

## EXTINÇÃO DO PROCESSO E MÉRITO DA CAUSA

Revista de Processo | vol. 58/1990 | p. 7 - 32 | Abr - Jun / 1990  
Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 6 | p. 351 - 387 | Out / 2011  
DTR\1990\222

**Adroaldo Furtado Fabrício**

**Área do Direito:** Processual  
**Sumário:**

1. Considerações gerais - 2. Julgamento "do mérito" e julgamento "da lide" - 3. "Julgamento" do mérito e "resolução" do mérito - 4. Indeferimento da inicial - 5. Paralisação do processo - 6. Pressupostos processuais - 7. Pressupostos processuais destacados - 8. Perempção - 9. Litispendência e coisa julgada - 10. O problema das "condições da ação" e a opção do Código de Processo Civil - 11. Possibilidade jurídica (I) - 12. Possibilidade jurídica (II) - 13. Legitimação para a causa - 14. Interesse processual

### 1. Considerações gerais

Se é isso o que se pretende e deseja sempre, não é, porém, o que sempre acontece. Como toda instituição,<sup>2</sup> o processo sujeita-se a crises de vária natureza e intensidade, podendo algumas delas assumir gravidade tal que o leve à frustração, isto é, ao encerramento sem a realização de seus objetivos. Ocorre aí o término "anormal" do processo indesejável mas nem sempre evitável. Em terminologia consagrada, diz-se que a sentença em tal caso proferida é meramente terminativa, em oposição à definitiva.

Sob o regime legal anterior ao vigente, lavrou tormentosa controvérsia em torno da precisa delimitação do conceito de mérito e, pois, do traço divisório entre sentença terminativa e sentença definitiva - tema que, à parte sua intrínseca importância teórica, assumia especialíssima significação prática para o operador do processo em sistema onde a opção pelo recurso de apelação ou de agravo de petição dele dependia diretamente. Não é de admirar, pois, que o principal autor do vigente Código de Processo Civil (LGL\1973\5), tendo dedicado ao assunto estudo extremamente profundo e minucioso,<sup>3</sup> sem por isso deixar de admitir que a matéria permaneceu sempre polêmica,<sup>4</sup> tenha preferido desligar a eleição do recurso cabível dessa instável referência. Hoje, é sentença, e apelável, todo e qualquer ato do juiz que "extingue o processo" (*rectius*, encerra o procedimento em primeiro grau); é decisão *stricto sensu*, ou decisão interlocutória, ou simplesmente decisão, hostilizável mediante agravo de instrumento, a que resolve qualquer questão sem pôr termo ao processo. Eminentemente pragmático, o novo critério afasta da cena, no atinente à escolha do recurso, a nunca encerrada controvérsia, relacionada sobretudo à presença ou ausência de exame do mérito nas chamadas sentenças de carência de ação. Toda insistência em manter ou reintroduzir, por via de interpretação, tal critério na identificação do recurso cabível deve ser debitada ao imobilismo intelectual e ao condicionamento resultante do longo convívio com o sistema legal caduco.<sup>5</sup>

Mas é claro que o nó górdio foi cortado, não desatado. Se o legislador pôde contornar a dificuldade com vistas à definição da espécie recursal, nem por isso eliminou a diferença, que é ontológica, entre sentenças definitivas e terminativas. E ela aparece, a modo expresso, no próprio texto do Código, com notável destaque, nos arts. 267 e 269, onde se tratou de separar, com precisão e minúcia, os casos de extinção do processo (necessariamente mediante sentença, segundo o art. 162, § 1.º) "sem julgamento do mérito" daquelas em que se considerou ocorrer tal julgamento.

O exame desses casos, em postura crítica, colocando-se à prova o critério da lei relativamente aos que pareçam duvidosos, constitui o objeto do presente estudo. Não parece fora de propósito uma análise assim direcionada, que não se inspira no puro amor à crítica nem se esgota na esfera das disquisições acadêmicas: em verdade, tem importância crucial o saber-se, de determinada sentença, se é de mérito ou não, pois disso dependem conseqüências e efeitos tão vitais como a formação de coisa julgada material, a admissibilidade da ação rescisória e o surgimento de título executivo.

Antes, porém, de adentrar-se o exame dos artigos em menção, impõe-se ainda uma breve passagem por alguns temas correlatos, dado o modo como vêm tratados no mesmo Código e a terminologia a respeito deles empregada.

### 2. Julgamento "do mérito" e julgamento "da lide"

A poderosa, inocultável e inocultada influência das idéias de Liebman, sobretudo no que diz com a filiação à sua teoria dita eclética da ação, não impediu que se fizesse uma clara distinção entre julgamento *da lide* e julgamento do mérito.<sup>7</sup> Com efeito, ao passo que o art. 269 inclui entre os casos de extinção com julgamento do mérito alguns dos contemplados no art. 329, este dispositivo os aparta do elenco a que deveriam pertencer, o do art. 330, se acolhida a sinonímia entre mérito e lide. Julgamento da lide, pela letra do art. 330, é apenas aquele consistente em acolher ou rejeitar o juiz o pedido do autor (art. 269, I), pois até mesmo a hipótese de pronunciar ele a decadência ou prescrição foi deslocada para a vala comum da extinção "anormal", juntamente com as sentenças que não julgam o mérito e as que só imprópriamente se diz que o julgam.

Essas observações, que transpõem os limites da mera constatação de deslize terminológico, denunciam certo desajuste sistemático, ou descompasso entre algumas soluções e as premissas estabelecidas pelo próprio Código. Com mais vagar, será necessário retornar a elas no curso deste estudo.

### 3. "Julgamento" do mérito e "resolução" do mérito

Admitido que, para o Código como para a maioria da doutrina, o *meritum* causae seja o próprio conflito de interesses motivador do processo, sua resolução, isto é, a superação da lide pela atribuição ou denegação ao autor do "bem da vida" por ele pretendido é o escopo natural da função jurisdicional. Pertence ao mérito, pois, tudo o que pertença à lide, tal como colocada em juízo, isto é, com os limites e a configuração que ela toma no processo. Na medida em que o litígio for "resolvido", o mérito terá sido tocado.<sup>8</sup>

No cabeço do art. 269, a expressão "resolução do mérito" traduziria melhor a idéia que aí se contém do que a locução utilizada. Com efeito, aí se agrupam duas classes bem distintas de sentenças; as que efetivamente contêm julgamento, verdadeira heterocomposição jurisdicional do litígio, e as limitadas à constatação e certificação de seu desaparecimento por ato de parte ou das partes.

A primeira classe aparece nos incisos I e IV. Rigorosamente, só nesses dois casos o juiz profere autêntica e típica sentença definitiva do mérito,<sup>9</sup> no primeiro deles pela acolhida ou repulsa à pretensão de direito material manifestada pelo autor; no outro, ainda pela mesma alternativa, a de rejeição, por um fundamento específico. A rigor, a sentença de decadência ou de prescrição está contida na fórmula genérica do inciso I, pois ao proclamar a ocorrência de uma ou outra o juiz estará repelindo o pedido do autor. A sentença é, pois, de improcedência, e nada tem de particular senão o motivo da desestimação do pedido. Sobre o ponto, cabe uma transcrição elucidativa: "Trata-se de efeito de regra jurídica de direito material, razão por que se põe o assunto na extinção do processo com julgamento do mérito. (...)"

De qualquer modo não se está no plano do direito processual, mas, sim, no do direito material, razão para ser matéria do art. 269, IV, e não do art. 267. Há julgamento do mérito. (...) Se, ao indeferir a petição inicial, o juiz se fundou em preclusão (dita 'decadência') ou prescrição da ação proposta (ação, aí, de direito material), o que aconteceu foi a rejeição do pedido do autor (art. 269, I), razão para se ter a circunstância da análise da petição como exame do mérito."<sup>10</sup>

Bem diversa é a natureza das sentenças proferidas conforme os incisos II, III e V. Aí, a composição da lide não se faz *pela* sentença, ainda que desta dependa a eficácia daquela. A lide se extingue (e não apenas o processo) por vontade de uma das partes ou de ambas, esvaziando-se do seu conteúdo porque o sujeito ativo da afirmada relação jurídico-material retrai a pretensão (renúncia), ou o sujeito passivo cessa a resistência que lhe opusera (reconhecimento) ou ambos se outorgam recíprocas concessões que suprimem a área de atrito e, pois, a lide (transação). Em qualquer dos casos, na medida em que o conflito seja eliminado (medida que pode ser parcial), julgamento não ocorre porque nada mais há para julgar. A sentença que se profere é meramente homologatória, sem outra função que a de "equiparar" em eficácia o ato extintivo da parte, ou das partes, àquela do ato de julgado que deixa ver o conteúdo, a sentença apenas reveste, sem ocultá-lo, o verdadeiro ato extintivo do processo e da lide, que é ato da parte ou das partes.<sup>11</sup>

Certo, a sentença é ainda assim indispensável, podendo-se aceitar por isso a afirmativa segundo a qual a extinção tem aí o caráter de ato subjetivamente complexo: é da manifestação de vontade da parte ou das partes que flui a composição, mas a eficácia plena desta, inclusive a de projetar-se para além dos limites do processo, só é alcançada pela aposição do selo de autoridade estatal operada pela sentença.

<sup>12</sup>

Observe-se, outrossim, que nem só por isso a sentença é necessária, mas também porque a homologação judicial não é mecânica e obrigatória. Com efeito, mesmo sem ingressar no exame da substância do ato compositivo, da sua justeza e da sua conformidade ao direito objetivo material, exerce o juiz controle sobre o ato das partes ou da parte, no que diz com seus aspectos exteriores e formais. Assim, a homologação pode ser negada por tratar-se de direito indispensável, ou porque a alguma das partes faltava capacidade para o ato de disposição, ou por não se haver atendido

determinado requisito de forma, quando imperativamente exigido para a espécie. <sup>13</sup> A hipótese de colusão entre as partes com objetivo fraudulento também não deve ser olvidada. <sup>14</sup>

Outra anotação a fazer-se é a seguinte: setores importantes da doutrina resistem à idéia de vedar-se ao juiz o exame do ato de disposição em sua substância. Nessa ordem de idéias, ao julgador seria dado preferir sentença de improcedência, mesmo em face do reconhecimento. <sup>15</sup> A maioria das opiniões, porém, inclina-se em sentido oposto, como já referido, e essa parece realmente a solução mais afinada com o pressuposto de disponibilidade do direito.

Como quer que seja, mais importa, por ora, a fixação de dois conceitos: (a) o art. 269 do CPC (LGL\1973\5) engloba duas categorias claramente distintas de atos sentenciais, a saber, a dos que efetivamente julgam a lide e a dos que representam mero equivalente jurisdicional, limitando-se a placitar manifestação de vontade da parte ou das partes; portanto, (b) melhor se abrigariam essas espécies díspares sob a designação de extinção do processo com resolução do mérito do que debaixo da adotada pelo Código. Porque resolução ocorre em todas; verdadeiro julgamento, só em algumas.

#### 4. Indeferimento da inicial

Não cabe duvidar de que o ato indeferitório extingue o processo. Argumenta-se que este, em tal conjuntura, sequer chegou a formar-se e portanto não se pode extinguir <sup>16</sup> é manifesto equívoco. O processo se forma no momento mesmo em que a petição inicial (até então documento particular de quem o redigiu, não-processualizado ainda, passível de modificação, substituição ou destruição a seu nuto) é comunicada ao juiz ou a algum auxiliar seu, momento a partir do qual adquire a natureza de ato processual, tornando-se veículo de uma *relação* entre o postulante e o órgão jurisdicional. Desde então, foge à livre disposição de seu redator; já é ato processual. Essa idéia se expressa com muita clareza no art. 263 do CPC (LGL\1973\5) e afina-se perfeitamente com a lógica comum.

Indeferida a inicial, o que se pode dizer, isto sim, é que a formação e a extinção do processo foram teoricamente simultâneas, existindo a relação processual ao modo do que, em termos espaciais, ocorre com o ponto geométrico, que não ocupa lugar no espaço. Mas nem por isso se há de negar que o decisório é em si mesmo um ato processual típico, até porque outra coisa não pode ser, capaz, de resto, de desencadear toda uma vasta gama de novos atos da mesma natureza, em procedimento recursal. <sup>17</sup> Convém lembrar, de resto, que o indeferimento pode ser precedido de outros atos do juiz e da parte, também inequivocamente processuais, sempre que determinada a complementação ou emenda que não se vem a fazer satisfatoriamente. Essas ponderações não representam qualquer transigência com a sugestão de não se haver formado o processo quando há indeferimento puro e simples; cuidamos apenas de reforçar a evidência com a lembrança de tais ocorrências acidentais. Admitir-se, de resto, que o processo só se tenha formado a partir da eventual interposição de recurso e decorrente citação do réu para a ele responder (CPC (LGL\1973\5), art. 296), <sup>18</sup> de um lado, implica o absurdo de admitir-se recurso processual de um ato não-processual e, de outra banda, importa em desconsiderar-se que o processo existe e gera efeitos, inclusive em relação ao réu e até em seu detrimento, antes mesmo de ser ele citado: pense-se nas liminares deferidas *inaudita altera pars*. Não há confundir existência da relação processual com eficácia da citação.

Mas, se bem andou o Código em considerar extintivo do processo o ato indeferitório da inicial, a indiscriminada inclusão dele no art. 267 (extinção "sem julgamento do mérito") de toda a variada gama de motivos de repulsa liminar à demanda merece reparo. Esse inc. I do art. 267 remete implicitamente ao disposto no art. 295, onde se arrolam os casos de indeferimento. Ora, entre estes, efetivamente encontram-se alguns relacionados sem dúvida a pressupostos processuais ( *caput*, incisos V e VI; parágrafo, incisos I, II e IV). Quanto a estes, nada a censurar, exceto talvez a repetição, pois a matéria acha-se já arrolada mais amplamente no inc. IV do art. 267, e também já está dito no respectivo § 3.º que os temas são passíveis de apreciação a todo tempo - inclusive ao ensejo do primeiro e perfunctório exame da inicial, portanto.

O grave, porém, é ter entrado aí a proclamação judicial da decadência ou prescrição (inc. IV do *caput*), que o mesmo Código afirma, em perfeito acerto, ser tema de mérito (art. 269, IV). Não temos dúvida em afirmar que esta disposição legal há de prevalecer sobre a conjugação daquelas outras, por mais afinada com a boa doutrina e com o sistema da própria codificação. <sup>19</sup> Aí se identifica, pois, pelo menos um caso em que o indeferimento liminar, ao contrário do afirmado no art. 267, envolve o mérito.

#### 5. Paralisação do processo

O que chama a atenção é apenas a diferença de tempo exigido para a extinção, em um e outro caso. Mas ela se explica: na hipótese do inc. III, de abandono da causa, supõe-se algum ato a ser praticado pelo autor e do qual dependa o prosseguimento; na simples paralisação, não há propriamente necessidade de algum ato de impulsão atribuído às partes, bastando o fato simples da imobilidade para gerar a presunção de desinteresse pelo prosseguimento - presunção que, para justificar-se, requer evidentemente um lapso mais longo.

Como em algumas outras passagens, o legislador do Código revelou escassa confiança nos advogados, pois condicionou o decreto de extinção à intimação *peçoal* das partes, ou do autor. Essa exigência legal, como era previsível, tem gerado embaraços, pois tal intimação nem sempre se faz facilmente e não raro requer edital. Aliás, freqüentemente a falta de andamento decorre da perda de contato entre os advogados e seus constituintes, paralela ao desinteresse destes.

A extinção do processo por abandono da causa tem caráter de sanção imposta ao autor negligente (tanto que a reiteração pode conduzir à grave consequência da preempção), de sorte que sua imposição não se fará se convenientemente justificada a omissão. <sup>20</sup>*Aliter*, se o caso é o do inc. II, quando basta a constatação objetiva da paralisação, independentemente de perquirição de qualquer elemento subjetivo. <sup>21</sup>

Em uma e outra hipótese, qualquer interessado, inclusive o Ministério Público nos feitos onde intervém, que não se encontre ele mesmo na posição de faltoso, pode requerer o desencadeamento das providências tendentes à extinção. É fora de dúvida que também o juiz, *ex-officio*, pode fazê-lo quanto ao inc. II: trata-se de providência que diz mais com a boa administração da Justiça do que com o interesse privado das partes, e o art. 262, *in fine*, é aplicável. Um tanto mais delicado é o problema quando se trata do inc. III.

Há quem sustente a legitimidade da iniciativa oficial também nessa situação de abandono da causa, com base em que igualmente aí o interesse predominante seria o público, a autorizar o exercício dos poderes de repressão de que se acha armado o juiz. Mas o tema não é pacífico, pois penas autorizadas defendem a necessidade de iniciativa da parte contrária. <sup>22</sup> Pensamos que a extinção segundo o inc. III depende de requerimento ou no mínimo tida a hipótese no § 3.º do art. 267, mas principalmente porque, a admitir-se tal extinção sem manifestação alguma do demandado, o abandono da causa poderia ser utilizado como forma tácita e indireta de desistência da ação, cujos efeitos se produziriam sem cumprir-se a exigência do § 4.º do mesmo artigo e, portanto, sem dar-se ao réu qualquer oportunidade de manifestar eventual interesse no julgamento do mérito. A solução a ser dada à questão tem de levar em conta o disposto no aludido § 4.º, para impedir artifício capaz de contornar sua imperativa e muito razoável disposição. <sup>23</sup>

## 6. Pressupostos processuais

O controle dessa "legitimidade do processo" <sup>24</sup> se exerce sobretudo ao ensejo da decisão saneadora, quando essa específica atividade do juiz se intensifica e concentra, mas nem por isso é menos verdade que ele a desenvolve ao longo de todo o processo, inclusive nas instâncias recursais.

A disposição legal que lhes corresponde no analisado art. 267 é o inc. IV, que fala de "pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo", expressão de grande amplitude que insinua adesão a uma das classificações tradicionais: pressupostos de existência e de validade. Sem algum daqueles, o processo não existe ( *v. g.*, falta um juiz regularmente investido); faltando qualquer destes, o processo existe mas não valem seus resultados, ou não vale ele mesmo ( *v. g.*, o juízo é absolutamente incompetente). Mas também esses conceitos são extremamente polêmicos, pois a doutrina mais acatada tem preferido reduzir a categoria dos pressupostos aos requisitos de validade. Assim, na própria literatura alemã, onde o conceito foi primeiro plasmado com grande amplitude em estudo clássico, <sup>25</sup> os trabalhos mais recentes fixam-se nos pressupostos de validade apenas, inclusive sob o argumento de que, sendo no processo que se examina a presença ou ausência deles, estabelecido está que o processo existe. <sup>26</sup>

Dentro de uma orientação restritiva, que parece predominar na doutrina nacional de hoje, são pressupostos processuais, no mínimo: ( *a*) a existência de um pedido; ( *b*) a capacidade de quem o formula e ( *c*) a legitimidade do juízo ao qual se dirige o pedido. Mas essa visão parece demasiado fechada, não afinando com a classificação geralmente aceita, na qual deixaria espaços vazios, a saber: e) pressupostos objetivos e 2) subjetivos, sendo aqueles 1.1) intrínsecos (regularidade procedimental, existência de citação) ou 1.2) extrínsecos (ausência de impedimentos como coisa julgada, litispendência, compromisso) e estes 2.1) referentes ao juiz (investidura regular, competência, insuspeição) ou 2.2) referentes às partes (capacidade processual em seus três diferentes níveis). <sup>27</sup>

No sistema do CPC (LGL\1973\5), é fácil ver que os pressupostos processuais ditos objetivos extrínsecos não estão incluídos na categoria, pois aparecem destacados em outros incisos do mesmo art. 267.

O exame dos pressupostos processuais impõe-se ao juízo a todo o tempo e em qualquer grau, enquanto não julgado o mérito. A cláusula "em qualquer grau de jurisdição" exarada no § 3.º deixa claro que tal matéria não preclui para o órgão jurisdicional, e que, portanto, a palavra "sentença" aí empregada tem sentido amplíssimo, abrangendo também o julgamento em instância recursal.

## 7. Pressupostos processuais destacados

A observação relativa à impropriedade terminológica não é de interesse meramente acadêmico. Sobretudo em relação à litispendência e à coisa julgada, e nas unidades judiciárias de pequeno porte, não será raro que o juiz se alerte para a ocorrência pela simples lembrança do processo anterior, ou ocasionalmente em inspeção ou correição que esteja a realizar no cumprimento de suas atribuições de direção do foro. Isso ocorrendo, há de providenciar de ofício o traslado da documentação que interessar para os autos em causa e, ouvidas as partes, extinguir o processo.

Ainda quanto aos casos do inciso V e em particular aos de litispendência e coisa julgada, cumpre anotar que uma e outra dessas situações impeditivas do curso do novo processo pode vir a cessar depois de extinto aquele. É o que se dará no caso de sobrevir extinção, por qualquer motivo mas sem julgamento do mérito, do processo litispendente: o óbice que trancara o seguimento do processo novo terá deixado de existir. É também o que se verificaria na hipótese de procedência de ação rescisória que desconstituisse a sentença proferida no processo anterior, com exercício do *iudicium rescindens* mas não do rescissorium, de tal sorte que deixe de existir qualquer sentença sobre a lide em foco. Em um e outro desses casos, seria absurdo vedar-se a nova propositura da demanda, cujo processo se extingira conforme o inciso V, com base no dispositivo do art. 268. Este há de ser interpretado como se contivesse uma implícita cláusula rebus sic stantibus (aliás, de algum modo presente em toda sentença), o que permitirá não a reativação do processo extinto, o que seria afrontoso ao próprio conceito de extinção, mas a reiteração do pedido em novo processo.<sup>29</sup>

## 8. Perempção

Na esfera das questões estritamente processuais, haveria mais dois exemplos de perempção: aquela decorrente da extinção de um prazo máximo de duração do processo sem que se chegasse à sentença de mérito (que atenderia ao objetivo de impedir a eternização dos litígios judiciais) e a decorrente da simples inércia, por determinado prazo, da parte ou das partes. O interesse por essas espécies, porém, é meramente histórico. A primeira é desconhecida do direito nacional contemporâneo: embora se possa encontrar no CPC (LGL\1973\5) limitação temporal dessa ordem (art. 281, relativo ao procedimento sumaríssimo), não vem ela acompanhada de sanção alguma, quanto menos essa gravíssima da perempção.<sup>30</sup> E a segunda recebeu um tratamento diverso, sob as vestes do abandono da causa e da paralisação do processo, já analisadas como causas independentes de sua extinção.<sup>31</sup>

Quanto a esta última, é importante destacar que, sendo embora e por sua vez também motivo de extinção do processo, não carrega consigo a rigorosa consequência de impedir a nova propositura da mesma demanda, peculiar àquelas hipóteses contempladas no inc. V.<sup>32</sup>

## 9. Litispendência e coisa julgada

Uma e outra podem ser vistas pelo seu lado *positivo*, que é o fato mesmo da existência de processo contendo determinada lide entre certos sujeitos, por julgar-se (litispendência) ou já definitivamente decidido (*res iudicata*); ou por sua face negativa, a traduzir-se na proibição de novo aforamento e, pois, na necessidade de trancar-se o novo processo acaso instaurado com inobservância da vedação. Novo processo, não nova "ação", pois esta é *ex hypothesi* a mesma: sendo diversa, não há falar de litispendência nem de coisa julgada. "A ação é como a pessoa: cada qual é uma, não há duas. Ou se trata de uma só e mesma pessoa, ou são duas, distintas. Não há meio termo."<sup>33</sup>

Relativamente ao que já é objeto de *res iudicata*, ou constitui *res iudicanda* em processo pendente, o juiz não é apenas dispensado de voltar a julgar ou proceder: tal conduta lhe é proibida. Daí o disposto no art. 267, § 3.º, primeira parte; daí, outrossim, a já criticada inoportunidade da referência ao "acolhimento da alegação" contida no inciso V do mesmo artigo.

O tema envolve diretamente o problema da identificação das ações, vale dizer, a questão de saber-se quando um novo processo reproduz ação anteriormente ajuizada. O critério legal (CPC (LGL\1973\5), art. 301, §§ 2.º e 3.º), como o doutrinário, é o clássico da "tríplice identidade": mesmas partes, mesmo pedido, mesma *causa petendi*.<sup>34</sup>

A sentença que identifica litispendência ou coisa julgada impeditiva do novo processo é, efetivamente, de extinção sem julgamento do mérito. Este, por hipótese, foi julgado ou está para ser julgado no processo anterior.

## 10. O problema das "condições da ação" e a opção do Código de Processo Civil

São três as condições, segundo a doutrina dominante: Possibilidade jurídica do pedido, legitimação para a causa e interesse processual. Assim estão elas referidas (embora com certa insinuação de ser esse rol meramente exemplificativo) no inciso VI do art. 267, a evidenciar que a doutrina de Liebman, pela mão de seu fidelíssimo discípulo Alfredo Buzaid, principal autor do Código, penetrou no direito legislado nacional. Este é, pois, um dado objetivo e inelutável: em termos de *ius positum*, as condições da ação constituem matéria estranha ao mérito.<sup>37</sup> Isso não impede, porém, que se questionem os critérios do legislador, em nível doutrinário e até com vistas a uma interpretação e análise crítica dos textos que

possa eventualmente relativizar a adesão do legislador a conceito tão polêmico, ainda sujeito a tormentosa controvérsia e tenaz oposição.<sup>38</sup> Já tivemos oportunidade de ver que nosso Código de Processo não é tão coerente e fiel aos próprios postulados teóricos que não comporte essa ordem de análise. Antes de empreendê-la, contudo, convém que nos detenhamos em uma breve lembrança dos lineamentos gerais de cada uma das "condições da ação", que talvez fosse mais exato denominar "condições de legítimo exercício do direito de ação", já que os requisitos em foco dizem com o exercício e não com a existência daquele direito.<sup>39</sup>

### 11. Possibilidade jurídica (I)

O veto pode ser explícito: seria o clássico exemplo da cobrança da dívida de jogo, ou o pedido de condenação do réu à prestação de trabalho escravo. Mas também pode ser implícito, inferível do sistema, como no caso do ocupante de cargo em comissão que buscasse declaração judicial de sua estabilidade. Pode ser absoluto, como nas situações inicialmente exemplificadas, em que nenhuma situação de fato, qualquer que fosse, tornaria admissível o pedido. Mas também pode ser relativo, como no referente à prisão civil: a do devedor cambiário inadimplente é impossível, mas não a do devedor de alimentos. Para ser, de resto, inferível do sistema, talvez coloque problema de interpretação dos textos: funcionário público postula reenquadramento funcional, com base em desvio de função e com decorrente alteração de vencimentos.<sup>41</sup> Já se vê que a aferição da possibilidade jurídica nem sempre dispensará o exame da *causa petendi*, além daquele do *petitium*.<sup>42</sup>

Não nos parece importante discutir se o problema se insere no outro maior da plenitude do ordenamento jurídico e, por contraste, no das chamadas lacunas da lei ou do direito.<sup>43</sup> Essa problemática pertence à Filosofia do Direito, mas qualquer que seja a opção de um dado sistema jurídico, de duas uma: ou o juiz está autorizado a suprir a eventual lacuna "ao modo de legislador" - como é e sempre foi no direito brasileiro e não há verdadeira lacuna, ou tal autorização está ausente e a inexistência de regra equivale à vedação. Se o juiz pode encher a lacuna, a norma em verdade já estava no sistema e o julgador, revelando-a, verifica à luz dela se há possibilidade jurídica; se o suprimento é excluído pelo sistema, o litígio é *ajurídico*, falha o pressuposto de relevância jurídica do conflito de interesses e o pedido é impossível.

Por muito que nos tenhamos empenhado na meditação do assunto e por maior que tenha sido nosso esforço em penetrar as razões do convencimento que parece ser o da maioria (sobre ser a solução da lei), fortalecemos sempre mais nossa convicção no sentido de ser a sentença declaratória da impossibilidade jurídica uma típica e acabada sentença de mérito. Ao proferi-la, o juiz "rejeita o pedido do autor", nos exatos termos do art. 269, I; denega-lhe o *bem da vida* por ele perseguido através do processo; afirma que ele não tem o direito subjetivo material invocado; diz que ele não tem razão; indefere-lhe o pedido mediato formulado; repele a sua demanda. Podem-se alinhar às dezenas outras maneiras de dizer, mas todas significarão sempre que a ação (*rectius*, o pedido) não procede.

Seja que o juiz (a) identifique a impossibilidade ao primeiro contato com a inicial, segundo o art. 295, (b) constate a falta de cobertura legal para a demanda no curso do processo ou (c) chegue a tal conclusão depois de percorrer o completo iter processual, passando inclusive pela instrução em audiência, a substância da decisão será sempre a mesma, variando apenas o momento de sua prolação e talvez o tipo de material com o qual trabalhou na formação do seu convencimento.

Em outra perspectiva, é igualmente irrelevante se o juiz constata a desrazão do autor (a) porque os fatos provados evidenciaram não ter ele direito ao bem da vida pretendido ou (b) porque dos fatos alegados já se vê a inviabilidade da demanda ou ainda (c) porque fato algum, qualquer que fosse, alegado ou não, autorizaria o provimento judicial impetrado.<sup>44</sup> Qualquer desses motivos, e sem importar o momento em que dele se tenha convencido o juiz, leva a um só resultado: a denegação do bem jurídico pretendido, em típica sentença de improcedência, embora só na última hipótese a impossibilidade seja absoluta.<sup>45</sup>

### 12. Possibilidade jurídica (II)

"A possibilidade jurídica, então, deve ser localizada no pedido imediato, isto é, na permissão, ou não, do direito positivo a que se instaure a relação processual em torno da pretensão do autor. Assim, um caso de impossibilidade jurídica do pedido poderia ser encontrado nos dispositivos legais que vedam a ação investigatória de paternidade adúltera, na constância do casamento do genitor adúltero (Lei 883, de 21.10.49). Outros casos similares são os da ação de acidente de trabalho, antes que se discuta a questão na esfera administrativa e os de ação em torno de herança de pessoa viva."<sup>49</sup>

Afirma-se, pois, que a impossibilidade cogitada não é a de vir a ser acolhido, ainda que posto o problema só em tese, o pedido *mediato* (de declaração da filiação, de indenização por acidente laboral ou de reconhecimento do direito à herança, nos exemplos dados), mas o da própria propositura de demanda voltada a esse objetivo. A vedação legal - afirma-se - não diz respeito àquele resultado, mas ao próprio ingresso em juízo do pedido que o procure. Argumenta-se, mais, que o teor do art. 296,

parágrafo, do CPC (LGL\1973\5), de certo modo prestigia essa tese, ao separar em diferentes incisos (II e III) a "impossibilidade de direito material", por não decorrer dos fatos narrados a consequência pretendida, e a impossibilidade dita de direito instrumental, por ser o pedido processualmente impossível. E, ainda, que no primeiro caso o indeferimento da inicial envolverá apreciação do mérito, ao passo que a segunda hipótese contempla também indeferimento, mas aí sim, e só aí, por falta de uma condição da ação, sem formação de coisa julgada material, já que, desaparecido o impedimento, poderá o autor voltar a propor o mesmo pedido.

A construção é sumamente engenhosa e sedutora, e com ela simpatizamos sobretudo por seus objetivos. Mas tem suas fragilidades. Nos casos em que o sistema jurídico denega a ação, em verdade, o faz porque antes disso denegara o próprio direito subjetivo material: veja-se, por exemplo, que não só ao filho adúltero se vedava o aforamento de ação investigatória, mas ao pai adúltero se proibia também o reconhecimento voluntário (art. 358, CC). E, nos casos em que a ação processual não é propriamente excluída mas subordinada à satisfação de algum requisito prévio (notificação, exaurimento da via administrativa etc.) parece mais correto identificar-se um pressuposto processual extrínseco negativo do que uma condição da ação.<sup>50</sup> O argumento extraído do parágrafo do art. 295 e especialmente de seu inc. II é de todo convincente, por não se conterem nele todos os casos de impossibilidade jurídica "material" do pedido, mas somente aquele de desconexão entre este e seu fundamento: aí não se encontra, pois, o mais típico e clássico deles, o de impossibilidade absoluta por terminante vedação legal. Outra séria objeção possível: a interpretação proposta briga com tudo o que se sabe da história, da autoria e da inspiração doutrinária do disposto no art. 267, VI. Mais: a permissão de voltar-se a propor a demanda repelida, depois de satisfeito algum requisito que a sentença considerara ausente, também não é bom argumento: o mesmo acontece com as mais típicas e indiscutíveis sentenças de mérito cobertas pela autoridade da coisa julgada, na medida em que se haja alterado algum dos elementos do litígio, e portanto a ação já não seja a mesma.

Vale a inteligente sugestão como tentativa de contornar as consequências da infeliz consagração legislativa do instituto da "carência de ação"; só o empenho em evitá-las, de resto, justificaria a adesão a ela, com todas as ressalvas acima expressas.

### 13. Legitimação para a causa

É moeda concorrente entre os discípulos de Liebman que, como em relação às demais condições da ação, também esta envolve uma questão de direito processual, mas cuja resposta tem de ser buscada no direito material. Com efeito, a verificação do requisito, ainda uma vez, tem de ser feita a partir da *suposição* de ter razão o autor: se tal for o caso, será o autor o titular do "interesse subordinante" e o réu o do "interesse subordinado"? E, a toda evidência, em se tratando daquela "pertinência subjetiva" em que consiste a legitimação ordinária (e só dela cogitamos por ora), a resposta só pode vir do exame do vínculo jurídico-material afirmado. Nada que se situe no plano estritamente processual pode dar resposta à questão, porque a relação de "pertinência" à qual se alude outra coisa não é senão a identidade, de um lado, entre o autor e o "credor" (latissimo sensu) e, de outra banda, entre o réu e o "devedor" (em sentido igualmente largo).

Excepcionalmente, a lei pode conferir legitimação, em tal caso dita anômala ou extraordinária, a quem não participa da relação jurídico-material e, pois, da lide. Razões de conveniência determinam essa admissão à via processual de quem nada ganhará ou perderá com a sentença; os casos são raros, restritos à enumeração legal e não apresentam maior interesse nas coordenadas deste ensaio.<sup>52</sup>

Relativamente a esta "condição", parece ainda mais difícil sustentar-se que seja matéria estranha ao mérito. Efetivamente, ao sentenciar que o autor não tem *legitimitatio ad causam*, denega-lhe o juiz, clarissimamente, o bem jurídico a que aspirava, posto que à sua demanda responde: "Se é que existe o direito subjetivo invocado, dele não és titular". Proclamando o juiz, por outro lado, ilegitimidade passiva ad causam, declara que, em face do réu, não tem o autor razão ou direito. Em qualquer dos casos, há clara prestação jurisdicional de mérito, desfavorável ao autor - vale dizer, sentença de improcedência. O notável esforço feito pelo já citado e muito ilustre jurista mineiro no sentido de reconciliar o Código com o senso comum no atinente à possibilidade jurídica, igualmente dirigiu-se à árdua tarefa de procurar idêntico resultado com relação à legitimidade para a causa. E o fez recomendando que a "pertinência subjetiva" fosse referida aos figurantes da lide, isto é, àquele que manifesta a pretensão (legitimado ativo) e àquele outro que lhe oferece resistência (legitimado passivo). "A legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão."<sup>53</sup> Em que pese à engenhosidade da tentativa, não logramos ver modificação significativa no quadro com essa alteração de nomenclatura. Os figurantes da lide são, por hipótese, alguém que se afirma titular de um direito subjetivo material e outrem que opõe resistência à pretensão que lhe é conexa. As pessoas são necessariamente as mesmas. Continua verdadeira, seja que se examine a legitimação pelo prisma do direito material afirmado, seja que se a análise pelo ângulo da lide, uma antiga lição: "O juiz terá negado o pedido, pela inexistência da relação jurídica, pretendida entre autor e réu. E isso é mérito."

"Se o juiz decide que o réu não deve ao autor" (ainda que talvez deva a outrem - acrescentamos) "terá negado a existência da relação ajuizada, ter-se-á manifestado sobre o pedido de condenação do réu a pagar. Terá julgado *improcedente* a ação." <sup>54</sup>

Tão simples como as verdades mais simples.

#### 14. Interesse processual

Destaca-se sempre a importante distinção entre o interesse do qual ora se cuida - o processual - e aquele outro de direito material, envolvido no conflito caracterizador da lide. Este pode existir sem que aquele se faça presente. Muito se criticou o antigo Código de Processo, e com razão, por referir-se ao "interesse econômico ou moral", que, com tais qualificativos, só poderia ser o de direito material.

Estamos em que esse requisito diz menos com a ação do que com a jurisdição e seu exercício. Com efeito, a jurisdição tem como elemento conceitual a função de dirimir conflitos, compor lides. A essa tarefa se obrigou o Estado, na medida em que vedou a auto-tutela aos particulares. Mas a existência de conflito a ser composto, de litígio a ser superado, é pressuposto que se contém na própria eventualidade de exercício da jurisdição, de sorte que não se põe esta em movimento enquanto tal não ocorrer. Antes de faltar à ação algum requisito, a jurisdição mesma está impossibilitada de mover-se por tratar-se de assunto estranho à sua órbita de atuação. <sup>56</sup>

Outra anotação a fazer-se é a de que, colocada a lide como pressuposto do processo, não cabe falar-se desse requisito do interesse processual, eis que a idéia de pretensão *resistida* por si mesma evidencia a necessidade da prestação jurisdicional. <sup>57</sup>

Parece-nos que essa suposta condição da ação, se é que melhor não se acomodaria entre os pressupostos processuais, poder-se-ia enquadrar sem esforço no âmbito do *meritum causae*. O ter razão o autor, ou não ter, inclui a satisfação desse requisito, se é que ele não se exaure na simples verificação de não ser caso de exercício da jurisdição. Na vigência do Código de Processo Civil (LGL\1973\5) de 1939, no bojo das discussões travadas em torno da necessidade de sua reforma, chegou a surgir proposta no sentido de que a verificação do interesse fosse remetida à sentença final. <sup>58</sup> À proposta se objetou que a solução seria anti-econômica e inconveniente, porque, se o juiz não surpreendesse *prima facie* a deficiência ao exame da inicial, só teria nova oportunidade de apreciar o tema depois de, talvez inutilmente, percorrido todo o ciclo das fases processuais, inclusive a mais onerosa e demorada da produção de provas. <sup>59</sup> Hoje, a objeção não valeria, porque aberta a possibilidade do julgamento antecipado, a par daquela outra da "extinção do processo" segundo o art. 329 do vigente Código. Não se olvide, outrossim, que o debate processual pode limitar-se, com certa freqüência, exclusivamente a esse tema da "necessidade da prestação jurisdicional", para cuja solução não raro se faz necessária produção de provas em audiência. São os casos, nada raros, em que o réu admite não apenas os fatos articulados na inicial, mas também as conseqüências jurídicas que deles quer extrair o autor - mas nem por isso se submete à pretensão no processo por não lhe haver sido aberta oportunidade de satisfazê-la *in bonis*. Alhures, tivemos ocasião de registrar a freqüência com que tal situação se apresenta nas ações de prestação de contas. <sup>60</sup> O réu admite ter razão o autor, mas ainda assim contesta para declarar que sempre esteve pronto a satisfazer, mas não foi instado a fazê-lo pela forma prevista em lei ou contrato. Nada haverá para julgar-se, então, senão o tema do interesse processual, que é todo o "mérito" existente. 15. Reiteramos, após essa análise individualizada das chamadas condições da ação, nosso convencimento no sentido de que a denominada sentença de carência em nada se pode distinguir daquela de improcedência.

A par de um certo temor que os processualistas do nosso tempo mal disfarçam de serem "acusados" de *concretismo*, a idéia da tripartição das questões vem fazendo carreira sobretudo a partir da incapacidade, que a muitos acomete, de distinguir pretensão, ação de direito material e "ação" de direito processual.

Enquanto bate à porta de seu devedor para pedir-lhe o pagamento, o credor exerce pretensão, conexa ao seu (afirmado, pressuposto) direito subjetivo material. Não está ainda "agindo", atuando sobre o mundo físico de modo a nele introduzir modificação capaz de conduzir à satisfação: está, sim, instando e motivando o devedor de "agir", a praticar o pagamento. Se não o obtém, pode passar à ação (*latissimo sensu*, na acepção comum dos dicionários) como, por exemplo, a de apossar-se *ex proprio Marte* do objeto do pagamento, ou deduzir o correspondente montante de valores que o devedor acaso tenha em seu poder. (O problema de ser ou não legítimo esse modo de agir não está agora em causa). Na medida e momento em que o credor (ou suposto credor) deixa de esperar que o devedor aja no sentido de pagar, e passa ele mesmo a agir, exercita ação de direito material - aquela do art. 75 do Código Civil (LGL\2002\400), esquecida mas não desaparecida, desde que a apontada confusão conceitual seja desfeita. <sup>61</sup>

Como a auto-tutela tolerada pelo Direito acha-se hoje confinada a uma faixa muito estreita, com ou sem a complementação da atuação jurisdicional subsequente (mas não de todo suprimida: há legítima

defesa, embargo particular de obra nova, tomada de bens em penhor legal, desforço possessório etc.), as possibilidades de se exercitar *licitamente* ação de direito material são naturalmente escassas.<sup>62</sup> Seja como alternativa, seja como única via lícita, resta ao credor excitar a jurisdição, dirigindo-se ao juiz com o relato dos fatos, as suas razões e o pedido, que não é só de dispensa da tutela jurisdicional, mas de uma determinada providência concreta, substitutiva de sua ação de direito material. Essa atuação, esse agir do sedizente credor é a "ação" em sentido processual.

Assim tomada a palavra "ação", como nos parece correto, nenhum arranhão sofre a doutrina abstrativista se dissermos que a possibilidade jurídica do pedido e a *legitimatío ad causam* (pelo menos) não são condições dela, mas temas de mérito. E a esta altura se faz imprescindível um outro deslinde de conceitos, do qual não se tem cuidado convenientemente. "Direito de ação" e "ação" processual são coisas diversas; aquela é uma faculdade (ou poder, como se preferir) de agir, esta é o próprio agir, fisicamente considerado. Aquele é abstrato, flutua nos altos páramos do Direito Constitucional sem amarras nem condições, como inespecífico "direito de todos", especialização do direito de petição. Esta, a "ação", é necessariamente concreta, veiculadora de uma determinada pretensão ou "razão",<sup>63</sup> inconcebível sem o liame com determinada relação jurídico-material afirmada. O problema não é, como pareceu a Galeno Lacerda, tanto o de distinguir entre "direito constitucional de ação" e "direito processual de ação".<sup>64</sup> O discrimine pode existir e ser relevante, mas não é o decisivo para a solução do problema que ora nos ocupa. A distinção vital, relevada a insistência, é a que tem de ser feita entre o direito de ação (poder de agir in genere, abstrato em máximo grau) e a própria "ação" (de direito processual!), que é ato, agir, movimento físico, modificação introduzida no mundo exterior - necessariamente concreta. A compreensão dessa realidade deve tranquilizar os abstrativistas. Ou, se a isso não basta, pelo menos há de explicar o que os operadores do processo, profissionais do foro, vêem acontecer a todo momento, à sua frente ou em suas próprias mãos.

16. Evidentemente, não se está a defender que as chamadas condições da ação sejam o próprio e todo mérito. O exame delas, é claro, não esgota necessariamente o *meritum causae*, mas é com certeza um passo que se dá dentro do mérito. Poder-se-ia usar em referência a elas, ainda que com certo temor à sua ambigüidade, a designação "prejudicial de mérito", no sentido de que sua resolução não esgota as questões de mérito, mas pode tornar-se desnecessário o exame de outras delas, tal como ocorre com a prescrição, a decadência e, em geral, as denominadas "exceções substanciais".

Importa mais assinalar que, declarada pelo juiz a impossibilidade jurídica do pedido, estará denegado, em definitivo, o "bem da vida" perseguido pelo autor. Se o juiz não vai adiante no exame de outras questões é porque ele não faria sentido, salvo como exercício acadêmico, e não porque o tema decidido fosse alheio ao mérito. O mesmo se a sentença proclama a falta de legitimação para a causa, ativa ou passiva: a lide, tal como foi posta nos autos (e essa é a única que interessa ao processualista e ao operador do processo), está decidida. Se outros pontos foram controvertidos (o que nem sempre ocorre, pois pode dar-se que a legitimação seja tema único da contestação) e sobre eles não se manifestou o juiz, isso só se deve a que não era necessário tal pronunciamento.

*Pelo menos* as decisões envolvendo possibilidade jurídica do pedido e *legitimatío ad causam* são sentenças de mérito. "Se (o magistrado) julgar inexistentes as condições da ação referentes à possibilidade jurídica e à legitimação para a causa, proferirá sentença de mérito, porque decisória da lide."<sup>65</sup> Aliás, mesmo os mais extremados defensores da trinomia liebmaniana acabam por admitir que "algumas vezes" a decisão sobre condições da ação, em especial a possibilidade jurídica, tocam o mérito.<sup>66</sup>

17. O que há de grave com o art. 267, VI, é a inferência necessária que dele se extrai, se tomado à letra e mais ainda quando conjugado com o art. 268, de não fazer a sentença aí referida coisa julgada material. A aceitar-se que assim seja, o mesmo autor poderia voltar a propor contra o mesmo réu idêntica ação, com pedido e causa de pedir igualmente invariáveis, quantas vezes lhe aprouvesse, desde que pagos os encargos sucumbenciais do processo anterior. E, quantas vezes o determinasse o capricho do demandante, teria o juiz de repetir-lhe que seu pedido é ininquirível nas molduras do direito objetivo vigente, ou que uma das partes é ilegítima *ad causam* - até que a insistência cansasse o próprio autor, ou, o que seria pior, algum juiz menos avisado ou mais "aberto" acabasse por acolher a postulação. Ora, responder o juiz ao autor que ele não tem o direito invocado porque, mesmo em tese, sua pretensão não encontra amparo no sistema jurídico, quaisquer que sejam os fatos, é a mais radical de todas as formas possíveis de negar-lhe razão, uma negativa mais terminante e desenganadora do que, e.g. a fundada na inexistência ou mera insuficiência de prova dos fatos alegados. E, no entanto, a crer-se na letra da lei, a res iudicata não cobriria aquele julgado, e as portas da Justiça continuariam franqueadas à reiteração indefinida do mesmo pedido. Seria erro grosseiro pensar-se que alguma ulterior alteração dos dados de fato, ou possível superveniência de *ius novum* pudessem dirimir o ilogismo: ocorrendo qualquer dessas modificações, a ação já não é a mesma; a causa petendi da outra ação seria diversa. A quebra da "tríplice identidade" autorizaria a repositura do mesmo pedido, exatamente do mesmo modo que a justificaria em qualquer outro caso, de inquestionada e pacífica

improcedência. A coisa julgada, não é demais lembrar de novo, subordina-se ela própria a uma cláusula rebus sic stantibus.

Ainda menos aceitável é o argumento segundo o qual a sentença de carência de ação por ilegitimidade de parte não alcançaria a força de *res iudicata* por não haver apreciado a relação de direito material entre os "legítimos contraditores", isto é, aquela acaso existente entre A e C, ou D e B, tendo sido partes no processo A e B. É claro que a sentença e sua eficácia limitam-se ao litígio proposto, debatido e julgado, entre A e B. À compreensão dessa realidade bastam as mais elementares noções sobre limites objetivos e subjetivos do caso julgado. Aí, como em qualquer outro exemplo, seria absurdo esperar-se que a força do julgado alcançasse outra lide, que não fora proposta, travada entre pessoas diversas das que figuraram como partes, em novo processo que acaso se instaurasse.<sup>67</sup>

Este problema, o de identificar-se ou não a força de coisa julgada na sentença proferida, é o que realmente tem relevância; não fora por esse crucial envolvimento, careceria de maior importância a discussão em torno da identidade ou dissemelhança entre as locuções "carência de ação" e "improcedência da ação"<sup>68</sup> (ou do pedido, como seria de melhor terminologia). E, a respeito do tema, por tudo o que expusemos, não podemos deixar de concluir, ainda que afrontando o texto legal ou aderindo à criativa mas discutível construção de Humberto Theodoro Jr., antes aludida, que pelo menos as sentenças de carência fundadas em impossibilidade e ilegitimidade fazem, sim, coisa julgada material, com todas as decorrências daí extraíveis.

18. Compreende-se que o compromisso extinga o processo. Através dele, os litigantes optam por outra modalidade de composição da lide, que não a jurisdicional *stricto sensu*, e como se trata, por hipótese, de direitos disponíveis, prevalece o concurso de vontades.

Tanto se aplica o inc. VII na hipótese de preexistência do compromisso ao processo, caso em que um dos compromitentes teria infringido o contrato, como na outra de sobrevir o compromisso à instauração do juízo. Ao contrário do que pareceu a ilustre comentador do Código, nesta última eventualidade, o que ocorre é verdadeira e irreversível extinção do processo, não a simples suspensão ou estancamento condicional, de sorte que, desfeito, anulado ou ineficacizado o compromisso, nem por isso há de retomar aquele processo a sua marcha, podendo ocorrer, isto sim, a instauração de um novo.<sup>69</sup> Não se confunde a simples cláusula compromissória com o compromisso. Aquela apenas representa uma avença das partes no sentido de que futuros e eventuais litígios relacionados ao contrato no qual ela se insere deverão ser objeto de compromisso; este é contrato de conteúdo específico - instituição de juízo arbitral - e supõe litígio já existente, ao qual se refira. A força de extinguir o processo só este possui, não aquela.<sup>70</sup>

19. Instituto por demais manuseado, a desistência da ação não oferece dificuldades maiores ao estudioso. O cuidado que inspirava a legislação anterior, relativo a uma possível confusão entre essa figura e a da renúncia ao direito, fora já afastado pela precisa lição de Pontes de Miranda sobre o tema;<sup>71</sup> hoje, o direito legislado estabelece a diferença sem deixar margem a dúvidas, qualificando a renúncia como espécie diversa, motivo de extinção "com julgamento do mérito" (retro, n.º 3).

A desistência, a rigor, não é da ação, nem em sentido de direito material, nem como "ação" processual. É do prosseguimento do processo, eis que não obsta a futura instauração de outro, sendo a ação a mesma. Se o réu contestou, sua oitiva é obrigatória a respeito da manifestação de desistência, a ela podendo opor-se. Resguarda-se o demandado contra o capricho eventual do autor, e respeita-se, outrossim, o possível interesse daquele na prolação de uma sentença de mérito. Esses objetivos, aliás, estariam melhor assegurados se a ouvida do réu fosse exigida desde a citação: tal como está redigido o dispositivo, sobre a insuficiência da proteção já aludida, põe-se ainda o inconveniente de impossibilitar-se ao réu o ressarcimento de despesas que talvez já tenha feito no preparo da defesa, mesmo sem a ter ainda apresentado.

Não contém o vigente CPC (LGL\1973\5) dispositivo equivalente ao art. 181, parágrafo único, do anterior. Entretanto, parece razoável tê-lo como implícito no sistema, autorizado o juiz, portanto, a avaliar o interesse do réu no prosseguimento, caso a caso. Já foi lembrada, a propósito, a possibilidade de haver o próprio réu, ao contestar, pleiteado a extinção do processo por falta de algum pressuposto processual, caso em que tal manifestação valeria como anuência *ex ante* à desistência.<sup>72</sup> Pondere-se, de resto, que a conduta processual ditada por mero capricho deve ser reprimida não apenas quanto ao autor, mas igualmente quanto ao demandado. A idéia dominante é a de não se admitir atuação desamparada de interesse, de qualquer das partes.

20. É natural que, em se tratando de direito personalíssimo, só exercitável por ou contra determinada pessoa, o processo que lhe diga respeito não possa prosseguir na falta dessa pessoa.

O dispositivo do art. 267, VIII, porém, merece dois reparos. Ao contrário do que sua letra sugere, não é a intransmissibilidade, por si, que acarreta extinção do processo, mas o falecimento do único legitimado possível. Outrossim, rigorosamente, embora seja tradicional a classificação *das ações* segundo sua

transmissibilidade, essa qualidade pertence ao direito subjetivo material, não à ação, em qualquer sentido que se tome a palavra.<sup>73</sup>

Há intransmissibilidade absoluta (quando não importa se a ação já foi ou não proposta ao ensejo do decesso do sujeito) e relativa (que inibe o ajuizamento da ação ainda não aforada, mas não obsta o prosseguimento da que já se propusera, como nos casos dos arts. 344, 345 e 351 do Código Civil). É claro que só aquela, a absoluta, dá lugar à extinção do processo prevista no inc. VIII.

21. Dá-se confusão entre autor e réu quando, em razão de alguma forma de sucessão na titularidade do direito em disputa, essas duas qualidades vêm a reunir-se em uma só pessoa. As possibilidades são várias: o autor da ação de despejo vende o imóvel ao locatário réu; o devedor demandado herda o crédito que lhe estava sendo exigido; sociedades que litigam entre si vêm a fundir-se, ou uma delas incorpora a outra, etc. O prosseguimento do processo, em tal emergência, seria uma impossibilidade lógica, por falta de *partes*.

A rigor, não é só o processo que se extingue, mas a própria relação de direito material nele deduzida. Com efeito, a confusão é instituto de direito material, integrando o elenco dos motivos de extinção das obrigações.<sup>74</sup> Visto por esse ângulo o problema, e atendendo-se a que os casos de extinção do processo "com julgamento do mérito" melhor se definiriam pela expressão "com resolução do mérito" (retro, n.º 3), a confusão encontraria lugar mais adequado no art. 269 do que neste 267. Com efeito, como ficou dito, a extinção não é do processo só, mas do litígio mesmo; mais ainda, da própria relação jurídico-material nele envolvida. Como na linguagem comum, a palavra *relação*, também se empregada em sentido jurídico, supõe pluralidade de pólos; toda relação só pode ser entre pessoas, coisas, idéias, etc.,

sempre no plural. No momento em que os termos, ou pólos, se reduzem a um, relação já não pode haver. Note-se que, postas essas premissas, ocorrida a confusão e só por causa dela, a relação jurídico-processual poderia ainda, teoricamente, continuar, porque subsistente a pluralidade (juiz, "parte"). Já o vínculo jurídico-material, este sim, resulta extinto por impossibilidade lógica de sua continuação: a relação seria de um sujeito consigo mesmo, vale dizer, uma "não-relação". A confusão "entre autor e réu" a que alude o inciso IX sob exame é simples reflexo, no plano processual, de fenômeno ocorrido na órbita do direito material. O litígio, a lide, o *meritum causae*, resolveu-se, dissolveu-se, deixou de existir, sendo a extinção do processo simples reflexo disso. E essa realidade parece mais próxima daquelas tratadas no art. 269, incs. II, III e V, do que das arroladas como verdadeiras e típicas causas extintivas do processo sem julgamento do mérito.

A extinção pode ser parcial, se parcial é a confusão. Nada diverso do que se constata relativamente a outras causas extintivas.

Ocorrendo a rara hipótese do art. 1.052 do Código Civil (LGL\2002\400), que é a de cessação da confusão, na medida em que ocorra um efetivo restabelecimento ou "ressurreição" da relação de direito material, o processo nem por isso se há de reativar, porque sua extinção é conceitualmente irreversível. Poderá ocorrer, sim, nova propositura da mesma demanda, originando processo também novo.

22. Do exposto concluímos o que segue.

a) No sistema do Código de Processo Civil (LGL\1973\5), *mérito* e lide são termos sinônimos, embora tal sinonímia não seja rigorosamente observada ao longo de todo o seu texto, como, por exemplo, nos arts. 329 e 330.

b) No art. 269 do CPC (LGL\1973\5), há duas classes bem distintas de sentenças: as que realmente "julgam" o mérito (incisos I e IV) e as que envolvem a solução dele sem verdadeiro julgamento (incs. II, III e V). Por isso, a expressão "julgamento do mérito" deve ser lida aí como "resolução do mérito".

c) O indeferimento da inicial, conquanto arrolado entre os casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267, I), pode consistir em sentença de improcedência *prima facie*, com inequívoca apreciação do mérito.

d) Não apenas no citado inc. I, mas igualmente em outros do mesmo artigo, o Código apresenta-se repetitivo e contraditório, como ao destacar no inc. V situações pertencentes claramente à órbita dos pressupostos processuais, já contemplados *in genere* no inciso anterior. Essa impropriedade terminológica não muda a natureza daquelas realidades.

e) A opção do Código pela "teoria eclética" de Liebman relativamente à natureza do direito de ação não impede que se continue a discutir-se se o exame judicial das "condições da ação" envolve ou não o *meritum causae*.

f) É possível interpretar-se o Código de modo a sustentar que, mesmo à luz de sua letra, pelo menos as sentenças de carência por impossibilidade jurídica e por ilegitimidade *ad causam*, e possivelmente as demais, são na verdade sentenças de improcedência. Essa interpretação deve partir de uma redefinição

dos conceitos de impossibilidade e ilegitimidade que leve em conta dados de direito processual, exclusivamente.

g) É imprescindível que se tenha em conta, na discussão desse tema, a distinção entre pretensão de direito material, ação de direito material e "ação" processual.

h) As conclusões imediatamente anteriores não se atrimam com a concepção do direito de agir como abstrato, desde que se separem convenientemente as noções de "direito de agir", abstrato, e "ação", necessariamente concreta.

i) Como sentenças de improcedência que em realidade são, as referidas na conclusão "f" produzem coisa julgada material.

j) A sentença que constata confusão entre autor e réu não se limita a extinguir o processo, certificando, outrossim, a extinção da própria relação jurídico-material posta em liça. É, portanto, caso de extinção do processo com resolução do mérito.

#### Bibliografia

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. "Algunas concepciones menores acerca de la naturaleza del proceso". *Revista de Derecho Procesal* (Argentina), ano X, 1952, 1.ª parte, p. 253.

ALLORIO, Enrico. *Problemas de derecho Procesal*. Buenos Aires, 1963.

ALSINA, Hugo. *Tratado teórico-practico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires, 1943.

ALVIM, José Manuel de Arruda. "Dogmática jurídica e o novo Código de Processo Civil (LGL\1973\5)". *Revista Forense* 252/60.

----. *Manual de Direito Processual Civil*. V. 2, São Paulo, 1978.

ANDRADE, Luiz Antônio de. *Aspectos e inovações do Código de Processo Civil (LGL\1973\5)*. Rio de Janeiro, 1974. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil (LGL\1973\5)*. V. II 4.ª ed., Rio de Janeiro, 1983.

----. *Embargos de nulidade e infringentes do julgado*. São Paulo, 1965.

----. "Conexão e 'tríplice identidade'". *AJURIS* 28/72.

ASSIS, Jacy de. *Couture e a teoria institucional do processo*. Uberlândia, 1961.

BAETHGEN, Walter Eduardo. *Teoria Geral do Processo: a função jurisdicional*. Porto Alegre, 1982.

----. "As 'condições da ação' e o novo Código de Processo Civil (LGL\1973\5)". *Revista da Consultoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul* 9/85.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil (LGL\1973\5)*, V. I, 3.ª ed., Rio de Janeiro, 1983.

BARROS, Hamilton de Moraes e. *Comentários ao Código de Processo Civil (LGL\1973\5)*. V. IX, Rio de Janeiro, s/d. BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile*. 2.ª ed., Roma, 1936.

----. "Ragione e azione". *Rivista di Diritto Processuale*, 1932, I.

BÜLLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires, 1964.

BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil (LGL\1973\5)*. 2.ª ed., São Paulo, 1956. ----. "Exposição de Motivos" do Código de Processo Civil (LGL\1973\5), 1972.

CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el proceso civil*. Buenos Aires, 1945.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del Diritto Processuale Civile*. Pádua, 1938.

----. "Notte sull'accertamento negoziale". *Rivista di Diritto Processuale*, 1940, XVII, p. 16.

----. *Studi di Diritto Processuale*. V. III, Pádua, 1939.

CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil (LGL\1973\5)*. V. VIII, São Paulo, 1974.

CASTRO, Leonardo Prieto. *Derecho Procesal Civil*. Zaragoza, 1949.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2.ª ed. brasileira, São Paulo, 1965.

----. *Principii di Diritto Processuale Civile*. Nápolis, 1965 (reimpressão).

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 4.ª ed., São Paulo, 1984 (com Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco).

CONCLUSÕES do Simpósio de Curitiba, *Revista dos Tribunais* 482/271, e *Revista Forense* 252/18.

- COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. *Manual elementar de Direito Processual Civil*. 3.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 1982 (atualizada por Sálvio de Figueiredo Teixeira).
- COSTA, Moacyr Lobo da. "Confissão e reconhecimento do pedido". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, ano LXII, fascículo II, 1967.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires, 1942 (1.<sup>a</sup> ed.) e 1951 (2.<sup>a</sup> ed.).
- . "El proceso como institucin". *Studi in onore de Enrico Redenti*, Milão, 1951.
- DALL'AGNOL, Jorge Luís. *Pressupostos processuais*. Porto Alegre, 1988.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo, 1987.
- . *Fundamentos do processo civil moderno*. 2.<sup>a</sup> ed., São Paulo, 1987.
- . *Teoria Geral do Processo*. 4.<sup>a</sup> ed., São Paulo, 1984 (com Ada Pellegrini Grinover e Antônio Carlos de Araújo Cintra).
- . "Notas" à edição brasileira (traduzida da 3.<sup>a</sup> ed. italiana) do *Manual de Direito Processual Civil* de E. T. Liebman, Rio de Janeiro, 1984.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A ação declaratória incidental*. Rio de Janeiro, 1976.
- . *Comentários ao Código de Processo Civil (LGL\1973\5)*. V. VIII, t. III, 3.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 1988.
- . "Extinção 'imprópria' do processo e recurso cabível". *AJURIS* 5/174.
- . *Doutrina e prática do procedimento sumaríssimo*. 2.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 1980.
- FORNACIARI JR., Clito. *Reconhecimento jurídico do pedido*. São Paulo, 1977.
- FURTADO, Paulo. *Juízo arbitral*. Salvador, 1980.
- GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Barcelona, 1936.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 4.<sup>a</sup> ed., São Paulo, 1984 (com Araújo Cintra e Cândido Dinamarco).
- GUASP, Jaime. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid, 1943.
- . *Derecho Procesal Civil*. Madrid, 1956.
- GUIMARÃES, Luiz de Macedo Soares Machado. *A instância e a relação processual*. Rio de Janeiro, 1939.
- . "Carência de ação". Verbete no *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, v. VII.
- LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. Porto Alegre, 1953.
- . "Ensaio de uma teoria eclética da ação". *Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre*, 1958, n. 1.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo, 1976.
- . *Problemi del processo civile*. Milão, 1962.
- . "L'azione nella teoria del processo civile". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1950.
- . *Manuale di Diritto Processuale Civile*. 2.<sup>a</sup> ed., Milão, 1968 (reimpr.).
- . *Manual de Direito Processual Civil*. Ed. brasileira, trad. de Cândido Dinamarco da 3.<sup>a</sup> ed. italiana, Rio de Janeiro, 1984.
- MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo, 1974- 1976.
- . *Instituições de Direito Processual Civil*. 3.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 1966.
- MENDES, João de Castro. *Limites objectivos do caso julgado em processo civil*. Lisboa, 1968.
- MIRANDA, F. C. Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil (LGL\1973\5)* (de 1973), 1.<sup>a</sup> ed. 1974, 2.<sup>a</sup> ed. 1979, Rio de Janeiro.
- . *Comentários ao Código de Processo Civil (LGL\1973\5)* (de 1939). T. I, 2.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 1958.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil (LGL\1973\5)*. v. V, 5.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 1985.

- . *Temas de Direito Processual*, 4.<sup>a</sup> série. São Paulo, 1989.
- . *O novo processo civil brasileiro*. 8.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 1988.
- PASSOS, J. J. Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil (LGL\1973\5)*. V. III, 4.<sup>a</sup> ed., 1983.
- . *A ação no Direito Processual Civil brasileiro*. Salvador, 1960.
- PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Aspectos do procedimento sumaríssimo*. Porto Alegre, 1979.
- . "Possibilidade jurídica do pedido". *AJURIS* 23/169.
- PESCATORE, Matteo. *Sposizione compendiosa della procedura civile e commerciale*. Turim, 1864-1871.
- PINA, Rafael de. *Derecho procesal, temas*. México, 1951.
- REIS, José Alberto dos. *Código de Processo Civil (LGL\1973\5) anotado*. Coimbra, 1940.
- ROCHA, José de Moura. *Estudos sobre processo civil*. 2.<sup>o</sup> v., Recife, 1982.
- ROSA, Eliézer. "Sobre o anteprojeto de reforma do Código de Processo Civil (LGL\1973\5)". *Revista Forense* 130/26.
- ROSENBERG, Leo. *Trato de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, 1955.
- SANSEVERINO, Milton. *Procedimento sumaríssimo*. São Paulo, 1983.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo, 1977, 3.<sup>a</sup> ed.
- SCHÖNKE, Adolf. *Derecho procesal civil*. Barcelona, 1950.
- SIERRA, Humberto Briseño. *Categorías institucionales del proceso*. México, 1956.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*. Porto Alegre, 1987.
- THEODORO JR., Humberto. "Pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa". *Revista de Processo* 17/41 (DTR\1980\18).
- . *Processo de conhecimento*. 2.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 1981.
- . *Manual de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro, 1985.
- TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil (LGL\1973\5)*. V. I e II, São Paulo, 1975.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Desistência da ação*. São Paulo, 1988.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Do julgamento conforme o estado do processo*. São Paulo, 1982.
- . *Da ação e do processo civil na teoria e na prática*. São Paulo, 1978.

2. O processo é *também* instituição, embora não o seja exclusiva ou sequer principalmente, como chegou a sustentar boa doutrina, sobretudo a hispânica: cf. Jaime Guasp, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. I, p. 17; idem, *Derecho procesal civil*, p. 23; Rafael de Pina, *Derecho procesal, temas*, "El proceso como institución", p. 193; Alcalá - Zamora y Castillo, "Algunas concepciones menores acerca de la naturaleza del proceso", *Revista de Derecho Procesal* (Argentina), ano X, 1952, 1.<sup>a</sup> parte, p. 253; Briseño Sierra, *Categorías institucionales del proceso*, p. 131; Alsina, *Tratado teorico-practico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, v. I, p. 426, nota 13/3. Sobre a hesitante adesão de Couture e sua ulterior retratação, cf. as duas edições argentinas dos *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (1942 e 1951) e o estudo "El proceso como institución", in *Studi in onore di Enrico Redenti*, p. 353 e nota 8; cf., outrossim, Jacy de Assis, *Couture e a teoria institucional do processo, passim*.

3. Alfredo Buzaid, *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil (LGL\1973\5)*, *passim*.

4. Buzaid, obra cit., pp. 115 e s. e 137 e 5.; "Exposição de Motivos" do Código de Processo Civil (LGL\1973\5) de 1973, n. 29, parte final. Cf., outrossim, Moniz de Aragão, *Embargos de nulidade e infringentes do julgado*, p. 89, n. 100.

5. Já nos primórdios da vigência do Código, diante de resistências manifestadas, alertávamos para a necessidade de libertar-se o intérprete do que passara a ser simples mito jurídico (e que força têm!). Cf. Fabricio, *A ação declaratória incidental*, p. 197, n. 97; idem, "Extinção 'imprópria' do processo e recurso cabível", in *Ajuris* n. 5, novembro de 1975, pp. 174 e s. Não esquecer, contudo, a ressalva quanto aos procedimentos escalonados, que por sua natureza comportam sentenças verdadeiras e sucessivas (v. g., ação de pedir contas), do que também já nos ocupamos nos *Comentários ao Cód. de Proc. Civil*, v VIII, t. III, p. 336, n. 268 (3.<sup>a</sup> ed, 1988).

7. A identificação entre essas duas realidades, na doutrina do mestre italiano, sobre ser um imperativo de coerência, foi uma afirmação categórica de sua própria lavra: "julgar a lide e julgar o mérito são expressões sinônimas" ("O despacho saneador e o julgamento do mérito", in *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, p. 125). Buzaid não foi menos explícito: "O projeto só usa a palavra 'lide' para designar o mérito da causa", com imediata remissão a Carnelutti, *Sistema*, I, p. 40, e Betti, *Diritto processuale civile*, p. 445 ("Exposição de motivos" cit., n. 6 e correspondente nota 7). No mesmo sentido, Humberto Theodoro Jr, "Pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa", in RePro 17/43 (iniciado à p. 41). Contra, Cândido Dinamarco, *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, p. 199 e s., n. 109.

8. Conquanto o Código, tão afeito à conceituação dos institutos, tenha-se absterido de definir "mérito", a sua autoria e orientação geral permitem a assertiva feita. Veja-se, de resto, a nota anterior.

9. Não é demais lembrar que "definitiva", em oposição a "terminativa", designa a providência judicial que define, vale dizer, resolve o mérito, não envolvendo a idéia de "última", "final" ou "imutável".

10. Pontes de Miranda, *Comentários ao Cód. de Proc. Civil* (de 1973), t. III, pp. 663-5 (2.<sup>a</sup> ed., 1979). Só o interesse da maior clareza e da prevenção de dúvidas justifica haver-se destacado a hipótese do mc. IV daquela do inc. I, onde a mesma já se continha. No mesmo sentido do texto, Barbosa Moreira, *Comentários ao Cód. de Proc. Civil*, v. V, pp. 113-4 (5.<sup>a</sup> ed., 1985).

11. Cf. Moniz de Aragão, *Comentários ao Cód. de Proc. Civil*, v. II, p. 547 (4.<sup>a</sup> ed., 1983); Amílcar de Castro, *Comentários aos Cód. de Proc. Civil*, v. VIII, p. 51. Também no sentido do texto, Carnelutti, "Notte sull'accertamento negoziale", in *Rivista di Diritto Processuale*, 1940, XVII, p. 16. Sem a mesma clareza, mas apontando a distinção entre as duas situações, Arruda Alvim, "Dogmática jurídica e o novo Cód. de Proc. Civil", *Rei. Forense* 252/60, nota 95.

12. Cf. Frederico Marques, *Manual de Direito Processual Civil*, v. 3, pp. 34-5 (n. 532); Piero Calamandrei, "La sentencia subjetivamente completa", in *Estudios sobre el proceso civil*, pp. 467 e s. (Buenos Aires, 1945); Hélio Tornaghi, *Comentários ao Cód. de Proc. Civil*, v. II, p. 328.

13. Pontes de Miranda, *Coment. e t. cit.*, p. 660, chega a afirmar, por esses motivos, que aí ocorre verdadeiro julgamento. Acompanha-o Rogério Lauria Tucci, *Do julgamento conforme o estado do processo*, pp. 222 e s. Ora, se julgamento há, não é do mérito.

14. Cf. Clito Fornaciari Jr., *Reconhecimento jurídico do pedido*, p. 74; Schönke, *Derecho Procesal Civil*, p. 187 (Barcelona, 1950); Prieto Castro, *Derecho Procesal Civil*, pp. 283-4 (Zaragoza, 1949); Alberto dos Reis, *Código de Processo Civil (LGL\1973\5) anotado*, p. 213.

15. Essa posição foi sustentada, à luz do direito italiano, por Chiofenda, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 2, p. 355 (2.<sup>a</sup> ed. brasileira) e *Principii di Diritto Processuale Civile*, p. 737 (Napole, 1965, reimpressão). Em certa medida, esse é também o ensinamento de Prieto Castro, *Derecho proc. cit.*, p. 283.

16. Assim, Moniz de Aragão, *Coment. e v. cit.*, pp. 502-4.

17. "Teoricamente, no momento em que o juiz despacha a petição, ou em que foi distribuída a ação, houve a iniciativa da parte; no Código de 1973, disso não se afastou o legislador: o processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por iniciativa oficial (art. 262). Portanto, começar já é ser: o autor já pediu ao Estado a prestação jurisdicional e o indeferimento da petição inicial já é atividade do Estado, atendendo ao pedido de tutela jurídica." (Pontes de Miranda, *Coment. e t. cit.*, p. 604).

18. Ainda Moniz de Aragão, *Coment. e v. cit.*, p. 504.

19. Lauria Tucci, *Do julgamento...* cit., p. 141; Calmon de Passos, *Comentários ao Cód. de Proc. Civil*, v. III, p. 304, apontando "erro técnico manifesto"; Moacyr Amaral Santos, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. 2, p. 122 (3.<sup>a</sup> ed., 1977); Arruda Alvim, *Manual de Direito Processual Civil*, v. 2, p. 145; Moniz de Aragão, *Coment. e v. cit.*, p. 503; Humberto Theodoro Jr., *Processo de conhecimento*, v. 2, p. 446. No mesmo sentido, a conclusão XXVI, unânime, do Simpósio de Curitiba de 1975: "Quando o juiz indefere a petição inicial por motivo de decadência ou prescrição, há encerramento do processo com julgamento do mérito" (RT 482/271 e *Rev. For.* 252/18).

20. Moniz de Aragão, *Coment. e v. cit.*, p. 508; Pontes de Miranda, *Coment. e v. cit.*, p. 613.

21. Ainda Moniz de Aragão, *Coment. e v. cit.*, p. 505, com quem concordamos. Em sentido oposto, Pontes de Miranda, *Coment. cit.*, v. V, p. 443, e Tornaghi, *Coment. e v. cit.*, p. 332.
22. Admitem a iniciativa oficial Moniz de Aragão, *Coment. e v. cit.*, p. 508, e Lauria Tucci, *Do julgamento...* cit., p. 160-1. Negou-a Frederico Marques, com argumento extraído *contrario sensu* do art. 267, § 3.º ( *Manual cit.*, v. 2, p. 18); retornando ao tema no v. 3 da mesma obra, p. 91, teria, segundo Moniz de Aragão, alterado a posição anterior. Isso não parece exato, porém: nesta última passagem, o mestre paulista só alude ao caso do inc. II. Tornaghi também vê imprescindível o requerimento: *Coment. e v. cit.*, p. 333.
23. Com argumentação semelhante, esse é o ensino de Theodoro Jr., *Proc. de conhecimento*, v. 1, p. 394, reafirmado em seu *Manual de Direito Processual Civil*, v. I, p. 336.
24. A expressão é de Galeno Lacerda, *Despacho saneador*, p. 57.
25. Oskar von Büllow, *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales* (Buenos Aires, 1964).
26. Leo Rosenberg, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, v. II, p. 47 (Buenos Aires, 1955); Adolf Schönke, *Derecho Procesal Civil*, p. 159 (Barcelona, 1955); James Goldschmidt, *Derecho Procesal Civil*, p. 8 (Barcelona, 1936). Sobre isso e o que se segue, consulta-se com proveito recente monografia de Jorge Luís Dall'Agnol, *Pressupostos processuais*, assim como Barbosa Moreira, "Sobre pressupostos processuais", no volume *Temas de Direito Processual*, 4.ª Série, pp. 83 e s.
27. Araújo Cintra, Ada Pellegrini e Cândido Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, p. 259 (4.ª ed., 1984).
29. Id., ib. Também com precisão e vigor exemplares, Moniz de Aragão, *Coment. e v. cit.*, p. 515, demonstrando que se cuida mesmo de extinção, não de suspensão ou "paralisação", como parece a Calmon de Passos, *Comentários ao Código de Processo Civil* (LGL\1973\5), v. III, p. 259.
30. A. F. Fabrício, *Doutrina e prática do procedimento sumaríssimo*, p. 54 (2.ª ed., 1980); Milton Sanseverino, *Procedimento sumaríssimo*, p. 105. Houve já quem qualificasse o art. 281 como "a mais utópica das preceituações que o nosso Código contempla" (Lauria Tucci, *Da ação e do processo civil na teoria e na prática*, p. 201) e até mesmo como "galhofa legislativa" (Sérgio Gischkow Pereira, *Aspectos do procedimento sumaríssimo*, p. 168).
31. Moniz de Aragão, *Coment. e v. cit.*, p. 512.
32. Id., ib., p. 513. Machado Guimarães vira vitoriosa, já no primeiro Código Nacional de Processo Civil, sua sugestão ( *A instância e a relação processual*, p. 49) no sentido de que o termo "perempção" ficasse reservado apenas à absolvição total da instância.
- 33, Moniz de Aragão, *Coment. e v. cit.*, p. 514.
34. Sobre o tema, ainda que a outro propósito, cf. Moniz de Aragão, "Conexão e 'tríplice identidade' ", in *Ajuris* 28/77 (iniciado à p. 72), reproduzindo a clássica lição de Matteo Pescatore ( *Sposizione compendiosa deita procedura civile e criminale*, pp. 168-75). O conceito, ainda que inicialmente versado com vistas à competência por conexão e continência, presta-se com perfeição aos fins ora cogitados.
37. Cf. Liebman, sobretudo no texto "L'azione nella teoria del processo civile", várias vezes publicado, inclusive no volume *Problemi dei processo civile*, p. 22 e s. e na *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1950, p. 47. A adesão de Alfredo Buzaid é integral: *Agravo de petição cit.*, pp. 100 e s.
38. Parece-nos por demais cortante a afirmação de Moniz de Aragão de que a opinião contrária (no caso, a de Pontes de Miranda, *Coment.*, v. VII, pp. 162, 164, 193 e 196), "não tem o menor fundamento" ( *Coment. e v. cit.*, p. 52). O legislador não é onipotente. Pode decretar que os automotores só circulem nos dias pares, mas não que sejam do sexo feminino todas as pessoas nascidas nos dias ímpares. Se a lei ofende o senso comum ou briga com a realidade concreta, por si mesma se condena à inoperância. De resto, os *fundamentos* que se utilizam na controvérsia jurídica não são só os legais.

39. Propõe o emprego dessa locução mais precisa Barbosa Moreira, desde longa data e mais recentemente em *O novo processo civil brasileiro*, p. 130 (8.<sup>a</sup> ed., 1988).

41. O exemplo, como vários outros também lembrados por Sérgio Gischkow Pereira, "Possibilidade jurídica do pedido", in *Ajuris* 23/ 167 e s., parte final, é de impossibilidade inferida e relativa.

42. Em termos algo diversos, mas expressando pensamento substancialmente idêntico, Calmon de Passos, *Coment. e v. cit.*, pp. 247-8 (da 4.<sup>a</sup> ed., 1983, devendo-se observar que ocorreu alguma inovação a partir da 3.<sup>a</sup> ed. em relação às anteriores).

43. Cf. Moniz de Aragão, *Coment. e v. cit.*, pp. 521 e s.

44. Calmon de Passos expõe o argumento com clareza inexcedível e sem deixar margem a contestação: obra e loc. cit., sobretudo a partir da 3.<sup>a</sup> ed. (retro, nota 42). O mesmo texto distingue, o que é deveras importante quanto à precisão e abrangência do conceito, a impossibilidade *absoluta da relativa*. As mesmas idéias foram esboçadas na monografia *A ação no Direito Processual Civil brasileiro, passim* (Salvador, 1960). O ilustre professor baiano, entretanto, à vista dos termos da lei, abstém-se de maior resistência à linguagem e à principiologia claramente liebmanianas do Código e evita dar-lhe sentido que ali não está, como faz Pontes de Miranda, *Coment. cit.*, t. III, pp. 623 e s.

45. O velho e sensato Lopes da Costa, *Manual elementar de Direito Processual Civil*, pp. 37 e s. (3.<sup>a</sup> ed., 1982) sequer cogitava dessa "condição" - curiosamente antecipando a posição que viria a ser a de Liebman a partir da 3.<sup>a</sup> ed. de seu *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Este, nas anteriores edições da mesma obra e em outros trabalhos, desenvolvera e consolidara as bases da doutrina que veio a ser encampada pelo Código (cf. 2.<sup>a</sup> ed., Milano, 1968). Na edição brasileira do *Manual*, o tópico da 2.<sup>a</sup> ed. italiana sobre possibilidade jurídica foi incluído pelo tradutor e anotador Cândido Dinamarco (v. I, p. 160, nota 106). Tereza Arruda Alvim Pinto, sem embargo de sua conhecida posição *ecletista*, quase chega a admitir a inseparabilidade entre mérito e impossibilidade jurídica ( *Nulidades da sentença*, p. 19).

49. Theodoro Jr., cit. à nota 47. Cabe notar que o exemplo da ação investigatória é hoje no mínimo discutível à luz da Constituição Federal (LGL\1988\3), art. 227, § 6.<sup>o</sup>.

50. Aparentemente esteve mais perto de acertar, no particular, Frederico Marques, *Manual cit.*, v. 2, p. 155, embora passível de um importante reparo: a falta de alguma providência prévia diz *sempre* respeito aos pressupostos processuais, não tendo relação alguma com o interesse de agir.

52. A legitimação extraordinária, contudo, porque fundada em considerações de política legislativa e não em condicionantes ligadas ao direito material, foi vista por Lopes da Costa como a única passível de separação do mérito ( *Manual elementar cit.*, p. 41).

53. Theodoro Jr., *Proc. de conhec. cit.*, v. I, p. 75; idem, *Curso cit.*, v. I, p. 60. Em ambos os livros, o mesmo e talvez significativo *lapsus calami*: a certa altura, fala o jurista de legitimação "para o processo", que é coisa diversa e certamente estranha, esta sim, ao *meritum causae*.

54. Lopes da Costa, *Manual elementar cit.*, pp. 39-40.

56. Liebman, ao tempo em que se ocupava da possibilidade jurídica como condição da ação, chegou a falar de "carência de jurisdição", com interessantes observações sobre assuntos a cujo respeito a lei veda, absoluta ou relativamente, temporária ou definitivamente, o seu exercício. Talvez em tal conceito se pudesse inserir melhor a falta de interesse, que, aliás, segundo a última posição de Liebman, absorve as hipóteses de impossibilidade: cf. nota 106 de Dinamarco à pp. 160-1, v. I do *Manual* em sua edição brasileira.

57. Cernelutti, perfeitamente coerente com sua concepção do processo como continente necessário de uma lide, viu no requisito do interesse uma inutilidade equivalente à da "quinta roda do carro" ("Lite e processo", in *Studi di Diritto Processuale*, v. III, pp. 43 e s.).

58. Eliézer Rosa, "Sobre o anteprojeto de reforma do Código de Processo Civil (LGL\1973\5)", in *Rev. For.* n. 130, p. 26.

59. Galeno Lacerda, *Despacho saneador*, pp. 80-1.

60. *Comentários ao Código de Processo Civil* (LGL\1973\5), v. VIII, t. III, pp. 322 e 332.

61. Sobre isso e o mais que se segue, com exemplar clareza e rigor técnico, cf. Ovídio Baptista da Silva, *Curso de processo civil*, pp. 81 e s.
62. Não falta, aliás, quem negue a sobrevivência atual de verdadeira autotutela: Walter Eduardo Baethgen, *Teoria do processo: a função jurisdicional*, pp. 31 e s.
63. Cf. Emilio Betti, "Ragione e azione", in *Rivista di Diritto Processuale*, 1932, I, p. 205. Ao gênio desse grande jurista talvez não se haja feito ainda completa justiça.
64. *Despacho saneador*, pp. 75 e s.
65. Galeno Lacerda, *ib.*, p. 82. Cf. outrossim, do mesmo autor, "Ensaio de uma teoria eclética da ação", in *Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre* 1/89, 1958.
66. *V. g.*, Machado Guimarães, verbete "Carência de ação" cit. A concessão derrui toda a argumentação restante, pois uma questão não pode pertencer em certas circunstâncias ao círculo do mérito e em outras ser-lhe exterior.
67. "...é imaginar-se que a *demanda que o autor descreve na petição inicial* pudesse ter seu mérito num segundo processo e na lide de outrem!" (Ovídio A. Baptista da Silva, *Curso* cit., p. 91). Sobre a implícita cláusula *rebus sic stantibus*, cf. Castro Mendes, *Limites objetivos do caso julgado em processo civil*, p. 25, e Alberto dos Reis, *Código de Processo Civil (LGL\1973\5) anotado*, v. V, p. 178.
68. Correta, no particular a observação de Celso Agrícola Barbi, *Comentários ao Código de Processo Civil (LGL\1973\5)*, v. I, p. 34 (3.<sup>a</sup> ed., 1983) - que, entretanto, não toma posição clara quanto a essa questão fundamental.
69. No sentido do texto, Moniz de Aragão, *Coment.* e v. cit., p. 534. A opinião contrária é de Hamilton de Moraes e Barros, *Comentários ao Código de Processo Civil (LGL\1973\5)*, v IX, p. 396.
70. Ainda Moniz de Aragão, *Coment.* e v. cit., p. 533; cf., também, Paulo Furtado, *Juízo arbitral*, p. 32.
71. Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil (LGL\1973\5) (de 1939)*, t. I, pp. 279-80 (2.<sup>a</sup> ed., 1958). Já na vigência do atual Código, cf. José Rogério Cruz e Tucci, *Desistência da ação*, p. 6.
72. Cruz e Tucci, obra cit., p. 26, com menções a jurisprudência e doutrina. A idéia orientadora é aquela adiante mencionada no texto: nenhuma atuação de parte deve ser permitida, se não estiver animada de interesse. Contra, Moniz de Aragão, *Coment.* e v. cit., p. 536.
73. Quanto a ambos os pontos, cf. Moniz de Aragão, *Coment.* e v. cit., p. 536.
74. Código Civil (LGL\2002\400), art. 1.049: "Extingue-se a obrigação, desde que na mesma pessoa se confundam as qualidades de credor e devedor."