

# POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

SÉRGIO GISCHKOW PEREIRA

Juiz de Direito da 2ª Vara de Família, de  
Porto Alegre - RS

**SUMÁRIO:** 1. Conceito de ação. 2. Condições da ação. 3. Possibilidade jurídica: divergências conceituais. 4. Opinião do autor.

1. A ação é tema sempre suscitador de controvérsias doutrinárias as mais acirradas e variadas. Inúmeras teorias disputam a preferência dos estudiosos. O elevado significado de tais disceptações se revela pela elementar constatação de se tratar de um dos institutos básicos do processo. Interessar-me-á o assunto dentro da perspectiva do processo civil.

A divergência fundamental radicava no equívoco de se confundir a ação com o direito subjetivo material. Não se concedia autonomia ao direito de agir. Felizmente, viu-se superada esta concepção civilística, com o avanço da ciência processual civil. A ação passou a ser encarada como direito abstrato, um direito subjetivo público que visa a obtenção de prestação jurisdicional. O direito subjetivo de ação é de caráter processual. A ação é endereçada ao Estado, a quem se postula a tutela jurisdicional, ou seja, o sujeito passivo é diferente daquele que desempenha idêntica função na relação jurídica de direito material.

A ação é direito de cunho autônomo porque independente do direito substancial. É direito de característica abstrata porque a ele não importa o fato de ter ou não razão, o autor da ação.

Lapidar é o conceito de WALDEMAR MARIZ DE OLIVEIRA JÚNIOR (Curso de Direito Processual Civil, Editora RT, 1971, vol. I, pág. 69): "Ação é um direito público, subjetivo, processual, assegurado a todos os cidadãos pela ordem constitucional, de caráter autônomo e abstrato, embora instrumental, uma vez que conexo a uma pretensão concreta, cujo julgamento visa obter do órgão da jurisdição". A meu sentir, as notas primordiais do conceito residem na autonomia e abstração, dados expressivos ao desenvolvimento do presente estudo.

Todavia, justamente na maior ou menor extensão emprestada à abstração e à autonomia, se situa o fulcro de sérias controvérsias, que se vão refletir na definição das condições da ação, tornando esta questão bastante complexa, eivada de sutilezas e nuances. A tal ponto vão as dificuldades, que noções de uso diário e corriqueiro não logram uniformidade de definição, produzindo intermináveis debates, como é o caso da própria possibilidade jurídica do pedido.

Assim é que alguns concretizam por demais o direito de agir, vinculando-o à obtenção de sentença 'favorável'; é o pensamento de WACH, HELLWIG, GIERKE, SIMONCELLI. Outros, postos em orientação radicalmente adversa, levam a abstração e autonomia ao

máximo, não admitindo sequer se fale em carência de ação, em condições da ação, por serem elementos capazes de reviver a teoria civilista: CALMON DE PASSOS (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, vol. III, pág. 266; note-se faz a ressalva de que sua visão da matéria não coincide com o regramento legal pátrio), SALVATORE SATTA (Manual de Derecho Procesal Civil, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971 — tradução da sétima edição italiana —, vol. I, pág. 128). Entre os extremos, uma gama de entendimentos se abre; SATTA (obr. e vol. cit., pág. 120) chega a asseverar que "es suprema la divergencia sobre la justificación de esa autonomía, y de ahí que bien puede decirse que existen tantas doctrinas de la acción como escritores se han ocupado de ella".

Importa é a conscientização da relatividade de todas as teorias, adotando-se o conselho de CALAMANDREI: ao indagar qual das teorias é preferível, responde (Instituciones de Derecho Procesal Civil, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962 — tradução da 2ª ed. italiana —, vol. I, págs. 252 e 253):

*"El problema no puede ser formulado en estos términos absolutos: el mismo solamente puede tener sentido siempre que se plantee históricamente respecto de un determinado ordenamiento positivo en una cierta fase de su desarrollo. No se trata, pues, de investigar la verdadera teoría, como si no hubiera más que una que pudiera considerarse absolutamente exacta frente a todas las otras que habrían de considerarse equivocadas; siendo así que, en realidad, toda teoría debe ser considerada en función de la relación entre el interés individual y el interés público que, bajo diversas formas, se presente en todos los campos de la ciencia jurídica y que puede aparecer, por consiguiente, más o menos exacta según que en la relación se acentúe por consideraciones políticas, el predominio de uno de los términos y se desplace, por consiguiente, en un sentido o en otro, el punto de equilibrio entre los dos".*

Destarte, ao se analisar o sistema brasileiro, ter-se-á em conta, forçosamente, a teoria consagrada pelo legislador, posto submetida ao necessário crivo crítico. De qualquer forma, fora e além do plano legislativo, buscarei a concepção que me parece a mais consistente.

A teoria a que aderiu nosso código processual civil é a formulada por LIEBMAN, a qual mereceu o prestígio de ALFREDO BUZAI. O conceito enunciado de WALDEMAR MARIZ, se filia a esta corrente. Portanto, estou em que o legislador brasileiro foi feliz ao eleger a teoria mais próxima da realidade fática. Discordo em certos aspectos da hipótese em tela, consoante depois abordarei, mas em termos gerais, é a mais digna de acatamento, pelo menos ao conceituar a ação.

Realmente não há como pretender um isolamento completo da ação, obscurecendo-se sua instrumentalidade, sua conexão a uma situação jurídica concreta. Precisamente desta conexão se originam as condições da ação (JOSÉ FREDERICO MARQUES, Instituições de Direito Processual Civil, Forense, 4ª ed., 1971, vol. II, pág. 37). Disserta o mestre paulista (págs. 36 e 37):

*"Alguns autores entendem que a simples referência adesiva a condição da ação constitui resquício da concepção privatística do processo". Mostrou, porém, GALENO LACERDA, de modo convincente, o erro de tal entendimento, in verbis: "Desde que existe um direito público subjetivo de ação, dentro de uma concepção rigorosamente abstrata do resultado da sentença, embora esse direito se limite a reclamar prestação jurisdicional indeterminada do Estado, deve haver, por força da própria ordem jurídica, condições que legitimem seu exercício, mesmo no plano formal em que se configura". LIEBMAN, por seu turno, explica que, se a ação se refere a uma situação determinada e perfeitamente individualizada, deve o direito de agir estar condicionado a alguns requisitos que precisam ser examinados, caso por caso, como preliminares do julgamento da pretensão".*

A propósito, é valiosa a argumentação de HÉLIO TORNAGHI, exposta em Comentários ao Cód. de Processo Civil, Editora RT, 1975, vol. II, págs. 325 a 329. O jurista traça as nítidas distinções entre os componentes da fundamental trilogia: processo, ação e mérito. Demonstra a indispensabilidade da visualização triádica e suas conseqüências no plano teórico-prático. Situa o problema das condições da ação no campo do cognominado direito judiciário material.

Não se cogita de regressão aos erros civilistas, mas somente de erigir uma teoria em consonância com o real desenvolvimento dos acontecimentos no mundo fático e no mundo jurídico. Impõem-se as distinções resultantes da observação científica apurada. Quantos debates não se verificam por facetas semânticas, por falta de definição escorreita dos vocábulos utilizados! É parte integrante da atividade científica em geral, e com importância ímpar no Direito, a função classificatória, de categorização, de tipologização. Intenta-se ordenar a realidade em esquemas que condensem dados comuns a uma seqüência de fenômenos. Ora, se a pesquisa permite diagnosticar perfeitamente fatores distinguíveis do plano dos pressupostos processuais e das questões de mérito, como evidencia TORNAGHI em seu estudo há pouco cit., não há motivo científico para tornar despicienda a diferenciação, quanto mais ao se perceber tem repercussões práticas efetivas e úteis. Estas repercussões afloram em uma melhor compreensão de determinados eventos que envolvem ação e processo, e se reflete na abrangência da coisa julgada material, e, enfim, em todas as conseqüências advindas das diversidades entre uma decisão de mérito e uma que não o é.

Portanto, divirjo de ilustres juristas, que não vêem sentido na distinção entre carência e improcedência: a) CELSO AGRÍCOLA BARBI, Comentários ao CPC, Forense, 1ª ed., 1975, vol. I, tomo I, págs. 45 a 47; b) LEO ROSENBERG, Tratado de Derecho Procesal Civil, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955 — tradução da 5ª ed. alemã, tomo II, págs. 56 a 67; c) CALMON DE PASSOS e SATTA, conforme antes aludido. No pertinente aos raciocínios de ROSENBERG, em grande parte radicam em que, segundo ele, existe a circunstância de não se compadecer, o direito alemão, com a idéia de pretensão de tutela jurídica, e, via de conseqüência, com os pressupostos daquela tutela. De resto, não vislumbra razão teórica ou pragmática para a concretização da cisão entre pressupostos processuais e pressupostos de pretensão à tutela jurídica.

2. As condições da ação, como é de conhecimento rudimentar, compreendem a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade para a causa e o interesse de agir.

Cumpra atingir o mais acendrado conceito de condição da ação. Três opiniões disputam a primazia: a) CHIOVENDA, HUGO ALSINA, CALAMANDREI, GABRIEL REZENDE, falam nas condições como requisitos para sentença 'favorável'; b) ENRICO LIEBMAN, FREDERICO MARQUES, WALDEMAR MARIZ, ARRUDA ALVIM, MOACYR AMARAL SANTOS, TORNAGHI, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, BUZAID, encaram-nas como requisitos para uma manifestação de mérito por parte do juiz, favorável ou desfavorável ao autor; c) GALENO LACERDA enfoca as condições como requisitos que legitimam o exercício da ação processual, mas vê, entre as próprias condições, algumas que dizem respeito ao mérito (possibilidade jurídica e legitimidade 'ad causam').

ALSINA preleciona (Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Compañía Argentina de Editores Soc. de Resp. Ltda., 1941, Buenos Aires, tomo I, pág. 222):

*" Por lo tanto, para que el actor triunfe en su demanda, se requieren las siguientes condiciones: 1ª) derecho, o sea una norma de la ley que garanta al actor el bien que pretende; 2ª) calidad, o sea la identidad de la persona del actor con la persona favorecida por la ley y de la persona obligada con la del demandado; 3ª) interés, de conseguir el bien mediante la intervención del órgano público".*

GIUSEPPE CHIOVENDA (Instituições de Direito Processual Civil, Saraiva, 2ª ed., 1965 — trad. da 2ª ed. italiana, vol. I, pág. 66) aduz:

*" . . . as condições necessárias a que o juiz declare existente e atue a vontade concreta de lei invocada pelo autor, vale dizer, as condições necessárias para obter um pronunciamento favorável".*

Com toda a vênua, não se pode encaixar a favorabilidade da sentença como componente conceitual das condições da ação. É corolário natural da teoria da ação como direito abstrato e autônomo. Configura-se o direito a uma prestação jurisdicional de mérito mas não direito a uma prestação favorável. As condições da ação são "os elementos e requisitos necessários para que o juiz decida do mérito de pretensão", como define FREDERICO MARQUES (obr. cit. vol. II, pág. 37). Este, aliás, se reporta à perplexidade de GALENO LACERDA (idem, pág. 39) no tocante a que GABRIEL DE REZENDE FILHO siga CHIOVENDA, se aceita a concepção abstrativa do direito de agir.

GALENO LACERDA também nega sejam as condições da ação requisitos para decisão favorável; entretanto, não as vê como totalmente estranhas ao mérito: Despacho Saneador, Sulina, 1953, págs. 82 a 93. Repele seja possível pronunciamento sobre a possibilidade jurídica do pedido e a legitimidade para a causa sem alcançar o mérito, sem que se

forme a coisa julgada material. Suas objeções são agudas e brilhantes, como, é cediço, sempre sucede às argumentações do insigne gaúcho. O centro da discussão se fixa no conceito de mérito. GALENO define mérito como "a propriedade de o pedido do autor conformar-se ou não com o direito e, em consequência, ser acolhido ou rejeitado" (obr. cit., pág. 83); acrescenta: "Assim, todo juízo de valor sobre o pedido será sentença de mérito". Em contrapartida, para FREDERICO MARQUES, mérito "é o fundo do litígio, ou seja, a pretensão que o autor deduz em juízo através do pedido. É a própria substância da situação litigiosa que se contém no processo de conhecimento" (Obr. cit., vol. III, pág. 232). É a idealização de TORNAGHI, quando, conforme destaquei, expõe o trinômio processo, ação e mérito; para ele, o mérito se relaciona com "o eventual direito desconhecido ou lesado cuja afirmação ou reparação se pede ao juiz"; interessam os requisitos "para que o pedido seja satisfeito (razões, no sentido de fundamento legal da pretensão)", ou seja, "a inexistência de razão, de fundamento jurídico, para o pedido, para a coisa pedida, tem como corolário a improcedência. Improcedente, portanto, é o pedido, jamais a ação". Penso é a noção de mérito, formulada por FREDERICO MARQUES e TORNAGHI, a mais consentânea com as verdades dos fenômenos da ação e do processo. É construção teórica urdida com sucedâneo em metodologia acrisoladamente científica, a partir da rigorosa observação dos fatos e atos que se desenrolam em torno dos dados que se apresentam ao processualista. O conceito de mérito, proposto por GALENO LACERDA, o foi por analogia com definição extraída da filosofia moral. De outra parte, sua asserção de que todo juízo de valor sobre o pedido constitui sentença de mérito, é conducente a que a decisão judicial deliberadora de ausência de interesse para agir também seja um juízo de mérito, visto que, em asseverando mero capricho na propositura da ação, não deixa o magistrado de manifestar uma opinião valorativa; todavia, não é esta a proclamação de GALENO, que não vê aí a proposição de mérito.

A precisão terminológica e científica exige a cisão entre condições de ação e mérito. A nítida separação destas categorias possibilita trato mais acertado da matéria. Nem é implexo notar como as chamadas "condições da ação" se ligam direta e imediatamente com a ação, com o direito público subjetivo de agir, postulando a atuação jurisdicional do Estado. É um campo de indagações alheio às perquirições probatórias.

A maior perplexidade de GALENO acontece pela constatação de não-ocorrência de coisa julgada material, se a sentença não for considerada como de mérito, nos casos de impossibilidade jurídica e legitimação para a causa. É problema grave, mas não insuperável. É dificuldade que não pode ter o dom de obnubilar a inegável diferenciação teórico-prática entre ação e mérito. É questão a ser equacionada e solucionada em outro plano, sem afastar a distinção quando há elementos a serem distinguidos. Nada impede, exemplificativamente, venha a lei a conferir força de coisa julgada material a sentenças sobre possibilidade jurídica e "legitimatío ad causam", independentemente da controvérsia sobre versarem ou não o mérito da causa. O notável catedrático rio-grandense não se conforma com o não-surgimento da coisa julgada material, apontando os casos clássicos de cobrança de dívida de jogo e pedido de divórcio (na época ainda não existente no sistema brasileiro). Ora, não será este fator que elidirá a derrota do autor, em quantas vezes insistir no ajuizamento de sua descabida pretensão. Outrossim, por que não é lícito ima-

ginar a não-concretização da coisa julgada material? E ainda, o que é mais importante: por que não emprestar o poder da coisa julgada material à eficácia da sentença que dá pela carência de ação por falta de uma das condições, ou mais de uma? Ou seja: por que aquele efeito unicamente proviria de sentenças de mérito? FREDERICO MARQUES, a propósito, explicita é a coisa julgada material qualidade dos efeitos de sentenças que se pronunciam sobre o mérito e sobre as condições da ação (obr. cit., 3ª ed., 1969, vol. IV, pág. 330) — sublinhei; esta colocação é suficiente para tornar prejudicada a objeção de GALENO.

Como assinala HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (Revista Brasileira de Direito Processual, Uberaba, v. 13, págs. 34 e 35), ao adotar, o legislador brasileiro, o trinômio pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa, foi muito feliz, pois é opção que corresponde a mais atualizada doutrina. Com efeito, esta escolha doutrinária aparece cristalina no art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil de nosso país.

Conveniente não deixar dúvidas, no atinente à posição de nosso Código de Processo Civil, quanto à incoerência de ligações entre as condições da ação e a coisa julgada material. A declaração de carência não produz tal efeito. A simples leitura do art. 26B expurga qualquer escrúpulo. Ademais, o art. 46B cinge a coisa julgada material às sentenças que julgarem a lide (total ou parcialmente), isto é, resolverem aspectos de mérito do pedido. MOACYR AMARAL SANTOS é categórico (Comentários ao CPC, Forense, 1ª ed., 1976, vol. VI, pág. 473):

*"Produzem coisa julgada e, pois, têm autoridade de coisa julgada as sentenças de mérito, as sentenças definitivas. Por outras palavras, produzem coisa julgada as sentenças que decidem a lide (art. 46B). As demais decisões não produzem coisa julgada".*

3. A possibilidade jurídica do pedido é a condição da ação que tem provocado as maiores celeumas na fixação de seu conceito. É meu objetivo, neste item, formular um panorama geral das diferentes definições doutrinárias. Desde logo resalto se está em terreno mais movediço, posto não nos deparamos, na situação brasileira, com tentativa legal de definição das condições da ação. É termo técnico, mas nem assim livre dos percalços semiológicos em nível semântico. É um conceito mais aberto e ambíguo do que muitos costumam antever. A pesquisa de sua significação vai exigir denodo hermenêutico.

HUGO ALSINA (obr. e tomo cit., pág. 222) emprega o vocábulo "derecho" e dele declara ser "una norma de la ley que garantiza al actor el bien que pretende".

CALAMANDREI (obr. e vol. cit., págs. 259 a 261) fala em "relación entre el hecho y la norma" e fornece interessantes informes, inclusive enfrentando a questão da ação declaratória negativa. É oportuno transcrever alguns trechos de sua exposição:

*"... consiste — a relação referida — en una cierta situación objetiva de coincidencia (o excepcionalmente, de no coincidencia), que debe verificarse*

*"en la realidad entre los hechos concretamente ocurridos y los hechos considerados como posibles por una norma jurídica: en una cierta situación objetiva se concidencia, se podría también decir, entre el hecho, específico real y un hecho específico legal.*

*"Acaso es posible enunciar más simplemente este requisito diciendo que, así como, de ordinario, de la coincidencia entre el hecho específico real y el hecho específico legal nace un derecho subjetivo, el primer requisito de la acción es la preexistencia, en el campo substancial, de un derecho subjetivo a hacer valer en juicio . . . Pero, en realidad, esta fórmula no sería exhaustiva; porque hay casos en los que la acción surge a pesar de que no preexista a ella ningún derecho subjetivo substancial; como ocurre cuando, de la verificación en el campo substancial de un determinado hecho específico, surge inmediatamente la acción, como derecho a obtener del juez un cierto cambio jurídico que sólo el juez puede pronunciar (sentencias constitutivas necesarias) o como derecho a hacer declarar por el juez que no existe el derecho alegado por el adversario (sentencia de declaración negativa de mera certeza).*

*"... En ciertos casos (cuando la providencia solicitada se dirige simplemente a la declaración negativa de certeza de la inexistencia de una cierta relación jurídica) esta relación entre hecho y norma tiene carácter negativo: para negar el derecho de que se jacta, el adversario, es necesario demostrar que entre el hecho específico real y la norma invocada a su favor por el adversario, no hay coincidencia. . . Pero, en suma, en todos los casos, como base de toda acción, se encuentra esta relación entre el hecho y la norma, esta confrontación entre un determinado hecho específico y un hecho específico supuesto por la ley, en que necesariamente se reafirma el carácter subsidiario de la función jurisdiccional en el sistema de la legalidad".*

SATTA (obr. e vol. cit. págs. 128 e 129) utiliza a expressão "la existencia de la norma que garantiza el derecho".

CHIOVENDA (obr. e vol. cit. pág. 66 e 67) situa a possibilidade jurídica como "a existência de uma vontade de lei que assegure a alguém um bem obrigado o réu a uma prestação".

ENRICO TULLIO LIEBMAN (Corso di Diritto Processuale Civile, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1952, pág. 51), estudando a "possibilità giuridica", assim se pronuncia:

*"è dato dall' ammissibilità in astratto del provvedimento domandato, cioè oè dal fatto che esso rientri tra quelli che l'autorità giudiziaria può pronunciare e non sia espressamente vietato. È chiaro che ogni esame del merito è inutile se l'attore propone una domanda per un provvedimento che il giudice non può pronunciare, quelli che siano i fatti del caso concreto. Per es, il giu-*

*"dice non può pronunciare il divorzio tra cittadini italiani, nè può ordinare l'arresto del debitore, nè annullare un atto amministrativo anche illegittimo e lesivo di un diritto del cittadino (art. 4 della legge 20 marzo 1865, all. E)".*

ARRUDA ALVIM (Curso de Direito Processual Civil, Editora RT Ltda., 1971, vol. I, pág. 386) explica com clareza e precisão:

*"Possibilidade jurídica do pedido não é direito existente, somente perquirível quando da prolação da sentença final". Se assim fosse, a ação se confundiria com o direito subjetivo material; a possibilidade jurídica é direito possível. Significa o exame que deve ser feito pelo juiz, da ação posta em juízo, no sentido de examinar se há ou não viabilidade jurídica do mesmo, em função do ordenamento jurídico positivo. Isto é, se o pedido é, abstrata e idealmente, contemplado pelo ordenamento".*

ARRUDA ALVIM mostra que a impossibilidade jurídica, no CPC de 1939, aparecia no art. 160, quando este se referia à petição manifestamente inepta. Resume aduzindo que, pela condição em tela, não é facultado ao autor objetivar uma providência jurisdicional para a qual não existe previsão legal no ordenamento jurídico.

MOACYR AMARAL SANTOS (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, Max Limonad, 3ª ed., vol. 1ª, pág. 206): "o pedido deverá consistir numa pretensão que, em abstrato seja tutelada pelo direito objetivo, isto é, admitida a providência jurisdicional solicitada pelo autor". Aponta os tradicionais exemplos do divórcio e da dívida de jogo.

GABRIEL JOSÉ RODRIGUES DE REZENDE FILHO (Curso de Direito Processual Civil, Saraiva, 1968, vol. I, pág. 156) reporta-se a LIEBMAN e afirma precisa o pedido ser 'razoável' e caber numa das categorias legais.

FREDERICO MARQUES (obr. cit., 4ª ed., vol. II, págs. 39/40) ensina que a pretensão do autor deve se referir a providência admissível pelo direito objetivo. Alude ao conceito de GALENO LACERDA, e, recordando MANDRIOLI, esclarece é a possibilidade jurídica examinada em abstrato.

WALDEMAR MARIZ (obr. e vol. cit., págs. 73/74) define a possibilidade jurídica considerando deve a providência jurisdicional invocada ter amparo ou ser admissível em face do direito objetivo. Aos exemplos de divórcio e dívida de jogo, acrescenta o de ação que visasse investigar maternidade para atribuir prole ilegítima à mulher casada.

TORNAGHI (obr. cit., vol. I, pág. 7B) mostra como a possibilidade jurídica é contemplada no art. 2º do Cód. de Processo Civil brasileiro, aonde este menciona "casos e forma legais". A prestação jurisdicional somente pode ser obtida nos casos previstos em lei, e pela maneira por ela regulada.

CALMON DE PASSOS (obr. e vol. cit., págs. 203 e 204) distingue entre impossibilidade absoluta e relativa. A absoluta é a que constitui condição da ação, sendo o pedido

daquilo que não é deferido, em abstrato, pelo ordenamento jurídico. Na relativa, a impossibilidade se constata no tocante ao caso concreto; é situação subsumida no art. 295, parágrafo único, item II, do CPC. A impossibilidade absoluta é prevista no mesmo artigo e parágrafo, mas no inciso III.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (Revista cit., págs. 36 a 39) entende fundamental a cisão entre as noções de pedido imediato (dirigido contra o Estado e que se refere à tutela jurisdicional) e mediato (endereço contra o réu e respeitante à providência de direito material que quer o autor seja aplicada). A possibilidade jurídica é conceito atinente ao pedido imediato, isto é, "na permissão, ou não, do direito positivo a que se instaure a relação processual em torno da pretensão do autor". Discorda das teorias que sustentam consiste a possibilidade jurídica na adequação do pedido ao direito material. Tem como demonstração de suas asserções a diferenciação estabelecida pelo art. 295, parágrafo único, do CPC, em seus incisos II e III. O item II alude à impossibilidade de direito material, e, o III a de direito instrumental, que é a verdadeira condição da ação (evidente que no sentido positivo, de possibilidade). No caso do inciso II, a manifestação judicial será de mérito.

EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO (Comentários ao CPC, Forense, 1ª ed., vol. II, págs. 433 a 437) coloca uma conceituação divergente da predominante na doutrina. E o faz com sólidos argumentos:

*"De modo geral, a doutrina considera a possibilidade jurídica como a admissibilidade em abstrato do pronunciamento pedido, segundo as normas vigentes no ordenamento jurídico nacional" (LIEBMAN).*

*"Essa não parece, contudo, a melhor solução.*

*". . . O problema entronca, em parte, na disputa sobre a plenitude do ordenamento jurídico, ou a existência de lacunas na lei. Se se entender sob esse ângulo, desloca-se para o campo da Filosofia do Direito. Mas é necessário tê-lo em conta sob outro ângulo, muito bem focalizado por CHIOVENDA, que fazia distinção entre o ordenamento jurídico italiano e o suíço, afirmando que, em face do primeiro, "se, em verdade, ocorresse um fato novo, a que fosse impossível encontrar no sistema das normas uma disposição aplicável, significaria que nesse caso falta uma vontade de lei que garanta o bem reclamado pelo autor e se formará uma vontade negativa de lei", no que difere do segundo "que, em conjuntura semelhante, autorizaria o juiz a aplicar as regras que editaria como legislador (art. 1º)".*

*"Evidentemente, em regime no qual se tenha legislado nos moldes do Direito suíço, o conceito de possibilidade jurídica ultrapassa os limites traçados por CHIOVENDA.*

*"É isso o que, parcialmente, ocorre no Brasil.*

*"Sem ter adotado norma idêntica à que se insere na lei suíça, o Direito brasileiro há longo tempo conhece preceitos que autorizam o juiz a decidir*

*"as causas que lhe sejam submetidas, ainda mesmo que falte uma previsão legislativa a seu respeito, sem que se possa, portanto, negar sumariamente a pretensão, por se reputar formada, em caso tal, a vontade negativa da lei, a que alude CHIOVENDA.*

*"... Apesar das intermináveis disputas doutrinárias em torno do assunto, o certo é que o juiz fez papel de legislador toda vez em que depara com ausência de norma legislada. Por maior que seja o empenho dos defensores da corrente oposta, o envio do juiz aos costumes, à analogia e aos princípios gerais de direito, nada mais é do que a recomendação de que proceda como, em idêntica situação, faria o próprio legislador, que se vale das mesmíssimas fontes, pois as leis não são obra de invenção. . . .*

*"Em face dessas considerações, parece que o verdadeiro conceito da possibilidade jurídica não se constrói apenas mediante a afirmação de que corresponde à prévia existência de um texto que torne o pronunciamento pedido admissível em abstrato, mas, ao contrário, tem de ser examinado mesmo em face da ausência de uma tal disposição, caso em que, portanto, essa forma de conceituá-la seria insuficiente.*

*"Sendo a ação o direito público subjetivo de obter a prestação jurisdicional, o essencial é que o ordenamento jurídico não contenha uma proibição ao seu exercício; aí, sim, faltará a possibilidade jurídica . . . .*

Em seguida, MONIZ DE ARAGÃO cita os dois clássicos exemplos de divórcio e da dívida de jogo, mostrando como, em relação a ambos, existe explícito veto legal. Enuncia é a matéria pouco meditada e que mais amplos são os casos de impossibilidade. Assim, "uma ação pode ser rejeitada porque o autor não praticara ato prévio, sem o qual lhe era vetado o seu exercício". Resume seu ponto de vista pela seguinte forma:

*"A possibilidade jurídica, portanto, não deve ser conceituada como se tem feito, com vistas à existência de uma previsão no ordenamento jurídico, que torne o pedido viável em tese, mas, isto sim, com vistas à inexistência, no ordenamento jurídico, de uma previsão que o torne inviável. Se a lei contiver um tal veto, será caso de impossibilidade jurídica do pedido; faltará uma das condições da ação".*

Em síntese, três concorrentes porfiam por apresentar o que concebem como conceito mais autorizado de possibilidade jurídica do pedido: a) é a possibilidade, em abstrato, conforme o ordenamento jurídico positivo, de direito material, da providência pleiteada pelo autor; b) a possibilidade diz com o pedido imediato, ou seja, é permissão, pelo direito positivo, a que se instaure a relação processual em torno da pretensão do autor; c) é inexistência de previsão, no ordenamento jurídico, que torne inviável o pedido do autor.

Conveniente é destacar que uma característica não pode deixar de estar presente em qualquer dos três conceitos: a abstração em cujo nível se pesquisa sobre a possibilidade jurídica. Esta abstração, aliás, é ínsita às três condições da ação. Significa se raciocina condicionalmente, em forma hipotética. Supõem-se estejam provados os fatos alegados pelo autor, investigando-se, então, se, caso assim fosse, o pedido seria juridicamente possível (conf. GALENO LACERDA, obr. cit., pág. 78). É aspecto merecedor de suma atenção, pois impede equívocos graves no assunto, fixando com maior exatidão os limites desta condição da ação.

4. Estou em que o conceito de MONIZ DE ARAGÃO é o mais acertado. A possibilidade jurídica radica na existência de norma, no direito positivo, que faça inviável a pretensão deduzida pelo autor. É insuficiente construir a definição a partir da permissividade do ordenamento. As lacunas do sistema normativo são irretorquíveis. Não basta, portanto, a inocorrência da previsão do que é almejado pelo autor da ação; tal ausência não impede, a criação judicial, a integração pelo Judiciário, viabilizando o que parecia inviável. Apenas a vedação, explícita ou implícita, obstaculiza o pedido.

KARL LARENZ, em sua Metodologia da Ciência do Direito, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, trad. da 2ª ed. alemã, 1978, págs. 463 a 467, elucida como são inegáveis as lacunas no direito positivo, a serem preenchidas pelo caráter criador do processo de conhecimento através do qual se obtém a regra integradora da lacuna. Proposição jurídica por todos ignorada é inexistente como norma orientadora da vida social; sua gênese dever-se-á à atuação judicante, ainda que, mediamente, esteja embasada na ordem jurídica. A proposição integradora é resultante de processo cognitivo criador. Chega a sustentar a configuração de lacunas impreenchíveis.

PAULO DOURADO DE GUSMÃO (Introdução à Ciência do Direito, Forense, 2ª ed., 1960, págs. 142 a 144) igualmente é incisivo ao defender a lacunosidade do ordenamento jurídico positivo. Sua lição é sábia: argumenta com o caráter cultural da ciência jurídica, a qual, por sua própria culturalidade, jamais é obra perfeita e acabada. Por maior a elasticidade das normas, há um ponto de saturação, a partir do qual o juiz cria o direito. O intérprete valer-se-á da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito somente se a lacuna for meramente formal; se material, criará o direito. É radical: "Tudo mais é falso, ficção, processos de engano, destinados a disfarçar, sob o manto da legalidade, a livre interpretação do direito".

A exposição acima comprova a insustentabilidade do conceito de possibilidade jurídica com base na ocorrência de previsão permissiva no regramento jurídico. Nem subsiste a idéia de que continua aproveitável o conceito debilitado desde que se tenha presente o axioma da licitude do não-proibido. Com efeito, muitas pautas normativas podem não estar coibidas, mas simplesmente serem tidas, erroneamente, como indeduzíveis do ordenamento jurídico. Importa é a não-proibição da providência pretendida pelo autor. Esta vedação ou é expressa, ou advém, pelos métodos exegéticos, de algumas ou da totalidade das normas do direito positivo.

Útil assinalar a veracidade do ensinamento de CALMON DE PASSOS, já enunciado, quando identifica a impossibilidade jurídica que nos interessa com a dita impossibilidade absoluta. Assim é porque a possibilidade é cogitada abstratamente (conforme antes deixei bem salientado).

Outro ponto a dissecar é a tese de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, relativa a que a possibilidade é tema conexo ao pedido imediato. Tenho a ousadia de discrepar do preclaro jurista mineiro. A possibilidade jurídica não pode ser conceituada em função do pedido imediato. HUMBERTO THEODORO define o pedido imediato com aquele que se refere à tutela jurisdicional. É também o denominado objeto imediato da ação; como ensina FREDERICO MARQUES (Inst. cit., 3ª ed., vol. III, pág. 168), o objeto imediato "diz respeito à prestação jurisdicional pedida". Sobre a noção de 'tutela jurisdicional' ou 'prestação jurisdicional', é esclarecedor o seguinte escólio de CELSO A. BARBI (obr. e vol. cit., tomo I, pág. 271): "A doutrina moderna distingue o objeto imediato e o mediato. Aquele é o tipo de providência, de ato, que se pede ao juiz. No caso das ações de conhecimento, será sempre uma sentença, que pode ser condenatória, declaratória ou constitutiva". Portanto, o chamado objeto imediato ou pedido imediato se relaciona com a espécie de tutela jurisdicional invocada, ou seja, vai originar a conhecida classificação das ações em de conhecimento, executivas e cautelares (para alguns mais as mandamentais), sendo as primeiras subdivididas em ações declaratórias, condenatórias e constitutivas. Ora, com fundamento em tais princípios não é possível delimitar a possibilidade jurídica, como muito bem assinala MONIZ DE ARAGÃO (obr. e vol. cit., págs. 436 e 437): "Quando se fala na previsão em abstrato do pronunciamento pretendido ou no veto que lhe seja apostado, não é considerado o tipo processual de sentença a que o autor visa, mas a solução por ele pleiteada para a composição da lide. Se se tratasse apenas de pretender uma sentença de condenação, que o ordenamento jurídico evidentemente contém, nunca haveria impossibilidade jurídica para a cobrança de dívida de jogo, tutelada mediante sentença condenatória, prevista no Direito brasileiro".

O equívoco do eminente jurista, a meu pensar, foi o de, partindo de uma definição exata de pedido imediato, ter emprestado a este um caráter apartado da referida definição bastando observar os exemplos que formulou. Quando se rejeita ação colimando investigação de paternidade adúltera, na constância do casamento do genitor adúltero, se o faz não em decorrência de ponderações atinentes a ser pedido de tutela declaratória, condenatória, etc., mas sim porque, e precisamente porque, o direito positivo material contém previsão que a torna inviável. Não há como fugir ao envolvimento com o pedido imediato, com a providência de direito material. Neste plano é que se estudará a possibilidade jurídica e não no plano do pedido imediato, que se vincula exclusivamente a regras processuais puras. Nem poderia uma condição da ação estar de tal forma dependente de elementos processuais, quando é cediça a separação entre a ação e o processo.

O conspícuo colega mineiro equaciona a interpretação do art. 295, parág. único, incs. II e III, do CPC, valendo-se da discriminação entre a impossibilidade material e instrumental. Fora desta dicotomia, não veria sentido nas duas disposições, pois a contida no

inc. II se confundiria com a constante do III. Diversamente, a fronteira entre os dois dispositivos, penso, radica no binômio impossibilidade jurídica relativa e absoluta, apontado por CALMON DE PASSOS e já referido no presente trabalho.

Em síntese conceitual, apesar do proclamado perigo das tentativas de definição, ariscaria situar a possibilidade jurídica do pedido como a condição da ação consoante a qual o pedido mediato, considerado abstratamente, não resulta inviável, por explícita ou implicitamente vedado, pelas regras de direito material da ordem jurídica positiva.

Ao lidador do Direito convém enfrentar intemorato este requisito do direito de agir, penetrando em seus meandros. Não evitá-lo, amedrontado pelas implexidades. A impossibilidade jurídica goza de escasso prestígio, optando-se, geralmente, por mesclá-la ao mérito e relegar seu exame para sentença posterior à instrução. A disposição predominante é de não se aventurar a um julgamento antecipado da lide como alicerce nesta condição da ação. Quantas vezes este comportando conduz a uma inútil colheita de provas. É preciso conferir maior amplitude — ou, melhor dito, a correta amplitude — à possibilidade jurídica, não hesitando em identificá-la e extrair as conseqüências devidas. Ouíça este receio provenha da irrisoriedade de atenção concedida ao assunto e da repetitividade dos exemplos, capaz de produzir nos menos doutos a impressão de que só se caracteriza ela em mínimas hipóteses, além da dívida de jogo e do surrado caso de divórcio, sendo que, para piorar o quadro, o direito brasileiro acabou por acatar esta modalidade de dissolução da sociedade conjugal. O problema é meditar com agudeza o conceito de impossibilidade jurídica, vivenciando-o e assimilando plenamente suas notas definitórias.

Vimos outros exemplos no transcorrer desta linhas: pretender investigação de paternidade, durante a constância do casamento, no tocante ao cônjuge adúltero; querer investigar maternidade para atribuir prole ilegítima à mulher casada. Sigamos adiante, porém. Atualmente proliferam ações com escopo de obtenção de reequadramento funcional, com correspondente aumento de vencimentos, por parte de funcionários públicos em desvio de função; ora, é situação de impossibilidade jurídica (quem segue orientação divergente dirá é possível o pedido, mas não deixará de poder discutir a matéria abstratamente, no campo da condição da ação versada), por contrariar princípios constitucionais e legais de independência de poderes, visto teríamos o Judiciário a prover cargos públicos e aumentar vencimentos, tudo com base na isonomia, além do que o desvio não é tolerado pela legislação. Se o magistrado tem opinião formada sobre o tema, entendendo impossível juridicamente a pretensão, que sentido haverá em oportunizar todo um labor instrutório, para, depois, em sentença, terminar por consagrar aquela impossibilidade?

Outros exemplos de impossibilidade jurídica: ajuizamento de mandado de segurança com evidente desrespeito aos incisos do art. 5º da Lei 1.533/51; promover ação de busca e apreensão, em caso de alienação fiduciária, sem lograr a prova inicial da mora ou inadimplimento; intentar ação de execução para cobrança de duplicata ou triplicata não aceita, sem o documento comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria; encaminhar ação de despejo, em se tratando de imóvel residencial urbano, com fundamento em

necessidade de ocupação por parente colateral; pretender reintegração ou manutenção de posse sem prévia rescisão do contrato que originou a posse por parte do réu; exigir adjudicação compulsória sem que o contrato de promessa de compra e venda esteja registrado no Registro de Imóveis; participante de concorrência pública busca, através de ação, obrigar o poder público a concluir o contrato definitivo, com base no fato de ter sido vencedor na mesma; tentar o funcionário público fazer valer em juízo alegado direito subjetivo à promoção, com supedâneo na simples existência de claro na carreira administrativa; enfim, são incontáveis os exemplos.

Uma dilucidação talvez pareça singela, inobstante não a nível de despicienda. Quando faço menção a regras de direito material, obviamente surgem também no direito processual civil (assim como penal). O tempo é empregado em contraposição às normas de direito formal. A violação de regras de puro e estrito direito formal gerará ausência de pressupostos processuais, ou seja, é matéria estranha ao campo das condições da ação.