

**AS TUTELAS
PROVISÓRIAS
NO PROCESSO
DO TRABALHO**

1.^a Edição — Janeiro de 2018
2.^a Edição — Junho de 2023

AUTORIA

MANOEL ANTONIO TEIXEIRA FILHO



AS TUTELAS PROVISÓRIAS NO PROCESSO DO TRABALHO

**2ª EDIÇÃO
2023**



LTr Editora Ltda.

© Todos os direitos reservados

Rua Jaguaribe, 571
CEP 01224-003
São Paulo, SP — Brasil
Fone: (11) 2167-1101
www.ltr.com.br
Junho, 2023

Projeto Gráfico e Editoração Eletrônica: Peter Fritz Strotbek – The Best Page
Projeto de Capa: Danilo Rebello
Impressão: Log & Print Gráfica e Logística

Versão impressa: LTr 6420.8 — ISBN 978-65-5883-251-5
Versão digital: LTr 9889.1 — ISBN 978-65-5883-252-2

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Teixeira Filho, Manoel Antonio

As tutelas provisórias no processo do trabalho [livro eletrônico] / Manoel Antonio Teixeira Filho. — 2. ed. — São Paulo : LTr, 2023.
ePub

Bibliografia.
ISBN 978-65-5883-252-2

1. Direito processual do trabalho 2. Direito processual do trabalho — Brasil
3. Medidas cautelares — Brasil 4. Tutela provisória I. Título.

23-159353

CDU-347.9:331(81)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Tutela provisória : Direito processual
do trabalho 347.9:331(81)

Eliane de Freitas Leite – Bibliotecária – CRB 8/8415

*Aos netos:
Manuelzinho, Carolina,
Vanessa e Isadora —
com profundo carinho.*

Índice Sistemático da Matéria

Preâmbulo	11
PRIMEIRA PARTE — PROPEDÊUTICA	
Capítulo I — Ação: Natureza Jurídica e Conceito	17
1. Natureza Jurídica da Ação	20
a) Teoria civilista	20
b) Teoria do direito concreto	23
c) Teoria do direito potestativo	24
d) Teoria do direito abstrato	27
e) Outras teorias	29
f) A ação trabalhista em face das teorias expostas	34
2. Conceito de ação	38
Capítulo II — Condições da Ação	47
a) Legitimidade “ <i>ad causam</i> ”	48
b) Interesse processual	49
Capítulo III — Princípios Processuais	52
Princípios	52
Classificação	57
a) Princípios constitucionais:	58
b) Princípios infraconstitucionais	58
a) Princípios constitucionais	59
1. Devido processo legal	59
Regras moderadoras das nulidades processuais	64
a) Transcendência	64
b) Instrumentalidade	65
c) Proteção	67
d) Convalidação	68
2. Inafastabilidade da jurisdição	70
3. Juiz natural	74

4. Juízo competente	77
5. Igualdade de tratamento.....	78
6. Contraditório e ampla defesa	81
7. Publicidade.....	88
8. Liceidade dos meios de prova.....	91
9. Fundamentação das decisões.....	96
10. Razoável duração do processo	101
11. Proibição de prisão civil por dívida	103
b) Princípios infraconstitucionais	110
1. Da demanda	111
2. Impulso oficial.....	116
3. Preclusão.....	120
4. Oralidade	123
a) Predomínio da palavra oral	123
b) Imediatidade do juiz	125
c) Identidade física do juiz	126
d) Concentração dos atos do procedimento.....	127
5. Economia.....	133
6. Lealdade.....	135
7. Livre investigação das provas	142
8. Valoração das provas	145
a) Prova legal	145
b) Livre convencimento	146
c) Persuasão racional.....	146
9. Duplo grau de jurisdição.....	149
10. Eventualidade.....	156
11. Impugnação especificada dos fatos	158
12. Informalidade dos atos	160
13. Sucumbência.....	161
14. Estabilidade da lide	164
a) Aspecto subjetivo	164
b) Aspecto objetivo	165
15. Inalterabilidade dos prazos peremptórios.....	166
16. Renúncia aos prazos.....	168
17. Ônus da prova.....	169
18. Cooperação	170
19. Da proporcionalidade	171
20. Da eficiência.....	173
21. Da vedação à decisão-surpresa.....	173

Capítulo IV — Tutela Jurisdicional. Tutela Definitiva e Tutela Provisória	180
1. Tutela jurisdicional	180
2. Tutela definitiva.....	183
3. Tutela provisória	185
A cognição no quadro geral das tutelas jurisdicionais.....	189

**SEGUNDA PARTE — COMENTÁRIOS ÀS DISPOSIÇÕES
DO CPC SOBRE TUTELA PROVISÓRIA
(SOB A PERSPECTIVA DO PROCESSO DO TRABALHO)**

Capítulo I — Tutela Provisória. Disposições Gerais	193
Art. 294	193
Comentário	193
Art. 295	195
Comentário	195
Art. 296	206
Comentário	206
Art. 297	210
Comentário	210
Art. 298	212
Comentário	212
Art. 299	213
Comentário	213
a) Tutela provisória de urgência antecedente	214
b) Tutela provisória de urgência, incidental	216
Particularidades	217
Autos ainda em primeiro grau	217
Autos no Tribunal, sem distribuição a relator	218
Tutela provisória e Fazenda Pública	219
Organograma das Tutelas Provisórias	220
Capítulo II — Da Tutela de Urgência	222
Art. 300	222
Comentário	222
Art. 301	234
Comentário	234
Art. 302	241
Comentário	241

Seção I – Do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente.....	244
Art. 303.....	244
Comentário.....	244
Art. 304.....	261
Comentário.....	261
Fluxograma I.....	267
Seção II – Do procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente.....	268
Art. 305.....	268
Comentário.....	268
Art. 306.....	297
Comentário.....	297
Art. 307.....	304
Comentário.....	304
Autonomia da instrução na tutela de urgência.....	326
Art. 308.....	333
Comentário.....	333
Art. 309.....	336
Comentário.....	336
Art. 310.....	342
Comentário.....	342
Capítulo III — Da Tutela da Evidência.....	345
Art. 311.....	
Comentário.....	345
Fluxograma III.....	349
Capítulo IV — Tutelas Provisórias, Julgamento Antecipado Integral do Mérito e Julgamento Antecipado Parcial do Mérito.....	351
Capítulo V — Enunciados Aprovados no Fórum Nacional de Processo do Trabalho (1.ª Reunião na Cidade de Curitiba/PR).....	354
Bibliografia.....	357

Preâmbulo

1. O CPC de 1973 estava dividido em cinco Livros, a saber: I – Do Processo de Conhecimento; II – Do Processo de Execução; III – Do Processo Cautelar; IV – Dos Procedimentos Especiais; e V – Das Disposições Finais e Transitórias.

As medidas cautelares, como é de fácil inferência, estavam compreendidas no Livro III (arts. 796 a 889); a antecipação dos efeitos da tutela era disciplinada no Livro I (art. 273).

No processo do trabalho, havia larga utilização das medidas cautelares inominadas, derivantes do notável *poder geral de cautela* que o art. 798, do CPC, atribuía aos magistrados, assim como da antecipação dos efeitos da tutela de mérito, designadamente, quando houvesse “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” (art. 273).

2. O CPC de 2015 alterou, profundamente, essa estrutura, pois foi bipartido em Parte Geral e Parte Especial. A Parte Geral compreende os Livros I a VI; a Especial enfeixa os Livros I a III. Há, ainda, o Livro Complementar, que se ocupa das Disposições Finais e Transitórias.

O Livro V, da Primeira Parte, versa sobre a Tutela Provisória, que compreende as Disposições Gerais (Capítulo I), a Tutela de Urgência (Capítulo II) e a Tutela da Evidência (Capítulo III).

3. Conforme se verifica, o CPC de 2015, no Livro V, fez uma espécie de fusão entre as medidas cautelares e a antecipação dos efeitos da tutela, que eram regulados pelo CPC de 1973.

Dentre as inovações inseridas nesse Livro, destaca-se a tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente, que pode se tornar estável se a decisão concessiva não for objeto de recurso (processo civil) ou de mandado de segurança (processo do trabalho). É o que consta do art. 304, *caput*, do CPC. Embora a decisão concessiva da tutela não produza coisa julgada, a revisão, reforma ou invalidação da tutela estabilizada será possível mediante decisão de mérito, proferida em ação específica, a ser exercida dentro de dois anos da ciência da decisão que extinguiu o processo em que se deu a referida estabilização (art. 304, §§ 2.º a 6.º).

As antigas medidas cautelares *nominadas* (arresto, sequestro, caução, busca e apreensão, exibição, produção antecipada de provas, justificação, protestos, notificações, interpelações e atentado) foram eliminadas, *como tais*. Algumas delas foram disseminadas, a títulos diversos, ao longo do Código: a busca e apreensão está contida na ampla previsão do art. 139, IV, que trata dos poderes e dos deveres do juiz; o arresto e o sequestro se converteram em tutela de urgência de natureza cautelar (art. 301); a produção antecipada de provas foi deslocada para o Processo de Conhecimento (arts. 381 e 383), o mesmo ocorrendo com a exibição de documentos (arts. 396 a 404); as notificações e as interpelações foram transferidas para os domínios dos Procedimentos de Jurisdição Voluntária (arts. 726 a 729); o atentado ficou insinuado no elenco dos deveres das partes e de seus procuradores (art. 77, VI).

4. Vista sob a perspectiva do processo do trabalho, a sistematização das tutelas provisórias, realizadas pelo CPC de 2015, se revela extrema complexidade, seja quanto às suas modalidades, seja quanto aos respectivos procedimentos. Basta ver que o legislador traçou procedimentos distintos para a tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente (arts. 303 e 304) e para a tutela de urgência cautelar requerida em caráter antecedente (arts. 305 a 310); além disso, não estabeleceu o procedimento alusivo a essas duas tutelas quanto requeridas de modo incidental, o mesmo se dando com a tutela da evidência.

Seguramente, com o decorrer do tempo, juízes, advogados e membros do Ministério Público do Trabalho acabarão por habituar-se a essa intrincada sistematização das tutelas provisórias, efetuada pelo CPC de 2015. Seja como for, torna-se de extrema relevância a conscientização de que a incidência dessas tutelas, no processo do trabalho, deve atender ao requisito da *compatibilidade* com este (CLT, art. 769), razão pela qual, em nome desse requisito fundamental, será necessário, em alguns casos, adaptar-se o procedimento referente às tutelas provisórias ao procedimento que é característico do processo do trabalho.

De *lege ferenda*, ao processo do trabalho, mercê de sua (ameaçada, aliás) tendência à simplificação objetiva, será suficiente atribuir aos magistrados um *poder geral de cautela*, cuja plasticidade ou maleabilidade haverá de ser suficiente para debelar todas as situações de periclitância de direito da parte. Esse processo do futuro também poderá conceder ao magistrado o poder de, em determinadas situações específicas, deferir medidas satisfativas, antes mesmo da sentença de mérito, como quando o réu estiver fazendo mau uso do direito de defesa, ou agindo com má-fé.

5. De resto, dividi o livro em duas Partes. Na Primeira, a que denominei de Propedêutica, lancei considerações próprias da teoria geral do processo, envolvendo a ação, sua natureza jurídica, seu conceito e condições para o

correspondente exercício. Também discorri sobre os princípios processuais, tanto de natureza constitucional quanto infraconstitucional, terminando por versar sobre as tutelas jurisdicionais definitiva e provisória. Na Segunda Parte, de caráter pragmático, efetuei comentários, sob a perspectiva do processo do trabalho, a cada artigo do CPC de 2015, pertinente ao universo das tutelas provisórias.

Os fluxogramas se destinaram a propiciar ao leitor uma visão ampla e sistematizada do procedimento alusivo, principalmente, às tutelas de urgência antecipada e de urgência cautelar, quando requeridas em caráter antecedente. O fluxograma concernente à tutela da evidência foi bastante simplificado.

Curitiba, janeiro de 2018

O Autor

Primeira Parte
Propedêutica

Ação: Natureza Jurídica e Conceito

É razoável intuir que um crítico algo precipitado se sentiria em boa sombra para não ver sentido em nosso propósito de dedicar, neste livro que versa essencialmente sobre *tutelas de urgência*, todo um Capítulo ao estudo da natureza jurídica e do conceito da ação; argumentaria, por suposto, que nossa atitude, além de impertinente, conduziria a uma larga incursão pelos domínios da doutrina do processo civil, sem qualquer proveito científico ou utilidade prática ao processo do trabalho.

A eventualidade de uma tal objeção sugere-nos redarguir, em prolepse, que a investigação doutrinária a respeito desses assuntos pertencentes à teoria geral do processo não é inadequada ao escopo da obra, no particular, nem desvaliosa aos interesses essenciais do processo trabalhista, no geral; as razões desta afirmativa, aliás, coincidem com os objetivos que nos inspiram a escrever o Capítulo: de um lado, valermo-nos da oportunidade para dar início, ainda que heterotopicamente, à inadiável tarefa de revisão doutrinal do processo do trabalho, mediante aprofundada reflexão científica acerca de alguns dos seus temas e institutos característicos, dentre os quais se inscreve e se destaca o da ação; de outro, efetuarmos, com base no resultado desse reexame, o bosquejo de uma *teoria geral* do processo trabalhista, sem embargo de reconhecermos, desde logo, que o processo — enquanto método ou técnica estatal de solução dos conflitos intersubjetivos de interesses — seja, em sua estrutura onto-teleológica, fundamentalmente unitário, de sorte a exigir que o seu conceito traga sempre o traço da homogeneidade.

Quando falamos, entretanto, em processo *do trabalho* não estamos, como se possa imaginar, desrespeitando a unidade ontológica do processo, mas apenas colocando em realce uma de suas *especialidades*, que se determina segundo a *natureza das lides* a que é destinado a compor.

Neste aspecto, vale ser lembrada a feliz alegoria, ideada por *Carnelutti*, em que o processo é representado por uma grande árvore, a crescer em um só tronco, até que, a partir de certa altura, surgem os diversos galhos. O tronco, no caso, é o processo, correspondendo os galhos às suas variadas ramificações (ou *especialidades*, como dissemos), que embora possam apresentar alguns

particularismos, de modo a diferenciá-las entre si, têm em comum o caule de que se originam e de cuja seiva se nutrem.

Devemos também precaver-nos em esclarecer que a alusão, feita há pouco, a *processo* foi no sentido rigorosamente técnico do vocábulo, porquanto estávamos a pressupor a existência de *lide* — qualificada, na doutrina carnelluttiana, por uma pretensão resistida e insatisfeita. É elementar, por isso, que, em rigor, a ausência de *lide*, em determinada hipótese, somente nos autorizará a cogitar de mero *procedimento*, nunca de *processo*.

Creemos, de outro ponto, que não nos abandonará o senso de comediamento se afirmarmos que em matéria de sistematização científica do processo trabalhista a doutrina avançou (a despeito de seu esforço) muito pouco até os dias da atualidade, razão por que quase tudo está para ser construído nesse campo. Podemos mesmo asseverar que, sob esse prisma, o processo do trabalho ainda se encontra em sua proto-história; o que é, no mínimo, preocupante, se levarmos em conta o atual estágio de evolução científica do processo civil.

Essa falta de elaboração doutrinária, como é de sua índole, acabou por refletir-se nas próprias estruturas normativas trabalhistas, bastando argumentar, *e.g.*, com o fato de a CLT designar de *reclamação (sic)* aquilo que, em linguagem depurada pela ciência processual, e já coberta pela pátina dos séculos, o processo comum denomina, em melhor técnica, de *ação*. Idêntica impropriedade terminológica também se verifica quanto à *notificação*, utilizada pela CLT para significar, de maneira indistinta, a intimação e a citação — formas de comunicação dos atos procedimentais que possuem conceitos e finalidades inconfundíveis. Além disso, o termo *notificação*, na vigência do CPC de 1973, era empregado para nomear uma das providências cautelares típicas (CPC, art. 867).

É até provável que com a adoção dessa nomenclatura peculiar (que não se circunscreve às figuras mencionadas) tenha o legislador trabalhista de 1943 procurado assinalar a desejada autonomia do processo do trabalho — conquanto esta conclusão seja infirmada pelo art. 769, da CLT, que constitui uma espécie de reconhecimento solene quanto à insuficiência numérica das normas processuais trabalhistas para atender, satisfatoriamente, às necessidades que a realidade prática sói manifestar. Ademais, merece censura o deslize técnico evidenciado nesse artigo, em considerar o processo civil como “fonte” do processo do trabalho; *venia concessa*, a ocasional incidência de normas forâneas neste processo especializado — mesmo que feita à luz do preceito legal permissivo — não as transformam, como pensou o legislador, em *fonte* deste, exceto se as palavras já não significam o que os bons léxicos ensinam. Tais normas têm, unicamente, caráter *supletivo*, pois se destinam

a suprir lacunas do sistema do processo do trabalho. São, por assim dizer, normas de colmatação deste processo.

De qualquer forma, assume ares de romantismo acadêmico imaginar-se que a autonomia enciclopédica do processo do trabalho seja obtível por intermédio de um rompimento simplista com a terminologia tradicional, como se a mera substituição do envoltório tivesse o condão de transmutar o conteúdo do recipiente.

Daí vem, que a efetiva autonomia do processo trabalhista — que todos buscamos — haverá de ser produto de metódica e perseverante atividade de cerebração científica, sendo de desprezar-se, por inútil, qualquer critério que se funde apenas em epidérmicas modificações terminológicas. Cumpre à inteligência doutrinária, portanto, lançar-se o quanto antes a essa instante revisão de conceitos, princípios, temas e institutos singulares do processo do trabalho, cuidando de colocar à frente, nesse afanoso mister de (re)construção, aquela que nos parece constituir a principal finalidade — quer do ponto de vista jurídico, quer do ideológico — desse processo: *servir, com a máxima fidelidade, ao direito material a que corresponde.*

Não se vislumbre na menção a essa *correspondência* uma nossa deliberada tentativa de provocar a involução dos estudos doutrinários do processo (*lato sensu*); jamais desejamos fazer perigosa concessão ao passado, para efeito de ressuscitarmos a equivocada teoria civilista (ou imanentista) da ação, liderada por *Savigny*, de acordo com a qual o direito de agir em juízo condiciona-se à existência do *correspondente* direito substancial. Está em nossa intenção demonstrar, no item subsequente, que a ação, opostamente ao sustentado pela precitada teoria, firmou-se, nos tempos modernos, como um direito *abstracto* de agir, a significar que o seu exercício não está, necessariamente, subordinado a que o autor possua razão jurídica ou o direito invocado. Cabe-nos rememorar que *Adolfo Wach*, ao argumentar com as ações declaratórias *negativas*, golpeou de morte a teoria da ação como um direito *concreto* de impetrar a tutela jurisdicional do Estado.

A revisão doutrinária do processo trabalhista — que preconizamos e principiamos a realizar neste Capítulo — não deve ser interpretada à conta de banal amor à novidade, com ser destituída, em virtude disso, de objetivos mais sérios; esse desiderato de ampla revisão exprime, acima de qualquer coisa, a necessidade de estimular um progresso verdadeiramente científico da disciplina, como medida tendente a adequá-la às exigências da atualidade, sob pena de perda da própria identidade enciclopédica desse processo especializado. Como adverte *Chiovenda (La Riforma del Procedimento Civile, Roma, 1911, p. 4)*, em muitos casos, como o que estamos a apreciar, “*Convien decidersi a una riforma fondamentale o rinunciare alla speranza di un serio progresso*”.

Sábria regra de prudência alvitra, de outro lado, que nessa obra de reconstrução doutrinária — e, mais tarde, legislativa — sejam preservados aqueles institutos incorporados ao texto vigente, que a experiência acumulada ao longo dos anos esteja a comprovar serem convenientes aos objetivos da reforma; afinal, é sabido que o progresso dos povos e da ciência decorre, em grande parte, do descortino de bem saber distinguir entre o que é bom e o que é mau para si; entre, pois, o que deve ser mantido e o que deve ser posto à margem. E, nesse ato de escolha racional de busca de alternativas, não devem existir fronteiras entre o passado, o presente e o futuro, uma vez que, na lúcida ponderação de *Niceto Alcalá-Zamora y Castillo*, “*El reformador no debe olvidar nunca que por muy viejo que sea un edificio siempre de su derribo se obtienen materiales para construcciones futuras*” (*Principios Teóricos y Políticos de una Reforma Procesal*, Honduras, 1950, p. 7 e segs.).

Assim como a natureza não dá saltos, a revisão científica do processo do trabalho haverá de ser lenta e gradativa, para ser profunda e sensata, preparando, dessa forma, o material que deverá ser colocado à disposição do legislador, no futuro. Urge, porém, que se dê início a esse movimento de reexame, se não pretendermos que os tempos vindouros venham a deitar-nos justas críticas por nosso imobilismo e apatia diante desse desafio, a par de atribuir-nos culpa pelas deficiências do processo que se instituir de *lege ferenda*.

A consciência dessa reprovação do porvir impôs-nos um agir imediato, mesmo sabendo que nesse tipo de empreitada os naturais desacertos tendem a comprometer os sadios propósitos que levam a realizá-la.

Eis as razões que nos levaram a escrever este Capítulo — como se houvesse um dever de justificá-las.

1. Natureza Jurídica da Ação

a) Teoria civilista

A doutrina do direito romano — tendo em *Celso* um dos seus preeminentes representantes — concebia a ação como o direito de postular em juízo o que fosse devido (*actio nihil aliud est quam ius perseguendi in iudicio quod sibi debeat*); em virtude disso, ação e processo eram considerados simples capítulos do direito material, sem que lhes fosse reconhecida qualquer autonomia científica.

Mais tarde, juristas de diversas nacionalidades — embora sob acentuada influência da concepção romana — empenharam-se na investigação a respeito da *natureza jurídica* da ação. Resultado dessa intensa prospecção

doutrinária foi o surgimento da teoria (ou escola) *civilista* (também dita clássica, ou imanentista), que encontrou em *Savigny* o seu agente de difusão e de consequente consolidação. Em breve tempo, a grande maioria dos pensadores aderiu a essa doutrina, dentre os quais alguns brasileiros, como foi o caso de *João Monteiro*.

De acordo com a teoria em foco, a ação representa o próprio direito material em estado de reação a uma violência, já concretizada ou na iminência de vir a ser; por outros termos, a ação fica reduzida à mera qualidade do direito substancial. Em decorrência da profunda infiltração dessa doutrina no pensamento de quase todos os juristas da época, os conceitos de ação, que estes vieram a formular, conduziam a certas conclusões comuns, que podem ser assim sintetizadas: 1) inexistente ação sem direito material; 2) não há direito sem ação que o assegure; 3) a ação se subordina à natureza do direito material lesado ou ameaçado.

É certo que cada jurista procurou imprimir a marca de sua individualidade ao enunciar uma opinião acerca da natureza jurídica da ação, conquanto permanecesse a uni-los o princípio medular de que a ação estava umbilicalmente ligada ao direito material, que lhe dava — por assim dizer — expressão jurídica. Daí por que *Savigny* definiu a ação como o direito substancial a movimentar-se em consequência da violação sofrida; para *Vinnius*, ela representava o direito material em estado de guerra, reagindo contra a ofensa ou a ameaça; *Mattirolo* a considerava uma posição assumida pelo direito; *Filomusi Guelfi*, por seu turno, identificava na ação uma propriedade, elemento, qualidade, função, anexo do direito material, ou seja, mantinha a posição central da doutrina civilista, aos olhos da qual a ação surge como o próprio direito subjetivo material assumindo uma atitude de reação a um constrangimento.

Ao dispor, a propósito, em seu art. 75, que “*A todo direito corresponde uma ação, que o assegura*”, o Código Civil Brasileiro de 1916 demonstrava haver incorporado a doutrina civilista da ação, sendo proveitoso ressaltar que o citado Código, instituído pela Lei n. 3.071, de 1.º de janeiro de 1916, entrou em vigor a 1.º de janeiro do ano seguinte (art. 1.806), sendo, posteriormente, revogado (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002). O novo Código não repetiu a norma contida no anterior.

Essa teoria, contudo, acabou — em virtude do amadurecimento das reflexões sobre o tema — recebendo duras objeções, na medida em que ficava a dever uma explicação juridicamente razoável diante de certas indagações, como qual teria sido o direito de o autor provocar o exercício da função jurisdicional do Estado quando a sentença viesse a declarar que *não* possuía o direito material alegado. Com efeito, se, na linha de entendimento da doutrina civilista, a ação nada mais representava do que um reagir do direito a uma lesão ou ameaça,

como justificar que o autor teve, na hipótese, ação sem possuir o *correspondente* direito material? A mesma dificuldade lógica era enfrentada por essa teoria em face das ações declaratórias *negativas*, cuja finalidade é, caracteristicamente, obter um provimento jurisdicional declarativo da *inexistência* do direito material ou da relação jurídica. Tais ações ainda estão presentes nos ordenamentos processuais modernos, onde o interesse do autor pressupõe, exatamente, a *inexistência de relação jurídica*.

Em meados do século XIX — precisamente em 1856 — *Bernard Windscheid*, professor na Universidade de Greifswald, publica a sua obra “*A ação no direito romano sob o ponto de vista do direito atual*”, que viria a provocar famosa cinca com *Theodor Müther*, professor na Universidade de Königsberg, quanto ao conceito *da actio* no direito romano e seu desenvolvimento no plano do direito contemporâneo.

Em seu livro, *Windscheid* empenhou-se, basicamente, em: a) demonstrar a profunda diversidade entre os sistemas jurídicos de Roma e os do mundo moderno, considerando que aquele era um sistema de *actiones*, razão por que somente por intermédio da *actio* é que se poderia chegar ao *ius*; b) traduzir, em linguagem avançada, os termos romanos relativos ao mencionado sistema; c) opor-se à comparação, feita pelos estudiosos modernos, entre a *actio* e a ação atual.

Chega *Windscheid* à conclusão de que a *actio* romana constitui um fenômeno que é representado, no direito contemporâneo, pela denominação *Anspruch* (“pretensão”) consistente na “*faculdade de impor a própria vontade em via judiciária*”. Informa *Pugliese* que o conceito de *Anspruch*, formulado por *Windscheid*, foi introduzido no Código Civil alemão (BGB, § 194), na parte referente à prescrição da pretensão (Betti, in: *Introduzione intorno all’actio, Ragione e Azione*, p. 206, nota 3).

A obra de *Müther* (*Zur lehre von der romischen Actio, dem heutigen Klagerecht, der litiscontestation und der Singularsucession in Obligationem*), escrita em 1857, se caracteriza por três aspectos essenciais: 1) tentativa de reaproximar os conceitos romano e moderno de *actio* e ação; 2) declaração de que o sistema romano o *ius* tinha preeminência em relação à *actio*; 3) a definição da *actio* segundo o direito à tutela jurídica, em que era titular passivo o magistrado e não o adversário.

Em suma, para *Müther* a ação se diferenciava do direito subjetivo material tanto pela diversidade do sujeito passivo quanto pelo fato de existirem direitos não protegidos pela ação. Ao contrário de *Windscheid*, sustentou que o ordenamento jurídico romano não era um sistema de ações e sim de direitos, à feição dos sistemas jurídicos contemporâneos.

No mesmo ano, *Windscheid* publica outra obra, sob o título “*A actio — réplica a Th. Müther*”, na qual reafirma o pensamento exposto no livro anterior; esse trabalho encerra a disputa, ardentemente travada, entre os dois juristas.

Na observação de *Chiovenda*, essa polêmica, embora não tenha conduzido a resultados definitivos — porquanto as discussões que dela se irradiaram não conseguiram aclarar de todo o assunto — teve o indiscutível merecimento de suscitar um amplo e profundo debate em um campo onde quase tudo estava para ser desbravado (*La acción en el sistema de los derechos*, in: *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, vol. I, trad. Argentina, p. 3 e segs.).

É correto afirmar-se, de outro ângulo, que a cizânia surgida entre os dois ilustres romanistas alemães revelou que o direito material e a ação possuem conteúdos próprios, inconfundíveis, o que representou, sem dúvida, um grande progresso dos estudos doutrinários respeitantes à ação.

Para *Müther*, *v.g.*, a ação consistia no direito de obter a tutela jurisdicional do Estado, cujo exercício era reconhecido a quem houvesse sofrido alguma lesão de direito. A contar daí, ele fixou o seu entendimento de a ação ser um direito que se exerce *contra o Estado*, ao qual o indivíduo invoca a tutela jurisdicional. Apresenta-se a ação, desse modo, como um direito público subjetivo, desvinculado de qualquer direito material. O pensamento de *Müther* rompeu com a doutrina civilista da ação, que, como vimos, sustentava ser esta simples manifestação do direito substancial.

b) Teoria do direito concreto

Em 1885, *Adolfo Wach*, influenciado pela doutrina de *Müther*, dá a lume a sua importante monografia a respeito da ação declaratória; esse trabalho — que se tornou célebre — é apontado como a mais notável contribuição ao advento da moderna teoria do processo; o próprio *Wach* é considerado um dos fundadores do direito processual contemporâneo.

Na obra, o grande jurista demonstrou ser a ação um direito autônomo, sem qualquer liame com o direito material que ele acaso vise a proteger; a ação não pressupõe, conseqüentemente, a existência de um direito material, que constituiria a sua razão de ser. Dentro dessa construção, *Wach* pôde argumentar com a *ação declaratória negativa*, cujo objetivo reside, precisamente, na obtenção de um provimento jurisdicional que diga da inexistência da relação jurídica ou do direito substancial aventado. Dessa forma, se o que o autor deseja conseguir, em tal tipo de ação, é uma declaração jurisdicional quanto à não existência do direito material, como se poderia afirmar que a ação estaria a proteger um direito que inexistente?

Podemos afirmar, diante disso, que o argumento de *Wach* — lastreado na ação declaratória negativa — deitou por terra, em definitivo, a teoria civilista da ação.

Na óptica de *Wach*, a ação era dirigida contra o Estado e contra o adversário, com o intuito de conseguir a tutela jurisdicional. Contra o Estado, porque este se situa na obrigação indeclinável de administrar justiça; desse posicionamento estatal o renomado jurista tira a conclusão de que a ação assume foros de direito público subjetivo. Para ele, entretanto, a tutela jurisdicional deve ser consubstanciada em uma sentença *favorável* ao autor, a expressar que o direito de ação fica na dependência do atendimento de certos requisitos de direito material, como as condições da ação, e de direito formal, como os pressupostos processuais; segue-se, que ausentes tais requisitos não haverá a entrega da prestação jurisdicional invocada, nem ação. Esse fato levou a denominar-se de teoria do direito *concreto* à tutela jurídica a doutrina em questão.

Von Büllow, por sua vez, reconheceu que a relação de direito material é distinta da relação jurídica processual; há no processo, diz ele, duas relações, que não se confundem, cabendo ao julgador examiná-las: “O juiz tem de decidir não só sobre a existência do direito controvertido, mas também para conhecê-lo, examinar se concorrem os requisitos de existência do próprio processo; deve verificar assim, além da questão relativa à relação jurídica litigiosa (*res in iudicio deducta*), também a concernente à relação jurídica processual (*iudicium*). Esse dualismo da matéria processual desde sempre existiu, determinado pela estrutura do procedimento judicial. Ele conduz a uma divisão do processo em duas fases, do qual uma delas é dedicada ao exame da relação jurídica material e outra à verificação dos pressupostos processuais” (apud SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Introdução ao Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 49).

A importância do pensamento de *Büllow* para a evolução da ciência processual pode ser medida pelo abalizado depoimento do Prof. *James Goldschmidt*: “la teoría de la relación jurídica procesal y de sus presupuestos forma la base de todos los sistemas del proceso, siendo indudable que a partir de *Büllow*, y no antes, comienza a formarse una Ciencia propia del Derecho Procesal” (*Teoría General del Proceso*. Barcelona: Labor, 1936. p. 15).

c) Teoria do direito potestativo

Tempos depois, *Chiovenda* — discípulo de *A. Wach* — desenvolve a teoria da ação como direito concreto de agir, embora impondo-lhe modificações em pontos fundamentais. Efetivamente, a despeito de considerar a ação um direito autônomo — conforme proclamara a doutrina alemã —, *Chiovenda* sustenta

que ela não é dirigida contra o Estado e sim contra o adversário; assim sendo, a ação é identificada como o direito de provocar, contra a parte contrária, o exercício do poder-dever estatal, a que se chama jurisdição.

Para o mestre italiano, o titular do direito subjetivo de ação tem o direito (que também é um poder) de produzir, em seu benefício, o efeito de provocar o funcionamento da atividade jurisdicional do Estado, relativamente ao adversário, sem que este possa impedir referido efeito. O direito de ação se caracteriza, em razão disso, pela potestatividade e se afirma como um direito destinado a produzir resultados jurídicos, em prol do autor, com o conseqüente ônus para a parte contrária, que, como se disse, nada pode fazer com vistas a obstar a produção desses efeitos.

Com o intuito de esquivar-se das críticas formuladas à teoria civilista da ação, *Chiovenda* edificou engenhosa teoria geral do direito, em que a norma legal representa a *vontade abstrata da lei*. Destarte, quando se verifica a ocorrência do fato nela previsto, a vontade da lei se manifesta concretamente, com o objetivo de garantir ao autor a consecução de um bem da vida. Essa garantia é realizada: *a)* mediante a prestação, pelo devedor, de maneira a assinalá-la como um direito subjetivo à prestação; *b)* na ausência da prestação, obtém-se a garantia pelo direito subjetivo de ação, que o Estado coloca ao alcance do indivíduo. Um e outro direito, conseqüentemente, promanam da mesma vontade concreta da lei.

Na teoria chiovendiana, como se percebe, a função jurisdicional sobressai como a de atuar a vontade da lei, com a finalidade de manter a ordem jurídica. Essa função é privativa do Estado, que a exercita mediante provocação do interessado e sem que se dê à parte adversa o direito de impedir tal provocação. Por aí se vê que o ato de invocar a tutela jurisdicional figura, na doutrina de *Chiovenda*, como condição (essencial) à atuação da vontade concreta da lei, respeitando, portanto, o *princípio da demanda* — consagrado pelos CPC brasileiros de 1973, no art. 2.º, e de 2015, também no art. 2.º — conforme os quais o juiz não deve atuar por sua iniciativa (*ne procedat iudex ex officio*); logo, não se permite que o Estado preste a tutela jurisdicional sem que o interessado a requeira (*nemo iudex sine actore*).

Em termos objetivos, a habilidosa teoria elaborada por *Chiovenda* significa que a afirmação de alguém possuir ação corresponde ao reconhecimento de que essa pessoa é dotada do poder jurídico de provocar, por força de seu pedido realizado em juízo, a atuação jurisdicional, ou seja, a própria atuação da vontade da lei (*Instituições*, vol. I, n. 6, p. 53).

O direito de ação pode ser público ou privado, patrimonial ou não, segundo seja a vontade concreta da lei que lhe deu origem.

O pensamento de *Chiovenda* exerceu larga influência na Itália, onde surgiu, e em vários outros países, nada obstante hoje se encontre, no particular, sem o mesmo prestígio de outrora. Algumas objeções foram feitas a essa teoria: argumentou-se, por exemplo, que ela não era capaz de justificar qual teria sido o poder que permitiu ao autor provocar o exercício da função jurisdicional do Estado — e movimentar a máquina judiciária — quando se declarar que ele não possui o direito de ação. É verdade, contudo, que algumas vozes se levantaram para combater essa objeção, mediante a advertência de que não se deve confundir o direito de ação com a faculdade de pedir ao Judiciário que diga com quem está o direito, sabendo-se que essa faculdade estabelece nexos com a relação processual e não com o direito de agir (CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. X, tomo 1.º, 2.ª edição, n. 19, p. 47).

Essa doutrina se assentava na trilogia: direito — titularidade — interesse, quer dizer, exigia como requisito fundamental: *a)* a existência de um *direito*; *b)* que somente poderia ser postulado por quem fosse o seu *titular*; *c)* devendo o autor possuir *interesse* na consecução de uma sentença que lhe fosse favorável.

Embora se fizesse aqui a separação entre direito material e direito de agir em juízo, entendia-se que o decreto judicial que negasse a ação poria fim ao processo com julgamento do mérito, exatamente porque a concepção predominante era de que a ação constituía um direito ao *julgamento favorável* às pretensões do autor. Disse *Calamandrei*: “Os três requisitos devem concorrer a fim de que se possa considerar nascida a ação, entendida no sentido concreto, como direito à providência favorável; a falta de um só deles determina igualmente que seja repelida a demanda no mérito” (*Instituições*, vol. I, pág. 129).

Conforme anota *Ernane Fidelis dos Santos*, ao constatar-se que o direito de agir em juízo tem como escopo conseguir um pronunciamento jurisdicional acerca da *res in iudicio deducta*, ainda que seja desfavorável ao autor, logo se percebeu que o sujeito passivo do direito de ação é o próprio Estado e não o adversário, na medida em que pertence àquele o encargo de prestar a tutela jurisdicional. Assim sendo, o fim desse direito não é providência favorável ao interesse do autor e sim um pronunciamento respeitante ao mérito. Também não era o direito de agir um direito potestativo, “*pois que ele não existe como uma faculdade de se realizar, independentemente da atuação da outra parte, pois sendo o Estado o sujeito passivo do direito de ação, ele não se realiza sem sua atuação, que consiste, correlativamente, na obrigatoriedade de ele, Estado, prestar a tutela jurisdicional*” (obra citada, p. 55).

d) Teoria do direito abstrato

Contrapondo-se à teoria da ação como um direito concreto de agir, e que pressupunha a obtenção de uma sentença favorável ao autor, formou-se na Alemanha uma outra, denominada de teoria da ação como direito *abstrato* de agir. *Dagenkolb*, na Alemanha, e *Plosz*, na Hungria, foram os seus eminentes representantes.

Proclamaram esses juristas que haveria ação mesmo quando a sentença negasse a existência do direito invocado pelo autor, ou concedesse o direito a quem realmente não o possuísse. Com isso, estabeleceu-se uma nítida e definitiva separação entre a ação e o direito material, sustentando-se que aquela, para existir, não depende da presença deste.

O direito de agir em juízo prende-se unicamente a que o autor aluda a um seu interesse, protegido de modo abstrato pelo direito, incumbindo ao Estado, a partir daí, exercer a função jurisdicional que lhe é privativa, ainda mesmo que seja para proferir uma sentença oposta ao interesse manifestado pelo autor. Ao direito de ação corresponde, pois, a obrigação de o Estado prestar a tutela jurisdicional, e de compelir o réu a participar do juízo. Consagra-se aí, a ação como autêntico direito público subjetivo, preexistente ao processo e sem qualquer vínculo com o direito material alegado. Justamente porque essa teoria desvincula a ação do direito substancial é que se lhe atribuiu o apropriado designativo de teoria do direito *abstrato* de agir.

Na Itália, a teoria em pauta foi refutada por *Chiovenda*, em que pese ao fato de *Alfredo Rocco* a ter acolhido, com algum entusiasmo, dando-lhe, inclusive, base doutrinária própria. *Rocco* pôs em destaque a particularidade de o Estado haver avocado o encargo de solver, com exclusividade, os conflitos de interesses ocorrentes entre os indivíduos, tornando-lhes proibido, em razão disso, fazer justiça pelas próprias mãos. Aquele cujo direito foi violado, ou se encontra ameaçado de sê-lo, deve, portanto, solicitar ao Estado que preste a tutela jurisdicional que monopolizou, a fim de que o direito seja reparado ou a ameaça, afastada.

Rocco separa, com sua teoria, duas classes de interesses: de um lado, o interesse protegido pelo direito; de outro, o interesse na tutela desse direito, pelo Estado. É do festejado jurista a afirmação de que “*Toda pessoa, que é titular de interesses tutelados pelo direito, tem interesses em que o Estado intervenha para satisfação de seu interesse*” — quando deixar de atuar a norma legal que o tutela, acrescentamos.

Dessa maneira, os titulares de direitos subjetivos têm um único interesse abstrato e secundário em conseguir a interveniência estatal com o propósito de realizar os interesses protegidos pelo direito. O interesse secundário é o

de agir com o objetivo de eliminar os obstáculos opostos ao atingimento do interesse principal; interesse secundário e tutelado pelo Estado, via normas processuais. Disto decorre ser também um direito subjetivo e autônomo. Tal direito subjetivo, tendo como componentes o direito secundário, revela o direito de ação, que é abstrato e geral, não se subordinando à existência de um direito subjetivo material.

O direito de ação, para *Alfredo Rocco*, é um direito público subjetivo do indivíduo contra o Estado “e só contra o Estado, que tem por conteúdo substancial o interesse secundário e abstrato na intervenção do Estado para a eliminação dos óbices que a incerteza ou a inobservância da norma aplicável ao caso concreto possam opor à realização dos interesses tutelados” (apud *SANTOS*, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 1.º vol., São Paulo: Saraiva, 1978. p. 130).

Ugo Rocco, por sua vez, também viu na ação um direito abstrato de agir, um direito público subjetivo, introduzindo-o na categoria dos direitos *cívicos*, a ser exercido contra o Estado e não contra o adversário.

Sem afastar-se da concepção nuclear da doutrina em estudo, *Betti* edificou peculiar teoria, mediante a articulação de duas figuras jurídicas: a pretensão e a ação. A primeira é tida como a alegação de uma efetiva e concreta situação de direito, abstratamente considerada, formulada pela parte que invoca a tutela jurisdicional e apresentada como justificativa dessa mesma invocação; a segunda consiste no poder de dar início ao processo. Levando em conta que a ação, na espécie, representa o veículo para realizar a pretensão, *Ugo Rocco* a conceitua como o poder jurídico, que se outorga ao indivíduo, de provocar a atuação jurisdicional da lei, visando a satisfazer uma pretensão.

Para *Betti*, em síntese, o direito de ação não contém vínculos com a existência objetiva da situação de direito afirmada, porquanto se relaciona com a afirmação da pretensão deduzida em juízo.

Carnelutti, como geralmente acontece, é incluído entre os juristas que aderiram à teoria da ação como direito abstrato de agir. Parece-nos correta, todavia, a observação de *Moacyr Amaral Santos* (obra cit., p. 131) de que essa inclusão decorre, acentuadamente, do fato de *Carnelutti* não haver condicionado — como pressuposto necessário — a ação à efetiva presença do direito material invocado pelo autor. De resto, a doutrina carneluttiana mantém poucos pontos de contatos com a teoria de que estamos a cuidar.

Realmente, a doutrina do notável jurista italiano se caracteriza por haver efetuado uma fundamental disjunção da lide e do processo, no plano dos conceitos. Lide, para ele, é o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um indivíduo (autor), a que um outro se opõe (réu). São quatro os elementos

integrantes da lide: 1) as partes, que representam os sujeitos ativo e passivo da relação processual; 2) o objeto do interesse, vale dizer, um bem da vida; 3) a pretensão, que corresponde à exigência de submissão de outrem ao interesse do autor; 4) a resistência à pretensão, manifestada pelo réu ou interessado.

Já o processo é visto como método utilizado pelo Estado para fazer atuar o direito. O escopo do processo é, por isso, não o interesse em litígio e sim a composição da lide, o seu solucionamento jurisdicional.

Passo de extrema relevância, dado por *Carnelutti*, foi o de reconhecer na ação um direito de obter um pronunciamento jurisdicional a respeito da lide *in iudicio deducta*, ainda que contrastante com o interesse do autor. O elemento propulsor da ação não é, portanto, o interesse sobre o qual controvertem as partes e sim a justa composição da lide. Como consequência prática desse entendimento, pode ter ação mesmo quem não possuir o direito material subjetivo alegado em juízo. É recomendável esclarecer, entretanto, que *Carnelutti* admitia a existência de uma espécie de ponto de intersecção entre o direito material e o direito de ação, ao dizer que a atribuição do direito processual é determinada pela pretensão de direito material; a ação deve ser exercida, diante disso, por aquele que deseja obter, jurisdicionalmente, a realização de um direito substancial.

Nessa teoria, o juiz — e não o Estado — é indicado como o sujeito da obrigação pertinente ao direito público subjetivo de ação, pois se trata de um direito à sentença que resolva a lide, pouco importando que seja injusta ou desfavorável ao autor. Ao juiz compete a obrigação de, como diretor do processo, praticar os atos e atividades que conduzam a esse objeto da ação.

e) Outras teorias

Muito embora sempre se busque estabelecer uma divisão apenas dicotômica das correntes de pensamento acerca da natureza jurídica da ação (teoria da ação como direito concreto e como direito abstrato de agir), cabe-nos observar que diversos outros juristas puderam opinar sobre o assunto, sem, contudo, formar escolas específicas. *Pekelis*, por exemplo, concebeu a ação não como um direito de agir e sim de *fazer agir*, concluindo ser esse o único direito subjetivo do indivíduo. *Satta*, divergindo, negou o conceito publicístico que se atribuía à ação, reputando-a como um mero instrumento do direito material, com o que lhe negava a autonomia reconhecida por outros estudiosos. Para *Levi*, a ação possuía natureza de negócio jurídico; *Couture* a tomava como manifestação do direito de petição, uma vez que a inseriu no direito constitucional de representação; *Mortara*, em opinião aceita por muitos, imaginou a ação como a relação de direito público que se forma em decorrência do conflito de interesses entre os indivíduos, tendo curso no

processo com a conseqüente aplicação, pelo juiz, da regra de direito apta a incidir no caso concreto.

Não nos parece haver andado no melhor caminho, *data venia*, o insigne *Eduardo Couture* ao ver na ação um reflexo do direito de petição. Ocorre que esse direito, conquanto possua, como a ação, origem constitucional, relaciona-se com a defesa dos direitos individuais ou coletivos, promovida diante da autoridade pública, “*como precedente da representação popular e confinado com o direito de representação*” (*DINAMARCO, Cândido. Fundamentos do Processo Civil Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 78). Demais, são largamente distintas as origens históricas do direito de petição e do direito de ação.

Merece destaque, a esta altura, a teoria de *Enrico Tullio Liebman*. Antes, devemos lembrar que esse notável jurista italiano viveu alguns anos no Brasil, a partir de 1940, quando chegou a São Paulo. Em pouco tempo, formou-se o hábito de realizar reuniões semanais em sua casa, das quais participavam, entre outros, Luís Eulálio Bueno Vidigal, Alfredo Buzaid e José Frederico Marques.

Liebman — que fora discípulo de *Chiovenda* —, embora tenha perfilhado o entendimento de que a ação figura como um direito que não se subordina, para existir, a um direito material, construiu prestigiosa teoria de acordo com a qual o direito de agir apenas existiria se o autor satisfizesse a determinados requisitos — a que denominou de *condições* — imprescindíveis ao julgamento do mérito da causa.

Em *Liebman*, portanto, o direito de ação corresponde ao direito de o autor receber uma sentença que aprecie o mérito; além do mais, a ação é proposta *contra* o Estado e não contra o adversário.

A doutrina liebmaniana foi incorporada pelo Código de Processo Civil brasileiro de 1973, como indicavam os arts. 3.º e 267, VI, dentre outros, nada obstante alguns autores tenham denunciado a presença, nesse texto processual, de evidentes contradições entre a teoria de *Liebman* “*e, uso da linguagem tradicional, que só se adapta bem à tese chiovendiana da ação*” (*BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 32). Detectando essa contradição, aliás, *Egas Moniz de Aragão* elaborara bem fundamentada emenda ao projeto do Código, para harmonizá-lo, nesse ponto. Dita emenda, apresentada ao Senado pelo Relator Geral, o Senador paranaense Acioli Neto, sob n. 139, foi rejeitada sem justificativa (in: *Diário do Congresso Nacional*, edição de 24 nov. 1972, p. 4.760).

A propósito, na vigência do CPC de 1973 escrevemos:

Pela nossa parte, entendemos que a doutrina de Liebman esteja a merecer alguns reparos. Antes de apontarmos as razões de nossa opinião, rememoremos que compõe as condições da ação a tríade: a) possibilidade jurídica do pedido; b) interesse processual; c) legitimidade ad causam. Convém à finalidade do Capítulo examiná-las, ainda que brevemente.

a) Possibilidade jurídica do pedido, conforme arguta observação de Egas Moniz de Aragão (Comentários ao Código de Processo Civil. vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 436), não deve ser conceituada, como geralmente o é, segundo a existência, no ordenamento jurídico, de uma previsão que torne o pedido viável, em tese, mas, ao contrário, com vistas à inexistência, nesse ordenamento, de norma que o torne inviável.

Com isso se quer dizer que um pedido somente será considerado juridicamente impossível caso haja veto legal à sua formulação. Se, v. g., um empregado não optante pelo regime do FGTS, despedido sem justa causa, ingressar em juízo para postular, além da indenização relativa ao tempo de serviço, também ressarcimento pelas perdas e danos que lhe acarretou a injusta ruptura do contrato de trabalho, o seu pedido deverá ser rejeitado (CPC, art. 459), em virtude da inexistência do direito material invocado (perdas e danos) e não por ser juridicamente impossível. Ainda que não haja, na legislação material trabalhista, previsão quanto ao direito material invocado pelo autor, isto não significa que, na hipótese, o seu pedido deveria ser recusado sob o fundamento de ser impossível do ponto de vista jurídico; ora, inexistindo no ordenamento normativo qualquer veto (= proibição) a uma pretensão dessa natureza, o caso será de simples rejeição do pedido por falta de previsão legal quanto ao direito alegado.

Um dos reparos, que pensamos esteja a reclamar a doutrina de Liebman, radica no fato de haver considerado a possibilidade jurídica do pedido como uma das condições da ação. Ocorre que, em consonância com a própria construção do ilustre jurista, sempre que a sentença declarar o autor carecente da ação — por inexistência das condições correspondentes — o processo extinguir-se-á sem julgamento do mérito. Essa regra está inscrita no próprio Código de Processo Civil Brasileiro (art. 267, VI). Sucede, entretanto, que ao declarar a impossibilidade jurídica do pedimento posto em juízo a sentença estará, sem dúvida, pronunciando-se sobre o mérito da

causa. Ora, se há um veto legal a essa pretensão, é elementar que o provimento jurisdicional, ao fazer uma afirmação nesse sentido, acarretará a extinção do processo com manifestação acerca do mérito.

O próprio Liebman, como sabemos, acabou por reformular o seu entendimento, nesse ponto, para admitir que a possibilidade jurídica do pedido não constitui da ação e sim matéria integrante do meritiim causae.

Consulte-se, a respeito, a 3.^a edição do seu Manuale di Diritto Processuale Civile, Giuffrè, 1973. p. 197.

b) O interesse de agir relaciona-se com a necessidade (e não apenas com a mera utilidade) de o autor obter um pronunciamento jurisdicional concernente às pretensões deduzidas em juízo, que são quase sempre de direito material. Impunha o CPC de 1939 que o interesse fosse, além de legítimo, econômico ou moral (art. 2.^o). A exigência de que fosse legítimo na lição de Pontes de Miranda (Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1975. tomo VII, p. 154), foi introduzida em nosso Código Civil (art. 76) por Clóvis Bevilacqua ao traduzir, equivocadamente, o texto italiano em que se inspirou.

O atual CPC fala apenas em interesse (art. 3.^o), sem qualificá-lo de legítimo, econômico ou moral: “Interesse, sem, mais nada”, arremata Pontes de Miranda (obra cit., p. 155).

Ao dispor que para propor ou contestar ação é necessário haver interesse, o diploma processual civil vigente acabou por dizer menos do que pretendia, na medida em que se sabe que o interesse também constitui requisito essencial para excepcionar, reconvir, recorrer etc. Em sede de recurso, por exemplo, por princípio não teria interesse em impugnar a sentença a parte que fosse integralmente vencedora na ação; caso viesse, mesmo assim, a exercer a pretensão recursal, o seu apelo seria recusado por absoluta falta de interesse em agir.

c) A legitimidade “ad causam” tanto pode ser ativa quanto passiva, conquanto esta última seja mais expressiva em tema de condições da ação. Por ela se diz que apenas está legitimada a integrar a relação jurídica processual a pessoa que seja titular da obrigação relacionada ao direito invocado pela parte contrária. Os casos de substituição processual representam exceção àquilo que Buzaid designou de “pertinência subjetiva da ação”, para demonstrar que a legitimidade ad causam consiste na individualização daquele a

quem pertence o interesse de agir e daquele diante do qual se deve formular a pretensão.

Bastam estas considerações para inferir que no âmbito da Justiça do Trabalho incorrem em manifesta escorregadela técnica os pronunciamentos jurisdicionais que, negando a relação de emprego pretendida pelo autor, declaram-no, em consequência, carecedor da ação, supondo que o réu seja parte ilegítima ad causam. Com o respeito que nos merecem semelhantes decisões, não podemos deixar de censurá-las, pois tanto que provada a prestação pessoal de serviços ao réu, é evidente que este se encontra legitimado para a causa, uma vez que ele, e não outrem, é quem deve responder às pretensões apresentadas pelo autor. Impende esclarecer que a legitimidade (ativa ou passiva), no geral, pertence aos titulares dos interesses em antagonismo.

Carência da ação haveria, aí sim, se o autor houvesse prestado serviços para pessoa diversa da que figura no polo passivo da relação processual; faltaria, na hipótese, a “pertinência subjetiva da ação”, referida por Buzaid.

A oportunidade sugere, aliás, que lancemos o escólio de que a legitimidade ad causam, em rigor, também não deve figurar como condição da ação, porquanto entendemos que a sentença, ao declará-la ausente em determinado caso concreto, estará extinguindo o processo com exame do “mérito”. Queremos com isso argumentar que a legitimidade (ou a ilegitimidade) para a causa se apresenta como singular questão de mérito, embora não se relacione diretamente com a pretensão in iudicio deducta, que, como dissemos, é quase sempre de direito material. Discrepar deste entendimento seria sustentar que o autor poderia ajuizar a ação infindáveis vezes, “contra” o réu, pois a tanto estaria autorizado pelo art. 267 do CPC.

Segue-se que, a nosso ver e conforme o melhor critério doutrinário, as condições da ação, previstas por Liebman, devem ficar reduzidas a uma: o interesse processual. Sob o prisma legal, todavia, permanecem as três (possibilidade jurídica do pedido, legitimidade para a causa e interesse processual) por se encontrarem incorporadas ao texto do código (As Ações Cautelares no Processo do Trabalho. 4.^a ed. São Paulo: LTr, 1996. p. 41-45).

O CPC de 2015, atento às lições da doutrina, eliminou a possibilidade jurídica do pedido do elenco das condições da ação, que ficaram, assim, reduzidas a duas: *interesse e legitimidade* (art. 17).

f) A ação trabalhista em face das teorias expostas

Antes de ingressarmos no estudo da ação trabalhista à luz das construções doutrinárias até esta parte examinadas, torna-se conveniente chamarmos a atenção ao fato de que o pensamento do ser humano, em geral, sofre fortes inflexões das tendências sociais, políticas, filosóficas, econômicas, morais, etc., do meio em que é concebido. Daí por que determinadas correntes de opinião costumam ser apontadas como espelho fiel de seu tempo. Não é diferente o que se passa no mundo jurídico. Aqui, muitas vezes, o jurista elabora a sua doutrina sob a influência — consciente ou não — que esses fatores exercem em seu pensamento, não sendo sensato, por isso, realizar-se, mais tarde, um estudo dessas doutrinas com abstração da época e do meio em que surgiram.

As diversas teorias relativas à natureza jurídica da ação, por exemplo, “traduzem a equação das relações entre o homem e o Estado, vistas do campo do direito processual e reproduzidas do ângulo em que se põe o jurista que as formula” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 133). A observação é necessária não apenas para justificar a diversidade de doutrinas acerca de um mesmo assunto, mas também para advertir que nem sempre um dado fato ou fenômeno verificado fora do ambiente em que essas teorias foram produzidas a elas se quadram com perfeição. Talvez esses fatos ou fenômenos exijam uma doutrina própria, que melhor os explique e discipline.

Feita essa consideração preliminar, dediquemo-nos ao objetivo deste item.

1) A *teoria civilista da ação* não vinga no processo do trabalho pelas mesmas razões que não vingou no processo comum.

Não negamos que sob o ângulo teleológico este processo “especializado” existe para servir ao direito material do trabalho. Nós próprios externamos esse pensamento no início do Capítulo. O reconhecimento dessa finalidade essencial do processo trabalhista, contudo, não corresponde à afirmação de que ele constitui simples capítulo do direito material; o processo não é um elemento apendicular do direito substancial, como proclama a doutrina civilista em exame; não é, como se disse no passado, *ancilla iuris civilis*.

É inegável que a toda lesão de direito subjetivo corresponde uma ação, que o assegura; isso não significa, porém, que não possa haver ação sem que exista o direito material. Argumentemos, inspirados em *Wach*, com a ação declaratória de *inexistência de relação de emprego*: conquanto o provimento jurisdicional tenha sido, exclusivamente, declaratório-negativo, ninguém se atreveria a objetar que o direito de ação não fora exercitado. Que direito,

faculdade ou poder, afinal, teria permitido ao autor invocar — e obter — a prestação da tutela jurisdicional do Estado, se ele não era detentor do direito material alegado na inicial? Formule-se idêntica indagação diante daqueles casos em que o autor pede a condenação do réu ao pagamento de certas quantias e a sentença rejeita os seus pedidos, sob o fundamento de que não possuía o direito invocado: como pôde, também aqui, fazer atuar o poder-dever jurisdicional?

Esses fatos demonstram, à saciedade, que o direito de agir em juízo não se confunde com o direito material que ele porventura tenda a tutelar; daí, o desacerto da teoria civilista da ação ao não haver efetuado a disjunção dos dois direitos. Referida teoria, felizmente, pertence ao passado.

2) *A doutrina do direito concreto de agir* nos fornece certos subsídios que poderão ser úteis à peculiar edificação da doutrina respeitante à natureza jurídica da ação trabalhista. Vejamos.

Modernamente, é irrefutável o entendimento de que a ação se posiciona na ordem jurídica como um direito *autônomo*, cuja existência não se subordina ao direito material subjetivo invocado pelo autor. Essa foi, inegavelmente, a grande contribuição da teoria em exame — pondo-se em relevo a proveitosa disputa estabelecida entre *Windscheid* e *Müther* — para o desenvolvimento dos estudos doutrinários alusivos à natureza jurídica da ação. Neste assunto, *Wach* também não pode ser esquecido.

A ação trabalhista — como a civil — é, pois, um direito distinto do substancial; não se pode, entretanto, atrelar o direito de agir em juízo ao *resultado* do provimento jurisdicional, como quer a teoria do direito concreto. Segundo ela, a ação, para ser reconhecida como direito, depende de sentença *favorável* às pretensões do autor. Por outro modo de expressar: somente haverá ação quando o Estado reconhecer o direito em que o autor fundamentou os seus pedidos. Ora, sabemos que a ação terá existido mesmo que a sentença venha a declará-la “improcedente” (*sic*); é que a “improcedência”, no caso, se refere aos pedidos formulados com base no direito material e não ao direito de agir. De qualquer modo, devemos aproveitar a oportunidade para advertir que os pedidos formulados em juízo não devem ser julgados “procedentes” ou “improcedentes”; os pedidos são acolhidos ou rejeitados, como esclarece o art. 490, do CPC.

Pode haver, conseqüentemente, ação trabalhista sem que exista o direito material brandido pelo autor.

3) *A teoria da ação como direito abstrato de agir* não se desassemelha, no essencial, da anterior, pois admite a autonomia da ação, embora en-

tenda que o direito de agir estará presente ainda que a sentença rejeite as pretensões do autor. No que, como é palmar, está cheia de razões. Se o Estado nega o direito a quem afirma possuí-lo, ou concede-o a quem não o possuía, nem por isso o direito de ação terá deixado de existir. Importa esclarecer que o interesse a caracterizar a ação não se subordina ao acolhimento dos pedidos formulados e sim ao pronunciamento jurisdicional acerca desses pedidos. Segue-se, ser possível ter direito de ação quem não possui direito material.

Para resumirmos: a ação trabalhista se define como um direito subjetivo público de alcançar um pronunciamento jurisdicional sobre a *res in iudicio deducta*, cujo exercício independe da (pre)existência de um direito substancial. Tem-se, dessa forma, que eventual sentença declaratória da inexistência do direito material pleiteado não pode ser interpretada no sentido de também conter, mesmo implicitamente, uma afirmação de que o direito de agir em juízo teria inexistido.

De outra parte, é de grande relevância prática a separação entre direito material e direito de ação — com o conseqüente reconhecimento da autonomia, deste, em cotejo com aquele —, porquanto as denominadas “sentenças de improcedência” (*sic*) dizem respeito, na verdade, à rejeição do direito material invocado; está embutida, contudo, nessa espécie de pronunciamento jurisdicional, uma declaração de que o direito de agir existiu, tanto que o Estado teve de manifestar-se sobre o direito material. Se, ao contrário, o autor não reunia as condições legalmente fixadas para o exercício do direito de agir em juízo, haverá a sentença de declará-lo carecedor da ação.

Por tudo isso, chega a ofuscar os olhos dos mais esclarecidos o inescusável equívoco em que incorrem os provimentos jurisdicionais trabalhistas quando, convencendo-se da ausência da pretendida relação de emprego, dão o autor como “carecedor da ação”. *Data venia*, presentes que estejam a legitimidade *ad causam* e o interesse processual, não se pode cogitar — sem graves escoriações aos preceitos legais e à melhor doutrina — de carência do direito de agir; em situação, como a mencionada, a sentença deveria referir-se à *rejeição do pedido* como forma adequada de revelar que houve manifestação acerca da pretensão de direito material, deduzida pelo autor (de relação de emprego).

Seria de perguntar-se, uma vez mais: fosse de prevalecer a declaração de “carência”, qual teria sido o poder, o direito, a faculdade que possibilitou ao autor, no exemplo suscitado, provocar o exercício da função jurisdicional do Estado, se não era detentor do direito pretendido?

Ocasional objeção de que a ser como entendemos ter-se-ia de concluir que a ação é um direito dos que *não têm direito*, longe de ter eficácia jurídica para impugnar o argumento de ser a ação um direito autônomo desnuda uma injustificável confusão entre o direito material e o de agir em juízo, de par com trazer, velado, o escopo de restituir à vida a antiga teoria civilista da ação, que, como vimos, reduzia a ação a simples aspecto, capítulo ou emanção do direito material.

O sentido abstrato do direito de agir guarda, a propósito, harmonia com a tese carnellutiana de que o objetivo do processo reside na justa composição da lide, entendida esta como o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um indivíduo e pela oposição (ou reação) de outro. De tal arte, somente se configurará a ação trabalhista com a existência de um conflito intersubjetivo de interesse, em regra entre empregado e empregador. Ressalte-se que a despeito de não se poder falar em lide no caso de *revelia*, por faltar aqui o elemento essencial da *resistência* do réu à pretensão do autor — não há conflito, portanto —, a sentença que for proferida estará a apreciar o mérito da causa porque, na espécie, impõe-se ao Estado realizar uma locução jurisdicional sobre os pedidos formulados pelo autor — ainda que seja para rejeitá-los. Lembramos que a lei conceitua como sentença o ato jurisdicional que põe fim ao processo, mesmo sem exame do mérito (CPC, art. 203, § 1.º).

A ação trabalhista é presidida pelo princípio da demanda, a teor do qual a tutela jurisdicional apenas poderá ser prestada mediante provocação do interessado, contanto que atendidas as correspondentes condições e os pressupostos processuais. Dizendo-se por outro modo: o Estado-Juiz não pode agir de ofício, exceto nos raros casos em que estiver legalmente autorizado a fazê-lo. A regra alcança também o processo civil, como está na dicção do art. 2.º do CPC. O preceito referido, aliás, não decorre — como se tem suposto — do princípio dispositivo, pois este não se relaciona com a demanda; exige o último, como dissemos, que o indivíduo provoque o exercício da função jurisdicional, na razão do seu interesse. O *princípio da demanda* encerra, portanto, uma declaração de que a jurisdição se mantém em estado de inércia, cuja ativação deve provir da iniciativa do interessado.

Poder-se-ia imaginar, diante disso, que os casos de substituição processual — de que cuidam, e. g., os arts. 195, § 2.º, e 872, parágrafo único, da CLT — representam exceções ao princípio em tela. Nada mais inexato. Em tais situações, o órgão jurisdicional não atua *de ofício* (logo, inexistente ofensa ao princípio da demanda) e sim, em virtude de provocação daquele que, embora não seja o titular do direito material subjetivo invocado, está legalmente legitimado a agir como se fosse. Daí, o traço de *anomalia* dessa espécie de legitimação.

Afirme-se o mesmo quanto à hipótese prevista pelo art. 39, da CLT, que determina a remessa do procedimento (e não “processo”, *sic*, como consta) administrativo à Justiça do Trabalho sempre que o “reclamado” alegar inexistência de relação de emprego. Não se trata aqui de ação sem autor, como se possa imaginar: autor há, com a singularidade apenas de que, por força de norma legal, a remessa (obrigatória) do procedimento administrativo ao Poder Judiciário surge como sucedâneo do ato particular de provocação jurisdicional. No plano das ações (“dissídios”) coletivas, a faculdade atribuída ao Presidente do Tribunal do Trabalho para “instaurar a instância” de dissídio coletivo (CLT, art. 856) era apontada como inegável quebra do princípio da demanda. No caso, facultava-se ao órgão jurisdicional a iniciativa de agir — conquanto a lei também permita ao interessado invocar a tutela jurisdicional coletiva; semelhante faculdade também é concedida ao Ministério Público do Trabalho, especialmente, nos casos de greve. A nosso ver, contudo, o art. 856, da CLT, foi tacitamente revogado, em parte, pelo art. 8.º, da Lei n. 7.783, de 28-6-1989 (Lei de Greve), que atribuiu somente às partes e ao Ministério Público legitimidade para instaurar o denominado *dissídio coletivo*, nos casos de greve.

As ações coletivas (*dissídios coletivos*) caracterizam-se, sobremaneira, pelo rompimento de determinados postulados dogmáticos da ciência processual, cabendo-nos exemplificar com o fato de a lei não exigir que as petições iniciais, nessa modalidade *sui generis* de ação, contenham pedidos (CLT, art. 858), como os que soem ser efetuados nas ações individuais. Cremos que essa peculiaridade se articula com o poder normativo da Justiça do Trabalho (Const. Fed., art. 114, § 2.º), que encontra exatamente nas ações coletivas o campo propício à sua atuação concreta. Esse poder ficaria neutralizado se fosse submetido à regra clássica de que o pronunciamento jurisdicional deve conter-se nos limites estabelecidos pela peça vestibular (CPC, arts. 141 e 492), sob pena de comprometer-se pelas eivas de ser *ultra*, *extra* e *infra petita*, conforme fosse o caso. É, portanto, o vazio, a indeterminação da inicial, que rende ensejo a que a Justiça do Trabalho torne efetivo o seu poder de criar a norma jurídica a ser aplicável, abstrata e genericamente, às categorias em antagonismo — malgrado saibamos que esse poder jurígeno sofra acentuadas restrições, impostas pelo ordenamento legal.

2. Conceito de ação

A ação se consagrou como o direito de o indivíduo provocar o exercício da função jurisdicional do Estado, a fim de que se manifeste acerca de um interesse juridicamente tutelável, vinculado a bens ou a utilidades da vida. Trata-se de um direito subjetivo público, hoje alçado à categoria de direito constitucional, nos sistemas normativos de diversos países, como é o caso do Brasil (CF, art. 5.º, XXXV). A outorga desse direito público aos seres

sociais pode ser realçada como um dos mais expressivos traços dos modernos Estados de Direito.

O direito de agir em juízo corresponde, sob certo aspecto, à contrapartida do Estado ao indivíduo, proveniente do fato de haver-lhe tornado defesa a autossatisfação ou autotutela dos interesses. É o *exercício arbitrário das próprias razões*, tipificado pelo Código Penal como crime contra a administração da justiça (art. 345). Exatamente por não se permitir ao indivíduo buscar a realização da justiça por mãos próprias é que o nosso texto constitucional inibe a lei ordinária de excluir do Poder Judiciário a apreciação de qualquer ameaça ou lesão de direito, embora a Constituição Federal de 1967, com a Emenda n. 2/69 (art. 153, § 4.º), consentisse que o ingresso em juízo pudesse ser condicionado à prévia exaustão das vias administrativas, contanto “*que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido*” A Constituição de 1988 não contém norma semelhante, conquanto disponha, no art. 217, § 1.º, que “*O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei*”. É o único caso em que se veda o acesso direto ao Poder Judiciário. Como resquícios atuais do período da autotutela de direitos, podem ser indigitados o esforço físico do possuidor turbado ou esbulhado, na proteção da posse (Cód. Civil, art. 1.210, § 1.º) e a legítima defesa (Código Penal, art. 21, *caput*), a despeito de exigir-se, em ambos os casos, imediatidade e moderação por parte do defendente.

O Estado Moderno, todavia, reserva aos indivíduos a possibilidade de autocomposição do litígio (que não se confunde com a autotutela ou autodefesa), que se concretiza sob as conhecidas modalidades de: *a) desistência* (renúncia à pretensão); *b) submissão* (renúncia da resistência à pretensão); e *c) transação* (estabelecimento de concessões recíprocas).

a) Processualmente, a *renúncia* à pretensão se exterioriza não sob a forma de desistência da ação (CPC, art. 485, VIII), como seja de imaginar-se, porquanto, nesta hipótese, a extinção do processo ocorre *sem* pronunciamento sobre o mérito (CPC, art. 485, *caput*), e sim de renúncia ao direito sobre que se funda a ação (CPC, art. 487, III, “c”), quando então o processo se extingue com julgamento acerca do mérito (CPC, art. 487, *caput*). A dessemelhança reside em que, no primeiro caso, o autor poderá intentar novamente a ação (CPC, art. 486, *caput*), o que já não lhe será consentido, por princípio legal, no segundo.

b) A *submissão* se manifesta mediante o ato que o CPC vigente entendeu designar de reconhecimento da “*procedência*” (*sic*) do pedido (art. 487, III, “a”). Rigor lógico à frente, devemos elucidar que tanto nos fatos da

vida, quanto no universo do processo, tudo “procede”, ainda mesmo que não venha a ser acolhido pela sentença. Advirtamos, novamente, que o substantivo *procedência* indica, lexicamente, a *origem*, a *proveniência* de alguma coisa, não se justificando, por isso, a sua utilização, pela lei, doutrina e jurisprudência, para demonstrar o *resultado* da prestação jurisdicional. Como se percebe, estabeleceu-se equivocada sinonímia processual entre “procedência” da ação e acolhimento dos pedidos formulados pelo autor; *venia concessa*, uma ação poderá ser “procedente” (ou seja, desde que atendidas as condições previstas em lei) sem que, obrigatoriamente, os pedidos tenham sido acolhidos, no todo ou em parte. A mesma impropriedade terminológica se evidencia com relação à “improcedência”. Tais razões sugerem, pois, que a doutrina, mercê do magistério que lhe é imanente, se ponha a denunciar esse equívoco inveterado, sendo imprescindível, para tanto, que ela própria dê o exemplo inicial, utilizando uma linguagem mais adequada ao discorrer sobre o assunto. Por outro lado, bons serviços haveriam de prestar à ciência processual e à técnica de redação dos pronunciamentos jurisdicionais os magistrados que abandonassem o arraigado hábito de empregar, no dispositivo das sentenças, as formas “procedência” ou “improcedência”. Os pedidos, insista-se, são *acolhidos ou rejeitados*; falar em “procedência” ou “improcedência” é confundir direito processual com direito material, é render culto à imprecisão vocabular. O art. 490, *caput*, do CPC, felizmente respeitou a melhor lição, nada obstante a tenha ignorado no art. 487, III, “a”. A CLT, acientífica, também alude à “procedência” (art. 832, § 1.º).

c) No que tange à transação, dispõe o art. 764, § 2.º, da CLT, ser “*lícito às partes celebrar acordo, que ponha termo ao processo, ainda mesmo depois de encerrado o Juízo conciliatório*”. Em que pese ao fato de haver certa controvérsia doutrinária acerca do tema, podemos afirmar que o acordo e a transação, conquanto tenham a separá-los linha sutil, se relacionam intimamente, na medida em que este provém daquele; vale dizer, o acordo constitui pressuposto da transação, verdadeiro negócio jurídico bilateral por meio do qual as partes extinguem obrigações duvidosas ou litigiosas, mediante concessões recíprocas. Na vigência do CPC de 1973, a praxe consagrou (e, em alguns casos, até exigiu) que a transação fosse *homologada* por sentença, embora essa espécie de ato jurídico bilateral produzisse efeitos imediatamente à sua exteriorização (CPC, art. 158, *caput*). O CPC de 2015, porém, faz expressa referência à sentença homologatória da transação (art. 487, III, “b”).

A precitada sentença é necessária para dotar o credor do indispensável título executivo para o caso de a obrigação não ser cumprida. O inciso II, do art. 515, do CPC, inclui a sentença homologatória de transação no elenco dos títulos executivos judiciais.

Transação e renúncia, todavia, traduzem atos distintos: enquanto a primeira, além de caracterizar-se pela bilateralidade, pressupõe a incerteza do direito (*res dubia*); a segunda, eminentemente unilateral, se funda, ao contrário, na certeza do direito que foi objeto da manifestação volitiva do renunciante.

Determinado segmento da doutrina trabalhista vê na greve uma reminiscência moderna dos tempos de autotutela dos direitos, sob a assertiva de que a paralisação coletiva temporária dos serviços, por parte dos empregados, representa uma reação direta e pessoal ao não atendimento, pelo empregador, das reivindicações formuladas. Dissentimos desse entendimento. A greve, como fato social e jurídico, não traduz a tentativa de fazer justiça pelas próprias mãos, que era característica do sistema de autodefesa; a solução dos conflitos coletivos de interesses é tipicamente *jurisdicional*, sendo bastante argumentar que a greve deságua, por força de lei, em dissídio coletivo, oportunidade em que o Estado-Juiz não apenas dirá da abusividade, ou não, do movimento paredista, como (se for o caso) apreciará o elenco de reivindicações apresentadas pelos trabalhadores.

A greve, se levamos em conta o momento de sua eclosão, mais se aproxima do ato de invocar a incidência prática da conhecida cláusula *exceptio non adimpleti contractus*, oriunda do direito romano e agasalhada por nosso Código Civil, como atesta o seu art. 476, *verbis*: “*Nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro*”. É certo que a nossa referência à cláusula *inadimpleti contractus* somente se justifica enquanto serve ao objetivo de enquadrar a greve na moldura do ordenamento jurídico civil, porquanto na esfera específica do direito do trabalho não há lugar para a atuação da aludida cláusula; dá-se que, sendo uma das características do contrato individual de trabalho o *trato sucessivo* ou a *execução continuada*, isso significa que, por princípio, o empregado deve estar sempre prestando serviços, só podendo parar quando a lei expressamente o autoriza, sob pena de perpetrar falta grave.

Seja como for, a greve não pode ser indicada como suposto fragmento do período de autotutela de direitos, pois, como observamos há pouco, a solução dos conflitos coletivos de interesses — qualificado, na espécie, pela resistência do empregador às reivindicações feitas pelos empregados — decorre da interveniência jurisdicional obrigatória, pelo Estado.

Fincadas essas considerações, é momento de esboçarmos um conceito de ação — que abrange, como é necessário — a própria ação trabalhista; ei-lo: é um direito subjetivo público e autônomo, de natureza constitucional, mediante o qual o autor, satisfeitos os requisitos legais, pede um pronunciamento jurisdicional do Estado a respeito de um interesse manifestado, sem que o adversário possa impedir a invocação dessa tutela.

Dissemos:

a) é um direito — e não simples poder — pois o Estado, ao proibir a autossatisfação dos interesses individuais, fez do ato de provocar o exercício da função jurisdicional um inequívoco direito subjetivo. Tanto isso é verdadeiro, que a nossa Constituição integrou a ação no rol dos direitos e garantias individuais fundamentais (art. 5.º, XXXV); a esse direito corresponde a obrigação de o Estado prestar a tutela jurisdicional. O direito de ação é pré-processual e se relaciona, umbilicalmente, com o veto estatal à realização da justiça pelas próprias mãos (CP, art. 345). Em um certo sentido, pode-se mesmo sustentar que neste reside a origem histórica daquele.

Considerando que o direito de ação é dirigido ao Estado, a quem o cabe satisfazer, percebe-se a impropriedade técnica da expressão correntia “propor ação”; o autor não “propõe” a ação: ele *exerce* o direito de ação e a dirige contra o Estado. Logo, a ação — enquanto direito — é exercida e não “proposta”. Não podemos negar, entretanto, que a expressão “propor ação” se encontra consagrada pela linguagem da doutrina, da jurisprudência e da própria legislação.

b) *subjetivo público*, porque o interesse na composição da lide não é apenas dos indivíduos em conflito, mas também do Estado. Sabemos que as lides tendem a provocar uma perturbação na harmonia das relações sociais — podendo transformar-se, inclusive, em poderoso fator de desagregação social — e desestabilização da própria ordem jurídica; daí emana o interesse que o Estado possui em solucioná-las de maneira justa e rápida — nada obstante a realidade prática esteja a demonstrar que nem sempre esse ideal é atingido, em virtude das notórias deficiências das estruturas judiciárias do País, fato que acarreta comprometedoras riscaduras no prestígio do Poder Judiciário, como instituição, além de colocar em risco a respeitabilidade das suas decisões.

Nem por isso, todavia, o direito de ação se vê destituído do caráter público, que lhe é inerente.

Diz-se, enfim, que a ação constitui um *direito subjetivo público* porque o indivíduo é titular de posições jurídicas ativas diante da autoridade estatal.

c) e *autônomo*, porquanto o ingresso em juízo, a despeito de ter, no mais das vezes, a finalidade de proteger o direito material, não depende, para o seu exercício e a sua efetiva existência, do direito substancial. Já não vigora a teoria civilista da ação, que cedeu lugar à do direito abstrato de agir.

A ação declaratória *negativa* continua sendo o mais poderoso argumento em prol desta última doutrina, pois o objetivo do autor, nessa espécie de ação, é justamente conseguir um pronunciamento jurisdicional respeitante à *inexistência* de relação jurídica (CPC, art. 19, I). Os modernos estudos no campo da ciência processual puderam demonstrar, enfim, com grande lucidez, que a ação é um direito *autônomo*, assim caracterizado pelo fato de não se relacionar com o direito material que, acaso, busque proteger.

d) de natureza constitucional, porque, conforme pudemos ver, a Suprema Carta Política brasileira inseriu a ação no elenco dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos e das coletividades. Essa declaração do texto constitucional é de fundamental importância para o patrimônio jurídico das pessoas, visto que o legislador ordinário não poderá impedir — a que motivo ou pretexto seja — que qualquer lesão ou ameaça de lesão a esse patrimônio possa ser excluída da apreciação do Poder Judiciário. Basta que o interessado invoque a tutela jurisdicional que o Estado está obrigado a prestar, desde que o faça nos casos e forma legais (CPC, art. 2.º).

e) pelo qual o autor, satisfeitos os requisitos legais. Em nosso sistema processual comum — e, por extensão, no trabalhista — o direito de agir em juízo está subordinado a que o autor satisfaça os requisitos específicos, estabelecidos por lei: tais são as *condições da ação: interesse e legitimidade* (CPC, art. 17).

Ausente que esteja uma só dessas condições, o autor será declarado carecedor da ação, com a conseqüente extinção do processo sem julgamento do mérito (CPC, art. 485, VI). Não podemos deixar de fazer, neste ensejo, mais um reparo à teoria de *Liebman*: é que, sendo a extinção do processo (mediante sentença) o consectário legal da declaração de carência de ação, resta sem explicação satisfatória o fato de, mesmo assim, o autor haver colocado em funcionamento a máquina judiciária, ou seja, haver provocado o exercício da função jurisdicional. Que faculdade, poder ou direito ter-lhe-ia permitido, neste caso, provocar a atividade jurisdicional do Estado até o momento em que este expediu a sentença declaratória da carência?

Cândido Dinamarco (Fundamentos do Processo Civil Moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 69) procura solucionar o problema com o argumento de que embora o autor não tivesse o poder de exigir o provimento de mérito, tinha-o, porém, “*Como todos em qualquer situação têm, o poder de acionar os órgãos da jurisdição, ao menos para deles receber aquela declaração (de ser carecedor da ação); e esse poder é o direito de ‘demandar’ ou direito à administração da ‘justiça’, ou ainda ‘ação’ em sentido*

impróprio, que não se sujeita à condição alguma e também está garantida constitucionalmente”.

A opinião desse jurista coincide com a nossa e comprova a deficiência da teoria de *Liebman*, nesse aspecto.

f) pede um pronunciamento jurisdicional do Estado. Constituindo a jurisdição (*iuris* = direito + *dictio* = dizer) uma atividade monopolista do Estado, é compreensível que qualquer ofensa (ou ameaça) a direito só possa ser reparada por ato do Poder Judiciário, desde que, por certo, o infrator se tenha recusado a fazê-lo, espontaneamente. Só o Estado, pois, pode dizer, com a autoridade que lhe é própria, com quem está ou com quem não está o direito disputado. Esse pronunciamento estatal não é administrativo, e sim, essencialmente jurisdicional, porquanto nesse ato o Estado substitui a atuação do indivíduo — a quem, como sabemos, impede de realizar a autotutela de direitos ou de interesses.

O comando sancionador e imperativo, que se irradia da sentença — como exteriorização formal dessa dicção jurisdicional do Estado — se torna definitivamente irrecusável com o advento do fenômeno da coisa julgada material, cuja desconstituição apenas será possível pela via rescisória.

A coisa julgada, convém elucidar, não é efeito e sim *qualidade* da sentença.

g) a respeito de um interesse manifestado. O *interesse* forma dentre as condições indispensáveis ao exercício do direito constitucional de ação (CPC, art. 17) e se manifesta, concretamente, sob a forma de um pedido para que o Estado-Juiz se pronuncie sobre a *res in iudicio deducta*. O *interesse* determina a espécie de provimento jurisdicional que se pretender obter: declaratório, condenatório constitutivo, mandamental ou executivo — se pensarmos na classificação quinária das ações, estabelecida por Pontes de Miranda. O *interesse* — repisemos — está ligado a bens ou a utilidades da vida.

Esse elemento do conceito de ação, que esboçamos, coloca-nos a braços, uma vez mais, com a natureza abstrata do direito de agir em juízo, pois o que o autor pede ao Estado, segundo afirmamos, é um pronunciamento a propósito da situação ou da relação jurídica levada à cognição deste. Conquanto o autor sempre espere que o decreto estatal lhe seja favorável, eventual pronunciamento contrário aos seus interesses não significará que terá deixado de existir, na hipótese, o direito de ação. Referido direito não se subordina ao

resultado da prestação jurisdicional invocada; daí, o sentido *abstrato*, que lhe é apropriadamente atribuído.

h) sem que o adversário possa impedir a invocação dessa tutela. A ação é exercida contra o Estado — que é detentor da correspondente obrigação de prestar a tutela jurisdicional — e em face do adversário, contanto que o autor observe os casos e forma legais (CPC, art. 2.º). Não pode o adversário, via de consequência, opor-se, a que título seja, ao regular exercício desse direito subjetivo público. Tal é o princípio da *irrecusabilidade da jurisdição*.

A observação é importante, porque poderia parecer juridicamente possível a alguns que o réu se valesse, por exemplo, de medida cautelar inominada com a finalidade de impedir que determinado indivíduo provocasse o exercício da função jurisdicional; ora, sendo a ação — como tantas vezes assinalamos — um direito constitucional, não é admissível que esse direito possa vir a ser coarctado por meio de simples medida acautelatória, criada pela legislação ordinária processual.

O que ao réu se assegura é o direito de *responder à ação* (CPC, art. 335), valendo destacar que o exercício desse direito é facultativo, pois a moderna processualística não impõe a presença do réu no processo, para efeito de regular estabelecimento da correspondente relação e da composição da lide, embora ele sofra certas consequências processuais relacionadas à ausência de sua resposta (CPC, art. 344; CLT, art. 844, *caput*, parte final).

Desejamos esclarecer que empregamos, no enunciado de nosso conceito, o adjetivo *manifestado* para demonstrar que o interesse não apenas figura como uma das *condições da ação*, mas, sobretudo, deve ser expresso pelo autor, cuja particularidade se articula com o princípio da demanda (*ne procedat iudex ex officio*), pois mesmo que tenha ocorrido a lesão de um direito material (embora o direito de agir em juízo, como sabemos, não pressuponha, necessariamente, a existência de direito substancial) o Estado somente poderá pronunciar-se a respeito se o autor, na medida do seu interesse, invocar a tutela jurisdicional, nos casos e forma legais (CPC, art. 2.º).

O *pedido*, formulado na peça inaugural, a par de ser objeto da ação, representa a materialização do interesse; inexistindo pedido, a petição de revela inepta (CPC, art. 330, § 1.º, I). O indeferimento da petição inicial, com a consequente extinção do processo sem resolução do mérito (CPC, art. 485, I), no entanto, somente será lícito se o autor, intimado, deixar de atender ao despacho judicial, que lhe determinou a emenda ou a complementação daquela peça processual, no prazo de quinze dias (CPC, art. 321)

A *jurisdição* tem, portanto, nítido caráter *substitutivo*, dado que por intermédio dela o Estado toma o lugar do indivíduo no ato de fazer valer o direito; mais do que um poder, conseguintemente, a jurisdição se firma como irrecusável *dever* estatal. Trata-se, pois, de um compósito poder-dever.

Já o *processo* representa a técnica (ou o método) de que se vale o Estado no desempenho do poder-dever de compor os conflitos intersubjetivos de interesses submetidos à sua cognição jurisdicional. As normas procedimentais, sendo vinculativas de todos os sujeitos do processo (juiz, partes, advogados, Ministério Público, funcionários do Juízo e outros), se destinam a evitar a instauração da arbitrariedade e do tumulto processuais.

Modernamente, aliás, o processo tem sido visto como instrumento de preservação do próprio interesse público.