

# ADVOCEF JurisTantum

Suplemento integrante do Boletim ADVOCEF | Ano VII | Nº 058 | Dezembro | 2007

## A força defensiva da cumulação eventual de pedidos

### 1. Introdução: entre franceses e russos

Nos primeiros anos da segunda guerra mundial, a Alemanha nazista deu início a um grande movimento expansionista, invadindo e ocupando diversos países da Europa com a sua Wehrmacht, dentre eles a França e a Rússia. Os franceses, nos anos 30, haviam concentrado seus esforços na construção da "linha Maginot", uma série de fortificações na fronteira com a Alemanha, apostando nela a segurança de seu território. Os russos, por sua vez, vencidos nas primeiras batalhas em Minsk e Kiev, buscaram organizar a sua defesa mediante o recuo estratégico, destruindo suprimentos e contendo as divisões alemãs em várias cidades, como Stalingrado, que resistiu mesmo cercada e praticamente destruída.

Essas duas estratégias defensivas, sem querer igualar o processo a uma guerra, podem ser analisadas sob a ótica processual, uma vez que é inerente à contenda judicial o litígio, a existência de interesses antagônicos. Assim como numa guerra, a complexidade das matérias que são objeto das demandas faz com que comumente nelas não haja apenas vencedores e perdedores, sendo que, no mais das vezes, o embate se concentra na medida maior ou menor da sucumbência, no quanto se vai pagar, no efeito prático do processo. Nesse contexto, este singelo estudo tem por objeto estudar a cumulação eventual de pedidos como técnica de defesa processual e recursal, demonstrando

seu cabimento e sua relação com o efeito preclusivo da coisa julgada.

### 2. Direito subjetivo, pretensão e ação em sentido material e processual

Antes de conceituar o que seja "pedido", no sentido processual, é indispensável que se faça uma análise daquilo que o antecede, ou melhor, daquilo que constitui seu conteúdo.

Pontes de Miranda, com base na doutrina alemã, faz uma distinção entre direito, pretensão e ação, entendendo que tais conceitos, ainda que relacionados, não se confundem, possuindo dimensões diversas. Segundo o autor, acolhendo a teoria da subsunção, o direito subjetivo nasce da incidência de regra jurídica sobre um determinado suporte fático, conferindo formalmente alguma vantagem a alguém e alguma posição passiva a outrem (Pontes de Miranda, 1970, p. 29).

A pretensão (Anspruch), por sua vez, é relacionada com a exigibilidade do próprio direito subjetivo, podendo ser definida como a faculdade de exigir do sujeito passivo alguma ação ou omissão determinada pelo Direito, na definição pioneira de Windscheid (1902, p. 183), a qual foi adotada pelo código civil alemão (BGB), no § 194. Frise-se, contudo, que nos chamados direitos potestativos não há pretensão, já que eles se contrapõem aos chamados direitos a uma prestação, não sendo suscetíveis de inadimplemento (Chiovenda, 1969, pp. 16/17).



Éder Maurício Pezzi López

Advogado da Caixa Econômica Federal no Rio de Janeiro-RJ. Especialista em Direito Civil e Processo Civil

A ação de direito material, no contexto em questão, pode ser definida, como "o exercício do próprio direito por ato de seu titular, independentemente de qualquer atividade voluntária do obrigado", na lição de Ovídio Batista (1983, p. 104). Se o direito subjetivo não for violado, não há o nascimento da pretensão e não há suporte para tal ação material.

Ocorre que o Estado praticamente monopolizou os meios de exercício dessa ação de direito material, vedando aos sujeitos o seu exercício direto, salvo alguns poucos casos, como no desforço imediato na manutenção da posse, por exemplo. Faz-se indispensável, então, realizar-se a ação de direito material por meio do processo (Pontes de Miranda, 1970, p. 110). Em outras palavras, como ensina Marinoni (1996, p. 115), a ação processual "deve ser uma espécie de realização da ação privada, ou seja, da ação que foi proibida quando o Estado assumiu o monopólio da jurisdição". Frise-se, contudo, que a pretensão à tutela jurisdicional estatal prescinde da existência do direito subjetivo, uma vez que têm direito de acesso ao Judiciário também aqueles "que não possuem direito", o que ocorre no caso de pleitos julgados improcedentes.

**Duas estratégias defensivas, adotadas por franceses e russos na segunda guerra mundial, podem ser analisadas sob a ótica processual, uma vez que é inerente à contenda judicial o litígio**

**A ação processual "deve ser uma espécie de realização da ação privada, ou seja, da ação que foi proibida quando o Estado assumiu o monopólio da jurisdição"**

### 3. Causa de pedir e pedido

Deduzida a ação de direito material através do processo, é indispensável que o postulante apresente a causa de pedir e formule pedido específico de tutela jurisdicional, fixando os limites da lide que conduzirão à instrução processual e delimitarão a abrangência da futura sentença a ser prolatada (art. 468 do CPC). É de se salientar que é obrigatória a apresentação, na petição inicial, do "fato e os fundamentos jurídicos do pedido" e do "pedido, com as suas especificações" (art. 282 do CPC).

Nesse particular, a *causa petendi* pode ser conceituada como a descrição qualificada do suporte fático que dá guarida à fundamentação jurídica e ao pedido do litigante, sendo ela requisito essencial da ação. Em outras palavras, será sempre requisito da causa de pedir a demonstração dos fatos que conferem ao demandante o direito subjetivo postulado, como preconiza a chamada teoria da substanciação, adotada pelo CPC vigente. Essa é, salvo escassos pontos de vista parcialmente diversos, a posição firme da doutrina e reiteradamente expressa pela Jurisprudência<sup>1</sup>. Cruz e Tucci (1993, p. 42) separa, ainda, a simples descrição dos fatos (*causa petendi remota*) da sua qualificação jurídica (*causa petendi próxima*).

Dessa forma, pode-se dizer que a *causa petendi* é a demonstração in concreto do direito subjetivo, da pretensão (quando cabível) e do fundamento da ação de direito material do demandante, sendo procedente a ação caso confirmada a sua existência pela sentença.

No tocante ao pedido, este pode ser definido como o requerimento específico da tutela jurisdicional, sempre referenciado a uma causa de pedir. É o pedido que faz nascer a pretensão à tutela jurisdicional (Pontes de Miranda, 1970, p. 289). Tal situação não impede, contudo, que haja mais de uma causa de pedir para um só pedido, havendo a chamada causa de pedir *composta*, o que ocorre, por exemplo, quando um pedido de separação judicial é fundado tanto no adultério do cônjuge quanto no inadimplemento do dever de habitação (Cruz e Tucci, 2002, p. 280).

Quanto ao conteúdo do pedido, a doutrina costuma dividi-lo em imediato e mediato (Theodoro Júnior, 1997, p. 361). O pedido imediato, nesse sentido, é aquele pelo qual se requer ao órgão judicial que se declare, se constitua, se condene, se man-

de ou se execute, traduzindo a pretensão de cunho processual. O pedido mediato, por sua vez, relaciona-se diretamente com o bem da vida postulado, identificando-se com a pretensão de direito material ou com o direito potestativo exercido em juízo.

### 4. Cumulação de ações e cumulação de pedidos

Visto que o processo é o meio pelo qual se exercem as ações de direito material, é de se ver que o sistema vigente permite que se cumule, no mesmo feito, mais de uma ação, desde que preenchidos os requisitos legais. Essa cumulação de ações terá em geral causas de pedir diferentes, ainda que originadas do mesmo conjunto fático. É o que ocorre, por exemplo, na cumulação de ações para desconstituição de negócio jurídico e restituição de valores. O mesmo poderá se dar no caso de cumulação da cobrança de duas dívidas diversas de um mesmo devedor, numa só ação.

A tal fenômeno o CPC chama de cumulação de pedidos, o que não significa, no entanto, que tal cumulação sempre implique em cumulação de ações. Veja-se que cumular ações tem relação com a cumulação de pedidos mediatos, o que nem sempre corresponderá exatamente na cumulação de pedidos imediatos. Quando se cumulam duas ações condenatórias, por exemplo, haverá dois pedidos mediatos, mas poderá haver apenas um pedido imediato (a condenação). Da mesma forma, poderá ocorrer a existência de apenas uma causa de pedir e de uma ação em sentido material, e a cumulação de diversos pedidos imediatos, como, por exemplo, a desconstituição (de negócio jurídico) e a condenação (em perdas e danos), além de pedidos de produção de provas, medidas cautelatórias, etc. É de se ver, neste particular, que não há cumulação de pedidos imediatos de *mera declaração* da existência de um direito e de *condenação* à obrigação correspondente, pois no pedido de condenação está necessariamente incluído o de declaração (Dinamarco, 2005, p. 365).

Por tais razões, também se aplica aos pedidos imediatos toda a sistemática que rege os casos de cumulação simples, subsidiária, alternativa e eventual. Embora a análise aprofundada de cada modalidade fuja ao escopo do presente estudo, é importante fazer uma breve definição de cada um para bem situar a questão:

a) *cumulação simples*: o que se requer é o acolhimento de ambos os pedidos (A+B), de forma independente;

b) *cumulação sucessiva*: dá-se quando há relação de dependência entre pedidos,

<sup>1</sup> REsp 2403/RS, Rel. MIN. SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 28.08.1990, DJ 24.09.1990, p. 9983.

só havendo a apreciação do sucessivo se o primeiro for acolhido (A+B, apenas se A for acolhido);

c) *cumulação alternativa*: ocorre quando, em razão da natureza da obrigação (causa de pedir) é possível ao devedor cumpri-la de mais de um modo (art. 288 do CPC), sendo que o acolhimento de qualquer dos pedidos satisfaz ao postulante, indiferentemente (A ou B). Tal modalidade de pedido dificilmente poderá ser aplicada aos casos de pedidos imediatos, pois não se cogita neles uma eventual alternatividade, já que os pedidos de tutela jurisdicional serão sempre determinados e precisos.

d) *cumulação eventual*<sup>2</sup>: dá-se quando o postulante quer que um determinado pedido seja apreciado em primeiro lugar, sendo os seguintes apreciados apenas no caso de não acolhimento do primeiro (Se A não for provido, B). A esse respeito, é de se notar que a natureza do pedido é semelhante ao caso da cumulação alternativa, mas, neste caso, o requerente diz qual é a ordem de prioridade entre os pedidos, a ser atendida futuramente pelo julgador. Tais pedidos são comumente denominados de subsidiários (Calmon de Passos, 2005), em que pese o art. 289 do CPC referir-se a pedidos "sucessivos", razão pela qual há quem se refira a eles como "sucessivos eventuais" (Amaral Santos, 1999).

## 5. Cumulação eventual de pedidos e defesa processual

A técnica de cumulação eventual de pedidos é altamente útil, em sede de postulação inicial<sup>3</sup>, não só por razões de economia processual, mas especialmente pelo fato de centralizar o litígio e tornar dedutíveis no mesmo processo pretensões que sejam até mesmo antagônicas, como ocorre no caso da existência de vícios redibitórios, em que o adquirente da coisa pode requerer a resolução do contrato (Art. 441 do CCB/02) ou o abatimento do preço (Art. 442).

Além disso, a cumulação eventual de pedidos é também muito relevante na defesa processual, não obstante a doutrina comumente se refira a ela apenas ao tratar da petição inicial. A principal razão disso é que quase sempre há uma pluralidade de

meios de defesa, cujo conhecimento pelo Juízo depende de pedido específico da parte. Tais defesas, como ocorre também com os pedidos iniciais, podem até mesmo ser contraditórias<sup>4</sup>, razão que reforça ainda mais a necessidade de organização eventual dos pedidos a que se referem. A esse respeito, veja-se a lição de DINAMARCO (2005, p. 468):

A garantia constitucional da ampla defesa abre portas ao réu para cumular defesas em ordem sucessiva, ainda que logicamente incompatíveis entre si, desde que essa incompatibilidade não chegue ao ponto extremo de caracterizar malícia, ou litigância de má-fé. Tal é o chamado princípio da eventualidade, que visa a assegurar a efetividade da defesa ampla, cujos fundamentos serão depois apreciados pelo juiz.

## Uma defesa adequada não deve apenas atacar o mérito principal da demanda, mas, concomitantemente, aquilo que está antes do mérito (preliminares)

Em realidade, é inerente à sistemática processual uma certa relação de prejudicialidade das teses defensivas, visto que sempre as questões procedimentais (defesas processuais) terão prioridade sobre aquelas que digam respeito ao mérito da causa (defesas substanciais), sejam elas diretas (objeções) ou indiretas (exceções materiais). Nesse aspecto, é de se notar que o próprio CPC impõe ao réu alegar, antes do mérito, a matéria elencada no art. 301, que consubstancia típicas defesas processuais (Dinamarco, 2005, 466), as quais podem ser: (a) peremptórias, aptas a pôr fim ao processo (inépcia da inicial, perempção, litispêndência, coisa julgada, convenção de arbitragem e carência de ação), ou (b) meramente dilatórias (inexistência ou nulidade de citação, in-

competência absoluta<sup>5</sup>, conexão, impedimento do juiz e ausência de pagamento de custas em processo anterior extinto sem julgamento do mérito).

Em realidade, o fundamento disso é que uma defesa adequada não deve apenas atacar o mérito principal da demanda, buscando única e exclusivamente a sua improcedência. A defesa deve, concomitantemente, atacar aquilo que está antes do mérito (preliminares), bem como preparar o terreno para uma eventual sucumbência, de modo a torná-la a menor possível, sendo a utilização dos pedidos eventuais um meio virtuoso para tanto.

Veja-se, por exemplo, o caso de responsabilidade civil extracontratual, no qual, além da existência do dano em si e do eventual dever de indenizar, há uma série de questões secundárias, tais como as diferentes dimensões do dano sofrido (moral, material) e sua extensão, as quais influirão diretamente no *quantum debeat*. Por essa razão, não basta contestar apenas o *an debeat*; é imprescindível estabelecer critérios para eventual futuro *quantum*, formulando pedidos subsidiários para que ele não ultrapasse determinado patamar, por exemplo.

Outro aspecto muito relevante, e que comumente é deixado de lado nas defesas, é a questão da forma de correção monetária e aplicação de juros constante de certos pedidos iniciais ou aplicados em sentença. Por vezes, as condenações nesses casos são relativamente baixas, mas, por ausência de impugnação específica, transitam em julgado com formas de correção absurdamente distorcidas, gerando condenações monstruosas.

Por fim, mais do que consubstanciar mera técnica processual, é indispensável observar que o esgotamento da matéria de defesa por meio da cumulação eventual de pedidos é imposição direta do princípio da eventualidade, o qual vem expresso no art. 474 do CPC. Tal norma dispõe que "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". Desse modo, após julgamento definitivo da causa, opera-se a preclusão de questões que não tenham sido deduzidas no processo oportunamente, tornando impossível a sua discussão futura.

<sup>2</sup> Em que pese haver diversas denominações do instituto na doutrina, utilizamos a forma mais difundida, "cumulação eventual" (Barbosa Moreira, 1997, Araken de Assis, Cumulação de Ações, RT: São Paulo, 2002). Registre-se também ser bastante adequada a expressão "cumulação subsidiária", utilizada por Cruz e Tucci.

<sup>3</sup> Veja-se, a respeito, TJADER, Ricardo Luiz da Costa. *As vantagens da cumulação eventual de pedidos para a parte que se utiliza do instituto*. AJURIS, Porto Alegre, v. 24, n. 71, p. 37-42, nov. 1997.

<sup>4</sup> Veja-se, sobre pluralidade de teses de defesa contraditórias entre si, interessante exemplo hipotético dado por Eduardo Couture (apud Souza, 1975, p. 104): "Em primer término, no me has dado dinero alguno; em segundo término, te ha sido devuelto hace ya um año; em tercer término, tú me aseguraste que me lo regalabas; y por último ha prescrito ya".

<sup>5</sup> Refira-se que no caso da ação rescisória a incompetência, no caso de grau de jurisdição, será peremptória, uma vez que não se aplica a regra do art. 113, § 2º (v. REsp 753.194/SC, julgado em 04.08.2005)

Sobre o tema, assim escreveu Egas Moniz de Aragão (1992, p. 325):

Com efeito, exige o Código, tanto do autor na petição inicial (art. 282, III e IV), quanto do réu na contestação (arts. 300/303), que indiquem claramente não só o pedido e a defesa como os fatos e os fundamentos jurídicos em que os assentam, que constituem suas recíprocas alegações, a fim de sobre eles versar a disputa, a seu respeito ser produzida a prova e sobre eles recair o julgamento. Proferido este, portanto, o litígio terá sido examinado sob todos os seus ângulos e por isso a sentença cobrirá não só o quanto foi alegado e disputado como também o que deveria tê-lo sido mas não foi. Daí ficarem ambas as partes impedidas de opor à sentença passada em julgado alegações e defesas que não chegaram a ser submetidas oportunamente ao julgador.

## 6. Cumulação eventual de pedidos recursais

Outro âmbito onde é bastante relevante a utilização da cumulação eventual de pedidos é o recursal, no qual o recorrente deduz sua pretensão de anulação ou reforma da decisão recorrida, podendo também o recurso servir ao esclarecimento ou à integração da decisão, no caso dos embargos declaratórios. Nesse aspecto, a causa de pedir recursal será sempre um *error in procedendo* e/ou um *error in judicando*, podendo-se inclusive cumular pluralidade de pedidos com base em ambas as categorias (DIDIER Jr., 2007, p. 64).

Em realidade, a exemplo do que ocorre na contestação, todas as questões relativas a nulidades processuais (*error in procedendo*) serão prejudiciais às questões de reforma da "justiça" da decisão (*error in judicando*), uma vez que se a sentença for anulada, não haverá como 'reformá-la'. Da mesma forma, é plenamente possível deduzir pedidos eventuais livremente dentro dessas categorias, uma vez que poderá haver mais de uma nulidade processual, assim como diversos graus de reforma da decisão recorrida.

Desse modo, ainda que o pedido de reforma total da decisão permita ao órgão julgador reformá-la apenas parcialmente, decidindo questões secundárias, a formulação de pedidos eventuais é altamente conveniente, de modo a especificar o pedido em caso de parcial provimento do recurso. Isso porque, se for desprovido o pedido principal

recursal, e se houver negativa de manifestação a respeito dos pedidos eventuais formulados, facilitado será o manejo de embargos declaratórios, exigindo a sua consideração.

Veja-se, no referido exemplo da responsabilidade civil extracontratual, que se podem ter como pedidos recursais eventuais a redução do *quantum* indenizatório, o que em casos extremos pode ser até objeto de recurso especial, a alteração dos critérios de correção do débito ou até mesmo a redução de condenação desproporcional em honorários advocatícios, para o caso de manutenção da decisão recorrida quanto ao *an debeatur*.

## Os franceses não pensaram na eventualidade de a linha ser ultrapassada. Os russos, ao contrário, ante a inevitável invasão alemã, acionaram um verdadeiro "plano B"

### 7. Conclusão

O que se quer ressaltar, em suma, é que uma defesa consistente deve considerar sempre a hipótese de não ser totalmente acolhida, já que não se pode ganhar sempre, e em tudo. O advogado, nesse sentido, deve pensar não apenas na impugnação do cerne do pleito oposto, mas também na hipótese de que o fundo desse pleito seja procedente, buscando defesas que possam minorar a sucumbência, a serem traduzidas na cumulação eventual de pedidos. Além disso, esse mesmo raciocínio é útil para o caso de pedidos recursais, como demonstrado.

Por fim, voltando ao campo de batalha da segunda guerra, o que se viu foi o total fracasso da linha Maginot: o exército alemão logrou contorná-la pela Bélgica e adentrar no território francês a passos largos, chegando a Paris quase sem resistência. Os franceses não pensaram na eventualidade de a linha ser ultrapassada. Os russos, ao contrário, ante a inevitável invasão alemã, acionaram um verdadeiro "plano B", o qual, não obstante os prejuízos e as baixas sofridos, logrou conter a ofensiva nazista, que jamais chegou a Moscou.

### Referências Bibliográficas

- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Sentença e Coisa Julgada: Exegese do Código de Processo Civil. AIDE: Rio de Janeiro, 1992.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Comentários ao Código de Processo Civil. 9ª. Ed. Forense: Rio de Janeiro, v. III, 2005.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Trad. de J. G. Menegale. Saraiva: Sao Paulo, V. I, 1969.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. A regra da eventualidade como pressuposto da denominada teoria da substanciação. Revista do Advogado, São Paulo, nº. 40, julho, 1993.
- \_\_\_\_\_. Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos. In Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil. Org. pelo mesmo autor. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 8ª. Ed., Ed. JusPodivm: Salvador, v. III, 2007.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 5ª. Ed., Malheiros: São Paulo, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. Novas Linhas do Processo Civil. 2ª Ed. Malheiros: São Paulo, 1996.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado das Ações. Revista dos Tribunais: Rio de Janeiro, t. I, 1970.
- MOREIRA, José Carlos. O Novo Processo Civil Brasileiro. 19ª. Ed., Forense, Rio de Janeiro, 1997.
- SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. Saraiva: São Paulo, v. II, 1999.
- SILVA, Ovidio Araujo Baptista da. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação.
- AJURIS, Porto Alegre, v. 10, n.29, p. 99-126, nov. 1983.
- SOUZA, Everardo de. Do principio da eventualidade no sistema do Código de Processo Civil. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 71, n.251, p. 101-112, jul./set. 1975.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 21ª. Ed., V. I, Rio de Janeiro, Forense, 1997.
- WINDSCHEID, Bernhard. Diritto Delle Pandette. Trad. de Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Unione Tip. Ed. Torinese, Turim, 1902.