

A (IM)POSSIBILIDADE DA RESOLUÇÃO DE MÉRITO NA SENTENÇA QUE DECRETA A CARÊNCIA DE AÇÃO POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

Yumi Maria Helena Miyamoto

Emilli Romanha

THE (IM)POSSIBILITY TO THE MERIT OF RESOLUTION ON
THE SENTENCE THAT DECREES THE SHORTAGE OF ACTION BY
LEGAL IMPOSSIBILITY OF THE JURIDICAL LIKELIHOOD OF THE PLEAD

RESUMO

Com foco na relação estabelecida entre o mérito da causa e as condições da ação no tocante à possibilidade jurídica do pedido, que em breve será abolida pelo novo Código de Processo Civil brasileiro, busca-se fundamentar, através de um estudo preponderantemente doutrinário e jurisprudencial, a existência de uma sentença que decreta a impossibilidade jurídica do pedido e, ainda assim, resolva o mérito. Para tanto, foram realizados estudos em torno da evolução do instituto da ação e suas atuais tendências jurídicas. O método utilizado foi o fenomenológico heideggeriano, cujo emprego possibilitou a conclusão final, partindo-se das premissas utilizadas no decorrer do trabalho.

» **PALAVRAS-CHAVE:** DIREITO DE AÇÃO. CARÊNCIA DE AÇÃO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. MÉRITO. RESOLUÇÃO DE MÉRITO.

ABSTRACT

Focusing on the established relation between the merit of the cause and the conditions of action, concerning the juridical likelihood of the plead, which soon will be abolished by the new Brazilian Code on Civil Process, this work seeks to substantiate, through a preponderantly doctrinaire and jurisprudential study, the existence of a verdict that states the juridical impossibility of the plead and, despite that, still solves the issue. Therefore, studies were carried out on the evolution of the institute of action and its juridical trends. The method used was the phenomenological heideggerian, whose appliance enabled to achieve the conclusion, using the premises throughout the work.

» **KEYWORDS:** RIGHT OF ACTION. LACK OF ACTION. JURIDICAL LIKELIHOOD OF THE PLEAD. MERIT. RESOLUTION OF MERIT.

1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento do Direito Processual Civil sempre seguiu a evolução da concepção do direito de ação como peça primordial no mecanismo de tutela dos direitos. No entanto, explica Rodrigues (1998, p. 176) que a evolução do conceito da ação não se pode considerar encerrada, uma vez que ainda gera inúmeras discussões doutrinárias.

O instituto da ação e as condições para sua existência são temas ainda muito polêmicos, principalmente no Direito Processual brasileiro, em decorrência da problemática criada em razão da teoria adotada pela legislação, qual seja, a Teoria Eclética da Ação, para a qual o direito de ação só poderá ser exercido e, assim, examinado o direito material trazido em juízo, se a ação preencher algumas condições mínimas.

Desde a concepção da ação no Direito Romano, muitos séculos se passaram, entretanto, o tema continua tão atual quanto os mais recentes institutos e as mais novas conquistas da ciência processual. Segundo Dinamarco (2010, p. 293), a aplicação da ação tem exercido fascínio sobre os estudiosos, desde os civilistas aos processualistas e constitucionalistas do mundo latino do Direito, e, ainda hoje, sobre os brasileiros.

Nessa esteira, pela presente pesquisa verifica-se em que medida o conhecimento da carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido corresponde à natureza de resolução do mérito por improcedência da pretensão do autor, uma vez que os efeitos jurídicos da utilização literal do Código de Processo Civil brasileiro de 1973, ou da corrente a ele oposta, produzem efeitos completamente distintos, dando ensejo ao debate proposto.

Para tanto, através do método fenomenológico heideggeriano (HEIDEGGER, 2005, p. 56), defende-se que o exame da possibilidade jurídica do pedido é indissociável do exame do mérito, devendo ser a sentença que o decreta de improcedência, em contraposição à legislação vigente, que trata a sentença que decreta a carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido como sendo de extinção sem análise do mérito.

Pretende-se alcançar o intuito maior desta matéria, a saber, a continuidade dos estudos e reflexões acerca do assunto sugerido, principalmente a respeito das modificações que traz o novo Código de Processo Civil brasileiro, o qual retira do rol das modalidades de extinção do processo sem resolução do mérito, estabelecida no art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil de 1973, a possibilidade jurídica do pedido como uma condição da ação.

Dessa forma, a partir das controvérsias geradas na doutrina, a legislação pátria dará um salto em prol da efetividade do processo e da proteção dos jurisdicionados contra o abuso do exercício da ação, atribuindo ao conhecimento da carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido a natureza de resolução do mérito por improcedência manifesta da pretensão do autor.

2 CONDIÇÕES E CARÊNCIA DA AÇÃO

A verificação da existência das condições da ação é um problema que sempre perseguiu o operador do direito, principalmente pelas consequências advindas da identificação da ausência dessas condições ou requisitos. Um erro do operador do direito ao realizar essa identificação pode gerar graves danos aos direitos dos jurisdicionados e também à própria utilidade do processo (KLIPPEL, 2007, p. 189).

O Código de Processo Civil de 1973, advindo do Projeto Buzaid, adotou, no que tange ao direito de ação, a Teoria Eclética da Ação, criada por Enrico Tullio Liebman, prevista em seu artigo 267, inciso VI, segundo o qual o processo será extinto sem resolução do mérito quando não concorrer qualquer das condições da ação. Assim é que, ao menos em termos de Direito Positivo, eram três

as condições da ação instituídas pelo Código de Processo Civil de 1973: legitimidade para a causa ou *legitimatío ad causam*, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido.

Nesse sentido, para a Teoria Eclética da Ação, se for verificado que, examinando-se os elementos da própria situação substancial deduzida na inicial pelo autor da demanda, aquele processo não possui os requisitos exigidos para se chegar à análise do direito material trazido em juízo, é melhor extingui-lo o quanto antes. Dessa forma, a ausência de qualquer das condições da ação resultará no fenômeno denominado “Carência de Ação”, levando à extinção anômala do processo, ou seja, à prolação de sentença que não examina o mérito da demanda.

Segundo Botelho de Mesquita *et al* (2007, p. 14), no início dos anos 1950, no Rio Grande do Sul, foi lançada a dúvida sobre a autonomia das condições da ação. Através da tese de Galeno Lacerda, publicada em 1953, indagou-se que no despacho saneador haveria julgamento de mérito toda vez que a pretensão do autor fosse rechaçada por falta das condições da ação, uma vez que as consideravam como autênticas condições de procedência e não de admissibilidade do pedido. Assim, Galeno Lacerda acabou abrindo caminho ao identificar as condições da ação com o mérito da causa, aderindo a essa ideia a maior parte dos processualistas gaúchos.

Também defende esse entendimento Silva (2001, p. 108), ao afirmar que, quando acolhida pelo juiz a carência de ação, ele estará, na verdade, declarando a inexistência de uma pretensão postulada pelo autor, declarando que o agir deste contra o réu, e não contra o Estado, é improcedente. Assim, tal sentença é de mérito.

Da mesma maneira, Fabrício (1990, p. 21) aderiu à ideia, para o qual as condições da ação devem ser inseridas na esfera pertencente ao mérito da causa, não sendo possível a distinção da sentença de improcedência da que pronuncia a carência de ação, pois em ambos os casos faltaria ao autor o direito material pleiteado.

Em crítica à Teoria Eclética da Ação, Assis (2001, p. 37) afirma que, para Liebman, a atividade jurisdicional legítima é aquela concernente ao mérito, ou seja, o pedido do autor, a lide. Entretanto, há que se notar que, se mérito é a lide, a qual se funda no direito material, as condições da ação, informadas por esta, ali também estão. E, sendo assim, não faz sentido declarar o autor carente de ação, se o que ele não tem é direito material que ampare o seu pedido.

Nesse sentido, Bedaque (2010, p. 280) enxerga nas condições da ação conotações diretamente ligadas ao mérito, embora as diferencie do mérito pela profundidade da cognição exercida pelo juiz. Entretanto, afirma que errou o legislador ao considerar a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação, uma vez que impossibilidade jurídica do pedido e improcedência são fenômenos ontologicamente iguais.

Em uma decisão que julgue as condições da ação, assim como o mérito, haverá consequentemente a análise do conflito de direito material deduzido em juízo, uma vez que o conhecimento

das condições da ação e do mérito está diretamente ligado ao conflito. Isto porque algumas das condições da ação, para serem identificadas e verificadas pelo magistrado, impõem a cognição dos elementos que compõem a relação deduzida em juízo.

Resta claro que algumas das condições da ação estão intimamente relacionadas aos elementos subjetivos e objetivos da relação de direito material, principalmente no que tange à possibilidade jurídica do pedido, abolida pelo novo Código de Processo Civil. Nesse sentido, explica Pacagnan (2005, p. 67) que algumas vozes já se levantavam contra a doutrina tradicionalista que serviu de base à redação do antigo dispositivo legal, reconhecendo o provimento judicial que decreta a impossibilidade jurídica do pedido como julgamento de mérito.

Isto porque, para que o julgador possa pronunciar-se com exatidão através de sua decisão, invariavelmente há que se examinar a causa posta, analisando profundamente aquilo que foi apresentado pelo autor e inscrevendo em seu julgamento que a pretensão deduzida é completamente inviável juridicamente, ou seja, apreciar o próprio conteúdo da causa, o mérito.

3 POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

Conceituada por Calmon de Passos (2004, p. 245) como “uma invenção nacional”, a possibilidade jurídica do pedido, estabelecida pelo Código de Processo Civil de 1973, é a mais polêmica das condições da ação, gerando muitas controvérsias na doutrina quanto aos efeitos por ela produzidos quando decretada sua carência em sentença extintiva.

Uma ação que observa o requisito da possibilidade jurídica do pedido é aquela que verifica se a pretensão que se veicula por meio da demanda não é vedada pelo ordenamento jurídico, seja material ou processual a natureza da norma jurídica que traça a vedação. E, uma vez que a demanda não seja proibida pelo ordenamento jurídico, diz-se que é ela juridicamente possível, verificando-se, desta forma, o primeiro liame entre o direito material e processual, necessário para o desenvolvimento da ação (RODRIGUES, 1998, p. 181).

Entretanto, há que se esclarecer que a possibilidade jurídica do pedido não diz respeito somente a uma vedação prévia do pedido, da pretensão que se leva ao Judiciário, mas também diz respeito à causa de pedir, isto é, aos fundamentos do pedido (DIDIER JÚNIOR, 2008, p. 178).

Explica Dinamarco (2001, p. 298) que o pedido é juridicamente impossível quando “se choca com preceitos de direito material”, de modo que jamais poderá ser atendido, independentemente dos fatos e das circunstâncias do caso concreto. Já a causa de pedir gera a impossibilidade da demanda quando a ordem jurídica nega que os fatos como alegados pelo autor possam gerar direitos, por exemplo, no caso de se pedir condenação com fundamento em dívida de jogo. Daí a insuficiência da locução “impossibilidade jurídica do pedido”, que se fixa exclusivamente na exclusão da tutela jurisdicional em virtude da peculiaridade de um dos elementos da demanda, ou seja, tão somente o pedido.

Por isso, segundo Klippel (2007, p. 216), a melhor forma de se denominar a ausência dessa condição da ação seria “impossibilidade jurídica da demanda”, cujo termo englobaria, além do pedido, a causa de pedir, que, a exemplo do primeiro, não pode estar *a priori* vedada pelo ordenamento jurídico. Afinal, não só o pedido, mas também o seu fundamento, deve ser juridicamente possível, sob pena de ter presente o fenômeno da carência de ação. Diante disso, a existência da possibilidade jurídica como uma condição da ação autônoma sempre foi muito discutível.

Para Didier Júnior (2008, p. 175), Enrico Tullio Liebman criou a possibilidade jurídica do pedido, adotada pelo Código de Processo Civil de 1973, com a manifesta preocupação de extremá-la do mérito, e por isso se utilizou da palavra “possibilidade”, que denota aquilo que pode ser, e não aquilo que necessariamente é ou será.

No entanto, completa Didier Júnior (2008, p. 175) que Liebman, na terceira edição de seu *Manuale*, exclui a possibilidade jurídica da demanda do rol das condições da ação, incluindo-a no interesse processual. Isto porque o principal caso que banalizava a existência dessa condição da ação no ordenamento jurídico italiano era a vedação ao divórcio, que, uma vez permitido pela Lei n. 898/1970, deixou de representar a espécie ora em estudo.

Há que se notar que a possibilidade jurídica do pedido apresenta como característica uma relação mais íntima com o direito material deduzido em juízo, o que traz uma dificuldade muito grande de diferenciar aquilo que é mérito daquilo que seja simples condição da ação. Assim, verificada a impossibilidade jurídica do pedido, a cognição realizada pelo juiz é suficiente para julgar improcedente a pretensão do autor.

Para Didier Júnior (2008, p. 176), a possibilidade jurídica do pedido não é a simples previsão em abstrato no ordenamento jurídico da pretensão formulada pela parte. A possibilidade jurídica do pedido não deve ser conceituada com vistas à existência de uma previsão no ordenamento jurídico que torne o pedido viável em tese, mas, sim, com vistas à inexistência legal de uma previsão que o torne inviável.

Nesse sentido, conforme Alvim (2012, p. 120), a inserção da possibilidade jurídica do pedido como sendo a falta no ordenamento jurídico de previsão, em abstrato, da pretensão postulada é criticável, uma vez que, quando houver caso em que falte previsão legal, no direito objetivo, não poderá o juiz eximir-se de processar e julgar a causa, alegando omissão na lei, conforme artigo 126 do Código de Processo Civil de 1973. Assim, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro não exime o juiz de sentenciar ou despachar mesmo diante da falta ou lacuna na lei, cumprindo-lhe valer-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito, a possibilidade jurídica do pedido não fica numa situação confortável como uma das condições da ação.

Dessa forma, importante notar que o conceito geralmente aceito segundo o qual a ação somente será viável se o autor puder mostrar de antemão que o ordenamento jurídico contém uma

providência que o ampara é falho. O direito brasileiro sempre permitiu a possibilidade de o juiz valer-se de outras fontes diante da falta de previsão legal para hipóteses fáticas que lhe são submetidas, fazendo nesse caso papel de legislador. Assim, a possibilidade jurídica do pedido já não dependia da existência de texto normativo para que fosse admitida como possível aquilo que se pleiteia (OLIVEIRA, 1987, p. 41).

Completa Oliveira (1987, p. 42) que o julgador terá sempre que examinar o ordenamento jurídico em seu conjunto, valendo-se dos processos de integração para que conclua se o provimento pleiteado é ou não admissível. Sendo claramente excluído pelo direito, o trabalho do juiz será mais simples, entretanto, seu pronunciamento não terá natureza diversa daquele advindo de reflexões demoradas ou de custosas pesquisas. Assim, ausente no ordenamento jurídico o pleito do autor, seja porque expressamente o veda seja porque não o prevê, a consequência será a mesma e a substância da sentença será idêntica.

A análise quanto à possibilidade de o pedido ser ou não juridicamente possível faz jus ao exame do pretendido direito material, invocando a observância dele próprio. Por isso, invariavelmente, a verificação do pedido pleiteado pressupõe a análise do vínculo do direito material deduzida em juízo. Exemplo clássico é o da demanda originária de dívida de jogo, caso em que o pedido simplesmente é o pagamento do valor respectivo; no entanto, tal pedido, qual seja, a cobrança originária de jogo, é vedado expressamente em lei. Por conseguinte, o pedido torna-se juridicamente impossível (KLIPPEL, 2008, p. 275).

Assim, sempre houve uma enorme dificuldade prática em separar a questão suscitada do mérito da causa, importando, desse modo, na cognição da relação jurídica de direito material. O exame meritório, inerente à possibilidade de o pedido ser ou não juridicamente possível, encontra nesse fator outra justificativa para sua ocorrência, pois ambos os institutos possuem estreita ligação, de forma a não ser possível a análise independente. Neste aspecto, a situação da verificação do pedido confunde-se com o mérito, e, portanto, a ele é pertinente.

Importante salientar ainda que a verificação da impossibilidade jurídica do pedido no início do processo não impede que a decisão seja capaz de definir a questão principal da ação. Estará contida nela a resposta ao pedido do autor, não importando o momento em que foi proferida e, mesmo que negativa, haverá resolução do mérito da questão. Assim, a ideia de que não existe identidade entre possibilidade jurídica do pedido e mérito, visto que naquela haveria tão somente uma em abstrato, já foi superada, pois todas as questões de direito são solucionadas mediante raciocínio e, nesse sentido, foi o adotado pelo novo Código de Processo Civil brasileiro (BEDAQUE, 2010, p. 271).

Explica Bedaque (2010, p. 271) que muitas são as vezes em que o juiz tem condições de afirmar, de plano, posição contrária à tese jurídica alegada pelo autor, e, independentemente do momento em que a decisão seja proferida, ela será igualmente fruto de uma cognição sobre o direito

material. Dessa forma, não é correto afirmar que o indeferimento da inicial leva à extinção do processo sem análise do mérito e que, no julgamento antecipado, há sentença de mérito.

Afinal, esse juízo, mesmo que realizado de plano, é suficiente para definir a situação de direito material. Assim, o “superlativo estrangulamento entre os planos jurídicos do ordenamento jurídico (substancial e processual)” (BEDAQUE, 2010, p. 272) significa, na verdade, julgamento de mérito, por se tratar de questão exclusivamente de direito, o que dispensa o exame da real ocorrência dos fatos.

Para Ramina de Lucca (2010, p. 174), a extinção do processo por carência de ação sem julgamento do mérito, empregada pelo Código de Processo Civil de 1973, é uma “ficção” e somente deixa de fazer coisa julgada material porquanto o legislador quis que assim fosse. Independentemente da previsão legal contida no inciso VI do artigo 267 do CPC, de 1973, a sentença que decreta a impossibilidade jurídica do pedido sempre foi de mérito, pois, uma vez realizada a análise do pedido do autor, analisam-se também as questões de mérito, chegando-se à conclusão de que a pretensão deduzida não pode ser satisfeita.

Assim, resta a defesa do maior problema doutrinário nos moldes propostos por Liebman, qual seja: a sentença de carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido faz coisa julgada material, sendo acobertada, desse modo, pela imutabilidade, não permitindo que a demanda seja repetida, conclusão em que o novo Código de Processo Civil brasileiro finalmente adotou, após numerosas e delongadas discussões.

4 MÉRITO

O conceito do objeto do processo, diferentemente da ação, não foi muito desenvolvido no Brasil pela doutrina, a qual, sob forte influência italiana, preferiu focar nos estudos de Processo Civil e, conseqüentemente, nos elementos da demanda. Em sentido contrário, a doutrina alemã teve como foco o mérito, por ela chamada de *Streitgegenstand* ou objeto litigioso do processo, como conceito principal do Processo Civil (RAMINA DE LUCCA, 2010, p. 160).

Os alemães consideram o mérito do processo como sendo o direito material afirmado, ou seja, o pedido fundado em determinado estado de coisas ou simplesmente o pedido. Para essa posição, todo processo tem um objeto, em torno e em função do qual se desenvolvem as atividades dos sujeitos processuais, assim, sendo este objeto a razão de ser do procedimento e da técnica nele empregada (BEDAQUE, 2010, p. 249).

No Brasil, o entendimento dominante é de que mérito e lide são a mesma coisa, o que pode ser verificado no próprio Código de Processo Civil, em que, por diversas vezes, se utilizam dos dois termos como sinônimos. Exemplo disto está na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil:

O projeto só usa a palavra ‘lide’ para designar o mérito da causa. (...) O julgamento desse conflito de pretensões mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão

a uma das duas partes e nega-a a outra constitui uma sentença definitiva de mérito. A lide é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes.

Conforme Ramina de Lucca (2010, p. 76), a lide a que o Código de Processo Civil se refere diz respeito àquela concebida por Francesco Carnelutti, para o qual seria um conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência de outro. Dessa forma, a lide seria o fundamento de toda a sua teoria processual, ou seja, o escopo da jurisdição e não do processo, apresentando, assim, diversos problemas.

Em 1928, explica Ramina de Lucca (2010, p. 77) que Pietro Calamandrei demonstrou que o conceito de lide formado por Carnelutti era um retrocesso ao desenvolvimento do processo civil, primeiramente pelo fato de que a ausência de lide não impede o exercício da jurisdição, além de que o conceito criado por Carnelutti teria mais razões sociológicas do que jurídicas, por não se referir à tutela jurídica pretendida por aquele que teve sua pretensão resistida.

Segundo Sampaio (2010, p. 161), Calamandrei conclui acertadamente ao dizer que o juiz julga aquilo que o autor apresenta para ser julgado, não sendo a lide o próprio mérito do processo, pois, ao definir o seu pleito, o autor não está pedindo a resolução de uma lide, mas sim a satisfação de algo que almeja, ou seja, a sua pretensão processual.

Tem-se, então, de acordo com a nomenclatura do artigo 269 do Código de Processo Civil de 1973, com correspondência no artigo 474 do novo Código de Processo Civil, que mérito significa a análise do pedido, que define e formaliza o conflito que o autor alega ter em face do réu. Embora existam situações também em que o mérito do processo se dá na tutela de direitos subjetivos processuais, e não de um conflito que se origina da tutela de direitos subjetivos materiais (KLIPPEL, 2013, p. 49).

Nesse sentido, completa Bedaque (2010, p. 247) que o julgamento do mérito é a resposta dada ao pedido formulado pelo autor ao examinar os motivos deduzidos e as provas destinadas a demonstrá-los e, ao final, concluir pela existência ou não do direito afirmado. Julgar o mérito, portanto, significa julgar o pedido deduzido na inicial, acolhendo-o ou rejeitando-o.

Assim, conforme o artigo 468 do Código de Processo Civil de 1973, com correspondência no artigo 490 do novo Código de Processo Civil, a sentença que julgar total ou parcialmente a lide se torna imutável, adquirindo força de lei, nos limites dela e das questões decididas, ficando a lide impossibilitada de ser novamente submetida a julgamento, uma vez que se encontra acobertada pela coisa julgada material.

Entretanto, o ordenamento jurídico brasileiro trazia óbices, como visto, relativos à técnica processual que impediam que o escopo do processo de conhecimento fosse atingido, uma vez que só poderia haver decisão sobre o pedido se ele se mostrasse apropriado ao conflito verificado no plano material, ou seja, se não fosse vedado pelo ordenamento jurídico.

Todavia, a antiga opção legislativa não impediu o surgimento de controvérsias doutrinárias a respeito desse instituto, crescendo cada vez mais o entendimento de que é de mérito a sentença de carência de ação, principalmente quanto à impossibilidade jurídica do pedido, razão pela qual o novo Código de Processo Civil brasileiro extirpou do ordenamento jurídico a previsão da possibilidade jurídica do pedido como condição da ação.

4.1 TEORIA DA ASSERÇÃO

Divide-se a doutrina em duas grandes correntes, denominadas Teoria da Asserção e Teoria da Apresentação, a fim de diferenciar o mérito das condições da ação.

A Teoria da Asserção, entre seus seguidores Barbosa Moreira (2005, p. 57), preceitua que a verificação da presença das condições da ação se dá à luz das afirmações feitas pelo demandante em sua petição inicial, devendo o julgador considerar a relação jurídica deduzida em juízo à vista do que se afirmou. Deve o juiz raciocinar admitindo, provisoriamente, e por hipótese, que todas as afirmações do autor são verdadeiras, para que se possa verificar se estão presentes as condições da ação.

Para muitos processualistas, segundo Câmara (2013, p. 155), a única forma de se aferirem as condições da ação, que respeita o postulado abstratista da Teoria Eclética de Liebman e que condiz com a finalidade dessas condições, é a defendida pela Teoria da Asserção, cuja técnica consiste em analisá-las em hipóteses, de forma aparente, de acordo com o conteúdo postulado na inicial, provisoriamente admitidas como verdadeiras até que se estude a fundo o objeto litigioso, em sentença de mérito.

Nesse sentido, afirma Câmara (2013, p. 155) que a razão está com a Teoria da Asserção, uma vez que as condições da ação são requisitos exigidos para que o processo vá em direção ao seu fim normal, qual seja, a produção de um provimento de mérito. Sua presença, assim, deverá ser verificada em abstrato, considerando-se, por hipótese, que as assertivas do demandante em sua inicial são verdadeiras, sob pena de se ter uma indisfarçável adesão às teorias concretas da ação. Exigir a demonstração das “condições da ação” significaria, em termos práticos, afirmar que só tem ação quem tem o direito material.

O ponto central para que se possa diferenciar, nos casos concretos, quando se analisam as condições da ação e quando se discute sobre o mérito, para os que adotam os postulados da Teoria da Asserção, assenta-se na cognição que se faz de cada uma dessas categorias à luz do direito material deduzido em juízo. Ou seja, a cognição da postulação feita pelas partes e do material probatório trazido no processo é que tem o condão de extirpar o problema ora em discussão.

Entretanto, as condições da ação, para essa teoria, são um ponto de contato com o direito material, pois, não obstante sejam requisitos atrelados a um direito de natureza processual – qual seja, a ação, possuindo também essa natureza –, é no direito material que buscarão o substrato para sua verificação nas hipóteses concretas levadas ao Judiciário.

4.2 TEORIA DA APRESENTAÇÃO

De outro lado, a Teoria da Apresentação, liderada por Liebman, que conta com a adesão, entre outros, de Dinamarco (2001, p. 298), considera que a presença das condições da ação deve ser demonstrada cabendo, inclusive, produzir provas para convencer o juiz de que estas estão presentes. Nesse sentido, a Teoria da Apresentação defende que condições da ação e mérito são categorias processuais que se distinguem em sua essência, e não de acordo com o tipo de cognição que se faz da relação de direito material.

Dessa maneira, Dinamarco (2001, p. 298) completa afirmando que não basta que o demandante descreva formalmente uma situação em que estejam presentes as condições da ação, sendo necessário que estas existam realmente. Uma condição da ação é sempre uma *condição da ação*, e por falta dela o processo deve ser extinto sem julgamento do mérito, quer o autor já descreva a situação em que ela falte, quer dissimule a situação e só mais tarde os fatos revelem ao juiz a realidade.

Entretanto, até mesmo Liebman, a quem geralmente se imputa a defesa da teoria da existência real das condições da ação – a Teoria da Apresentação –, filiou-se, em certo momento, à Teoria da Asserção, o que, inclusive, pode ser intuído pela leitura de seu *Manuale* (DINAMARCO, 2001, p. 298).

Embora o texto legal pertinente ao Código de Processo Civil de 1973 não ensejasse brechas a qualquer indagação doutrinária que propusesse solução distinta da concepção teórica adotada, ainda assim havia críticas de toda ordem, não impedindo que se questionassem os critérios do legislador, em nível doutrinário e até com vistas a uma interpretação e análise crítica dos textos que eventualmente relativizavam a adesão do legislador a conceito tão polêmico.

5 O MÉRITO NAS SENTENÇAS QUE DECRETAM A IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

Como defesa da existência de mérito na decisão de ausência da possibilidade jurídica do pedido, pode-se citar a Teoria da Asserção. Como visto, para essa Teoria, as alegações autorais relacionadas às condições da ação devem ser verificadas em abstrato, apenas com base nas afirmações contidas na peça vestibular. Portanto, haverá exame de mérito a partir do momento em que o magistrado, para formar seu juízo de convencimento, confrontar informações com material probatório posterior.

Predominava na doutrina que o exame da possibilidade jurídica, sob o ângulo de adequação do pedido, está intimamente ligado ao direito material a que eventualmente correspondesse a pretensão do autor. A possibilidade jurídica do pedido vincula-se ao elemento normativo da relação

jurídica de direito material deduzida em juízo. Assim, se uma pretensão é juridicamente impossível, significa que o ordenamento jurídico veda um intento do autor, e, se ele veda, quer dizer que não há norma jurídica que sustente o direito subjetivo que ele alega em face do réu, o que, em última análise, indica que não existe o direito subjetivo que postulou.

Bedaque (2006, p. 248) explica que a pretensão já é, em si mesma, suficiente para possibilitar a formação do convencimento sobre a improcedência do pedido, não importando, assim, que a conclusão obtida pelo juiz esteja informada por cognição sumária dos fatos. Essa cognição é suficiente para a rejeição do pedido.

O exame meritório é inerente tanto à matéria quanto à possibilidade jurídica do direito material, encontrando-se, nesse fator, outra justificativa para sua ocorrência. Isso porque ambos os institutos possuem estreita ligação, de forma a não ser possível a análise independente. Desse modo, a análise da possibilidade jurídica do pedido que compõe o mérito da causa relaciona-se pela sua abrangência com a própria pretensão formulada. Desse modo, a ausência dessa condição da ação equivale à inexistência do direito material invocado, devendo ser prestada a tutela jurisdicional meritória, na modalidade de improcedência (BEDAQUE, 2006, p. 248).

Nesta seara, insta salientar a relação entre a possibilidade jurídica do pedido e a economia processual, por não ser, como visto, somente uma análise superficial, e sim de mérito. Neste sentido, demasiado mais simples e útil admitir a ocorrência da coisa julgada material nas decisões que examinem o pedido pleiteado, evitando-se a propositura e apreciação de demandas igualitárias entre si, sem a mínima alteração.

Por tais razões, defende-se a existência da coisa julgada material na sentença que decreta a carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido, admitindo-se os efeitos da imutabilidade e da indiscutibilidade. Neste sentido, a apreciação de mérito torna-se óbvia por apenas ela deter tais características de maneira cabal. Logo, a decisão que decreta a impossibilidade jurídica da demanda resolve o mérito da ação, acoberta-se pela coisa julgada material e, via de consequência, não poderá ser reproposta.

No entanto, como visto, o legislador brasileiro havia optado, no Código de Processo Civil de 1973, por considerar a possibilidade jurídica do pedido, além de autônoma, como condição apta a provocar a inexistência de análise meritória diante da sua ausência. O considerado pela antiga legislação foi a necessidade de afastar da apreciação exaustiva do Poder Judiciário demandas cujo fundamento se encontrava excluído expressamente do ordenamento jurídico pátrio, as quais, desta forma, deveriam ser desde logo extintas sem qualquer consideração das peculiaridades do caso concreto.

Porém, a consequência foi o contrário do pretendido, uma vez que, por não haver análise do mérito e conseqüentemente não incidir a coisa julgada material, ficava ressalvada à parte a possibilidade de pleitear demanda idêntica em demanda posterior. Ao contrário se resolvesse o mérito,

com o acolhimento ou rejeição da demanda, importando na coisa julgada na sua forma material e não podendo, assim, haver a repropositura de ação idêntica, conforme preceituava o artigo 268 do Código de Processo Civil de 1973.

Outro problema estava no fato de que a sentença extintiva implica sempre frustração da prestação jurisdicional, visto que, ao extinguir o processo, o Estado não estará exercendo a jurisdição de forma plena. Esse tipo de sentença é danoso e problemático, representando o fracasso do meio, por não atingir seu fim. O papel da jurisdição é satisfazer ou não o pleito levado para sua apreciação, garantindo a eficácia prática do ordenamento jurídico, porém, ao proferir uma sentença terminativa, o juiz simplesmente deixa de julgar a pretensão posta, mantendo o estado de dúvida das partes (RAMINA DE LUCCA, 2010, p. 178).

Assim, afirma Bedaque (2010, p. 44) que “a sentença terminativa implica gasto de dinheiro, perda de tempo e frustração de esperanças.” Extinguir o processo sem que se julgue o mérito, ou seja, sem solução da controvérsia, deve ser exceção e a sentença de mérito, a qual resolve a lide levada à apreciação do Judiciário, a regra.

Nesse sentido, completa Saldanha *et al* (2010, p. 97) que o processualismo contemporâneo ainda insiste em negar que o exame das condições da ação é indissociável do exame do mérito. O legado liberal revela que a processualística tem-se apoiado exageradamente na “procedimentalidade”, o que acaba se tornando inautêntica ao universo hermenêutico, levando à inefetividade do processo.

E, ainda, afirma Dinamarco (2010, p. 445) que o Estado falha ao dever quando dispensa a tutela jurisdicional a quem tem direito a ela, ao inadmitir o sujeito em juízo, ao conduzir mal o processo ou ao julgá-lo equivocadamente e, também, ao não conferir efetividade prática a seus julgados. Diante disto, quem levou a juízo a lide para que fosse dirimida, na realidade continua a experimentar a lesão sofrida e, na prática, é como se não tivesse ido a juízo. Entretanto, esquece o magistrado que a tutela jurisdicional é objeto de solene promessa do constituinte, conforme art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e, assim, negando-se a ministrá-la de forma efetiva, o Estado de Direito descaracteriza-se como tal.

O filtro criado por Liebman, que consiste nas condições da ação, é um instrumento de sua época, um período em que o processo se desenvolvia como uma ciência própria, em que o rigor formal era excessivo e, conseqüentemente, as extinções prematuras dos processos eram corriqueiras. Entretanto, atualmente não há mais razão para ser mantida a natureza terminativa dessas decisões que encerram o processo de clara improcedência. As condições da ação têm a função de eliminar processos inúteis, mas isto é feito “invertendo valores, desrespeitando a lógica e a teoria processual e frustrando a pretensão jurisdicional” (RAMINA DE LUCCA, 2010, p. 178).

O processo não pode ser “escravo” da forma, apesar de sua importância dimensionada pelos objetivos que a determinam. A obediência às regras processuais elaboradas pelo legislador bem como às regras formais do processo é de extrema importância para se garantir que o instrumento atinja seu

escopo final com justiça. Porém, “o apego exagerado ao formalismo acaba por transformar o processo em mecanismo burocrático e o juiz no burocrata incumbido de conduzi-lo” (BEDAQUE, 2010, p. 45).

Assim, segundo Bedaque (2010, p. 45), é preciso reconhecer no julgador sua capacidade para adequar o mecanismo às especificidades da situação, que não é sempre a mesma, à luz do princípio da adequação ou adaptação do procedimento. É fundamental que se consiga extrair do sistema positivo soluções aptas a compatibilizar o formalismo necessário e os objetivos do processo, para que um não comprometa a observância do outro.

Para tanto, afirma Bedaque (2010, p. 46) que o sistema processual não deve ser concebido como uma “camisa de força”, retirando do juiz a possibilidade de adoção de soluções compatíveis com as especificidades de cada processo. O caminho mais seguro a se seguir é a simplificação do procedimento, flexibilizando-se as exigências formais, a fim de que os objetivos pretendidos sejam atingidos, ou, até mesmo, devendo ser ignoradas quando não se revelarem imprescindíveis em determinadas situações. As regras do procedimento devem ser simples, regulando o mínimo necessário para que haja garantia do contraditório, mas, na medida do possível, sem sacrifício da cognição exauriente.

Nesse sentido é que vários países têm realizado reformas processuais à procura do equilíbrio de um processo “justo”, pelo qual as partes sejam tratadas com igualdade e tenham reais oportunidades de participação, agindo também o juiz de modo efetivo na captação de material instrutório e construção de um provimento final justo e útil. Afinal, o processo não consiste somente em técnicas a serem utilizadas pelo juiz em prol dos objetivos do sistema, mas ainda de recursos técnicos para, principalmente, produção da prova e movimentação de seus atos (DINAMARCO, 2010, p. 154).

Essa é a orientação seguida na regulamentação do novo Código de Processo Civil europeu, em que, em vez de se preocupar com a cognição superficial ou incompleta, busca-se a aceleração e a simplificação, através da previsão de atos processuais em tempo relativamente curto e com a eliminação de atividades dispensáveis, além da possibilidade de adaptação do procedimento com vistas ao caso concreto (BEDAQUE, 2010, p. 52).

Desse modo, o correto é a aceitação das características da imutabilidade e da indiscutibilidade da coisa julgada material na sentença que decreta a impossibilidade jurídica do pedido, opção que o legislador acabou por adotar com a nova redação do novo Código de Processo Civil brasileiro. Dessa maneira, tornam-se viáveis interpretações literais e sistemáticas, devido a tudo o que já foi exposto anteriormente. A possibilidade referida se faz presente com fundamentações em explanações históricas e teleológicas, aptas a evidenciar a razão da inserção da norma jurídica e a sua finalidade respectivamente, além das suas consequências práticas judicialmente ponderadas.

Nesse sentido, afirma Didier Júnior (2008, p. 174) que é impossível extremar a impossibilidade jurídica do pedido do mérito da causa, fato que por si só justificaria a exclusão dessa categoria da dogmática jurídica e, conseqüentemente, do texto legal. A falta dessa condição da ação, reconhe-

cida liminarmente ou após instrução, deveria sempre dar ensejo a uma decisão de mérito, pois a natureza de uma questão não muda de acordo com o momento em que é examinada. Assim, é indiscutível que, à luz do direito positivo, a melhor solução hermenêutica é a adoção da Teoria da Asserção.

Completa Bedaque (2010, p. 272) que a ligação entre os planos do ordenamento jurídico substancial e processual, ao se analisar a possibilidade jurídica do pedido, significa, na verdade, o julgamento de mérito, por se tratar de questão exclusivamente de direito, dispensando-se o exame da real ocorrência dos fatos. Entretanto, isto não ocorre sempre em relação às outras condições da ação, cuja ausência não implica solução integral do litígio, embora a decisão também produza efeitos fora do processo. A coisa julgada material limita-se, neste caso, à pequena parcela da relação material sobre que incidiu a decisão.

Conforme Dinamarco (2010, p. 158), a evolução sobre a verificação da possibilidade/impossibilidade jurídica do pedido, guiada pela visão da doutrina e por estudos de direito comparado, conduziu de modo uniforme para a adoção de medidas e posturas de caráter político, sistemático e técnico-processual, com a crescente consciência da necessidade de uma tutela jurisdicional com melhores condições e, conseqüentemente, mais rápida para ser justa e efetiva. Assim, completa Dinamarco (2010, p. 158) que “não há prognóstico preciso a fazer, mas uma visão de conjunto mostra as linhas fundamentais de um processo civil desejável e factível em futuro relativamente próximo”.

Nesse contexto, a partir das controvérsias geradas na doutrina, a legislação pátria deu um salto em prol da efetividade do processo e da proteção dos jurisdicionados contra o abuso do exercício da ação, atribuindo ao conhecimento da carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido a natureza de resolução do mérito por improcedência manifesta da pretensão do autor (RAMINA DE LUCCA, 2010, p. 179).

O novo Código de Processo Civil brasileiro retirou a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação, conduzindo a uma sentença de mérito. Assim, os artigos que correspondem à extinção do processo sem resolução de mérito – art. 472 – e ao indeferimento da petição inicial – arts. 315 e 472 –, no novo Código de Processo Civil, não contemplam a possibilidade jurídica do pedido em suas redações.

Importante salientar que o que se pretende com o presente trabalho não é a eliminação da forma e o abandono de todas as conquistas da ciência processual. As formas e técnicas são de grande importância para o desenvolvimento do processo e para a garantia às partes da sua participação no contraditório. É preciso, todavia, que o processualista não perca a função instrumental desse meio estatal de solução de controvérsias através do Judiciário, para não transformar a técnica processual em verdadeiro “labirinto” em que as partes não alcançam uma saída. O mal está no formalismo excessivo (BEDAQUE, 2010, p. 54).

É necessário que haja movimento a fim de mudar a mentalidade de todos os que influenciam na concepção e condução do processo, pois não bastam modificações legislativas se o aplicador das

regras processuais se mantiver apegado ao formalismo. Nesse sentido, assume grande importância o papel do processualista, o qual deve extrair do sistema positivo soluções aptas a compatibilizar o formalismo necessário e os objetivos do processo, para, assim, evitar que a estrita observância da-quele não comprometa estes (BEDAQUE, 2010, p. 45).

6 CONCLUSÃO

O direito de ação passou por uma série de transformações jurídicas durante o seu desenvolvimento, através de diversas teorias com o objetivo de explicá-lo. Dentre elas, optou o legislador brasileiro pela adoção da Teoria Eclética da Ação, desenvolvida pelo italiano Enrico Tullio Liebman, cujo aspecto principal é a verificação de determinadas condições para a consequente resolução de mérito.

Como ocorreu com as demais correntes, a Teoria Eclética não ficou imune às críticas. Seus opositores defendem a ideia de que, a partir do momento em que o magistrado analisa se estão presentes as condições da ação, há consequentemente uma cognição exauriente. Dessa forma, a constatação do não preenchimento de qualquer das condições propicia um julgamento de mérito, acobertado pelo manto da definitividade. Neste sentido, encontra-se a defesa da Teoria da Asserção, com expressão significativa e crescente na doutrina.

A separação proposta pela Teoria Eclética entre mérito e condição da ação torna-se ainda mais confusa ao ser considerada a impossibilidade jurídica do pedido, precisamente pela dificuldade em separá-la de exames com resultado de improcedência do pedido, por ser matéria diretamente ligada ao direito material. Partindo dessa premissa, procurou-se estabelecer que a sentença decretatória de carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido faz, consequentemente, trânsito em julgado material, por ser matéria afeta ao mérito, não havendo como deste ser dissociada.

Nesse sentido, atualmente não há mais razão para ser mantida a natureza terminativa dessas decisões, afinal, após anos de discussões e estudos acerca desse tema, já é notável e plenamente aceitável o fato de que essas decisões de carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido constituem, na realidade, sentença de improcedência do pedido.

Isto porque o juiz deve objetivar a efetividade do processo, a fim de que se consiga extrair do sistema positivo soluções aptas a compatibilizar o formalismo necessário e os objetivos do processo. O processo não pode permanecer atrelado à forma, apesar de sua importância para atingir os objetivos que o determinam. Entretanto, o apego exagerado ao formalismo acaba por transformar o processo em mecanismo burocrático, o qual, por assim ser, acaba não satisfazendo o seu fim essencial, qual seja, a prestação da tutela jurisdicional.

A partir das controvérsias geradas na doutrina, a legislação pátria deu um salto em prol da efetividade do processo e da proteção dos jurisdicionados contra o abuso do exercício da ação, atribuindo ao conhecimento da carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido a natureza de resolução

do mérito por improcedência manifesta da pretensão do autor. O novo Código de Processo Civil retirou a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação, conduzindo a uma sentença de mérito.

Aprovado: 05/05/2015. Recebido: 15/04/2015.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, J. E. Carreira. *Teoria geral do processo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- ASSIS, Araken de. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao CPC*. 12. ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio et al. *O colapso das condições da ação: um breve ensaio sobre os efeitos da carência de ação*. Revista de Processo. São Paulo, ano 32, n. 152, p. 11-35, out. 2007.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 24. ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 2013.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. v. 1. Campinas: Bookseller, 2002.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et al. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 9. ed. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2010.
- FABRICIO, Adroaldo Furtado. *Extinção do processo e mérito da causa*. Revista de Processo, São Paulo, n. 58, p. 20-33, abr.-jun. 1990.
- FREIRE, Rodrigo Cunha Lima. *Condições de ação: enfoque sobre o interesse de agir no processo civil brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- GOMES, Fábio. *Carência de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução revisada de Moreira Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.
- KLIPPEL, Rodrigo. *Teoria geral do processo civil*. Niterói: Impetus, 2007.
- KLIPPEL, Rodrigo et al. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MONIZ DE ARAGÃO, Ergas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed. v. 10. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- MOURA, Jean Bezerra. *Condições da ação: natureza jurídica do provimento do juiz*. Revista da Faculdade de Direito de Caruaru, João Pessoa, v. 34, n. 1, p. 209-224, out. 2003.
- NEGRÃO, Theotonio et al. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido*. Revista de Processo, São Paulo, ano XII, n. 46, p. 39-47, jun. 1987.
- PACAGNAN, Rosaldo Elias. *Breves reflexões sobre as condições da ação*. Revista Jurídica, Porto Alegre, ano 53, n. 331, p. 65-74, maio 2005.
- RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *O mérito do processo e as condições da ação*. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, ano 2010.1, n. 20, p. 155-182, 2010.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ISAIA, Cristiano Becker. *A possível superação do dualismo metafísico entre condições da ação e mérito da causa no direito processual civil*. Revista do Curso de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha, Caxias do Sul, ano 4, n. 8, p. 95-110, jul. 2010.

SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de processo civil*. 5. ed., v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 27. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

Yumi Maria Helena Miyamoto

*Mestre e doutoranda em Direitos e Garantias Fundamentais
pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV.*

*Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Faculdade
de Direito de Vitória – FDV.*

*Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo – USP e em Ciências
Contábeis pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. Professora
da Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Advogada.*

*Rua Juiz Alexandre Martins de Castro Filho nº 215, Santa Lúcia
Vitória/ES*

CEP 29956-295

yumi_mhmiyamoto@hotmail.com

Emilli Romanha

*Pós-graduada em Direito Processual Civil pela
Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Advogada.*

*Avenida Nossa Senhora dos Navegantes, nº 675,
Salas 309/310, Ed. Palácio do Café, Enseada do Suá
Vitória/ES*

CEP 29050-912

emilliromanha@gmail.com