

BREVES OBSERVAÇÕES SOBRE A CARÊNCIA DE AÇÃO

Eduardo Ribeiro de Oliveira

— Advogado

— Ministro do Superior Tribunal de
Justiça (aposentado - 08/2000

— Professor da Universidade de Brasília —
UnB e do UniCEUB — Centro Universi-
tário de Brasília

1. Carência de ação: decisão estranha ao mérito. 2. A carência e as condições da ação. 3. A questão prejudicial. 4. Um caso emblemático: a renovatória de locação. 5. Legitimidade para a causa. 6. Legitimação extraordinária. 7. Legitimação ordinária **in statu assertionis**. 8. A opinião de **Donald Armelin**. 9. Crítica à “teoria da asserção”: **Dinamarco**. 10. A questão da prova.

1. Ao contrário do Direito anterior, o vigente Código de Processo Civil cuida especificamente da carência de ação, incluindo-a entre aquelas matérias que, como preliminar, antecedendo, pois, a discussão do mérito, serão objeto da contestação. E o certo é que a expressão, mesmo antes da consagração legislativa, já era amplamente usada, não apenas em exposições teóricas, como na jurisprudência.

Processualistas que escreveram antes da atual codificação salientavam a absoluta falta de uniformidade, quanto ao entendimento desse fenômeno processual, encontrando-se, a propósito, “as mais disparatadas decisões”, parecendo que os juízes decidiam entre improcedência e carência como se a questão se sujeitasse “a seu desvinculado arbítrio”¹.

Não se pode afirmar, entretanto, que a situação se haja modificado muito após o Código de 1973. A consulta aos repertórios, e não só a eles, mas também a obras de doutrina, mostra que persiste a incerteza, malgrado a lei

¹ COSTA, Alfredo de Araújo Lopes. A carência de ação, especialmente com relação à legislação para a causa. **Rev. Dir. Proc. Civil**, São Paulo, n. 3, p. 5-36, jan./jun. 1961.

haja fornecido parâmetros. Pelo menos um, certamente: tratar-se de questão estranha ao mérito.

O tema, que já apresentava importância não apenas teórica, mas também de ordem pragmática, veio a assumir ainda maior interesse com a modificação introduzida pela Lei n. 10.352/2001 no artigo 530 do Código de Processo Civil. Para os operadores do direito, especialmente para os advogados, surge uma nova fonte de dificuldades.

Se a decisão for de mérito, serão cabíveis embargos infringentes, uma vez reunidas as demais condições previstas em lei. Desse modo, antes de se cogitar de eventual recurso especial ou extraordinário, será mister a apresentação dos embargos. Entretanto, se se vier a considerar que, em verdade, não fora decidido o mérito, esse recurso não será conhecido e estará perdido o prazo para aqueles outros. O contrário, igualmente, poderá suceder. Presumindo-se que a decisão não feriu o mérito, interpõe-se, desde logo, o especial. Se, entretanto, o Superior Tribunal de Justiça entender diversamente, tendo, em consequência, como cabíveis os embargos, não conhecerá do especial, pois apresentado sem que se esgotassem os recursos admissíveis na instância ordinária.

Essa uma das razões por que, embora autor de sugestão, apresentada em 1983, no sentido de que se introduzisse a restrição que veio a ser acolhida em nosso direito, evoluímos dessa posição, parecendo-nos que melhor seria a supressão dos embargos infringentes, deixando nosso direito de manter-se na posição inteiramente isolada de admitir um recurso apenas porque há um voto vencido.²

2. **Machado Guimarães**, escrevendo no regime da Lei de 1939,³ sustentou que a carência de ação se verificava quando faltasse uma das condições da ação, nos termos da doutrina de **Liebman** que alinhava, como condições para obter-se uma sentença de mérito, a possibilidade jurídica, o interesse processual e a legitimação para a causa⁴. O Código em vigor seguiu, pelo

2 A sugestão foi apresentada em congresso, reunido em Porto Alegre, a propósito dos dez anos do Código de Processo Civil. Acha-se publicada na Rev. Forense, Rio de Janeiro, n. 286, p. 89-96, abr./jun. 1984

3 GUIMARÃES, Luiz Machado. **Estudos de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1969. 336 p.

4 LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Tradução Cândido Dinamarco, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v. 1. p. 155.

menos em parte, na mesma trilha. Em parte porque, ao que se verifica do artigo 267, VI, parece ter admitido que outras condições para a ação existiriam, além das ali mencionadas. Ao lado das condições gerais, podem outras se apresentar específicas de determinadas ações.

Uma coisa, entretanto, não é dado questionar. Fica afastado o entendimento, ensejado pelas doutrinas concretistas, que levaria a reconhecer a carência, quando faltasse elemento necessário a propiciar sentença favorável. O autor não poder ser julgado carecedor da ação, se houver exame do mérito.

Isso não obstante, entretanto, continuam os tribunais a declarar a carência em numerosos casos que, a nosso ver, são claramente de improcedência e o fazem amparados muitas vezes, cumpre reconhecer, em obras de autorizados doutrinadores.

3. Uma das hipóteses em que freqüente o equívoco ocorre quando se dá o acolhimento de prejudicial.

Determinadas relações jurídicas têm sua existência condicionada à de outra. Uma subordinante, a outra subordinada. Para que a última tenha vida, indispensável que a primeira, logicamente antecedente, preexistia.

Versando o processo sobre a relação subordinada, para que se possa a respeito dela decidir, claro está que antes se há de verificar se existe aquela que a condiciona. Resultando negativo o exame, a consequência indeclinável será um juízo também negativo, quanto à que constitui objeto do pedido. O provimento jurisdicional será obviamente rejeitando a pretensão do autor, pois fundada em relação jurídica que se proclamou inexistente. Sentença de mérito, por conseguinte.

Assim, por exemplo, se alguém pleiteia alimentos, com base em relação de paternidade, e essa é negada, o juiz haverá de reconhecer que não tem direito a alimentos, por ausência do vínculo jurídico que, somado à necessidade do alimentando e à possibilidade do alimentante, ensejaria seu surgimento. O autor não faz jus aos pretendidos alimentos e seu pedido haverá de ser rejeitado, com a improcedência da ação. A sentença reconhecerá inexistente a obrigação alimentar por parte do réu.

De modo idêntico, na ação pretendendo recebimento de aluguéis, que supõe a existência da locação, ou na de cobrança de juros, fundada em mútuo, para dar mais dois exemplos, comuns na prática judiciária, em que mui-

tas vezes se afirma a carência, por ter sido negada a relação condicionante. Em todos esses casos o pedido foi examinado e rejeitado. O autor não tem direito a perceber aluguéis ou juros pelo motivo mais forte que pode haver: não ter dado bem em locação, nem contratado empréstimo.

Na jurisdição trabalhista, impropriedade análoga vem ocorrendo e, ao que parece, em grau ainda maior, a propósito do julgamento de reclamações, em que se reconhece a inexistência da relação de emprego⁵. Deduzida pretensão fundada nesse vínculo, será ela rejeitada, exatamente porque se reconhece e declara a ausência do liame laboral afirmado pelo reclamante. O pedido foi examinado, a lide decidida. Julgamento de mérito e, por isso, de improcedência.

4 Mais comum ainda é concluir-se pela carência, em virtude de se haver reconhecido simplesmente a inexistência do título em que o autor funda seu pedido. Lembre-se uma hipótese, pela freqüência com que ocorre: a renovatória de locação.

A jurisprudência costuma distinguir. Se o locatário não preenche os pressupostos estabelecidos em lei, de cuja realização depende o direito de obter a renovação compulsória, será julgado carecedor da ação. Improcedência só haverá, segundo esse entendimento, quando acolhido o pedido de retomada formulado pelo réu-locador. Significa isso — o que não se pode mais discutir em face do Código de Processo Civil — que só nesse último caso teria havido julgamento do mérito.

Entre as obras que trataram do tema, sobreleva o trabalho clássico de **Alfredo Buzaid**. Cuida ele explicitamente, em numerosas passagens, de duas possibilidades. Poderá o juiz declarar “o autor carecedor da ação, por não concorrerem os requisitos reputados essenciais à sua propositura” ou reconhecer o direito de retomada do locador. No segundo caso, o pedido seria legítimo, mas cede em virtude da exceção apresentada pelo réu⁶.

5 A propósito, vale consultar o seguinte trabalho: OLIVEIRA, Milton Moreira de. Inexistência da relação de emprego: carência ou improcedência da ação? *Rev. Bras. de Dir. Proc.*, Uberaba, n. 42, p. 57-86, abr./jun. 1984.

6 BUZOID, Alfredo. *Da ação renovatória e das demais ações oriundas de contrato de locação de imóveis destinados a fins comerciais*. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1988. 2v. 725p. p. 353.

Considerar a hipótese como de carência, importando admitir-se não ter havido exame do mérito, é, **data venia**, inaceitável.

A chamada “Lei de Luvas” criou para o locatário o direito à renovação do contrato, desde que atendidos determinados requisitos, estando a matéria, hoje, regulada pelo artigo 51 da Lei n. 8.245/1991. O surgimento desse direito condiciona-se, obviamente, a que sejam realizados os pressupostos legalmente estabelecidos. Entre outras exigências, necessário que o contrato, ou a soma dos prazos ininterruptos dos contratos escritos não seja inferior a cinco anos e que o locatário esteja a explorar o mesmo ramo de comércio pelo prazo mínimo de três. Não se concretizando tais pressupostos, em relação a determinado inquilino, não terá direito à renovação. A questão não é de direito processual, mas material. O direito à renovação compulsória do contrato só existirá se realizados os requisitos constantes da disposição legal que o prevê.

Pretendendo o locatário obter a renovação compulsória do contrato, deverá o juiz, obviamente, verificar se a isso tem direito. Concluindo pela ausência de alguma das exigências estabelecidas em lei, como o de a locação ser por prazo inferior a cinco anos, por exemplo, a pretensão será negada. Não assiste ao locatário o direito, cujo reconhecimento postulou. E, ao assim decidir, terá julgado a lide posta na inicial. A decisão é de mérito. De improcedência, pois, e não de carência.

Interessante consignar que **Buzaid**, após arrolar os “requisitos essenciais à propositura da ação”, previstos nos artigos 2^a a 5^a do Decreto n. 24.150, que então regulava a matéria, acrescenta:

“Tais são os fatos jurídicos, que a doutrina denomina *constitutivos*, porque, segundo o direito material, eles dão vida a uma vontade concreta de lei e à expectativa de um bem, servindo outrossim, para identificar a relação litigiosa; são precisamente circunstâncias, cuja função específica consiste em gerar determinado direito; por isso o ônus de sua afirmação e de sua prova incumbe ao autor”.⁷

Se os fatos jurídicos são constitutivos do direito do autor, se são aptos a “gerar determinado direito”, parece claro que a sua falta conduz a que aquele não exista. Não chegando a constituir-se o direito à renovação, por não concorrer um dos requisitos previstos em lei, a hipótese não é de carência, mas

⁷ Op. cit. p. 357.

de improcedência. A sentença que, por não existir o direito, desacolhe a pretensão, põe fim ao processo com exame do mérito⁸.

5. De todas as hipóteses, entretanto, a mais freqüente e, talvez, mais propiciadora de equívocos é a que diz com a chamada legitimidade para causa, seja ativa, seja passiva.

Vale insistir, uma vez mais, no que já ficou dito desde o início. Poder-se-á, doutrinariamente, discutir a propósito do conceito que pareça mais acertado. Entretanto, se se cogita de construir doutrina com base na lei vigente, não há como fugir a um ponto fundamental: carência de ação só se verifica se a extinção do processo se der sem julgamento do mérito. E a legitimidade para a causa há de ser estranha a ele, como expresso no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil.

A doutrina de **Liebman**, que inspirou nossa lei processual, não deveria conduzir a outro resultado, embora isso nem sempre se patenteie na obra de seus seguidores. Condições da ação são aquelas que hão de concretamente existir para que se possa obter seja examinada uma determinada pretensão. Ausentes, aquilo que é postulado não merece sequer julgamento.

Se assim é, evidencia-se indispensável, ao se procurar conceituar a legitimação para a causa, levar-se em conta, ao menos em face de nosso Direito, que não poderá abranger situações que digam com o mérito. Isso, entretanto, não tem ocorrido. Bem ao contrário.

6. Quando se cuida de legitimidade ativa, ter-se-á em consideração o que estabelece o artigo 6^o do CPC. A parte será ilegítima, salvo exceções expressamente estabelecidas em lei, quando postule em juízo direito alheio.

Assim, faltarão legitimidade ao pai que postule judicialmente a separação de um filho⁹. Ou que, por considerá-lo negligente na administração de seus negócios, intentasse ação, tendente a cobrar dívidas de que o filho seja credor. Raras, por certo, tais situações, o que não é de se admirar. Não seria de esperar que tal anomalia — alguém defender direito de outrem — se apresentasse com freqüência.

8 Cumpre notar que **Buzaid**, embora afirmando seguidamente que os requisitos previstos em lei para que se possa ter direito à renovação compulsória constituam condições da ação, da sua falta resultando a carência, em pelo menos uma passagem de sua obra afirma que o não-atendimento à exigência de exploração ininterrupta, por um triênio, do mesmo ramo de comércio, conduz à improcedência (*op. cit.* p. 235). E em outra, a propósito da mesma questão, consigna que, evidenciada a ausência do elemento em exame, o juiz proferirá julgamento conforme o estado do processo, com base no artigo 330. I, do CPC (*op. cit.* v. I, p. 297). Esse dispositivo refere-se a julgamento de mérito.

9 O exemplo é de: **PASSOS, Calmon. Comentários ao Código de processo civil: Lei n. 5.869, de 11 de 1973.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, [1974-198-2]. v. 3. p. 209.

Mais comum, entretanto, surgir a questão naqueles casos em que se pretenda haver legitimação extraordinária, ou seja, quando se invoque a exceção contemplada no citado artigo 6º.

As inovações por que tem passado nosso Direito, exatamente em relação à legitimidade ativa, ampliando notavelmente a possibilidade de substituição processual, tornaram bem mais numerosas as hipóteses em que se coloca a questão. Mais amiúde se haverá de perquirir se quem formulou a pretensão estava legitimado para fazê-lo, em indagação claramente distinta do mérito.

Nas ações coletivas, por exemplo, essa preliminar demandará, não raramente, cuidadoso exame, em virtude mesmo de o autor defender direito de terceiros. Menciono duas hipóteses, que já foram objeto de apreciação nos tribunais.

Condomínio por unidades autônomas, representado pelo síndico, intenta ação, objetivando alcançar a condenação do construtor ao pagamento de indenização, em virtude de defeitos apresentados pelo edifício, nas partes comuns e nas unidades de que são proprietários exclusivos os diversos condôminos. Discute-se sobre a legitimidade para demandar aquele ressarcimento, em relação a essas unidades. Outra hipótese interessante, já objeto de apreciação judicial, é o de a comissão de representantes, em contrato de construção por administração, pleitear a outorga de escritura de venda aos adquirentes das diversas unidades¹⁰.

Em ambos os casos, está-se diante de questão de legitimidade de parte, indiscutivelmente alheia ao mérito. Se o juiz a considerar ausente, limitar-se-á a dizer que aquele pedido não poderia ser formulado por quem o fez. Nada adiantará sobre o direito, cujo reconhecimento se pretendeu.

A questão também tem-se apresentado quando se cogita da atuação do Ministério Público, como autor, em processos civis. Debatidíssimo, por exemplo, e a matéria continua a expor-se a divergências nos pretórios, quando terá legitimidade para as ações coletivas, dizendo com direitos individuais

10 O Superior Tribunal de Justiça examinou essas questões:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 178.817. Requerente: Tecnopay Empreendimentos Ltda. Requerido: Condomínio do Edifício Dona Zizinha. Brasília, DF, 3 de fevereiro de 2000. Diário da Justiça, Seção 1, p. 146, 3 abr. 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 32.181 da 16ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Brasília, DF, 28 de novembro de 1994. Rev. do STJ, Brasília, n. 69, p. 284-302, maio 1995.

homogêneos¹¹. Igualmente, quando se trate de ações, visando obter a condenação a indenizar de diretores de sociedades liquidadas extrajudicialmente, se já cessada a liquidação.

Nos exemplos acima fica bem claro que uma questão é a titularidade para postular em juízo a respeito de determinada lide; outra, o julgamento dessa. Desse modo, a decisão sobre a primeira não diz com o mérito. Apenas será verificado se quem formulou o pleito se acha autorizado a fazê-lo. Concluindo-se pela negativa, o pedido não será objeto de exame e o mérito, por conseguinte, ficará sem julgamento. Em tais casos, poder-se-á dizer que se está diante de uma condição da ação, pois se examina tão-só se quem deduz a pretensão em juízo tem direito a obter uma decisão de mérito.

7. No que se refere à legitimação ordinária, parecem-nos dignos de menção, pela frequência com que se apresentam, aqueles casos em que o autor se afirme parte em determinada relação jurídica e, em conseqüência, titular de um direito, e a sentença conclua que isso não ocorre. A tal conclusão será possível chegar, evidentemente, por variadas razões. Poder-se-á declarar-se inválido o título em que buscou amparo, o débito pode já ter sido pago, ser reconhecida a compensação, entre tantas outras causas capazes de conduzir a esse resultado, todas elas levando, indubitavelmente, a um julgamento de mérito. Não se questiona a legitimidade de parte. O pedido é rejeitado por se reconhecer que a relação jurídica em que busca amparo nunca existiu, ou veio a extinguir-se.

Ocorrerá, ainda, e repetidamente se verifica, em verdade, que se admita a possibilidade, em tese, de existir uma relação jurídica com os elementos daquela exposta na inicial, mas ostentando substancial diferença: uma das partes não é a ali indicada. Quando disso se trata é que costumam surgir as dificuldades.

Começemos por lembrar, a título de ilustração, um exemplo que foi objeto de milhares de pronunciamentos judiciais. Poupadores que tiveram seus depósitos bloqueados, em virtude do chamado “Plano Collor”, demandaram complementação da correção monetária aplicada a seus haveres, uma vez que, segundo sustentavam, houve incorreção, em virtude de o índice adotado encontrar-se distorcido. As instituições financeiras, em relação às quais se formularam os pedidos, defenderam-se com a alegação de que os depósitos haviam sido transferidos para o Banco Central do Brasil e esse, por conseguinte, é que haveria de responder por eventual diferença. Cumpre

11 A dificuldade, malgrado o disposto no artigo 82 da Lei n. 8.078/1990, está na disponibilidade dos direitos, tendo em vista o que se contém no artigo 127 **caput** da Constituição. A jurisprudência tem-se orientado por considerar o Ministério Público parte legítima quando presente o interesse social.

saber se a decisão que acolha essa defesa diz com a legitimidade para a causa, correspondendo a uma condição da ação, estranha, pois, ao mérito, ou se, ao contrário, o pleito deduzido pelo autor teria sido examinado e rejeitado, o que significa decisão de mérito.

A doutrina costuma considerar presente a legitimidade ordinária para a causa como a coincidência entre as posições de autor e réu no processo e as de sujeito ativo e passivo da relação de direito material que o autor pretende existente e com base na qual formula sua pretensão. Claro que, tratando-se de ação declaratória negativa, a questão se inverte.

Parece que outro não deve ser o entendimento. Verifica-se, importante frisar, que se requer a coincidência, não com a relação jurídica realmente existente, mas com a que se pretende existente. Em outras palavras, as posições processuais deverão corresponder à relação jurídica afirmada pelo autor. No dizer de **Barbosa Moreira**, “determinado processo se constitui entre partes legítimas quando as situações jurídicas das partes, sempre consideradas **in statu assertionis** — isto é, independentemente da sua efetiva ocorrência, o que só no curso do próprio processo se apurará —, coincidem com as respectivas situações legitimantes”.¹²

Necessário ter-se em conta que o juiz haverá de decidir sobre a lide. E essa, purificada de suas conotações sociológicas, após a perecuziente crítica de **Calamandrei** ao conceito de **Carnelutti**, há de entender-se como aquela que, deduzida como causa de pedir e pedido, constitui objeto do processo. Como diz **Liebman**, “para o processo, interessa o que for nele deduzido efetivamente e não importam os outros fatos que possam ocorrer pelo mundo”.¹³

O pronunciamento do juiz incidirá sobre o pleito formulado pelo autor, tal esse o deduziu. Para o processo, esse e apenas esse o que existe. Cumprirá ao julgador decidir sobre um determinado pedido, vinculado a uma determinada causa de pedir. Terá, pois, em consideração a relação de direito material trazida a sua apreciação pelo autor.

Negando o juiz a existência daquela relação, em que se assenta o pretenso direito do autor, haverá de rejeitar o pedido por ele formulado. Típico julgamento de mérito.

12 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. In: **Direito Processual Civil: ensaios e pareceres**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. 366p. p. 59.

13 LIEBMAN, Enrico Tullio. O despacho saneador e o julgamento do mérito. In: **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: J. Bushatsky, 1976. 227p. p. 115.

Tome-se o exemplo da cobrança de um crédito, supostamente fundado em um contrato de mútuo. Apresenta-se o autor como credor do réu, indicando, como base para essa afirmação, a existência de uma relação jurídica consubstanciada naquele contrato, cujo instrumento exhibe. No curso do processo, entretanto, o juiz verifica que, na verdade, não havia um mútuo, mas uma doação, ou conclui ser falso o instrumento apresentado. Afirmará que não existe a relação de direito material e deixa de acolher o pedido. Esse é examinado e negado. O caso é de improcedência; a decisão, de mérito.

Suponha-se, agora, uma outra hipótese. O autor se diz credor do réu, mas esse alega que não o é mais, pois teria havido cessão do crédito. Demonstrado que isso efetivamente ocorrera, indaga-se: a sentença concluirá pela carência, em virtude de ilegitimidade **ad causam** ativa, ou pela improcedência?

Na jurisprudência é comuníssima a assertiva de que o caso é de carência. A afirmação, entretanto, a nosso entender, é tão reiterada quanto, **data venia**, inexata.

Insista-se uma vez mais no ponto, que é absolutamente fundamental. A sentença julgará a lide exposta na inicial. Decidirá sobre a relação jurídica de direito material que nela se contém. Não importa, ao cogitar-se da legitimidade, como condição para o exame do mérito, quantas outras relações jurídicas existam e possam guardar algum vínculo com a que foi trazida pelo autor para a seu respeito pedir o pronunciamento da Jurisdição. Tem-se que verificar se a parte é legítima para aquela lide, a única que importa para o processo.

8. **Donaldo Armelin** deixa consignado, na introdução de sua justamente festejada obra sobre o tema, que a legitimidade “unge aquele que consta na esfera subjetiva da situação jurídica retratada na inicial, com a peculiaridade de emergir essa qualidade da própria afirmação da situação espelhada na inicial, independentemente de real existência desta”¹⁴. Ao cuidar, entretanto, especificamente, da **legitimatío ad causam** e do mérito, afirma que em ações como a de cobrança de um crédito “haverá a possibilidade de se reconhecer a existência do direito, sem o reconhecimento de sua titularidade relativamente ao autor, quando, então, a legitimidade, embora apreciada na mesma oportunidade do exame do mérito, resulta ausente sem afetar a existência do direito, vinculado a outro titular, tal como emerge da decisão judicial”¹⁵.

14 ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no Direito Processual Civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1979. 191 p. p. 2.

15 *Op. cit.* p. 114.

Ora, uma relação jurídica só existe se tiver objeto e partes. Se alguém se pretende credor de outrem e o juiz verifica que isso não é verdade, que não estão eles realmente ligados pelo vínculo indicado, a conclusão inelutável é a de que não existe a pretensa relação jurídica de direito material. Significa nada, para aquele processo, que possa existir o vínculo indicado, mas entre o autor e um terceiro. Releva que não há a relação que serve de base ao pedido. Se existe, com alteração de uma das partes, será, em realidade, uma outra relação que poderá ser objeto de processo distinto. O que importa para o processo efetivamente instaurado é que não há a relação apontada porque a parte indicada como devedora — ou credora, se o caso — não detém essa condição. Nem nos parece possível, com a devida vênia, decidir a respeito de pretensão que não foi formulada, como seria a sentença que julgasse ser outro o titular do crédito. O mais que se pode estabelecer é que dele não é titular o autor.

9. **Dinamarco**¹⁶ critica enfaticamente a doutrina, que ele próprio denomina “teoria da asserção”, mas, a nosso sentir, sem razão. Não se trata de mudar-se a natureza da sentença, que seria terminativa, para sentença de mérito, em função do momento em que proferida. Não se cuida de estarem as condições da ação corretamente expostas na inicial e só depois se verificar que elas não estão realmente presentes. Se alguém se apresenta em juízo, afirmando ser titular de um direito e, no curso do processo, fica demonstrado que, em realidade, não é parte naquela relação jurídica, a consequência será sempre a improcedência, não importa em que momento processual isso seja reconhecido.

Nem podemos concordar com o exemplo dado por aquele eminente processualista, quando exemplifica com a ação de despejo movida a quem não é inquilino. Assevera que, em tal caso, “o réu é parte ilegítima e o autor carece de ação, indiferentemente do momento processual em que a falta de legitimidade é reconhecida pelo juiz”. Com a devida vênia, se inexistente a relação material em que se funda o autor — no caso, o vínculo locatício — não é ele titular do direito afirmado e o caso é de improcedência.

Importante acentuar que a questão não reside em descobrir-se mais cedo ou mais tarde que as partes não são os sujeitos da relação de direito material afirmada. Está ela em que sobre a relação afirmada é que decidirá o juiz e se o fizer negando sua existência, haverá de, forçosamente, negar o

16 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 2. p. 313-315.

pedido nela fundado, proferindo, pois, sentença de mérito. E quando, em ação de despejo, se diz que o réu não é locatário, nega-se a relação de direito material. O pedido de despejo será negado.

10. Note-se que, em certas circunstâncias, se estará diante de situação no mínimo curiosa. No início desse trabalho fizemos referência à rejeição da pretensão alimentar por ter-se como demonstrado que o réu não estaria obrigado a prestar alimentos por não ter, com o alimentando, vínculo de parentesco que o justificasse. Tomemos, agora, a ação de investigação de paternidade. Concluindo-se que o réu não é o pai do autor, a sentença será de improcedência. Entretanto, a admitir-se a tese de que importa para a **legitimatio ad causam** não a relação afirmada, mas a que verdadeiramente exista, caso seria de carência. Não haveria, então, hipótese de improcedência da investigatória. Ou seria procedente, ou o autor dela carecedor, uma vez que em relação a alguém existirá o vínculo de paternidade.

Não se argumente com o fato de que, na investigatória, se estaria diante de matéria a ser deslindada após produção de provas. Isso em nada afeta a natureza da sentença. Se o tema não dissesse com o mérito, não seria em virtude de ter sido necessária instrução que se modificaria a natureza da matéria decidida. O que importa é saber se o julgamento incidiu sobre a lide, ou limitou-se a questões de índole processual.

Encontra-se na doutrina, é certo, a afirmação de que seria de mérito a decisão pertinente à legitimação, quando dependesse da prova produzida no processo. Tratando-se de legitimação ordinária, isso é verdade apenas no sentido de que, se a instrução demonstra que o autor ou o réu não são as partes da relação de direito material exposta, a sentença a ser proferida será de mérito. Isso mesmo o que vimos afirmando. Não significa que a natureza da decisão se modifique por esse fato.

Observe-se, por fim, que, na legitimação extraordinária pode ser necessária a prova de que o pretense legitimado efetivamente está autorizado a propor a ação. Tome-se a ação revocatória na falência. Qualquer credor está legitimado para ajuizá-la, se o síndico não o fizer no prazo previsto em lei. Para isso será indispensável a prova de que realmente é credor. Faltando essa, será proferida sentença terminativa. Nada será decidido quanto ao mérito. O juiz se limitará a dizer que quem se apresentou como legitimado em realidade não o era. A circunstância de não se ter feito a prova necessária em nada altera a natureza da sentença.