

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
FACULDADE MINEIRA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS- GRADUAÇÃO EM DIREITO

**A TUTELA DE EVIDÊNCIA COMO INSTRUMENTO DO
DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCESSO DO TRABALHO
JUSTO, DEVIDO E EFETIVO**

Fernanda Carolina Fattini

**Belo Horizonte
2011**

FERNANDA CAROLINA FATTINI

**A TUTELA DE EVIDÊNCIA COMO INSTRUMENTO DO DIREITO
FUNDAMENTAL AO PROCESSO DO TRABALHO JUSTO, DEVIDO E
EFETIVO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração em Direito do Trabalho.
Orientador: Professor Doutor José Roberto Freire Pimenta

**BELO HORIZONTE
2011**

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

F254t Fattini, Fernanda Carolina
A tutela de evidência como instrumento do direito fundamental ao processo do trabalho justo, devido e efetivo / Fernanda Carolina Fattini. Belo Horizonte, 2011.
123 f.

Orientador: José Roberto Freire Pimenta
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Brasil. [Constituição (1988)]. 2. Princípio da efetividade. 3. Devido processo legal. 4. Tutela de urgência. 5. Tutela de evidência. 6. Processo trabalhista. 7. Acesso à justiça. 8. Justiça do trabalho. I. Pimenta, José Roberto Freire. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 331.16:347.9

Ficha catalográfica elaborada por Fernanda Paim Brito - CRB 6/2999

Fernanda Carolina Fattini

**A TUTELA DE EVIDÊNCIA COMO INSTRUMENTO DO DIREITO FUNDAMENTAL
AO PROCESSO DO TRABALHO JUSTO, DEVIDO E EFETIVO**

Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação em Direito do Trabalho da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Prof. Dr. José Roberto Freire Pimenta – PUC Minas (Orientador)

Prof. Dr. Márcio Túlio Viana – PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof^a. Dr.^a Adriana Goulart de Sena – UFMG (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 17 de junho de 2011.

Ao meu pai, grande homem e professor, por ter despertado em mim o interesse pela vida acadêmica. Hoje, em seu mundo, ainda é fonte de inspiração e, da sua forma, continua sempre apoiando minha vida profissional.

À minha mãe, exemplo de força, fibra e dignidade pelo incentivo em jamais desistir dos sonhos.

Agradeço ao mestre e orientador Ministro Prof. Dr. José Roberto Freire Pimenta pelas inúmeras lições não só acadêmicas, mas de vida, fonte sempre inesgotável de informações que transformaram minha forma de perceber o direito. Sem palavras para agradecer, ainda, pela compreensão pelo meu último ano difícil em face das ciladas e peripécias da vida.

La función del Derecho del Trabajo es evitar que el hombre sea tratado igual que las cosas

H. Sinzheimer

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo o estudo da evolução do processo tendo em vista a nova hermenêutica constitucional e a aplicação da tutela de evidência como instrumento de efetivação do processo justo; mais especificamente o processo do trabalho. Para tanto, é feito um breve histórico do processo para se chegar à interpretação dos princípios processuais de acordo com o instrumentalismo processual e a constitucionalização, tendo como prisma a garantia constitucional dos direitos fundamentais. São feitas considerações acerca das tutelas diferenciadas no direito comparado e brasileiro com ênfase nas tutelas de urgência. Por fim, é tratada a tutela de evidência no processo do trabalho, mecanismo de antecipação dos efeitos da sentença de mérito e de promoção da igualdade substancial das partes, corolário do processo legal justo, devido e efetivo; direito fundamental assegurado pela Constituição da República.

Palavras-chave: Efetividade. Devido Processo Legal. Processo justo. Tutelas de urgência. Tutela de Evidência. Processo do Trabalho.

ABSTRACT

This paper aims to study the evolution of the process in view of the new constitutional hermeneutics and application of the protection of evidence as a tool for ensuring the due process and more specifically, the work process. To do so, it presents a brief history of the process to arrive at the interpretation of procedural principles in accordance with the procedural instrumentalism and constitutionalization, with the prism the constitutional guarantee of fundamental rights. Some considerations about guardianships in different Brazilian and comparative law with an emphasis on urgency protections. Finally, it addresses the protection of evidence in the work process, mechanism of anticipating the effects of the award of merit and promotion of substantive equality of the parties, a corollary of due process, proper and effective; fundamental right guaranteed by the Constitution.

Keywords: Effectiveness. Due Process of Law. Fair process. Guardianship of urgency. Custody of Evidence. Labor Process.

LISTA DE ABREVIATURAS

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CPC – Código de Processo Civil

CR/88 – Constituição da República de 1988

IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual

PLS – Projeto de Lei do Senado

REPRO – Revista de Processo

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	BREVE HISTÓRICO DO PROCESSO	15
2.1	Período primitivo ao Direito Romano	15
2.2	Do conceitualismo ao Instrumentalismo processual.....	18
3	PRINCÍPIOS GERAIS DO PROCESSO CONTEMPORÂNEO	23
3.1	Instrumentalidade substancial	23
3.2	Utilidade Processual	25
3.3	Acesso à justiça	26
3.4	Devido Processo Legal: Processo justo e devido.....	28
3.5	Adequação.....	34
3.6	Efetividade	35
3.6.1	<i>A efetividade sob o prisma da nova hermenêutica constitucional</i>	37
4	DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCESSO DEVIDO, JUSTO E EFETIVO.....	39
4.1	Definição de Direito Fundamental	39
4.2	Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais	45
4.3	Dignidade do Trabalhador	51
4.4	Processo do trabalho justo, devido e efetivo como direito fundamental...	53
5	TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA.....	57
5.1	Tutelas diferenciadas e o princípio da efetividade.....	61
5.2	Tutela de segurança	63
6	BREVES NOTAS SOBRE TUTELA DE URGÊNCIA NO DIREITO COMPARADO.....	66
6.1	Common Law.....	66
6.1.1	<i>Remedies precedes rights</i>	67
6.1.2	<i>Possibilidades de ocorrência da tutela de evidência</i>	70
6.1.3	<i>Equity e cumprimento das decisões</i>	71
6.2	Direito Francês.....	72
6.2.1	<i>Evolução Histórica</i>	72
6.2.2	<i>Tutelas de urgência e Ordonnances de Référé</i>	74
6.2.3	<i>As astreintes</i>	78
6.2.4	<i>Medidas sub-rogorárias</i>	80

6.2.5	<i>Execução provisória no processo do trabalho francês</i>	80
6.3	Direito Italiano	81
6.3.1	<i>Provvedimenti d'urgenza</i>	82
7	TUTELAS DIFERENCIADAS NO DIREITO BRASILEIRO	85
7.1	Tutela específica	85
7.2	Artigo 475 J do Código de Processo Civil	88
7.3	Tutela Antecipada	89
7.3.1	<i>Caput do artigo 273</i>	91
7.3.2	<i>Fundado receio de dano irreparável – inciso I</i>	93
7.3.3	<i>Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório</i>	94
7.3.4	<i>Irreversibilidade da medida</i>	96
7.3.5	<i>Momento da concessão e contraditório</i>	97
8	A TUTELA DE EVIDÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO	99
8.1	Conceito	99
8.2	Fonte normativa	102
8.3	Papel do magistrado na concessão da tutela antecipada baseada na evidência	105
8.4	Noções de tutela de evidência no direito do trabalho	109
8.5	Estabilização da tutela antecipada diante do direito evidente e execução da tutela de evidência	110
8.6	Perspectivas da tutela de evidência no projeto do novo CPC	114
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	116
	REFERÊNCIAS	120

1 INTRODUÇÃO

Após o final de um século de transformações no Direito Brasileiro, da ascensão e queda do Estado do Bem Estar Social, do triunfo e início da decadência do neoliberalismo e da afluência do pós-positivismo, permanece o discurso de que o poder judiciário enfrenta uma crise estrutural que ameaça comprometer sua credibilidade perante a sociedade e o jurisdicionado.

Mudanças ocorreram ao longo dos últimos anos tanto no direito material quanto no processual, mas que se quedaram insuficientes a transformar a imagem do funcionamento da justiça criada e disseminada pela sociedade. Entre outros fatores, a imagem da justiça é afetada principalmente pela falta de efetividade do processo em promover a concretude do direito declarado.

O reconhecimento da tutela tida como de evidência e sua execução útil e em tempo hábil é medida fundamental e necessária para tornar o processo apto a realizar seus objetivos e servir de forma melhor a sociedade. A falta de efetividade do processo, que gera um descrédito da sociedade no poder judiciário, tem sua origem em um complexo de causas.

O cidadão que procura o judiciário com o objetivo de usufruir direitos, que por outrem foram descumpridos, depara-se com uma longa espera, muitas vezes o suficiente a aniquilar qualquer utilidade na prestação tardia da tutela jurisdicional.

No processo do trabalho mais grave ainda o problema se torna. A justiça do trabalho lida com causas especiais relacionadas à exploração de mão de obra e pagamento de verbas de natureza alimentar. Na grande maioria das vezes, do fruto do trabalho depende a sobrevivência do cidadão trabalhador e de sua família e o não recebimento da parcela alimentar em tempo hábil pode comprometer a sobrevivência digna de um determinado grupo familiar.

A espera pela simples tentativa de resolução da controvérsia é por vezes demasiadamente longa. Em alguns Tribunais Regionais do Trabalho do país, chega-se a esperar quase dois anos para a realização de uma audiência, na qual será feita a primeira proposta conciliatória.

Mesmo no caso do TRT da 3ª Região, que é referência nacional em celeridade e eficiência no julgamento das controvérsias, grande parte das ações que

são rapidamente solucionadas “empacam” na fase executiva, comprometendo toda a eficiência desempenhada. De nada adianta o direito declarado de forma rápida e eficiente se ainda é lenta a sua concreção.

Não obstante o abarrotamento de processos nas secretarias das varas trabalhistas, um grande número de litígios sequer chega ao judiciário. Essa demanda contida acaba por gerar um grande incentivo ao descumprimento das normas trabalhistas; já que torna economicamente vantajoso para o empregador não cumprir a legislação trabalhista. Ao contrário, as empresas que cumprem acabam por ser alijadas pela concorrência, que obtém mais lucros da maior exploração da mais valia.

Muitas vezes o trabalhador deixa de buscar o judiciário para pleitear direitos afrontados por medo de sofrer represálias do empregador através das ilegais, mas comuns, listas negras.

Trata-se de um “pacto de cavalheiros” entre as empresas que trocam informações sobre ex-funcionários que ingressaram na justiça, a fim de evitar novas contratações desses trabalhadores. Na verdade nada mais é que ato discriminatório e atentatório da dignidade do trabalhador, que depende do trabalho para viver com dignidade. Mas, infelizmente, no Brasil, até os dias de hoje, ainda há a falsa imagem originária do pensamento liberal burguês de que o trabalhador que ingressa na justiça comete ingratidão contra a empresa que tanto por ele fez.

A esse cenário acresce-se o fato de que mais de vinte anos após a promulgação da Constituição Brasileira, não houve vontade e força política suficiente para regulamentar a garantia contra a dispensa arbitrária declarada pela Carta.

O temor pela dispensa imotivada impede um número inimaginável de trabalhadores que têm seus direitos lesados e descumpridos de buscar o judiciário durante a vigência do contrato de trabalho. Assim, a justiça do trabalho torna-se a justiça dos desempregados.

Contudo, apesar da litigiosidade contida, o número de demandas que chegam à apreciação do poder judiciário ainda é elevadíssimo; principalmente de ações que visam ao pagamento de verbas rescisórias e outras parcelas corriqueiras do contrato de trabalho.

Essas obrigações que simplesmente deveriam ser cumpridas espontaneamente pelo empregador e que, por muitas vezes, mostram-se incontroversas, são demandas que atolam os órgãos da justiça de serviço,

ocupando grande parte do tempo que deveria ser dedicado ao estudo dos chamados “casos difíceis”, que realmente necessitam da apreciação e maior dedicação do judiciário.

Enfim, a “síndrome do descumprimento das obrigações trabalhistas”¹ torna a prestação jurisdicional morosa e muitas vezes inefetiva, principalmente em se tratando dos casos em que a parte lesada não pode esperar a demora natural do processo.

A falta de efetividade do processo em cumprir o prometido, ou seja, em dar à parte lesada tudo o que ela teria usufruído caso seu direito não houvesse sido violado, apresenta-se como verdadeira afronta aos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente. Essa situação acentua-se e agrava-se nas relações trabalhistas, considerando-se a hipossuficiência do trabalhador e o caráter alimentar dos créditos trabalhistas.

Quanto mais efetiva a máquina judiciária, menos ela vai ter que atuar concretamente, pois induzirá o cumprimento espontâneo das obrigações, além de se tornar mecanismo de pacificação do conflito específico. Para que a tutela pretendida seja realmente satisfeita, no plano concreto, a parte lesada deve obter exatamente aquilo que teria, caso o direito não fosse descumprido, ou o resultado prático equivalente.

Doutro modo de nada adianta provocar a ação do Estado, movimentar a máquina judiciária, gastar tempo e dinheiro além do esforço dos servidores da justiça, para no fim restar apenas a sensação do “ganhou, mas não levou”.

O surgimento e desenvolvimento das tutelas diferenciadas demonstram evolução do sistema jurídico na tentativa de melhor se adequar e promover a justiça nos casos concretos, de forma a possibilitar que a parte usufrua seu direito de forma útil e em tempo hábil.

A sensação do direito reconhecido e não cumprido chega a ser mais devastadora para a alma humana do que a ausência da declaração que reconhece o próprio direito em si.

Quando se trata de casos em que a parte ex-adversa sequer se opõe à existência do direito, mais grave ainda é a situação. Nesse sentido, a permissão legislativa para que o magistrado adote medidas que induzam o devedor ao

¹ Expressão do professor e Desembargador do TRT 3ª Região, Antônio Álvares da Silva.

cumprimento das obrigações, principalmente diante da evidência da existência do direito concreto, é corolário dos princípios do acesso à justiça, do devido processo legal justo e efetivo, sendo meio de tornar útil e eficaz a prestação da tutela jurisdicional.

A execução imediata e efetiva do direito incontroverso, ainda que através de meios de coação, só será capaz de induzir o cumprimento espontâneo e prevenir o inadimplemento caso o processo seja capaz de garantir que, através do uso da força necessária pelo Estado, será obtido o resultado prático equivalente ou, por meio de ameaça de aplicação de sanção, o descumprimento torne-se desvantajoso economicamente em comparação ao adimplemento voluntário.

Essa dissertação busca mostrar que a utilização das tutelas diferenciadas e a execução da tutela antecipada nos casos em que o direito é evidente são instrumentos necessários e essenciais ao processo devido, justo e sem dilações indevidas, como instrumento eficiente de concretização dos direitos substanciais.

Para tanto, no segundo capítulo será feito um breve histórico do direito processual com o objetivo de se entender os contornos da atual interpretação do processo à luz da constituição.

Já no terceiro serão tratados os princípios processuais de acordo com a nova hermenêutica constitucional.

Dando continuidade, o quarto capítulo tem como objetivo conceituar os direitos fundamentais e compreender o papel da efetividade do processo devido e justo como garantia desses direitos, dando ênfase ao processo do trabalho.

A necessidade de uma tutela jurisdicional efetiva como instrumento do processo justo é tema do capítulo quinto.

O sexto capítulo tece breves notas sobre as tutelas de urgência no direito comparado, que serviram de inspiração para as reformas processuais brasileiras implementadas a partir da década de 90.

No capítulo sétimo são tratadas as tutelas diferenciadas, priorizando a tutela antecipada e a tutela específica, sempre tendo como referência o processo justo e a instrumentalidade substancial.

Por fim, o oitavo capítulo destina-se ao tratamento da tutela de evidência, sua aplicação no processo do trabalho e a indução ao cumprimento da decisão através dos meios coercitivos e sub-rogatórios.

Em sequência seguem as considerações finais.

2 BREVE HISTÓRICO DO PROCESSO

2.1 Período primitivo ao Direito Romano

Nas palavras de Edson PRATA², historicamente, o direito processual está compreendido nos períodos da autodefesa, autocomposição, arbitramento e processo. Segundo o autor, para muitos processualistas, antes da existência do direito objetivo já se praticava regularmente a justiça.

No período da autodefesa, cabia ao cidadão defender o seu próprio direito, por meio da força, do grupo ou família. Durante essa fase, os termos Direito e Justiça ficam comprometidos, pois não existiam normas regulamentando o que seria certo.

Pode-se dizer então que o processo surgiu antes mesmo do direito material e com ele se confundia. Embora não houvesse normas postas, as pessoas lesadas já elaboravam formas de reparar a lesão no caso concreto, ainda que por conta própria e sem o respaldo do Estado. Em vista da sua própria origem, o processo civil foi visto como apêndice do direito civil por muitos séculos.

Posteriormente surgiu a figura máxima, o dirigente responsável pelos cargos indispensáveis à promoção e aplicação da justiça, a quem incumbia legislar, julgar e executar as decisões. Dos tempos mais remotos até o advento do Direito Romano, época conhecida na história do Direito como período primitivo, surge a figura do julgador, provavelmente milhares de anos antes de cristo.

A presença da figura do julgador desencadeia um *modus operandi*, ou seja, um procedimento na exposição da querela até o dizer da justiça e sua execução. Assim, com o surgimento do juiz surge também um conjunto de procedimentos, um processo ainda que rudimentar.

Uma das civilizações mais antigas conhecidas dos historiadores é a Suméria, que viveu nos territórios hoje ocupados por Irã e Iraque, por volta de 4500 antes de Cristo. Os primeiros traços de organização de Estado, Império, leis, sistema de crédito, literatura, escravidão, despotismo e guerra seriam encontrados na Suméria.

² PRATA, Edson. *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 13.

Segundo Edson PRATA³ as leis sumerianas deram origem ao primeiro grande código de leis, o código de Hamurabi. O sistema de composição dos litígios na Suméria ficava a cargo de um arbitrador público a quem competia tentar conciliar as partes. O arbitrador estava autorizado a conciliar as partes em todas as causas que lhe eram submetidas, referissem ou não a direitos patrimoniais de caráter privado. A data de surgimento do código de Hamurabi encontra controvérsia entre os historiadores que apontam 2100 e 1790 a. C.

O código tratava das falsas acusações, que ensejavam a aplicação das ordálias (partes entregues à própria sorte, ou ao juízo de Deus); o sistema de pena de morte aplicado à testemunha que se apresentasse e não provasse aquilo que falou; a famosa pena de Talião que transferia a pena da pessoa do criminoso para a sua família e, ainda o erro judiciário. Se um juiz dirigisse um processo e proferisse uma sentença que mais tarde se descobrisse como errada, aquele juiz deveria pagar pena doze vezes maior à imposta ao condenado.

Em 1100 a.C., provavelmente, surge o Código de Manu na Índia. O Código contém doze livros divididos por temas. Estabelece que o poder judicante é privativo do rei ou a um representante de casta superior. Compete ao juiz o impulso oficial caso descoberto um falso testemunho.

Contudo, a primeira manifestação do direito processual de forma sistemática e com as feições de direito eminentemente público surgiu em Roma.

Nos tempos mais remotos do povo romano não havia direito escrito. O direito era aplicado exclusivamente pela classe dominante, os patrícios, destituídos da filosofia de igualdade e tutela da liberdade. Com o passar dos tempos, a distância entre patrícios e plebeus foi se estreitando e por motivos até de segurança interna os patrícios foram cedendo direitos aos plebeus. No ano de 462 a.C. começam pressões das classes dominadas para que o Direito fosse redigido, o que merece atenção após a ameaça de se paralisar os trabalhos, que naquele tempo eram realizados somente pela classe dominada, por serem vistos como algo vil. Foram redigidas as XII Tábuas com conteúdos diversos, desde direito de família até direito processual.

Desde a fundação de Roma até 342 d.C viveu em Roma o sistema da justiça privada, cabendo às partes valer-se de sua própria força. O primeiro período de

³ PRATA, Edson. Op cit. p. 18.

justiça privada de Roma, conhecido como *Legis Actiones* surgiu com as primeiras manifestações do sentimento de justiça do povo romano se corporificando com as leis das XII Tábuas.

O litígio devia obrigatoriamente adaptar-se a cinco modelos previamente estabelecidos pelo legislador. As ações declaratórias: *sacramentum* (caráter geral, poderiam ser *in rem*, quando se reclama coisa possuída por outra pessoa ou *in personam*, para acionar pessoa que não cumpriu obrigação assumida), *iudicis postulatio* (pedido feito ao pretor para que nomeie juiz para julgar a causa) e *proe conditionem* (declaratória para exigir crédito ou coisa determinadas). E as executivas *manus iniectio* (credor poderá deter o devedor e fazê-lo escravo a fim de obter a satisfação da obrigação) e *pignoris capionem* (credor se apossava de coisa móvel do devedor).

Nas ações *sacramenti in rem* já havia a concessão da tutela antecipada. Enquanto se processava a ação, a coisa litigiosa era entregue pelo magistrado à posse provisória do litigante que demonstrasse ter o melhor direito até então, incumbindo-lhe devolvê-la caso vencido na ação.⁴

O segundo período da justiça privada romana foi denominado formulário e sua característica fundamental era a existência de uma fórmula redigida pelo magistrado após ouvir os litigantes. Tal fórmula continha requisitos essenciais se aproximando da atual petição inicial. Nessa fase o magistrado começa a se distinguir mais como juiz, podendo tomar medidas típicas como os interditos, por exemplo.

A origem da tutela de evidência, segundo Luiz FUX⁵, está ligada aos interditos romanos, que representaram o nascimento dos procedimentos expeditos de satisfação imediata. Os interditos serviram de base a todos os procedimentos monitórios injuncionais, admitindo a expedição de ordens definitivas diante da evidência do direito do postulante, sem mais indagações sobre os fatos⁶.

⁴ SOUZA, Adriano Stanley Rocha e FIUZA, César Augusto de Castro. *A tutela antecipada e o instituto da evidência no processo civil americano*. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, v.02, n.3 e 4, p. 253-257, 1999. p 253.

⁵ FUX, LUIZ. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência (Fundamentos da tutela antecipada)*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 324.

⁶ CUENCA apud FUX Luiz. Op cit. p. 325 “El pretor acuerda el interdicto por el solo hecho de la solicitud, sin averiguar se los hechos acusados son ciertos o no, pues caso de no ser ciertos y de quererlo el demandado, puede este caudir em juicio ordinário mediante la formula correspondiente, a demostrar: o bien que no ejecutó el acto danoso, o bien que su acto se encuentra dentro del ejercicio de los derechos que legitimamente le corresponden.”

A partir de 342 d.C. começa o sistema da justiça pública desaparecendo o sistema da divisão do procedimento em *iure* (juiz redige a fórmula se estiver convencido do direito das partes e da oportunidade da pretensão) e *judicio* (fórmula entregue ao juiz, instrução e julgamento). Surge o juiz único, representante de estado.

Desde o direito romano, em todas as suas fases, até meados do século XIX, o direito processual era confundido com o próprio direito material. Ou seja, o processo não constituía uma ciência, mas um modelo de procedimento de alcance da tutela jurisdicional. Se determinada lesão não encontrasse respaldo nos modelos propostos e predefinidos, simplesmente não poderia ser levada a juízo.

O direito subjetivo tutelável restringia-se às hipóteses que se enquadrassem dentro das fórmulas procedimentais previamente definidas.

2.2 Do conceitualismo ao Instrumentalismo processual

A partir do fim do século XIX, a doutrina moderna confere novos contornos ao processo judicial, conferindo-lhe status de veículo ou instrumento para aplicação, pelo poder público, das normas de direito material no caso concreto.

O processo passa a ser uma ciência, abandonando as formas pré-definidas e inflexíveis, nas quais deveria se amoldar o direito material sob pena de não poder ser levado à apreciação judicial. Em face da autonomia adquirida, o processo desatrela-se da existência do direito material.

A dissociação entre direito de ação e direito material corroborou a própria existência do direito processual como ciência e com a elaboração de princípios e direitos fundamentais relativos ao processo. O início da fase científica deu origem a uma série de conceitos e estruturas dogmáticas que predominaram até meados do último século. O processo deixou de ser restringido a modelos de ações correspondentes a determinadas lesões, para se tornar uma verdadeira ciência.

No entanto, as estruturas criadas e o apego ao conceitualismo exacerbado apresentaram suas falhas, mostrando-se insuficientes para promover a efetivação da justiça no caso concreto.

Marco das primeiras críticas ao conceitualismo é o famoso discurso de CALAMANDREI, na abertura do Congresso Internacional de Processo Civil, realizado na Itália em setembro de 1950. Na ocasião o autor enalteceu a finalidade social do processo de concretização e efetivação dos direitos constitucionalmente garantidos. Criticou a dogmática do processo como um fim em si mesmo, afirmando a sua importância como instrumento de reivindicação dos valores sociais. Sobre a garantia dos direitos fundamentais do homem através do processo afirmou que:

é a estrada através da qual poderão ser postos em evidência (...) os nexos estreitos que unem o direito processual ao direito constitucional: naquela parte de destaque que, em todas as constituições dos Estados livres, é dedicada a garantir o respeito à pessoa humana e a liberdade dos cidadãos, o processo tem uma importância preeminente. **Todas as liberdades são vãs, se não podem ser reivindicadas e defendidas em juízo: se os juizes não são livres, cultos e humanos, e se o ordenamento processual não é fundado, ele mesmo, no respeito à pessoa humana, que reconheça em todo homem uma consciência livre, responsável por si mesma, e por isto inviolável**⁷ (grifou-se)

Ainda acrescentou:

o estudo do direito processual é o que mais de perto permite nos aproximar a recolher, e quase diria a auscultar, como o médico faz quando encosta a orelha no peito do doente, a palpitação da justiça. Sob as fórmulas chancelerescas do processo, uma palavra misteriosa se apresenta de tempo em tempo, como para nos lembrar nosso compromisso; existe entre os mecanismos constitucionais do Estado, um ministério cujo título se refere à justiça: todo aquele tricolado de formalismos burocráticos que se agrupa em torno às aulas judiciais, se chama administração de justiça. Ninguém melhor do que nós está em situação de perceber a distância que pode existir entre a realidade destes sufocantes formalismos, e a exigência escrita nesta alada e vivificante palavra; **ninguém melhor do que nós, que somos os mecânicos destes aparelhos instituídos para traduzir a justiça em realidade cotidiana, está em situação de compreender que quando estes aparelhos se travam, também a justiça vem a ser, para quem sofre e espera, uma burla sinistra e uma traição.**⁸ (grifou-se)

⁷ CALAMANDREI, Piero. "Processo e giustizia", in *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1950, v. I, p. 288-289 tradução em PIMENTA, José Roberto Freire. *A tutela antecipatória e específica das obrigações de fazer e não fazer e a efetividade da jurisdição – aspectos constitucionais, cíveis e trabalhistas*, Tese para doutoramento em Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2001. p 26.

⁸ Cópia traduzida da reprodução do discurso pronunciado pelo Prof. Calamandrei durante o ato inaugural do Congresso Luernodona1 de Direito Processual Civil, celebrado em Floreada durante os dias 30 de setembro a 3 de outubro de 1950, organizado pela Associação Italiana de estudiosos do processo civil. Publicado em *Historia di diritto processuale* quite, ano V 1950, 1- p. p. 273-290, e em *Atti dei Congressi internazionali di diritto processuale civile* (Padova, Cedam, 1953), pp. 9-23; assim como em *Studi*, vol. VI, pp. 3-20. Em castelhano publicou-se na *Revista de Derecho procesal*, ano X (1952), 1º p., pp. 13-28.

No âmbito político e social, com o advento do Estado Social suplantando o até então vigente Estado Liberal, o foco no indivíduo foi desviado para a sociedade, ampliando-se a atenção do ordenamento jurídico para a existência de interesses sociais. Segundo o professor Humberto THEODORO JÚNIOR⁹, sob essa ótica “a organização da máquina estatal deixou de ser mera declaradora de direitos fundamentais para transformar-se em agente realizador desses mesmos direitos”.

A partir de então a doutrina processual iniciou um processo de transformação do conceitualismo para o chamado instrumentalismo.

Na visão instrumentalista, a garantia constitucional de acesso ao judiciário, por exemplo, não se restringe à possibilidade de ajuizar uma demanda, mas se traduz na obtenção de um provimento útil e eficaz, e em tempo razoável. Trata-se da garantia a um procedimento que assegure a tutela efetiva e útil do direito violado.

O século XX trouxe uma mudança de paradigma. Na nova ideologia democrática, os Estados deixam de ser meros declarantes de direitos para transformarem-se em agentes realizadores desses direitos, utilizando, inclusive, novos mecanismos processuais para tal fim.

À luz desse novo posicionamento institucional desenvolve-se a teoria das tutelas diferenciadas e de urgência, além da diversificação e especialização dos procedimentos. Ao invés de poucos e inflexíveis, os procedimentos tornam-se mais aptos a proporcionar à parte lesada a mais plena e específica tutela, conforme as particularidades de cada caso concreto.

O direito processual dos países adotantes do sistema romano-germânico, como o Brasil, passou por significativas transformações nas últimas décadas, visando à criação de mecanismos eficazes para a tutela adequada dos direitos materiais.

Inicialmente na França, com a revolução francesa (séc. XVIII e XIX), a liberdade e a autonomia da vontade foram enaltecidas a valores extremos. Nessa perspectiva, toda sanção que se destinava a garantir o cumprimento de uma obrigação teria de recair sobre o patrimônio do devedor, uma vez que ninguém poderia ser compelido, contra vontade, a adotar qualquer tipo de comportamento pessoal. O Código de Napoleão regulamentava apenas as perdas e danos, não permitindo forma alguma de coação sobre a pessoa do devedor na prestação de

⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela Específica das Obrigações de fazer e não fazer. *Revista síntese de Direito Civil e Processual Civil*. n° 15- Jan-Fev, 2002, p.16.

obrigações de fazer e não fazer. Na concepção liberal não havia execução forçada e por ser intocável a liberdade pessoal do devedor e, se não fosse de seu interesse cumprir voluntariamente a obrigação, outro caminho não restava senão conformar-se em perdas e danos.

Com a mudança de paradigma do Estado Liberal, a jurisprudência francesa criou medidas pecuniárias coercitivas, as “astreites” como forma de coação do devedor a cumprir obrigações ainda que de fazer ou não fazer, possibilitando a prestação da tutela da forma mais específica possível.

A nova visão instrumentalista reaproxima o processo do direito material, sem representar, contudo, a perda de sua autonomia como ciência. O processo deve se submeter às situações materiais numa visão ampliada e não como os formulários e as formas rígidas do período romano.

O processo não deixa de ser ciência autônoma, mas passa a ter uma relação íntima, umbilical com o seu propósito específico, ou seja, atrela-se à sua função, de meio para promover o direito material lesado.

Nas palavras do professor THEODORO JÚNIOR¹⁰, embora processo e direito material tenham objetivos próprios, não podem ser visualizados como compartimentos estanques do saber jurídico, mas como órgãos indissociáveis de um mesmo organismo, aspectos de uma única realidade normativa. E completa:

O direito processual desfruta de autonomia científica para efeitos pedagógicos, mas sua compreensão só se torna útil quando se volta para determinar de que modo o processo pode concorrer para a realização das metas do direito material, dentro do convívio social.

Sob essa ótica, o direito processual não fica subjugado à função de coadjuvante e mero aspecto do direito material. Ao contrário, sobreleva-se sua importância na medida em que se afigura como modo de buscar a tutela jurisdicional garantida no artigo 5º XXXV da Constituição da República do Brasil, segundo o qual nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser subtraída à apreciação da justiça.

A relação entre as partes e a justiça é permeada de dois aspectos; há o direito subjetivo de contar com a intervenção do judiciário para solucionar os conflitos e o direito do litigante que tem razão de contar com o provimento jurisdicional necessário e adequado à restauração da situação jurídica violada.

¹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op cit. p. 4

O processo deve buscar respostas diversificadas, moldar-se e adotar meios que lhe propiciem maior efetividade. Sob essa ótica e com o nítido propósito de adequar os procedimentos às necessidades, desenvolveu-se o instituto das tutelas diferenciadas e suas políticas legislativas.

Sob o enfoque instrumentalista, o processo deve, ainda, ser efetivo e suas decisões devem ser proferidas em tempo suficiente a as revestir de utilidade, sem causar qualquer dano irremediável. Como instrumento que é, deve assegurar à parte a solução mais aproximada, senão igual àquela que se obteria se não tivesse havido transgressão da norma legal e em tempo razoável que permita a fruição do direito.

3 PRINCÍPIOS GERAIS DO PROCESSO CONTEMPORÂNEO

3.1 Instrumentalidade substancial

Tanto nos países de formação anglo-saxônica, como nos da família romano-germânica, certas idéias comuns como o devido processo legal, a aplicação concreta dos princípios processuais e a busca da efetividade, passaram a ser disseminadas a partir da segunda metade do Século XX, demonstrando uma nova linha de evolução do processo no mundo.

O processo deixa de ser considerado como uma ciência totalmente autônoma e desvinculada do direito material; deixa de ser apenas um fim em si mesmo, para ser um meio, um caminho que se deve percorrer para se alcançar um objetivo maior: a prestação efetiva da tutela jurisdicional.

O processo, na visão constitucionalista moderna, é parte integrante de um sistema de direitos fundamentais garantidos pelo ordenamento jurídico. Deve, portanto, conduzir aos resultados práticos almejados por quem busca a prestação da tutela jurisdicional, tendo em vista o aspecto ético e a sua conotação deontológica.

O aprimoramento do processo em face dos objetivos que devem ser alcançados e sua interpretação e adequação aos valores e normas asseguradas pela Constituição deu origem, metodologicamente, à expressão *direito processual constitucional*.

Por essa expressão entende-se que as normas de direito processual (assim como as de direito material) devem ser interpretadas tendo-se em vista os princípios e regras estabelecidos na Constituição, em consonância com a nova hermenêutica constitucional.

O eminente jurista e agora Ministro do Egrégio TST prof. Dr. José Roberto Freire PIMENTA em sua tese de doutoramento intitulada: *A tutela antecipatória e específica das obrigações de fazer e não fazer e a efetividade da jurisdição – aspectos constitucionais, cíveis e trabalhistas*; transcreve passagem de Luiz Guilherme MARINONI sobre o processualismo constitucional:

As normas constitucionais traçam as linhas mestras da teoria do processo. Trata-se de uma 'tutela constitucional do processo', que tem por fim assegurar a conformação e o funcionamento dos institutos processuais aos princípios que são insculpidos de acordo com os valores constitucionais. A jurisdição deve realizar os fins do Estado e, inclusive, permitir a participação popular, através do processo, no poder. Por outro lado, o direito à adequada tutela jurisdicional e à efetividade da defesa são garantias de justiça do cidadão que descendem da Constituição. Em suma, não se pode pensar o processo na ausência da luz constitucional. Ou melhor, a teoria do Estado e o direito constitucional fazem parte da moderna processualística¹¹ (grifou-se)

Embora a disseminação do processualismo constitucional seja fenômeno relativamente recente, muitos autores em pleno apogeu do liberalismo já plantavam as sementes da interpretação constitucional e do instrumentalismo processual tais quais como hodiernamente explorados.

Há mais de meio século, COUTURE, citado por José Roberto Freire PIMENTA¹² já afirmava que “o Código de Processo Civil e suas leis complementares são o texto que regulamenta a garantia de justiça contida na Constituição” e que “cada um dos institutos do processo civil, ainda aqueles aparentemente menores, significa o desenvolvimento de um preceito constitucional.”

A natureza puramente técnica do processo cede espaço aos valores tutelados pela ordem jurídica e assegurados constitucionalmente. Valores que têm no processo instrumento para sua efetivação no plano concreto. Assim, os atos quando atingem o fim objetivado sem causar prejuízo às partes, não devem ser anulados, devendo ser aproveitados - “*pás de nullité sans grief*”.

Para DINAMARCO¹³ “é justamente a instrumentalidade que vale de suficiente justificação lógica-jurídica para a indispensável dinâmica do sistema e permeabilidade às pressões axiológicas exteriores.” Ainda, segundo o autor, todo instrumento é meio e, todo meio só se legitima em função dos fins a que se destina.

O processo nada mais é do que um conjunto de procedimentos estabelecidos em lei, a fim de garantir às partes paridade de armas ao litigar em juízo e meios de alcance da fruição da tutela jurisdicional pretendida em tempo hábil e de forma útil.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme *apud* PIMENTA, José Roberto Freire. *A tutela antecipatória e específica das obrigações de fazer e não fazer e a efetividade da jurisdição – aspectos constitucionais, cíveis e trabalhistas*, Tese para doutoramento em Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2001. p 25.

¹² COUTURE, Eduardo *apud* PIMENTA, José Roberto Freire. *Op cit.* p 26.

¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p 25.

Assim, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos propósitos norteadores de sua instituição e do grau de sua utilidade, confere verdadeira legitimidade ao procedimento.

O processo caracterizado por um amontoado de procedimentos sem capacidade para promover a utilidade das decisões e do direito lesado perde seu sentido e sua razão de ser. Deixa de ser legítimo, uma vez que o propósito de existência, validade e legitimidade do processo é exatamente promover a tutela das partes que buscam a justiça.

3.2 Utilidade Processual

O resultado prático do processo deve assegurar à parte que tem razão o pleno gozo da utilidade prevista, não só após o trânsito em julgado da decisão judicial que lhe é favorável, mas no momento em que lhe é útil, havendo receio de dano irreparável e também diante da incontrovérsia ou simples falta de oposição ao seu pedido. Nesse caso deve o processo promover formas de concreção do direito da forma mais rápida e útil possível, uma vez que não há resistência da parte contrária.

O processo deve constituir verdadeiro instrumento, independentemente do apego exacerbado às formas, para que os jurisdicionados não só obtenham tudo aquilo que o direito lhes confere de acordo com o caso concreto, mas também usufruam o direito declarado, enquanto ainda lhes serve à finalidade destinada.

As formas que não se mostrem úteis a atingir a finalidade do processo acabam conduzindo a um verdadeiro vazio de tutela. É claro que não se está a defender o total desapego às formas e formalidades, uma vez que são necessárias à garantia de um processo justo. Contudo, não devem se tornar mais importantes do que sua própria finalidade.

À medida que o Estado retira do particular o direito à autotutela deve oferecer meios eficazes e aptos a amparar eventual direito lesado. O mínimo que se deve esperar da prestação jurisdicional é que tenha tanto na ordem jurídica, como na esfera dos direitos lesados, alguma consequência fática.

O dever imposto ao indivíduo de se submeter obrigatoriamente à jurisdição estatal não pode representar um castigo¹⁴, deve ter como contrapartida necessária o dever do Estado de garantir a utilidade das decisões de concessão da tutela jurisdicional, sob pena de corresponder à verdadeira negativa de prestação da justiça.

Parafraseando o professor e Ministro do TST José Roberto Freire PIMENTA¹⁵, a decisão judicial vazia de eficácia torna-se inútil à parte vencedora, que é quem tem razão no processo. A única finalidade da sentença declaratória que não produz efeitos concretos é ser emoldurada e dependurada como adorno na parede da sala. O seu efeito é ainda pior, pois a parte vencedora olhará para o quadro e saberá que seu direito foi reconhecido judicialmente, mas, no entanto, o Estado não garantiu meios para usufruto desse direito. É a famosa e popularmente conhecida expressão “ganhou, mas não levou”.

Assim, de nada adianta um conjunto de procedimentos destinados a verificar quem tem razão se, na prática, o ordenamento jurídico não é provido de meios a garantir a eficácia da decisão em tempo hábil suficiente à concretização da utilidade almejada pela parte titular do direito reconhecido.

3.3 Acesso à justiça

A Constituição da República de 1988 garante no artigo 5º XXXV que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direitos, pressupondo que todos indistintamente possam ingressar com suas demandas junto aos órgãos do poder judiciário.

Na medida em que o Estado proíbe o cidadão de se defender por conta própria, surge, em contrapartida, a necessidade de armá-lo de instrumentos capazes de promover a movimentação do Poder Judiciário, a fim de obter a prestação da tutela jurisdicional.

¹⁴ ZAVASCKI, Teori Albino apud PIMENTA, José Roberto Freire, *Tutelas de urgência no processo do trabalho: O potencial transformador das relações trabalhistas das reformas do CPC brasileiro*. Revista do TRT 15ª Região, nº 24- junho, 2004. p. 206.

¹⁵ PIMENTA, José Roberto Freire, palavras proferidas nas aulas de mestrado em Direito do Trabalho ministradas na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais- PUC-MG, 2009.

Partindo da interpretação gramatical do acesso à justiça, o legislador não pode impedir quem teve seu direito lesado ou sob a ameaça de lesão de ter submetida sua pretensão ao órgão do Poder Judiciário. Contudo, a identificação do princípio como mero acesso aos tribunais não serve mais aos novos parâmetros da interpretação constitucional. A visão instrumentalista trata o processo pela ótica da sua finalidade, ou seja, o acesso ao processo e à justiça é inútil caso não sirva a atingir a tutela jurisdicional pretendida.¹⁶

Assim, acesso à justiça não é simplesmente o direito de ingressar com a ação e provocar a atuação do órgão do poder judiciário, mas também, o direito a que esse mesmo órgão conduza os procedimentos de forma justa, imparcial, garantindo a paridade de armas entre os litigantes, e, por fim, proferindo uma decisão passível de exequibilidade que permita à parte que tem razão usufruir o direito reconhecido de forma útil e em tempo hábil a restituir-se ao estado anterior à lesão.

Segundo MARINONI e ARENHART¹⁷:

O direito de acesso à justiça, atualmente, é reconhecido como aquele que deve garantir a tutela efetiva de todos os demais direitos. A importância que se dá ao direito de acesso à justiça decorre do fato de que a ausência de tutela jurisdicional efetiva implica a transformação dos direitos garantidos constitucionalmente em meras declarações políticas de conteúdo e função mistificadores (grifou-se)

A doutrina moderna, segundo os autores supracitados, abandonou a ideia de que acesso à justiça significa apenas o direito a uma sentença de mérito. No mesmo sentido as palavras de CAPPELLETTI¹⁸

Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganhado particular atenção na medida em que as reformas do welfare state têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo,

¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 334. "O acesso à justiça é mais do que ingresso no processo e aos meios que ele oferece, modo de buscar eficientemente, na medida da razão de cada um, situações e bens da vida que por outro caminho não se poderiam obter. Seja porque a lei veda a satisfação voluntária de dadas pretensões (...), seja porque a pessoa de quem se poderia esperar a satisfação não satisfaz (inadimplemento), quem não vier a juízo ou não puder fazê-lo renunciará àquilo a que aspira. Em outras palavras, não terá acesso à ordem jurídica justa nos casos em que, por fás ou por nefas, sem que o processo não possa sequer chegar até o processo.

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. Vol. II. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.33.

¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 11-12.

cidadãos. De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

O processo não pode mais ser estudado de maneira neutra e afastado da realidade social. Deve estar atento às situações fáticas e ao direito material se deseja realmente cumprir sua finalidade de fornecer a tutela jurisdicional necessária e adequada às mais diversas situações concretas.

MARINONI e ARENHART¹⁹ citam decisão da Corte Constitucional Italiana, reconhecendo os novos contornos do acesso à justiça: “o direito à tutela jurisdicional está entre os princípios supremos do ordenamento constitucional, no qual é intimamente conexo com o próprio princípio democrático assegurar a todos e sempre, para qualquer controvérsia, um juízo em sentido verdadeiro.” Dessa forma, o acesso à justiça torna-se corolário do direito ao processo legal justo e devido, indispensável ao Estado Democrático de Direito.¹

3.4 Devido Processo Legal: Processo justo e devido

O princípio do devido processo legal encontra-se alicerçado no artigo 5º LIV da Constituição da República segundo o qual ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. É considerado o princípio mais importante do processo, dele derivando os demais.

Segundo Alexandre Freitas CÂMARA²⁰ o princípio teve origem no Direito Inglês, sendo muito frequente, na doutrina, a referência à Carta Magna promulgada em 1215. A doutrina refere-se ao artigo 39 da Magna Carta²¹ como a origem do *due*

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Op cit* p.34.

²⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil, vol. I*. 16 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 34.

²¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op cit*. p 34. Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiat, Nec super eum ibimus, vec super eum mittemus, nisi per legle iudicium parium suorum vel per legem terre. (Nenhum homem livre será detido ou aprisionado ou privado dos seus bens ou dos seus direitos legais ou exilado ou de qualquer modo prejudicado. Não procederemos, nem

process of Law. Embora no texto não haja referência ao devido processo legal na sua atual concepção, trata-se da origem dos primeiros contornos do princípio.

A Carta assegurou primeiro aos barões e, depois, ao povo do Reino Unido o direito de só poder ser submetido a julgamento realizado por seus pares. Garantiu, ainda, que uma pessoa só poderia ser submetida a uma lei que se originasse da sua própria sociedade e por ela fosse tida como razoável.

Costuma-se afirmar que a expressão *per legem terre*, ou em inglês *the Law of the land*, ou seja, a cláusula da Magna Carta que garantia o julgamento pelas leis do país viria a ser substituída mais tarde pela expressão *due process of Law*, traduzida pela doutrina brasileira como devido processo legal.²²

A garantia do devido processo legal possui um aspecto material, levando a doutrina a considerar a existência de um *substantive due process of law* (devido processo legal substantivo) caracterizado pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, lembrando que a vida garantida pelo ordenamento jurídico é aquela com condições mínimas que promovam a dignidade humana. A justificativa do aspecto subjetivo concentra-se no fato de que a sociedade só poderá ser submetida às leis razoáveis que espelham os seus anseios. Dessa forma o processo deve ser apto à promover às necessidades sociais de uma determinada época.

E o aspecto processual (*procedural due process of Law*) caracterizado pelo acesso à “ordem jurídica justa”²³ garante aos litigantes verdadeira e efetiva tutela jurídica prestada pelo órgão do poder judiciário.

O princípio do devido processo legal também sofreu uma nova leitura segundo o constitucionalismo e processualismo contemporâneos.

Para MARINONI²⁴, o direito à adequada tutela jurisdicional, sustentado pelo princípio da inafatibilidade da jurisdição, é o direito à tutela adequada à realidade de direito material e à realidade social.

O devido processo legal é o direito ao processo devido, não só sob a ótica do réu de ter sua ampla defesa e o contraditório assegurados, mas também, sob o ponto de vista do autor, de ter direito à efetiva prestação da tutela jurisdicional.

mandaremos proceder contra ele, a não ser pelo julgamento regular de seus pares ou de acordo com as leis do país. (tradução nossa)

²² CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit. p. 35.

²³ Expressão de Kasuo Watanabe citada por Alexandre Freitas Câmara. Op cit. p 36.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme apud PIMENTA, José Roberto Freire. Op. cit. p. 118.

A inafastabilidade do controle jurisdicional não assegura apenas o mero acesso aos tribunais, mas também a tutela efetiva contra qualquer forma de denegação da justiça.

O surgimento de novos conflitos e novos direitos tutelados pelo ordenamento jurídico, bem como a já conhecida demora e pouco efetiva prestação jurisdicional na resolução de lides, muitas vezes corriqueiras, impõem a ampliação do antigo conceito do devido processo legal traduzido restritivamente como o direito ao acesso aos tribunais, ao contraditório e à ampla defesa.

A interpretação do devido processo legal contemporâneo perpassa pela nova visão do conceito de acesso à justiça e também por dois aspectos do contraditório: a ciência acerca dos atos praticados pela parte e a oportunidade de prática de atos processuais²⁵.

Entretanto, o devido processo legal que atenda aos anseios da sociedade atual amplia o conceito de processo devido defendido por MARINONI para conglobar também a noção de processo justo, da qual depende a plena e ampla efetividade.

A Constituição Brasileira não exige de forma expressa que o processo seja justo, diferentemente da Constituição Italiana em seu artigo 111²⁶ e do artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.²⁷ Para a doutrina italiana, a principal

²⁵ SARAPU, Thais Macedo Martins, Noções Gerais de Tutela Coletiva. Direito Processual Coletivo. Estado Democrático de Direito. Direito e Devido Processo Legal Coletivo. In: PIMENTA, José Roberto Freire; MEDEROS DE BARROS, Juliana Augusta; FERNANDES, Nádia Soraggi. (coord.) *Tutela Metaindividual Trabalhista*. São Paulo: LTR, 2009. p 73.

²⁶ Art. 111- La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata. Disponível em: <http://www.senato.it/documenti/repository/costituzione.pdf>. Acesso em 23 jan. 2011.

²⁷ In the determination of his rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to extent strictly necessary in opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice. (Na determinação de seus direitos e obrigações de qualquer acusação em matéria penal ou contra, todos têm direito a um julgamento justo e público, dentro de um prazo razoável, por um tribunal independente estabelecido por lei). (tradução nossa) Disponível em: <http://www.yourrights.org.uk/yourrights/the-human-rights-act/the-convention-rights/article-6-right-to-a-fair-trial.html>. Acesso em 23 jan. 2011.

inovação do artigo 111²⁸ foi compilar em uma única regra, as várias garantias do devido processo legal, até então dispersas em diversas disposições.²⁹

A aparente omissão da lei brasileira não implica a inexistência ou inaplicabilidade do princípio do processo justo no Brasil, mormente ao se considerar que o § 2º do artigo 5º da Constituição da República assegura que os direitos e garantias expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados em que a República Federativa do Brasil faça parte. E é à luz das garantias constitucionais que o processo deve ser interpretado.

Segundo Luiz Roberto BARROSO, sobre a nova hermenêutica a “Constituição passa a ser a lente através da qual se lêem e se interpretam as normas constitucionais.³⁰” O autor completa que “a falta de efetividade das sucessivas Constituições Brasileiras decorreu do não reconhecimento de força normativa dos seus textos e da falta de vontade política de dar-lhes aplicabilidade direta e imediata”.

Assim, quando a Constituição garante o acesso à justiça, o processo legal devido, e a duração razoável do processo, nada mais está a garantir do que o direito a um processo justo.

Com base nessas garantias constitucionais devem ser lidas e interpretadas as regras infralegais que garantem o direito a uma tutela jurisdicional efetiva e diferenciada que atenda aos meandros específicos dos casos concretos.

O processo deixa de ser correto em um sentido estritamente legal e formal para se tornar equo e justo, segundo os parâmetros ético-morais de determinada sociedade em determinado tempo³¹. Trata-se de verdadeira cláusula aberta, que

²⁸ TARZIA, Giuseppe. *Il Giusto Processo di Esecuzione*. Revista de Diritto Processuale, Padova, v. LVII (seconda serie), 2002, p.329/350 “La corrispondenza fra i dettati delle fonti europee e quelli del nuovo testo dell’art 111, o meglio La sostanziale identità tra Le nozioni messe a confronto, giustifica probabilmente La proposta di recepire l’art. 6 e La giurisprudenza della Corte di Strasburgo AL riguardo come un elemento interpretativo, del quale tener conto nella fissazione del rapporto tra norma costituzionale e norma interna, e quindi anche dell’ambito del possibile sindacato della Corte Costituzionale.” p 339.

²⁹ ROSSONI, Igor Bimkoowski. O processo justo e a decisão justa no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em <http://www6.ufrgs.br/ressevera/wp-content/uploads/2009/06/14-artigo-05.pdf>. Acesso em 21 jan. 2011.

³⁰ Barroso, Luiz Roberto; de BARCELLOS, Ana Paula. *O começo da história. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. In: Temas de direito constitucional, t. III, 2005. p. 329.

³¹ COMOGLIO, Luigi Paolo apud ROSSONI, Igor Bimkoowski. Op. cit.p.2

permite a ampliação da interpretação nas normas constitucionais e infraconstitucionais.

Contudo, alguns critérios devem ser adotados para que o conceito de processo justo não se torne demasiadamente subjetivo.

O direito Italiano serve como fonte para aferição da caracterização do processo justo. A doutrina nesse país aborda o tema do processo justo como garantia processual e estabelece critérios para sua determinação.

Para Giuseppe TARZIA³², a interpretação das normas processuais deve apoiar-se na constituição e na estrutura dialética simétrica do contraditório em condições de paridade de armas, para caracterização de um processo justo.

Luigi Paolo COMOGLIO³³ considera que as condições essenciais de efetividade dependem do reconhecimento de um processo justo, caracterizado pelo respeito a determinadas condições mínimas, tais quais:

- Direito a um processo diante de um juiz independente e imparcial, que não se confunde com o juiz neutro, afinal o juiz tem interesse em buscar a verdade real e promover a justiça no caso concreto;
- Paridade de armas. A paridade de armas não se restringe à igualdade formal, perante a lei, de mera garantia do contraditório, pois essa pressupõe uma sociedade de iguais em sua posição econômica social. Quando se trata de partes totalmente desequilibradas social e economicamente, como no processo do trabalho, a verdadeira paridade de armas deve considerar essas diferenças a fim de eliminar na esfera processual a desigualdade material. Nesse sentido, a mera garantia de igualdade formal torna-se insuficiente para proporcionar às partes as mesmas armas no duelo judiciário, fazendo-se necessária a promoção da igualdade real através de instrumentos como a antecipação de tutela, a tutela de evidência, a distribuição racional do ônus da prova, a execução específica provisória através de medidas coercitivas e subrogatórias, dentre outros;

³² TARZIA, Giuseppe. *Op cit* p.331.

³³ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Principi Costituzionali e Processo di Esecuzione*. Revista di Diritto Processuale, Padova, v. XLIX (seconda serie), 1994. p. 453.

- Garantia de resultado. O acesso à justiça transcende a mera garantia formal de acionar o poder judiciário e ter direito à defesa em juízo. Transmuda-se na garantia de que o processo assegure ao titular do direito ofendido um resultado passível de concretização em um tempo hábil a lhe garantir utilidade;
- Tutela adequada ao direito que se pretende proteger;
- Garantia não somente a um adequado processo de cognição, mas a efetivação do conseqüente processo de execução. O reconhecimento jurisdicional do próprio direito deve ter atuação coativa.

As condições do processo justo, expostas por COMOGLIO, servem como parâmetro na formação do conceito do processo justo brasileiro, corolário da garantia do devido processo legal.

Outro aspecto essencial à caracterização do processo justo é a racional distribuição do ônus do tempo do processo. Não deve apenas o autor suportar os efeitos maléficis do retardamento da prestação da tutela jurisdicional, principalmente nos casos em que tem razão. O tempo “pesa” ainda mais nos casos em que as partes em litígio são materialmente desiguais e o autor que tem razão é hipossuficiente em relação ao réu.

A distribuição irracional do tempo de forma a causar ônus a uma das partes e bônus à outra, retira qualquer garantia à paridade de armas, essencial para a configuração de um processo justo e efetivo.

O direito de obter uma tutela efetiva do Estado perpassa pela garantia a um processo público, célere, sem dilações indevidas e com garantia ao contraditório e a ampla defesa. Tem como pressuposto essencial o direito a um procedimento justo e específico de acordo com cada caso concreto, resguardada a paridade de armas. E, ainda, uma execução efetiva do provimento jurisdicional, que proporcione ao lesado exatamente aquilo que teria caso o seu direito não houvesse sido violado, em tempo suficiente a garantir a utilidade da decisão.

3.5 Adequação

Os procedimentos, assim como os meios e atos executórios, em cada caso devem ser harmônicos ao objeto da prestação, como consequência do processo devido compreendido como justo e efetivo.

As regras processuais devem ser adequadas ao tipo de direito discutido e às qualidades dos sujeitos envolvidos, o que dá ensejo ao desenvolvimento das tutelas específicas e diferenciadas. Trata-se dos aspectos objetivo e subjetivo da adequação processual.

Sob o aspecto teleológico o processo deve ser adequado aos fins a que se destina e a que foi criado. Assim, se a finalidade da fase executiva é promover a concretude de uma decisão já declarada, não é adequada a reabertura de questões sobre as quais já foi proferida decisão.

Da mesma forma, se o direito mostra-se incontroverso, não é adequado o dispêndio de tempo e da máquina judiciária para promover discussões sobre questão que já se mostra evidente.

A adequação justifica o próprio desenvolvimento do processo do trabalho, com certas peculiaridades em relação ao processo civil já que as partes litigantes têm características específicas que as diferenciam das partes do direito civil. O processo do trabalho, por exemplo, dentro de uma técnica específica, tem como escopo promover a igualdade de condições de partes que materialmente são desiguais.

Transpondo o princípio da adequação para a fase executiva, o direito do credor em obter a execução específica da obrigação se sobrepõe ao dogma liberal da intangibilidade da vontade humana. Fica autorizada a utilização dos chamados meios de coerção para persuadir o devedor ao adimplemento da obrigação, bem como dos meios sub-rogatórios do sujeito, através dos quais se obtém a execução indireta da obrigação.

Os meios e atos adequados garantem o reconhecimento de um processo justo, ou seja, aquele que garante a utilidade do resultado obtido. Segundo

COMOGLIO³⁴, a qualidade da tutela executiva manifesta-se como uma nova exigência de resultado através do qual se possibilita a realização do direito do credor, além de ter eficácia punitiva pedagógica ao devedor que se recusa a cumprir espontaneamente a obrigação. A adequação, portanto, torna-se aspecto da nova concepção do princípio do processo legal devido.

3.6 Efetividade

A efetividade processual pode ser traduzida de forma simples, didática e resumida, pela célebre frase de CHIOVENDA: “O processo deve dar a quem tem um direito, tanto quanto for praticamente possível, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”³⁵, acrescido da garantia de um prazo razoável que torne útil a fruição do direito reconhecido.

O processo deve buscar formas que assegurem, o mais fielmente possível, a mesma situação que existiria caso a lei não fosse descumprida e o direito material violado. Para ser efetivo, o processo deve assegurar a quem tem razão uma situação jurídica igual à que deveria ter, caso o cumprimento da obrigação tivesse se dado de forma normal e tempestiva.

Se o rito ordinário pesa contra a parte carente de tutela jurídica, havendo alegação verossímil, com iminência de dano irreparável ou relevante fundamento com receio de ineficácia do provimento final, nada mais justo que torná-la efetiva, pois, de outra forma, não se conseguiria tudo aquilo que o processo seria capaz de lhe proporcionar.

A própria existência do direito material no plano concreto, como proteção dos interesses tutelados, depende da eficiência do direito processual para proporcionar a satisfação efetiva desse direito. Não adianta a declaração do direito, se não há meios eficazes de se obter o gozo, a concretização fática da vitória.

A efetividade do processo perpassa pelo equilíbrio entre a segurança jurídica (a ampla e irrestrita cognição do fato controvertido) e a celeridade procedimental

³⁴ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Op cit* p.452-454

³⁵ CHIOVENDA apud PIMENTA, José Roberto Freire. *Tutela específica e antecipada das obrigações de fazer e não-fazer no processo do trabalho, Cominação de prisão pelo juízo do trabalho em caso de descumprimento do comando judicial*. Revista do TRT 3ª Região, jul/dez, 1997, p.123.

(necessidade de uma prestação jurisdicional rápida que assegure uma pronta resposta estatal à violação de um direito).

O tempo, que é inevitável à segurança jurídica, muitas vezes torna-se incompatível com a efetividade da jurisdição. Não deve haver hierarquia entre o direito à efetividade da jurisdição e da segurança jurídica. Trata-se de colisão entre direitos fundamentais, que deve ser solucionada pela técnica da ponderação dos bens jurídicos em choque em determinado caso concreto, ou seja, pelo princípio da razoabilidade.

Nessa concepção, o princípio do contraditório não existe sozinho, mas em função da garantia básica da tutela jurisdicional. Logo, se dentro do padrão normal, o contraditório irá anular a efetividade da jurisdição, deve-se adotar alguma medida de ordem prática para que a tutela jurisdicional atinja, com prioridade, sua tarefa de fazer justiça a quem merece.

Igualmente, diante da evidência ou falta de controvérsia do direito lesado, com mais razão ainda se justifica o “encurtamento” das fases processuais e a imediata satisfação do lesado.

A garantia ao acesso à justiça deve abranger todos os mecanismos possíveis e necessários a proporcionar ao titular do direito a proteção a que faz jus, no tempo mais adequado possível.

Para MARINONI³⁶ seria uma afronta aos processualistas a expressão “tutela jurisdicional dos direitos”, já que com o conceitualismo vigia o dogma de que a tutela dos direitos não deveria ser vista como escopo da jurisdição. Contudo, com o desenvolvimento do instrumentalismo e do processualismo constitucional a relação direito- processo passa a ter um sentido mais amplo, levando em conta a eficácia da prestação jurisdicional³⁷. O autor ainda completa:

O que a questão da tutela jurisdicional dos direitos quer evidenciar é a necessidade de a prestação jurisdicional passar a ser pensada na perspectiva do consumidor dos serviços jurisdicionais, ou seja, a reabilitação do tema da tutela jurisdicional dos direitos revela uma

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de Tutela*. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 27.

³⁷ DINAMARCO, Candido Rangel apud MARINONI, Guilherme. Op cit, p. 28: “aqui está a síntese de tudo, É preciso romper preconceitos e encarar o processo como algo que seja realmente capaz de ‘alterar o mundo’, ou seja, de conduzir as pessoas à ‘ordem jurídica justa’. A maior aproximação do processo ao direito, que é uma vigorosa tendência metodológica hoje, exige que o processo seja posto a serviço do homem, como o instrumental e as potencialidades de que dispõe, e não o homem a serviço de sua técnica” (grifou-se)

preocupação com o resultado jurídico-substancial do processo, conduzindo a uma relativização do fenômeno direito-processo (grifou-se)

As partes ligantes, que são as consumidoras do serviço jurisdicional, não têm somente o direito ao acesso à justiça e a um processo justo, mas também a um processo eficaz. O direito fundamental à efetividade consiste na obtenção, em um prazo adequado, de uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos.

Assim sendo, constitucionalmente está assegurada a possibilidade da execução provisória e a utilização dos meios coercitivos e sub-rogorios na efetivação de decisões ainda não transitadas em julgado, quando não somente diante do direito evidente, mas também nos casos em que a parte não puder esperar pelo provimento final sob pena de verdadeira denegação de justiça.

3.6.1 A efetividade sob o prisma da nova hermenêutica constitucional

Ainda na fase publicista do Direito Romano, o processo se torna público e o Estado passa a deter a prestação da tutela jurisdicional, proibindo a autotutela das partes litigantes. O conceito de tutela jurisdicional vem da palavra tutelar, do latim *tueor, tueri* que quer dizer ver, olhar, observar, velar, vigiar³⁸.

O Estado brasileiro tem como objetivos fundamentais estampados no artigo 3º da CR/88, “criar uma sociedade livre, justa, solidária, sem preconceitos ou discriminações, na qual seja garantido o bem de todos”. Para alcançar esses objetivos cria as normas reguladoras da convivência social e assume o compromisso de tornar efetiva a aplicação de tais normas.

Assim, quando se fala em tutela jurisdicional refere-se à prestação pelo Estado aos direitos dos indivíduos de assistência, amparo e segurança. Ocorre que, não basta que o Estado garanta direitos, se não disponibilize formas de concreção desses direitos.

Com o surgimento e desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, o Estado toma para si o dever de prestar a tutela jurisdicional proibindo o indivíduo de

³⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.5.

agir por conta própria. Ao proibir a autotutela privada o Estado assume não só o compromisso, mas o dever de garantir o acesso do jurisdicionado à justiça e a fruição do resultado prático pretendido e alcançado, caso o indivíduo não estivesse proibido de agir com suas próprias razões.

Os princípios processuais devem ser lidos conforme os parâmetros estabelecidos pela Constituição para garantia dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito.

Assim, a efetividade sob o prisma da nova hermenêutica constitucional é um direito fundamental garantido pela Constituição e consolidado na prestação de uma tutela jurisdicional eficiente, compreendida como aquela capaz de suprir as necessidades do indivíduo de agir por conta própria, não bastando a mera declaração dos direitos. Mais do que garantir os direitos o Estado deve assegurar meios que assegurem a efetividade concreta dessa garantia, fornecendo os instrumentos aptos ao desenvolvimento válido e regular do processo e promovendo a utilidade e presteza das decisões, requisitos indispensáveis à realização da verdadeira justiça concreta.

4 DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCESSO DEVIDO, JUSTO E EFETIVO

4.1 Definição de Direito Fundamental

O desenvolvimento de um raciocínio científico perpassa por conceitos e definições uma vez que a grande maioria das palavras é avessa a um sentido unívoco, podendo corresponder a diversas significações.

O próprio direito pode ser concebido como ciência, como aquilo que é justo, como norma ou como fato social na concepção de MONTORO³⁹, citado por João dos Passos MARTINS NETO.

Dentre as variações possíveis destacam-se duas. Uma delas remete ao direito como conjunto de normas destinadas a regular a conduta humana e as relações sociais e a outra se refere ao direito caracterizado como algo que é inerente a alguém, a uma pessoa. O conceito de pessoa deve ser lido de forma ampla para abranger pessoas naturais, físicas, jurídicas, coletivas, etc.

No Brasil usa-se a palavra direito para designar tanto o direito objetivo, ou em curtas linhas: a norma; quanto o direito no seu sentido subjetivo, o direito-atributo, conferido a uma pessoa. Isso não ocorre nos países de língua inglesa que utilizam a palavra *right* para designar o direito subjetivo e *law* para se referir ao direito objetivo.

A Constituição Brasileira de 1988 no Título II trata dos Direitos e Garantias fundamentais. Na definição de MARTINS NETO,⁴⁰ a expressão direitos fundamentais “constitui uma locução composta de dois termos, o substantivo ‘direitos’ e o adjetivo ‘fundamentais’, estando o primeiro empregado em sentido subjetivo.” Assim, nas palavras do autor, a expressão designa um conjunto de direitos subjetivos da pessoa, que se caracterizam pela qualidade de fundamentais. Trata-se, portanto, de um subgrupo do gênero dos direitos subjetivos, diferenciados ou individualizados pelo caráter de fundamentalidade.

³⁹ MONTORO, André Franco *apud* MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos Fundamentais, Conceito, Função e Tipos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 17

⁴⁰ MARTINS NETO, João dos Passos. *Op cit*, p. 19.

A esmagadora maioria dos autores não dissente sobre o caráter subjetivo dos direitos fundamentais, como “algo” pertencente a um determinado sujeito. Contudo, discordam sobre sua essência, se seria um poder, um interesse ou uma faculdade.

Não se tem como escopo, nesse trabalho, aprofundar as teses formuladas e discutir as teorias dos autores sobre um conceito irrepreensível de Direitos Fundamentais, mas apenas acentuar os aspectos mais relevantes das teorias, a fim de entender melhor porque a efetividade dos direitos trabalhistas, mormente os incontroversos ou evidentes, é um Direito Fundamental assegurado pelo Estado Democrático de Direito.

Nas palavras de Perez Luño citado pelo professor paranaense Zeno Simm,⁴¹ “o tipo de Estado de Direito (liberal ou social) proclamado nos textos constitucionais depende do alcance e significado que neles se atribua aos direitos fundamentais, que, por sua vez, têm condicionado seu conteúdo ao tipo de Estado de Direito em que se formulam”.

Para o autor espanhol, há um nexo de interdependência entre a existência de um Estado verdadeiramente Democrático de Direito e a proclamação dos Direitos Fundamentais na sua constituição.

Depois de mais de vinte anos de vigência da Constituição Democrática Brasileira e, diante de tantos direitos proclamados e não cumpridos na prática, pode-se dizer que, o verdadeiro Estado Democrático de Direito não se assenta apenas em uma carta proclamadora dos direitos fundamentais, mas em um sistema jurídico que realmente assegure o cumprimento efetivo das promessas constitucionais.

Partindo-se da premissa de que a palavra direito no seu sentido subjetivo designa algo pertencente a alguém, três elementos podem ser desmembrados: o algo, o que pertence e o sujeito. Na concepção de Jean DABIN,⁴² o direito subjetivo aparece como um bem que é próprio de um sujeito, ou propriedade que um sujeito tem de um bem. A condição de titular de um bem implica a possibilidade de poder tirar proveito daquilo cuja fruição lhe foi previamente reservada.

A tese do autor tem um alcance maior do que aparenta em uma primeira leitura, uma vez que os termos utilizados devem ser interpretados num sentido mais abrangente. Assim, bem não se refere somente a objetos, coisas materiais, mas

⁴¹ LUÑO Perez *apud* SIMM, Zeno. *Os Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*. Revista LTR: 2005, v.69, n.11, Novembro. p.1287-1303. p.1287

⁴² DABIN, Jean *apud* MARTINS NETO, João dos Passos. *Op cit*, p 25.

qualquer meio adequado à satisfação de um interesse. Enquanto propriedade suplanta o conceito de domínio sobre imóveis ou móveis e designa o reconhecimento ou atribuição da destinação ou atribuição de um bem ou interesse à pessoa que dela possa retirar proveito legítimo. Deve-se compreender o largo sentido da noção de bem e propriedade para compreender a extensão da teoria.

A amplitude dos conceitos permite o conglobamento das mais diversas situações num mesmo conceito. Segundo MARTINS NETO,⁴³ a totalidade das possibilidades de atuação do sujeito com relação ao bem da vida que lhe está destinado e que lhe permite vários modos de agir sobre o bem, compõe o conteúdo de cada direito subjetivo, enquanto o bem sobre o qual as possibilidades podem ser realizadas constitui o aspecto objetivo. Essas possibilidades não estão ao mero arbítrio do intérprete nem condicionadas à noção de justiça, por vezes subjetiva, mas limitadas pelos princípios e regras que delimitam cada situação jurídica.

A técnica da teoria da argumentação, conforme leciona Luiz Roberto BARROSO⁴⁴ ao tratar da nova hermenêutica constitucional, bem se aplica na delimitação interpretativa das possibilidades de atuação do sujeito em detrimento dos seus direitos subjetivos. Segundo o autor, diante de diversas hipóteses permissivas de interpretação, alguns critérios permitem auferir qual é a mais consistente em termos racionais.

Os parâmetros elementares seriam a apresentação de fundamentos normativos que deem sustentação a tese, independentemente do sentido de justiça pessoal e do bom senso; a preservação do caráter jurídico, ou seja, não se trata de uma justificativa apenas lógica ou moral, mas embasada em critérios legais; por fim, a motivação das decisões tendo como foco a ponderação de princípios e cujos critérios adotados podem ser universalizados a casos semelhantes.

Esse último critério não trata da adoção de fórmulas prontas como a implantação das súmulas vinculantes no Brasil, mas de aplicação da *ratio decidendi* à semelhança do modelo vigente no sistema Common Law; ou seja, qual ponto naquela situação específica é determinante para fundamentação da decisão.

⁴³ MARTINS NETO, João dos Passos. Op cit. p 37

⁴⁴ BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. In: Temas de direito constitucional, t. III, 2005.p. 352.

Não se trata de simples subsunção do fato à norma, mas de verdadeiro critério de interpretação tendo como premissa não só conjunto de regras jurídicas, mas também os limites e parâmetros impostos pelos princípios e pela Constituição.

Partindo da delimitação de quais seriam os direitos subjetivos volta-se a uma das suas espécies: os Direitos Fundamentais.

Por mais simplista que pareça, o aspecto diferenciador da caracterização de um determinado direito subjetivo como fundamental está exatamente em seu adjetivo qualificador, ou seja, a existência de direitos subjetivos fundamentais e não fundamentais. Portanto, os direitos fundamentais são dotados de privilégios que os qualificam como mais essenciais do que outros direitos subjetivos.

A grande dificuldade está em se detectar quais seriam esses privilégios, quais seriam esses direitos ditos como fundamentais. A celeuma se inicia com a própria terminologia já que não há consenso quanto ao nome, conceito, significado e amplitude do instituto.

A literatura tem utilizado as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais muitas vezes de forma indistinta. A própria Constituição Brasileira usa os termos direitos humanos, direitos e garantias fundamentais, direitos e liberdades constitucionais e direitos e garantias individuais.

Para CANOTILHO,⁴⁵ direitos do homem são aqueles válidos para todos os povos e em todos os tempos, inerentes à própria natureza humana, invioláveis, atemporais e universais (dimensão jusnaturalista) e direitos fundamentais são os direitos do homem institucionalmente garantidos e limitados num determinado espaço-tempo. Seriam os direitos vigentes numa ordem jurídica concreta.

Ingo SARLET⁴⁶ conceitua os direitos fundamentais como os direitos do ser humano que foram reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado, enquanto os Direitos Humanos teriam caráter supranacional, atributos reconhecidos ao ser humano internacionalmente e independente de ligação com o direito constitucional interno. Direitos inerentes à própria condição de ser humano.

Os direitos fundamentais são, acima de tudo, direitos subjetivos indisponíveis ao poder de reforma legislativo. Não podem sofrer atentados ou modificações de

⁴⁵ CANOTILHO, J.J.G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição apud SIMM, Zeno, Op cit. p 1287.*

⁴⁶ SARLET, Ingo W. *apud SIMM. Zeno. Op.cit.p.1287.*

qualquer espécie, ressalvada a hipótese de sua complementação ou organização por norma infraconstitucional.

Segundo José Afonso da SILVA,⁴⁷ são dotados de historicidade (aparecem com a revolução burguesa e evoluem através dos tempos, não sendo, portanto, fruto da essência do homem), inalienabilidade (intransferíveis e inegociáveis já que não possuem conteúdo econômico), imprescritibilidade (o seu exercício ocorre do mero reconhecimento pela ordem jurídica) e irrenunciabilidade (podem deixar de ser exercidos, mas não podem ser renunciados).

Portanto, os direitos fundamentais são núcleos invioláveis de uma determinada sociedade em uma determinada época, constituídos de um conjunto de prerrogativas e atribuições que concretizam exigências fundamentais ao desenvolvimento de condições mínimas e essenciais a uma vida digna.

A ordem jurídica deve assegurar condições suficientes que garantam um patamar civilizatório mínimo⁴⁸, necessário ao desenvolvimento da vida com liberdade, igualdade e dignidade.

São direitos fundamentais conquistados pela sociedade que constituem um verdadeiro acervo jurídico imutável, cuja redução poderia implicar verdadeiro retrocesso social. Conquistas representadas não só pelas constituições sociais do século XX, como também no cenário internacional, com o desenvolvimento dos organismos internacionais e dos tratados de direitos humanos.

Com as constituições contemporâneas, o termo “Direitos Fundamentais” tem sido mais difundido. Contudo, a delimitação e a definição desses direitos só se justificam se, a partir de sua garantia, o ordenamento jurídico promova meios eficazes de sua concreção na prática.

Nas palavras do constitucionalista José Afonso da SILVA⁴⁹ “a afirmação dos direitos fundamentais do homem no Direito Constitucional positivo reveste-se de transcendental importância, mas, como não basta que um direito seja reconhecido e declarado, é necessário garanti-lo, porque virão ocasiões em que será discutido e violado.”

⁴⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p 181.

⁴⁸ Expressão do Professor Dr. Ministro Maurício Godinho Delgado.

⁴⁹ SILVA, José Afonso da. Op cit. p 185.

O autor ainda debate os termos “direito” e “garantia” citando Ruy BARBOSA que já dizia que “no texto da lei fundamental, as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder.”

Concluiu ainda que não são nítidas as linhas divisórias entre direitos e garantias uma vez que “direitos são garantias e as garantias são direitos”, não se podendo afirmar que direitos são declaratórios e garantias assecuratórias porque em certa medida os direitos são declarados de forma assecuratória e as garantias também.

Por fim, interessante a distinção entre as garantias dos direitos fundamentais divididas em gerais e constitucionais. Tem-se por garantia geral a destinada a assegurar a existência e a eficácia social do direito que se refere à organização política, econômica, cultural e social.

Já as garantias constitucionais podem ser gerais: que se inserem no sistema de freios e contrapesos impedindo o abuso de poder e, ao mesmo tempo, resguardam um regime de salvaguarda dos direitos relativos à pessoa; e especiais: técnicas e mecanismos que limitam a ação do Estado e dos Particulares na proteção da eficácia, aplicabilidade e inviolabilidade dos direitos fundamentais.

São garantias especiais, segundo o já citado autor José Afonso da SILVA, as constitucionais coletivas, sociais, políticas e individuais, essas últimas compreendendo o princípio da legalidade, da proteção judiciária, da estabilidade dos direitos adquiridos, perfeitos e julgados, à segurança jurídica e aos remédios constitucionais.

Algumas garantias podem ser a elas somadas como a garantia ao acesso à justiça, ao devido processo legal e à tutela jurisdicional específica; com o objetivo de garantir ao lesado o direito de propor uma demanda perante um juiz imparcial, ter seu processo submetido a uma instrução processual justa (dadas as mesmas oportunidades às partes em igualdade de condições), e por fim obter um provimento jurisdicional em tempo hábil que lhe seja útil e exequível, a fim de lhe garantir tudo aquilo que teria usufruído caso seu direito não houvesse sido violado.

Portanto, as garantias estão a serviço dos direitos humanos fundamentais como instrumentos de efetivação do exercício e gozo dos bens, vantagens e direitos declarados pela lei, e não meras promessas sem efeitos concretos.

A mera declaração de garantias dos Direitos Fundamentais numa determinada Constituição, sem a promoção de meios que os assegure de forma concreta, útil e em tempo hábil, gera efeitos mais nefastos do que a ausência da declaração dos direitos, uma vez que faz nascer no jurisdicionado a esperança de ter respeitados os direitos mínimos e essenciais necessários à vida do ser humano com dignidade.

A frustração da expectativa de ter os Direitos Fundamentais efetivados macula o próprio sistema jurídico de um Estado que se pretende que seja Democrático de Direito.

4.2 Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais

Partindo-se da premissa de que os Direitos Fundamentais são espécies de direito subjetivo, a definição formulada por João dos Passos MARTINS NETO é bastante elucidativa: “prerrogativa ou possibilidade, reconhecida a alguém e correlativa de um dever alheio suscetível de imposição coativa, de dispor como dono, dentro de certos limites, de um bem atribuído segundo uma norma jurídica positiva.”⁵⁰

A consequência para a sociedade da atribuição de um direito subjetivo a um sujeito e suas inerentes prerrogativas de aproveitamento corresponde a um dever ou obrigação de respeito a esse direito por parte de outros.

Assim, o dever de respeitar o direito alheio não é dirigido somente ao Estado, mas a toda a sociedade. Esse dever perpassa pelo aspecto negativo de se abster de praticar qualquer ação que ameace, embarace ou frustre o exercício da prerrogativa pelo seu titular, como também uma conduta comissiva de atribuir a alguém o que lhe é devido.

Nas palavras de Norberto BOBBIO⁵¹ a relação jurídica é uma relação direito-dever. Para o autor, ter um direito significa ter o poder de realizar uma determinada ação ao mesmo tempo em que atribui ao outro a obrigação de se comportar de certo

⁵⁰ MARTINS NETO, João dos Passos. Op cit. p 77.

⁵¹ BOBBIO Norberto, *Teoria da Norma Jurídica*. 3ª Edição, São Paulo: Edipro, 2005, p 42.

modo, quer a conduta consista em um fazer ou um não fazer, de forma a não impedir a ação de outrem. É caracterizada, portanto, pelo modo com que os sujeitos se comportam em face do outro.

Ao longo da história, os Direitos Fundamentais instituídos como mecanismos de defesa do indivíduo perante o Estado passam a representar verdadeira garantia do cidadão em face dos outros, tornando-se a espinha dorsal das Constituições contemporâneas.

Foi a Constituição Mexicana de 1917 que pela primeira vez elencou rol de direitos sociais demonstrando preocupação em tutelar os direitos sociais e coletivos, embora nas palavras de Zeno SIMM⁵² “tal dispositivo legal, todavia, apresentou pouca eficácia jurídica, não só em razão das circunstâncias da época, mas, também, porque a constitucionalização de todos os direitos trabalhistas os iguala e desvaloriza.”

Contudo, a Constituição Alemã de Weimar, promulgada dois anos depois em 1919, é considerada o verdadeiro marco do Constitucionalismo social, segundo Antônio Carlos WOLKMER⁵³; que atribui a origem da expressão direitos fundamentais à Constituição Alemã que reconheceu direitos ao trabalho, à seguridade social, à liberdade sindical e à negociação coletiva.

Em 1931, a Constituição Espanhola introduziu novos direitos às garantias instituídas pelas constituições Mexicana e Alemã. Importantes ganhos históricos na defesa dos direitos fundamentais se deram, ainda, com o Tratado de Versalhes de 1919, a Declaração dos Direitos do Homem de 1948, o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e a Declaração de Viena resultante da Conferência Mundial de Direitos Humanos, promovida pela ONU em 1993.

A extensão da incidência dos direitos fundamentais a todos os setores do ordenamento jurídico e, portanto, também ao seio das relações entre particulares, pressupôs, segundo Pérez LUÑO⁵⁴, a passagem do Estado Liberal para o Estado Social de Direito.

⁵² SIMM, Zeno. Op cit, p. 1291.

⁵³ WOLKMER, Antônio Carlos apud SIMM, Zeno. Op cit, p. 1291.

⁵⁴ PÉREZ LUÑO *apud* SIMM Zeno, Op cit p. 1292.

A doutrina alemã utiliza o termo *Drittwirkung der Grundrechte* para se referir à ampliação da eficácia dos direitos fundamentais à esfera privada e em relação a terceiros.

Ironicamente, a Alemanha, um dos berços da positivação dos direitos fundamentais foi um dos países que mais os afrontou com a ascensão de Hitler ao poder, reforçando a tese de que não bastam direitos declarados se não há meios de garanti-los e torná-los efetivos. Contudo, no pós-guerra, a Alemanha protagonizou o caso mais famoso do constitucionalismo moderno: o caso Luth⁵⁵, importante marco teórico na instituição da teoria da horizontalização dos direitos fundamentais.

Veith Harlan, cineasta alemão, foi um dos principais responsáveis pelos filmes de divulgação das ideias nazistas, especialmente através do filme *Jud Sub* de 1941, considerado uma das mais odiosas representações dos judeus no cinema. Posteriormente, nos anos 50 produziu o famoso filme *Amada Imortal* que, embora nada tivesse a ver com o Nazismo, foi boicotado por vários judeus de prestígio em represália ao filme anterior.

À frente do boicote estava Eric Lúth um judeu que presidia o Clube de Imprensa, utilizando-se do cargo para escrever um manifesto contra o cineasta conclamando os alemães decentes a não assistirem *Amada Imortal*. Em decorrência do boicote, o filme foi um fracasso de bilheteria causando enorme prejuízo e levando Veit Harlan, juntamente com os empresários investidores do filme, a ingressar com ação judicial alegando violação do Código Civil Alemão com base na responsabilidade civil, artigo 826 e parágrafo do BGB.

A tese prevaleceu nas instâncias ordinárias, levando Lúth, inconformado, a recorrer à Corte Internacional Alemã, em defesa da liberdade de expressão garantida pela Lei Fundamental. No julgamento, a Corte Constitucional consolidou a teoria dos direitos fundamentais, através do desenvolvimento de conceitos como a dimensão objetiva e eficácia horizontal desses direitos e a necessidade de ponderação no caso de colisão de princípios.

Para ALEXY⁵⁶ a base do constitucionalismo alemão baseia-se em três ideias fundamentais:

⁵⁵ LIMA, George Marmelstein. *50 Anos do Caso Lúth: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra* Disponível em: <http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/> Acesso em 26 dez 2010.

⁵⁶ ALEXY, Robert *apud* LIMA, George Marmelstein. Op.cit.p. 2.

*A primeira idéia foi a de que a garantia constitucional de direitos individuais não é simplesmente uma garantia dos clássicos direitos defensivos do cidadão contra o Estado. Os direitos constitucionais incorporam, para citar a Corte Constitucional Federal, 'ao mesmo tempo uma ordem objetiva de valores'. Mais tarde a Corte fala simplesmente de 'princípios que são expressos pelos direitos constitucionais'. Assumindo essa linha de raciocínio, pode-se de dizer que a primeira idéia básica da decisão do caso Lüth era a afirmação de que os valores ou princípios dos direitos constitucionais aplicam-se não somente à relação entre o cidadão e o Estado, muito além disso, à 'todas as áreas do Direito'. É precisamente graças a essa aplicabilidade ampla que os direitos constitucionais exercem um "efeito irradiante" sobre todo o sistema jurídico. Os direitos constitucionais tornam-se onipresentes (**unbiquitous**). A terceira idéia encontra-se implícita na estrutura mesma dos valores e princípios. Valores e princípios tendem a colidir. Uma colisão de princípios só pode ser resolvida pelo balanceamento. A grande lição da decisão do caso Lüth, talvez a mais importante para o trabalho jurídico cotidiano, afirma, portanto, que: "Um 'balanceamento de interesses' torna-se necessário.*

A decisão da corte internacional alemã lançou as bases não somente da dogmática do direito fundamental à liberdade de expressão e seus limites, como da teoria geral dos direitos fundamentais.

Pela primeira vez um Tribunal Constitucional tratou de Reclamação contra decisão judicial civil, apresentando os direitos fundamentais como direitos públicos objetivos de resistência, direcionados contra o Estado e como ordem axiológica objetiva, de eficácia horizontal e com efeito limitador.

O conteúdo da decisão da Corte Constitucional é uma verdadeira aula autoexplicativa sobre os conceitos e eficácia dos direitos fundamentais constitucionais e sua irradiação nas relações privadas, razão pela qual é merecida parte de sua transcrição.

O Tribunal Estadual fundamenta a sua decisão com o fato de ter considerado as expressões do reclamante como uma ação não permitida [delito civil] segundo o § 826 BGB em face das autoras e reconhecendo a estas, por isso, e com fulcro nas normas do direito civil, o direito à proibição das expressões. Destarte, o direito decorrente da lei civil reconhecido pelo Tribunal Estadual levou, por meio de sua decisão, a uma determinação do poder público que limitou a liberdade de expressão do reclamante. A decisão só pode violar o direito fundamental do reclamante do Art. 5 I 1 GG, se as normas aplicadas do direito civil fossem, pela norma de direito fundamental, de tal sorte influenciadas e modificadas em seu conteúdo, que elas não pudessem mais justificar aquela decisão do Tribunal.

A questão fundamental, de se saber se normas de direito fundamental exercem um efeito sobre o direito civil e como esse efeito precisaria ser visto em cada caso, é controvertida (...). As posições mais extremas nesta discussão apresentam-se, de um lado, pela tese de que os direitos fundamentais seriam exclusivamente direcionados contra o Estado; por outro lado, apresenta-se a concepção de que os direitos fundamentais, ou pelo menos alguns, no mínimo os mais importantes entre eles, também valeriam nas relações jurídico-privadas, vinculando a todos. (...). Também

agora não existe motivo para discutir exaustivamente a questão controvertida sobre a “eficácia horizontal”. Para se chegar aqui a uma conclusão adequada ao presente problema, basta o seguinte: Sem dúvida, os direitos fundamentais existem, em primeira linha, para assegurar a esfera de liberdade privada de cada um contra intervenções do poder público; eles são direitos de resistência do cidadão contra o Estado. Isto é o que se deduz da evolução histórica da idéia do direito fundamental, assim como de acontecimentos históricos que levaram os direitos fundamentais às constituições dos vários Estados. Os direitos fundamentais da Grundgesetz também têm esse sentido, pois ela quis sublinhar, com a colocação do capítulo dos direitos fundamentais à frente [dos demais capítulos que tratam da organização do Estado e constituição de seus órgãos propriamente ditos], a prevalência do homem e sua dignidade em face do poder estatal. A isso corresponde o fato de o legislador ter garantido o remédio jurídico especial para a proteção destes direitos, a Reclamação Constitucional, somente contra atos do poder público. Da mesma forma é correto, entretanto, que a Grundgesetz, que não pretende ser um ordenamento neutro do ponto de vista axiológico (BVerfGE 2, 1 [12]; 5, 85 [134 et seq., 197 et seq.]; 6, 32 [40 s.]), estabeleceu também, em seu capítulo dos direitos fundamentais, um ordenamento axiológico objetivo, e que, justamente em função deste, ocorre um aumento da força jurídica dos direitos fundamentais (...). Esse sistema de valores, que tem como ponto central a personalidade humana e sua dignidade, que se desenvolve livremente dentro da comunidade social, precisa valer enquanto decisão constitucional fundamental para todas as áreas do direito; Legislativo, Administração Pública e Judiciário recebem dele diretrizes e impulsos. Desta forma, ele influencia obviamente o direito civil. Nenhuma norma do direito civil pode contradizer esse sistema de valores, cada norma precisa ser interpretada segundo o seu espírito. O conteúdo normativo dos direitos fundamentais, enquanto normas objetivas, desenvolve-se no direito privado por intermédio do veículo (Medium) das normas que dominem imediatamente aquela área jurídica. Assim como o novo direito precisa estar em conformidade com o sistema axiológico dos direitos fundamentais, será, no que tange ao seu conteúdo, o direito pré-existente direcionado a esse sistema de valores; dele flui para esse direito pré-existente um conteúdo constitucional específico, que a partir de então fixará a sua interpretação. Uma lide entre particulares sobre direitos e obrigações decorrentes destas normas comportamentais do direito civil influenciadas pelo direito fundamental permanece, no direito material e processual uma lide cível. Interpretado e aplicado deve ser o direito civil, ainda que sua interpretação tenha que seguir o direito público, a Constituição.

A influência dos critérios axiológicos do direito fundamental se faz notar, sobretudo, em face daquelas normas do direito privado que encerrem direito cogente e que constituam assim uma parte da ordem pública lato sensu, i.e., junto aos princípios, os quais, em razão do bem comum, devam ser vigentes também na formação das relações jurídicas entre os particulares e por isso sejam retirados do domínio da vontade privada. Estas normas têm, em razão de seu propósito, um grau de parentesco próximo ao direito público, ao qual elas se ligam de maneira complementar. Elas precisam estar submetidas de modo intenso à influência do direito constitucional. A jurisprudência serve-se, sobretudo, de “cláusulas gerais” para a realização desta influência, que, como § 826 BGB, remetem para o julgamento do comportamento humano a critérios extra-cíveis ou até a critérios extra-jurídicos, como os “bons costumes”. Pois para a decisão a respeito da questão sobre o que tais mandamentos sociais exigem no caso concreto, tem-se que, em primeiro lugar, partir do conjunto de concepções axiológicas, as quais um povo alcançou numa certa época de seu desenvolvimento cultural e que foram fixadas em sua Constituição. Por isso, foram as cláusulas gerais com propriedade alcunhadas de “pontos de

entrada” (Einbruchstellen) dos direitos fundamentais no direito civil (Dürig, in: Neumann, Nipperdey, Scheuner, die Grundrechte, Tomo II, p. 525).

O juiz tem que, por força de mandamento constitucional, julgar se aquelas normas materiais de direito civil a serem por ele aplicadas não são influenciadas pelo direito fundamental da forma descrita; se isso ocorrer, então ele precisa observar a modificação do direito privado que resulta desta influência junto à interpretação e aplicação daquelas normas. Este é o sentido da vinculação do juiz cível aos direitos fundamentais (Art. 1 III GG). Se ele falhar na aplicação destes critérios e se sua sentença se basear na inobservância desta influência constitucional sobre as normas de direito civil, ele irá não somente infringir o direito constitucional objetivo, na medida em que ignorará o conteúdo da norma de direito fundamental (enquanto norma objetiva), mas também violará, por meio de sua decisão e uma vez investido do poder público, o direito fundamental a cuja observância pelo Judiciário o cidadão também tem o direito subjetivo constitucional. Contra uma tal decisão, o Tribunal Constitucional Federal pode ser acionado pela via da Reclamação Constitucional sem afetar o afastamento do erro de direito [que é da competência exclusiva das instâncias ordinárias] pelas instâncias cíveis. O tribunal constitucional tem que julgar se o tribunal ordinário avaliou de maneira procedente o alcance e a eficácia dos direitos fundamentais na área do direito civil. Disso resulta ao mesmo tempo a limitação de seu exame revisional:

O direito da liberdade de expressão não pode [no caso concreto, n. do org.] se impor, se interesses dignos de proteção de outrem e de grau hierárquico superior forem violados por intermédio do exercício da liberdade de expressão. Para se verificar a presença de tais interesses mais importantes, tem-se que analisar todas as circunstâncias do caso.

O direito fundamental terá que pesar na balança, sobretudo naqueles casos onde seu uso não se realizar em função de desentendimentos privados, mas naqueles casos onde aquele que se expressa quer, em primeira linha, contribuir para a formação da opinião pública de modo que o eventual efeito de sua expressão nas relações jurídicas privadas de um outro seja somente uma conseqüência inevitável, mas não represente o escopo por excelência de sua expressão. Justamente neste contexto é relevante a relação entre o propósito e o meio. A proteção de bem jurídico privado pode e deve ser afastada quanto mais a expressão não for diretamente voltada contra este bem jurídico privado, nas relações privadas, principalmente nas relações econômicas e na busca de objetivos egoísticos, mas, pelo contrário, se trate de uma contribuição para a luta intelectual das opiniões no contexto de uma questão essencial para a opinião pública, feita por uma pessoa legitimada para tanto; neste ponto existe a presunção pela admissibilidade da livre expressão.

Conclui-se, portanto: Mesmo decisões de um juízo cível, que com fundamento em “leis gerais” do direito civil chegue, em conclusão, a uma limitação da liberdade de expressão, podem violar o direito fundamental do Art. 5 I 1 GG. Também o juiz cível tem que sempre ponderar o significado do direito fundamental em face do valor do bem jurídico protegido pela lei geral para aquele que por meio da expressão fora supostamente ferido. A decisão só pode brotar desta visão completa do caso concreto, observando-se todos os fatores substanciais. Uma ponderação incorreta pode violar o direito fundamental e assim fundamentar a Reclamação Constitucional junto ao Tribunal Constitucional Federal.

O julgamento do presente caso a partir das exposições gerais supra desenvolvidas traz como conclusão que a argüição do reclamante é fundamentada (...).

Para a solução da questão de se saber se a convocação ao boicote segundo esses critérios é imoral [“sittenwidrig” – por violar os “bons costumes”], faz-se necessário verificar os motivos, o objetivo e a finalidade das expressões. Além disto, deve-se examinar se o reclamante, na busca de seus objetivos, não ultrapassou a medida necessária e adequada (...)

O Tribunal Constitucional Federal chegou, pelo exposto, à convicção de que o Tribunal Estadual desconheceu, no julgamento do comportamento do reclamante, o significado especial do direito fundamental à livre expressão do pensamento, que também alcança o caso em que ele entra em conflito com interesses privados. A decisão do Tribunal Estadual fundamenta-se nesta falha de aferição e uso dos critérios próprios do direito fundamental e, destarte, viola o direito fundamental do reclamante do Art. 5 I 1 GG. Portanto, deve ser revogada.⁵⁷ (grifou-se)

A decisão supracitada insere-se na história do Direito como verdadeiro marco na interpretação dogmática e axiológica do direito privado, sendo norteadora da corrente filosófica do pós-positivismo, que tanto tem contribuído na efetivação dos direitos lesados vindicados em juízo.

4.3 Dignidade do Trabalhador

A institucionalização dos direitos fundamentais surgiu, num primeiro momento, como forma de frear a ação onipotente do Estado, impondo-lhe certas condutas omissivas ou comissivas em face do indivíduo e sua autonomia e liberdade (eficácia vertical dos direitos fundamentais). Posteriormente, foi estendida sua eficácia às relações entre particulares, especialmente na busca da igualdade material e não a meramente formal declarada pela lei (eficácia horizontal).

Para o catedrático espanhol Salvador del Rey GUANTER⁵⁸ depois de obter uma proteção mínima perante o poder do Estado, o indivíduo volta suas preocupações para as relações privadas. O âmbito laboral é um solo fértil ao desenvolvimento da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais pela própria natureza da relação contratual.

O empregado cede parte de sua energia e sua liberdade ao se colocar à disposição do empregador, subordinando-se a esse, mediante controle e fiscalização da sua mão de obra despendida. O trabalho é considerado pelos economistas como base da atividade econômica e medida de valor que constitui a riqueza social; de forma que o valor de uma mercadoria é dado pela quantidade relativa de trabalho necessário para sua produção.

⁵⁷ LIMA, George Marmelstein. Op.cit.p.3

⁵⁸ DEL REY GUANTER, S. *apud* SIMM Zeno Op.cit, p.1293.

Não havia necessidade dessa consideração na sociedade primitiva quando todos trabalhavam na terra de propriedade coletiva com o único objetivo de prover a própria subsistência.

Com o incremento da transformação da matéria prima em produtos e início das trocas comerciais, as relações sociais começaram a se modificar. Os resultados da ação do homem na transformação da natureza, seja através da domesticação de animais como através do incremento da agricultura, começaram a produzir um excedente econômico que consistia em produzir mais do que o necessário ao consumo imediato. O início dessa acumulação permitiu o nascimento da mercadoria (bem de valor de troca) e conseqüentemente o comércio.

Quando a possibilidade de acumulação se uniu à possibilidade de exploração de um trabalho alheio, a comunidade primitiva de propriedade coletiva foi substituída pelo escravismo, na medida em que valia a pena extrair dos homens escravizados excedente de produção. Do escravismo para a sociedade feudal não houve significativa mudança na relação entre proprietário das terras e detentores da força de trabalho, produtores diretos. Os servos não eram mais propriedade dos senhores como no escravismo, mas continuavam a produzir excedente econômico do qual se apropriavam os suseranos.

Do feudalismo para o capitalismo ocorreram várias lutas sociais conhecidas como Revolução Burguesa. A ascensão da burguesia incrementou ainda mais a divisão entre duas classes sociais distintas (embora houvesse outras classes). A partir do momento em que aflorou a propriedade dos meios de produção, acentuou-se a divisão da sociedade entre a classe proprietária dos meios de produção e a classe cuja única propriedade era a própria força de trabalho.

Em termos simplórios, no modo de produção capitalista, o trabalho necessário, realizado dentro do tempo essencial para que o trabalhador produza o valor que custeie a sua remuneração, consome apenas uma fração da jornada de trabalho. Outra porção da jornada é o tempo no qual o trabalhador produz um valor superior à sua própria remuneração e que resulta na apropriação pelo detentor dos meios de produção da força de trabalho gasta, originando o lucro capitalista.

Assim, a sociedade é constituída, em sua maior parte, de trabalhadores que dependem da exploração da força de trabalho para obter sua subsistência e de uma minoria que detém os meios de produção e obtém seu lucro da exploração da mão de obra alheia. O conteúdo fundamental dos conflitos de classes característicos da

sociedade capitalista provém da luta pela apropriação do tempo de trabalho empregado no processo de produção. A força de trabalho, para a economia, é transformada em mercadoria.

Nos conflitos trabalhistas digladiam partes absolutamente desiguais econômica e socialmente (detentores dos meios de produção x possuidores somente da força de trabalho), campo fértil para o desenvolvimento das garantias aos direitos fundamentais.

Nesse contexto, o papel do Estado é de garantir um patamar de direitos mínimos àqueles que vivem da exploração de sua força de trabalho, a fim de que o homem não seja tratado como simples mercadoria. E, na prestação da tutela jurisdicional, é o de garantir que partes tão desproporcionais tenham as mesmas oportunidades e condições, não transformando o processo em um ônus para apenas um dos litigantes.

4.4 Processo do trabalho justo, devido e efetivo como direito fundamental

O Desembargador do TRT da 3ª Região Prof. Dr. Luiz Otávio Linhares RENAULT⁵⁹, bem sintetiza sobre a definição do processo no atual ordenamento jurídico brasileiro:

Modernamente o processo é visto como uma instituição jurídica, erigida em nível constitucional, estruturadora de um procedimento em contraditório entre as partes envolvidas em determinada controvérsia, e em cujo seio devem ser observados os princípios da isonomia e da ampla defesa, já que visa o exercício da jurisdição estatal. Possui, portanto, o processo fundamento constitucional, que lhe impõe um certo ritmo interior. Ele se projeta para fora de si pela via da publicidade, visando a segurança e a estabilidade, e da qual o Estado-juiz não pode se afastar, sob pena de violação do princípio do Estado Democrático de Direito. Constitui, ao mesmo tempo, garantia individual e coletiva, albergada pelos direitos fundamentais, com incondicional e imediata incidência, conforme Título II, Capítulo I da Constituição da República.

Em sua origem, o direito processual brasileiro tem suas raízes no Direito Português. O Brasil nasceu sob o império das Ordenações Afonsinas, editadas em

⁵⁹ RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *O Processo do nosso tempo e o tempo do processo: algumas considerações analógicas no mundo digital* in *Processo do Trabalho Atual e temas conexos* (obra coletiva). Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p 33.

1446. Em seu terceiro livro, abordava os atos judiciais e a ordem que tais atos deveriam obedecer, situando-se nele a parte propriamente processual. De 1521 até 1603 vigoraram as Ordenações Manuelinas. Atendiam mais ao interesse da realeza do que ao das outras instituições, fortalecendo o poder absoluto do Rei. A partir de 1603, foram promulgadas as Ordenações Filipinas, inserindo-se algumas modificações em matéria processual.

Com a Constituição de 1824, foi reconhecida a divisão dos poderes, e, em 1832, foi promulgado o Código de Processo Criminal. Já em novembro de 1850 foram publicados os regulamentos 737 e 738, juntamente com o Código Comercial. O regulamento 737 tinha como objetivo regulamentar a ordem do juízo no processo comercial, com notável relevância até a promulgação do Código de Processo atual. Com a proclamação da República, foi determinado que se aplicassem, ao processo, julgamento e execução das causas cíveis em geral, as disposições do Regulamento 737, mantendo-se em vigor disposições que regulamentavam processos especiais.

Em 1934, com a competência da União para legislar sobre matéria processual, tornou-se necessária a preparação de um novo Código de Processo. Uma comissão de juristas, especialmente designada, apresentou uma proposta que se transformou no Código Civil de 1939. O novo código trazia inovações que diziam respeito à adoção do princípio da oralidade e a multiplicação de procedimentos especiais, com alguns apegos às garantias individuais do liberalismo vigente, que culminaram na sistemática recursal.

Assim, em 1943 quando foi promulgada a Consolidação das Leis do Trabalho no Brasil, vigia o Código de Processo Civil de 1939. Segundo Orlando Teixeira da COSTA⁶⁰, no seu discurso por ocasião da investidura no cargo de Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, “a celeridade exigida pela prestação jurisdicional trabalhista não era compatível com as bem intencionadas normas do processo civil, mas de inegada morosidade para as exigências de uma justiça destinada a assegurar a paz social no país.” Prossegue o autor:

Os interesses meramente patrimoniais ou as relações jurídicas menos dinâmicas podiam dar-se ao luxo da etiqueta judiciária, responsável pelo caráter antiquado do processo em vários países do mundo. Os conflitos trabalhistas, no entanto, produtos de uma relação dinâmica, dessas em que

⁶⁰ DA COSTA, Orlando Teixeira. *Justiça e Paz*. Revista LTr, 57-02/137-141. São Paulo: LTr, 1993, p 137.

o caráter alimentar das demandas não pode admitir delongas, exigia um procedimento simples, oral, concentrado, célere, despido de formalidades.

As leis trabalhistas deveriam trazer normas procedimentais próprias que melhor atendessem à natureza dos conflitos trabalhistas, a fim de não sujeitá-los ao processo geral, ainda arcaico e repleto de entraves à celeridade e efetividade, principalmente em relação ao sistema recursal.

As regras processuais insertas na CLT visavam a ampliar o acesso à justiça, simplificar os procedimentos, enfatizar a oralidade e incentivar a conciliação, a fim de obter a melhor e mais rápida prestação jurisdicional possível e promover a justiça no caso concreto da forma mais eficiente possível.

Ainda segundo o ex- presidente Orlando Teixeira da COSTA⁶¹ em seu discurso:

Proponho-me a intensificar os princípios que informam a nossa instituição, de modo a irradiar o verdadeiro espírito em que ela foi inspirada, como uma Justiça do apaziguamento, da concórdia, da negociação, em que todos os juízes e Tribunais do Trabalho empreguem sempre – diz a lei – os seus bons ofícios e persuasão no sentido de uma solução conciliatória dos conflitos, Este postulado corresponde aos anseios manifestados no Preâmbulo da nossa atual Carta Magna, para a qual se concebe uma sociedade fraterna, fundada na harmonia social e comprometida com a solução pacífica das controvérsias.

O processo do trabalho surgiu na tentativa de tornar mais efetiva a prestação jurisdicional dos conflitos específicos de matéria trabalhista. Conflitos esses cujas partes envolvidas são especiais tendo em vista a disparidade econômica e social. Trata-se de um processo destinado a prestação de uma tutela especializada, em virtude de uma relação obrigacional especial.

À medida que o processo do trabalho torna-se meio de prestação eficaz da tutela jurisdicional trabalhista, dando à parte que tem razão tudo aquilo que lhe é devido em tempo hábil e suficiente a promover a concretização e utilidade da decisão, transforma as promessas constitucionais aos direitos fundamentais de acesso à justiça e ao devido processo legal em realidade concreta.

Considerando-se, ainda, que as verbas trabalhistas têm natureza alimentar, na maioria das vezes indispensáveis a sobrevivência do trabalhador e sua família, a prestação efetiva da tutela jurisdicional trabalhista, nos casos em que o trabalhador

⁶¹ DA COSTA, Orlando Teixeira. *Op.cit.* p 138.

é lesado e tem razão, torna-se meio de assegurar a vida com dignidade, espinha dorsal de todos os demais direitos fundamentais.

O direito à vida, conclamado pela Constituição da República, só tem razão de ser na medida em que o cidadão tenha asseguradas as condições mínimas de existência com dignidade, tais como o direito ao trabalho, à saúde, à moradia, à educação, à segurança, à previdência, ao vestuário, ao lazer.

Tendo em vista que a maior parte da população brasileira vive da sua força de trabalho, é através do salário que se torna possível o acesso aos bens de consumo essenciais à vida digna.

Se, no âmbito do direito material civil, o processo devido, sob a concepção da nova hermenêutica constitucional, é corolário da garantia aos direitos fundamentais, com mais razão ainda o processo do trabalho torna-se instrumento de efetivação desses direitos, tendo em vista a natureza alimentar das prestações postas em discussão.

Sendo assim, um processo do trabalho célere, justo e efetivo, que permita que as partes litiguem em igualdade de condições e usufruam concretamente do provimento jurisdicional declarado, torna-se medida indispensável para que as garantias fundamentais asseguradas na constituição não fiquem relegadas a meras promessas.

5 TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA

O Estado, a partir do instante em que se tornou monopolizador da solução dos conflitos, dotou os órgãos judiciários da atribuição de aplicar o direito objetivo ao caso concreto, resolvendo as relações intersubjetivas⁶².

Segundo CHIOVENDA, citado pelo Ministro Luiz FUX⁶³, “a jurisdição consiste na atuação da lei mediante a substituição da atividade de órgãos públicos à atividade de outros, seja no afirmar a existência de uma vontade da lei, seja em determinar ulteriormente que ela produza seus efeitos.”

É através da jurisdição que o Estado, provocado pela ação do indivíduo, institui o método de composição do litígio, na busca de uma solução final que represente o seu modo de sentir diante daquele caso concreto, em cotejo com as leis promulgadas. A jurisdição, para a juíza e professora Adriana Goulart de SENA,⁶⁴ “é o poder que o Estado avocou para si de dizer o direito, de fazer justiça, em substituição aos particulares.”

Mas a jurisdição não se limita simplesmente a dizer o direito aplicável ao caso concreto, mas também de empregar os meios necessários para aplicação desses direitos. As formas de prestação da tutela jurisdicional variam de acordo com a natureza do conflito e a eficácia necessária da pretensão.

Ainda nas palavras de Adriana Goulart de SENA⁶⁵ “uma das finalidades do Poder Judiciário é a pacificação social, portanto, incumbe-lhe utilizar mecanismos e técnicas que aproximem o cidadão da verdadeira Justiça.”

Tradicionalmente a doutrina classifica a tutela jurisdicional em tutela de cognição, de execução e cautelar. Tem-se por tutela de cognição aquela necessária à obtenção da declaração da regra reguladora do direito no caso concreto. Através da tutela executiva, obtêm-se providências práticas para a realização do direito

⁶² FUX, LUIZ. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência* (Fundamentos da tutela antecipada). São Paulo: Saraiva, 1996. p.3.

⁶³ CHIOVENDA *apud* FUX, Luiz. Op cit p. 3.

⁶⁴ SENA, Adriana Goulart de. *Formas de Resolução de Conflitos e Acesso à Justiça*. Revista da Escola. Revista do TRT da 3ª Região. Edição 76 julho-dezembro, 2007. p. 99. Disponível em http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_76/Adriana_Sena.pdf. Acesso em 28 jan. 2011.

⁶⁵ SENA, Adriana Goulart. Op cit.p. 95.

declarado no plano fático e, da tutela cautelar, assegura-se o resultado útil das outras duas espécies.

Eduardo LAMY⁶⁶ critica a classificação da tutela cautelar em um terceiro gênero de tutela jurisdicional. Para o autor, a técnica processual “é o meio, a maneira prevista na lei processual, por meio da qual, a tutela jurisdicional é prestada”, enquanto a tutela jurisdicional é o objetivo da jurisdição.

As técnicas generalizadas cautelares e antecipatórias são maneiras de se obter o provimento jurisdicional por meio de cognição sumária, constituindo a denominada tutela de urgência. Assim, haveria apenas uma tutela de urgência e várias técnicas diferentes para satisfazê-la.

O processo, hoje, vive uma transformação e as três medidas podem ser dadas desde que necessárias para obtenção de um fim comum: a prestação da tutela de forma efetiva. As recentes modificações sofridas no processo civil que cingiram o processo de conhecimento e o de execução num único processo estão em consonância com essa transformação.

Acerca do novo paradigma do processo, relido como instrumento de efetivação da tutela jurisdicional, CARNELUTTI exaltou a importância da eficácia do processo na realização da justiça, ressaltando que muito mais do que leis ruins a grande ruína do sistema perpassa pela má aplicação das leis, que muitas vezes não servem à realização, no mundo concreto, do Direito “prometido”.

Tratei de descrever da melhor forma possível, se bem que naturalmente em rápidas pinceladas, o mecanismo do processo civil e penal, um mecanismo, se me permite a metáfora, que deveria fornecer ao público um produto tão necessário ao mundo como nenhum outro bem: a justiça. É oportuno repetir que os homens têm, antes de tudo, necessidade de viver em paz; mas, se não existe justiça, é inútil esperar pela paz. Por isso não deveria haver nenhum serviço público ao qual o Estado dedicasse tantos cuidados quanto ao que leva o nome de processo. Esta observação a faço, antes de tudo, porque me vejo na necessidade de acrescentar que nem a opinião pública toma consciência da maior importância que tem para a organização social um instituto como o processo, nem correlativamente o Estado faz pelo processo tudo que deveria fazer. Os interessados, ou seja, entre os técnicos do processo, juízes, advogados e partes, têm a consciência de que o mecanismo funciona mal. Esta consciência aflora ocasionalmente nos ambientes legislativos, mas quase nunca parece que houve outra coisa a fazer a não ser modificar as leis processuais, sobre as quais costuma-se colocar a responsabilidade do mau serviço judiciário, para empregar uma palavra que já entrou no uso corrente. Também ouvimos falar em reformas urgentes do Código de Procedimento Penal e do Código de Procedimento

⁶⁶ LAMY, Eduardo de Avelar. *A distinção entre medidas urgentes e tutela de urgência: conseqüências para o escopo de sistematização*. Repró 118 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.290.

Civil, e todos parecem acreditar não apenas que com estas reformas o Estado tenha cumprido seu dever, como também que dessas reformas surgirão, Deus sabe como, melhorias na administração da justiça. Tenho o dever de desenganar o público a quem me dirijo, dissuadindo-o de cultivar estas que não seriam esperanças, mas verdadeiras ilusões. Certamente, nossas leis processuais não são perfeitas, mas, em primeiro lugar, são bastante menos más do que se diz; em segundo lugar, se bem que fossem muito melhores, as coisas não andariam melhor, pois o defeito está, muito mais do que nas leis, nos homens e nas coisas.⁶⁷ (grifou-se)

A efetividade do processo impõe, em alguns casos, medidas executivas imediatas sob pena de perecimento do direito tutelado⁶⁸. Para Ada Pellegrini GRINOVER⁶⁹, a natureza jurídica da decisão, que permite imediatas medidas executivas sem necessidade de um processo de execução, não encontra resposta na visão tradicional da classificação das sentenças proferidas no processo de conhecimento em declaratórias, condenatórias e constitutivas. Surgiram, então, outras duas modalidades de classificação das sentenças, em executivas *lato sensu* e em mandamentais.

Enquanto a sentença condenatória autoriza o emprego de mecanismos subrogatórios em processo subsequente, a executiva *lato sensu* é aquela cuja sentença tem tamanha carga de executividade que não é necessário promover sua execução. Traz, em seu dispositivo, a determinação de imediata atuação dos mecanismos subrogatórios, independentemente de nova fase processual. Tais ações não têm como função formar um título executivo para que somente depois, em um processo, ou fase de execução se efetive o direito do autor. Tem-se como exemplo a ação de despejo.

Já a ação mandamental tem por escopo o atendimento imediato a uma ordem do juiz. A sentença mandamental não declara ou constitui um direito, mas emite um comando, dirige uma ordem ao devedor a ser desde logo cumprida, sob pena de serem adotadas medidas coercitivas. Assim, a tutela específica das obrigações de

⁶⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um Processo*. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2001. p. 119-120

⁶⁸ FUX. Luiz, Op. Cit. p. 5. "Constatada a inexistência de um sistema ideal cuja prestação fosse efetivada tão logo apresentado o pedido em juízo, mister garantir 'condições para que a justiça seja prestada', posto que o objeto do *iudicium* pode sofrer alterações substanciais que influenciam na solução justa da lide, quer pelo agravamento das condições de fato, quer pela criação de um estado de periclitância do direito da parte, dos bens sujeitos à atividade ou das provas que servirão de elementos de convicção."

⁶⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Tutela Jurisdicional das obrigações de fazer*. Revista de Processo. vol.79. São Paulo: RT, 1995. p.71.

fazer e de não fazer é dotada de provimento mandamental e de provimento executivo *lato sensu*.

Como a revolução francesa e o liberalismo influenciaram na formação do direito das famílias romano-germânicas, qualquer meio de coação não poderia ser feito sobre a pessoa condenada, prevalecendo, sempre a autonomia da vontade. Contudo, a grande maioria desses países sofreu reformas substanciais em suas legislações processuais, a partir da segunda metade do século XX, visando garantir com maior eficácia a realização do direito material violado.

Enquanto no passado os meios de atuação das decisões só podiam ser os predeterminados pela lei, que visavam à execução de decisões estritamente condenatórias efetivadas, somente, através de medidas sub-rogatórias, agora os meios de atuação são atípicos; ou seja, são todos aqueles necessários para obter o adimplemento, ou a produção do resultado prático equivalente (sentenças de prestação).

Ao se analisar a natureza dos provimentos jurisdicionais deve-se ter em mente sua eficácia predominante e não sua eficácia exclusiva. A eficácia declaratória no Processo de Conhecimento vem quase sempre cumulada às demais eficácias inclusive à executiva *lato sensu* e mandamental. A execução específica ou a obtenção do resultado prático equivalente ao da obrigação pode ser alcançada através do provimento mandamental ou do executivo *lato sensu*, que pode determinar qualquer medida na sua efetivação, desde que útil e necessária ao fim pretendido.

Independente de classificações e denominações, o provimento jurisdicional deve ser útil a alcançar o fim pretendido: a realização, no plano concreto, do direito material vindicado em tempo hábil. O Estado, na medida em que proíbe a autotutela, deve fornecer mecanismos processuais adequados que garantam a concreção do direito material ofendido.

Não basta a parte lesada, obter um provimento jurisdicional provido de conteúdo científico se não há meios de se materializar no mundo concreto. De nada adianta ter uma sentença “emoldurada na parede da sala”⁷⁰, se o provimento não for capaz de fornecer à parte lesada a reparação real da lesão.

⁷⁰ Referência às aulas ministradas pelo Ministro Professor Dr. José Roberto Freire Pimenta no mestrado de Direito do Trabalho na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

5.1 Tutelas diferenciadas e o princípio da efetividade

Durante muito tempo a natureza do processo foi entendida como relação jurídica com base na concepção procedimentalista do processo do direito francês⁷¹. Posteriormente foi assentado que o processo representa uma soma de atos realizados para composição do litígio, enquanto o procedimento seria a ordem de sucessão desses mesmos atos.

Os procedimentos são divididos entre comum e especial no âmbito do processo de conhecimento. O comum poderia ser sumário ou ordinário. Na verdade, comum mesmo seria só o ordinário aplicável a grande maioria das situações já que o sumário também se trata de um procedimento especial, caracterizado pela concentração dos atos processuais.

Sob a perspectiva da doutrina, o procedimento ordinário permite uma maior amplitude da fase instrutória, propiciando um maior grau de certeza e segurança do provimento final, enquanto o sumário trata de causas aparentemente menos complexas, que não necessitariam de dilação probatória. Contudo, conforme já afirmado, a verdadeira prestação da tutela jurisdicional de forma justa e efetiva nem sempre perpassa pelas formulações prontas e estáticas de um procedimento único.

A natureza do pedido vindicado em juízo bem como as características subjacentes às partes litigantes devem ser levadas em consideração para definição do caminho procedimental a ser seguido na condução do litígio.

Em muitos casos, por exemplo, embora seja exigido o procedimento ordinário, determinados aspectos específicos demandam uma tutela específica e diferenciada ao caso concreto, sob pena de não ser possível a efetivação concreta da justiça.

A reforma processual de 1994 trouxe significativas mudanças no panorama então vigente, dando nova redação aos artigos 461 do CPC e 273 do CPC, regulamentando a tutela específica de forma genérica e consagrando a possibilidade de o juiz antecipar, em qualquer processo, a tutela de mérito, desde que atendidos certos requisitos. Essa reforma trouxe inovações expressivas inspiradas na idéia de

⁷¹ FUX. Luiz. Op.cit. p 27.

maior coincidência possível entre a prestação devida e a tutela jurisdicional prestada.

Visou-se assegurar ao credor um julgamento que lhe propiciasse a prestação *in natura* e, ainda no âmbito do processo de conhecimento, obter medidas de tutela diferenciada que, diante da peculiaridade do caso concreto, pudessem reforçar a exequibilidade da prestação específica e, se necessário, abreviar o acesso à satisfação de seu direito material.

Alguns institutos do direito anglo-saxão serviram como paradigmas a reforma processual brasileira. A tutela específica teve seu espelho nas *injunctions* da Inglaterra: consistem em ordens do judiciário para que alguém pratique um ato específico (mandatory injunction) ou deixe de adotar determinada conduta (prohibitory injunction), podendo determinar proibições ou mandamentos passíveis de serem confirmados na decisão final.

Já a *Contempt of court* dos países adotantes da *common law* destina-se, em sentido amplo, a coagir o devedor ao cumprimento de decisão judicial, punindo qualquer conduta que afronte à autoridade judicial. A característica fundamental é a execução das decisões sob pena de desobediência que pode até levar às penas restritivas de liberdade.

Para MARIONI⁷², o novo processo não é mais neutro, mas um processo que sabe que, da mesma forma que todos não são iguais, os bens jurídicos em litígio também têm valores jurídicos distintos.

De fato, o processo, assim como o juiz, deve ser imparcial; mas jamais neutro, uma vez que está a serviço do descobrimento da verdade real e da aplicação e efetivação da justiça no caso concreto. Seria ingenuidade defender que o processo seja totalmente apartado do direito material, sendo totalmente neutro e imparcial.

Não se poderia deixar de mencionar que todas as ciências sofrem irrefutável influência do momento social e político da sociedade da época. Haja vista que na fase de exacerbação do liberalismo e individualismo, tanto as tutelas especiais foram criadas e desenvolvidas para garantir a propriedade privada, como as leis de posse e propriedade, por exemplo.

Atualmente o direito brasileiro sofre influência do pós-positivismo e da nova hermenêutica constitucional, com enaltecimento e eficácia concreta dos princípios,

⁷² MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. Op cit, p.22.

das cláusulas gerais, da interpretação conforme a constituição, do instrumentalismo e busca da eficácia processual.

O solo é fértil para desenvolvimento das tutelas diferenciadas que buscam atender de forma mais específica, eficaz e concreta, aos anseios e necessidades também específicas daqueles que buscam a prestação da tutela jurisdicional.

Quando se propicia judicialmente ao titular do direito a obtenção de tudo aquilo e exatamente aquilo que teria, caso o direito não houvesse sido violado, há o não perecimento do bem jurídico tutelado e a utilidade do provimento e, em consequência, a verdadeira prestação da tutela jurisdicional.

Assim sendo, as medidas especiais e de urgência estão diretamente relacionadas com os princípios da efetividade do processo, da instrumentalidade, do devido processo legal e da utilidade das decisões, pois visam justamente a propiciar ao credor o resultado prático que seria atingido pelo adimplemento espontâneo da obrigação.

5.2 Tutela de segurança

O jurisdicionado procura o Poder Judiciário para obter um bem jurídico ou a tutela de um bem jurídico que afirma possuir⁷³. O Estado manifesta o exercício da jurisdição através de meios sub-rogatórios e coercitivos. O bem da vida pretendido pode ser obtido no início ou só ao final do processo, através de decisão judicial.

O processo como soma de atos que determinam um procedimento, demanda um tempo natural para se desenvolver até a decisão final. A técnica é necessária para a instrução processual e busca da verdade real que propicie a construção de uma sentença juridicamente bem alicerçada.

Segundo Luiz FUX⁷⁴ “nesse interregno, tudo quanto possa interessar à perfeita solução da lide fica exposto, sujeitando-se a um estado potencial de periclitación atribuído ao tempo ou ao comportamento da parte adversa.”

⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. Op cit, p.22.

⁷⁴ FUX, Luiz. Op cit. p. 43.

A função do Estado na definição do direito controvertido e prestação da tutela jurisdicional fica comprometida pelos riscos que gravitam em torno do objeto do litígio com o passar do tempo. Foi exatamente com o fim de salvaguardar o objeto do litígio que foi idealizado o procedimento cautelar.

Discorrendo sobre o tempo no processo o Ministro e Professor José Roberto Freire PIMENTA⁷⁵ afirma:

O tempo é uma dimensão inerente ao processo e ao procedimento jurisdicional. A prestação da tutela jurisdicional definitiva (como regra geral produto de um procedimento de cognição plena e exauriente) não é e nem pode ser instantânea, pois um razoável intervalo de tempo entre o ajuizamento da ação e a prolação da decisão definitiva de mérito é sempre imprescindível para que sejam exercidos, por ambos os litigantes, seus direitos constitucionais ao contraditório e à ampla defesa (e para que o juiz da causa, após o transcurso de uma fase processual de cognição plena e exauriente, fique habilitado a proferir um juízo de certeza acerca dos fatos nela controvertidos).

Ocorre que, embora a regra geral seja a prestação da tutela jurisdicional por meio do procedimento de cognição exauriente, em alguns casos a parte não pode aguardar a demora natural do processo sob pena no provimento final tornar-se inútil. Nesses casos é necessária a prestação da tutela específica de urgência sob pena de corresponder à própria denegação da justiça, pois “a duração do processo não deve causar dano ao autor que tem razão”⁷⁶. O mesmo tempo que tanto influencia a sociedade moderna “que vive correndo contra ele” inegavelmente também incute transformações ao processo.

Em princípio, o direito brasileiro instituiu o procedimento cautelar como modalidade de tutela de urgência, acessória ao processo principal, com o fim de resguardar o objeto do litígio (tutela de segurança típica), sem, contudo, eficácia prática nas fases de conhecimento e execução, por sua decisão de caráter não satisfativo. Assim, a decisão cautelar tende a ser posteriormente substituída pela proferida no processo principal.

Contudo, algumas situações de urgência exigem a prestação de uma tutela satisfativa, não ensejando o requerimento de uma medida cautelar. A prestação da

⁷⁵ PIMENTA, José Roberto Freire. *Tutelas de Urgência no Processo do Trabalho: O potencial transformador das Relações Trabalhistas das Reformas do CPC Brasileiro* in *Direito do Trabalho-Evolução, Crise, Perspectivas*. Obra coletiva. São Paulo: LTR, 2004. p 348.

⁷⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. apud PIMENTA, José Roberto Freire. Op cit. p 349.

tutela urgente em muitos casos é indispensável à própria prestação da justiça. Disse MARINONI⁷⁷:

Se a realidade do mundo atual, muitas vezes não comporta a espera do tempo despendido para a cognição exauriente da lide, em muitos casos o direito ao 'devido processo legal' somente poderá se realizar através de um processo de cognição sumária. O direito à adequada tutela jurisdicional, portanto, é também corolário do princípio da inafastabilidade. Destarte, em face do nosso direito positivo, é facilmente aceitável a tese de que a tutela sumária antecipatória está embutida no livro III do Código de Processo Civil (grifou-se)

O autor paranaense ainda preceitua que a preocupação exagerada com o direito de defesa não permitiu por muito tempo a percepção de que o tempo de duração do processo não pode ser um ônus apenso do autor⁷⁸. Quanto mais o processo privilegia a resistência injustificada como fonte de vantagens econômicas, mais favorece ao inadimplemento voluntário da obrigação.

O desenvolvimento das medidas de urgência fez surgir novos procedimentos não só para assegurar o resultado prático da decisão, como também para tutelar o direito líquido e certo cuja demora na prestação jurisdicional poderia implicar inutilidade do provimento.

A tutela chamada de segurança por Luiz FUX⁷⁹ não abrange apenas o Mandado de Segurança, ação própria nos casos de existência de direito líquido e certo, mas todas aquelas medidas necessárias a tutelar o direito provável caracterizado pelo *fumus boni jûris* que sofre perigo de dano irremediável, como também a chamada tutela de evidência.

Completa o autor:

Entretanto, manifestando-se evidente o direito em estado de periclitção, a tutela considera-se de urgência e de segurança, haja vista que o que a caracteriza é o estado de periclitção do bem da vida reclamado, sendo certo que o direito a esse bem é que deve ser analisado com óticas diversas conforme ele seja veiculado pelo interessado. O grau de convencimento do juízo vai depender da prova pré-constituída, nalguns casos mais exigentes que noutros, mas todos urgentes e referentes ao próprio direito material da parte para que se possa considerar como de 'segurança' a ação. (grifou-se)

Para o autor, se o direito é evidente e a tutela urgente, deve o juiz prover com definitividade, resolvendo-se eventual prejuízo em perdas e danos.

⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme apud FUX, Luiz. Op cit p 55.

⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação de Tutela. 10ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p 273.

⁷⁹ FUX, Luiz. Op cit p 66.

6 BREVES NOTAS SOBRE TUTELA DE URGÊNCIA NO DIREITO COMPARADO

Os sistemas processuais subdividem-se nos que adotam um poder geral de cautela acrescido de procedimentos específicos e outros que contemplam apenas um poder geral de cautela⁸⁰, modelo a que se filia o sistema anglo-saxão.

6.1 Common Law

As reformas que ocorreram no processo civil brasileiro em 1994 e posteriormente em 2002 com a modificação do artigo 273 visaram conferir maior efetividade e agilidade ao processo. Embora o sistema jurídico brasileiro tenha como berço o sistema romano-germânico também os países de origem anglo-saxônica adotaram sistemas de tutelas de urgência similares, baseados no poder geral de cautela.

Tanto o sistema norte americano quanto o britânico, contemplam o instituto da *evidence* (evidência), similar à tutela antecipada do sistema brasileiro. Nesses países será antecipado o provimento final caso fique evidenciada a existência dos fatos alegados pelo litigante⁸¹. Várias são as formas de evidência admitidas: *presumptions evidence* (presunções), *hearsay, evidence* (boatos), *hazardous evidence* (perigo de deterioração da prova), *confessions, evidence, similar fact evidence, real evidence* (fato confesso, evidente ou similar a outro fato evidente).

Já o sistema de efetivação da prestação da tutela jurisdicional dos países adotantes da *common law* caracteriza-se pela adoção de meios para garantir a execução específica da obrigação.

⁸⁰ FUX, Luiz. Op.cit.p 168.

⁸¹ SOUZA, Adriano Stanley Rocha e FIUZA, César Augusto de Castro. *A tutela antecipada e o instituto da evidência no processo civil americano*. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, v.02, n.3 e 4, p. 253-257, 1999.

O instituto do *contempt of court*, por exemplo, é um dos meios coercitivos destinados a assegurar o cumprimento das decisões judiciais, podendo ensejar até mesmo penas privativas de liberdade para quem não obedecer à ordem emanada pelo juiz.

6.1.1 Remedies precedes rights

Esse termo é traduzido pela expressão: os remédios precedem os direitos ou *no remedies no rights*: sem remédios, sem direitos.

A expressão pode conduzir o intérprete à falsa ideia de que o direito material estaria vinculado ao processo assim como nos primórdios do direito romano, época em que a possibilidade de levar a pretensão a juízo dependia da existência da ação correspondente.

Convém lembrar que após a consagração do processo como ciência autônoma, os novos contornos do direito contemporâneo pressupõem a reaproximação de processo e direito material, alicerçada na instrumentalidade substancial e na efetividade do processo, como garantias do devido processo legal (ou processo legal justo e devido).

Segundo Eduardo TALAMINI⁸² o adágio *remedies precedes rights* vigora ainda na tradição jurídica anglo-saxã, não para demonstrar uma concepção restritiva do direito, mas sim para retratar uma consciência pragmática de que, sem mecanismos eficientes de realização, os direitos declarados pouco valem.

Assim sendo, a possibilidade de buscar a tutela jurisdicional não está vinculada à existência de um tipo formal específico de procedimento, contudo a eficácia da tutela pretendida e o resultado prático da decisão estão sim, diretamente, relacionados ao processo.

Volta-se aos princípios da instrumentalidade, efetividade, utilidade, justiça e adequação. Se o processo não for capaz de conceder à parte que tem razão aquilo

⁸² TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p 84.

que ela teria caso o direito não houvesse sido violado, de nada adianta o provimento jurisdicional.

Não basta que o poder judiciário declare o direito se não há meios para concreção do direito no mundo dos fatos. Uma sentença desprovida de execução perde o sentido reparador e equivale à própria denegação da justiça, em afronta ao princípio constitucional de acesso ao judiciário. A eficiência do provimento jurisdicional pressupõe uma decisão útil, eficaz e em tempo hábil, a fim de reparar ou compensar a vítima na exata medida de sua lesão, preferindo, sobretudo o retorno ao estado anterior ao dano.

Para garantir a eficácia das decisões judiciais, além do uso das *contempt of court*, outra característica peculiar do direito anglo-americano é o poder conferido ao juiz de determinar o meio sub-rogatório mais adequado ao caso concreto, garantindo a execução direta de obrigações de fazer e de não fazer altamente complexas, para a tutela das quais se revelam impróprio os meios tradicionais.

No *common law*, há uma diferença na execução das obrigações de pagar das decisões das obrigações de fazer. Os *money judgements* (decisões pecuniárias) são decisões que condenam o réu ao pagamento de determinada quantia em dinheiro, enquanto os *other than money judgements* (decisões não pecuniárias) são as decisões que impõe qualquer outra modalidade de obrigação, isto é, obrigação de fazer ou não fazer e de entregar coisa diversa que dinheiro.

A execução dos *money judgements* se dá através de procedimentos executivos estabelecidos em lei, o que não ocorre em relação aos *other than money judgements*. Nestes, fica a critério do órgão judicial a escolha, segundo as nuances do caso concreto, do meio mais adequado. Todavia, é na execução dessas modalidades de decisões judiciais que o juiz pode se valer do instituto do *contempt of court*. Por isso é que se diz, genericamente, que os *other than money judgements* são executados através do *contempt power* do juiz. Através do civil *contempt of court* se objetiva induzir (coagir) a parte a cumprir uma ordem judicial. Se, por outro lado, se trata apenas de *punir* uma conduta desrespeitosa, tem-se um *criminal contempt*.⁸³

Embora o *contempt power* já se ache previsto em leis (*statutes*), o seu fundamento jurídico perpassa a simples existência de autorização legislativa e se

⁸³ GUERRA, Marcelo de Lima. Op cit. p 95.

encontra alicerçada na própria instituição do Poder Judiciário. Sua função não está limitada somente na garantia da execução específica, mas na garantia da correta e eficaz prestação da tutela jurisdicional. Tratando-se de mecanismo indispensável ao cumprimento dos provimentos jurisdicionais, conseqüentemente é garantia da própria preservação da autoridade das decisões, da credibilidade do Poder Judiciário e da efetivação da função jurisdicional de administração da justiça.

Marcelo de Lima GUERRA⁸⁴, afirma, nesse sentido, que o *contempt power* é um poder *inerente* à própria existência do Poder Judiciário. Segundo o autor sem tais poderes, um órgão jurisdicional:

teria forma, mas careceria de substância. O fundamento jurídico desses poderes (os poderes inerentes) é, portanto, a autoridade do Judiciário para implementar, proteger e desempenhar a função jurisdicional de administração da justiça de acordo com o direito, de maneira regular, ordenada e efetiva.⁸⁵

A autoridade do judiciário deve ser garantida de forma a sustentar o sistema, podendo o seu desrespeito gerar inclusive pena privativa de liberdade.

O mecanismo da prisão como meio coercitivo para o cumprimento das decisões judiciais pode se usado tanto no *contempt civil* como no *penal*. A diferença fundamental, contudo, é que no caso do *criminal contempt* a prisão tem caráter estritamente punitivo e, por isso, deve ser decretada por um período determinado de tempo. Já quando se tratar de *civil contempt*, em razão do seu caráter coercitivo, a prisão é decretada por tempo indeterminado, ou seja, até que a parte desobediente decida cumprir a ordem judicial. Além disso, numa hipótese de *civil contempt* a prisão pode ser decretada condicionalmente, dando oportunidade de a parte contumaz evitá-la, cumprindo a ordem judicial.

Também a multa é sanção que pode ser imposta tanto ao *contempt civil* como ao *penal*, com a mesma diferença já mencionada quanto à prisão. Assim, a multa relativa a um *criminal contempt* deve ser de um valor determinado e é paga ao Estado. A multa imposta por *civil contempt* tem, em regra, caráter coercitivo e, por essa razão, consiste numa determinada quantia a incidir cada vez que a parte viola a ordem judicial, ou por cada dia em que persistir o não cumprimento da mesma ordem.

⁸⁴ GUERRA, Marcelo de Lima. Op cit. p 90.

⁸⁵ GUERRA, Marcelo de Lima. Op cit. p 91.

Os *inherent powers* dos juízes são “poderes instrumentais” de que se acham investidos no desempenho da função que lhes é própria e específica. Ao atribuir aos órgãos jurisdicionais poder para exercer a sua função específica, o ordenamento jurídico atribui também poderes para realizar todas as atividades e tomar todas as providências que assegurem, concretamente, o desempenho correto e ordenado dessa mesma função, concedendo-lhes poder geral de cautela.

6.1.2 Possibilidades de ocorrência da tutela de evidência

As regras de evidência, no Direito Norte-Americano são baseadas nas chamadas *Federal Rules of Evidence*, promulgadas em 1975.

Segundo as regras, o julgamento será antecipado nos casos em que a parte requerente por alguma das formas permitidas provar o alegado. São elas:

a) *Presumptions evidence*: A antecipação de tutela pode ser concedida nos casos em que a parte tenha presunção de que o seu direito corre risco de perda ou perecimento, seguido um procedimento especial. O julgador, diante de fortes presunções estaria apto a conceder a tutela antecipada.

b) *Hersey evidence*: A evidência por boato assemelha-se à evidência por presunções. Trata-se do fato notório, aquele tão comentado que a sociedade tem convicção de sua veracidade. Nesses casos, o magistrado deve orientar-se pela evidência mais contundente na sua decisão de conceder ou não a antecipação de tutela.

c) *Hazardous evidence*: A antecipação de tutela, nesse caso, poderá ser concedida diante do grande perigo de deterioração da prova na qual se baseia a parte para demonstrar o seu direito.

d) *Confessions evidence*: Trata-se do fato confesso, que se mostra como evidente e ensejador da concessão da tutela antecipada.

e) *Similar fact evidence*: Nesses casos, a parte que demonstrar semelhança do seu caso com outro que obteve o julgamento antecipado terá sua pretensão julgada também de forma antecipada diante da demonstração de caso similar.

f) Real evidence: A evidência real é aquela cuja prova capaz de demonstrar o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* é trazida materialmente ao tribunal.

6.1.3 *Equity e cumprimento das decisões*

Com a transformação do *common law* num sistema fechado de *writs*, quem tivesse uma pretensão que não se enquadrava em nenhum dos *writs* regulares deveria apelar à “prerrogativa de perdão” do Rei, ou seja, à sua função jurisdicional extraordinária e residual. Tais apelos eram encaminhados ao Rei, através da Chancelaria, para serem decididos, se fosse o caso, pelo Conselho Real. Posteriormente, tais pretensões vieram a ser formuladas diretamente ao Lorde Chanceler, que exercendo uma função jurisdicional extraordinária, fundada, originalmente, na prerrogativa do perdão do Rei, atuava livre das formalidades das cortes de *common law*.

Assim, as ações iniciavam-se por simples petição, normalmente em inglês, sem necessidade de um *original writ*; não havia júri, o que permitia grande liberdade do Chanceler na investigação dos fatos. Um dos aspectos mais importantes desenvolvidos pelos tribunais de *equity*, foi a possibilidade de, naquele sistema jurisdicional extraordinário, se obter a tutela específica das obrigações (*specific performance*), inclusive de forma preventiva.

A maioria dos Chanceleres era eclesiástica e considerava um pecado a violação da palavra dada. O dever de confiança entre as partes, desde a *fides* primitiva Romana que representava a ligação moral do patão e seu cliente, consubstanciada na palavra, deu origem ao conceito de boa fé objetiva. O princípio da confiança tem como fim proteger as expectativas legítimas que as partes, nas relações jurídicas, depositam umas nas outras. Expectativas essas que advêm da previsibilidade pelo ordenamento do direito e das obrigações a serem cumpridas.⁸⁶

Dessa forma, os Chanceleres levaram consigo, para dentro do tribunal da chancelaria, a ideia que a confiança deve ser mantida; e impuseram o cumprimento específico de acordos e obrigações, sempre que acreditavam que em nome da boa fé e das negociações honestas, eles deveriam ser cumpridos exatamente como

⁸⁶ BARACAT, Eduardo Milléo. *A Boa-fé no Direito Individual do Trabalho*. São Paulo. LTR: 2003.

pactuados. Essa intervenção contribuiu para dar à boa fé um sentido de valor e efetividade.

Logo, a corte, ao atuar em *equity*, detém ampla liberdade para adaptar a proteção às exigências do caso concreto, podendo definir o conteúdo da medida, seu prazo de duração, modo de execução, forma de comprovação do cumprimento, sua concessão em caráter de urgência, etc; tudo isso objetivando obter a tutela específica das obrigações em detrimento do mero correspondente pecuniário (indenização por perdas e danos - *damages*).

Outro aspecto que contribuiu para o desenvolvimento robusto da tutela específica das obrigações nos tribunais de *equity* foi a natureza *in persona* das suas decisões, que vinculavam diretamente a pessoa do réu.

Ao contrário das decisões das cortes de *common law*, que se limitavam apenas a conceder a indenização por perdas e danos, as cortes de *equity* vinculavam ordem direta ao réu, cuja inobservância representaria afronta à autoridade real, sancionada com prisão (*contempt of court*), que perdurava até que o réu decidisse cumprir o determinado em sentença. Dispunha a Chancelaria, portanto, de um instrumento poderoso que lhe garantia conceder a tutela específica.

Coube, quase que exclusivamente, às cortes de chancelaria, a prestação da tutela específica e o uso do *contempt of court*, principalmente em virtude do poder que a elas foi reconhecido pelo caráter extraordinário de sua atuação na efetivação de suas decisões.

6.2 Direito Francês

6.2.1 Evolução Histórica

A Constituição francesa de 1958 não consagra um capítulo à organização judiciária. O texto traz algumas disposições espaciais referindo-se à autoridade judiciária, tendo sido reconhecido pela doutrina um poder público constitucional pertencente aos juízes.

O norte da organização judiciária francesa é concedido pelo princípio do duplo grau de jurisdição, da proximidade e da especialização. Por esse último, a

composição é determinada em função da natureza do litígio e da urgência que se define a partir da fixação das regras de competência material, pessoal e territorial.

Dentre os princípios aplicáveis ao processo francês, inclui-se o do prazo razoável estabelecido nos artigos 6º parágrafo primeiro e 5º parágrafo terceiro da CEDH (*Cour Europeenne des Droits de L'homme*), 14º parágrafo primeiro Pacto (ONU), sendo ainda princípio diretor da Lei de 15 de junho de 2000.⁸⁷

No que se refere à execução das medidas na França, as ideias libertárias de rompimento com o sistema feudal, que culminaram na Revolução Francesa, tiveram como uma de suas consequências o banimento quase que integral das medidas de coação sobre a pessoa do devedor.

A doutrina francesa evoluiu passando a admitir o direito do credor ao cumprimento específico das obrigações. Contudo, não bastava determinar o cumprimento específico se o juiz não fosse armado de instrumentos hábeis a garantir o cumprimento das suas decisões.

A jurisprudência francesa criou as *astreintes* como mecanismo coercitivo de caráter patrimonial, a fim de induzir ao cumprimento das obrigações específicas determinadas.

O instituto tem origem puramente pretoriana e, por essa razão, foi duramente criticado pela doutrina, por considerá-lo *contra legem*, somente vindo a ser regulamentadas como providência geral em 1972.

Em relação à tutela diferenciada, concebida como a que contrapõe a obtida pelo procedimento ordinário, a forma mais difundida de tutela satisfativa antecipada encontra-se através de um processo de estrutura monitória denominado *injunction de payer*⁸⁸.

O sistema jurídico francês permite que se chegue à estabilização da antecipação da tutela quando não houver oposição das partes, de forma a dispensar o processo de conhecimento e a sentença de mérito, dando importante passo na efetivação da tutela jurisdicional.

⁸⁷ Para mais informações sobre o processo na França, ver: BRITO, Tarcísio Corrêa. In: TOLEDO Manoel Carlos, EÇA, Vitor Salino de Moura (coord.). *Direito Processual do Trabalho Comparado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

⁸⁸ GRINOVER, Ada Pelegrini. *Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização*. Revista de Processo, ano 30, vol. 121, março/ pag.11-37 São Paulo: RT, 2005. p. 14.

6.2.2 Tutelas de urgência e Ordonnances de Référé

A primeira referência legislativa dos conselhos *prud'homme* data de 1806 e era aplicável apenas a cidade de Lyon. Seus pilares básicos eram fincados no princípio fundamental da conciliação, estabelecimento de uma secretaria de conciliação e de uma secretaria de julgamento.

Em 1809 foram lançadas as bases do direito do trabalho e da criação de novos conselhos. As regras procedimentais observadas pelos conselhos *prud'homme* reportam-se ao Código de organização judiciária, ao Código de Processo Civil e do Código de Trabalho.

Os 'princípios fundamentais da justiça'⁸⁹ dizem respeito ao conjunto de princípios de valor constitucional, aliados aos princípios gerais de direito, aos que decorrem dos tratados internacionais, aos legislativos em seu conjunto aplicáveis a todo procedimentos perante as instituições judiciárias na França.

Destacam-se o direito ao acesso ao juiz independente e imparcial, a publicidade dos debates e das decisões, o contraditório, a motivação das decisões e o prazo razoável.

O tempo razoável do processo é, portanto, reconhecido como princípio fundamental da justiça pelo direito francês. A própria exposição de motivos do código de processo afirma que existem circunstâncias nas quais o prazo de um só dia, ou de horas, pode representar a origem das maiores injustiças e causar perdas irreparáveis⁹⁰.

Cada conselho *prud'homme* pode constituir uma *formation de référé* (formação de tutela de urgência), composta por um conselheiro empregado e um conselheiro empregador competentes para decidir sobre casos urgentes, mesmo no caso de contestação da parte contrária.

⁸⁹ TRUCHE, Pierre *apud* BRITO, Correa Tancísio. *França*. In: TOLEDO FILHO, Manuel Carlos e EÇA, Vitor Salino (coord.). *Direito Processual do Trabalho Comparado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.p 218.

⁹⁰ FUX, Luiz. Op. cit p. 173.

São tratados os casos que não podem aguardar o julgamento definitivo como, por exemplo, casos de reintegração de empregado dispensado irregularmente por participação em movimento paredista, pagamento de provisões por dispensa imotivada não contestada, ou dispensa abusiva ou dispensa por motivo econômico quando contestado o caráter do motivo.

Havendo necessidade de obtenção da tutela de urgência, o judiciário pode ser acionado diretamente pelo Secretariado do conselho. A execução da medida é imediata, podendo haver a fixação de medida pecuniária coercitiva (astreintes) até o cumprimento definitivo.

O instituto da référé⁹¹ refere-se a um procedimento provisório feito a pedido de uma das partes em casos em que a lei concede ao juiz a possibilidade de

⁹¹ Le "référé" ou "procédure de référé" est une procédure orale et simplifiée attribuée en principe, à la compétence du Président de la juridiction saisie qui statue "à juge unique". Il peut ordonner des mesures provisoires, principalement la consignation de sommes contestées, une expertise ou le paiement d'une provision. Il peut prononcer des astreintes.

Il est fait une différence entre le référé et la décision prise "en la forme des référés". Ainsi le président du tribunal de grande instance lorsqu'il est saisi en application des articles 815-6, 815-7, 815-9 ou 815-11 du code civil, statue "en la forme de référé", de sorte que dans ce cas, les articles 808 et 809 du code de procédure civile ne sont pas applicables (1ère chambre civile, 20 mai 2009, pourvoi n°07-21679 et 08-10413, BICC n°711 du 15 novembre 2009 et légifrance). Voir le commentaire de M. Jacques Junillon référencé à la Bibliographie ci-après et 1re Civ., 3 février 2004, pourvoi n° 01-02. 758, Bull. 2004, I, n° 32.

Sauf dans les cas déterminés par la loi, le juge des référés commerciaux a le pouvoir d'ordonner l'exécution d'une obligation non sérieusement contestable, même lorsque le juge du fond est saisi. Il lui appartient cependant de rechercher si la contestation soulevée par le défendeur est sérieuse, sans pouvoir déduire ce caractère de la seule existence d'une instance pendante au fond (2e Chambre civile, 21 janvier 2010, pourvoi n°09-12831, BICC n°724 du 15 juin 2010 et Legifrance). Le juge des référés est compétent chaque fois qu'il est saisi pour que soit prise une mesure d'urgence ou que la mesure sollicitée est destinée à ce qu'il soit mis fin à un trouble manifestement illicite ou qui ne se heurte pas à une contestation sérieuse. La Cour d'appel de Paris (14ème ch, sect. B) a jugé le 23 novembre 2001 (BICC n°553 du 1er avril 2002) a ainsi jugé que la mise en place de piquets de grève revêtait un caractère abusif lorsqu'elle interdisait l'accès à l'entreprise et en paralysait l'activité, méconnaissant ainsi les principes de la liberté du travail et de la libre circulation des personnes et des biens. Elle constituait un trouble manifestement illicite au sens de l'article 809 du nouveau Code de procédure civile, pour lequel l'employeur pouvait demander au Juge des référés qu'il y soit mis fin par l'expulsion des grévistes, la présence de piquets de grève empêchant l'entrée ou la sortie de l'entreprise aux véhicules assurant l'approvisionnement et les livraisons de l'entreprise. De même constitue un trouble manifestement illicite le fait, pour un employeur, de donner à un comité d'entreprise européen une information incomplète sur un projet de fusion. (Soc. 16 janvier 2008, BICC n°680 du 15 avril 2008). Le Code de l'organisation judiciaire attribue au Juge d'instance la compétence pour connaître de l'occupation sans droit ni titre d'un immeuble ou d'une partie d'immeuble appartenant à autrui. Consulter aussi la note de Madame Coutant-Lapalus référencée dans la Bibliographie ci-après et 3e Civ., 22 mars 1983, pourvoi n° 81-14. 547, Bull. 1983, III, n° 83.

Le juge des référés a notamment compétence, pour allouer une provision ad litem sur le fondement de l'article 809, alinéa 2, du code de procédure civile, décision qui n'est pas subordonnée à la preuve de l'impécuniosité de la partie qui en sollicite l'attribution (2e chambre civile, 8 juin 2009, pourvoi n°08-14864 BICC n°713 du 15 décembre 2009 et Legifrance). Voir aussi la note de M. Sommer, référencée dans la Bibliographie ci-après. Il doit dire si la demande était justifiée à la date à laquelle il a été saisi, il ne peut dire la demande sans objet s'il constate que le trouble existait à la date de sa saisine

promover a execução imediata da medida. De maneira genérica, trata-se de uma forma de se obter uma decisão temporária em situações capazes de evitar um dano iminente.

A outra parte normalmente está presente ou é notificada, sendo o provimento deferido "*inaudita altera parte*" somente em caráter excepcional.

O *référé* constitui importante ponto de referência para o processo principal, embora não tenha efeito vinculante. Contudo pode levar à coisa julgada e, somente aduzindo fatos novos, pode a parte obter a modificação da decisão anterior.

O "procedimento provisório" é um procedimento simplificado dado, em princípio, à competência do presidente do Tribunal de agir "juiz único". Ele pode tomar medidas provisórias, principalmente a apropriação de valores e impor sanções. Salvo nos casos previstos por lei, o juiz tem o poder para ordenar a execução de uma obrigação que não foi seriamente desafiada.

Sempre que a decisão for tomada antes de uma emergência ou se a reparação pretendida destina-se a pôr termo a uma defesa manifestamente ilegal ou que não demande sério desafio, a competência é do juiz de medidas provisórias e urgentes.

Exemplo é a decisão do Tribunal de Apelação de Paris (c. 14, seita. B), realizada 23 de novembro de 2001 (BICC No. 553 1 de abril de 2002) que constatou

(2^o chambre civile, 4 juin 2009, pourvoi n° 08-17174, BICC n°712 du 1er décembre 2009 et Legifrance). Voir aussi 2e Civ., 14 décembre 1988, pourvoi n° 87-17. 340, Bull. 1988, II, n° 253. et la note de M. Sommer référencée à la Bibliographie ci-après.

L'ordonnance rendue en référé n'a pas l'autorité de la chose jugée. Elle ne lie pas le tribunal qui est, ou qui sera ultérieurement saisi du fond. Le Président des juridictions spécialisées telles que le Tribunal de Commerce, le Conseil de Prud'hommes, le Tribunal des affaires de sécurité sociale, ont compétence pour statuer en référé. L'appel des ordonnances rendues par le juge des référés est entendu par la Cour d'Appel du ressort qui statue en formation collégiale.

Bien que le Nouveau Code de Procédure civile donne spécialement compétence au chef de la juridiction saisie pour statuer en référé, il est habituel que ce dernier délègue cette partie de ses fonctions soit, à un Vice-Président, soit à tout autre magistrat de sa juridiction.

Lorsqu'une affaire est pendante devant la Cour d'appel, le premier Président ou le magistrat qu'il désigne à cet effet, peut, dans les mêmes circonstances être saisi en référé. Le premier Président a une compétence particulière qui lui est donnée par l'article 957 du Nouveau code de procédure civile pour suspendre l'exécution d'un jugement inexactement qualifié en dernier ressort ou pour connaître d'une défense à exécution provisoire.

En raison de l'extrême urgence, le Président peut être amené à dispenser le requérant d'observer le délai normal de convocation à l'audience et d'entendre les parties même un jour chômé ou férié, éventuellement à son domicile. Dans le jargon procédural on désigne cette procédure le "référé d'heure à heure" (CPC art. 485 2e al.). Disponible em: <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/refere.php>. Acesso em: 27 jan.2011.

que a introdução de piquetes por grevistas foi manifestamente injusta quando proibiu o acesso à empresa e paralisou os negócios, ignorando assim os princípios de liberdade de trabalho e da livre circulação de pessoas e bens, caso em que foi considerada uma ilegalidade manifesta na acepção da seção 809 do Código de Processo Civil, tendo sido autorizada a expulsão dos grevistas.

O código de processo civil francês regulamenta a référé no seu artigo 484 e seguintes: NOUVEAU CODE DE PROCEDURE CIVILE⁹²

Sous-section II : Les ordonnances de référé

Article 484

L'ordonnance de référé est une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires.

Article 485

La demande est portée par voie d'assignation à une audience tenue à cet effet aux jour et heure habituels des référés.

Si, néanmoins, le cas requiert célérité, le juge des référés peut permettre d'assigner, à heure indiquée, même les jours fériés ou chômés, soit à l'audience, soit à son domicile portes ouvertes.

Article 486

Le juge s'assure qu'il s'est écoulé un temps suffisant entre l'assignation et l'audience pour que la partie assignée ait pu préparer sa défense.

Article 487

Le juge des référés a la faculté de renvoyer l'affaire en état de référé devant la formation collégiale de la juridiction à une audience dont il fixe la date.

Article 488

L'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée. Elle ne peut être modifiée ou rapportée en référé qu'en cas de circonstances nouvelles.

Article 489

(Décret n° 81-500 du 12 mai 1981 art. 18 Journal Officiel du 14 mai 1981 rectificatif JORF 21 mai 1981)

L'ordonnance de référé est exécutoire à titre provisoire. Le juge peut toutefois subordonner l'exécution provisoire à la constitution d'une garantie dans les conditions prévues aux articles 517 à 522. En cas de nécessité, le juge peut ordonner que l'exécution aura lieu au seul vu de la minute.

Article 490 (Décret n° 86-585 du 14 mars 1986 art. 2 Journal Officiel du 19 mars 1986) L'ordonnance de référé peut être frappée d'appel à moins qu'elle n'émane du premier président de la cour d'appel ou qu'elle n'ait été rendue en dernier ressort en raison du montant ou de l'objet de la demande. L'ordonnance rendue en dernier ressort par défaut est susceptible d'opposition.

Le délai d'appel ou d'opposition est de quinze jours.

Article 490-1

(inséré par Décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 art. 12 Journal Officiel du 30 décembre 1998 en vigueur le 1er mars 1999)

Lorsque l'appel est relatif à une ordonnance de référé rendue sur le fondement de l'article 808 ou du premier alinéa de l'article 809, le président de la chambre à laquelle elle est distribuée fixe à bref délai l'audience à laquelle elle sera appelée. Au jour indiqué, il est procédé selon les modalités prévues aux articles 760 à 762. L'appel de l'ordonnance de référé, quel que

⁹² Disponível em: http://www.lexinter.net/NCPC/ordonnances_de_refere.htm. Acesso em 27 jan. 2011.

soit le fondement sur lequel elle a été rendue, peut être instruit et jugé dans les conditions et selon la procédure prévues à l'article 917.

Article 491

Le juge statuant en référé peut prononcer des condamnations à des astreintes. Il peut les liquider, à titre provisoire. Il statue sur les dépens.

Article 492

Les minutes des ordonnances de référé sont conservées au secrétariat de la juridiction.

No estudo comparativo realizado pela eminente jurista Ada Pelegrini GRINOVER⁹³, foi constatado que na França as partes costumam se conformar com o provimento provisório, que resolve mais de 90% dos casos sem a necessidade do processo ordinário.

A *référé* transfere ao réu o ônus de ingressar com a ação principal. Não se manifestando a respeito, a medida proferida provisoriamente se torna definitiva e passa a ter força de coisa julgada.

6.2.3 As astreintes

Por definição, a *astreinte* é uma medida coercitiva, cujo único objetivo é coagir e induzir o devedor para que ele cumpra o que lhe foi determinado por uma decisão condenatória, podendo seu valor, inclusive, exceder o da indenização. Trata-se de medida acessória a uma condenação principal e seu termo inicial corresponde à data do descumprimento dessa condenação.

As *astreintes* têm, ainda, um caráter arbitrário, na medida em que o magistrado no exercício do *imperium* tem o poder de, *ex officio*, fazer com que suas decisões sejam delas acompanhadas, impondo-lhes cumprimento; independente de prévia previsão legal. A omissão legal tem por objetivo transferir ao juiz a tarefa de avaliar o cabimento ou não do uso da medida coercitiva, tendo em vista o caso concreto. Podem ainda ser provisórias ou definitivas, conforme a verba decorrente de sua incidência possa, ou não, no momento da liquidação, ser alterada pelo juiz.

Embora inicialmente concebida como um mecanismo destinado a pressionar o cumprimento de deveres de fazer e de não fazer insuscetíveis de execução sub-

⁹³ GRINOVER, Ada Pelegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. *Revista de Processo*, ano 30, vol. 121, março/ pag.11-37 São Paulo: RT, 2005.

rogatória, a *astreinte*⁹⁴ deixou de ter caráter meramente “subsidiário”. Sua aplicação, atualmente, estende-se a qualquer provimento judicial que imponha a observância de um dever cujo objeto consista na prestação de uma conduta ativa ou omissiva ainda que fungível.

A medida é usada tanto na tutela de deveres obrigacionais com conteúdo patrimonial, como nas desprovidas de valor monetário, uma vez que execução por sub-rogação é tida normalmente como mais sacrificante para as partes. A *astreinte* destina-se a assegurar o cumprimento de decisões judiciais e não propriamente de obrigações.

O Código de Processo Civil francês disciplinou o cabimento de *astreintes* internas ao processo, para fins instrutórios e também a possibilidade de a *astreinte* acompanhar as *ordonnances de référé* (tutelas de urgência).

Inobstante o alastramento do uso da medida, não se aplicam as *astreintes* no cumprimento de decisões que envolvam determinados direitos extrapatrimoniais personalíssimos como relativos ao direito moral do autor, à submissão a exames sanguíneos e ao respeito do dever conjugal de vida comum.

Roger PERROT⁹⁵, autor italiano, trata de espécie de execução no direito francês intermediária entre a execução voluntária e a execução forçada: a execução por resignação. Trata-se da utilização de meios indiretos de coerção que visam dissuadir o devedor consistindo em forçar a sua vontade, nas palavras do autor, em busca da conquista de sua adesão ao pagamento.

O meio coercitivo de utilização mais comum no Direito Francês é a *astreinte*, contudo existem ainda a *dissuasione per disturbo* e a *dissuasione per clausola penale*. A persuasão por incômodo⁹⁶ consiste em linhas gerais na possibilidade do credor escolher as medidas que menos lhe causem distúrbio e que mais lhe sejam

⁹⁴ Para mais informações sobre as medidas coercitivas no Direito Francês, consultar: PERROT, Roger. La Coercione per Dissuasione nel Diritto Francese. *Revista de Direito Processual*. Padova, v. LI (seconda serie), 1996, p. 658-674.

⁹⁵ PERROT, Roger. La Coercione per Dissuasione nel Diritto Francese. *Revista de Direito Processual*. Padova, v. LI (seconda serie), 1996, p. 658-674.

⁹⁶ PERROT, Roger “Nella legge francese, molte disposizioni rispondono a questa idea. In particolare, si rinvia all’articolo 22 della legge del 1991, che pone il principio che ‘il creditore há la libera scelta delle misure dirette ad asscurari l’esecuzione o la conservazione del próprio credito’. In altri termini, il creditore può pignorare un bene móbile o immobile, un bene materiale, un credito o una partecipazione in una società, a propria scelta. E non c’è bisogno de precisare che sara propenso, naturalmente, a scegliere la misura piú conveniente per lui e, forse, anche la piú disturbante per il suo debitore, com la speranza che questo dsiturbo lo inciterá a non ritardare l’adempimento de ciò che deve.” Op. cit p 661.

convenientes para assegurar a execução, para que não atrase o cumprimento do que realmente deve; ou seja, a execução deve correr da forma menos agravante para o devedor.

Já a cláusula penal é definida como uma disposição contratual pela qual as partes estipulam um montante fixo que será pago pelo devedor se ele não cumprir sua obrigação.

6.2.4 Medidas sub-rogatórias

Também como instrumento de efetivação do cumprimento da obrigação específica, o Código Civil francês reservou a possibilidade de prestação de fato por terceiro, à custa do devedor, em relação às obrigações de fazer e não fazer de caráter fungível.

Não obstante, a *astreinte* é também aplicável aos deveres infungíveis, o exequente tem a oportunidade de escolha de uma das vias, devendo o juiz impedir providências inúteis ou abusivas. O modelo de coação patrimonial por meio das *astreintes* traz significativas qualidades como a generalidade e flexibilidade reveladas na aptidão de se moldar às mais distintas situações concretas.

Entretanto, a situação patrimonial do destinatário do comando revela-se como limite prático insuperável. Na insolvência, a falta de recursos para arcar com a *astreinte* torna a medida inútil e, da mesma forma, quando o devedor for muito abastado, o valor muito ínfimo da *astreinte* não atua como medida coercitiva eficaz. Fica-se, ademais, à mercê do bom funcionamento da execução monetária, através do qual se cobrará o crédito da *astreinte*.

O sistema francês, embora tenha sido adotado em diversos outros ordenamentos, resente-se de meios processuais de coerção pessoal.⁹⁷

6.2.5 Execução provisória no processo do trabalho francês

⁹⁷ TALAMINI, Eduardo. Op. cit p 56.

O procedimento perante os conselhos *prud'homme* observa tanto as regras estabelecidas no Código de Trabalho quanto na parte geral do Código de Processo Civil.

O modelo de execução relativa aos créditos trabalhistas, na França, é bastante eficiente em termos de efetividade e celeridade. O escrivão do conselho de *prud'homme* envia aos litigantes cópia da decisão. No caso de recurso para a Corte de apelação, deve-se aguardar a decisão da Corte antes de iniciar a via executiva. Já no caso de recurso para a Corte de Cassação, somente, é possível a execução imediata.

Quando é de iniciativa do próprio réu, ficam afastadas as custas da execução, que ficam a cargo da parte autora. Caso o devedor resista em cumprir a decisão espontaneamente lhe é emitida uma carta por correio, para ele ou por intermédio do advogado, buscando a conciliação. Na ausência de resposta, imediatamente tem início a execução forçada. A execução provisória é possível:⁹⁸

- a) nos julgamentos que determinam o pagamento de somas devidas a título dos créditos enumerados no artigo R 516-18 do Código do Trabalho, calculada no limite de 9 meses de salário;
- b) das decisões da secretaria de conciliação;
- c) das ordens de tutela de urgência;
- d) das decisões dos conselhos relatores;
- e) das decisões que estabelecem medidas provisórias ou conservativas.

Quando a execução provisória é de direito, nenhum recurso pode ser apresentado.

6.3 Direito Italiano

⁹⁸ BRITO, Correa Tancísio. França. In: TOLEDO FILHO, Manuel Carlos e EÇA, Vitor Salino. Direito Processual do Trabalho Comparado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p 244.

Na Itália, assim como no Brasil, a tutela de urgência restringia-se aos procedimentos cautelares. No ordenamento jurídico italiano, Piero CALAMANDREI⁹⁹ já falava de uma inquietação na consciência jurídica universal em torno da necessidade de evitar o perigo da demora do processo comum, que poderia transformá-lo em providência inútil para o cumprimento de sua função natural de instrumento de atuação e defesa do direito subjetivo material da parte vencedora.

O ordenamento jurídico italiano partiu de um extenso rol de medidas antecipatórias específicas para o entendimento de hoje, que aceita a existência da tutela antecipada genérica, aplicável mesmo fora do rol dos casos expressamente previstos.

Há uma grande diversidade de graus de cognição do juiz, de acordo com o provimento satisfativo requerido. Em alguns casos basta o *fumus boni iuris*, em outros é necessária a cognição profunda, como numa sentença final de mérito, porém, levando em conta somente as razões do demandante. Nos demais casos a cognição do juiz deve ser a mais profunda possível de acordo com as provas produzidas até o momento.

Percebe-se que perspectiva não é nova, o que é novo, em nossa época, é a consciência nos ordenamentos modernos de que a tutela jurisdicional dos direitos e interesses legítimos não é efetiva se não é obtível rapidamente.

6.3.1 *Provvedimenti d'urgenza*

O direito italiano subdivide os *provvedimenti d'urgenza* dos *provvedimenti cautelari* em duas partes, embora anteveja medidas cautelares em outros dispositivos esparsos e especiais.

O artigo 700¹⁰⁰ do Código de Processo Civil Italiano permite a aplicação dos chamados *provvedimenti d'urgenza*¹⁰¹ nos casos em que, devido às circunstâncias,

⁹⁹ Fux, Luiz. Op. cit p. 174.

¹⁰⁰ Fux, Luiz. Op. cit p. 175. "Artigo 700: Fuori dei case regolari nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinária, questo sia minacciato da um pregiudizio imminente e irreparabile, puó chiedere com ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza che appaiano, secondo le circostanze, piú idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul mérito." Além do processo normal nas seções

são necessárias medidas de urgência para assegurar os efeitos temporários da decisão sobre o mérito. Segundo Luiz FUX,¹⁰² o dispositivo tem inspiração carneluttiana porque é calcado no artigo 324 do seu projeto, que consagra o poder geral de cautela do juiz.

Para MARINONI,¹⁰³ parte da doutrina Italiana sustenta a possibilidade da repartição do tempo do processo mediante a transferência da cognição da defesa infundada, que representaria abuso do direito de defesa. Nesse sentido cita PROTO PISANI:

a técnica que pode satisfazer a exigência de evitar o abuso do direito de defesa é a da condenação com reserva das exceções. Com base nesta, o juiz, reconhecidos apenas os fatos constitutivos do direito, emite um provimento jurisdicional sobre o mérito, deixando a uma fase processual sucessiva a cognição das exceções do demandado.

Ao analisar a questão do ônus da distribuição do processo e do artigo 2.697 do Código Civil Italiano SCARSELLI¹⁰⁴ afirma que

Esse artigo é visto como uma norma ditada pelo bom senso para uma justiça distributiva do ônus da prova, também deve ser lido extensivamente como a disposição que reparte entre o autor e o réu os ônus da atividade instrutória processual, que não dizem respeito somente ao aspecto estático da prova, mas também àquele dinâmico do tempo necessário à sua produção; assim, como é injusto que ao autor venha imposto o ônus da prova de todos os fatos incontroversos para obter o acolhimento da demanda, também é incorreto que a esse venha sempre atribuído o tempo da duração do processo, sem a possibilidade de uma repartição imediata e adequada.

Assim, segundo a doutrina italiana, uma vez incontroverso o fato constitutivo, não há razão para que o autor suporte todo o tempo necessário para que o réu prove o que alega quando pretende utilizar da prova apenas para protelar a realização do direito.

E ainda, a apresentação de defesa de mérito indireta é considerada como não contestação dos fatos constitutivos. Na hipótese de apresentação de defesa de mérito indireta, surge a semente da antecipação de tutela, já que o fato constitutivo

anteriores deste capítulo, quem tem motivos suficientes para temer que, durante o tempo destinado para fazer valer seu direito na forma ordinária, haja ameaça de um prejuízo iminente e irreparável, pode recorrer às medidas de emergência, mais capazes de assegurar os efeitos temporários da decisão sobre o mérito (tradução nossa)

¹⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Op.cit. p. 48.

¹⁰² FUX, Luiz. Op. cit p. 171.

¹⁰³ PROTO PISANI, Andrea apud MARINONI, Luiz Guilherme. Op.cit. p. 281.

¹⁰⁴ SCARSELLI, Giuliano *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p 279.

mostra-se incontroverso. Mas essa técnica requer que a defesa de mérito indireta exija prova e, por consequência, tempo para sua produção.

Sobre a questão da defesa indireta na concessão da tutela antecipada no direito italiano afirma Luiz Guilherme MARINONI ¹⁰⁵

Para a tutela antecipatória, entretanto, não basta que os fatos constitutivos não tenham sido contestados e uma defesa de mérito indireta que peça a produção de prova. Exige-se ainda, que a defesa seja reconhecida como infundada. Vale dizer: a probabilidade do insucesso da defesa indireta é elemento que não pode ser desconsiderado para a tutela antecipatória.

A técnica não tem como objetivo simplesmente repartir o tempo do processo, mas sim distribuí-lo, à medida que o réu pode abusar do seu direito de defesa, causando um dano processual ao autor.

¹⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Op.cit. p. 280.

7 TUTELAS DIFERENCIADAS NO DIREITO BRASILEIRO

7.1 Tutela específica

Segundo José Roberto dos Santos BEDAQUE:¹⁰⁶ “A utilidade do ordenamento jurídico material está intimamente relacionada com a eficácia do processo, que constitui o meio para garantir a atuação do direito, nas hipóteses de ausência de cooperação espontânea dos destinatários.”

Os atos processuais estão sujeitos à estrita observância da forma e as formas processuais devem responder a uma necessidade de ordem, de certeza, de eficiência.

Em consonância com a instrumentalidade e efetividade processual, o direito positivo brasileiro passou a admitir a tutela antecipatória e específica das obrigações de fazer e não fazer inicialmente de forma localizada no artigo 11 da lei 7.347/85 (ação civil pública), no artigo 213 da lei 8069/90 (ECA), e no artigo 84 da lei 8078/90 (CDC). A Lei nº 8952 de 13/12/94 trouxe significativas mudanças no panorama então vigente, dando nova redação ao art. 461 do CPC regulamentando a tutela específica de forma genérica. Esta lei trouxe inovações expressivas inspiradas na ideia de maior coincidência possível entre a prestação devida e a tutela jurisdicional prestada. Em muitas situações, a conversão da obrigação em perdas e danos não supre o valor que teria o cumprimento da obrigação específica.

O que havia antes da reforma do art. 461 era a dificuldade de obter a execução *in natura* que somente poderia se dar, em juízo, após o trânsito em julgado da sentença condenatória e dentro de um procedimento executivo. Passou-se a reconhecer o direito do credor de obter a execução específica da obrigação ainda no processo de conhecimento seja através da sub-rogação do sujeito ou através da chamada execução indireta pela utilização de meios coercitivos.

Visou-se assegurar ao credor um julgamento que lhe propiciasse a prestação *in natura* e ainda no âmbito do processo de conhecimento, obter medidas de tutela diferenciada, que, diante da peculiaridade do caso concreto pudessem reforçar a

¹⁰⁶ Disponível em <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo1034.htm> Acesso em 30 jan. 2011

exequibilidade da prestação específica e, se necessário, abreviar o acesso à satisfação de seu direito material.

Após esta linha evolutiva, veio a lei 10.444 de 07 de maio de 2002 e alterou o §5º além de incluir o §6º ao artigo 461.

§5º Para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. (grifou-se)

§6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

Estabelece o caput do artigo 461 do CPC que:

Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem, o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Para CARREIRA ALVIM,¹⁰⁷ melhor teria sido se o artigo tivesse disposto “ação que tenha por objeto a obrigação de fazer ou não fazer”, pois teria deixado claro tratar-se, na espécie, de pretensão dependente de accertamento em processo de cognição, sem qualquer possibilidade de confusão com a pretensão de execução, objeto dos arts. 632 e 644. A hipótese referida no artigo, portanto, não se identifica com as versadas nos artigos 632 e 642 também do CPC, porquanto esses pressupõem a existência de um título formal, judicial ou extrajudicial.

Os institutos devem ser aplicados de forma harmônica, assim, se for possível ao juiz aplicar o regime das providências concretas da tutela específica ou subrogatória não haverá necessidade de processo de execução, salvo na hipótese dessas medidas se tornarem frustradas, mostrando-se inaptas. Após a reforma processual de 1994, os artigos 632 a 645 do CPC adquiriram aplicação restrita (somente para títulos executivos) ou subsidiária, residual em relação ao art. 461.

A execução do cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer somente será instaurada quando a tutela específica da obrigação ou o resultado prático equivalente ao adimplemento não tiverem sido obtidos nos termos do art. 461. Deve-se entender que as medidas necessárias à efetivação da tutela indicadas no §5º do

¹⁰⁷ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela Específica das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003, p.45.

art. 461 devem ser aplicadas subsidiariamente à execução prevista nos artigos, 632 e 642 quando compatíveis.

Dispõe o caput do art. 461 que o requerente poderá pleitear a tutela específica da obrigação ou, na impossibilidade desta, providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento caso haja fungibilidade na medida. Há, portanto, uma ordem de prioridade na prestação da tutela segundo a qual o juiz deve determinar o cumprimento específico da obrigação (tutela específica); em segundo plano, deverá determinar medidas que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento (tutela assecuratória) e, só em último caso, far-se-á a conversão em perdas e danos.

Importante, ainda, diferenciar a obrigação fungível (admite o seu cumprimento por pessoa diversa do obrigado) e, infungível (somente admite a sua execução pelo obrigado).

Essa admissibilidade ou não pode advir de disposição contratual, do ordenamento jurídico ou da própria natureza da prestação. Assim, as obrigações fungíveis admitem sua realização pelo devedor ou por terceiro, às suas expensas, já as infungíveis, contraídas *intuito personae* não admitem a realização por pessoa diversa do obrigado e, por isso, derivam em perdas e danos quando descumpridas, não sendo, pois, admitido o resultado prático equivalente.

Nas obrigações de fazer e não fazer o magistrado poderá determinar, por disposição legal, medidas coercitivas para persuadir o devedor a adimplir a obrigação. Trata-se da execução imprópria ou indireta, ou seja, utilização dos meios de pressão psicológica, atos coercitivos como a imposição de multa, por exemplo.

A execução adimplida pelo próprio devedor deve ser preferida. Contudo, nos casos em que não for possível, há a possibilidade da execução por terceiro, que atinja a consumação de resultado equivalente àquele que o obrigado recusou-se a produzir, por sub-rogação.

As medidas sub-rogatórias descritas no parágrafo 5º não são taxativas, podendo o juiz adotar o mecanismo mais consentâneo com a obtenção do resultado prático equivalente que teria se verificado em caso de adimplemento espontâneo do "devedor".

Tais mecanismos devem ser aptos a estabelecer (nos casos de descumprimento de um dever de fazer) ou restabelecer (nos casos de

descumprimento de um dever de não-fazer) a situação fática que vigeria se o ordenamento jurídico fosse observado espontaneamente pelo devedor.

A tutela específica das obrigações de fazer pode ser determinada após o processo de cognição plena e exauriente, como também de forma antecipada, nos casos em que o decurso do tempo pode implicar imprestabilidade da medida.

7.2 Artigo 475 J do Código de Processo Civil

A lei 11.232 de 22/12/2005 implementou importantes transformações no processo civil, algumas compatíveis e aplicáveis ao processo do trabalho, dentre elas o artigo 475 J, que assim dispõe:

Caso o devedor condenado a pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor, e observando o disposto no artigo 614 inciso II desta lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

O artigo transcrito tratou de estabelecer a possibilidade de determinação de medida coercitiva relativa à condenação de obrigação de pagar, hipótese que ainda não encontrava respaldo legal na legislação pátria.

A doutrina e a jurisprudência ainda divergem sobre a possibilidade de aplicação da multa no processo do trabalho. A aplicação subsidiária do CPC ao processo do trabalho depende de dois requisitos, nos termos do artigo 769 da CLT: omissão da legislação celetista e compatibilidade do instituto aos princípios do processo do trabalho.

Em relação ao requisito da compatibilidade a doutrina é uníssona em considerar que a medida visa à celeridade e a eficiência do cumprimento da obrigação objeto da condenação, sendo, portanto, plenamente compatível ao princípio da celeridade do processo do trabalho, além de instrumento eficaz na busca da maior efetividade do processo na concreção do direito material. Contudo, a grande polêmica se insurge em relação à omissão.

O fato de haver disposição expressa na CLT (artigo 876 e seguintes) sobre execução torna-se um óbice a muitos aplicadores do direito, que afirmam que, na

ausência de omissão celetista sobre o processo executivo, o artigo 475-J do CPC não poderia ser aplicado de forma subsidiária.

Não obstante, algumas teorias têm surgido em defesa da aplicação do artigo com bastante consistência teórica. Um dos sustentáculos consiste na percepção de várias nuances da omissão. Segundo essa vertente, quando um dispositivo legal não serve mais ao fim a que se destina, a nova legislação que mais se adequaria à finalidade do instituto poderia ser aplicada, pois haveria omissão axiológica, ontológica e histórica. A omissão, portanto, não se configura simplesmente pela ausência pura e simples da regra, mas também pela incompatibilidade das regras pré-existentes ante as novas necessidades sociais e o avanço da legislação.

Igualmente, a instituição do artigo 769 da CLT em 1943 teve como fim precípuo a proteção do diploma trabalhista do sistema mais moroso e menos eficiente do Código de Processo Civil de 1939. A finalidade teratológica do dispositivo é coibir o retrocesso e não emperrar o avanço.

Por outro lado, ainda que se considere a omissão sob a ótica tradicional, observa-se que o artigo 880 da CLT, estabelece disposição acerca da execução forçada, sob pena de penhora, não dispondo sobre a hipótese de determinação de medida coercitiva para o cumprimento espontâneo de condenação de pagar quantia certa.

Dessa forma, haveria sim, omissão no diploma celetista que autorizaria a aplicação subsidiária do artigo 475 J, assim como já é assente a aplicação do artigo 461 como fonte do processo do trabalho, na execução das obrigações de fazer e não fazer.

O artigo 475 J não estabelece uma nova forma de execução, mas sim, determina a possibilidade de imposição de medida coercitiva para o cumprimento de decisão condenatória de obrigação de pagar.

7.3 Tutela Antecipada

O baixo índice de cumprimento espontâneo das obrigações trabalhistas pelos destinatários de seus comandos tem como consequência o ajuizamento excessivo de reclamações trabalhistas. Inúmeras demandas simples, que não necessitariam

chegar ao poder judiciário, são ajuizadas todos os dias causando um estrangulamento da justiça do trabalho.

Assim, a falta de cumprimento das obrigações obriga a parte lesada recorrer ao judiciário, para ter a solução de seu conflito, asseverando o trabalho dos servidores da justiça. O número excessivo de ações traz como consequência a lentidão no andamento e julgamento dos processos, além de contribuir para a queda na qualidade das decisões. A “cultura do inadimplemento das obrigações trabalhistas”¹⁰⁸ acaba por causar o elastecimento da demora natural do processo, contribuindo, de forma substancial, para a sua falta de efetividade.

O tempo, contudo, é um elemento inerente ao procedimento, já que é natural ocorrer um intervalo entre o ajuizamento da ação e a prolação da sentença definitiva, para que sejam garantidos os princípios do contraditório e da ampla defesa. Ocorre que, nem sempre, a natureza do direito é compatível com a espera, sob pena de perecimento.

Sobre o tempo profetiza o poeta e jurista Luiz Otávio Linhares RENAULT¹⁰⁹ :

Falar a respeito do tempo é falar da principal angústia do homem, que sempre temeu o seu fim, a sua morte, Goethe disse: ‘Acabar! Eis uma palavra estúpida! Afinal de contas, a vida se esvai com ou pelo transcurso natural, irrefreável e inexorável do tempo. Sem a vida o tempo é atemporal; sem o tempo a vida é o nada, que agoniza, porque despido de sentido. A vida é, portanto, feita de tempo, daí, talvez, ter o poeta dito que: ‘de tempo somos feitos, e acabamos quando escassa clepsidra seca em nós.

O objetivo da tutela antecipada é “tentar burlar os efeitos maléficos do tempo”, implementando os efeitos práticos da sentença de forma antecipada. Contudo, como o tempo é necessário à maturação da decisão, a antecipação de tutela deve ser concedida quando a espera pela decisão definitiva de mérito possa importar em verdadeira denegação de justiça, desde que estejam presentes os requisitos para sua concessão.

O adiantamento do provimento jurisdicional esperado significa, muitas vezes, a diferença entre a concessão da justiça e a injustiça no caso concreto. A tutela antecipada é, portanto, técnica que permite a distribuição racional do tempo do processo e instrumento para assegurar a sua efetividade.

¹⁰⁸ Expressão utilizada pelo Professor Desembargador Antônio Álvares da Silva do TRT 3ª Região.

¹⁰⁹ RANAULT, Luiz Otávio Linhares. Op. cit p. 38.

O processo, tomado como meio de o Estado de impor a ordem substancial e as leis, com a finalidade de buscar a paz social evitando ou eliminando conflitos entre as pessoas, deve ser disciplinado a fim de que possa ensejar aos cidadãos o resultado mais próximo possível do que se produziria pelo cumprimento espontâneo das normas jurídicas.

Não basta que a prestação jurisdicional seja eficaz, deve, também, ser expedita, sem dilações infundadas, como corolário do processo justo. O processo é instrumento de atuação e defesa do direito da parte vencedora e a sua demora não pode acarretar a inutilidade do provimento jurisdicional.

Muitas vezes, embora o ator possa obter o bem da vida pretendido através da execução, a demora na sua obtenção, por si só, poderá lhe causar danos. A mera permanência do bem na esfera patrimonial do réu, enquanto o autor aguarda o trânsito em julgado da decisão, beneficia o réu que é perdedor da demanda. A duração do processo não deve causar dano ao autor que tem razão¹¹⁰, sob pena de afronta ao próprio sentido ético que deve permear o direito e o processo.

Na esfera trabalhista a demora do processo ainda é mais devastadora. Por se tratar de crédito alimentar, o autor que tem razão, muitas vezes, não tem sequer condições de sobrevivência enquanto espera os trâmites do processo. A demora prejudica quem não pode esperar, culminando em verdadeira afronta ao princípio da igualdade.

7.3.1 Caput do artigo 273

A antecipação da tutela se faz necessária não só nos casos em que a natureza do direito material exige o seu cumprimento imediato sob pena de se tornar inútil a prestação jurisdicional ao final do processo (tutela de segurança), como também nos casos em que é evidente a existência do direito material do autor. Trata-se de urgência determinada pelo caráter incontroverso do direito material postulado (tutela de evidência).

¹¹⁰ CHIOVENDA apud PIMENTA, José Roberto Freire, op.cit. p.209.

A antecipação de tutela poderá ser total ou parcial, sendo a sua extensão determinada pelo princípio da menor restrição possível. Como a antecipação dos efeitos da tutela importa em limitação ao princípio da segurança jurídica, só será legítima no limite necessário a resguardar o direito fundamental a efetividade da jurisdição.

Os pressupostos jurídicos genéricos para a concessão da antecipação de tutela estão consubstanciados no caput do artigo 273 do CPC e consistem na existência de prova inequívoca e da verossimilhança da alegação. As hipóteses previstas do inciso I e II, além dos pressupostos genéricos, exigem, cada qual, pressupostos particulares.

A prova inequívoca deve ser interpretada como aquela prova robusta que seja suficiente para a formação do juízo de probabilidade de verdade. Não se pode entender que prova inequívoca seja a prova segura, que não dá margem a erro, porque essa prova não existe.

Além disso, não se pode confundir com a prova necessária para a prolação da sentença, pois a existência dessa prova importaria no julgamento do processo de imediato. Estevão MALLETT¹¹¹ leciona que a prova inequívoca não equivale, necessariamente, à prova escrita. Para o autor, nos casos em que os fatos se presumem verdadeiros pela ausência de impugnação do réu (artigo 302 do CPC), nos casos de confissão, de fato notório e de revelia, também se teria prova inequívoca que autorizaria a concessão da tutela antecipada. É importante ressaltar que, nos casos em que a revelia não produz o efeito da presunção de veracidade, como, por exemplo, na hipótese de insalubridade, que exige prova pericial, não é autorizada a antecipação.

Não há como delimitar com rigidez o grau de probabilidade necessário para a concessão da tutela antecipada, que vai variar de acordo com a natureza do direito a ser tutelado, o fundamento do pedido, a possibilidade de reversão e a necessidade da medida. Quanto maior for o risco da lesão irreparável menos se exige o requisito da probabilidade.

Já a verossimilhança se traduz na relativa certeza quanto à verdade dos fatos e não se confunde com a convicção da verdade. Nas palavras de MARINONI,¹¹²

¹¹¹ MALLETT, Estevão. *Antecipação da tutela no Processo do Trabalho*. 2 ed. São Paulo: LTR, 1999, p.58.

¹¹² MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p. 172.

“decidir com base na verossimilhança preponderante, significa sacrificar o improvável em benefício do provável. E nem poderia ser diferente (...), pois não há racionalidade em negar tutela a um direito que corre o risco de ser lesado sob o argumento de que não há convicção de verdade.” (grifou-se). A mera existência de controvérsia interpretativa não é causa para o indeferimento da tutela antecipada.

7.3.2 Fundado receio de dano irreparável – inciso I

A existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação é requisito específico do inciso I do artigo 273, que deve estar aliado aos requisitos genéricos previstos no caput do referido artigo (prova inequívoca e verossimilhança), para autorizar a concessão da tutela antecipada, com alicerce nesse inciso.

A simples demora na solução da demanda não é suficiente para ensejar a antecipação de tutela, caso não haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. A ameaça deve ser objetiva, real e atual, não sendo suficiente o mero temor. O perigo de dano deve existir e ser provado e, nesse ponto, a atividade cognitiva do juiz não se limita à mera apreciação sumária da alegação.

Não se exige que o dano irreparável ou de difícil reparação derive de ato da parte contrária para que se autorize a antecipação de tutela, podendo ocorrer o dano pela simples demora da emissão do provimento jurisdicional.

Para que a definição do que seria irreparabilidade do dano não incorra na esfera do subjetivismo alguns elementos importantes devem ser analisados como a natureza do direito ameaçado e as condições do titular do direito. Podem ser considerados irreparáveis danos causados não só aos direitos absolutos como também a maioria dos direitos não patrimoniais, que são insubstituíveis por prestações pecuniárias. Exemplo clássico da doutrina é o caso do paciente que necessita de cirurgia de urgência e não tem a cobertura do plano de saúde. Ora, interessa ao paciente a cirurgia, naquele determinado momento, que garanta sua sobrevivência. De nada adiantaria pagamento de perdas e danos após o óbito do paciente, pois a vida não é substituível ou indenizável por nenhuma quantia em dinheiro.

Em alguns casos, até os direitos patrimoniais podem sofrer lesões irreparáveis. A falta de pagamento de salários, por seu caráter alimentar, quando o trabalhador não possua outra fonte de renda, embora tenha caráter pecuniário, é um exemplo de dano irreparável.

7.3.3 Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório

“Um sistema jurídico que consagra, quase que de forma absoluta, a necessidade da confirmação da sentença para a realização dos direitos, deve considerar atentamente a problemática do abuso do direito de defesa.”¹¹³

O requisito específico previsto no inciso II do artigo 273 do CPC exige, além da prova inequívoca e da verossimilhança da alegação, a ocorrência de abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. Contudo, não é necessário o receio de dano irreparável, uma vez que esse é pressuposto próprio do pedido de tutela antecipada com fulcro no inciso I.

O abuso do direito de defesa e o manifesto propósito protelatório do réu são, na visão de Teori Albino ZAVASCKI¹¹⁴, expressões “fluidas, de conteúdo indeterminado, sujeitas a preenchimento valorativo caso a caso.” Contudo, a identificação das hipóteses concretas de subsunção ao preceito não pode ser arbitrária, devendo ter como parâmetro a obediência à finalidade da norma.

Assim, se o objetivo é o princípio da celeridade, devem ser considerados atos abusivos aqueles que de fato retardem o andamento do processo, tornando necessário o deferimento da medida antecipatória. Tem-se, portanto, por abuso do direito de defesa a prática, no curso do processo, de atos indevidos, desnecessários ou impertinentes. É espécie do gênero abuso de direito que se resume em tornar aparentemente legítimo ato que não deva ser praticado, conforme definição de Ripert¹¹⁵.

¹¹³ MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. Op.cit.p. 275.

¹¹⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit. p.78.

¹¹⁵ RIPERT apud MALLET, Estêvão. Op. cit. p. 69.

Considerando-se que a prática de atos pelo réu, com manifesto propósito protelatório, nada mais é que espécie de abuso de direito de defesa, justifica-se a remissão expressa dessa modalidade pelo legislador, por se constituir a forma mais frequente de abuso de direito de defesa. Outras hipóteses de abuso de direito de defesa, mas que não necessariamente constituem protelação, são a alteração da verdade dos fatos e a dedução de pretensão contra texto expresso de lei.

A doutrina critica a expressão “manifesto propósito protelatório” sob o argumento de que da forma com que foi escrita, pode levar a entender que basta a simples intenção em protelar para justificar a antecipação de tutela. Contudo, segundo o entendimento predominante, o que justifica a antecipação de tutela não é o simples propósito de protelar, mas a efetiva prática de atos ou omissões destinados a retardar o andamento do processo. O propósito protelatório, ainda que provado, caso não se converta em ato, não justifica a antecipação de tutela. Seria, então, agir ou omitir com intenção de procrastinar.

Embora as hipóteses descritas pelo artigo 17 do Código de Processo Civil tragam elementos que possam colaborar para a caracterização do abuso do direito de defesa, servindo de guia para a concessão de tutela antecipada, não se confunde esse abuso com a litigação de má-fé.

O abuso do direito constitui uma categoria jurídica autônoma de antijuridicidade, porque o agente, pode não violar diretamente a norma, mas se utilizar de subterfúgios aparentemente lícitos para se desviar do conteúdo axiológico inerente à norma jurídica.

Segundo MALLETT,¹¹⁶ a sanção para o exercício abusivo de um direito consiste em reparar os prejuízos causados, podendo ainda compreender a determinação para que cesse a conduta censurada. Nos artigos 16 e 601 do CPC tem-se a primeira espécie de sanção, que não se confunde com a hipótese do artigo 273 II, que se traduz na antecipação da tutela cuja prestação se pretendia obstar, desvirtuar ou somente procrastinar, através da prática de atos abusivos. Caso semelhante ao visado pelo artigo 129 do CPC segundo o qual: “convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que autor e réu se serviram para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes.”

¹¹⁶ MALLETT, Estêvão. Op. cit p. 66.

Nas últimas duas hipóteses a sanção não se reveste de indenização, mas de empecilho à concretização de efeitos gerados pelos atos abusivos. “O efeito do ato ilegal, que seria a demora na entrega da prestação jurisdicional, é eliminado, antecipando-se a tutela pedida¹¹⁷”.

7.3.4 Irreversibilidade da medida

Além dos requisitos positivos para a concessão da tutela antecipada, dispõe o §2º do artigo 273 um requisito negativo que é a irreversibilidade do provimento. Para obter o provimento antecipatório o autor deverá não só comprovar os requisitos exigidos, como também demonstrar que a situação fática a ser afetada pela decisão é passível de se retornar ao status anterior caso a decisão venha a ser reformada.

Contudo, o perigo de irreversibilidade não pode se tornar um obstáculo intransponível à concessão da medida, pois, do contrário, representaria verdadeiro desamparo a inúmeras pretensões jurídicas. A irreversibilidade deve ser entendida como a impossibilidade de se refazer eventual prejuízo, que pode, em determinados casos, ser convertido em perdas e danos.

Considerando-se que nas relações trabalhistas a força de trabalho despendida não pode ser restituída, o instituto da tutela antecipada praticamente ficaria em desuso. Assim, a irreversibilidade não deve ser interpretada de modo estanque sob pena de inviabilizar a antecipação de tutela, mormente em casos de obrigação de fazer, como, por exemplo, de reintegrar o empregado.

O Ministro João Orestes DALAZEN¹¹⁸, bem elucida a questão ao afirmar que:

a concessão de tutela antecipada no processo trabalhista, quando se tratar de obrigação patronal de fazer ou não fazer não se condiciona à viabilidade de reversão da situação fática e jurídica ao status quo ante, porque as obrigações de fazer ou não fazer vinculam-se quase sempre à obrigação de prestar trabalho, que por sua natureza é irreversível.

¹¹⁷ MALLET, Estêvão. Op. cit p. 67.

¹¹⁸ DALAZEN, João Orestes apud PIMENTA, José Roberto Freire. Op.cit. p. 134.

A reintegração do empregado culmina no dispêndio de força de trabalho que não se pode restituir. Por outro lado, a prestação de trabalho gera a obrigação de pagar salário, que tem natureza alimentar e, segundo a doutrina, os alimentos são irrepetíveis.

Sendo assim, não se pode dizer que a reintegração de empregado, determinada de forma antecipada, por exemplo, seja irreversível, porque no período em que estiver reintegrado, o empregado estará prestando trabalho e recebendo salário. Mantêm-se o caráter sinalagmático do contrato e, portanto, não há prejuízo para as partes.

Se o dano imposto ao demandado pela concessão da medida é consideravelmente menor do que o dano que o autor sofreria, caso não fosse concedida a medida, não há obstáculo algum ao deferimento da antecipação de tutela. Não se pode deixar de considerar que a concessão da tutela antecipada nas hipóteses dos incisos I e II depende de prova inequívoca e verossimilhança da alegação, assim deve-se privilegiar a probabilidade de existência do direito pretendido.

Com mais razão ainda, justifica-se a antecipação na hipótese do §6º do artigo 273 que trata do direito evidente cujo grau de certeza é superior ao do direito provável.

7.3.5 Momento da concessão e contraditório

A decisão que antecipa os efeitos da tutela é interlocutória e independe da sentença que resolve o mérito da causa. Trata-se de decisão emitida com base num juízo de probabilidade que pode ser dada antes mesmo de ouvido o réu e pode ou não se confirmar por ocasião da prolação da sentença.

Alguns autores defendem a impossibilidade da antecipação de tutela ser concedida na sentença, pois, nesse caso, tratar-se-ia de juízo de certeza, e não mera probabilidade, além do que, a tutela deixaria de ser antecipada. Contudo, vem predominando o entendimento de que a antecipação de tutela poderia sim ser concedida na sentença para garantir maior efetividade ao provimento jurisdicional.

CARREIRA ALVIM¹¹⁹ defende que a tutela antecipada concedida na sentença é técnica de se retirar do recurso de duplo efeito o seu efeito suspensivo, possibilitando, dessa forma, a execução provisória da sentença, e seria, portanto, hipótese distinta da prevista no artigo 273 do CPC. Dessa forma, seria uma forma de antecipação dos efeitos da sentença.

Cumprido ressaltar que a antecipação da tutela é um direito da parte que preenche os requisitos exigidos pela norma e não mera faculdade do magistrado. Sendo assim, cumpridas as determinações contidas no artigo 273 do CPC, a tutela antecipada deve ser concedida sob pena, muitas vezes, de verdadeira denegação de justiça.

¹¹⁹ CARREIRA ALVIM, J.E. apud ALVIM, Luciana Gontijo Carreira. *Tutela antecipada na sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.123.

8 A TUTELA DE EVIDÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

8.1 Conceito

O artigo 5º LXXVIII da Constituição da República inserido pela Emenda Constitucional 45 de 2004 instituiu expressamente o direito fundamental à duração razoável do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Embora a duração razoável já fosse consequência do processo efetivo e devido, a inserção explícita do artigo corroborou a nova perspectiva do processo no mundo de busca da efetividade, haja vista que a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, já asseguravam, de forma expressa, o prazo razoável do processo.

Sobre o conceito de prazo razoável Luiz Guilherme MARINONI¹²⁰ ensina que “a tutela jurisdicional é prestada em prazo razoável quando a técnica processual e a administração da justiça permitem ao juiz concedê-la logo após os fatos que lhe dizem respeito terem sido esclarecidos, ou seja, assim que a demanda estiver pronta ou madura para julgamento.”

Considerando-se que na ação, principalmente na trabalhista, há o acúmulo de vários pedidos, pode ocorrer que parcela do pedido se torne madura para julgamento e outra não. Tendo em vista que o julgamento de mérito deve ser feito em uma única oportunidade, pode-se concluir que tenha que se dar prosseguimento ao curso do processo para elucidar os pedidos controvertidos, embora haja questões que poderiam ser resolvidas de imediato.

Ocorre que a cumulação dos pedidos é feita, em regra, com o objetivo de se buscar economia dos atos processuais e, assim, a mesma cumulação pode, paradoxalmente, retardar a prestação da tutela de direitos evidentes cumulados com outros que demandam cognição plena e exauriente.

¹²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Com base nesse argumento poder-se-ia concluir que parte da demanda cujo direito estivesse evidente e pronto para a decisão poderia ser julgada antecipadamente, cingindo-se do restante que se submeteria a todas as etapas da instrução processual. A introdução do §6º do artigo 273 do Código de Processo Civil em 2002 inseriu a previsibilidade da antecipação da tutela do direito evidente de forma contundente no ordenamento jurídico.

A expressão tutela de evidência vincula-se às pretensões deduzidas em juízo nas quais o direito da parte revela-se evidente, à semelhança do direito líquido e certo. São situações em que mais do que o *fumus boni juris*, a probabilidade de certeza do direito alegado associa-se à injustificada demora do processo até a total satisfação do demandante que tem razão, implicando desprestígio ao Poder Judiciário.

Nas palavras de Luiz FUX¹²¹ “a problemática é tanto mais relevante, posto que o processo hodiernamente se encontra sob o crivo da efetividade dos direitos, que reclama realizabilidade prática, satisfatividade plena e celeridade.” Completa o autor:

Essa dissintonia entre o processo e as novas exigências revela uma crise capaz de ser solucionada com novos instrumentos, diante desse fenômeno dos novos direitos ou novos anseios. Assim como nos primórdios da civilização o anseio era da justiça institucionalizada contra a justiça privada, hoje a aspiração social é da justiça urgente em confronto com a justiça ordinária e ritual.(grifou-se)

Parte da doutrina atribui o vocábulo tutela de evidência somente às ações cujo direito líquido e certo¹²² é consubstanciado pela prova pré- constituída, à semelhança do Mandado de Segurança.

No entanto, não se vislumbra tratar desses procedimentos especiais já disciplinados de forma específica pelo legislador, mas daquelas situações em que a probabilidade de certeza é tamanha que não se confunde com a fumaça do bom direito preconizada pela tutela antecipada genérica, e que, aliadas a injustificada demora do processo, podem acarretar verdadeira denegação de justiça.

¹²¹ FUX, Luiz. Op. cit p. 308.

¹²² FUX, Luiz. Op. cit p. 311. “A doutrina não é pacífica quanto à posição enciclopédica do denominado ‘direito líquido e certo’. Para Celso Barbi, a categoria pertence ao direito processual, porque incontestáveis esses direitos, ao passo que Buzaid os inclui no campo do direito material. Assente-se que a origem da expressão se deve a Pedro Lessa, que a introduziu no Superior Tribunal Federal quando da construção da doutrina do *habeas corpus*.”

Assim, o que se pretende é “arrastar” para os direitos evidentes o regime jurídico da tutela de segurança, no sentido da concessão do provimento imediato, satisfativo e realizador, admitindo-se na mesma relação eventuais perdas e danos caso advenha a reforma, conforme leciona o já citado Ministro Luiz FUX¹²³ em passagem de sua obra que é referência no tema. Essa forma de tutela se distingue do mandado de segurança porque não se trata apenas de medida contra ato de autoridade, mas sim de ato de qualquer pessoa jurídica, seja de direito público ou privado.

Diferentemente das hipóteses contempladas nos incisos I e II do artigo 273 do Código de Processo Civil, a tutela de evidência é uma medida de urgência que prescinde do estado de periclitacão do direito. Trata-se de situação na qual a liquidez e a certeza do direito impõem uma resposta jurisdicional expedita sob pena de tornar-se injusta e ilegítima e não necessariamente em face da ameaça de dano irreparável.

Mais uma vez, vale a transcrição das palavras do Ministro Luiz FUX¹²⁴:

A prontidão ora preconizada e ajusta à moderna exegese do princípio da justiça adequada, porque ao preceito constitucional de que nenhuma lesão escapará à apreciação judicial deve encaixar-se a tutela célere do direito material. O decurso do tempo diante do direito evidente sem resposta por si só representa uma lesão.

Quando se reporta ao direito evidente está-se a contemplar aquele direito evidenciado ao juízo através de provas incontestáveis ou impassíveis de contestação séria, ou ainda, reconhecidos pela outra parte. Assim, para o Ministro, a liminar, nos casos de direito evidente, é deferida mediante cognição plena e exauriente, diferindo-se do que ocorre nos juízos de aparência das outras modalidades de tutela de urgência.

O direito torna-se evidente, diante da falta de controvérsia de um ou mais pedidos acumulados, permitindo a concessão e execução da tutela jurisdicional de forma expedita e antes da cognição plena e exauriente.

Luiz Guilherme MARINONI¹²⁵ afirma que a tutela antecipada nos casos do direito evidente “é reflexo da ideia de que é injusto obrigar o autor esperar a

¹²³ FUX, Luiz. Op. cit p. 309.

¹²⁴ FUX, Luiz. Op. cit p. 309.

¹²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit p. 286.

realização de um direito incontroverso.” Para o advogado paranaense, o §6º do art. 273 é uma resposta dada pelo legislador ao seu dever de dotar o processo de técnicas capazes de atender o direito fundamental à duração razoável.

No caso do direito evidente, a concessão da tutela de forma antecipada baseia-se em convicção de verdade e não em juízo de verossimilhança, razão pela qual ainda mais injusta é a espera desnecessária.

8.2 Fonte normativa

Nas bem apropriadas palavras do advogado paranaense Luiz Guilherme MARINONI¹²⁶ a técnica de antecipação da tutela jurisdicional nada mais é que uma técnica de distribuição do ônus do tempo no processo. Completa o autor:

Em qualquer processo há uma situação concreta, uma luta por um bem da vida, que incide de modo radicalmente oposto sobre as posições das partes. A disputa pelo bem da vida perseguido em juízo, justamente porque demanda tempo, somente pode prejudicar o autor que tem razão e o réu que não a tem.

Para que o sistema processual civil possa servir como real instrumento de efetivação da tutela jurisdicional de forma a atender ao direito fundamental, o processo justo e devido deve ser capaz de instituir mecanismos que racionalizem a distribuição do tempo.

A tutela de urgência encontra respaldo nas garantias constitucionais ao acesso à justiça, ao devido processo legal e à duração razoável do processo.

Para Ovídio Batista da SILVA,¹²⁷ o réu que sofre uma execução decorrente de medida antecipatória tem direito de pedir indenização caso haja modificação final do provimento jurisdicional que lhe traga prejuízos.

Assim, sob prisma do réu, a tutela antecipada concedida e modificada pela decisão final, ainda que concernente à obrigação de fazer, pode ser revertida ao

¹²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. *Antecipação da tutela*. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p, 275.

¹²⁷ DA SILVA, Batista Ovídio apud MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. Op. cit p, 275

menos em perdas e danos, dizimando eventual prejuízo. Já o autor, que se veja obrigado a suportar a demora natural do procedimento ordinário, não terá qualquer direito de reclamar os prejuízos, às vezes gravíssimos e irreversíveis que esse retardamento irá lhe causar. Assim, o ônus decorrente da tramitação natural do processo pode se tornar irremediável ao autor, não se resolvendo em perdas e danos diante da natureza da prestação vindicada.

Ainda que o provimento seja modificado e cause prejuízos ao réu, só compensáveis por meio de indenização; para o autor o dano causado pela demora injustificada do processo pode ser tão grave que nem mesmo a indenização pecuniária enseje compensação compatível.

Portanto, o ônus processual deve ser distribuído de maneira a promover a igualdade substancial das partes e de forma que não só prejudique o autor que tem razão e beneficie o réu que não a tem. O simples fato do bem jurídico vindicado permanecer na esfera do patrimônio do réu, que não tem razão, por tempo injustificado, já lhe concede um benefício em detrimento do prejuízo do autor que não o tem, quando deveria usufruí-lo.

A garantia à duração razoável do processo e ao emprego de técnicas que asseguram a celeridade processual são direitos fundamentais que derivam do direito ao acesso à jurisdição e do devido processo legal em suas concepções modernas.

Com base nessas garantias constitucionais, autores, como o paranaense Luiz Guilherme MARINONI, elasteciam o campo de incidência dos incisos I e II do artigo 273 do Código de Processo Civil para englobar situações que não estariam neles expressas, mas que tratassem de direito tão evidente que a denegação da antecipação de tutela representaria verdadeira injustiça.

A preocupação com o processo expedito, que não cause prejuízo às partes pela demora e que seja instrumento de efetivação do direito material se acentuou tanto na última década que, mesmo sendo corolário do direito fundamental ao devido processo legal, mereceu atenção extra do legislador que, em 2004, inseriu o inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição da República, garantindo a duração razoável do processo de forma expressa.

Antes mesmo da emenda à Constituição, em agosto de 2002, a lei 10.444 acrescentou o §6º ao artigo 273 do CPC estipulando que:

A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

Com o acréscimo do §6º, passaram a existir duas regras de distribuição de ônus do processo, uma a respeito do abuso do direito de defesa, consubstanciado no inciso II do artigo 273 do CPC e outra com alusão à incontrovérsia da demanda que caracteriza o direito evidente, regulamentado pelo §6º do mesmo artigo.

MARINONI, autor que é referência quando se trata de provimentos de urgência, defendia antes da entrada em vigor do parágrafo 6º do artigo 273, que a tutela de urgência baseada tanto no abuso do direito de defesa quanto no direito evidente estavam ancoradas no inciso II do artigo 273.

Contudo, com o advento de norma expressa acerca da antecipação de tutela nos casos em que o direito é evidente, a hipótese ganhou novos contornos e consequências diversas da tutela baseada no inciso II, uma vez que não se submete aos requisitos exigidos pelo caput do artigo 273.

A incontrovérsia do pedido equivaleria à prova mais do que inequívoca, não sendo necessário o requerimento expresso para a concessão da medida. O significado de incontroverso assume grande importância porque se poderia supor que o pedido só se tornaria incontroverso nos casos de não contestação ou de reconhecimento parcial.

Na lição de MARINONI¹²⁸ “é injusto esperar a realização de um direito que se tornou incontroverso no curso do processo. Pouco importa que tal direito tenha sido contestado, uma vez que é inegável que apesar de contestado um direito possa se tornar incontroverso no curso do processo.”

Para o autor paranaense o significado de incontroverso deve ser buscado no artigo 331, §2º:

Ao tratar da audiência preliminar, diz esse artigo que, se não for obtida a conciliação, o juiz “fixará os pontos controvertidos”, decidirá as eventuais questões pendentes e, determinará as provas a serem produzidas, designando, se necessário, audiência de instrução e julgamento. Na audiência preliminar, o juiz pode chegar à conclusão que parcela da demanda, apesar de contestada, não precisa ser esclarecida mediante prova testemunhal ou pericial. Nesse caso, apenas a outra parte da demanda deverá ser fixada como controvertida e somente sobre ela deverá ser determinada a produção de prova(grifou-se).

¹²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p. 288.

Assim, o autor conclui que “incontroverso é o direito que se torna evidente no curso do processo, exigindo, em razão disso, imediata tutela”, prosseguindo a ação em relação aos demais pedidos que não se quedaram evidentes.

A possibilidade da cumulação de pedidos tem como escopo o princípio da economia processual. Ocorre que, um dos pedidos, ou, parcela deles, pode se tornar maduro para o julgamento antes do outro. Assim, a antecipação de tutela prevista no §6º do artigo 273 é uma técnica capaz de viabilizar a tutela imediata do direito que se tornou evidente, atendendo ao direito fundamental à razoável duração do processo, enquanto prossegue a cognição do remanescente controvertido.

Seria controverso o mesmo texto constitucional que assegura o direito fundamental à duração razoável do processo impor uma cumulação de pedidos baseada na economia processual, que prejudicasse o andamento do processo e a efetividade da prestação da tutela jurisdicional. No cotejo entre a técnica e a efetividade, a doutrina e jurisprudência têm mostrado que prevalecerá essa última.

Se um dos pedidos apresentados pelo autor encontra-se pronto para julgamento, prescindindo de dilação probatória, a necessidade de um processo célere e efetivo, justifica a quebra do princípio da unidade da decisão, não se justificando a espera da prestação jurisdicional da causa madura em detrimento da parcela do pedido controvertida.

O pedido feito de forma sucessiva não impede a antecipação de tutela do direito evidente. Marcelo MOURA¹²⁹ cita como exemplo o pedido de reintegração no emprego e sucessivamente de indenização. Para o autor, sendo incontroversa a pretensão e evidente o grau de incompatibilidade para retorno do trabalhador, o magistrado pode antecipadamente acolher o pedido subsidiário e determinar as perdas e danos.

8.3 Papel do magistrado na concessão da tutela antecipada baseada na evidência

A disposição do caput do artigo 273 do CPC é expressa ao exigir o requerimento da parte para que o juiz possa antecipar os efeitos da tutela pretendida. A princípio, exclui-se a antecipação de tutela determinada de ofício. Pelo

¹²⁹MOURA, Marcelo. Op.cit. p. 440.

princípio do dispositivo, o juiz deve julgar a causa com base nos fatos alegados e provados pelas partes e, pelo princípio da demanda, fica limitado aos pedidos formulados pelas partes.

Justifica-se a necessidade do requerimento da tutela antecipada porque qualquer dano causado à parte contrária pela concessão da medida será arcado pelo beneficiário dela. Assim, seria uma faculdade do beneficiário requerer a tutela antecipada e arcar com o ônus caso seja concedida e futuramente modificada.

Parte da doutrina vem se insurgindo contra esse entendimento e defendendo a possibilidade do juiz, de ofício, conceder a antecipação de tutela. Para Estevão MALLETT¹³⁰, por exemplo, excepcionalmente a tutela poderá ser antecipada de ofício nos casos em que exista disposição expressa possibilitando a atuação do magistrado sem provocação da parte; observação que adquire elevada importância no processo do trabalho ante a permissão de atuação de ofício nos atos executivos.

Contudo, diante da exigência do Código de Processo Civil pra que haja requerimento da parte, a antecipação de tutela concedida de ofício só seria possível caso o magistrado fizesse uma interpretação constitucional do dispositivo e fundamentasse sua decisão no princípio da eficiência como direito fundamental ao processo justo e devido.

A nova hermenêutica constitucional, que garante eficácia positiva aos princípios, impõe a interpretação das normas conforme a constituição. Com base nesse argumento, poder-se-ia vislumbrar a possibilidade do juiz antecipar total ou parcialmente os efeitos da tutela, desde que presentes os requisitos de admissibilidade de medida, caso a sua não concessão representasse verdadeira denegação de justiça e afronta aos princípios da instrumentalidade, efetividade e utilidade do processo, mesmo que a parte não tivesse requerido.

Não só o autor como também o litisconsorte e o assistente podem requerer a antecipação de tutela. Da mesma forma, na substituição processual, tanto o substituído quanto o substituto podem fazer o requerimento. Já com relação ao réu, dúvida não resta nos casos de reconvenção e ações com natureza dúplice. Nos casos em que o réu apresenta apenas contestação como modalidade de defesa, também será possível a antecipação de tutela uma vez que na contestação há

¹³⁰MALLETT, Estevão.Op.cit. p.72.

pedido de tutela feito pelo réu, não havendo qualquer óbice a sua concessão antecipada.

Já em relação à tutela de evidência, baseada no §6º do artigo 273 as considerações são distintas, e “o caminho está livre” para a concessão de ofício da medida de urgência. As disposições do diploma referido, não se submetem aos requisitos exigidos para a concessão da tutela antecipada contidos no caput do artigo 273.

A hipótese de que a lei remete ao requerimento da parte são as regulamentadas nos incisos I e II do art. 273. O parágrafo sexto refere-se à outra forma de antecipação de tutela, fundamentada nos casos em que o direito se torna evidente. Poderia ter sido inserida pelo legislador como artigo autônomo uma vez que não se submete aos requisitos exigidos pelo caput.

No processo do trabalho com mais razão se justifica a concessão da medida de ofício. Considerando-se que o *jus postulandi* permite à parte litigar na Justiça do Trabalho sem a necessidade de acompanhamento de advogado, diante do direito evidente, o demandante não saberia que deveria requerer a antecipação da tutela. Aliás, nem mesmo saberia o que significa o termo jurídico.

A possibilidade da própria parte pessoalmente apresentar a reclamação e acompanhá-la até o final tem como escopo a promoção do acesso à justiça. Ocorre que, conforme já asseverado, o acesso à justiça não é simplesmente ter direito a obter uma resposta do órgão judiciário. O acesso à justiça é corolário do devido processo legal, segundo o qual o jurisdicionado não só tem o direito fundamental à inafastabilidade da jurisdição e acesso aos tribunais, como também o direito a um processo justo, célere e efetivo, que promova a igualdade substancial das partes em litígio, concedendo as mesmas condições a todas.

Diante de um direito evidente, cuja espera pelo autor representaria a própria injustiça, o magistrado tem o dever de agir. Quando uma das partes está desacompanhada de advogado, mais delicada se torna a situação do julgador, que tem que utilizar dos meios legais para a promoção da igualdade processual das partes sem, contudo, ser tirano e parcial.

Assim o mesmo ordenamento jurídico que permite ao lesado ingressar na justiça sem patrono, a fim de ampliar o acesso à justiça e conseqüentemente ao processo justo, não pode obstaculizar meios de promoção da efetividade processual, principalmente nos casos em que o direito é evidente e a parte tem pressa.

Não obstante, remetendo-se ao texto da lei, de fato não há óbice à ação do magistrado na promoção do direito evidente, independentemente de provocação.

Segundo o dispositivo, em comento, quando incontroversa a pretensão deduzida em juízo, o magistrado poderá conceder a tutela antecipada, sem nenhuma remissão à necessidade de requerimento do autor.

Nesse sentido, o vocábulo ‘poderá’, na lição de Marcelo MOURA¹³¹ “ao contrário de atribuir uma faculdade ao julgador, impõe-lhe a obrigação de antecipar a tutela, salvo a presença de algum relevante obstáculo, devidamente justificado nos autos.”

O autor utiliza como exemplo o pedido de antecipação dos efeitos da tutela de levantamento de FGTS. Ainda que nesse caso os fatos sejam incontroversos, a concessão da medida de urgência encontra óbice no artigo 29-B, da Lei 8.036/90:

Não será cabível medida liminar em mandado de segurança, no processo cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, nem a antecipação de tutela prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil que impliquem saque ou movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS.

Assim, existindo os requisitos para a antecipação da tutela o magistrado não tem a faculdade de concedê-la ou não; a concessão da medida torna-se um direito subjetivo da parte e um dever do juiz imparcial e compromissado com a efetividade do processo.

O vocábulo “poderá” do §6º do artigo 273 não se refere à faculdade do magistrado em deferir ou não a tutela antecipadamente, mas à possibilidade de concessão da medida tendo em vista os obstáculos legais.

Portanto, diante do direito evidente o juiz deverá antecipar a tutela, só não o fazendo, caso existente algum obstáculo legal a essa concessão. Por isso, o legislador optou pela palavra poderá ao invés de deverá, pois a decisão do magistrado vai depender do caso concreto e dos permissivos legais aplicáveis ao fato em questão.

¹³¹ MOURA, Marcelo. Op.cit p. 439.

8.4 Noções de tutela de evidência no direito do trabalho

O direito processual civil comum é perfeitamente aplicável no processo do trabalho nos termos do disposto no artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho: “nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.”

Não há nenhuma dúvida doutrinária a respeito da aplicabilidade do artigo 273 do Código de Processo Civil no Processo do Trabalho. A perfeita compatibilidade do instrumento com os princípios que norteiam o direito e o processo do trabalho, bem como a ausência de norma genérica disciplinando a matéria no âmbito trabalhista, dão perfeito suporte à incidência do artigo 769 da CLT.

Antes mesmo da lei processual comum disciplinar a possibilidade de concessão da tutela antecipada de mérito satisfativa, a CLT já admitia liminares com efeito satisfativo em determinados casos específicos, como o de transferência de empregado regulamentada pelos parágrafos do artigo 469. O pioneirismo da norma celetista justificava-se em razão do conteúdo da lei processual vigente à época, que poderia obstar a reintegração de empregados sob pretexto de inaplicabilidade de liminares satisfativas.

Somente a partir da lei 8.952/94, que alterou a redação do artigo 273 do Código de Processo Civil, o ordenamento processual brasileiro passou a admitir a possibilidade de concessão de medida de antecipação do mérito genérica. Contudo, não houve nenhuma modificação legislativa na CLT que estendesse a possibilidade da tutela antecipada, já regulamentada em casos específicos, ser estendida aos casos que não estivessem previamente determinados.

Portanto, configurou-se a omissão da lei trabalhista com relação ao tema, permissivo para incidência do artigo 273 do CPC. Sobre a compatibilidade da antecipação de tutela e o processo do trabalho afirma Estevão MALLETT¹³²

(...) em poucos setores adquire, como em matéria trabalhista, tanta relevância a rápida tutela de direitos. Aliás, já houve mesmo quem dissesse que caracterizam-se os direitos trabalhistas pela exposição a prejuízo irreparável quando não satisfeitos de imediato. Tal afirmativa veio a ser reforçada por Cappelletti ao observar que, ante a natureza alimentar do

¹³²MALLETT, Estevão. Op. cit. p 27.

salário e a condição geralmente de debilidade econômica do trabalhador, a demora na solução do litígio é uma forma intolerável de denegação de justiça.

Complementa o autor: “do ponto de vista axiológico, a antecipação da tutela não somente se harmoniza com o processo do trabalho como nele encontra amplo espaço para se desempenhar significativo papel, tornando efetiva a proteção de importantes direitos mal tutelados pelo procedimento ordinário”

Segundo Andrea PROTO PISANI:

(...) é dever do legislador, sensível à necessidade de promoção da igualdade substantiva, identificar os meios técnicos para remover com segurança (mesmo na área do processo) os efeitos nocivos resultantes de obstáculos econômicos e sociais, que restringem a liberdade e a igualdade dos cidadãos¹³³.” (tradução nossa)

Sobre a necessidade da aplicação da tutela antecipada no processo do trabalho, que naturalmente já determina rito mais célere que o procedimento comum civil, o professor MALLETT¹³⁴ explica que:

(...) inobstante o fato de o processo trabalhista determinar a concentração de atos, na prática, a maioria das audiências do rito ordinário são fracionadas e designadas para datas muito posteriores ao ajuizamento da ação, o que justificaria a necessidade da antecipação da tutela.

Para o autor a antecipação de tutela como forma de punir a parte que pretende se beneficiar da lentidão do processo é perfeitamente conciliável com o procedimento trabalhista.

8.5 Estabilização da tutela antecipada diante do direito evidente e execução da tutela de evidência

¹³³ PROTO PISANI, Andrea apud MALLETT, Estêvão, Op.cit. p 27. “Il processo del lavoro e caratterizzato dalla diseguaglianza economica delle parti, che si riflette sullo svolgimento del processo nel senso che la parte economicamente più debole – in quanto dotata di minori capacità di resistenza e di attesa – subisce dalla lunghezza del processo danni gravissimi, spesso irreparabili. E dover del legislatore, sensibile ai profili sostanziali dell’eguaglianza,, individuare gli strumenti tecnici idonei a rimuovere (anche nell’ambito del processo) gli effetti dannosi che derivano dagli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini.”

¹³⁴ MALLETT, Estêvão. Op. cit. p 27-28.

A efetividade do processo perpassa pela existência de instrumentos processuais adequados a proteger de forma concreta e em tempo hábil o direito lesionado ou ameaçado.

Diante da existência de técnicas que permitem a prestação da tutela jurisdicional de forma célere e verdadeira, negar-se a utilizar esses instrumentos específicos é o mesmo que denegar a prestação da justiça em sua forma plena. Aquele que procura o órgão jurisdicional busca resposta a uma controvérsia que promova a paz e a resolução do conflito intersubjetivo da forma mais eficiente e rápida possível. Assim, o credor deve ter assegurado o direito fundamental à razoável duração do processo, inclusive com os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

A garantia da distribuição racional do tempo é corolário da dimensão temporal do processo discriminada no artigo 5º LXXVIII da Constituição da República e do devido processo legal.

Ao permitir a antecipação dos efeitos da sentença definitiva, o legislador procurou priorizar a efetividade em detrimento da certeza e segurança jurídica. Contudo, o legislador atribuiu tratamento precário ao provimento antecipatório, conferindo-lhe eficácia até a decisão definitiva que mantivesse ou revogasse os efeitos.

Parcela vanguardista da doutrina brasileira tem defendido que a provisoriedade da decisão antecipada não se justifica diante do direito evidente, em razão da incontrovérsia dos pedidos formulados. Antes mesmo da regulamentação legal da tutela de evidência, Luiz Guilherme MARINONI na primeira edição de sua obra “A antecipação de tutela”, fruto de sua dissertação de mestrado e da sua pesquisa feita na Itália sobre os procedimentos de urgência¹³⁵, defendia que se a incontrovérsia do pedido motivasse o julgamento antecipado da lide nos termos do artigo 330 do CPC, haveria a formação da coisa julgada material.

Em 2002 o legislador introduziu reformas no CPC, não acatando as sugestões do autor, mas introduzindo a possibilidade de antecipação da tutela no caso do pedido incontroverso (§6º do art. 273). Segundo Marcelo Moura, “a timidez da inovação não impede que confirmamos tratamento diferente à antecipação da tutela

¹³⁵Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Luiz_Guilherme_Marinoni. Acesso em 01 fev.-2011

por pedido incontroverso, diante da segurança decorrente da decisão nesta hipótese que invoca uma maior estabilidade.¹³⁶”

Para o autor “não se pode, de lege ferenda atribuir à antecipação de tutela de pedido incontroverso o status de coisa julgada, uma vez que não foi esta a escolha do legislador”. Contudo, em se tratando de direito evidente, não se pode dar o mesmo tratamento precário das outras tutelas antecipadas, uma vez que a segurança de uma tutela de evidência não se compara ao *fumus boni juris*; favorecendo ao juiz a adoção de medidas executivas de plano sem receio de irreversibilidade prática. Marcelo MOURA ainda acrescenta que “a irreversibilidade da medida referida no texto legal (§2º do art. 273) deve ser vista do ponto de vista jurídico e não prático.”

A segurança não é consequência necessária do processo de conhecimento com cognição exauriente, e a estabilidade atingida pela incontrovérsia do pedido pode até ser mais segura do que a decorrente de uma longa instrução. Contudo, de nada adianta o reconhecimento do direito evidente de forma expedita e sem dilações instrutórias, se não há meios de prover a execução da decisão antecipada.

O dispositivo que regulamenta o cumprimento da decisão que antecipa a tutela é a regra do §3º do artigo 273 do CPC, que com a modificação introduzida pela lei 10.444 de 2002 passou a estabelecer que a efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos artigos 588 (revogado em 2005 pela lei 11.232), 461, §§ 4º e 5º, e 461-A. A nova redação do §3º substituiu a palavra execução por efetivação, tornando mais ampla a atuação do instituto.

Assim, o magistrado poderá utilizar-se dos meios coercitivos e sub-rogatórios que induzam o devedor ao cumprimento imediato da decisão judicial antecipada seja nos casos em que é determinada obrigação de fazer, como também de pagar.

Em consonância com o entendimento esposado, o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região editou em 2002 a Súmula nº1 corroborando a execução imediata dos valores incontroversos, porém a princípio reconhecidos em sentença de mérito:

SÚMULA Nº 1

EXECUÇÃO TRABALHISTA DEFINITIVA. CUMPRIMENTO DA DECISÃO.
(RA nº 06/2002 - DJE 28/06/2002)

¹³⁶ MOURA, Marcelo. Op.cit.p. 441.

O cumprimento da decisão se dará com o pagamento do valor incontroverso em 48 horas, restando assim pendente apenas o controvertido saldo remanescente, que deverá ser garantido com a penhora.

A partir de 2005 com as modificações inseridas no CPC pela lei 11.232, o artigo 475 e letras, passaram a regulamentar o cumprimento das sentenças relativas à obrigação por quantia certa. Várias das modificações são compatíveis e aplicáveis ao processo do trabalho, inclusive na efetivação de decisões antecipadas de mérito, mormente se relativas ao direito incontroverso.

Para Marcelo MOURA¹³⁷ “admite-se em sede de antecipação de tutela, que a medida seja efetivada inclusive quanto a atos que importem alienação do domínio, bem como nos casos de levantamento de depósito em dinheiro, desde que haja caução idônea.” O autor elucida que, dessa forma, não há que se referir à irreversibilidade da medida, uma vez que a caução garantirá a reparação de eventuais danos.

O artigo escrito por MOURA é anterior às inovações introduzidas pela lei 11.232 que revogou o artigo 588 do CPC. Contudo, o raciocínio desenvolvido pode ser utilizado naquilo que for compatível com as modificações.

Assim, o autor conclui que quanto aos créditos de natureza alimentar até o limite de 60 salários mínimos, pode ser dispensada a caução quando o exequente encontrar em estado de necessidade. Segundo o jurista, a hipótese parece ter sido inspirada nas lides trabalhistas e complementa: “considerando-se a enorme quantidade de processos em que o autor é beneficiário da gratuidade de justiça e da assistência judiciária, preenche-se o terceiro requisito legal – estado de necessidade.”¹³⁸

A possibilidade de execução imediata das decisões antecipatórias de mérito diante da incontrovérsia da pretensão é medida que se impõe para tornar o instituto realmente efetivo e apto à realização da justiça no caso concreto. Reconhecida a evidência do direito, o ordenamento jurídico deve prover meios suficientes a

¹³⁷ MOURA, Marcelo. *A estabilização (efetivação) da tutela antecipada diante do pedido incontroverso no processo do trabalho- o projeto do IBDP e os avanços da lei 11.232 de 22.12.2005*. Revista LTr.70-04/437-445. São Paulo: LTR, 2006.p.438.

¹³⁸ TOSTES MALTA. C.P. apud MOURA, Marcelo. “No campo trabalhista, processa-se a execução provisória sem que seja prestada caução. (...) Não há incompatibilidade entre este preceito, inclusive do que concerne à caução, e os princípios que norteiam o processo trabalhista. Poderá dizer-se, contudo, que, na grande maioria das vezes, o exequente é um empregado com poucos recursos, de modo que exigir a caução seria o mesmo que proibir a execução provisória.”

implementar o gozo do direito pretendido sob pena de ser tornar mais uma promessa desprovida de efetividade.

8.6 Perspectivas da tutela de evidência no projeto do novo CPC

O Instituto Brasileiro de Direito Processual instituiu comissão para elaboração de proposta de projeto de lei para alterar o artigo 273 do CPC apresentada ao Senado sob o n. 186/05 PLS com o objetivo de promover a estabilização da tutela antecipada.

Integraram a comissão do IBDP Ada Pellegrini Grinover, José Roberto dos Santos Bedaque, Kazuo Watanabe e Luiz Guilherme Marinoni, autores referentes no estudo da instrumentalidade substancial e da efetividade processual.

A proposta elaborada modifica os §§4º e 5º do art. 273 e acrescenta os artigos 273-A, 273-B, 273-C e 273-D ao CPC, permitindo a estabilização da tutela antecipada¹³⁹:

Art. 273. (...)

I- (...)

II- (...)

§1º - (...)

§2º - (...)

§3º - (...)

§4º- A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada, fundamentalmente, enquanto não se produza a preclusão da decisão que a concedeu (art. 273-B e 273 -C).

§5º- (...)Na hipótese do inciso I desse artigo, o juiz só concederá a tutela antecipada sem ouvir a parte contrária em caso de extrema urgência ou quando verificar que o réu, citado, poderá torná-la ineficaz.

Art. 273-A. A antecipação de tutela poderá ser requerida sem procedimento antecedente ou na pendência do processo.

Art. 273-B. Aplicam-se ao procedimento antecedente, no que couber, as disposições do Livro III, Título único, Capítulo I, deste Código.

¹³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização*. Revista de Processo ano 30, vol. 121, março/ pag.11-37 São Paulo: RT, 2005. P. 35.

§1º Preclusa a decisão que apreciou o pedido de tutela antecipada, é facultado à parte interessada propor ação de conhecimento no prazo de 60 dias.

§2º “Não intentada a ação, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida.”

Art. 273-C Preclusa a decisão que apreciou o pedido de tutela antecipada no curso do processo, é facultado à parte interessada requerer seu prosseguimento, no prazo de 30 (trinta) dias, objetivando o julgamento do mérito.

Parágrafo único. Não pleiteado o prosseguimento do processo, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada no limites da decisão proferida.

Art. 273-D. Proposta a ação de conhecimento, ou retomado seu curso, eventual extinção do processo, sem julgamento o do mérito, não determinará a ineficácia da medida antecipatória, ressalvada a carência da ação, se incompatíveis as decisões.

Segundo Ada Pellegrini GRINOVER¹⁴⁰, uma das idealizadoras do PLS, “a proposta de estabilização da tutela antecipada, procura, em síntese, tornar definitivo e suficiente o comando estabelecido por ocasião da decisão antecipatória. Não importa se se trata de antecipação total ou parcial.”

O prosseguimento ou instauração da demanda com atividades instrutórias das partes e cognição plena e exauriente do juiz tornar-se-ia conveniência das partes.

Segundo a autora em referência, se as partes deixam claro que o ponto definido na decisão antecipatória atendeu suas pretensões, seja através da atitude omissiva de não propor a ação principal, seja pela omissão em não requerer o prosseguimento da ação nos casos que a antecipação é concedida no curso do processo, o conflito terá sido solucionado, ficando a decisão proferida coberta pela coisa julgada, a exemplo do sistema jurídico francês.

Dessa forma, distribui-se o ônus do tempo do processo entre às partes, sendo a omissão indício de que não há necessidade da sentença de mérito decorrente da cognição plena e exauriente. A solução do conflito torna-se muito mais célere e o processo atende de forma mais efetiva seu papel de instrumento de concreção do direito material.

¹⁴⁰ GRINOVER, Ada Pelegrini. Op.cit. p. 36.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final do trabalho observa-se que passada uma década do início do novo século as sociedades contemporâneas ainda buscam meios efetivos de tornar concretas as garantias prometidas pelas constituições. Embora grandes avanços tenham sido implementados pelo legislador ainda há dificuldades do jurisdicionado na aplicação concreta dos princípios e na utilização das medidas específicas e adequadas às espécies de lesões substantivas.

A falta de efetividade do processo gera um descrédito da sociedade no poder judiciário. Na medida em que o ordenamento jurídico oferece medidas que podem e devem ser impostas pelo magistrado para a promoção da tutela jurisdicional específica em tempo hábil, além de meios para a indução o cumprimento das decisões judiciais, o processo se torna mais apto a realizar o direito concretamente, conferindo legitimidade e credibilidade ao Poder Judiciário.

O binômio direito material-processo deve constituir uma unidade, uma vez que não basta que a ordem jurídica garanta os direitos substanciais se não provém de meios aptos e eficazes na concretização desses direitos. A razão de ser do processo, sob a ótica do “novo constitucionalismo”, é promover a efetivação do direito subjetivo material

O cidadão tem o direito fundamental ao processo devido, efetivo e justo assegurado pela Constituição da República. Assim, sob o prisma do processo constitucional o acesso à justiça não se restringe ao acesso formal aos tribunais e o devido processo legal não se limita aos meios necessários ao contraditório e à ampla defesa. O acesso à justiça é a garantia do autor que terá acesso a uma ordem jurídica justa, que assegure os meios mais adequados na condução do procedimento, conferindo a prestação da tutela jurisdicional de forma a conferir a quem tem razão tudo àquilo que teriam, caso o direito não fosse lesado.

Todos os princípios processuais constitucionais conduzem à nova interpretação do devido processo legal. A garantia ao devido processo legal perpassa pelo acesso à ordem jurídica justa consubstanciada pela utilização dos meios adequados a prestação da tutela mais específica possível, assegurando às partes paridade de armas essencial a promoção da igualdade substancial e utilidade da decisão, tudo em tempo hábil a reparar a lesão.

Na empreitada de conferir à parte lesada o resultado mais específico e que mais se aproximasse na situação anterior à lesão foram desenvolvidas as tutelas diferenciadas. O processo deve conferir à parte exatamente aquilo que ela teria caso seu direito não fosse descumprido e a tutela meramente ressarcitória muitas vezes não serve a esse objetivo.

Da mesma forma, para atender às situações em que a demora natural do processo pode causar um dano irreparável à parte, ou representar verdadeira injustiça no caso do direito evidente, foram desenvolvidas as técnicas da antecipação de tutela.

Em 2002, com inspiração em mecanismos já existentes no direito estrangeiro o legislador inseriu de forma expressa a possibilidade de antecipação da tutela nos casos de direito evidente. Busca-se com a tutela da evidência conferir a prontidão ao provimento jurisdicional, em consonância com a moderna exegese do princípio da "justiça adequada" e de um processo civil de resultados eficientes.

Quanto mais efetiva a máquina judiciária, menos ela vai ter que atuar concretamente, pois induzirá o cumprimento espontâneo das obrigações. Para que a parte que tem razão obtivesse tudo aquilo a que tem direito ou o resultado prático equivalente o Direito Brasileiro importou e adaptou medidas coercitivas e subrogatórias estabelecidas tanto no Common Law como em outros ordenamentos alienígenas, como o francês, por exemplo. Contudo, os meios de coação somente serão capazes de induzir o cumprimento espontâneo caso o processo seja apto a garantir o resultado prático equivalente tornando o descumprimento da decisão economicamente desvantajoso.

As reformas do Código de Processo Civil, iniciadas notadamente a partir da década de noventa e continuadas na década seguinte, têm como objetivo adequar a lei infraconstitucional processual aos escopos do processo, segundo o instrumentalismo substancial, promovendo a prestação da tutela jurisdicional da forma mais eficiente possível.

Contudo, apesar de já implementadas há alguns anos ainda há resistência dos operadores do direito em aplicá-las em detrimento da segurança jurídica e do apego às antigas fórmulas do positivismo.

O princípio da segurança jurídica, embora de inquestionável relevância, não pode sempre prevalecer em detrimento da efetividade. Nos casos em que o perecimento do bem, a natureza da lesão, a irreversibilidade ou a evidência do

direito pretendido exigirem a execução provisória das decisões, essa deverá ser feita sob pena de afronta ao próprio princípio do acesso ao judiciário e do devido processo legal.

O Estado, ao proibir a autotutela, deve garantir à parte que procura no judiciário a satisfação da sua pretensão, um arcabouço de medidas que garantam a reparação e o retorno do ofendido ao estado anterior à lesão. Somente quando impossível a tutela específica será garantida, ao lesado, a indenização pelos prejuízos sofridos.

A plena satisfação concreta da pretensão é corolário da garantia de que a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário nenhuma lesão ou ameaça a direito, além da garantia do processo legal devido, ou seja, do processo justo. A falta de exequibilidade da decisão judicial corresponde, na prática, à própria denegação da justiça. Não adianta a declaração do direito se não há produção dos efeitos concretos pretendidos.

Assim, a antecipação da decisão de mérito nos casos em que a demora do procedimento ordinário pode representar verdadeira denegação de justiça, bem como a imposição de medidas coercitivas para induzimento ao cumprimento da decisão condenatória e medidas sub-rogatórias, para obtenção do resultado prático equivalente, são verdadeiras garantias da autoridade das decisões judiciais, além de meio de proporcionar às partes a paridade de armas, ou seja, a igualdade material no processo em substituição à meramente formal.

Os mecanismos destinados à promoção da tutela jurisdicional de forma expedida e específica, adquirem maior importância no processo do trabalho tendo em vista a natureza da relação jurídica envolvida.

No processo do trabalho a desigualdade material das partes é evidente, assim como a essencialidade das prestações de natureza alimentar. Assim a falta de distribuição do ônus do tempo do processo prejudica ainda mais a parte hipossuficiente, que muitas vezes depende do crédito trabalhista para sobreviver e não pode esperar pela demora do procedimento ordinário.

A prestação da tutela de forma diferenciada e específica de acordo com as necessidades próprias de cada caso concreto se torna indispensável para a satisfação das pretensões postas em juízo, efetivação das promessas constitucionais e concretização da justiça.

As mudanças legislativas têm sido feitas com o objetivo de tornar o processo um instrumento célere e justo de efetivação da tutela jurisdicional, basta agora que os operadores do direito as utilizem também de forma efetiva. A eficiência das tutelas diferenciadas, na medida em que garantam a concretização das promessas legislativas, torna-se instrumento necessário à afirmação da autoridade do Poder Judiciário e consolidação do próprio Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela Específica das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003.

ALVIM, Luciana Gontijo Carreira. *Tutela antecipada na sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BARACAT, Eduardo Milléo. *A Boa-fé no Direito Individual do Trabalho*. São Paulo. LTR: 2003.

BARROSO, Luiz Roberto e de BARCELLOS, Ana Paula. *O começo da história. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. In: Temas de direito constitucional, t. III, 2005.

BENTO, Flávio e MACHADO, Vítor Affonso Vieira. *Efetividade do Processo: A hipótese de execução definitiva de valores incontroversos na Execução Trabalhista*. Revista LTR.73-10/1223-1230, São Paulo: LTR, 2009.

BOBBIO Norberto, *Teoria da Norma Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2005.

BRITO, Correa Tancísio. *França*. In: TOLEDO FILHO, Manuel Carlos e EÇA, Vítor Salino. *Direito Processual do Trabalho Comparado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil, vol. I*. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CHIARLONI, Sérgio. *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*. Revista de Processo, v.152, outubro. São Paulo: RT, 2007.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Principi Costituzionali e Processo di Esecuzione*. Revista di Diritto Processuale, Padova, v. XLIX (seconda serie), 1994.

DA COSTA, Orlando Teixeira. Justiça e Paz. *Revista LTr*, 57-02/137. São Paulo: LTr, 1993, p 137-141.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

FUX, LUIZ. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência (Fundamentos da tutela antecipada)*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GONÇALVES, Denise Willhem. A tutela antecipada e a tutela cautelar. *Revista de Processo nº 117*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GRINOVER, Ada Pelegrini. Tutela Jurisdicional das obrigações de fazer. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1995, vol. 79.

GRINOVER, Ada Pelegrini. *Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização*. Revista de Processo ano 30, vol. 121, março/ p.11-37 São Paulo: RT, 2005.

GUERRA, Marcelo de Lima. *Execução Indireta*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

LAMY, Eduardo de Avelar. *A distinção entre medidas urgentes e tutela de urgência: conseqüências para o escopo de sistematização*. Revista de processo nº 118. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LIMA, George Marmelstein. *50 Anos do Caso Lüth: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra*. Disponível em: <http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/> Acesso em 26 dez. 2010.

MALLET, Estevão. *Antecipação da tutela no Processo do Trabalho*. 2 ed. São Paulo: LTR, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento. Vol. II.* 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos Fundamentais, Conceito, Função e Tipos.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MOURA, Marcelo. *A estabilização (efetivação) da tutela antecipada diante do pedido incontroverso no processo do trabalho- o projeto do IBDP e os avanços da lei 11.232 de 22.12.2005.* Revista LTr.70-04/437-445. São Paulo: LTR, 2006.

NETTO, José Paulo e BRAZ, Marcelo. *Economia Política: uma introdução crítica.* 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2007.

PIMENTA, José Roberto Freire. *Tutela específica e antecipada das obrigações de fazer e não-fazer no processo do trabalho, Cominação de prisão pelo juízo do trabalho em caso de descumprimento do comando judicial.* Revista do TRT 3ª Região, jul/dez, 1997.

PIMENTA, José Roberto Freire. *Tutelas de urgência no processo do trabalho: O potencial transformador das relações trabalhistas das reformas do CPC brasileiro.* Revista do TRT 15ª Região, nº 24- junho, 2004 e *Direito do Trabalho- Evolução, Crise, Perspectivas.* Obra coletiva. São Paulo: LTR, 2004.

PERROT, Roger. *La coercizione per dissuasione nel Diritto Francese.* Revista di Diritto Processuale, V. LI (seconda serie), 1996

PRATA, Edson. *História do processo civil e sua projeção no direito moderno.* Rio de Janeiro. Forense, 1987.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *O Processo do nosso tempo e o tempo do processo: algumas considerações analógicas no mundo digital.* In: SENA, Adriana Goulart; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio;CANTELLI Paula Oliveira (coord.). *Processo do Trabalho Atual e temas conexos.* Belo Horizonte, Mandamentos, 2004. p 29-46.

ROSSONI, Igor Bimkoowski. *O processo justo e a decisão justa no ordenamento jurídico brasileiro.* Disponível em <http://www6.ufrgs.br/ressevera/wp-content/uploads/2009/06/14-artigo-05.pdf>. Acesso em 21 jan. 2011.

SARAPU, Thais Macedo Martins. Noções Gerais de Tutela Coletiva. Direito Processual Coletivo. Estado Democrático de Direito. Direito e Devido Processo Legal Coletivo. In PIMENTA, José Roberto Freire; MEDEIROS DE BARROS, Juliana Augusta; FERNANDES, Nádia Soraggi.(coord.) *Tutela Metaindividual Trabalhista* São Paulo: LTR, 2009.

SENA, Adriana Goulart de. Formas de Resolução de Conflitos e Acesso à Justiça. *Revista da Escola*. Revista do TRT da 3ª Região. Edição 76 julho-dezembro, 2007. Disponível em http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_76/Adriana_Sena.pdf. Acesso em 28 jan. 2011.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SIMM, Zeno. *Os Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*. Revista LTR, São Paulo, v.69, n.11, p. 1287-1303, 2005.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha; FIUZA, César Augusto de Castro. *A tutela antecipada e o instituto da evidência no processo civil americano*. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, v.02, n.3 e 4, p. 253-257, 1999.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

TARZIA, Giuseppe. *Il Giusto Processo di Esecuzione*. Revista de Diritto Processuale, Padova, v. LVII (seconda serie), 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela Específica das Obrigações de fazer e não fazer*. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil* n° 15- Jan-Fev, 2002.

ZAVASCKI, Teori Albino, *Antecipação da Tutela*. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

Sites:

<http://www.senato.it/documenti/repository/costituzione.pdf>.

<http://www.yourrights.org.uk/yourrights/the-human-rights-act/the-convention-rights/article-6-right-to-a-fair-trial.html>.

http://www.lexinter.net/NCPC/ordonnances_de_refere.htm.

<http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/refere.php>

(apud Del Rey Guanter, S. “ Derechos fundamentales de La persona y contrato de trabajo: notas para uma teoria general” p. 18)