

O Novo Código de Processo Civil e os pressupostos processuais e as condições da ação – impactos no processo do trabalho

Mauro Schiavi¹

1.Introdução:

O Código de Processo Civil é a lei fundamental que rege os processos de natureza civil, aplicando-se para solução de todos os conflitos de interesse dessa natureza, e de forma subsidiária e supletiva às demandas trabalhistas.

Depois de quase cinco anos de tramitação no Congresso Nacional, a partir da apresentação do Anteprojeto por uma comissão de juristas nomeada pelo Senado Federal, o Projeto do Código de Processo Civil foi aprovado e sancionado, tornando-se a Lei n. 13.105/15, de 16.03.2015, publicada em 17.03.2015, com vigência inicial para 17 de março de 2016 (artigo 1045, do CPC²).

Além disso, a nova codificação passou por amplo debate tanto na Câmara dos Deputados como no Senado Federal, com participação de diversos segmentos da sociedade, e sua tramitação se deu, integralmente, em regime democrático.

O Código de Processo Civil de 1973, elaborado com refinada técnica processual, viveu por mais de 40 anos, tendo sofrido muitas reformas ao longo dos anos para que fosse adaptado às mudanças sociais e pudesse dar respostas adequadas aos milhares de processos que tramitam no Judiciário Brasileiro. Diante dessas reformas, o Legislativo e segmentos de respeito da doutrina passaram a entender que havia necessidade de um novo Código de Processo, pois o Código de 1973 parecia uma “colcha de retalhos”, tendo perdido sua identidade e, em muitos aspectos, havia necessidade de mudanças mais contundentes, o que somente seria possível com uma nova codificação.

Valem ser mencionadas as premissas básicas que foram consideradas pelos juristas que elaboraram o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, destacando-se a seguinte passagem da Exposição de Motivos da nova codificação, “in verbis”:

¹ Mauro Schiavi é Juiz Titular da 19ª Vara do Trabalho de São Paulo. Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP. Professor nos Cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu* da PUC/SP e Mackenzie/SP.

²Artigo 1045 do CPC: “Este Código entra em vigor após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial”.

“Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo. Não há fórmulas mágicas. O Código vigente, de 1973, operou satisfatoriamente durante duas décadas. A partir dos anos noventa, entretanto, sucessivas reformas, a grande maioria delas lideradas pelos Ministros Athos Gusmão Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira, introduziram no Código revogado significativas alterações, com o objetivo de adaptar as normas processuais a mudanças na sociedade e ao funcionamento das instituições. A expressiva maioria dessas alterações, como, por exemplo, em 1.994, a inclusão no sistema do instituto da antecipação de tutela; em 1.995, a alteração do regime do agravo; e, mais recentemente, as leis que alteraram a execução, foram bem recebidas pela comunidade jurídica e geraram resultados positivos, no plano da operatividade do sistema. O enfraquecimento da coesão entre as normas processuais foi uma conseqüência natural do método consistente em se incluírem, aos poucos, alterações no CPC, comprometendo a sua forma sistemática. A complexidade resultante desse processo confunde-se, até certo ponto, com essa desorganização, comprometendo a celeridade e gerando questões evitáveis (= pontos que geram polêmica e atraem atenção dos magistrados) que subtraem indevidamente a atenção do operador do direito. Nessa dimensão, a preocupação em se preservar a forma sistemática das normas processuais, longe de ser meramente acadêmica, atende, sobretudo, a uma necessidade de caráter pragmático: obter-se um grau mais intenso de funcionalidade. Sem prejuízo da manutenção e do aperfeiçoamento dos institutos introduzidos no sistema pelas reformas ocorridas nos anos de 1.992 até hoje, criou-se um Código novo, que não significa, todavia, uma ruptura com o passado, mas um passo à frente. Assim, além de conservados os institutos cujos resultados foram positivos, incluíram-se no sistema outros tantos que visam a atribuir-lhe alto grau de eficiência. Há mudanças necessárias, porque reclamadas pela comunidade jurídica, e correspondentes a queixas recorrentes dos jurisdicionados e dos operadores do Direito, ouvidas em todo país. Na elaboração deste Anteprojeto de Código de Processo Civil, essa foi uma das linhas principais de trabalho: resolver problemas. Deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais. Assim, e por isso, um dos métodos de trabalho da Comissão foi o de resolver problemas, sobre cuja existência há praticamente unanimidade na comunidade jurídica. Isso ocorreu, por exemplo, no que diz respeito à complexidade do sistema recursal existente na lei

revogada. Se o sistema recursal, que havia no Código revogado em sua versão originária, era consideravelmente mais simples que o anterior, depois das sucessivas reformas pontuais que ocorreram, se tornou, inegavelmente, muito mais complexo. Não se deixou de lado, é claro, a necessidade de se construir um Código coerente e harmônico interna corporis, mas não se cultivou a obsessão em elaborar uma obra magistral, estética e tecnicamente perfeita, em detrimento de sua funcionalidade. De fato, essa é uma preocupação presente, mas que já não ocupa o primeiro lugar na postura intelectual do processualista contemporâneo. A coerência substancial há de ser vista como objetivo fundamental, todavia, e mantida em termos absolutos, no que tange à Constituição Federal da República. Afinal, é na lei ordinária e em outras normas de escalão inferior que se explicita a promessa de realização dos valores encampados pelos princípios constitucionais. O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo. A simplificação do sistema, além de proporcionar-lhe coesão mais visível, permite ao juiz centrar sua atenção, de modo mais intenso, no mérito da causa. Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão (...).”

Muitos dos institutos fundamentais do processo civil, disciplinados no Código de 1973 foram aproveitados na nova codificação, bem como foram incorporados ao texto, a moderna visão da doutrina e muitos entendimentos consagrados na jurisprudência dos Tribunais. Há, também institutos novos que serão melhor esculpido pela jurisprudência dos Tribunais e visão crítica da doutrina.

A chegada do Novo Código de Processo Civil provoca, mesmo de forma inconsciente, um desconforto nos aplicadores do Processo Trabalhista, uma vez que há muitos impactos da nova legislação nos sítios do processo trabalhista, o que exigirá um esforço intenso das doutrina e jurisprudência para visitar todos os institutos do processo do trabalho e analisar a compatibilidade, ou não, das novas regras processuais civis. De outro lado, há um estimulante desafio, pois os operadores do Direito Processual do Trabalho podem transportar as melhores regras do novo Código para o processo trabalhista, frear as regras incompatíveis e, com isso,

melhorar a prestação jurisdicional trabalhista, e tornar o processo do trabalho mais justo e efetivo.

Na seara do processo do trabalho, o novo código provocará, necessariamente, um novo estudo das normas e da doutrina do processo trabalhista. Institutos já sedimentados serão, necessariamente, revisados, pois haverá necessidade de se verificar se as mudanças são compatíveis com a sistemática do processo trabalhista e se, efetivamente, trarão melhoria dos institutos processuais trabalhistas. Será um trabalho árduo, de paciência e coragem. Uma pergunta terá que ser respondida, qual seja: As regras do Processo do Trabalho ainda são de vanguarda, ou já superadas pelo novel diploma processual civil?

O fato do novo código se aplicar *subsidiária e supletivamente* (artigo 15 do CPC) ao Processo Trabalhista, não significa que seus dispositivos sejam aplicados, simplesmente, nas omissões da lei processual do trabalho, ou incompletude de suas disposições, mas somente quando forem compatíveis com sistema trabalhista e também propiciarem melhores resultados à jurisdição trabalhista. Por isso, o artigo 15 do CPC deve ser lido e interpretado em conjunto com o artigo 769, da CLT.

Nesse sentido, também defende Carlos Henrique Bezerra Leite³:

“O art. 15 do Novo CPC, evidentemente, deve ser interpretado sistematicamente com o art. 769 da CLT, que dispõe: “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo e que for incompatível com as normas deste Título”. Mas ambos os dispositivos – art. 769 da CLT e art. 15 do Novo CPC – devem estar em harmonia com os princípios e valores que fundamentam o Estado Democrático de Direito”.

2.As condições da ação e os pressupostos processuais no Novo CPC:

Processo significa "marcha avante", caminhada, do latim *procedere* — seguir adiante.

O processo é indispensável à função jurisdicional. É definido pela doutrina como o instrumento por meio do qual a jurisdição opera (instrumento de positivação do poder). Por outras palavras, é o instrumento pelo qual o Estado exerce a jurisdição. Trata-se de um método ou um meio de solução dos conflitos e o instrumento público, previsto em lei, por meio do qual o Estado exerce a jurisdição, dirimindo o conflito de interesses, aplicando o direito ao caso concreto, dando a cada um o que é seu por direito, e impondo coercitivamente o cumprimento da decisão.

³ Curso de Direito Processual do Trabalho. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1696.

Já o procedimento é o aspecto extrínseco (exterior) do processo pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina. É o caminho percorrido pelo processo (conjunto de atos sucessivos), a forma pela qual o processo se exterioriza.

Para que o processo exista e possa tramitar validamente, há necessidade de observar os chamados *pressupostos processuais*.

Os pressupostos processuais, segundo a doutrina já consolidada, são requisitos de existência e validade da relação jurídica processual. Enquanto as condições da ação são requisitos para viabilidade do julgamento de mérito, os pressupostos processuais estão atrelados à validade da relação jurídica processual. Por isso, a avaliação dos pressupostos processuais, em nossa visão, deve anteceder às condições da ação.

Não há consenso na doutrina sobre a classificação dos pressupostos processuais. Cada doutrinador acaba adotando um critério diferente.

Em nossa visão, com suporte em doutrina já consolidada, são pressupostos processuais de existência da relação processual:

a) *investidura do juiz*: O juiz que irá julgar o processo tem de estar previamente investido na jurisdição, vale dizer: a pessoa que preenche os requisitos previstos na lei constitucional e infraconstitucional para o exercício da magistratura;

b) *demanda regularmente formulada*: A demanda está regularmente formulada quando contém: partes, o pedido, causa de pedir e quando é apresentada em juízo atendendo aos requisitos legais (art. 319 do CPC, e art. 840, da CLT).

São pressupostos de validade:

a) *competência material*: Somente poderá julgar o processo o órgão jurisdicional que seja competente em razão da matéria. Se o juiz não tiver competência material para atuar no processo, ele será nulo;

b) *imparcialidade do juiz*: A imparcialidade do juiz é um pressuposto processual de validade do processo. Por isso, caso um juiz impedido atue no processo, ele será nulo. Se o juiz for suspeito, o processo será anulável;

c) *capacidades das partes*: As partes devem ter capacidade para ser parte e para estar em juízo. A capacidade de ser parte é adquirida com o nascimento com vida (capacidade de direito); já a capacidade para estar em juízo (capacidade de fato), somente os absolutamente capazes a possuem nos termos da lei civil, podendo estar em juízo por si sós. Os absolutamente incapazes serão representados em juízo por seus pais, tutores ou curadores. Os relativamente incapazes serão assistidos em juízo. A capacidade de postular em juízo (*jus postulandi*) é atribuída

aos advogados regularmente habilitados na Ordem dos Advogados do Brasil (art. 133 da CF em cotejo com a Lei n. 8.906/94). A lei admite que a parte possa postular em juízo sem a necessidade de advogado se for advogado, no juizado especial civil, para as causas de até 20 salários mínimos (Lei n. 9.099/95) e, na Justiça do Trabalho, quando a controvérsia envolver empregados e empregadores (art. 791 da CLT);

d) *inexistência de fatos extintivos da relação jurídica processual*: Os fatos extintivos provocam a extinção prematura da relação jurídica processual. A doutrina também os denomina de *pressupostos processuais negativos*, quais sejam: a inexistência de perempção, litispendência, convenção de arbitragem, etc.;

e) *respeito às formalidades do processo*: Os atos processuais devem ser praticados em consonância com os requisitos previstos em lei, sob consequência de nulidade.

Segundo *Liebman*, se a ação se refere a uma situação determinada e individualizada, deve o direito de agir estar condicionado a alguns requisitos que precisam ser examinados, como preliminares do julgamento da pretensão.

Para *Chiovenda*, as condições da ação são necessárias para se obter um pronunciamento favorável.

No nosso sentir, as condições da ação são requisitos que deve conter a ação para que o juiz possa proferir uma decisão de mérito, julgando a pretensão trazida a juízo.

Na primeira teoria de *Liebman*, as condições da ação eram: legitimidade, interesse e possibilidade jurídica.

Posteriormente, *Liebman* alterou sua teoria quanto às condições da ação, para reduzi-la a duas, quais sejam: o interesse de agir e a legitimidade, retirando a possibilidade jurídica do pedido como integrante das condições da ação. A possibilidade jurídica do pedido, segundo ele, integra o interesse processual, pois, se o pedido é juridicamente impossível, a parte não tem interesse processual em obtê-lo judicialmente.

O Código de Processo Civil brasileiro de 1973 adotou a primeira teoria de *Liebman* quanto às condições da ação. Desse modo, no Direito Processual Civil brasileiro, as condições da ação são: legitimidade, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido.

Nesse sentido dispõe o art. 267, VI, do CPC/73: Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (...) VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual.

Dispõe o artigo 17 do CPC/15:

“Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”.

Somente quem postular uma pretensão em juízo deve preencher os requisitos da legitimidade e interesse, vale dizer: o autor, já que o réu não necessita, necessariamente, de legitimidade e interesse para apresentar contestação.

Como bem advertiu Costa Machado⁴: “o direito de defesa, que se expressa precipuamente pelo direito de oferecer contestação, não se subordina a nenhuma das condições da ação, mas apenas à circunstância de o réu ter sido citado . As condições da ação são os requisitos de existência do direito a uma sentença de mérito e que se traduzem na titularidade ativa e passiva, em tese, da relação jurídica afirmada em juízo”.

Seguindo a tendência da moderna doutrina, o Código de Processo Civil restringiu as condições da ação a apenas duas, quais sejam: o interesse e a legitimidade. A possibilidade jurídica do pedido deixou de ser condição da ação.

Alguns doutrinadores, diante do referido dispositivo legal, chegam até mesmo a defender a extinção do instituto das *condições da ação* do Código atual, pois este não faz mais referência a elas como o fazia o CPC/1973 (artigo 267, inciso VI), incluindo o interesse e a legitimidade nos pressupostos processuais, ou na categoria de questões preliminares.

Desse modo, as condições da ação estariam dentro da categoria dos pressupostos processuais, sendo ambos – tantos os pressupostos processuais como as condições da ação – como *pressupostos necessários para julgamento de mérito*.

Nesse sentido defende Fredie Didier Jr⁵:

“Não há mais razão para o uso, pela ciência do processo brasileira, do conceito ‘condições da ação’. A legitimidade *ad causam* e o interesse de agir passarão a ser explicados com suporte no repertório teórico dos pressupostos processuais. A legitimidade e o interesse passarão, então, a constar da exposição sistemática dos pressupostos processuais de validade: o interesse, como pressuposto de validade objetivo extrínseco; legitimidade, como pressuposto de validade subjetivo relativo às partes”.

Ainda é cedo para uma posição definitiva se, efetivamente, a categoria das condições da ação foram extintas, não obstante, a sistemática de aferição concreta do interesse processual e da legitimidade continua a mesma.

De nossa parte o novo CPC não extinguiu a categoria *das condições da ação*, já que não o fez expressamente. Apenas fez adequação do texto legal às modernas doutrina e jurisprudência. Além disso, o interesse e a legitimidade estão diretamente relacionados à

⁴ Código de Processo Civil Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 14ª ed. São Paulo: Manole, 2015, p. 5.

⁵ Curso de Direito Processual Civil. 17ª ed. Vol. 1. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 306.

viabilidade da pretensão posta em juízo. A interpretação sistêmica dos artigos 17 e 483 do CPC/15⁶, não sinaliza nesse sentido.

Nesse sentido defendem Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello⁷:

“Não há porque deixar de considerar interesse e legitimidade como condições da ação. O dispositivo ora comentado diz que o preenchimento destes requisitos é necessário para que se possa postular em juízo – expressão, aliás, mas ampla do que propor a ação (ou contestá-la)”.

Como conceito geral, interesse é utilidade. Consiste numa relação de complementaridade entre a pessoa e o bem, tendo aquela necessidade deste para a satisfação de uma necessidade da pessoa (*Carnelutti*). Há o interesse de agir quando o provimento jurisdicional postulado for capaz de efetivamente ser útil ao demandante, operando uma melhora em sua situação na vida comum — ou seja, quando for capaz de trazer-lhe uma verdadeira tutela, a tutela jurisdicional⁸.

Ensina Liebman⁹:

"Legitimação para agir (*legitimatío ad causam*) é a titularidade ativa e passiva da ação. O problema da legitimação consiste em individualizar a pessoa a quem pertence o interesse de agir (e, pois, a ação) e a pessoa com referência à qual (*nei cui onfronti*) ele existe; em outras palavras, é um problema que decorre da distinção entre a existência objetiva do interesse de agir e a sua pertinência subjetiva".

É a legitimidade, conforme a doutrina, a pertinência subjetiva da ação, ou seja, quais pessoas têm uma qualidade especial para postular em juízo, pois têm ligação direta com a pretensão posta em juízo. No processo de conhecimento a legitimidade deve ser aferida no plano abstrato. Desse modo, está legitimado aquele que se afirma titular do direito e em face de quem o direito é postulado.

Conforme classificação da doutrina, a legitimidade pode ser:

- a) *exclusiva*: uma só pessoa tem legitimidade para atuar em determinada causa;
- b) *concorrente*: caracteriza-se quando a lei faculta a mais de uma pessoa defender o mesmo direito;

⁶ Artigo 485, do CPC: “O juiz não resolverá o mérito quando: (...) IV verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; (...)VI- verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual”.

⁷ Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015, p. 80.

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Volume I. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 300

⁹ Manual de direito processual civil. v. 1. 3ª ed. São Paulo: Malheiros: 2005, p. 208.

c) *extraordinária*: caracteriza-se quando alguém, autorizado por lei, pode vir a juízo postular, em nome próprio, direito alheio (artigo 18 do CPC/15¹⁰)

Conforme nos traz a doutrina, o pedido é juridicamente possível quando, em tese, é tutelado pelo ordenamento jurídico, não havendo vedação para que o judiciário aprecie a pretensão posta em juízo.

Diante do CPC/15, a possibilidade jurídica do pedido não é mais uma condição da ação. Desse modo, duas interpretações são possíveis:

a) se o pedido é juridicamente impossível, a parte não terá interesse processual, devendo o Juiz extinguir o processo sem resolução do mérito;

b) o pedido juridicamente impossível deve ser julgado improcedente, pois não é tutelado pelo direito.

De nossa parte, se o pedido for juridicamente impossível, deverá ser julgado improcedente, pois não resguardado pelo direito, sendo a decisão de mérito, qual seja: declaratória negativa.

Para *Dinamarco*, o objeto do processo é a pretensão a um bem da vida, quando apresentada ao Estado juiz em busca de reconhecimento ou satisfação. Mérito é a pretensão ajuizada que em relação ao processo é seu objeto.

Alguns autores falam em lide como sinônimo de mérito. No nosso sentir, a lide preexiste ao processo, pois é o conflito de interesse qualificado por uma pretensão resistida. Para *Liebman*, o objeto do processo é somente a porção da lide trazida ao juiz.

Na fase de conhecimento, o mérito consiste na pretensão posta em juízo, consistente em impor uma obrigação ao réu de pagar, dar, fazer ou não fazer. Na execução, o mérito consiste na pretensão de obrigar o devedor a satisfazer a obrigação consagrada no título que detém força executiva.

3. Primazia do Julgamento de mérito e a teoria da asserção na aferição das condições da ação:

Dispõe o artigo 4º do CPC/15:

“As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

¹⁰ Art. 18, do CPC/15: “Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico. Parágrafo único. Havendo substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial”.

Diante do referido dispositivo legal, o novo CPC prioriza o julgamento de mérito, como forma eficaz de resolução dos conflitos de interesse e pacificação social, uma vez que a extinção prematura do processo sem resolução de mérito, quando for possível julgá-lo é frustrante para o jurisdicionado, consome precioso tempo do Judiciário, custa caro ao Estado, e não resolve o conflito.

Nesse sentido, também dispõe o artigo 488 do CPC/15, “in verbis”:

“Desde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do art. 485”.

Em razão dos princípios do acesso à justiça, da inafastabilidade da jurisdição, e do caráter instrumental do processo, a moderna doutrina criou a chamada *teoria da asserção* de avaliação das condições da ação, também chamada de aferição *in statu assertionis*. Segundo essa teoria, a avaliação das condições da ação deve ser realizada mediante a simples indicação da inicial, independentemente das razões da contestação e também de prova do processo. Se, pela indicação da inicial, estiverem presentes a legitimidade, e o interesse de agir, deve o juiz proferir decisão de mérito.

Nesse sentido ensina *Kazuo Watanabe*¹¹:

"O juízo preliminar de admissibilidade do exame do mérito se faz mediante o simples confronto entre a afirmativa feita na inicial pelo autor, considerada *in statu assertionis*, e as condições da ação, que são possibilidade jurídica, interesse de agir e legitimidade para agir. Positivo que seja o resultado dessa aferição, a ação estará em condições de prosseguir e receber o julgamento do mérito".

No mesmo diapasão é a visão de *Jorge Pinheiro Castelo*¹²:

"[...] é errônea a noção de que as condições da ação devam ser aferidas segundo o que vier a ser concretamente comprovado no processo, após o exame das provas, em vez de aferidas tendo em conta a afirmativa feita pelo autor na exordial, com abstração da situação de direito material efetivamente existente. As condições da ação como requisitos para o julgamento do mérito, consoante ensina a reelaborada teoria do direito abstrato de agir, devem ser aferidas *in statu assertionis*, ou seja, à vista do que se afirmou na exordial. Positivo que seja este exame, a decisão jurisdicional estará pronta para julgar o mérito da ação".

*Dinamarco*¹³ critica a teoria da asserção dizendo que não basta que o demandante descreva formalmente uma situação em que estejam presentes as condições da ação. É preciso que elas existam. Assevera que só advogados despreparados iriam incorrer em carência da ação.

¹¹ Da cognição no processo civil. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 62.

¹² O direito processual do trabalho na moderna teoria geral do processo. 2. ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 161.

¹³ Op. cit. p. 313-315.

Ainda há entendimentos na doutrina e jurisprudência no sentido de que as condições da ação, no Processo do Trabalho, devem ser avaliadas em concreto, segundo a prova dos autos.

Nesse sentido a seguinte ementa:

Vínculo de emprego — Carência de ação. Se a prova produzida aponta no sentido de que a relação havida entre as partes era outra que não a de emprego, nos moldes do art. 3º da CLT, o reclamante deve ser considerado carecedor de ação trabalhista, por impossibilidade jurídica dos pedidos formulados contra o pretense empregador. Se não existe contrato de emprego regido pela CLT, os direitos trabalhistas são juridicamente inexistentes. (TRT 3ª R. - 3ª T. - RO n. 73/2005.152.03.00-5 - rel. Bolívar Viegas Peixoto - DJMG 4.2.06 - p. 3) (RDT n. 03 - março de 2006)

Entretanto, tal posicionamento não é mais dominante na doutrina e jurisprudência atuais. A prática na Justiça do Trabalho nos tem mostrado que foi adotada, no processo trabalhista, a teoria da asserção para aferição das condições da ação.

Desse modo, desde que, pela indicação da inicial, o juiz possa avaliar se há a legitimidade, o interesse e a possibilidade jurídica do pedido, independentemente da prova do processo e das alegações de defesa, deve enfrentar as questões de mérito.

Ao valorar a prova e se convencer de que não estão presentes os requisitos do vínculo de emprego, no nosso sentir, deverá o Juiz do Trabalho julgar improcedentes os pedidos que têm suporte na pretendida declaração do vínculo de emprego e não decretar a carência da ação, pois esta decisão é extintiva do processo sem resolução de mérito, provocando insegurança jurídica. Considerando-se que ainda há acirradas discussões na doutrina e jurisprudência se a decisão que extingue o processo sem resolução de mérito por carência da ação, mas após a análise do quadro probatório do processo, terá, ou não, a qualidade da coisa julgada material, é mais seguro, efetivo, e ainda prestigia a jurisdição, o juiz decretar a improcedência.

O novo CPC, ao priorizar o julgamento de mérito, de nossa parte, consagra a teoria da asserção na aferição das condições da ação.

Temos observado, na prática, em muitas ocasiões nas quais o Juiz do Trabalho se convenceu de que não havia vínculo de emprego, mas, ao invés de julgar improcedente o pedido, decretou a carência, o reclamante renovar o processo em outra Vara e obter sucesso em sua pretensão, o que desprestigia a Justiça, pois haverá, na verdade, dois pronunciamentos de mérito sobre a mesma questão.

No nosso sentir, a teoria da asserção (*in statu assertionis*) é a que melhor se adapta ao processo trabalhista, considerando-se os princípios da celeridade, efetividade,

simplicidade, acesso do trabalhador à justiça, duração razoável do processo e efetividade. Além disso, sempre que possível, deve o Juiz do Trabalho apreciar o mérito do pedido. Não há decisão mais frustrante para o jurisdicionado que buscar a tutela de sua pretensão, e também para a parte que resiste à pretensão do autor, receber como resposta jurisdicional uma decisão sem apreciação do mérito quando for possível ao juiz apreciá-lo. Somente a decisão de mérito é potencialmente apta a pacificar o conflito. Como adverte *Calamandrei: Pacificar o conflito é muito mais que aplicar a lei*.

Como bem assevera *Kazuo Watanabe*¹⁴:

"As 'condições da ação' são aferidas no plano lógico e da mera asserção do direito, a cognição a que o juiz procede consiste em simplesmente confrontar a afirmativa do autor com o esquema abstrato da lei. Não se procede, ainda, ao accertamento do direito afirmado. [...] São razões de economia processual que determinam a criação de técnicas processuais que permitam o julgamento antecipado, sem a prática de atos processuais inteiramente inúteis ao julgamento da causa. As 'condições da ação' nada mais constituem que técnica processual instituída para a consecução desse objetivo".

Nesse sentido, é a visão de *Carlos Henrique Bezerra Leite*¹⁵:

"Pensamos, assim, que a questão da legitimação deve ser aferida, em princípio, *in abstracto*. Se o autor alega que era empregado da ré, o caso é de se rejeitar a preliminar de ilegitimidade ativa ou passiva, devendo o juiz enfrentar, através da instrução probatória, se a referida alegação era ou não verdadeira. Se as provas revelarem inexistência de relação empregatícia, o caso é de improcedência do pedido e não de carência do direito de ação".

No aspecto, cumpre destacar a seguinte ementa:

ILEGITIMIDADE DE PARTE. TEORIA DA ASSERÇÃO. Não se cuida de ilegitimidade de parte o quanto se refere à legitimidade passiva como se aduz em relação à segunda reclamada porque pertinente sua figuração no polo passivo, tendo em vista que aquele que o reclamante considera ser o responsável (principal, solidário ou subsidiário) pelo pagamento dos créditos postulados, detém legitimidade para figurar no polo passivo da ação. Adota-se a teoria da asserção. (TRT/SP - 02756004520085020046 - RO - Ac. 17ª T. - 20120791158 - rel. Álvaro Alves Nôga - DOE 13.7.2012)

4.A questão da correção dos pressupostos processuais – contraditório prévio:

¹⁴ Op. cit. p. 94.

¹⁵ Op. cit. p. 379.

Os princípios do acesso real à justiça, contraditório efeito, duração razoável do processo, e primazia do julgamento de mérito, que norteiam o novo Código de Processo Civil, buscando a solução integral ao conflito, impõe ao magistrado o dever de determinar, sempre que possível o saneamento de nulidade e o suprimento de pressuposto processual.

Esses princípios já são considerados, no cotidiano forense, pelos Juízes do Trabalho, uma vez que buscam, sempre que possível corrigir eventuais defeitos processuais, principalmente os que envolvem a petição inicial e a tramitação do procedimento, a fim de propiciar o julgamento de mérito.

O novo Código de Processo Civil exige prévio diálogo entre juiz e partes para a extinção do processo por falta de pressuposto processual, mesmo nas questões que possa conhecer de ofício. Nesse sentido é expressivo o artigo 10 do CPC, de aplicação subsidiária ao processo trabalhista:

“O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

O presente dispositivo prestigia o chamado *contraditório real*, sob o aspecto do direito de influência da parte no convencimento judicial, e também ao magistrado maior segurança no momento de decidir, principalmente em matéria relacionada a pressuposto processual.

Expressivo, também o disposto no artigo 139, IX do CPC, que possibilita ao magistrado determinar, sempre que possível o saneamento de nulidades no processo. Com efeito, dispõe o referido dispositivo legal, também de perfeita sintonia com o processo do trabalho:

“O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

(...)IX – determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais”.

Outra providência importante nessa principiologia da instrumentalidade, aplicável subsidiariamente ao Processo do Trabalho, é a possibilidade do magistrado, uma vez interposto o recurso em face da decisão que extingue o processo sem resolução de mérito nas

hipóteses dos incisos do artigo 485, do CPC¹⁶, de se retratar (efeito regressivo do recurso), e determinar o prosseguimento do feito, buscando a decisão de mérito.

Conclusões:

a)O novo Código de Processo Civil aplica-se de forma supletiva e subsidiária ao Processo do Trabalho, nas omissões da legislação processual trabalhista, desde que compatível com a principiologia deste;

b)O novo Código de Processo Civil não extinguiu a categoria das condições da ação;

c)não estando presente a possibilidade jurídica do pedido, a pretensão deve ser julgada improcedente;

d)sempre que possível, devem ser supridos os pressupostos processuais, buscando o julgamento de mérito.

Bibliografia:

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. Curso de Direito Processual do Trabalho. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUENO, Cássio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil Anotado. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁶ Art. 485 do CPC: O juiz não resolverá o mérito quando: I – indeferir a petição inicial; II – o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes; III – por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias; IV – verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; V – reconhecer a existência de preempção, de litispendência ou de coisa julgada; VI – verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual; VII – acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência; VIII – homologar a desistência da ação; IX – em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal; e X – nos demais casos prescritos neste Código. § 1º Nas hipóteses descritas nos incisos II e III, a parte será intimada pessoalmente para suprir a falta no prazo de 5 (cinco) dias. § 2º No caso do § 1º, quanto ao inciso II, as partes pagarão proporcionalmente as custas, e, quanto ao inciso III, o autor será condenado ao pagamento das despesas e dos honorários de advogado. § 3º O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado. § 4º Oferecida a contestação, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação. § 5º A desistência da ação pode ser apresentada até a sentença. § 6º Oferecida a contestação, a extinção do processo por abandono da causa pelo autor depende de requerimento do réu. § 7º Interposta a apelação em qualquer dos casos de que tratam os incisos deste artigo, o juiz terá 5 (cinco) dias para retratar-se.

COSTA MACHADO. Código de Processo Civil Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 14ª ed. São Paulo: Manole, 2015.

CASTELO, Jorge Pinheiro. O direito processual do trabalho na moderna teoria geral do processo. 2. ed. São Paulo: LTr, 1996.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Volume 1. 17 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Volume I. São Paulo: Malheiros, 2001.

FUX, Luiz; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo CPC Comparado. São Paulo: Método, 2015.

LIEBMAN, Enrico Túlio. Manual de direito processual civil. v. 1. 3ª ed. São Paulo: Malheiros: 2005.

SCHIAVI, Mauro. Manual de Direito Processual do Trabalho. 8. ed. São Paulo: LTr, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015.

WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.