

A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO COMO MATÉRIA DE MÉRITO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Ronefo Alves Marques de Moura⁶

Sumário: 1. Introdução; 2. Histórico; 3. O que é o Direito de Ação no Estado Democrático de Direito; 4. A Possibilidade Jurídica do Pedido como Condição da Ação; 5. A Possibilidade Jurídica do Pedido como Matéria de Mérito; 6. Teoria da Asserção ou Prospectação; 7. Conclusão; Referências.

1. Introdução

O artigo enfatiza o debate para o entendimento da celeuma criada sobre a possibilidade jurídica do pedido como matéria de mérito, como é tratado à problemática pelo novo Código de Processo Civil Lei nº 13.105 de 16 de Março de 2015.

O trabalho de forma resumida esclarece as principais alterações advindas com a nova redação do novo Código de Processo Civil no que tange às condições da ação, para estabelecer a possibilidade jurídica do pedido como matéria de mérito.

O contexto narrativo estabelece como ponto de partida, o histórico e o direito de ação no estado democrático de direito, as espécies de condições da ação no Código de Processo Civil Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973, quais sejam: a legitimidade de ser parte, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido como matéria de mérito ou como condição da ação, a teoria da asserção ou prospectação, para enfim definir a alteração apresentada pelo novo CPC.

Ao definirmos e conceituarmos as condições da ação com fundamento no Código de Processo Civil de 1973, sua aplicabilidade e entendimento jurisprudencial até então empregada, passaremos a analisar suas alterações com a introdução do novo Código de Processo Civil de 2015.

⁶ Advogado. Bacharel em Direito pela Fundação Pedro Leopoldo. Especialista em Direito Processual. – E-mail: ronefo@gmail.com

A definição e entendimento do conceito de direito de ação no estado democrático de direito é ponto essencial para a elucidação da possibilidade jurídica do pedido como matéria de mérito, as condições da ação são requisitos processuais essenciais para o regular trâmite processual e eventual julgamento do mérito, entendimento este adotado pela sistemática do CPC de 1973.

As condições da ação são uma forma criada pela Teoria Geral do Processo, que tem como intuito possibilitar a análise das questões que serão submetidas ao judiciário, é um mecanismo criado pela teoria do processo que se adequava aos pressupostos processuais que determinavam o direito de ação.

Essa sistemática que determina a categoria do direito de ação e as condições da ação foi desenvolvida a partir das lições de autores italianos, principalmente Enrico Tullio Liebman, que foi amplamente aceita pela doutrina brasileira, e difundida de forma jurisprudencial pela concepção brasileira.

A possibilidade jurídica do pedido tem seus fundamentos em teorias do direito de ação, o conceito a historicidade, vem cooperar para a elucidação da nova proposta apresentada pelo novo CPC ou rechaçar o entendimento jurisprudencial adotado pelos Brasileiros.

O presente trabalho tem por finalidade determinar se a possibilidade jurídica do pedido como matéria de mérito amplia ou não o direito de ação na nova sistemática do Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105 de 16 de Março de 2015.

2. Histórico.

As condições da ação, criadas pela Teoria Geral do Processo, manifestam-se com o intuito de estabelecer parâmetros ou filtros para a propositura da ação, à cognição judicial se estabelece após a análise destes requisitos.

A propositura de uma ação esta condicionada ao crivo destes parâmetros, para que as partes possam discutir a demanda junto ao judiciário.

As condições da ação dizem respeito à possibilidade jurídica do pedido, ao interesse de agir e à legitimidade das partes ou qualidade para agir, que são as condições mínimas para que se possa provocar a função jurisdicional.

As três condições da ação são requisitos constitutivos da ação.

Legitimação de agir: é a titularidade ativa e passiva da ação; os sujeitos vinculados entre si por uma relação jurídica material.

Interesse de agir: decorre da necessidade e adequação na utilização da ação;

Possibilidade jurídica do pedido: é ausência de vedação expressa de realização do pedido no ordenamento pátrio.

Esta divisão ou categorias delineadas levaram a que, alguns autores desenvolvessem raciocínios para determinar o direito de ação em diversas teorias que enfatizavam a problemática.

Tendo em conta as centenas de teorias para se explicar a ação. Relatamos algumas mais significativas dentro do contexto histórico, em primeiro lugar a teoria imanentista, que se refere que todo direito material estaria imanente um direito de ação, afirmava que o direito material deveria estar positivado e por isso a pretensão de direito substancial conduzia à procedência do pedido.

Em uma segunda reflexão temos as teorias concretas ou concretistas, que delineiam o direito de ação em um direito subjetivo, público, autônomo a uma sentença favorável – pretensão a uma tutela jurídica, a improcedência do pedido negava a existência do direito substancial.

Assim, no desenvolver do raciocínio encontramos o posicionamento dado pelas teorias abstratas, que entendem o direito de ação como um direito subjetivo, público, autônomo a uma sentença; independente do conteúdo, mas, que para alguns, dependente da boa fé do autor. No entendimento dado pela teoria de Elio Fazzalari, da situação jurídica composta (FAZZALARI, 1957).

A contribuição do processualista do italiano Elio Fazzalari é o combate do processo como uma relação jurídica.

Os fundamentos de sua tese definem o processo pela perspectiva atual de direitos constitucionais do Estado de Direito Moderno e da participação Democrática, não podem conceber, em processo, partes, que se posicionam em polos opostos, mas em sujeitos do processo, pois todos os interessados serão sempre partes ativas na construção do provimento final.

Desta feita, não há que se falar em legitimação passiva das partes, apenas quando analisado sob o foco do provimento final, isto é, do resultado da sentença proferida, onde as partes sofrerão os seus efeitos (CHAVES, 2012, p. 91).

Aliás, o objetivo principal de Elio Fazzalari é justamente no sentido de que os sujeitos do processo, através do contraditório, realizam "a democratização do discurso processual", a fim de promover a "construção do provimento".

Portanto, não é o juiz o construtor do provimento, mas as partes, que atuam no processo através do contraditório, considerando a estrutura dialética do processo realizada em simétrica paridade (COSTA, 2012, p. 56), manifestação a respeito, por Fabrício Veiga Costa que diz:

Verifica-se a distinção entre processo e procedimento pelo critério lógico da inclusão, uma vez que foi desenvolvida uma teoria do provimento, em que o processo é visto como uma garantia das partes. Trata-se de uma teoria que supera o dogmatismo hermético que trazia em seu bojo uma concepção autoritária de processo até então vigente (processo como relação jurídica entre pessoas, em que o julgador era legitimado a exercer, de forma centralizada, o poder de decidir os pedidos inerentes à pretensão deduzida a partir de argumentos jurídicos e metajurídicos - ou de cunho axiológico), tendo em vista que propõe a democratização do discurso processual. Há a reconstrução do conceito de parte no processo, não mais como pessoas sujeitas à autoridade do julgador, mas como reais responsáveis pela construção do provimento. (2012, p. 56)

O desenvolvimento teórico e jurisprudencial destas teorias levou ao crivo das teorias constitucionais, que se amolda ao sistema de amplo acesso a justiça, fundamentada nos direitos e garantias fundamentais consolidados pela Constituição, razão pela qual não se podem incluir em lei infraconstitucional limites ao exercício do direito de ação.

A conspeção adotada e idealizada por Enrico Túlio Liebman, italiano que viveu no Brasil durante a década de 1940 e que deixou seu entendimento que foi utilizado de forma jurisprudencial pelos brasileiros, apresenta uma forma aprimorada de aplicabilidade do instituto.

Em sua concepção, a teoria, chamada de eclética (a abstrata e a concretista), o direito de ação se encontra na relação entre a iniciativa dos particulares e o exercício da jurisdição.

Neste sentido cabe ao juiz determinar-se de acordo com as normas que regulam sua atividade (processuais) no conteúdo positivo ou negativo do provimento final. (LIEBMAN, 1950, p. 53).

Apesar do entendimento de que a ação tende a produzir efeitos em relação ao réu não se poderia negar que ela possui como objeto imediato a decisão e se dirige a quem deve pronunciá-lo na qualidade de órgão do estado.

Liebman enfatiza que a ação possui características de um direito autônomo que pode ser pleiteado mesmo que o titular não possua um verdadeiro direito subjetivo para fazer valer sua pretensão, a relação jurídica existente entre as partes tem um cunho próprio, a ação como uma relação jurídica substancial, tem caráter particular dentro de um processo (LIEBMAN, 1950, p. 55.).

O direito de ação ou o direito de petição tem fundamentada sua base no Direito Constitucional, possui característica dos direitos e garantias fundamentais, e não dependem do crivo jurisdicional.

Para o autor a ação e a jurisdição são correlatas não ocorrendo uma sem ocorrer a outra (LIEBMAN, 1950, p. 66).

Doutrinariamente, duas correntes se formaram no que tange ao direito de ação, uma afirmando que o direito de ação consiste nas "condições de existência da própria ação", já para a corrente adversa, "condições para o seu exercício" (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2008, p. 276).

Cabe ressaltar que a doutrina também entende que se trata das condições da ação uma forma de preenchimento do princípio da economia processual, a fim de que a movimentação da jurisdição não se preste à inutilidade, quando se percebe pela própria inicial que o direito invocado não pode ser concedido (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, p. 276, 2008).

As condições da ação são requisitos processuais essenciais para o regular trâmite processual e eventual julgamento do mérito.

A doutrina considera que a citada teoria formaria a categoria denominada "condições da ação". Não preenchidas estas condições, estaríamos diante da carência da ação.

O código de processo civil de 1973 tem o entendimento de que em caso de ausência de qualquer uma das condições da ação, teremos a carência da ação, causa de extinção do processo sem julgamento de mérito (art. 267 VI CPC/73).

Note-se, contudo, que tal regra foi e vem sendo mitigada pela teoria da asserção, a qual analisaremos mais à frente.

Em fim a Teoria Geral do Processo entende que as condições ação são uma categoria fundamental do processo moderno, que se localiza entre os pressupostos processuais e o mérito da causa.

O Código de Processo Civil de 2015 quebra este paradigma, e torna o conceito de condições da ação em processo ou juízo de admissibilidade e um juízo de mérito. Verifica-se que as condições da ação não são analisadas autonomamente, recaindo, portanto em um desses dois juízos.

Dessa forma, tem-se que as condições da ação ou seriam questões de admissibilidade ou questões de mérito.

3. O Que é o Direito de Ação no Estado Democrático de Direito

Para a compreensão do Direito de Ação no Estado Democrático de Direito, tendem-se a compreender inicialmente a positivação da República Federativa do Brasil em Estado Democrático de Direito estabelecido pela Constituição Federal, em seu art. 1º.

A síntese da definição do Estado Democrático de Direito, pauta-se no estabelecimento de regras, normas e leis que regem o Estado.

O poder exercido é limitado pela Ordem Jurídica imposta pela Constituição do país, esta norma regula e institui a forma de atuação do estado, suas limitações, funções, garantias, e direitos dos cidadãos e governados, o Estado é submetido à regra do direito.

As características fundamentais do Estado de direito determinam que o Estado não possa impor suas vontades que não forem previstas em Lei; e nem poderá atuar contras as normas já existentes.

Como se tem procurado evidenciar, inclusive com o objetivo de assegurar o respeito aos valores fundamentais da pessoa humana, o Estado deve procurar ao máximo de juridicidade.

Assim é que se acentua o caráter de ordem jurídica, na qual estão sintetizados os elementos componentes do Estado.

Além disso, ganha evidência as ideias da personalidade jurídica do Estado e da existência, nele, de um poder jurídico, tudo isso procurando reduzir a margem

de arbítrio e discricionariedade e assegurar a existência de limites jurídicos à ação do Estado.

O Estado Democrático de Direito tem como fundamento e regramento básico a submissão de todos, sem distinção, à lei pré-existente, construída pelo povo. No entendimento de Rosemiro Pereira leal.

A Constituição passou a ser a lei do Estado e do seu poder, o que justifica a denominação “Estado de Direito”, já que a lei representa a vontade geral da população. A denominação Estado Democrático tem a sua base na legitimidade do domínio político e na legitimação do exercício da soberania e da vontade do povo. (2002, p.37).

Em uma análise sistemática da Constituição da República Federativa do Brasil, veremos em seu art. 2º, que a lei versa sobre a questão do poder que possui a tripartição estampada em seu texto, o princípio da Separação dos Poderes, ao instituir que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, também contempla que o Poder Político Estatal é uno, indivisível e indelegável.

O que é dividido é o seu exercício, ora em legislar, executar e jurisdicionar, com suas atribuições primárias e secundárias, ou típicas e atípicas.

Neste sentido a ordem jurídica é preservada, as leis e aplicabilidade delas tem como guardião o poder judiciário que possui o condão de aplicar o direito estabelecido e regado pela ordem constitucional, produzido pelo legislador, nomeado pelo povo através da democracia representativa.

As normas, leis e atos normativos criados no Estado são elementos de construção do Estado.

De maneira genérica, e não menos precisa, é atribuição típica do Poder Judiciário jurisdicionar, ou seja, dizer o direito em um determinado território.

A Jurisdição, sob o prisma constitucional, é o Poder-dever do Estado-Juiz, através de magistrados legal e legitimamente investidos no cargo, de dizer o direito em um determinado território.

Pela função jurisdicional, mediante provocação, compete ao Estado a solução de controvérsias, imparcialmente, no qual diz o direito na condição imperativa nos casos concretos surgidos na sociedade, através de um processo cujos atos concatenados vêm estabelecidos na lei, anterior ao fato, com observância

dos ditames constitucionais e infraconstitucionais é assim que se posiciona Ronaldo Brêtas que diz também:

A função jurisdicional permite ao Estado, quando provocado, pronunciar o direito de forma imperativa e em posição imparcial, tendo por base um processo legal e previamente organizado, segundo o ordenamento jurídico constituído pelas normas constitucionais e infraconstitucionais que o Estado edita, nas situações concretas da vida social em que essas normas são descumpridas. (2010, p. 24).

O devido processo constitucional permite o exercício legítimo da democracia do Estado, mediante o "processo constitucional legislativo" e "processo constitucional jurisdicional". Mediante o segundo, ao povo é permitida a provocação do judiciário, a fim de controlar a constitucionalidade das leis elaboradas mediante o processo constitucional legislativo, principalmente a norma jurídica em confronto com direitos e garantias fundamentais (DIAS, 2010, p. 25).

A tutela jurisdicional é uma garantia e um dever do devido processo legal.

O direito de Ação no Estado Democrático de Direito, é o respeito à ordem jurídica estabelecida, e o direito do processo justo e legal com a tutela jurisdicional adequada a caso concreto, sem limitação a qualquer lesão ou ameaça ao direito, todos tem amparo legal que possa e deva ser analisado pelo judiciário. Complementando esta tendência, cito Marinoni que diz:

Ter direito de ação é ter direito ao processo justo e à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, seu componente indelével e essencial. A norma do art. 5º, XXXV, ao contrário das normas constitucionais anteriores que garantiam o direito de ação, afirmou que a Lei, além de não poder excluir lesão, está proibida de excluir "ameaça de lesão", da apreciação jurisdicional. O objetivo do art. 5º, XXXV, neste particular, foi deixar expresso que o direito de ação deve propiciar a tutela inibitória e ter sua disposição técnicas processuais capazes de permitir a antecipação de tutela, mas obviamente respeitando o devido processo legal, sem o qual não teria o menor sentido.

O Supremo Tribunal Federal, órgão máximo da justiça brasileira, segue também essa linha de argumentação, de maneira ainda mais incisiva: a cláusula do devido processo legal exige um processo leal e pautado na boa-fé.

O princípio do devido processo legal, que lastreia todo o leque de garantias constitucionais voltadas para a efetividade dos processos jurisdicionais e

administrativos, assegura que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, além, representa uma exigência, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais.

Neste mesmo sentido o contraditório é a possibilidade de participações igualitárias das partes no procedimento, de tal forma que a sua inobservância tornaria o procedimento inquisitório, já que, iria retirar uma de suas bases democráticas, a liberdade jurídica de se manifestar, este é o entendimento de Rosemiro Pereira leal que diz também:

O princípio do contraditório é referente lógico-jurídico do processo constitucionalizado, traduzindo em seus conteúdos, pela dialeticidade necessária entre interlocutores que se postam e m defesa ou disputa de direitos alegados, podendo até mesmo, exercerem a liberdade de nada dizerem (silêncio), embora tendo o direito garantia de se manifestarem. (2006, p. 110).

Seguindo este entendimento, em uma síntese conclusiva do Direito de Ação, chega-se ao estabelecimento de que o respeito às normas jurídicas pré-estabelecidas, e a atribuição deferida ao judiciário, que tem o poder dever de aplicar o direito no caso concreto, levando-se em conta o devido processo legal e os princípios que norteiam a constituição do País, sem distinção de qualquer lesão ou ameaça a direito que o cidadão questione juto ao jurisdicionario, proporcionam e sintetizam o significado do Direito de Ação no Estado Democrático de Direito.

4. A Possibilidade Jurídica do Pedido como Condição da Ação.

A possibilidade jurídica do pedido é a análise de um pedido junto aos órgãos competentes, em tese, ser acolhido ou não.

Caso o pedido inicial for recebido, em tese o pedido é possível, caso o pedido não seja recebido ou acolhido pelo órgão jurisdicional, em tese o pedido é impossível ou não preenche os requisitos das condições da ação.

A possibilidade jurídica do pedido é a aptidão de um pedido, em tese, ser acolhido. Se, em tese, o pedido é possível, está preenchida esta primeira condição da ação.

A ação é usualmente definida como sendo o direito público subjetivo abstrato, exercido contra o Estado-juiz, visando à prestação da tutela jurisdicional (BARROSO, 2000, p. 27, grifos do autor).

No que se entende pela possibilidade jurídica do pedido, podemos dizer inicialmente segundo Barroso (2000, p.31), “é a ausência de vedação expressa em lei ao pedido formulado pelo autor em sua petição inicial”.

As condições da ação, já amplamente discorridas no presente trabalho tratam-se em síntese de um filtro de possibilidades para o ingresso de determinada demanda junto aos órgãos jurisdicional.

As condições da ação, criadas pela Teoria Geral do Processo, tem como pano de fundo o condão de estabelecer parâmetros ou filtros para a propositura da ação, à cognição judicial se estabelece após a análise dos requisitos, do interesse e legitimidade de agir e da possibilidade jurídica do pedido, a falta de qualquer um destes geraria a extinção do processo sem a resolução do mérito.

A possibilidade jurídica do pedido permeia na ideia de que o pedido tenha existência na ordem jurídica, e a falta deste geraria a não aceitação do pedido, considerado inviável.

Em um dado momento histórico, a compreensão que se estabelecia era de que a formulação do pedido dependia de viabilidade e de sua existência no mundo jurídico ou de matéria prevista em lei, sendo inadmissível a apreciação de pedido não previsto na legislação, juridicamente impossível, ou inútil para o jurisdicionário, o que poderia ser deflagrado ao final em uma sentença processual de carência da ação, extinguindo-se o processo sem julgamento de mérito, a famigerada condição da ação não estaria presente no caso em tela.

A problemática circundava pelas teorias e em teto acadêmico, eis que, sendo a decisão de mérito, desaguaria no provimento final, ensejando na coisa julgada material, sem a possibilidade de repositura da demanda “a repetição da demanda”; sendo a decisão de carência da ação admite-se sua propositura em um novo contexto.

Os estudiosos sobre o assunto entediam que a possibilidade jurídica do pedido tratava-se de interesse de agir, eis que seu condicionamento a exigências e condições da ação somente será adequado para a apreciação se respeitados, cabendo ao demandante adequação de seu pleito aos ditames destas exigências.

Neste contexto a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação se manifestava no mundo jurídico existente.

Para que o pedido orbita-se pela ordem jurídica deveria passa pelo filtro das condições da ação, não respeitado este ditame o pedido formulado não seria analisado pela ordem jurídica. Nas palavras de DINAMARCO, Cândido Rangel,

É notório que a possibilidade jurídica como condição da ação foi uma proposta muito bem sucedida de Liebman, formulada em famosa aula inaugural (Turim, 1949). Apesar das muitas dúvidas que a doutrina brasileira lançou sobre a pertinência dessa condição, o Código de Processo Civil a incluiu ao lado das outras duas (art. 267, inc. VI) – mas logo em seguida o autor da tese renunciou a ela e passou a incluir no requisito de interesse de agir os exemplos antes apontados como casos de impossibilidade jurídica. Como também é notório, Liebman o fez quando a lei italiana passou a admitir o divórcio, sendo este o exemplo mais expressivo de impossibilidade jurídica que vinha sendo utilizada em seus escritos, (2004, p. 302).

Neste sentido havia o entendimento de que o pedido como condição da ação estaria vinculado a sua validade, existência e utilidade na ordem jurídica, apresentados e respeitados as condições da ação, sofreria sua admissibilidade ou inadmissibilidade com conseqüente extinção do processo sem julgamento do mérito.

Enfim a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação permeava no juízo de admissibilidade e validade do pedido.

5. A Possibilidade Jurídica do Pedido como Matéria de Mérito.

Em uma síntese apertada da possibilidade jurídica do pedido reiteradamente explanada na narrativa com referencias as teorias já apresentadas, tem-se que as condições da ação estabeleceram regramentos para que o pedido seja realizado junto aos órgãos jurisdicionais.

Respeitadas as condições da ação, estarias diante da cognição judicial, o demandante e demandado, estariam sujeitos ao crivo jurisdicional após a análise e preenchimento das condições da ação, a possibilidade jurídica do pedido como matéria de mérito tem seu condão dotado na análise do pedido após sua admissibilidade ou inadmissibilidade, é o que vem sendo perpetuado pelas teorias do processo mencionadas na narrativa.

Mas, no posicionamento de Juliana Maria Matos Ferreira, “Embora Liebman tenha abandonado o entendimento acerca da possibilidade jurídica do pedido como uma das condições da ação, assim não o fez o Código de Processo Civil Brasileiro” (FERREIRA).

A autora demonstra que o entendimento discorrido pelos autores da época se denota do preenchimento das condições da ação, possibilidade jurídica do pedido, legitimidade para agir se insere entre as condições da ação, não se confundido segundo parte da doutrina, com o mérito. (FERREIRA).

No entendimento de Juliana Maria Matos Ferreira:

Verifica-se que o questionamento quanto à legitimidade perpassa pela sua declaração ou pela simples afirmação da parte autora, antes mesmo do encerramento de todas as fases procedimentais, podendo o direito ser reconhecido como extinto ou até mesmo inexistente. O direito de ação, tendo em vista a infinidade de teorias formuladas e dos sistemas jurídicos divergentes, na busca de respostas adequadas ao pensamento de cada época, vem sendo conceituado de maneiras distintas, por processualistas como Bulow, Chiovenda, Carnelutti, Liebman, Fazzalari, dentre outros. (FERREIRA).

A processualista infere que no posicionamento de Liebman, o direito de ação tem o condão do direito a um provimento de mérito, um direito autônomo, diferenciado da ação abstrata da ação processual, nos dizeres de Juliana Maria Matos Ferreira, seguindo o pensamento de Liebman:

È o direito de provocar o julgamento do pedido, sendo autônoma, independentemente de ser julgado procedente ou improcedente o pedido. só tem direito à tutela jurisdicional aquele que tem razão, não quem ostenta um direito inexistente. Mas a única maneira de assegurar a quem tem razão a possibilidade de impor seu reconhecimento em juízo consiste em permitir que todos tragam os seus pedidos aos tribunais, aos quais incumbirá a tarefa de examiná-los e de acolhê-los ou rejeitá-los, conforme sejam procedentes ou improcedentes. (LIEBMAN, 1985, pg 147).

A construção desenvolvida pela processualista tinha como objetivo se colocar em posição intermediária entre a Teoria Concreta e a Teoria Abstrata, incluindo dessa forma determinados “requisitos”, que, caso não atendidos, inviabilizariam a análise do mérito, eis a Teoria Eclética. (FERREIRA).

Lembramos que as condições da ação, previstas no inciso VI do art. 267 do Código de Processo Civil de 1973, trata-se de um respeito à demanda jurídica entre demandante, demandado e o pedido, na que tange à ação e se posiciona numa zona intermediária entre as questões de admissibilidade e as de mérito.

Sob o prisma do artigo 267 do Código de Processo Civil as condições da ação, segundo alguns doutrinadores, poderiam ser vistas como prejudiciais de mérito, pois, se ausentes, inviabilizariam a análise do mérito. (FERREIRA).

Considerações a respeito do mérito o processual Fabrício Veiga Costa, reflete sobre o assunto dando significado a palavra acesso à justiça e diz:

Acesso à justiça tem caráter polissêmico, relativo e conotação decorrente de uma concepção autoritária de processo, em que no julgador é legitimado a decidir solitariamente e também a apreciar o mérito processual a partir de análises jurídicas e metajurídicas da demanda levada pelas partes ao judiciário. (COSTA, 2012, p.74).

Na compreensão e análise sobre o mérito processual por Fabricio Veiga Costa, o direito de ação, o mérito processual e o acesso à justiça estão interligados ao Estado Democrático de Direito estabelecidos pela regra Constitucional existente, sendo o mais adequado e compatível para o direito de ação. (COSTA, 2012, p.74).

No mesmo entendimento e posicionamento adotado por Fabricio Veiga Costa, que estabelece um paralelo entre o direito de ação e o Estado Democrático de Direito regado pela Constituição do Estado, não podemos afastar que a possibilidade jurídica do pedido tem seus contornos voltados ao direito assegurado às partes de terem suas demandas analisadas pelo judiciário.

É necessário esclarecer inicialmente que o acesso ao judiciário, conforme previsão expressa do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Brasileira de 1988, (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional), consiste no direito de as partes juridicamente interessadas participarem de forma direta da construção do mérito da demanda. O acesso ao Judiciário no Estado Democrático de Direito materializa-se pela implementação do debate da pretensão, pelas partes, no espaço processual, e por poder constituir efetivamente o mérito. (COSTA, 2012. p.76)

Diante deste posicionamento e da análise geral do Estado Democrático de Direito pré-estabelecido pela ordem constitucional pauta-se a análise da exposição da problemática no novo Código de Processo Civil, sendo assim estaremos diante

da retirada do posicionamento de a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação.

A categoria possibilidade jurídica do pedido, foi retirada do novo CPC, a ausência caracterizada e evidenciada no novo diploma, reforça um entendimento unânime, segundo o qual a possibilidade jurídica do pedido não seria decisão de inadmissibilidade, mas sim de mérito.

Ao adentrarmos pela sistemática do novo Código em seu art. 17, a matéria extingue a possibilidade jurídica do pedido e manifesta-se tão somente na legitimidade e no interesse de agir: “art.17, Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”.

Ao aludir à extinção do processo sem resolução do mérito, refere-se à ausência de legitimidade e de interesse processual, não mencionando mais a falta de possibilidade jurídica do pedido.

No mesmo sentido, o art. 485 do novo CPC, no quesito indeferimento da petição inicial, não mais indica a possibilidade jurídica do pedido, tal como o fazia o inciso III do parágrafo único do art. 295 do CPC 1973.

Em resumida conclusão, a possibilidade jurídica do pedido não seria mais uma condição da ação. Se o pedido for juridicamente impossível, deverá o juiz proferir sentença de improcedência, e não de carência de ação.

O Código de Processo Civil, não mais contempla as condições da ação e passa a tão somente a analisarem a legitimidade e o interesse de agir que se consagram como os pressupostos processuais de validade objetiva ou relativa.

O juízo de admissibilidade estará condicionado ao interesse e legitimidade de agir, a falta de um dos pressupostos condiciona o processo ao crivo da inadmissibilidade da ação.

O art. 485 do novo diploma legal determina que a falta de um dos pressupostos processuais a legitimidade ou interesse de agir, leva a extinção do processo sem resolução do mérito, com a carência da ação.

A possibilidade jurídica do pedido, por sua vez, passou a ser considerada questão de mérito.

Apresentado peido manifestamente impossível ou inadmissível para o crivo judicial, não mais estaríamos diante de carência da ação e sim de uma verdadeira improcedência do pedido, resolvendo-se, assim, o mérito, ó que também diz o art.

487 do diploma legal que julga o mérito da demanda quando: “Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: I - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção;”.

A conclusão extraída da sistemática do Novo Código de Processo Civil enaltece a retirada do diploma legal da possibilidade jurídica do pedido, e vem de encontro ao novo posicionamento adotado de que a possibilidade jurídica do pedido não mais sem encaixe como condição da ação ou pressuposto processual.

De uma síntese processual a possibilidade jurídica do pedido tinha também como preceito está relacionado à matéria de mérito eis que condicionada as condições da ação e o juízo de admissibilidade do pedido para o provimento da demanda.

O julgamento do pedido ou análise de sua admissibilidade, sendo o pedido impossível ou fora da orbita jurisdicional, estaremos diante de uma decisão de mérito da demanda a possibilidade jurídica do pedido tem característica de mérito se determinado em seu provimento final.

6. Teoria da Asserção ou Prospectação.

É matéria a ser determinada e conhecida ex-officio pelo juiz da demanda as condições da ação, eis que o preconizava o art. 267, § 3º, do Código de Processo Civil de 1973, a qualquer tempo e grau de jurisdição.

Sendo de conhecimento geral discorrido na narrativa a falta de qualquer condição da ação levava a extinção do processo sem resolução do mérito, mas propicia a repositura da demanda nos termos do art. 268 do mesmo diploma legal.

Pouco importa em que grau de jurisdição, a extinção do processo poderá ser alegada em qualquer etapa judicante eis que presentes a falta de uma das condições da ação.

Tendo em conta a possibilidade de inutilidade da persecução jurídica para se determinar em momento posterior a propositura da demanda a extinção do feito e o tempo dispendido é que se manifesta a doutrina e a jurisprudência, neste sentido é oportuno citar as lições de Marinoni:

Não há lógica e utilidade em admitir uma sentença de extinção do processo sem julgamento do mérito ao final do processo, quando o juiz pode reconhecer que o autor não é o titular do direito material (legitimidade para a causa?) ou que o autor não pode exigir o pagamento de uma dívida por ela não estar vencida (ausência de interesse de agir?). Se a ação se desenvolve até a última fase do processo, chega-se a um momento em que o juiz está apto para reconhecer a existência ou a inexistência do direito material ou para julgar o mérito ou o pedido, de modo que não há racionalidade em sustentar que a sentença, nessa ocasião, pode simplesmente extinguir o processo sem julgamento do mérito. (2007, p. 185).

A teoria da asserção pauta-se neste entendimento, de que as condições da ação não são mecanismos idôneos para se determinar a cognição judicante. Assim ensina Fredie Didier Jr. (2010, p. 202):

A falta de uma dessas condições, reconhecida liminarmente ou após instrução, deveria dar ensejo, sempre, a uma decisão de mérito. A falta de condição da ação, nesses casos, mesmo que constatada com mais facilidade, a partir da “asserção”, é caso de improcedência manifesta. A improcedência é tão clara, que dispensa, inclusive, a produção de provas para a sua demonstração. A cognição é, aqui, exauriente. A decisão tem de ser mérito e definitiva.

Adotada pelo STJ, na forma de mérito a TEORIA DA ASSERÇÃO, se faz pela análise da cognição, exauridos os meios probatórios. Para o STJ, que adota a teoria da asserção, e discorda do posicionamento adotado pelo CPC de 1973, que adotaram a teoria eclética, em que as condições da ação não se confundem com o mérito, e sim, se analisados a cognição, estaríamos diante da análise do mérito da demanda.

A teoria adotada pelo CPC de 73 preceitua que o direito de ação esteja condicionado o estabelecimento e preenchimentos dos requisitos básicos para a propositura, independente do direito material.

A sistemática do CPC de 2015, não considera a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação e sim matéria de mérito, acarretando na improcedência do pedido.

Para essa teoria, adotada pelo novo CPC, as condições da ação não se confundem com o mérito e, quando ausentes, geram uma sentença terminativa de carência de ação (art. 485, VI, Novo CPC) sem a formação de coisa julgada material. Assim pronuncia-se o informativo 0488 do STJ:

Pela teoria da asserção, a verificação das condições da ação é realizada com base nos fatos narrados na inicial. In casu, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios contratuais é pedido juridicamente possível. Da mesma forma, o outorgante que se beneficiou dos serviços advocatícios é parte legítima passiva para a ação condenatória. Dessarte, por se tratar de uma discussão de mérito e não de questões afetas à condição da ação (art. 267, § 3º, do CPC), a matéria está sujeita à preclusão. Assim, a Turma negou provimento ao recurso. Precedentes citados: REsp 1.138.190-RJ, DJe 27/4/2011; REsp 1.052.680-RS, DJe 6/10/2011; REsp 753.512-RJ, DJe 10/8/2010, e MC 18.318-RJ, DJe 2/9/2011. REsp 595.188-RS, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 22/11/2011.

A teoria da asserção é o Direito ao Julgamento com Resolução de Mérito, entende-se que se analisada as condições da ação após o contraditório e alegações dos réus, estaremos diante da análise de mérito e não simplesmente carência da ação, com extinção do processo sem resolução do mérito e repropositura da demanda.

Todo cidadão tem direito de ação, mas isso não significa que todos têm direito a um resultado favorável.

O art.5º, inciso XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil, estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, assim temos a garantia de forma clara e inequívoca da consagração da tutela jurisdicional efetiva.

A teoria da asserção vem de encontro a este posicionamento, que na visão do art. 276, VI do CPC de 1973, haverá extinção do processo sem resolução do mérito na falta de qualquer condição da ação.

A aplicabilidade irrestrita desta determinação é o ponto de referencia da teoria, que se dispõe a mitigar este entendimento buscando minimizar a aplicação irrestrita desta regra.

Para a teoria da asserção o juiz deve analisar todas as afirmações do autor na inicial, sendo verdadeiras as afirmações passasse a análise do mérito, dispensando-se as condições da ação, posteriormente com o contraditório verificado à falta das condições da ação estaríamos diante do juízo de mérito da demanda, gerando a improcedência do pedido e não a carência da ação, fazendo coisa julgada material.

6. Conclusão.

Sob todo o contexto já mencionado e discorrido no presente trabalho o direito de ação, as condições da ação, a possibilidade jurídica do pedido como matéria de mérito ou como condição da ação, não seriam questões de mérito, nem seriam propriamente questões de admissibilidade; seriam, simplesmente, questões relacionadas à ação.

O filtro estabelecido para que o demandante tenha o direito de ação criado pela teoria geral do processo, foi sistematicamente combatida pelo projeto do Novo CPC, com a retirada da possibilidade jurídica do pedido no art. 7 do CPC, a abrangência para a propositura de uma determinada demanda se amplia.

No mesmo sentido, o art. 485 do novo CPC, no quesito indeferimento da petição inicial, não mais indica a possibilidade jurídica do pedido, tal como o fazia o inciso III do parágrafo único do art. 295 do CPC 1973.

Em resumida conclusão, a possibilidade jurídica do pedido não seria mais uma condição da ação. Se o pedido for juridicamente impossível, deverá o juiz proferir sentença de improcedência, e não de carência de ação.

O Código de Processo Civil, não mais contempla as condições da ação e passa a tão somente a analisarem a legitimidade e o interesse de agir que se consagram como os pressupostos processuais de validade objetiva ou relativa.

O gargalo anteriormente criado pelo sistema do CPC de 1973, com a inserção das condições da ação que dizem respeito à possibilidade jurídica do pedido, ao interesse de agir e à legitimidade das partes ou qualidade para agir, que são as condições mínimas para que se possa provocar a função jurisdicional, teve sua operacionalidade extremamente combatida, no quesito possibilidade jurídica do pedido.

Com a aplicabilidade da teoria da asserção pelo judiciário, o rol restrito das condições da ação se altera e enaltece a garantia do direito de petição, fundamentado pelo Constituição reforçando o direito de ação no Estado Democrático de Direito.

A historicidade das teorias vinha galgando em proposições que demandavam a análise do mérito ou do juízo de admissibilidade, o pedido como condição da ação permeava-se na ideia de que a existência na ordem jurídica, e a falta deste gerariam a não aceitação do pedido, considerado inviável,

desembocando na extinção do processo sem resolução do mérito ou carência da ação.

Neste dado momento histórico, a validade, viabilidade e existência do pedido no mundo jurídico, sendo previsível na legislação e admissível juridicamente, teriam os demandantes seu pleito analisado, com o julgamento do mérito, não preenchendo as condições da ação teriam a extinção do processo sem resolução do mérito, era inevitável, e autorizava a reproporsitura da demanda caso o demandante venha a satisfazer a falta necessária para a propositura da demanda.

Sob o outro ponto de vista e mais apropriado, a possibilidade do pedido como matéria de mérito se amolda a teoria da asserção, e contribui para o Estado Democrático de Direito estabelecido pela Constituição.

Com o direito ao livre acesso o judiciário, levando-se em conta o devido processo legal e os princípios que norteiam a constituição do País, sem distinção de qualquer lesão ou ameaça a direito que o cidadão questione juto ao jurisdicionario, proporcionam e sintetizam o significado, do direito de ação no Estado de Direito.

A sistemática do novo Código de Processo Civil, não só fortalece o posicionamento adotado pelo STJ e dos demais tribunais, mas amplia o direito de ação, a possibilidade jurídica do pedido como matéria de mérito já, em sua historicidade perambulava neste sentido.

Consagra-se o então o entendimento, praticamente unânime, de que a impossibilidade jurídica do pedido é causa de decisão de mérito e não de inadmissibilidade.

7. Referência

BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. *Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 3a. ed.rev. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105-16 MARÇO 2015. Ed.lider: 2015. Belo Horizonte/MG.

BRASIL. *Projeto de Lei 8.040/2010*. Disponível:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831805&filenome=PL+8046/2010. Acesso em 07 out. 2016. BRASIL. *Código Civil* (1916).

Disponível:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso: 07 out. 2016.

BRASIL. *Código Civil* (2002). 14 ed. atual. e ampl. São Paulo: Rideel, 2012.

BRASIL. *Código de processo civil*. 14 ed. atual. e ampl. São Paulo: Rideel, 2012.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 14 ed. atual. e ampl. São Paulo: Rideel, 2012.

BRASIL. *Lei de introdução às normas de direito brasileiro*. 14 ed. atual. e ampl. São Paulo: Rideel, 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:
http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=teoria+da+assercao+ Acesso em: 06 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>+ Acesso em: 07 out. 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas Câmara. Será o fim da categoria condições da ação?: uma resposta a Fredie Didier Junior. *Revista de Processo*. Coordenação: Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CHAVES, Charley Teixeira. *Ministério Público como instituição permanente popular: os sujeitos processuais no direito democrático*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

COSTA, Fabrício Veiga. *Mérito processual: a formação participada nas ações coletivas*. Belo Horizonte: Arraes, 2012

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 12 ed. Salvador: JusPodvim, 2010. DIDIER JR., Fredie. *Editorial*. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-45/>. Acessado em: 04 out. 2016. DIDIER JR., Fredie. *Condições da ação e o projeto de novo CPC*. Disponível em:
<http://www.frediedidier.com.br/artigos/condicoes-da-acao-e-o-projeto-de-novo-cpc/> Acessado em 05 out. 2016.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I, ed. 11. Ed. Juspodivm. Salvador: 2009, p. 199.

DIDIER JR., Fredie. *Será o fim da categoria condições da ação?: um elogio ao projeto do novo código de processo civil*. *Revista de Processo*. Coordenação: Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

EMERJ. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. *Teoria da Asserção e o Direito ao Julgamento com Resolução de Mérito*. Disponível em:

http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_proces_sual_civil/edicoes/n1_2013/pdf/SimoneSilveiraPecanhaMattos.pdf. Acesso em: 07 out. 2016.

FAZZALARI, Elio. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957.

FABIANO, Alexandre Guilherme. *Visão sobre a definição do Estado Democrático e jurisdição e devido processo legal à luz da CF*. Disponível em:

<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5691/Estado-democratico-de-Direito-jurisdicao-e-devido-processo-legal>. Acessado em: 05 out. 2016.

FERREIRA, Julia Maria Matos. *INTERPRETAÇÃO DA LEGITIMAÇÃO SEGUNDO O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO*. Doutoranda em Direito Processual pela PUC Minas. Mestre em Direito Processual pela PUC/Minas. Especialista em Direito Processual pelo Instituto de Educação Continuada da PUC Minas. Professora da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Disponível em:

<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/download/1097/1102>. Acessado em: 11 out. 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Ed. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2006. Disponível em:

http://www.congressods.com.br/quarto/anais/GT03/02_GT_03.pdf. Acesso em 11 out. 2016.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

MOREIRA, Luiz. *A fundamentação do direito em Habermas*. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, prefácio da 2. ed. Disponível em:

http://www.congressods.com.br/quarto/anais/GT03/02_GT_03.pdf. Acesso em 11 out. 2016.

LIEBMAN, Enrico *Tullio*. *L'azione nella teoria del processo civile*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano: Giuffrè. Anno IV, 1950.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUMES, Dierle José Coelho. *A teoria da ação de Liebman e sua aplicação recente pelo Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13066/a-teoria-da-acao-de-liebman-e-sua-aplicacao-recente-pelo-superior-tribunal-de-justica>-Acessado em: 06 out. 2016.

Recebido em 18/01/2017.

Aprovado em 25/03/2017.