa de pedir é aberta, ficando o Tribunal adstrito ao pedido que, naquele caso, era de inconstitucionalidade da integralidade da lei atacada. Apontou que a jurisprudência da Corte autorizaria, e obrigaria, que o Supremo Tribunal Federal analisasse a inconstitucionalidade da norma atacada em face de toda a Constituição, não se restringindo aos fundamentos da petição inicial, nem às modalidades distintas de inconstitucionalidade (formal ou material):

Importante ressaltar que esse entendimento decorre de um imperativo de segurança jurídica. A decisão pela constitucionalidade ou pela inconstitucionalidade de determinada norma constitui pronunciamento definitivo do Tribunal tendo em vista a ordem constitucional como um todo. Esse é o pressuposto da impossibilidade de revisão ou de nova submissão da questão constitucional ao crivo da Corte.

Todos sabemos — e isso também advém da prática jurisprudencial do Tribunal — que não cabe recurso ou ação rescisória no processo objetivo de controle de constitucionalidade. Temos admitido apenas os embargos de declaração para sanar eventual omissão, obscuridade ou contradição da decisão. Se passarmos a admitir que a declaração de inconstitucionalidade, ou de constitucionalidade, está vinculada aos fundamentos utilizados pela petição inicial, estaremos a permitir a instauração da insegurança jurídica. Imagine-se, nessa hipótese, que a própria publicação da decisão no Diário Oficial teria que fazer

expressa menção aos parâmetros constitucionais em que o Tribunal se baseou.

Também o Ministro Eros Grau perfilhou a trilha de Gilmar Mendes e, em acurado voto, destacou que:

Seja porque há uma quantidade muito grande de processos sob os nossos olhos, seja porque, cabendo a nós a última palavra no exame da constitucionalidade, não se justifica que se faça de conta que não se viu uma determinada inconstitucionalidade por conta de um aspecto formal. Isso que estou propondo resulta da evolução das circunstâncias. Diria que, seguramente, os livros que foram escritos até agora a respeito do controle de constitucionalidade tem de ser diuturnamente revistos. Porque não apenas a realidade tem se transformado, mas também o nosso modo de ver a realidade se transforma.

De modo que proponho simplesmente isto: que o Tribunal cumpra com mais vigor - com rigor, ele sempre cumpriu - a sua tarefa, a sua função.

Sepúlveda Pertence, cuja orientação sempre fora pela adoção da causa de pedir aberta nas ações declaratórias, reputou a necessidade de afastar o princípio no caso concreto. Confira-se a posição do Ministro:

Obviamente, sempre afirmei a chamada causa petendi aberta no processo objetivo de inconstitucionalidade, mas o caso de uma lei que é um pequeno subsistema na ordem jurídica mostra que esse princípio não pode ser levado às suas últimas consequências, sob pena de — precisamente porque adotamos a ação direta de constitucionalidade quanto a ação declaratória de constitucionalidade como ações dúplices - comprometer-se o Tribunal a um exame, que é impossível, em determinadas leis, e mais, impor, com efeito vinculante, um exame que, na realidade, não foi feito, ou não pode ser feito, em muitas circunstâncias.

A meu ver, a restrição está na exigência do mínimo de fundamentação, sob pena de instaurar-se um grande risco, uma grande objeção ao controle abstrato de constitucionalidade, que é a ditadura da Corte constitucional, um verdadeiro exame de ofício da inconstitucionalidade material de uma lei, quando só se discutiu em todo o processo a higidez do processo legislativo.

Cezar Peluso também bem anotou o tema:

Do ponto de vista teórico, não há nenhuma limitação, não há nada. Antes, a confusão que se faz, aqui, envolve dificuldade inconsciente ligada à concepção de causa de pedir. Causa de pedir é categoria jurídico-processual criada no âmbito dos processos subjetivos e não corresponde à questão de qual é a norma jurídica aplicável ao caso. Aliás, há formosa tese sobre isso, do Professor Barbosa Moreira, e cujo título é "A conexão de Causas como Fundamento da Reconvenção", em que conclui que causa de pedir, no processo subjetivo, são apenas os fatos fundantes do pedido. E esses não podem

ser modificados, porque são o objeto da prova. Por isso, o Tribunal não pode levar outras em consideração; por isso a causa de pedir é, de certo modo, sagrada no processo subjetivo. Usa-se a mesma expressão em relação ao processo objetivo, onde nenhuma lide existe, só por metáfora. Na verdade, o que se exige, no processo objetivo, é pura e simplesmente, por não haver nenhum outro fato, senão o da existência aparente da lei ou da norma jurídica, confronta-la com a Constituição. Esta é a tarefa do Tribunal: velar pela guarda da Constituição, ou seja, saber se a norma jurídica está, ou não, de acordo com o ordenamento como um todo, até para que não se criem categorias de juízos provisórios de constitucionalidade e de inconstitucionalidade.

Pelas razões acima expostas, Peluso concordou com a tese de Gilmar Mendes, mas não deixou de acordar com aquilo que Sepúlveda Pertence acusara em seu voto. De fato, a questão não seria teórica, mas sim de ordem prática. Realizar o exame da inconstitucionalidade da integralidade daquela norma no bojo daquela ação, não seria prático.

Por fim, restou consolidada a decisão, por seis a cinco, de que a inconstitucionalidade material da Lei de Improbidade Administrativa não poderia ser analisada naqueles autos e deveria ser objeto de ação própria. Afastada, portanto a causa de pedir aberta, conforme a ementa que consolidou o posicionamento de Sepúlveda Pertence:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. 1. QUESTÃO DE ORDEM: PEDIDO ÚNICO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DE LEI. IMPOSSIBILIDADE DE EXAMINAR A CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. 2. MÉRITO: ART. 65 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI 8.429/1992 (LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA): INEXISTÊNCIA. 1. Questão de ordem resolvida no sentido da impossibilidade de se examinar a constitucionalidade material dos dispositivos da Lei 8.429/1992 dada a circunstância de o pedido da ação direta de inconstitucionalidade se limitar única e exclusivamente à declaração de inconstitucionalidade formal da lei, sem qualquer argumentação relativa a eventuais vícios materiais de constitucionalidade da norma. 2. Iniciado o projeto de lei na Câmara de Deputados, cabia a esta o encaminhamento à sanção do Presidente da República depois de examinada a emenda apresentada pelo Senado da República. O substitutivo aprovado no Senado da República, atuando como Casa revisora, não caracterizou novo projeto de lei a exigir uma segunda revisão. 3. Ação direta de inconstitucionalidade improcedente.⁴⁵²

⁴⁵² ADI 2182, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 12/05/2010.

Merece crítica, entretanto, a decisão, porque: (a) não só deixou de aplicar o “princípio da causa de pedir aberta” consagrado na jurisprudência da Corte – o que, em termos de técnica decisional implicaria um alto grau de responsabilidade argumentativa para fins de apresentar as razões justificadoras da não aplicação da orientação do Supremo Tribunal Federal – como também (b) teve como pedra de toque a noção segundo a qual “por razões práticas” o Tribunal poderia deixar de analisar determinada questão constitucional. Sucumbiu, neste particular, ao utilitarismo a decisão tomada.

Além dos dois argumentos acima levantados (a + b), acrescente-se que a decisão não solucionou em definitivo a questão, na medida em que, atualmente, já tramita no Supremo Tribunal Federal a ADIN 4.294, proposta pelo Partido da Mobilização Nacional, questionando (materialmente) uma série de dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa. O último movimento processual da ação foi em dezembro de 2009⁴⁵³, com o recebimento de informações pelo Senado Federal, de modo que não há sinalização de que o julgamento esteja próximo de ser concluído.

Com efeito, a ação direta n.º 2.182 foi paradigmática para o estabelecimento de que o fenômeno da causa de pedir aberta teria *limites práticos*, não podendo ser “levado às últimas consequências”.

Outra ação que merece análise, pela ampla controvérsia travada, é a de n.º 4.071. No caso, o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) pleiteou a declaração de inconstitucionalidade do art. 56 da Lei 9.430/96, o qual determina que as sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada passam a contribuir para a seguridade social com base na receita bruta da prestação de serviços, observadas as normas da Lei Complementar 70/91. Todavia, a Corte indeferiu a petição inicial com fulcro no art. 4º da Lei 9.868/99⁴⁵⁴, porquanto a matéria já teria sido objeto de declaração de constitucionalidade pelo Plenário do Supremo quando do exame dos recursos extraordinários n.º 377.457/PR e 381.964/MG.

Os Ministros Marco Aurélio, Ayres Britto e Eros Grau foram contrários a tese, justamente pela razão de que, enquanto no recurso extraordinário a cognição do Tribunal fora limitada pelos fundamentos invocados pelas partes, no bojo do controle abstrato seria possível realizar um exame da norma atacada em face de todo o texto

⁴⁵³ Consultar: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3751870>>, acesso em 29.02.2012.

⁴⁵⁴ Art. 4º A petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator. Parágrafo único. Cabe agravo da decisão que indeferir a petição inicial.

constitucional, já que a ação declaratória possuiria a causa de pedir aberta. Assim, o pronunciamento do Tribunal poderia levar em conta outros artigos da Constituição Federal, os quais não examinados nos processos subjetivos em que prolatadas as decisões a consubstanciarem os precedentes. Restou, então, assim ementado o caso:

Agravo regimental. Ação direta de inconstitucionalidade manifestamente improcedente. Indeferimento da petição inicial pelo Relator. Art. 4º da Lei nº 9.868/99. 1. É manifestamente improcedente a ação direta de inconstitucionalidade que verse sobre norma (art. 56 da Lei nº 9.430/96) cuja constitucionalidade foi expressamente declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, mesmo que em recurso extraordinário. 2. Aplicação do art. 4º da Lei nº 9.868/99, segundo o qual "a petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator". 3. A alteração da jurisprudência pressupõe a ocorrência de significativas modificações de ordem jurídica, social ou econômica, ou, quando muito, a superveniência de argumentos nitidamente mais relevantes do que aqueles antes prevalecentes, o que não se verifica no caso. 4. O *amicus curiae* somente pode demandar a sua intervenção até a data em que o Relator liberar o processo para pauta. 5. Agravo regimental a que se nega provimento (ADI 4071 AgR, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 22/04/2009, DJe-195 DIVULG 15-10-2009 PUBLIC 16-10-2009 EMENT VOL-02378-01 PP-00085 RTJ VOL-00210-01 PP-00207).

Esta última ação demonstra a *total ausência de coerência do Supremo Tribunal Federal quanto ao trato da causa de pedir*. Aponta-se que, no recurso extraordinário, a Corte somente pode balizar o seu julgamento conforme os fundamentos jurídicos trazidos pelas partes; ao mesmo tempo, a decisão do recurso extraordinário (que não é exauriente quanto ao confronto da norma com a Constituição Federal) tem o condão de obstaculizar o acionamento do controle abstrato! Em outras palavras, declara-se (in)constitucional determinada norma sem que se aprecie todo o seu desvalor com o texto constitucional e, *a posteriori*, a questão não pode ser revista em ação própria, ainda que com argumentos distintos (invocação de outros dispositivos da Constituição que fossem violados) e com *diferentes efeitos jurídicos possíveis*. Cria-se, assim, um inusitado “efeito preclusivo” da decisão tomada no recurso extraordinário, cuja eficácia é, de regra, *inter partes*, para atingir inclusive ações diretas.

Bem colocados os termos do problema, percebe-se, que o Supremo Tribunal Federal ou desconhece ou seu papel (supra 2.2) ou jamais se preocupou com os elementos que compõem a causa de pedir (supra 3.2). Ora, na sua competência fiscalizadora do ordenamento jurídico, zelando pela constitucionalidade de todo e

qualquer ato público (em especial o espectro normativo objetivo) cabe à Corte verificar a compatibilidade deste ato com o texto constitucional.

A existência no ordenamento (o ser) do ato tido por inconstitucional é contrastada com a Constituição e a própria desconformidade da lei com o texto da Carta Política provoca a incidência da inconstitucionalidade. É essa desconformidade que opera como nexo de causalidade entre o existir da norma e o pedido de declaração de inconstitucionalidade da mesma.

Por este motivo, o dever do Supremo Tribunal Federal sempre será de confrontar o ato atacado com a Constituição como um todo e não com os dispositivos constitucionais invocados pela parte legitimada a propor a ação direta. Aliás, isto é o mesmo que ocorre em todo e qualquer processo desde os mais profundos rincões do país até a Suprema Corte: o magistrado não está vinculado aos fundamentos jurídicos apontados pela parte. Antes: *iura novit curia*.⁴⁵⁵

Como já demonstrado (supra 3.2.5), os fundamentos jurídicos não fazem parte da causa de pedir. Assim, aquilo que a doutrina em uníssono som invoca como uma abertura da demanda de inconstitucionalidade (ou “princípio” da “causa de pedir aberta”) não representa outra coisa senão uma atribuição típica da função jurisdicional, pois, ao juiz sempre será devido observar a situação concreta em face da Constituição e do ordenamento jurídico como em todos os seus aspectos. De igual modo, a análise acerca da inconstitucionalidade passa por um exame de toda a Carta Política. Não há causa de pedir aberta nas ações diretas; antes, há dever de fundamentação conforme a Constituição.

Por estas razões, também não deveria ser possível que o Tribunal declarasse a lei *meio* constitucional, ou *mais-ou-menos* constitucional, como o fez por ocasião do julgamento da citada ADIN n.º 2.182, na qual simplesmente não adentrou no mérito da inconstitucionalidade material por “questões de ordem prática”. Esta forma de ruptura evidencia claramente o descomprometimento da Corte com a sua própria história judicante – o que certamente dá azo a possível insegurança jurídica.

⁴⁵⁵ É totalmente *equivocada*, portanto, a seguinte conclusão: “A partir de uma tradução literal do postulado *iura novit curia*, poder-se-ia pensar que se trata de instituto jurídico com implicações processuais idênticas às do princípio da causa de pedir aberta. Tal inferência, contudo, não se afigura correta, pois, conforme se viu ao longo deste tópico, o postulado *iura novit curia* pressupõe que a causa petendi seja composta pelos fatos e fundamentos jurídicos do pedido, diferentemente do que ocorre nas ações diretas de inconstitucionalidade, cuja causa petendi, conforme se viu, abrange apenas os fundamentos jurídicos do pedido.” (ALMEIDA, Beatriz Monzillo de. *A causa de pedir aberta nas ações diretas de inconstitucionalidade*, op. cit.)

A questão aqui, como veneno, se alastra pelas artérias e atinge os órgãos vitais da jurisdição, pois, são os limites atribuídos à demanda que irão afetar a extensão da coisa julgada, a possibilidade de emenda ou não da petição inicial, o indeferimento liminar do pedido, a cumulação e a união de ações (todos temas aqui não explorados mas que irão sofrer *influência direta* em decorrência da causa de pedir). Para exemplificar, o próprio Supremo Tribunal Federal já reconheceu que, em virtude da causa de pedir aberta, todas as alegações de inconstitucionalidade se reputam superadas, de modo que, ao julgar a ação de inconstitucionalidade, o Tribunal fica impossibilitado de rever o seu posicionamento.⁴⁵⁶ Nos exemplos anteriormente mencionados, os efeitos (muitas vezes perniciosos) da “causa de pedir aberta” puderam também ser visualizados com clareza.

Também deve ser considerado que não há causa de pedir que não possua esteira em uma situação de fato. O desvalor da norma com a Constituição não ocorre de maneira totalmente abstrata, mas sim em um determinado contexto social-histórico.

Por isso, a hermenêutica de matriz fenomenológica pode contribuir para a elucidação dessa problemática, uma vez que o processo de interpretação é sempre produtivo (*Sinngebung*), e não meramente reprodutivo (*Auslegung*). Uma lei pode ser constitucional em um dado momento histórico e inconstitucional em outro. Mergulhando no rio da história, o intérprete poderá atribuir outro sentido ao texto. Observe-se, aliás, que essa ideia já faz escola no Direito brasileiro, o que se pode perceber pela decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do habeas Corpus nº 70.514-RS, onde ficou assentado que uma determinada lei ainda era constitucional, mas que estava a caminho da inconstitucionalidade. Correto, porque, como bem define Heidegger, ser é tempo e tempo é ser. o tempo é possibilidade de conhecer! Isso mostra, também, a superação da antiga discussão acerca da polêmica *voluntas legis* e *voluntas legislatoris*.⁴⁵⁷

Assim, desmistificada a ideia de “causa de pedir aberta” e bem colocada a estrutura da causa petendi – inclusive apresentada a possibilidade de sua aplicação ao âmbito do controle realizada no processo “objetivo” de inconstitucionalidade – resta indagar quais seriam as implicações dessa contribuição para outros institutos da fiscalização abstrata. Mas daí se estaria a promover um exame em torno das consequências e não mais da causa.

⁴⁵⁶ ALMEIDA, Beatriz Monzillo de. *A causa de pedir aberta nas ações diretas de inconstitucionalidade*, op. cit.

⁴⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*, op. cit., p. 569.

Fica, assim, a possibilidade de reflexão, e aberto o debate, acerca do objeto das ações de inconstitucionalidade na dimensão de seus resultados concretos, ou seja, em torno das consequências do trato dado à causa de pedir na atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro.

CONCLUSÃO

Buscou-se a analisar a causa de pedir desde uma perspectiva consentânea com as mudanças paradigmáticas da atualidade e circunscrita às situações de sua manifestação na juridicidade concreta da Corte Suprema brasileira. A interrogação que serviu de fio-condutor para as indagações pretendeu responder se seria hermeneuticamente adequado o entendimento hodierno da Corte que atribui um sentido mais elástico para a causa de pedir no âmbito da fiscalização abstrata de constitucionalidade, mas que, na esfera da fiscalização concreta, restringe a sua compreensão.

Para responder a tal indagação, foi apresentada, na *primeira parte* desta obra, a conformação do Poder Judiciário na atualidade, através de premissas hauridas da Teoria do Direito e da Teoria do Estado, bem como através de um exame perfunctório da função da jurisdição constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Pretendeu-se demonstrar que a Jurisdição dos dias atuais não escapa das mudanças ocorridas nos planos da estrutura estatal e do conhecimento jurídico.

Assim, o *primeiro capítulo* teve por escopo, no que diz respeito à Teoria do Estado (supra 1.1), demonstrar que as vetustas compreensões promovidas pelo Estado Liberal Clássico foram superadas pelo Estado Democrático de Direito presente na Constituição Federal de 1988. As características desta forma de Estado são transpostas para todos os Poderes, de modo que inclusive a Jurisdição se torna pautada pelas noções de: (a) transformação social; (b) direcionamento (dirigismo constitucional); (c) participação e (d) realização de direitos. Obviamente isto não exaure o conteúdo do Estado Democrático, mas contribui com a necessidade de o plano jurisdicional ser, também, crucial na busca pelas promessas constitucionais.

Além disso, no que diz respeito à Teoria do Direito, ainda no primeiro capítulo, surgiu a Crítica Hermenêutica do Direito (supra 1.2) para desvelar o fato de que a compreensão (até no mundo jurídico) não se desapega da interpretação. A partir da compreensividade filosófica do ser-no-mundo e da reapreensão da pré-compreensão no âmbito do sujeito intérprete, a intersubjetividade se (re)compõe e assegura o ingresso do outro em qualquer debate jurídico. Mais do que isso, a própria posição do sujeito no discurso é redimensionada e a dialética em torno da necessidade de questionar o objeto da compreensão (mesmo o não textual) e estabelecer sempre a dúvida em torno daquilo que é colocado dá azo a uma postura filosoficamente hermenêutica (pois a hermenêutica se torna existencial). Isto traz sérias consequências para o fenômeno jurídico, pois

permite repudiar posições que dizem respeito exclusivamente para com o indivíduo que toma a decisão (decisionismo, subjetivismo, solipsismo) e implica um necessário reforço à exposição das razões que justificam determinada postura e que, portanto, respondem (no sentido filosófico) a alguma pergunta previamente apresentada na quadratura da resposta; noutras palavras, o dever de justificação surge como forma de se assegurar a demonstração de que o produto do conhecimento foi efetivamente fruto de uma dialética discursiva.

Na sequência, o *segundo capítulo*, ainda voltado à dimensão estrutural da Jurisdição, objetivou apresentar a função da *jurisdição constitucional*; especialmente aquela que compete ao Supremo Tribunal Federal (supra 2.1). Para tanto, apresentou-se o tensionamento moderno entre o Poder Judiciário e os demais poderes, bem como a sua crescente postura substantiva. Antes, no entanto, foi demonstrado que o conceito de jurisdição constitucional deve ser compreendido em uma visão ampla, pois, não há, em tempos de Constitucionalismo Contemporâneo, realização judicial que não seja fundada nas premissas estabelecidas pelo texto da Constituição. Noutras palavras: toda a jurisdição é jurisdição constitucional e todos os órgãos jurisdicionais realizam, em cada ato judicante, a fiscalização acerca da constitucionalidade de determinado ato jurídico.

Entrementes, esta postura vai corroborada pela própria estrutura do controle de constitucionalidade brasileiro, sucintamente apresentado no capítulo dois (supra 2.2), congregando elementos da *common law*, o controle difuso de constitucionalidade, normalmente realizado perante o caso concreto e por qualquer órgão do Poder Judiciário, e traços da *civil law*, o controle concentrado de constitucionalidade, marcado pela presença de um órgão de cúpula destinado a julgar ações específicas e desprovidas de uma situação concreta de lesão. Ainda neste passo, se demonstrou que, seja qual for a forma pela qual há fiscalização em torno da constitucionalidade dos atos públicos, o Supremo Tribunal Federal surge como o último órgão decisional para a resolução da controvérsia. Cabe a ele a interpretação final em torno da Constituição.

Nesse passo, constatou-se que a Corte desenvolve uma função eminentemente pública, voltada a assegurar e preservar a unidade do direito, apontando, seja através de um caso concreto versado no recurso extraordinário, seja através de uma ação específica no âmbito do controle abstrato das normas, um norte interpretativo quanto ao (des)valor de determinado ato público frente à Constituição Federal.

Equivocada, portanto, a tendência brasileira em ampliar a força vinculante da jurisprudência sem levar em consideração a questão mais relevante de qualquer

precedente: a força de seus argumentos, a sua justificativa jurídica aplicável a casos similares. Desprestigia-se, assim, o ponto mais importante de qualquer busca de unidade e que diz respeito à fundamentação das decisões.

Estabelecidos os alicerces mínimos para a discussão em torno da *causa petendi*, a *segunda parte* do trabalho buscou analisar a manifestação do tema na ciência processual para, então, indagar da sua concreção no âmbito da judicância da Suprema Corte brasileira.

O *terceiro capítulo* foi, então, voltado a delinear a causa de pedir no seu problemático relacionamento com o objeto litigioso do processo e no que diz respeito aos seus limites epistemológicos (seu conteúdo para a ciência do Direito Processual Civil). Assim, pretendeu-se sintetizar a ligação entre causa de pedir e objeto litigioso do processo (supra 3.1) para que se pudesse reconhecer se a causa petendi pode ser considerada como uma das facetas do objeto litigioso que foi, aqui, empregado como sinônimo de pretensão processual e mérito da causa. Assentou-se, de maneira não conclusiva, que a causa de pedir pode ser vista, ao lado do pedido, como integrante do objeto litigioso do processo. Esta conclusão, entretanto, apenas foi reconhecida para fins de tomada de posição, pois, na realidade, constatou-se a necessidade de um estudo muito mais profundo em torno do tema. Aliás, consigne-se que a *pretensão processual* é, e muito provavelmente continuará sendo por muito tempo, o tema mais polêmico da Ciência Processual.⁴⁵⁸

Após, viu-se a problemática em torno dos elementos que caracterizam a causa de pedir (supra 3.2), demonstrando-se, ao final (supra 3.2.5), o seguinte: a) na delimitação do conteúdo da causa de pedir, é visível a distinção entre a teoria da individuação e a teoria da substanciação; b) para a teoria da substanciação, a causa petendi possui dois elementos: os fatos afirmados e a caracterização jurídica de tais fatos; c) para a teoria da individuação, a causa de pedir possui apenas um elemento: a caracterização jurídica (relação jurídica); d) há, na realidade, interpenetração entre ambas as teorias, já que a

⁴⁵⁸ Não é à toa, como foi afirmado no capítulo 3, que quase todos os grandes juristas da disciplina se debruçaram sobre o problema. A pretensão processual possui raízes tão profundas e tantas capas de sentido, construídas ao longo de anos de estudos (acertos e desacertos), que necessitam ser descobertas para a sua compreensão adequada que este estudo não poderia, sob pena de desvirtuamento de seu objeto, adentrar. Acrescente-se, entretanto, que se trata de tema que merece, deveras, muita reflexão, notadamente em face da compreensão jurídica contemporânea. Aliás, calha recordar que a estrutura científica do processo (seus conceitos, seus institutos, seu instrumental) ainda não se amoldou às contingências da sociedade, quanto mais das propostas apresentadas por este estudo em sua parte inicial (supra 1). Tudo isso evidencia um manancial de profícuas discussões para se (re)pensar o Direito Processual Civil, em especial a Teoria Geral dos Processos nestes (novos) tempos.

questão pode ser faticamente substanciada e juridicamente individualizada (Fairen Guillen); e) no Direito brasileiro, o fato constitutivo deve integrar a *causa petendi*. Trata-se de postura que valoriza a necessária aproximação entre direito material e direito processual; fato e norma; f) aceita a aproximação (desconstrução) das teorias, os elementos componentes da causa de pedir são dois: substrato de fato (fundamentação fática, causa de pedir remota) e caracterização jurídica (fundamentação jurídica, causa de pedir próxima); g) causa de pedir remota é aquela relacionada com o fato ou conjunto de fatos dos quais resulta o direito alegado pelo autor. Ela se decompõe em ativa (fatos constitutivos) e passiva (fatos lesivos ou ameaçadores da situação afirmada); h) causa de pedir próxima é aquela que representa o elemento de ligação entre os fatos jurídicos e o pedido. É a “conclusão, retirada dos fatos, da qual decorre o *petitum*”; i) não são elementos da causa de pedir os fundamentos jurídicos (fundamento legal) nem a qualificação jurídica (*nomen iuris*); j) o magistrado não fica adstrito aos fundamentos jurídicos invocados pelas partes, pois vigora no ordenamento jurídico o adágio *iura novit curia*. Ainda assim, deve sempre ser respeitado o contraditório prévio à decisão que se valha de fundamentos jurídicos distintos.

Com tais aportes, foi possível adentrar na parte final do trabalho, a saber, o *quarto capítulo*, voltado ao exame propriamente da causa de pedir no âmbito da atuação do Supremo Tribunal Federal. Para atingir com clareza tal desiderado, a questão foi ramificada conforme a atuação da Corte. Assim, o primeiro ponto examinado foi o problema da causa petendi no âmbito da fiscalização de constitucionalidade por via indireta (*incidenter tantum*) (supra 4.1). Nestas hipóteses o Tribunal mais se assemelha às Cortes de Cassação de modo que o recurso extraordinário apareceu como o elemento concreto para a análise da questão. Pode-se, neste particular, observar a existência de duas correntes.

Pela primeira delas: a) o recurso extraordinário é um prolongamento da relação processual de primeiro grau, destinado à resolução da controvérsia entre as partes e, prejudicialmente, cuida de assegurar a correta aplicação da Constituição através da questão constitucional veiculada pela parte. Assim, por se tratar de resolução de conflito individual, fica aplicável o princípio dispositivo, não podendo o Tribunal extrapolar daquilo que foi apontado pela parte como fundamento do seu pedido; b) a causa de pedir é interpretada como se relação privada houvesse, de sorte que a causa de pedir próxima deve apontar qual é a *questão* constitucional versada, não podendo o Supremo ampliar a contrariedade da norma com outros pontos do texto constitucional. A causa de

pedir aqui sofre uma orientação restritiva: é a violação a determinado artigo da Constituição e não a violação à *Constituição* (como um todo que o é).

Pela segunda corrente: a) o recurso extraordinário não é mero prolongamento da relação processual de primeiro grau, antes é um meio, um veículo, pelo qual o Supremo Tribunal Federal passa a se debruçar sobre determinada questão constitucional e, muito embora se trate de conflito individual, havendo exercício de jurisdição constitucional pelo último intérprete da Constituição, a resolução da controvérsia deixa de dizer respeito apenas às partes da relação processual, produzindo efeitos na comunidade jurídica; b) a causa de pedir, apesar de continuar estribada na relação *inter partes*, passa a ser interpretada de modo diverso, cabendo à parte apontar a violação da Constituição através da apresentação da incidência do dispositivo violador e podendo o Supremo Tribunal Federal indicar os dispositivos constitucionais violados sem que necessariamente sejam indicados pelo recorrente, pois, *iura novit curia*. Neste caso, a causa de pedir sofre uma orientação ampliativa (o relevante é a violação *da Constituição* e não de determinado dispositivo), mas também não pode ser considerada “aberta”, pois o Tribunal sempre estará atrelado à questão posta pela parte, podendo, apenas, encontrar argumentos jurídicos distintos dos invocados desde que presentes *no texto constitucional*.

Apresentados os dois posicionamentos, concluiu-se que, em face das premissas que informam a Jurisdição do Estado Democrático, notadamente em vista da finalidade pública exercida pela Corte Suprema, não se justifica, sob o ponto de vista único e exclusivo da estrutura da causa de pedir, uma leitura parcial, incompleta, da questão constitucional levantada pelas partes através do recurso extraordinário. Em outras palavras: ao julgar o recurso extraordinário o Supremo Tribunal Federal deveria analisar a questão tendo em vista a Constituição como um todo e não apenas a faceta do texto constitucional ventilada pelas partes. Esta posição, entretanto e como dito antes, tem amparo exclusivo na estrutura da causa petendi e não buscou aprofundar a problemática sob outros pontos de vista.⁴⁵⁹ Não se trata, na hipótese, de julgamento fora dos limites da lide, pois, os fundamentos jurídicos não integram a causa de pedir.

⁴⁵⁹ Não se pretendeu, portanto, questionar o problema sob outras óticas igualmente relevantes como aquele que diz respeito à estrutura recursal; às limitações formais do recurso extraordinário; o prequestionamento; a necessidade de repercussão geral, em geral, aliás, o juízo de admissibilidade, etc. Neste particular, fica em aberto o debate.

Feitas estas considerações, lançou-se o estudo sobre a questão da causa de pedir no âmbito da fiscalização por via direta (*principaliter tantum*) (supra 4.2). Nestes casos, o Supremo se apresenta de modo similar às Cortes Constitucionais.

A partir dos aportes teóricos ventilados no capítulo terceiro, foi evidenciada a estrutura da causa petendi em cada ação constitucional. Após, veio à tona novamente a problemática em torno do emprego de fundamentos jurídicos distintos daqueles apontados pelas partes para o julgamento das ações. Salientou-se que o Supremo Tribunal Federal possui uma jurisprudência predominante no sentido de permitir que a Corte se valha de fundamentos jurídicos não apontados pelas partes. Tal jurisprudência assentou a ideia segundo a qual a causa petendi nas ações de controle abstrato é aberta, existindo, portanto, um “princípio da causa de pedir aberta”.

Reputou-se inadequada essa jurisprudência sob o ponto de vista teórico, na medida em que, repise-se, os fundamentos jurídicos não fazem parte da causa de pedir. Isto não significa dizer que o Tribunal não pode buscar subsídios para a sua decisão em razões jurídicas diversas das invocadas pelas partes. Muito pelo contrário: quer dizer que é dever do Supremo Tribunal Federal, enquanto Tribunal último da interpretação das normas constitucionais, examinar a controvérsia em face da Constituição como um todo homogêneo. Como já exposto, a Constituição não se interpreta em pedaços, nem deveria ocorrer declaração de inconstitucionalidade incompleta, não ventilando-se certos argumentos. Isto traz sérias consequências práticas que, por vezes, nem mesmo o Tribunal constata, especialmente se se considerar a eficácia preclusiva da coisa julgada.⁴⁶⁰ Concluiu-se, portanto, que não há que se falar em “causa de pedir aberta” – se fosse aceita a assertiva, toda a causa de pedir seria aberta –, mas há que se reputar correta a possibilidade de a Corte decidir conforme argumentos jurídicos distintos daqueles esgrimidos pelas partes do processo.

Assumida a premissa acima, tem-se a resposta à pergunta antes lançada: não é adequado o entendimento do Supremo Tribunal Federal que atribui um sentido mais elástico para a causa de pedir no âmbito da fiscalização abstrata de constitucionalidade, mas que, na esfera da fiscalização concreta, restringe a sua compreensão. Sob a perspectiva técnica, a causa de pedir não possui diferença estrutural nos diferentes controles de constitucionalidade para justificar essa diferença. Sob o enfoque do papel do Tribunal, a função pública da Corte e o seu dever de zelar pela Constituição e,

⁴⁶⁰ Tema que não foi aqui objeto de estudo, mas que certamente merece reflexão, notadamente por dizer respeito às consequências da adoção das proposições aqui apresentadas.

especialmente, por assegurar a aplicação coordenada e conformada do Direito cobram uma atuação sempre completa por ocasião dos julgamentos, devendo o Tribunal assumir o seu dever fundamental de fundamentar adequadamente, refutando os argumentos inadequados e levantando todas as questões constitucionais que considere aplicáveis ao caso. Somente assim, com o fortalecimento do ônus de justificação das decisões da Corte é que se poderá assentar o advento legítimo do papel da Corte no Estado brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Beatriz Monzillo de. A causa de pedir aberta nas ações diretas de inconstitucionalidade. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, v. 13, n. esp., p. 316-342, dez. 2005. Disponível em: <<http://www.fesmpdft.org.br/>>. Acesso em maio de 2011.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVIM, Arruda. *Direito Processual Civil – teoria geral do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, v.2.

ALVIM, Teresa Arruda. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

AMARAL, Roberto. A democracia representativa está morta; viva a democracia participativa. In: *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003.

ANDRADE, José Arildo Valadão de. Objetivação do recurso extraordinário na perspectiva dos direitos fundamentais segundo os padrões de uma fundamentação substancialista de justiça constitucional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 198, p. 51-93, ago. 2011.

ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

AYRES BRITTO, Carlos. Distinção entre Controle Social do Poder e Participação Popular. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, Rio de Janeiro, n.º 189, pp. 114-122, jul./set., 1992.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. “Ação” e ações na história do processo civil moderno. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca et. al. (Coord). *Teoria Quinária da Ação: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento*. Salvador: Juspodivm, 2010.

_____. A função dos tribunais superiores. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, 1999. n.13, p.485-498.

_____. *Curso de Processo Civil*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Limites objetivos da coisa julgada no direito brasileiro atual*. In: *Sentença e coisa julgada: ensaios*. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995.

_____. Processo de Conhecimento e Procedimentos Especiais. *Ajuris*, 57, Ano XX, pp. 5-17, 1993.

_____. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Questão de fato em recurso extraordinário*. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado, anuário 2006, n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Da função à estrutura. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*, Porto Alegre, n.5, p. 89-99, 2008.

_____. Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação. *Ajuris: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, 1983. v. 29.

_____. *Fundamentação das sentenças como garantia constitucional*. Disponível em: < <http://www.baptistadasilva.com.br> >. Acesso em 10.12.2010.

BARCELLOS, Ana Paula. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Disponível em: < www.mundojuridico.adv.br >. Acesso em 03.11.2010.

BARRETO, Vicente. O Conceito Moderno de Cidadania, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 192, pp. 29-37, abr./jun., 1993.

BARZOTTO, Luis Fernando. *Democracia na Constituição de 1988*, A. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*. 2. ed. Milano: Dott A. Giuffrè, 1952.

BOBBIO, Norberto. *Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo*, O. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

_____. *Liberalismo e Democracia*. 6ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1998.

_____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BULOW, Oskar Von. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: E.J.E.A, 1964

BUZOID, Alfredo. Da lide: estudo sobre o objeto litigioso. In: *Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Objeto da cognição no processo civil*. In: *Escritos de direito processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1993.

_____. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed., reimpr. Porto Alegre: Safe, 1999.

_____. Spunti in tema di contraddittorio. In: *Studi in memoria di Salvatore Satta*. Volume primo. Padova: Cedam, 1982.

CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1986, v.1.

_____. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1936, v.1.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Vol. LXXIV. Coimbra: Separata, 1998. .

_____. *O Direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. *Conteúdo da causa de pedir e proposta de aplicação dessa categoria ao recurso extraordinário: um exame crítico*. In: *Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil*. Tucci, José Rogério Cruz e (Coord). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 238.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Identificazione delle azioni. Sulla regola “ne eat iudex ultra petita partium”*. In: *Saggi di diritto processuale civile: 1894 - 1937*. 1. ed. v. 1. Milano: Dott A. Giuffrè, 1993.

_____. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Trad. E. Gómez Orbaneja. V. I. Madrid, 1936.

_____. *L'azione nel sistema dei diritti*. In: *Saggi di diritto processuale civile: 1894 - 1937*. 1. ed. v. 1. Milano: Dott A. Giuffrè, 1993.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Il giusto processo civile in Italia e in Europa. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.116, ago. 2004.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. O cabimento do recurso extraordinário pela alínea "a" do art. 102, III, da Constituição Federal e a "causa de pedir aberta" In: Nery Júnior, Nelson; Alvim, Teresa Arruda (coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e Assuntos Afins*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 11, p. 246-256.

COSTA, P.; ZOLO, D. *O Estado de Direito*. Trad. por Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Campinas: RED Livros, 1999.

CRESCI SOBRINHO, Elício de. Objeto litigioso - de Lent a Habscheid e Jauernig (breve estudo em homenagem a jacy de assis). *Revista Brasileira de Direito Processual*., Uberaba, forense, 1979. v. 19, p.55-62.

_____. *Objeto Litigioso no Processo Civil*. Porto Alegre: SAFE, 2008.

DAMASKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Edizione originale: *The faces of justice and State Authority*. Trad. Andrea Giussani (capitoli III, IV e V) e Fabio Rota (capitoli I, II e VI). Bologna: Società editrice il Mulino, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 191, pp. 26-39, jan./mar., 1993.

DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Curso de Direito Processual*. 8ª ed. v.3. Salvador: JusPodivm, 2010.

_____. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Transformações do recurso extraordinário. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 389, p. 491-500, jan./fev. 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. In: *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, v.1, p. 236.

FAIREN GUILLEN, Victor. *La transformacion de la demanda en el proceso civil*. Santiago De Compostela: Porto, 1949.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Instrumentos da administração consensual: a audiência pública e sua finalidade. *Interesse público*, v.5, n. 18, p. 21-33, mar./abr. 2003.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *A ação civil pública e o princípio da separação dos poderes: estudo analítico de suas possibilidades e limites*. In: *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Coord: MILARÉ, Édis. São Paulo: Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005.

FUKUYAMA, Francis. *O fim da história e o último homem*. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As Transformações do Estado Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Los Protagonistas del Derecho Procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2005.

GRASSO, Eduardo. La regola della corrispondenza tra Il chiesto e Il pronunciato e Le nullità da ultra e da extrapetizione, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 3, 1965, pp. 387-429.

GRONDIN, Jean. *Introdução à Hermenêutica Filosófica*. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

GUASP, Jaime. *La pretension procesal*. Madrid: Editorial Civitas, 1985.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. 14ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. 1.ed. Tradução de Mendes, Gilmar. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOMMERDING, Adalberto. *Constituição, Poder Judiciário e Estado Democrático de Direito: a necessidade do debate "procedimentalismo versus substancialismo"*. *Revista Direitos Culturais*, vol. 1, n. 1, 2006.

JUNOY, Joan Picó I. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1997.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LACERDA, Galeno. Processo e Cultura. *Revista de Direito Processual Civil*, n. 3, 1962. p. 75.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia científica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Objeto litigioso do processo e o princípio do duplo grau de jurisdição*. In: *Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil*. TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LUCAS, John Randolph. *Democracia e participação*. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

MADOZ, Wagner Amorim. O recurso extraordinário interposto de decisão de juizados especiais federais. *Revista de Processo*, São Paulo, revista dos tribunais, n. 119, p. 60-89, jan, 2005.

MANDRIOLI, Crisanto. Riflessioni in tema di petitum e di causa petendi. *Rivista Di Diritto Processuale*, Padova, v. 39, n. 3, p. 465-480, 1984.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional*. In: *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Coord. DIDIER JR. Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. Salvador: Juspodivm, 2008.

_____. *Novas linhas do processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Da ação como objeto litigioso no processo civil*. In: *Teoria Quinária da Ação: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento*. Costa, Eduardo José da Fonseca et al. (Coord). Salvador: Juspoivm, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. O sistema de controle de constitucionalidade das normas da constituição de 1988 e reforma do poder judiciário. *Ajuris: Revista da Associação do Juízes do Rio Grande do Sul.*, Porto Alegre, 1999. v.75, p.234-247.

MERRYMAN, Jonh H. *La Tradición Jurídica Romano-Canônica*. México: Fondo de Cultura Econômica, 1994.

MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra, 1996.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Lisboa: Coimbra, 1996, v. 2.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MONTANS DE SÁ, Renato. *Causa de Pedir*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/renatomontans/?p=71>> Acesso em 09.02.2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da Participação Política*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil: (arts. 476 a 565)*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 5.

_____. Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória. In: *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 25. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: Uma Crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 26.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho no Direito Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. *Quem é o povo: A questão fundamental da democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. A filosofia hermenêutica para uma jurisdição constitucional democrática: fundamentação/aplicação da norma jurídica na contemporaneidade. *Revista Direito GV*. v. 5, n.1, São Paulo, Jan./Jun., 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e Democrático de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

OLIVEIRA, Rafaela Tomaz de. *Conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta: aproximações sobre o problema da fundamentação e da discricionariedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica*, O. 2007 - Tese/Dissertação, UNISINOS.

OTEIZA, EDUARDO. *El debido proceso. Evolución de la garantía y autismo procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003.

_____. A função das Cortes Supremas na América Latina. História, paradigmas, modelos, contradições e perspectivas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 187, p. 181-230, set. 2010, p. 202.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998, v.1.

PROBST, Paulo Vitor da Silva. A objetivação do recurso extraordinário. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 197, p. 67-105, jul. 2011.

RAATZ, Igor. *A reconstrução do processo civil no Estado Democrático de Direito: possibilidades a partir da Teoria do Direito, do Estado e da Constituição* (Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2011.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *Acesso aos tribunais como pretensão à tutela jurídica*. In: Da tutela jurisdicional às formas de tutela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Provas Atípicas, op. cit., p. ????

_____; SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição de democracia participativa. In: *Revista da Ajuris*. Ano 36. n. 114. jun. 2009.

ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. São Leopoldo: Unisinos, 1998.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

SALDANHA, Jania Maria Lopes; ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira. A jurisdição constitucional e o caso da ADIn 3510: do modelo individualista-liberal ao modelo coletivo-democrático de processo. *Revista de Processo*, v. 154, 2007.

SANCHES, Sydney. Objeto do processo e objeto litigioso do processo. *AJURIS: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v.6, n.16, p. 133-156, jul. 1979.

SÁNCHEZ-CUENCA, Ignacio. *Más democracia menos liberalismo*. Buenos Aires, Katz, 2010.

SANTOS, Igor Raatz dos. Considerações históricas sobre as diferenças entre common law e civil law: reflexões iniciais para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 199, p. 159-191, set. 2011.

SANTOS, Igor Raatz dos; SILVA, Frederico Leonel Nascimento e. Crítica à tese do julgamento de ofício das "questões de ordem pública" em recurso especial: uma proposta de reflexão sobre o papel dos Tribunais Superiores. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 202, p.69-92, dez. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SATTA, Salvatore. Domanda giudiziale (dir. rom.) In: CALASSO, Francesco Dir. *Enciclopedia del diritto*. Varese: Giuffrè, 1964, v. 13.

SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento civil romano: Ejercicio y defensa de los derechos*. 1. ed. Buenos Aires: EJE, 1954.

SCALABRIN, Felipe; SANTOS, Igor Raatz dos. O processo civil no estado democrático de direito na superação do modelo de processo do estado liberal: da garantia do devido processo legal ao direito fundamental ao processo justo e democrático. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v. 5, n. 14, p. 269-296, jan. /mar. 2011.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SILVA, Clovis Veríssimo do Couto e. Para uma história dos conceitos no direito civil e no direito processual civil (a atualidade do pensamento de Otto Karlowa e de Oskar Bulow). *Revista de Processo*, São Paulo, v.10, n.37, p. 238-270, jan. 1985.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. Defesa da Constituição e Mudança Constitucional. In: *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Lucas Cavalcanti da. Controle Difuso de Constitucionalidade e o respeito aos precedentes do Supremo Tribunal Federal. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. Salvador: JusPodivm, 2010.

STRECK Lenio L. Hermenêutica jurídica nos 20 anos da Constituição: condições e possibilidades para a obtenção de respostas corretas. In: *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. v. 5. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. A Constituição (ainda) dirigente e o Direito Fundamental à obtenção de respostas corretas. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 6, v. 1, 2008, p. 277-8.

_____. Hermenêutica (Jurídica): Compreendemos Porque Interpretamos ou Interpretamos Porque Compreendemos? Uma Resposta a Partir do Ontological Turn. In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*. São Leopoldo, 2003.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursiva*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. ; MORAIS José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A Causa Petendi no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

WACH, Adolf. *Manual de derecho procesal civil*. 1. ed. Buenos Aires: EJE, 1977.

WINDSCHEID, Bernhard. *Polemica sobre la "actio"*. Buenos Aires: E.J.E.A., 1974.

WLADECK, Felipe Sripes. O conteúdo da causa de pedir no processo civil brasileiro e o projeto do novo CPC. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 18, n. 72, p. 45-106, out. /dez. 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *La legge e la sua giustizia: tre capitoli di giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 2008.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. A teoria circular dos planos: Direito Material e Direito Processual. In: Machado, Fábio Cardoso; Amaral, Guilherme Rizzo (org.). *Polêmica Sobre a Ação: a Tutela Jurisdicional Na Perspectiva das Relações Entre Direito e Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.