

Vamos a outra situação extraída da experiência, consubstanciada na declaração de inexistência de um direito porque os fatos afirmados pelo autor não encontram amparo no ordenamento jurídico.

Servidor público contratado pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho postula judicialmente o reconhecimento do direito a determinado benefício, concedido expressamente a funcionários públicos estatutários. O réu apresenta defesa de mérito, sustentando interpretação restritiva da regra legal, aplicável apenas aos funcionários concursados. Se o juiz entender que a norma invocada não tem o alcance pretendido, poderá julgar antecipadamente o processo, rejeitando o pedido – ou seja, com julgamento de mérito.

Nessa mesma hipótese, se o juiz já tem convicção firmada a respeito da interpretação restritiva, não poderá rejeitar a inicial por entender que o pedido do autor está vedado pelo ordenamento jurídico? Se o fizer, estará extinguindo o processo com ou sem julgamento de mérito? A resposta só pode ser uma: em ambos os casos – não importa o momento em que ocorre o pronunciamento judicial –, idêntica em profundidade é a cognição realizada pelo juiz da situação substancial. Também não há diferença alguma quanto aos efeitos do julgamento no plano material. Quer o juízo decorra de exame da inicial, quer leve em conta a contestação, dar-se-á a solução integral do litígio. Esses funcionários jamais poderão pleitear o benefício, porque considerado indevido por decisão definitiva e imutável.

Confirma-se a tese: a distinção entre impossibilidade e procedência só tem relevância no plano processual, pois o regime quanto ao controle de cada uma dessas situações é diverso. Se a improcedência é macroscópica, especialmente porque a pretensão é vedada expressamente, ou até mesmo se houver proibição implícita, o pedido poderá ser rejeitado liminarmente, pois juridicamente impossível.

Do ponto de vista substancial, todavia, em ambos os casos haverá julgamento total da lide (CPC, art. 468), não obstante o disposto no art. 267, VI, do CPC.

inicial em razão da ausência de proteção, pelo ordenamento jurídico, do objeto para o qual o autor pretende obter tutela jurisdicional (cf. Maria José de Oliveira Capelo, "Interesse processual e legitimidade singular nas ações de filiação", *Revista Jurídica* 15:43).

14. Possibilidade jurídica e pretensão

"Pretensão" é termo equívoco na doutrina processual brasileira. Acrescido de adjetivos (pretensão de direito material e pretensão processual) ou associado ao fenômeno "ação" (ação de direito material e ação de direito processual), torna-se fenômeno ainda mais complexo e de difícil compreensão.

Não se pretende ingressar na discussão, não só porque extranha aos objetivos do estudo, como também pela confessa incapacidade do autor em descobrir algum efeito prático desta construção doutrinária.⁸⁴

Mas com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 a questão deixou o plano exclusivamente científico, pois o art. 189 refere-se expressamente ao nascimento e à extinção da pretensão, que surge com a violação ao direito e se extingue pela prescrição.⁸⁵

Assim, vencida e não cumprida a obrigação, o credor passa a ter pretensão, que outra coisa não é senão o poder de exigir o adimplemento. No campo dos direitos reais, por exemplo, a pretensão regulada pelo art. 189 nasce com o ato, praticado por alguém, lesivo à propriedade.⁸⁶

84. Aceito as críticas porventura dirigidas à aparente indiferença em relação à tão importante corrente do pensamento processual brasileiro. Não se trata de desprezo ou desprezo, mas de dificuldade em compreendê-la, decorrente de muitas limitações. Felizmente, não estou sozinho: "Não é sem motivo que certas construções se arriscam a parecer enigmáticas aos olhos de quem não esteja familiarizado com os matizes, às vezes sutilíssimos, da palheta doutrinária. Muitos se sentirão inclinados a ver em tudo isso algo como a pura e anacrônica reedição de não-se-sabe-que vistosa querela bizantina" (José Carlos Barbosa Moreira, "Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil brasileiro", *RF* 366/121).

85. Segundo Barbosa Moreira não se trata, na verdade, de extinção, pois, como a prescrição não pode ser reconhecida de ofício, deve a demanda ser julgada procedente, não obstante tenha ela ocorrido (CC, art. 194; CPC, art. 219, § 5º). E não seria admissível o acolhimento do pedido se já extinta a pretensão. Com a prescrição dá-se, pois, a mera ineficácia da pretensão (cf. "Notas sobre pretensão ...", *RF* 366/124).

86. Os direitos a que correspondem prestações, e cuja violação faz nascer a pretensão, estão sujeitos a prescrição. Já aqueles denominados "potestativos", em razão dos quais o titular tem o poder de influir na esfera jurídica de outrem, que não está obrigado a qualquer contraprestação, submetem-se a prazos decadenciais (cf. Agnelo Amorim Filho, "Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis", *RT* 300:7 e ss.).

pode ser decretada de plano. Relevante, pois, a preocupação em distingui-las, ainda que os efeitos materiais sejam análogos.

13. *Impossibilidade jurídica e mérito: ainda a teoria aplicada*

Continuemos o exame de situações concretas.

Até 1992 filha solteira de funcionário público do Estado de São Paulo tinha direito a pensão (Lei 180/1978, art. 147, II). A partir de 4 de dezembro daquele ano, com a entrada em vigor da Lei Complementar 698, o dispositivo foi alterado e o benefício ficou restrito aos filhos incapazes e inválidos. Demanda proposta anteriormente à nova redação seria acolhida. Hoje o pedido seria rejeitado, pois filha solteira de funcionário falecido não tem mais direito a pensão.

Trata-se, todavia, de improcedência ou de impossibilidade jurídica do pedido? Dizer que os filhos incapazes e inválidos são beneficiários do servidor é o mesmo que vedar o benefício a todos os demais, inclusive às filhas solteiras. Limitar os beneficiários não difere, ontologicamente, de excluir alguns de forma expressa. Pedido juridicamente impossível deve, pois, ser julgado improcedente, com solução definitiva do litígio.

A impossibilidade jurídica da demanda nada mais é, portanto, que a improcedência manifesta do pedido, passível de verificação com a simples leitura da inicial, de tão patente a inconsistência da tese jurídica sustentada pelo autor.

Proposta de modificação do Código, apresentada pela Associação dos Magistrados Brasileiros, torna possível o indeferimento da inicial com julgamento do mérito quando o pedido estiver em confronto com Súmula do STF, dos tribunais superiores ou do tribunal ao qual o recurso será interposto.

Na verdade, essa sugestão confere maior extensão à idêntica de "impossibilidade jurídica". A inicial será indeferida não apenas quando a pretensão estiver vedada pelo legislador, mas também quando for de encontro a orientação jurisprudencial.

A sugestão não só foi aceita, como substancialmente ampliada pela lei n. 11.277, de 7.2.2005, que acrescentou o art. 285-A ao CPC. Segundo essa regra, se a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sentença de total improcedência em caso idêntico, poderá ser simplesmente reproduzida a decisão anterior.

sem necessidade de citação. Trata-se de mais uma hipótese de indeferimento da inicial com julgamento de mérito, bastando, para tanto, a existência de caso análogo já decidido naquele juízo.

Em ação direta, a OAB arguiu a inconstitucionalidade do dispositivo. Não consigo compreender os fundamentos do pedido. O réu não teve direito ao contraditório, mas o resultado lhe é favorável. Aliás, o indeferimento da inicial, com julgamento de mérito, não é novidade no sistema (CPC, art. 295, inciso IV). Ao autor foi assegurado o acesso à Justiça, tanto quanto na hipótese de rejeição limitada por impossibilidade jurídica, decadência, prescrição ou de julgamento antecipado (CPC, art. 330). Nessa medida, não vejo razão para tanta controvérsia sobre regra legal absolutamente compatível com o ordenamento jurídico.

Verifica-se, pois, que *impossibilidade jurídica e improcedência* são fenômenos ontologicamente iguais. A diferença está no maior ou menor grau de incompatibilidade entre a pretensão e o sistema. Contrariar frontalmente a regra de direito material é impossibilidade jurídica. Divergir de orientação de determinados tribunais implica improcedência passível de verificação na própria inicial. Questões de direito mais complexas podem ensejar o julgamento antecipado.

Por isso, errou o legislador ao considerar a possibilidade jurídica como condição da ação cuja ausência acarreta a extinção do processo sem julgamento do mérito (CPC, arts. 267, VI, e 295, parágrafo único, I), apenas porque manifesta a incompatibilidade da demanda com o ordenamento jurídico-material.⁸³

83. "Ora, o direito material (excepcionalmente também o direito processual, como se viu *supra*) veiculado no bojo do pedido não deveria constituir, pela constatação *prima facie* de sua inexistência, uma condição de admissibilidade de seu próprio exame. Ou seja, não se deveria transvestir o grau de inelutabilidade da aferição da inexistência de um direito em condição de admissibilidade dessa própria constatação, que é matéria, normalmente, de mérito" (Donald Arnellin, *Legitimidade para agir* ..., p. 55).

Na regulamentação do processo civil a ser seguido pela União Europeia previu-se a possibilidade de o juiz abreviar o procedimento, rejeitando a demanda não só por problemas da relação processual, mas também se manifestamente infundada (cf. Paolo Biavati, "I procedimenti civili semplificati e accertati: il quadro europeo e i riflessi italiani", *Rivista Triestina di Diritto e Procedura Civile* 3:764). Na doutrina portuguesa afirma-se ser de mérito, por se tratar de proporcionalidade substantiva, não processual, a rejeição liminar da

Não faz diferença se a improcedência decorre de exclusão expressa pelo ordenamento jurídico ou da não-subsunção do fato a uma previsão legal. Em princípio, a isenção tributária não se estende às taxas e contribuições de melhoria (CTN, art. 177). Seria juridicamente impossível ou improcedente pedido com esse conteúdo?

Se um juiz ameaçado de perda do cargo por decisão administrativa propuser demanda com pedido declaratório pleiteando o reconhecimento da garantia constitucional da vitaliciedade, não obstante ainda não completados os dois anos (CF, art. 95, I; Lei Orgânica da Magistratura Nacional/LOMAN, art. 20), formulará pedido juridicamente impossível? Qual a natureza da decisão que denega mandado de segurança impetrado por candidato a concurso da Magistratura Federal com idade inferior a 25 anos (LOMAN, art. 59)?

O limite entre a impossibilidade jurídica do pedido decorrente da vedação expressa no ordenamento material e a improcedência pela não-subsunção do fato a uma regra, se existente, é muito tênue. Não parece haver diferença substancial entre tais decisões. Em ambas o juiz rejeita o pedido do autor, por não ser ele admitido pelo legislador, que não o previu ou que o excluiu. Substancialmente, o fenômeno é o mesmo.⁸¹

405) -- também existe decisão de mérito, ainda que pronunciada de plano. Em ambos os casos a pretensão do autor é rejeitada, embora em nenhum dos casos haja exame da tese sustentada pelo autor. Conclui-se pela inexistência do direito, pois o fundamento deduzido pelo autor não é apto a proporcionar o resultado pretendido. Embora se trate de questão de direito, nega-se a própria pretensão. Cf., a respeito, Susana H. da Costa, *Condições da Ação*, pp. 103-105.

81. Assiste inteira razão a Donatilo Arnalim, que vê na impossibilidade jurídica do pedido ou da causa de pedir verdadeira improcedência *prima facie*: "Com efeito, dizer que um pedido é insubsunível às normas jurídicas do sistema jurídico vigente, porque existe uma vedação expressa a respeito, não difere de se julgar que um pedido não pode ser acolhido porque não provou o autor a existência do suporte fático indispensável à sua subsunção à norma legal invocada. Ambos levam à rejeição do pedido em razão de sua carência fundamentada. Apenas, em um caso inexistem fundamentos jurídicos; noutra, fáticos" (*Legitimidade para Agir* ..., p. 53). Acrescento ser mais evidente ainda a identidade ontológica entre as situações nas hipóteses de improcedência reconhecida antecipadamente, por verjar a controvérsia questão exclusivamente de direito (CPC, art. 330, I). Neste caso, tanto quanto na impossibilidade jurídica, a rejeição não se dá por ausência de prova do suporte fático, mas porque o suporte fático não se subsume a regra alguma do ordenamento jurídico substancial. Ausência de subsunção da *causa petendi* não difere de exclusão dela. es-

Neste caso, a profundidade da cognição não altera a natureza da sentença, pois o exame superficial, feito em tese, é suficiente para possibilitar conclusão sobre o próprio pedido formulado pelo autor -- ou seja, sobre o mérito. Ao reconhecer a impossibilidade jurídica o juiz afirma não possuir o autor o direito afirmado. Ao fazê-lo, põe termo à crise de direito material. Com fundamento naquela situação da vida o autor jamais poderá formular idêntico pedido.⁸²

Pensemos, ainda, em outra hipótese. O autor pede a condenação do réu com fundamento em dívida de jogo. Sustenta na inicial a admissibilidade do pedido apesar da vedação expressa do Código Civil, invocando determinada medida provisória que, em seu entender, revogou a proibição legal. A admissibilidade, ou não, da causa de pedir, neste caso, depende da interpretação a ser dada a essa nova regra. Caso o juiz não aceite o ponto de vista sustentado pelo autor, irá julgar improcedente o pedido ou considerá-lo juridicamente impossível?

Qualquer que seja a resposta, a eficácia dessa sentença no plano material irá solucionar definitivamente a lide, impedindo seja aquela relação de direito material fundamento de pedido idêntico.

Mas, então, qual seria a relevância em distinguir a *impossibilidade jurídica da improcedência*? A resposta é dada pelo legislador processual: a primeira submete-se ao regime dos arts. 267 e 295 do CPC. A improcedência macroscópica -- impossibilidade jurídica -- especialmente porque muitas vezes as regras materiais contêm exigências específicas, cuja não-cumprimento implica não-subsunção ou exclusão dos fatos constitutivos deduzidos pelo autor. Em outras palavras, a exclusão pode ser explícita ou implícita, não havendo razão para tratar diferentemente a sentença em um e em outro caso. Em ambos o juiz nega o direito do autor. Trata-se de improcedência, pois. Sobre a existência de vedação implícita, que equivale à expressa, cf. José Orlando Rocha de Carvalho, *Teoria dos Pressupostos* ..., pp. 15-16.

82. Por isso Comoglio exclui a possibilidade jurídica do âmbito das condições da ação. A admissibilidade hipotética da demanda, representada pela existência de norma jurídica em que o direito afirmado esteja regulado em absoluto, "potrebbe, altrimenti, definirsi *ex ante* come di *inammissibilità giuridica del provvedimento di tutela richiesta* -- pressuppone casi-limite di sapore puramente scolastico (ad esempio, l'annullamento di un contratto per causa non prevista dagli artt. 1423-1.446 c.c.), riguardando soltanto il fondamento giuridico (e quindi l'*accogibilità nel merito*) della proposta domanda, da accertarsi *ex post* con la decisione finale" (Comoglio, Ferri e Taruffo, *Lezioni sul Processo Civile*, p. 307).

As situações realmente se identificam. Já se discutiu, por exemplo, sobre a admissibilidade em tese de realização de contrato verbal com a Administração Pública, concluindo-se pela inexistência de vedação legal — o que significa haver compatibilidade entre o pedido condenatório fundado nessa relação jurídica e o ordenamento jurídico. O problema seria, pois, de mérito, ou seja, saber se o autor tem, ou não, razão.⁷⁷

Houvesse vedação expressa ou implícita no ordenamento jurídico sobre contrato administrativo verbal, o pedido seria juridicamente impossível. Reconhecida essa situação, todavia, o suposto credor jamais poderia discuti-la novamente em outro processo. Por quê? Em razão de a sentença, após o trânsito em julgado, conter solução definitiva para a crise de direito material. Afirmada a ilegalidade do contrato, o autor não tem direito ao recebimento da importância pretendida. Da mesma forma não terá se, embora admissível a realização pela forma verbal, não ficar demonstrado o fato constituti-

vo do pedido. Ambas as soluções são ontologicamente iguais, independentemente de uma delas decorrer de simples exame da inicial.

Voltemos ao clássico exemplo da dívida de jogo. Deduzida essa causa de pedir em demanda condenatória, não importam os aspectos fáticos da situação da vida trazida ao processo. É absolutamente irrelevante se o jogo realmente ocorreu, se o autor venceu e qual o valor do suposto crédito. A questão é eminentemente jurídica: a pretensão é vedada pelas regras de direito material. Trata-se, no caso, de situação de direito material identificada pelos civilistas como obrigação natural ou imperfeita, cujo cumprimento espontâneo pelo devedor impede a repetição da importância paga. Este é o único efeito previsto pelo legislador material. Na verdade, portanto, o credor não tem o direito subjetivo de exigir a satisfação dessa obrigação. O reconhecimento desse fenômeno configura sentença de mérito, pois implica solução definitiva e completa do litígio.⁷⁸

Esta conclusão não impede o pagamento espontâneo da dívida, nem é incompatível com a impossibilidade de repetição.⁷⁹ Ao julgar improcedente o pedido, o juiz limita-se a afirmar inexistente a obrigação de pagamento, ante o disposto no art. 814 do CC. Nada dispõe sobre o cumprimento voluntário dessa obrigação natural, muito menos regula eventual repetição. Simplesmente reconhece ser juridicamente inexigível o direito, por vedação expressa existente no sistema. A eficácia desse julgamento atinge diretamente o plano material, pois se nega ao autor a exigibilidade de seu direito. O trânsito em julgado dessa decisão impedirá definitivamente a obtenção de tutela condenatória com fundamento na mesma situação jurídica-substancial. Em outras palavras, o reconhecimento da impossibilidade jurídica do pedido submina a pretensão do autor, respeitado o disposto no art. 814 do CC quanto à inadmissibilidade de se cobrar outra vez a importância paga voluntariamente.⁸⁰

78. Segundo Conoglio, nesses casos de obrigação natural a carência da ação outra coisa não é senão a inexistência de direito subjetivo a ser tutelado (cf. "Note impetogative...", *Revista de Direito Processual* 2:476).

79. Contra: Dinamarco, *Execução Civil*, 8ª ed., p. 405.

80. Nos dois outros exemplos invocados por Dinamarco — rejeição de demanda rescisória fundada em violação a literal disposição de lei, em razão de o julgamento adotar uma das correntes jurisprudenciais (Súmula 343); inadmissibilidade de exame do mérito administrativo (cf. *Execução Civil*, 8ª ed., p.

77. STJ, P. T., Resp 451.125-RS, rel. Min. José Delgado, j. 17.12.2002, DJC 24.3.2003, p. 147.

há sequer necessidade de apurar a efetiva verificação do fundamento fático, pois ele, em tese, já é excluído pela regra material. Esse juízo, embora realizado em tese, é suficiente para definir a situação de direito material, cuja inaptidão para autorizar a tutela jurisdicional é definitivamente reconhecida. O "superlativo estrangulamento entre os planos jurídicos do ordenamento jurídico (substancial e processual)"⁷³ significa, na verdade, julgamento de mérito, por se tratar de questão exclusivamente de direito, o que dispensa o exame da real ocorrência dos fatos. Isso não ocorre em relação às outras condições, cuja ausência não implica solução integral do litígio, embora a decisão também produza efeitos para fora do processo. A coisa julgada material, neste caso, limita-se a pequena parcela da relação material sobre que incidu a decisão.

Passa-se do abstrato ao concreto.

Controverte-se na doutrina e na jurisprudência a respeito da possibilidade de ser decretada a prisão civil do depositário infiel. Há quem sustente não ser mais admissível essa sanção, ante os termos do Pacto de São José da Costa Rica. Outros entendem haver previsão constitucional, que prevalece sobre os tratados subscritos pelo Governo Brasileiro.

Pois bem. Para quem adota a primeira corrente o pedido de prisão é inadmissível e deve ser rejeitado. A lide será examinada pelo juiz, que rejeitará a pretensão dela decorrente.

Não há diferença substancial entre essa situação e aquela em que o autor pretende, por exemplo, algum benefício tributário rescrito a determinada situação jurídica, diversa da descrita na inicial. Também aqui, em face da lide deduzida pelo autor, a solução pretendida é vedada pelo ordenamento jurídico material. Vale a definição de Liebman: à luz da ordem jurídica à qual pertence, não há possibilidade de o juiz pronunciar a espécie de decisão pedida.⁷⁴

Se a demanda colidir com o ordenamento jurídico, ainda que essa conclusão seja possível desde logo, *a priori*, em tese, parece já ter havido exame da pretensão extratda do conflito de interesses. A lide, tal como concebida por Liebman, será julgada, com rejeição do pedido, por manifesta inadmissibilidade.

73. Dinamarco, *Exatidão Civil*, 8ª ed., p. 401.

74. "O despacho saneador e o julgamento do mérito". in *Estudos* ..., p. 124.

Ao examinar a inicial, verificando os fatos constitutivos do direito afirmado pelo autor ou o pedido por ele deduzido, muitas vezes o juiz já tem condições de concluir sobre a compatibilidade em tese da pretensão com o ordenamento jurídico. Essa admissibilidade é aferida de várias formas: inexistência de vedação expressa, adequação da descrição ao modelo legal, legalidade das consequências extratidas pelo autor. Mediante essa operação o juiz individualiza a regra legal aplicável ao caso concreto e verifica se eventual submissão dos fatos à descrição abstrata produz os efeitos pretendidos.⁷⁵

12. Identidade entre impossibilidade jurídica e mérito: confirmação

A inclusão da possibilidade jurídica como uma das condições da ação, matéria supostamente estranha ao mérito, tem gerado certa perplexidade e muita confusão, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Pelo exposto no item anterior, verificaram-se as enormes dificuldades enfrentadas no tratamento do tema.

Para tentar justificar a natureza processual do fenômeno, afirma-se ser necessário analisá-lo não pelo prisma do direito material, mas por meio do direito processual, sob pena de apreciação do mérito, não de questão preliminar. Difícil, todavia, admitir que a possibilidade jurídica seja aferida mediante critérios exclusivamente processuais, se eventual vedação da pretensão deduzida encontra-se no direito material.⁷⁶

75. Embora exelua dessa operação preliminar a conformidade em tese dos fatos à norma, Machado Guimarães reconhece já haver, nesse momento, investigação sobre a procedência do pedido, que já diz respeito ao mérito da demanda (cf. "A instância ...", in *Estudos* ..., p. 73). Cf. também Eduardo Arruda Alvim (*Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1, pp. 158-160), que se refere à impossibilidade jurídica como improcedência patente, óbvia, manifesta. De qualquer modo, trata-se de "típica e acabada sentença de mérito" (Adroaldo Furtado Fabrício, "Extinção do processo ...", *Revista* 58/17, v. 1b, p. 22). O autor conclui que: "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. É uma negativa mais terminante e desenganadora do que, e.g., a fundada na inexistência ou mera insuficiência de prova dos fatos alegados" (*Revista* 58/23).

76. Trata-se de acórdão publicado no *RT* 788:442-445. Arguiu-se como matéria preliminar a impossibilidade jurídica, pois pedido de compensação de

ou dependa de reflexão maior por parte do juiz sobre a questão de direito.

Há litígios, portanto, especialmente no campo do direito público, em que a inadmissibilidade da pretensão é passível de verificação de plano, pois os fatos relatados não se subsumem à descrição legal. Nesta seté a vedação legal decorre não da exclusão em absoluto da pretensão, mas quase sempre da ausência de previsão. Pois bem, em tais situações evidencia-se a identificação entre impossibilidade jurídica e improcedência reconhecida antecipadamente.⁶⁸

Verificada a impossibilidade jurídica da demanda, quer isso decorra do pedido, da causa de pedir ou das próprias partes,⁶⁹ a cognição realizada pelo juiz é suficiente para julgar improcedente a pretensão de plano. O fato de isso ocorrer logo no início do processo não impede seja a decisão apta a definir integralmente a questão principal do processo. Nela está contida resposta negativa ao pedido do autor, não importando o momento em que proferida ou a cognição que a fundamenta. Trata-se de improcedência *prima facie*.

Sustenta-se que inexiste identidade entre possibilidade jurídica e mérito porque naquela a não-subsunção explícita ou implícita das fi-

68. Conclui, corretamente, Teresa Arruda Alvim Wambier que a impossibilidade jurídica do pedido configura, na verdade, exame do mérito, "anda que sob o ponto de vista exclusivamente jurídico". A autora reparia-se exatamente ao julgamento antecipado por desnecessidade de prova *in* audiência. Nesse caso, ver diferença entre *impossibilidade jurídica e improcedência* é levar em conta exclusivamente o momento procedimental em que a sentença é proferida, considerando-o "uma circunstância, *por si só*, capaz de alterar sua natureza de decisão de mérito para decisão não de mérito, o que é inadmissível" (*Mutuações do Processo e da Sentença*, 5ª ed., pp. 54-55). Também Adroaldo Furtado Fabricio destaca a irrelevância do momento em que a impossibilidade é reconhecida (cf. "Extinção do processo ...", *Revista* 38/17).

Observa Didier Júnior ser a improcedência macroscópica "apenas a forma mais avultante de improcedência, e, por isso, deveria ser tratada ainda com mais rigor — como já acontece com os casos de decadência legal e prescrição em favor do incapaz. O caso é de improcedência *prima facie*" (*Pressupostos Processuais* ... p. 236). No mesmo sentido Susana H. da Costa, *Condições da Ação*, pp. 92-93.

69. Por isso a doutrina tem preferido a expressão "impossibilidade jurídica da demanda", que pode ser causada pela vedação expressa quanto a qualquer dos elementos da ação (cf. Cândido Dinamarco, *Instituições* ... 5ª ed., vol. II, p. 301), e não apenas ao pedido, como parecem a Fredie Souza D'Ávila Júnior (*Pressupostos Processuais* ... p. 278).

tos ao ordenamento jurídico resulta de exame realizado em abstrato, o que ainda não corresponde à análise do conteúdo da demanda.⁷⁰

Esta conclusão desconsidera, todavia, que todas as questões de direito são solucionadas mediante esse raciocínio. Muitas vezes o juiz tem condições, de plano, de afirmar posição contrária à tese jurídica sustentada pelo autor. Nesse caso, independentemente do momento em que a sentença seja proferida, ela é fruto de idêntica cognição sobre a situação de direito material. Não parece correto afirmar que o indeferimento da inicial leva à extinção do processo sem julgamento de mérito e no julgamento antecipado há sentença de mérito.

Em suma, se qualquer dos elementos da demanda for de encontro com o ordenamento jurídico, ainda que essa colisão seja passível de identificação *a priori*, a pretensão será rejeitada.

Nesses casos não há necessidade de exame da legitimidade ou do interesse.⁷¹ Mas não se pode negar que o exame realizado pelo juiz leva em conta os fatos e as circunstâncias do caso concreto. Se a ordem jurídica nega que eles, tal como alegados (causa de pedir), possam gerar os efeitos desejados (impossibilidade jurídica da cobrança de dívida oriunda de jogo), a conclusão depende do exame do juízo a seu respeito, ainda que feito *in statu assertivis*.

Esse fenômeno ocorre também em relação às demais condições: o material considerado pelo juiz é extratido da situação de direito material. A diferença é que, ao reconhecer a impossibilidade jurídica, decide-se sobre o próprio objeto do processo, consubstanciado na pretensão deduzida na inicial. Quanto àquela situação substancial afirmada pelo autor, nada mais resta para ser examinado.⁷²

Se assim é, não há razão para negar a natureza de sentença de mérito a essa decisão, com aptidão para o trânsito em julgado. Não

70. Gian Franco Ricci, *Princípios* ... 2ª ed., p. 101. Sobre a impossibilidade decorrente de vedação implícita, cf. Adroaldo Furtado Fabricio, que invoca exemplo do ocupante de cargo em comissão que pretende o reconhecimento judicial da estabilidade (cf. "Extinção do processo ...", *Revista* 58/16).

71. Cf. Cândido Dinamarco, *Instituições* ... 5ª ed., vol. II, p. 301, e *Execução Civil*, 8ª ed., pp. 398-399.

72. Aliais, nas palavras de Cândido Dinamarco, por se chocar com princípios de direito material, o pedido *jamais poderá ser atendido* (*Instituições* ... 5ª ed., vol. II, p. 301). São situações não passíveis de tutela, conforme anunciado previamente pelo legislador (*Execução Civil*, 8ª ed., pp. 398-399).

Já a procedência da pretensão é absolutamente inadmissível, pois tal resultado é contrário ao réu, a quem deve ser dada oportunidade de exercer o direito de defesa.

Com relação à ilegitimidade de parte, todavia, embora também exista, aqui, juízo de valor sobre aspectos jurídicos da relação material, não parece haver verdadeiro julgamento do mérito, visto que não ocorre rejeição da pretensão deduzida na inicial. O juiz apenas reconhece que aquele autor não pode obter a tutela em favor de terceiro, mas nada diz sobre o direito deste último. Não há solução integral da lide, com rejeição do pedido, muito embora a decisão assim proferida pressuponha juízo de valor sobre elementos da relação de direito material.

Situação muito frequente nos tribunais é a execução do valor de multas decorrentes de infração de trânsito com a inclusão no pólo passivo do processo de empresas de arrendamento mercantil. Discute-se se elas são, em tese, responsáveis pelos supostos ilícitos praticados pelo arrendatário do bem. Com fundamento apenas nessa questão de direito pode o juiz, de plano, decidir sobre a continuidade do processo. Se concluir afirmativamente, reconhecerá a legitimidade passiva. Caso contrário extinguirá desde logo a execução por carência da ação.

Não se pode negar, todavia, a grande proximidade entre *legitimidade e mérito*, especialmente nos casos em que não há controvérsia fática sobre a situação legítima. Como ocorre no exemplo acima, muitas vezes o juízo sobre a legitimidade ativa ou passiva depende apenas de solução a ser dada sobre questão de direito: o autor não é credor porque, não obstante a controvérsia jurídica a respeito da tese afirmada na inicial, entende-se ser outro o titular do crédito. Tal situação não equivaleria a julgamento antecipado, com fundamento no art. 330, I, do CPC.⁶⁷

O mesmo se pode dizer em relação ao interesse processual. Se alguém pretende condenação do réu ao pagamento de obrigação, com fundamento em hipótese de vencimento antecipado sobre que exista controvérsia jurídica (CC, art. 333), a admissibilidade em tese da tutela dependerá do juízo a respeito dessa questão de direito. Se o julgador concluir que a situação descrita não configura vencimento antecipado, extinguirá o processo sem julgamento de mérito, por falta de interesse de agir. Se não, determinará o prosseguimento do

processo, a fim de que os fatos afirmados sejam demonstrados. Mas a primeira alternativa não equivale a improcedência do pedido com fundamento em questão exclusivamente de direito?

Para melhor compreensão do problema, passa-se a tratar de cada uma das denominadas "condições da ação", bem como da natureza da respectiva sentença de carência.

II. Possibilidade jurídica da demanda

Com relação a uma das condições da ação justifica-se plenamente a controvérsia doutrinária quanto à natureza da sentença que a declara ausente: trata-se da *possibilidade jurídica do pedido*.⁶⁷

Se o juiz, ao examinar a inicial, verifica existir vedação expressa no ordenamento jurídico material ao pedido do autor, deve indeferir-lhe liminarmente por impossibilidade jurídica, extinguindo o processo. Esse resultado, todavia, implica solução definitiva da crise de direito material. Embora tal conclusão seja possível mediante simples exame da inicial, o julgamento põe fim ao litígio, pois o autor não tem o direito afirmado.

Pedido juridicamente impossível equivale substancialmente ao julgamento antecipado com fundamento no art. 330, I, do CPC. A pretensão deduzida pelo autor não encontra amparo no ordenamento jurídico e, por isso, deve ser rejeitada. Tanto faz que essa conclusão seja possível desde logo, porque manifesta a inadmissibilidade,

67. Segundo Liebman o pedido é juridicamente possível se houver "possibilidade para o juiz, na ordem jurídica à qual pertence, de pronunciar a espécie de decisão pedida pelo autor" — caso em que "o juiz não conhece da lide, porque, de qualquer modo, não poderia proferir a decisão pleiteada pelo autor". Os exemplos — válidos para a época — eram o pedido de divórcio e de mandado de segurança contra ato do presidente da República, dos ministros, governadores e interventores (cf. Liebman, "O despacho saneador e o julgamento do mérito", in *Estudos* ..., pp. 124-125). Desenvolvendo essa condição, Cândido Dinamarco propõe seja ela formulada em termos negativos: o pedido é juridicamente impossível se houver vedação expressa no ordenamento substancial, decorrente das partes, da causa de pedir ou do pedido propriamente dito. Isso porque todas as pretensões de tutela jurisdicional devem ser apreciadas pelo Estado (CF, art. 5º, XXXV), salvo aquelas expressamente excluídas pelo próprio sistema (cf. Dinamarco, *Execução Civil*, 8ª ed., pp. 402-404, e *Instituições* ..., 5ª ed., vol. II, p. 302).

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE

**EFETIVIDADE DO PROCESSO
E TÉCNICA PROCESSUAL**

2ª edição

Lilian Patrus Marques

**MALHEIROS
EDITORES**