

PROCESSO TRABALHISTA E TÉCNICA JUDICANTE

João Oreste Dalazen^()*

1. Da importância da técnica judicante

Sob o título em foco pretendo ocupar-me aqui da importância da técnica judicante no exercício da função jurisdicional trabalhista

A abordagem do tema em apreço fruto de uma antiga e permanente inquietação intelectual minha resulta do convencimento de que frequentemente as decisões judiciais não são primorosas do ponto de vista **técnico** e isto não raro compromete a distribuição de Justiça a que todos aspiramos

Está claro que o principal e fundamental atributo de uma sentença é **ser justa**, nos limites das possibilidades humanas o que significa, no mínimo **levar a paz entre os homens**.

O compromisso com a **Justiça** e o primeiro e indefectível dever de todo Juiz digno do nome

E **para se alcançar** uma sentença justa, nunca é ocioso lembrar é indispensável que o Juiz afaste-se do **mero raciocínio lógico-dedutivo**, do singelo silogismo e compreenda que a atividade judicante **tem que ser efetiva e essencialmente valorativa**.

Deve desdobrar-se em uma série de juízos de valor

O juiz **não** deve ser um **aplicador mecânico e autômato de normas jurídicas**, um **servo da legalidade** e ignorante da vida. na base do superado "dura lex sed lex" deve **estimar** os resultados concretos que da incidência da norma advêm e **estimar os valores** tutelados pela norma

^(*) Ministro Togado do Tribunal Superior do Trabalho e Professor de Direito e Processo do Trabalho da UNB

Como ensinou **COUTURE** a sentença, originalmente, "é algo que foi **sentido** e daí o seu nome **sentença**". A sentença forma-se pelo "sentir do Juiz"

Esse "sentir do Juiz" de que resulta a sentença, no caso do Juiz do Trabalho mais ainda se faz necessário especialmente o Juiz do Trabalho, deve ter a **sensibilidade** aguçada em virtude dos princípios e da natureza especial do Direito do Trabalho que lhe cabe aplicar deve lembrar sempre que lhe cumpre aplicar o **Direito do Trabalho**, com todos os princípios básicos que o informam e não o Direito do Capital

Não é demais recordar que toda norma comporta uma **pluralidade de significados** ou de possibilidades interpretativas

É um comando geral e abstrato e, no momento em que se aplica, converte-se num comando individualizado e concreto. Essa conversão exige do juiz uma escolha **voluntária e valorativa** e não mecânica

Vale dizer proferir sentença justa **não** é apenas uma questão de **lógica pura** mas de formulação de juízos de valor

Entretanto, a **justiça** da decisão é um tema insolúvel da filosofia do direito sobre o qual não pretendo centrar minha abordagem? Afinal, o que é a Justiça, como valor? Ninguém conseguiu decifrá-la e conceituá-la satisfatoriamente de um ângulo substancial. Permanece até hoje um enigma um mistério

Irei deter-me em alguns aspectos da técnica processual **judicante** ou da **arte de julgar**, aspectos esses comumente desprezados ou relegados ao obívio por alguns Juizes

Desafortunadamente constata-se que está em voga hoje um certo despreço pela **técnica judicante** como se pudesse empecer ou constituir um óbice intransponível a realização da Justiça

É um ledó engano. A **técnica**, entendida como "todo conjunto de regras aptas a dirigir eficazmente uma atividade qualquer"⁽¹⁾, e um

⁽¹⁾ *IBBIGNINO Nicola Dictionario de Filosofia São Paulo Ed Mestre Jou, 2ª ed, 1982 p 905*

instrumento útil e a serviço da consecução do fim a que deve tender qualquer processo e a própria atividade judicante a distribuição de Justiça

Sem dúvida a técnica se manejada pelo Juiz com parcimônia pode emprestar um elevado contributo a que se alcance esse desiderato **aplainando** o caminho de outorga de uma prestação jurisdicional **justa**.

Não é difícil perceber quão nefasta e deletéria mostra-se para os jurisdicionados e para o Estado muitas vezes a infeliz resolução de uma questão processual pelo Juiz. Suponha-se um erro perpetrado pelo Juiz no tocante a **competência territorial**: por exemplo uma JCJ de Curitiba inadvertidamente acolhe exceção de incompetência territorial e declina da competência para instruir e julgar a causa em favor de uma JCJ distante no outro extremo do País (JCJ de Belem)

Salta a vista que se não se ensejar recurso ordinário pronto e imediato contra essa decisão para o 9º Regional (fincando-se de certo modo uma **cunha** no sistema fechado de recorribilidade em tal circunstância CLT art 799 § 2º) o empregado demandante poderá sofrer um **dano irreparável** que implique **autêntica denegação de justiça**. Evidentemente a seguir-se uma interpretação ortodoxa da CLT (art 893 § 1º) isso o obrigaria a dirigir-se a capital do PARÁ a milhares de quilômetros de distância ali prestar depoimento produzir prova referente ao mérito e depois recorrer da decisão final junto ao TRT da 8ª Reg insistindo na arguição de incompetência quando então dar-se-ia o reexame da decisão da JCJ de Curitiba que julgou a exceção com virtual provimento ao recurso e anulação de todo o processo

Penso que esse exemplo entre tantos que se poderiam aqui lembrar é **emblemático** de como a má solução de uma questão processual pode comprometer até irremediavelmente o escopo de Justiça. Notório que uma decisão equivocada desse jaez produz no mínimo um seqüito de despesas processuais inúteis e delongas injustificáveis que afetam os jurisdicionados e abalam o prestígio da Justiça do Trabalho

Por conseguinte é imperioso partir-se da premissa de que as ideias de “técnica” e de “justiça” não se excluem reciprocamente complementam-se¹

¹ *Ensina a propósito o prof. José Carlos Barbosa Moreira: “Não cabe supor assim que para corresponder às expectativas da sociedade tenha a Justiça de*

Naturalmente não me anima aqui o propósito de promover a apologia de **filigranas** técnico-processuais senão o de ressaltar aspectos técnicos relevantes sem descuidar sempre que têm um caráter instrumental

O ideal como em tudo o que é virtuoso parece residir num ponto de equilíbrio em que não se supervalorize a técnica mas nem a técnica seja subestimada

Ou na precisa lição de BARBOSA MOREIRA

“O **tecnicismo exagerado**, aprendemos a custa de muitos erros. esteriliza o Direito o desprezo da técnica o reduz a uma caricatura barata Tolerar que o Direito seja tratado atecnicamente e abrir a porta ao diletantismo frívolo quando não ao mais desbragado charlatanismo”⁽³⁾

Tecidas essas considerações introdutórias passemos as nossas reflexões pertinentes a técnica judicante

2. Qualidades essenciais da sentença. Linguagem.

Costumo dizer que as qualidades essenciais de uma sentença são um trinômio que começa com **C: clara, completa e convincente**. Mas o fio condutor para o atendimento dessas qualidades repousa na **linguagem** mormente a linguagem jurídica que se exprime sempre através da **palavra**, mormente a **palavra escrita**.

Nem sempre nos damos conta do valor da palavra no processo e para o processo CARNELUTTI depois de acentuar que o processo é mecanismo feito de palavras escreveu

*prescindir da técnica ou de relega-la a plano secundario Bem ao revers o que se ha de querer e que ela a trabalhe melhor Sem arvore-la em fim e certo sem sacrificar-lhe tudo sem perder de vista a sua subordinação a valores mais altos mas prestigiando com uma utilização cuidadosa e inteligente o papel indispensavel que ela e chamada a desempenhar na economia do processo **Temas de Direito Processual**. A Justiça no limiar de novo seculo 5ª serie São Paulo Saraiva 1994 p 27*

⁽³⁾ Ob Cit p 27

“Não há talvez, outro aspecto da vida, no qual e para o qual a palavra tenha tanta importância. Não se exagera afirmando que **em grande parte o problema do processo é o problema da palavra**”⁽⁴⁾

De fato, é através da palavra na condução do processo, notadamente a palavra escrita consubstanciada em decisão que o Juiz expõe a sua personalidade a sua cultura a sua sensibilidade e por que não o dizer, a sua habilidade a sua filosofia e a sua ideologia

É através dessa palavra escrita retratada na sentença que se exteriorizará o “sentir do Juiz”. É essa palavra escrita que será lida pelas partes pelos advogados e pela comunidade universitária quando não for veiculada nos meios de comunicação de massa. E enfim, o que se legará aos pósteros nos arquivos públicos

Conforme ensina o brocardo latino, “*verba volant, scripta manent*”! Assim o que se escreve em sentença, bem ou mal, permanece duradouramente ou depondo contra a imagem do Juiz, ou enaltecendo-lhe a atuação profissional

A meu juízo, portanto, a técnica judicante exprime-se, **em primeiro lugar, no esmero de vocabulário** em especial o vocabulário jurídico

Toda questão terminológica importa uma questão conceitual

Daí porque é imperioso que a decisão do Juiz seja sempre vazada não apenas em linguagem escorreita do ponto de vista do vernáculo, mas também em vocabulário científico (jurídico!) de significado preciso e não ambíguo

E o que se vê hoje, não raro no processo trabalhista? Vê-se uma acentuada **leniência** com o apuro terminológico em detrimento da clareza da economia e da celeridade processuais

Eis alguns **exemplos de deslizes terminológicos inadmissíveis:**

⁽⁴⁾ *CARNEIUTTI Francesco Diritto e Processo Napoli Morano Editore 1958, nº 55 p 96*

1º) é comum julgar-se **procedente “a ação”**, ao invés de **procedente o pedido**. a locução “**procedência ou improcedência da ação**” encerra um grave vício incompatível com o conceito de ação como **direito autônomo e abstrato em relação ao direito material cujo reconhecimento se postula**; se o direito de ação **não** depende da existência do direito material pleiteado ou de assistir razão ao autor. **não** pode o juiz, no julgamento de mérito. dizer que a “**ação**” foi **improcedente** tanto tinha a parte o **direito de ação** que conseguiu até uma sentença de mérito!

2º) não raro se baralham os vocábulos **lanço e lance**, embora para tal concorra a própria CLT. que, ao revés do CPC, alude impropriamente à “**venda**” dos bens em hasta pública pelo maior “**lance**” (art 888, § 1º e 2º) tecnicamente porém **lanço** é o arremesso ou oferta de preço em hasta pública **lance** significa fato acontecimento, situação, assim, lance de olhos olhadela.

3º) igualmente é patente a inadequação da locução “**recurso de ofício**”. ainda tão usual em virtude do teor literal do Decreto-lei 779/69 (o CPC não comete esse grave deslize terminológico), há também aí uma gritante inadequação entre a locução e a ideia que se quer transmitir. é óbvio que o impropriamente denominado “**recurso de ofício**” **não é recurso**, porque a ninguém acode a ideia de que o Juiz pretenda impugnar a sua própria sentença manifestando-se irresignado com ela e postulando do Tribunal a reforma ou substituição por outra. ademais, se recurso fosse, então logicamente se deveria admitir a possibilidade de **reforma para agravar** a condenação da Fazenda Pública o que é inconcebível nesse instituto, dada a finalidade que o inspira, ora, se assim é se não é recurso, se não cumpre nem de longe o papel de recurso por que persistir aludindo a “**recurso de ofício**”?, mais técnico sentença submetida ao “**reexame necessário do duplo grau de jurisdição**” (CPC, art 475).

4º) outra locução errônea e superada é “**conflito de jurisdição**”. embora também conte com o respaldo da CLT e de outras leis antigas. (CLT arts 803, 804, 808, LOMAN, art 101, § 3º, b), o equívoco aí está em que a locução nega o princípio da **unidade** de jurisdição, pressupondo “**pluralidade de jurisdições no seio do mesmo Estado soberano**”. expressão correta, usada pelo CPC (arts 115-123) **conflito de competência**.

5º) baralham-se comumente também os vocábulos **jornada e horário**; **jornada** é a **duração** diária do labor do empregado é a **quantidade**

de trabalho diária ou semanal a que por força de lei do contrato ou de norma coletiva o empregado obriga-se a prestar ao empregador horário e, na lição de JOSE MARTINS CATHARINO a “a distribuição determinada da quantidade de trabalho no tempo”.

6º) também sobremodo inadequada e não recomendável a locução “**pedido de demissão**” a despeito de a CLT aludir a ela (art 477, § 1º) nos contratos por tempo indeterminado a rescisão unilateral pelo empregador denomina-se **despedida** e a rescisão pelo empregado denomina-se **demissão** (e não “pedido de demissão”) a rescisão tem natureza jurídica de direito potestativo receptício e constitutivo⁽¹⁾ .significa que basta a declaração de vontade comunicada ao outro sujeito do contrato para produzir automaticamente a extinção da relação de emprego. **independentemente de aceitação**; tanto isso é exato que comunicada a rescisão e concedido aviso prévio se a parte notificante reconsiderar o ato antes de seu termo a outra parte é “**facultado**” aceitar ou não a reconsideração (CLT art 489) portanto o empregado **não pede**: rescinde livremente o contrato tal como o empregador

7º) avulta ainda uma breve abordagem do vocabulo “**incabível**” em sede de **ação rescisória**, para demonstrar que entre nos. o descaso para com o rigor terminológico não raro vem dos próprios Tribunais Superiores provocando uma caudal de atos processuais desnecessários e perfeitamente evitáveis

O E Supremo Tribunal Federal (Sumula 343) e o Tribunal Superior do Trabalho (Sumula 83) sedimentaram jurisprudência no sentido de que o “**incabível**” a ação rescisória se a decisão rescindenda baseou-se em texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais. Por conta disso há muito Relator indeferindo liminarmente a petição inicial de ação rescisória. “por impossibilidade jurídica do pedido” quando não é o próprio Regional que a julga “**incabível**”, extinguindo o processo **sem exame do mérito**

Sucedo que a despeito da gritante impropriedade terminológica do vocabulo “**incabível**” **não** se tem em mira no caso a **ausência alguma condição da ação**, ou de pressuposto processual de modo a justificar-se tal solução mas o próprio **mérito** da pretensão rescisória fundada no inc V do

⁽¹⁾ LAMARCA *Antomo Manual da Justa Causa São Paulo Ed Rev dos Tribunais 1977 p 203*

art 485 do CPC Patente que se equaciona o **mérito** da rescisória quando se afirma que **não** há violação literal de dispositivo de lei se a interpretação da norma recebe pronunciamentos dispares nos Tribunais Com efeito o que se examina aí é o **próprio pedido** de desconstituição do julgado sob o enfoque da procedência ou não da ocorrência efetiva de violação literal a lei ou não

A não se entender assim criar-se-ia uma situação no mínimo insolita e esdrúxula a consequente extinção do processo **sem** julgamento do mérito (ou como se não houvesse) a teor do art 267 CPC ensejaria ao autor o direito de **renovar** tantas vezes quantas quisesse o mesmo pedido de rescisão sem modifica-lo numa letra sequer

Logo a decisão que se guiar a risca pelas apontadas sumulas julgando "incabível" a rescisória e extinguindo o processo incorre em **error in procedendo**, tornando-se passível de **anulação** por Corte superior para determinar o processamento da ação

Muitas outras expressões improprietas poderiam ainda ser aqui referidas "funcionario" instância "notificação", reclamação "contra" fulano "arquivamento de processo", "verba honoraria", "verba fundiaria", confusão entre foro e forum entre processo incidente e incidente do processo etc

3. Questões técnico-processuais: três categorias

Mais importante se afigura todavia uma abordagem de questões técnico-processuais que comumente têm originado decisões inadequadas quando não funestas para a consecução do sempre presente escopo de distribuição de Justiça

Neste passo impende recordar que na fundamentação o juiz examina ou pode examinar sucessivamente **três categorias fundamentais** de institutos para julgar o processo **pressupostos processuais, condições da ação e o mérito da causa.**

O exame dessas **três categorias** é feito de forma **prejudicial** uma em relação as outras e em três estagios sucessivos

Evidentemente pressupostos processuais e condições da ação são apreciados como **questões preliminares**, inclusive de ofício (CPC arts 267 § 3º e 301 § 4º)

Vamos enfrentar alguns dos tormentosos problemas que se manifestam nesta área maxime nas condições da ação

A **primeira categoria** cujo exame se faz indispensável em qualquer sentença são os **pressupostos processuais**: trata-se de requisitos legais indispensáveis a constituição válida da relação processual tais como a capacidade das partes a originalidade da demanda (inexistência de litispendência ou de coisa julgada) imparcialidade do juiz (inexistência de impedimento ou de suspeição) competência regularidade formal da petição inicial etc

Antes de tudo num primeiro estágio toca ao Juiz perquirir a presença dos **pressupostos processuais**.

Segundo LIEBMAN **primeiro de tudo** averigua-se a regularidade formal da petição inicial depois a **competência e os demais pressupostos, sucessivamente**. Ao meu ver porém impõe-se o inverso primeiro examina-se a **competência** e depois a regularidade da petição inicial Por quê? Porque como assentado na doutrina alemã o juízo incompetente somente tem competência para proclamar a própria incompetência Robuste essa convicção o CPC art 113 § 2º pelo qual declarada a incompetência absoluta são nulos os atos decisórios Se assim e o Juízo virtualmente incompetente não pode decidir de forma válida acerca da regularidade formal da petição inicial

De todo modo se se concluir pela ausência de um pressuposto processual **salvo incompetência** (CPC art 113 § 2º) a solução que está na lei e a **extinção do processo**, sem lhe apreciar o mérito (CPC art 267 inc IV)

3.1 “Não conhecer”

No entanto observa-se não raro o vício de alguns Juizes consistente pura e simplesmente em se declarar que **“não se conhece”** de determinada ação ou pedido ao fundamento de que falta este ou aquele pressuposto processual O mais comum e a decisão que conclui assim não

conheço” de embargos à execução. ou “não conheço” de embargos de terceiro. às vezes mais grave ainda. ate por suposta “deserção”

Há aí igualmente uma sucessão de seriíssimos erros técnicos

O **primeiro** resulta de uma má compreensão da natureza jurídica **polissêmica** do vocábulo “**embargos**”.

Alguns Juízes ainda não se deram conta de que o **vocábulo “embargos”**, em Direito. ora tem natureza de **ação** --- caso dos embargos de terceiro embargos à execução. embargos à arrematação --- ora ostenta natureza de **recurso** (embargos declaratórios. embargos infringentes. “embargos” para SDI. no TST). ora um meio de **defesa** (“embargos monitórios” constituem típico meio de defesa. pelo qual o suposto devedor opõe-se. formal e/ou materialmente. seja ao exercício da ação monitória. seja à cobrança do crédito em si mesma. enfim. os “embargos monitórios” são o mecanismo de defesa pelo qual o apontado devedor **pode resistir** à ordem de pagamento ou de entrega de bem que lhe foi endereçada. questionando a legalidade e o mérito da decisão injuntiva. perante o próprio Juízo que a emitiu)

O **segundo** equívoco reside em que --- e nenhum esforço é preciso para o evidenciar! --- na técnica do direito brasileiro “**não conhecer**” é uma locução reservada **unicamente** ao juízo **negativo** de admissibilidade de um **recurso**.

Daí que se segue que **jamais** se pode “não conhecer” de uma **ação** que. inclusive. já originou um processo Se for o caso. é de extinguir-se o processo sem exame do mérito Até porque “não conhecer” de uma **ação** **significa o quê?** Uma decisão teratológica dessa natureza. a propósito de uma **ação**. acarreta uma gama enorme de perplexidades e dúvidas produz apenas coisa julgada formal e. portanto. é passível de repositura a respectiva **ação?** produz também coisa julgada **material e comporta rescisória?** O Tribunal. se entender que se equivocou o Juiz de primeiro grau. deve **anular a decisão ou reformá-la e substituí-la** (CPC art 512)'

4. Acolher preliminar e prosseguir o julgamento

Outra decisão que aberrava da técnica mais elementar é a consistente em **acolher preliminar e prosseguir o julgamento**, examinando

o mérito seguindo a fórmula clássica “ainda que assim não fosse ” Ora o acolhimento de preliminar necessariamente deve-se à ausência de um pressuposto processual ou de uma condição da ação Se assim é o processo não pode instaurar-se validamente a consequência inelutável está no art 267. do CPC E elementar que se fosse dado ao Juiz proceder **sempre e de forma incondicional** a um exame do mérito, inteiramente ociosa a existência legal de “preliminar”

Como diria o Conselheiro Acácio, “preliminar” existe para ser examinada “preliminarmente” e isto precisamente porque, se acolhida, não é viável, do ângulo jurídico, equacionar o mérito o processo não se formou validamente A não se compreender assim a “preliminar”, não careceria existir como tal

4.1 “Rejeitar-se” a petição inicial

Merece menção rápida igualmente a costumeira adoção do vocábulo genérico “**rejeita-se**” quando em boa técnica, **indefere-se** a petição inicial a qualquer título no todo ou em parte

O caso mais frequente é a adoção do “rejeita-se” porque ausente a causa de pedir relativa a um dos pedidos formulados pelo autor

Pergunto: produz coisa julgada material esse capítulo da sentença? O pedido pode ser renovado em outro processo se se decide “rejeita-se”?

De minha parte reputo absolutamente imprópria e atécnica essa forma de decidir porque o vocábulo rejeição é de aceção **ambígua**: tanto pode significar a não admissão da postulação ou **da demanda** fundada em motivo **eminente processual** (vide CPC, arts 739 e 737), ou a improcedência da postulação por razões de mérito (CPC art 269. I)

Eis porque **se recomenda**, no caso, em sintonia com a técnica da lei brasileira (CPC arts 295 I e 267. I) **indefere-se** a petição inicial, extinguindo-se o processo no particular sem exame do mérito

5. Condições da ação: possibilidade jurídica

Ate aqui tivemos os olhos fitos para aspectos atinentes a **primeira categoria** com que se vê a braços o Juiz ao sentenciar

Os problemas mais serios contudo repousam na **segunda categoria de institutos** com que se defronta o Juiz ao sentenciar as condições da ação

Ninguém ignora que o direito de ação é **autônomo e abstrato** em relação ao direito material afirmado ou invocado em juizo Vale dizer e reconhecido constitucionalmente o direito de ação (para COUTURE não seria senão um desdobramento do **direito de petição**) desvinculado e independente do reconhecimento da procedência ou não do direito subjetivo material alegado

O direito de ação contudo **não é incondicionado**, de mero acesso aos Tribunais ao contrario na sistemática da lei brasileira o exercício do direito de ação requer o atendimento de determinados requisitos indispensaveis a obtenção de uma sentença de merito Tais requisitos são as chamadas 'condições da ação' possibilidade jurídica legitimidade ativa e passiva 'ad causam' e interesse processual (CPC art 267 VI)

Portanto no enfoque desta questão processual a premissa objetiva e inelutavel de que se ha de partir e esta ao menos **no plano do direito positivo brasileiro**, as condições da ação constituem materia **ESTRANHA** ao mérito

Esta circunstância contudo **não impede** que se questione **de lege ferenda** e do ângulo doutrinário a diretriz abraçada pelo legislador brasileiro assim como **não impede** que se busque **relativizar ou flexibilizar** o tormentoso e atormentador conceito das condições da ação objetivando tornar menos graves os problemas a todo momento identificados nessa area

Vamos nos deter na **possibilidade jurídica**, sobre a qual se poderia afirmar parafraseando o dito de MANON ROLAND ao pe da guilhotina sobre a liberdade

Oh possibilidade jurídica quantos equívocos processuais graves se cometem em teu nome!

Um desses equívocos, muito em voga hoje no processo trabalhista, é o seguinte: a sentença, com fulcro no art. 37, inciso II, da Constituição Federal, entende “juridicamente impossível” o **pedido de vínculo empregatício com o Estado**, em razão de desrespeito à obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso para investidura em cargo público. Em decorrência, acolhendo preliminar argüida pelo Reclamado, julga extinto o processo, **sem lhe apreciar o mérito**.

Positivamente, uma decisão desse jaez (conquanto alicerçada em respeitável orientação doutrinária e jurisprudencial) não me causa e nem deve causar o menor entusiasmo, pois funda-se em um conceito superado de possibilidade jurídica e extrai uma conclusão tecnicamente insustentável.

Antes de mais nada, imperioso ressaltar que reina acentuada cizânia doutrinária acerca do **conceito** de “possibilidade jurídica”. Para a corrente majoritária da doutrina, inspirada em LIEBMAN, a possibilidade jurídica consiste na “admissibilidade, em abstrato, do pronunciamento pedido, segundo as normas vigentes no ordenamento jurídico nacional”. Ou seja: sob esta ótica, associa-se a possibilidade jurídica à viabilidade, em tese, de acolhimento da pretensão de direito material deduzida em juízo.⁽⁶⁾

Sucedo, todavia, que esse conceito é insatisfatório para exprimir uma condição da ação, como tal **dissociada** do mérito.

Em primeiro lugar, o conceito parte do suposto da **plenitude do ordenamento jurídico**, isto é, desconsidera a existência das chamadas lacunas da lei ou do direito. Naturalmente, para que seja viável, em tese, o pedido, há de estar explicitamente contemplado o direito subjetivo no ordenamento jurídico.

¹⁰⁾ Para outros, a possibilidade jurídica residiria na **inexistência de veto** no ordenamento jurídico ao pleito formulado, de tal sorte que não se faz presente a condição se o sistema jurídico proíbe o provimento jurisdicional pretendido. Assim, MONIZ DE ARAGÃO: “Sendo a ação o direito público subjetivo de obter a prestação jurisdicional, o essencial é que o ordenamento jurídico não contenha uma proibição ao seu exercício; aí, sim, faltará a possibilidade jurídica. Se o caso for de ausência de um preceito que ampare, em abstrato, o pronunciamento pleiteado pelo autor, ainda não se estará, verdadeiramente, em face da impossibilidade jurídica.” *COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL*. Rio de Janeiro: 2ª ed; Forense, 1976. p. 508.

Logo em todos os casos de lacuna da lei dever-se-ia proclamar a impossibilidade jurídica do pedido

Em segundo lugar, e principalmente a luz desse conceito e patente e indisfarçável a **vinculação estreita** entre a possibilidade jurídica e o **mérito** da causa

Efetivamente pronunciar a carência de ação por impossibilidade jurídica **com fundamento em tal conceito**, não constitui senão uma das muitas formas de rechaçar-se o pedido mediato equacionando-se assim o **mérito da causa**. E que em semelhante circunstância substancialmente o Juiz **rejeita** o pedido visto que carece de suporte jurídico para ser acolhido

A rigor por mais que medite sobre o tema tanto mais robusteço a convicção de que **se se partir desse conceito**, declarar a impossibilidade jurídica e julgar improcedente o pedido e pois apreciar inequivocamente o mérito Manifesto que o confronto do pedido com o direito material positivo somente pode levar a uma solução de mérito

Não foi em vão que ADROALDO FABRÍCIO FURTADO afirmou

· 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 inc I denega-lhe o *bonum* 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 as dezenas outras maneiras de dizer mas todas significarão que a ação (*rectius* o pedido) não procede ⁽¹⁾

E tanto isso é exato que como se sabe ENRICO TULLIO LIEBMAN o grande inspirador da diretriz encampada pelo vigente CPC de incluir a **possibilidade jurídica** entre as condições da ação **renegou-a** a partir da 3ª ed de sua clássica obra **Manuale di diritto processuale civile**. Tal se deveu a entrada em vigor na Itália da Lei que instituiu o divórcio em

⁽¹⁾ *Extinção do processo e mérito da causa Revista de Processo nº 58 p 17*

1970. com o que desapareceu lá um dos pouquíssimos exemplos de suposta ausência de possibilidade jurídica do pedido ⁽⁸⁾

Sem mais. GALENO LACERDA⁽⁹⁾ e LOPES DA COSTA⁽¹⁰⁾, em antigas e consagradas obras, também não cogitavam expressamente da possibilidade jurídica como “condição da ação”.

O direito positivo brasileiro, todavia, por uma ironia da história, ainda persiste erigindo a possibilidade jurídica em “condição da ação”, cuja ausência provoca a extinção do processo, **sem** exame do mérito, quando o pai da idéia já a renunciou, há muito

A despeito disso, **insisto**: se se parte do já aludido e corrente conceito de possibilidade jurídica, é errôneo e falacioso supor-se que, ao proclamá-la, **não** se adentra ao exame do mérito.

Mas, **poder-se-á objetar**: se o Juiz seguir à risca essa lógica do sistema processual brasileiro, que equívoco técnico terá cometido?

Em seu entender, o equívoco da **insensibilidade** de não compatibilizar uma norma processual ao seu tempo, dela não extraindo uma solução dotada de razoabilidade

Como alguém já frisou, “o Juiz inteligente sabe libertar-se das peias dos parágrafos e atender ao interesse social”.

Ora, é flagrantemente insatisfatória e ilógica uma decisão que, não obstante apenas enfrente o mérito, paradoxalmente conclui por negá-lo, de modo peremptório, extinguindo o processo **como se não** o houvesse julgado. Evidentemente, o legislador é poderoso, mas não é **onipotente**...

⁽⁸⁾ Na 5ª ed. italiana dessa obra, o insigne processualista declara textualmente: “Le condizione dell’azione, poco fa menzionate, sono l’interesse ad agire e la legittimazione” (Manuale 5ª ed., Milano, Giuffrè editore 1992, p. 144).

⁽⁹⁾ Já ensinava, em 1953: “Se julgar inexistentes as condições da ação, referentes à possibilidade jurídica e à legitimação para a causa, proferirá sentença de mérito, porque decisória da lide” DESPACHO SINE ADOR. Porto Alegre Fabris, 2ª ed., 1985 p. 82

⁽¹⁰⁾ Manual Elementar de Direito Processual Civil 3ª ed., 1982. p. 37 e segs

Mas o mais grave nisso a par da incongruência, esta em que a sentença no caso **não** gera coisa julgada **material**, apenas formal. Uma vez que produz coisa julgada **material** apenas o dispositivo da sentença (CPC, art. 469), segue-se que poderá haver repropositura da mesma demanda, com idêntico objeto quantas vezes se queira (CPC art. 268)

E então, é de indagar-se como fica a **segurança**, a estabilidade nas relações jurídicas se se pode reabrir, a todo momento, a discussão de mérito já enfrentada por outra decisão sob o enfoque da “impossibilidade jurídica do pedido”? O Estado por exemplo poderá ser acionado miríades de vezes para exame da controvérsia sobre o vínculo empregatício do servidor admitido sem concurso?

E o Tribunal, ao julgar recurso ordinário, convencendo-se, pelo contrário de que concorre a “possibilidade jurídica” para o pedido, que posição há de abraçar? Considera a sentença terminativa e apenas anula, por vício procedimental no que julgou extinto o processo, “sem” julgamento do mérito ou considera a sentença propriamente de mérito e reforma, substituindo-a (CPC art. 512)?

A rigor, em se supondo tratar-se de recurso interposto contra **sentença terminativa** --- isto é, de pronunciamento decisório que põe termo ao procedimento de primeiro grau **sem** julgar o mérito, por ausência de possibilidade jurídica do pedido --- o Tribunal, dele conhecendo, unicamente devera perquirir se andou bem ou não, o Juízo *a quo*, para efeito de anular, ou não a decisão por **error in procedendo**. Isto porque naturalmente a única decisão tomada é a de extinção do processo e, assim, é a única matéria passível de impugnação no recurso e em derradeira análise de devolução ao tribunal. De sorte que nesta perspectiva não será dado ao juízo *ad quem*, se der provimento ao recurso, ato contínuo adentrar no exame do **mérito da causa**. Nesse caso o provimento do apelo necessariamente implicará a restituição dos autos ao Juízo *a quo* para que dê sequência ao procedimento⁽¹¹⁾

⁽¹¹⁾ Tal se faz necessário como assinala CHIOVENDI, “porquanto faltou por inteiro o primeiro grau de jurisdição quando o primeiro juiz declarou não poder manifestar-se sobre o mérito”. *Instituições de Direito Processual Civil* - São Paulo - Saraiva, 1965, 2ª ed. Vol III pag. 255

Forçoso convir, no entanto, que essa igualmente não é uma decisão convincente e tranqüila porque, bem ou mal, houve a apreciação do mérito negando-se a possibilidade jurídica do pedido...

Percebe-se, portanto, a vasta gama de problemas suscitados pela malsinada impossibilidade jurídica quando pronunciada com esteio no conceito usual (admissibilidade em tese do provimento de mérito postulado, à luz do ordenamento jurídico).

E o que é pior ainda: afinadas a esse mesmo diapásão “lógico”, muitas outras decisões podem ser tomadas em nome da “impossibilidade jurídica” do pedido, generalizando-se o caos processual...

O autor pretende a declaração de estabilidade no desempenho de função de confiança? Impossibilidade jurídica do pedido...

O Reclamante pleiteia aviso prévio proporcional não regulado em lei e em norma coletiva? Impossibilidade jurídica do pedido...

O Reclamante pede adicional de hora extra superior ao contemplado na CF/88, em lei ou em norma coletiva? Pretende diferenças salariais de planos econômicos declaradas sem suporte jurídico pelo STF? Impossibilidade jurídica do pedido, que não encontraria amparo no direito positivo...

Enfim, já que conduz à extinção do processo sem apreciação do mérito, a impossibilidade jurídica do pedido pode até convolar-se em atraente panacéia para o confortável manejo de alguns poucos Juízes. É muito mais cômodo e simples...

Em suma: ante o quadro que se vem de desenhar, a declaração da impossibilidade jurídica **fundada no conceito usual, sob o prisma técnico e de “lege ferenda”**, importa induvidosa apreciação do mérito; no entanto, sob o ângulo do direito positivo a ausência de uma **condição da ação** conduz lógica e inexoravelmente à extinção do processo, sem exame do mérito!!!

Qual a solução, então, para o impasse?

Há quem preconize a declaração de impossibilidade jurídica com julgamento do mérito. A apontada diretriz, todavia, é inaceitável porque conflita abertamente com a lei brasileira (CPC, art. 267, VI) e, sobretudo, porque exprime uma contradição lógica insuperável. Com efeito. Se a possibilidade jurídica é uma “condição da ação”, no direito positivo brasileiro, de duas, uma: **ou** bem existe e pode julgar-se o mérito, **ou** bem não existe e não se pode julgar o mérito... Sem dúvida, pode-se e deve-se negar, do ponto de vista doutrinário e de “*lege ferenda*”, que a possibilidade jurídica seja “condição” da ação, ao menos tal como é, em geral, conceituada. Contudo, “*legem habemus*”: se a lei a declara tal e obsta a apreciação do mérito, decidir o inverso implicará negar vigência à lei federal, **ou** porque se nega a existência dessa condição da ação, **ou** porque se extrai uma conseqüência jurídica em manifesto contraste com o direito positivo federal.

A meu juízo, a solução está em se **redefinir** o conceito de possibilidade jurídica, deslocando o enfoque ou o conceito do plano do direito material para o plano do direito processual.

Conforme advoga o prof. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, coberto de razão, “impõe-se **restringir a possibilidade jurídica do pedido ao seu aspecto processual**, pois só assim estaremos diante de uma verdadeira *condição da ação*, como requisito prévio de admissibilidade do exame da questão de mérito”.

O pedido que o autor formula ao propor qualquer demanda é **dúplice**, eis que se pode desdobrar tecnicamente em dois: a) **pedido imediato**, dirigido ao Estado, pedido concernente à prestação jurisdicional; b) **pedido mediato**, dirigido ao réu, consistente em um bem da vida.

Segundo o ilustre processualista mineiro, 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**”⁽¹²⁾.

Por conseguinte, a impossibilidade a considerar-se condição da ação haverá de ser unicamente a impossibilidade jurídico-processual, derivante da inviabilidade de entrega da prestação jurisdicional e nunca do

⁽¹²⁾ THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. *Pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa*. Revista de Processo, nº 17, p. 46-47.

pedido mediato, cuja apreciação é inseparável do mérito. A impossibilidade, pois, é da própria propositura da demanda com vistas a determinado pedido e não decorrente da inviabilidade do acolhimento do pedido mediato.

Sob esta ótica, no processo trabalhista, por exemplo, carece temporariamente de ação o Reclamante, por impossibilidade jurídica, se deu motivo a dois “arquivamentos” sucessivos, ou se não compareceu ao Juízo, em cinco dias, para reduzir a termo a reclamação verbal apresentada ao distribuidor (CLT, arts. 731 e 732).

Somente em situações excepcionais que tais --- em que haja veto à outorga da prestação jurisdicional --- pode ter lugar a extinção do processo, sem exame do mérito, por impossibilidade jurídica.

Em meu entender, será extremamente salutar ao processo trabalhista a adesão a essa engenhosa e sedutora reconstrução doutrinária do conceito de possibilidade jurídica, pois enseja contornar e obviar os notórios inconvenientes do conceito até aqui prevalecente, sem se afrontar a lei.

5. Conclusão

Como se vê, “Justiça” e “técnica judicante” não se contrapõem: interagem!

Mas para tanto é imperativo que se coloque a técnica sempre a serviço da Justiça, e não o inverso.

Ação é direito-meio; processo é instrumento; a técnica é uma ferramenta que pode e deve ser bem manejada para a consecução daquilo que é a razão e o fim da atividade judicante: sobrepassar o interesse do Homem, não das coisas, fazendo sempre emergir e cintilar a Justiça!