

INSTRUMENTALISMO SUBSTANCIAL E TUTELA JURISDICIONAL CIVIL E TRABALHISTA: UMA ABORDAGEM HISTÓRICO-JURÍDICA

José Roberto Freire Pimenta*
 Lorena Vasconcelos Porto**

SUMÁRIO

- 1 INTRODUÇÃO**
- 2 AS SOCIEDADES ARCAICAS E O DIREITO ROMANO**
- 3 A IDADE MÉDIA**
- 4 O ESTADO LIBERAL**
- 5 AS DISTORÇÕES E INJUSTIÇAS ADVINDAS DO LIBERALISMO**
- 6 O ESTADO SOCIAL**
- 7 O DIREITO DO TRABALHO E O PROCESSO DO TRABALHO**
- 8 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**
- 8.1 A importância da diversificação dos mecanismos processuais**
- 8.2 Os procedimentos especiais e os direitos por eles protegidos**
- 8.3 As reformas do Código de Processo Civil brasileiro**
- 8.4 O uso distorcido - mas compreensível - da ação cautelar inominada no Brasil e na Itália**
- 8.5 Uma recente e necessária evolução da ordem jurídica: os direitos transindividuais e as ações coletivas**
- 9 CONCLUSÃO**
- 10 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda as relações entre o direito material e a tutela jurisdicional, em sua evolução ao longo da história. Partimos da premissa de que a compreensão do fenômeno jurídico deve necessariamente considerar o contexto socioeconômico e político em que ele se encontra inserido. Com efeito, conforme as lições do célebre jusfilósofo Miguel Reale, o Direito deve ser estudado em uma perspectiva tridimensional, pois que ele é, a um só tempo, fato, valor e norma:

Uma análise em profundidade dos diversos sentidos da palavra Direito veio demonstrar que eles correspondem a três aspectos básicos, discerníveis em todo e qualquer momento da vida jurídica: um aspecto normativo (o

* Desembargador Federal do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Doutor em Direito Constitucional pela UFMG e Professor Adjunto III da Faculdade de Direito da PUC/MG, nas áreas de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho, nos cursos de Graduação e de Pós-Graduação. É ainda Diretor da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região e membro do Conselho Consultivo da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT) do Tribunal Superior do Trabalho.

** Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade de Roma II, mestrandia em Direito do Trabalho na PUC/MG e bolsista da CAPES.

Direito como ordenamento e sua respectiva ciência); um aspecto fático (o Direito como fato, ou em sua efetividade social e histórica) e um aspecto axiológico (o Direito como valor de Justiça). [...] Tais elementos ou fatores (fato, valor e norma) não existem separados um dos outros, mas coexistem numa unidade concreta. [...] Donde devemos concluir que a compreensão integral do Direito somente pode ser atingida graças à correlação integral e dinâmica das três apontadas dimensões da experiência jurídica, que se confunde com a história mesma do homem na sua perene faina de harmonizar o que é com o que deve ser.¹ (sem grifos no original)

Destarte, sendo o Direito não somente norma, mas também fato e valor, a compreensão dos seus diversos aspectos - construção, conteúdo, evolução e suas modificações - não pode ser desvinculada da análise do contexto espaço-temporal em que ele se insere: a política, a economia, a sociedade, a moral, a religião, a forma de Estado etc.

O ilustre processualista Luiz Guilherme Marinoni, ao se referir especificamente ao processo civil, afirma que ele “deve ser visto à luz da história e do Estado a que se liga”.² Nada mais natural, pois, se o direito substancial deve assim ser visto, o processo, sendo seu instrumento por excelência, segue a mesma sorte. É exatamente com base nessa premissa que propomos a análise do direito material e do processo - incluindo-se aí o papel do juiz -, ao longo da história, desde as sociedades arcaicas até os dias atuais.

O estudo do passado é extremamente útil para compreender o presente e, a partir daí, traçar o futuro. Começemos então nossa viagem pelo tempo.

2 AS SOCIEDADES ARCAICAS E O DIREITO ROMANO

Dentre os povos antigos, o processo tinha inicialmente natureza religiosa. Os germânicos, sobretudo, recorriam aos “juízos de deus” ou “ordálias”, esperando provocar, por meio de uma prova mística (duelo, prova do fogo, da água fervente, do veneno etc.), a intervenção divina para apontar o culpado. Os procedimentos eram, na descrição do inglês Jeremy Bentham, “autênticos jogos de azar ou cenas de bruxaria, e, em vez de julgamentos lógicos, eram confiados a exorcistas e verdugos”.³ Acreditava-se ser possível chegar-se a um resultado certo e infalível através dessas provas, o que perdurou até o século XVI.

Na sociedade arcaica, os direitos materiais eram aqueles nascidos do ajuizamento das ações e das decisões dos sacerdotes, reis, pontífices ou juízes que as julgavam.⁴ Pietro Cogliolo narra que, no mundo romano, “durante muitos

¹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004, p. 64-68.

² MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 63.

³ BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las Pruebas*. Buenos Aires, 1959, p. 45 *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. V. I. 42. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005, p. 12.

⁴ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução à Ciência do Direito*. 7. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1976, p. 379-380.

séculos, a *actio* criou o *jus*, e só quando se tornou vasto o patrimônio jurídico o *jus* preexistiu e a *actio* transformou-se no modo de garanti-lo e impedir a sua violação”. Segundo esse autor, a idéia de ação, como faculdade de apresentar uma pretensão ao juiz para obter uma sentença, significou grande progresso, tendo sido elaborada pelos romanos.⁵

O processo entre os romanos revestia-se de formalismo excessivo: era um conjunto de fórmulas e gestos sagrados ou rituais que as partes deviam repetir, exata e corretamente, sob pena de nulidade. A princípio, não havia exposição dos fatos e nem fundamentação. Por meio de um gesto, que representava em regra a ofensa, o autor pleiteava a proteção do juiz, o qual decidia de forma simples, sem fundamentação. Primeiramente os romanos criaram o processo criminal, do qual surgiu, posteriormente, o processo civil.⁶

O período mais antigo do processo civil romano, que vai da fundação de Roma até o ano 149 a.C., é denominado *legis actiones*, em virtude de as partes somente poderem usar as ações da lei, que eram em número de cinco. O período seguinte, denominado formulário, é marcado pela grande expansão territorial do Império Romano, o que gerou novas e complexas relações jurídicas, cujas soluções não mais se enquadravam nos restritos limites das *legis actiones*. Estas foram abolidas, ficando o juiz autorizado a conceder fórmulas de ações que fossem aptas a compor toda e qualquer lide que lhe fosse apresentada. O magistrado examinava a pretensão do autor e ouvia o réu e, caso concedesse a ação, entregava ao autor uma fórmula escrita, encaminhando-o ao árbitro para que ele julgasse a causa e pronunciasse a sentença.⁷

O Direito Romano clássico, em seu primeiro momento, adotou a tipicidade das ações, de forma que os direitos subjetivos previstos pelo direito material, frente à sua alegada violação, somente poderiam ser defendidos em juízo e, assim, ter seu cumprimento assegurado pelo Poder Público, caso houvesse uma previsão legal específica. No período seguinte, dito formulário, a existência do direito de ação passou a depender da discricionariedade do juiz, que poderia ou não conceder a respectiva “fórmula”. Não havia, portanto, um direito de ação autônomo, isto é, nem todos os direitos materiais poderiam ser defendidos por meio do processo. Dependia-se, no primeiro período, de previsão legal específica e, no segundo, da discricionariedade judicial, o que poderia propiciar o favorecimento de determinadas pessoas ou situações em detrimento de outras, em clara afronta ao princípio da isonomia.

Note-se, ademais, que nos primórdios do Direito Romano não existia o processo de execução nos moldes atualmente vigentes. Com efeito, “o vencido na ação de condenação ficava à mercê do vencedor, que realizava o direito reconhecido em seu favor *ex proprio Marte*, agindo até fisicamente sobre a pessoa do devedor, que podia até ser reduzido à condição de escravo do credor”.⁸

⁵ *Idemibidem*, p. 380-381.

⁶ “Conheceram os romanos o processo criminal e o processo civil. Primeiro surgiu aquele, pois este daquele brotou.” GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Op. cit.*, p. 380.

⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. V. I. 42. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005, p. 11-12.

⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução*. 22. ed. São Paulo: Livraria e Ed. Universitária de Direito, 2004, p. 35.

Posteriormente, veio a surgir dentre os romanos a *actio iudicati*, que consistia na intervenção do Estado na atividade de realizar em concreto o direito reconhecido judicialmente. Todavia, no início do período medieval, com o domínio dos povos germânicos sobre a Europa ocidental, houve um retrocesso àquela fase inicial, de inexistência da execução judicial, de modo que o devedor sujeitava-se fisicamente à ação direta do credor para o cumprimento de suas obrigações. Essa forma de execução privada, no entanto, começou a perder espaço por volta do ano 1000, com o desenvolvimento dos estudos do Direito Romano pelos denominados glosadores, nas grandes universidades européias.⁹

O instituto da execução aparelhada baseado no título executivo, que ganhou seus contornos definitivos na Europa do século XIII e que ainda subsiste na execução dos dias de hoje, nasceu de um compromisso entre os dois principais sistemas executivos até então praticados - o sistema germânico (praticado pelos Estados bárbaros surgidos após o esfacelamento do Império Romano do Ocidente) e o sistema romano (cuja forma final foi estabelecida no Império Bizantino por Justiniano, no século VI de nossa era). O sistema germânico era célere, mas suscetível a arbitrariedades, pois admitia execução através de penhora e outras medidas de força contra a pessoa do devedor por autoridade privada e sem anterior processo de conhecimento. O sistema romano era, por sua vez, mais seguro, por ser exclusivamente estatal e patrimonial, mas favorecia as procrastinações: preocupando-se primordialmente em evitar medidas desumanas ou injustas contra o devedor, exigia, mesmo depois da condenação definitiva proferida em ação de conhecimento, nova ação de cognição - a *actio iudicati* - na qual era permitida ao devedor a ampla contestação do pleito executivo, sendo necessária, após novo e pleno contraditório, outra decisão judicial que autorizasse os atos executivos.¹⁰

Diante das novas necessidades econômicas e sociais advindas da nascente Revolução Comercial e do florescimento dos burgos, era preciso eliminar, de um lado, os atos voluntariosos e arbitrários de violência privada típicos do sistema germânico (que basicamente significavam uma execução por autoridade privada, sem prévia cognição, gerando uma insegurança inconveniente aos negócios) mas, de outro, impedir também as dilações típicas do sistema romano de execução, que privilegiavam demasiado o direito do devedor de rediscutir a própria origem e a existência de sua obrigação já declarada em definitivo em Juízo. Daí, como bem acentua LIEBMAN¹¹, surgiu um compromisso entre aqueles dois sistemas anteriores.

A execução privada é erradicada e restaura-se o princípio da prioridade da cognição sobre a execução (só sendo esta possível após a condenação do demandado a cumprir sua obrigação). Em compensação, afastou-se a necessidade de propor qualquer ação de cognição após a sentença condenatória, adotando-se o princípio de que, na execução, o juiz deve assumir a posição de mero executor do que já foi decidido (e não mais de julgador).

⁹ *Idemibidem*, p. 36.

¹⁰ Para uma exposição mais aprofundada da evolução histórica da execução forçada, consultem THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*, Capítulos III a X. 1. ed. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 1987, p. 83-150, e DINAMARCO, Cândido Rangel, *Execução civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, Capítulo I, §§ 1º e 2º, p. 29-61.

¹¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 5. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1986, p. 11-13.

Nasce o título executivo, como base do novo sistema: obtida a sentença condenatória, a confissão do direito ou da dívida em Juízo ou qualquer dos outros instrumentos que legalmente significam a voluntária aceitação prévia da execução forçada (e que, por equívalem à confissão da dívida, passam a ser equiparados para efeitos executivos, à sentença condenatória definitiva¹²), o credor pode promover diretamente a execução forçada sem necessidade de outra ação de cognição, bastando-lhe apresentar o documento comprobatório do título ao magistrado. Este, depois de fazer uma verificação meramente formal da regularidade daquele título, expede um mandado para que o devedor cumpra sua obrigação e, em caso de recalcitrância deste, determina a invasão patrimonial necessária à satisfação do débito - que, no entanto, deve ser limitada ao valor da obrigação, expresso naquele (o que, por sua vez, tornou indispensável sua prévia liquidação, sob pena de tornar inadequada a via executiva).

O novo sistema de execução surge, portanto, como uma síntese dialética de exigências e necessidades opostas: de um lado, justiça e ponderação; de outro, celeridade.¹³

3 A IDADE MÉDIA

No período medieval, a igualdade também esteve longe de ser praticada pelo Direito. Exemplos não nos faltam. O italiano Cesare Beccaria (1738-1793), em sua célebre obra *Dos delitos e das penas*, descreve como as sanções penais eram diferentes caso se tratasse de um rico ou de um pobre: para os primeiros eram mais leves como uma multa, para os segundos eram cruéis como os castigos corporais e a pena capital. Considerado a expressão do Iluminismo no Direito Penal, com forte influência da filosofia francesa em sua formação, Beccaria invocava a razão contra a tradição clássica, estabelecendo limites entre a justiça divina e a justiça humana, entre o pecado e o crime. Protestou contra as injustiças do Direito e do Processo Penais de sua época: os julgamentos secretos, o juramento imposto ao acusado, a tortura, a delação, a atrocidade do suplício, a desproporcionalidade entre a pena e o delito e a desigualdade diante da sanção.

Sustentando que “as mesmas penas devem ser aplicadas aos poderosos e aos mais humildes cidadãos, desde que hajam cometido os mesmos crimes”, defendia os princípios da legalidade e da igualdade perante a lei, como garantias da liberdade dos cidadãos.¹⁴ Invocando as lições de Montesquieu, preconizava a

¹² Sendo esta a gênese dos títulos cambiais e, em geral, dos títulos executivos extrajudiciais, de uso cada vez mais generalizado na prática jurídica moderna.

¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987, p. 363-369 e 449.

¹⁴ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 9-10. Observa-se que o princípio da legalidade e a igualdade formal não são suficientes para evitar que o Direito Penal cumpra uma função conservadora, isto é, de manutenção dos interesses das classes dominantes. Basta constatar quão severas são as penas cominadas aos crimes contra o patrimônio (a pena do furto - art. 155 do CP - é bem superior à da lesão corporal - art. 129 do CP, havendo assim uma inversão dos valores, isto é, considerando-se o patrimônio mais

limitação dos poderes do Estado, afirmando ser essencial a separação entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, com a conseqüente limitação do poder dos juízes.¹⁵ Os princípios da legalidade, da igualdade formal e as limitações ao poder do Estado eram defendidos como a garantia da vida e da liberdade dos cidadãos, contra os abusos cometidos pelos segmentos sociais dominantes à época - nobreza e clero -, sustentados pelo absolutismo monárquico:

A humanidade, gemendo sob a implacável superstição; a avareza, a ambição de alguns, tingindo com o sangue humano os escrínios de ouro e os tronos dos reis, as ocultas traições e os massacres públicos, todos os nobres, tiranos da plebe. Os ministros da verdade evangélica, sujando de sangue as mãos que todos os dias tocavam o Deus da mansuetude, não são obra deste século esclarecido.¹⁶

A opinião que cada cidadão deve ter de poder fazer tudo o que não é contrário à lei, sem temer outro inconveniente, além do que pode resultar da própria ação - eis o dogma político em que os povos deveriam acreditar e que os supremos magistrados deveriam apregoar com a incorruptível proteção das leis, dogma sagrado, sem o qual não pode haver sociedade legítima [...] Eis o que torna as almas livres e vigorosas e as mentes esclarecidas, que faz os homens virtuosos, mas virtude que sabe resistir ao temor e não da prudência submissa, digna apenas de quem pode tolerar precária e incerta resistência.¹⁷

Na Idade Média, por influência da Igreja Católica de então, o processo penal do tipo inquisitivo passou a dominar toda ou quase toda a Europa continental. Ele é caracterizado pela ausência do contraditório, inexistindo regras de igualdade e liberdade processuais. O juiz concentra as funções de acusar, defender e julgar, iniciando o processo de ofício, recolhendo as provas e proferindo a decisão final, podendo submeter o acusado a torturas, a fim de obter a “rainha das provas”: a confissão.

importante, merecedor de maior tutela, do que a integridade física do homem). Outro exemplo: na apropriação indébita de contribuição previdenciária - art. 168-A do CP - cujo sujeito passivo coincide invariavelmente com a figura do empresário - há a previsão da extinção da punibilidade e da não aplicação da pena pelo juiz, benefícios estes que não foram previstos para a apropriação indébita comum (art. 168 do CP). De fato, adverte Nilo Batista que: “podemos assim dizer que a missão do direito penal é a proteção dos bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena. Numa sociedade dividida em classes, o direito penal estará protegendo relações sociais (ou ‘interesses’, ou ‘estados sociais’, ou ‘valores’) escolhidos pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade, e contribuindo para a reprodução dessas relações.” BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2004, p. 116.

¹⁵ BECCARIA, Cesare. *Op. cit.*, p. 32-35.

¹⁶ *Idem ibidem*, p. 36.

Esse procedimento é todo secreto e nele não se confere nenhuma garantia ao réu, o qual não é tratado como sujeito de direito, mas sim como objeto do processo. A sentença não era fundamentada, pois dependia exclusivamente do livre arbítrio do juiz. O processo inquisitivo, apesar de ter sido introduzido pelo Direito Canônico, espalhou-se em seguida pelos Tribunais seculares, uma vez que os monarcas absolutistas passaram a vê-lo como uma arma poderosa para defender os seus interesses e os das ordens sociais dominantes.¹⁸

Mauro Cappelletti, por sua vez, ao explicar as razões históricas pelas quais o controle de constitucionalidade das leis na França não é confiado ao Poder Judiciário, mas sim ao *Conseil Constitutionnel*, aponta-nos os abusos e arbitrariedades que os juízes cometiam na França medieval, motivo pelo qual muitos deles foram decapitados na Revolução Francesa:

[...] a permanente lembrança das graves interferências que, anteriormente à Revolução, os juízes franceses muito freqüentemente perpetravam na esfera dos outros poderes, com conseqüências que [...] mais amiudadamente tinham, antes, o sabor do arbítrio ou do abuso. [...] o ofício judiciário fora considerado pelos juízes franceses do *ancien régime* e, em particular, pelos *Parlementaires*, ou seja, pelos juízes daquelas Cortes Superiores que eram os *Parlements*, como um *droit de propriété, un droit patrimonial*, possuído por eles *au même titre que leurs maisons et leurs terres*, [...] desfrutavam dele, sobretudo, o mais possível - à custa, bem se entenda, das partes litigantes - do mesmo modo que um proprietário que sabe desfrutar do seu próprio poder. Não foi à toa que aqueles juízes estiveram, quase sempre, entre os adversários mais implacáveis de qualquer, mesmo mínima, reforma em sentido liberal, e, então, implacabilíssimos adversários da Revolução que, nas terras das guilhotinas, fez, afinal, larga messe de suas veneráveis cabeças...¹⁹

A Bastilha foi derrubada, logo no início dessa Revolução, por ser um símbolo de opressão e injustiça, pois durante séculos havia sido usada para prender, torturar e matar os inimigos da Coroa.²⁰ O lugar que outrora era ocupado por esse edifício hoje abriga um monumento em homenagem à liberdade. O próprio crime de “lesa-majestade”, gravíssimo à época, não era tipificado em lei, cabendo ao rei definir quais ações aí se enquadravam, de modo a manter o *status quo*, isto é, os seus privilégios e os da nobreza.²¹

¹⁷ BECCARIA, Cesare. *Op. cit.*, p. 43-44.

¹⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2001, p. 29.

¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Rev. José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 94-97.

²⁰ A “Queda da Bastilha”, ocorrida em 14 de julho de 1789, é comemorada até hoje como data nacional na França. In HILLS, Ken. *A Revolução Francesa*. Trad. Jayme Brener. 4. ed. São Paulo: Ed. Ática, 1994, p. 10.

²¹ BRANDÃO, Cláudio Roberto Cintra Bezerra. *Culpabilidade na interpretação do Direito*

Na segunda metade do século XVIII, a sociedade francesa mantinha-se estamental, estando dividida em três ordens sociais, denominadas “estados”, uma herança odiosa do feudalismo e da Idade Média. O primeiro estado era constituído pelo clero²² e o segundo pela nobreza, que, juntos, representavam apenas 4% da população, mas possuíam grandes privilégios. Eram proprietários de 75% das terras do país e não pagavam nenhum tributo. O terceiro estado reunia todos que não pertenciam à nobreza ou ao clero, ou seja, mais de 95% da população francesa. Havia uma camada superior, composta por comerciantes ricos, médicos e advogados. Mas a maioria era constituída por camponeses e operários miseráveis.

Independentemente da sua situação econômica, os membros do terceiro estado não tinham qualquer privilégio: pagavam todos os impostos, sustentando o rei, os nobres e o clero. Nas reuniões da Assembléia dos Estados Gerais - raramente convocadas pelos reis, que invariavelmente tomavam todas as decisões diretamente - as votações não eram por cabeça, mas por ordem social. Assim, o terceiro estado ficava sempre em desvantagem, porque o primeiro e o segundo estados, unidos, defendiam os seus privilégios, votando contra os interesses do restante da população. Os membros do terceiro estado eram até proibidos de entrar pela porta da frente nas reuniões dos Estados Gerais.²³ Com efeito:

A todo momento os reis da dinastia Bourbon aumentavam os impostos, para pagar suas dívidas. De acordo com as leis feudais os impostos eram pagos exclusivamente pelo povo. A nobreza, classe dominante, e a riquíssima Igreja Católica não pagavam nada. As obrigações feudais garantiam aos nobres e sacerdotes toda a produção dos camponeses. Viajantes estrangeiros que passavam pela França ficavam chocados com a miséria dos camponeses. Um deles escreveu que eles pareciam “corvos famintos” e não gente. E as razões da pobreza dos camponeses eram claras: os impostos para o governo, o imposto para a Igreja Católica, o imposto para os nobres e muitos outros impostos que deviam ser pagos, de acordo com as normas criadas centenas de anos antes. Nem mesmo os poucos empresários e grandes comerciantes do país tinham condições de concorrer com seus competidores ingleses, por causa das elevadas taxas cobradas pelo governo. Sempre que o rei aumentava os impostos a maioria do povo passava fome. Luís XVI, que era um rei absolutista, governava sem consultar ninguém. Era necessário realizar reformas para melhorar a vida dos franceses. Mas o governo não pensava em modificar a situação. O povo, desesperado, se revoltou. E a Revolução Francesa abalou o absolutismo em toda a Europa.²⁴

Penal. Palestra proferida na PUC-Minas, no dia 25.05.2006.

²² “*En effet, depuis le Moyen Âge, l'Église catholique exerçait, notamment en France, un magistère à la fois sur les pouvoirs en place (en appuyant notamment les monarchies dites 'de droit divin' dans leur mutuel intérêt), mais aussi sur les consciences, les mœurs et les arts. Avec la Renaissance humaniste (XVI siècle) et la philosophie des Lumières (XVIII siècle) s'affirme une volonté d'affranchir de l'emprise temporelle du clergé les sphères du politique, du savoir, de la création e de la vie privée. [...] il faut également se rappeler que, de la Révolution de 1789 jusqu'au début du XX siècle, l'Église catholique ne cessa de s'opposer violemment à la République*”. GAZSI, Mélina. *Cents ans de la laïcité à la française*. Label France, n. 60, p. 20-23, 4^o trimestre de 2005, p. 21.

²³ HILLS, Ken. *Op. cit.*, p. 8-10.

4 O ESTADO LIBERAL

Nesse contexto, a igualdade perante a lei, com a eliminação das desigualdades e dos privilégios medievais, odiosos e injustos, era defendida como forma de libertar os homens. Com efeito, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) veio a proclamar que “todos os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”.

Destarte, o processo penal - incorporando os ideais liberais de limitação dos poderes estatais, da igualdade perante a lei e do princípio da legalidade, para garantir a liberdade dos indivíduos - sofreu mudanças, vindo a adquirir caráter acusatório. Este é caracterizado pela presença do contraditório, como garantia político-jurídica do cidadão, e pela igualdade de direitos e obrigações entre as partes. O processo é público e fiscalizável pelo povo (com raras exceções de certa limitação da publicidade), o juiz não pode iniciá-lo *ex officio* e as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a pessoas distintas.

As enormes desigualdades e arbitrariedades medievais foram combatidas pelo Iluminismo e pelas Revoluções Liberais, dentre as quais se destaca a Revolução Francesa. Surgiu então o Estado Liberal, cujos valores maiores eram a liberdade e a igualdade formais e a defesa da propriedade privada, asseguradas pela Constituição e pelas leis. Na França surgiu o Código Civil de Napoleão (1804) que, segundo este, foi o maior dos legados por ele deixado. Essa codificação, refletindo os ideais dos revolucionários, fundava-se nos princípios individualistas da liberdade contratual e da propriedade como direito absoluto, bem como na responsabilidade fundada na culpa provada pela vítima. A propriedade era definida como “o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta”.²⁵

O ilustre civilista italiano Enzo Roppo afirma que o Código Napoleônico, tendo sido produto da vitória da burguesia na Revolução de 1789, conferiu força de lei às conquistas políticas, ideológicas e econômicas dessa classe. Um exemplo claro dessa afirmação é a disciplina do contrato, que, longe de ser um instituto autônomo, ocupava uma posição subordinada, servil, com relação ao direito de propriedade. Este era o instituto-base da codificação, em função do qual foram ordenados todos os demais. O contrato veio, assim, a responder a uma exigência concreta presente na França pós-revolucionária: a “desoneração” e a mobilização da propriedade fundiária.

Com efeito, o regime jurídico de tal propriedade no feudalismo - com a atomização dos poderes sobre a terra entre vários titulares - era incompatível com as exigências do aproveitamento econômico máximo e racional desse bem nos moldes capitalistas. Tornou-se necessária, portanto, a afirmação dos poderes do proprietário como plenos e absolutos, com a correlata liberdade de inserir os bens no ciclo produtivo, sem quaisquer entraves. Para tanto, era mister atender a uma outra necessidade: o deslocamento da propriedade imobiliária dos seus tradicionais titulares - nobreza e clero - para a burguesia. De fato, esta precisava reunir em suas mãos os recursos produtivos, para explorá-los e multiplicá-los por meio do comércio e da indústria.

²⁴ *Idemibidem*, p. 2-4 e 7.

Nessa ordem de idéias é que se tornou fundamental a disciplina do contrato de acordo com os cânones do liberalismo. A plena liberdade dos contraentes - afirmada como decorrência lógica e necessária da própria liberdade individual - cumpriria duplo papel: assegurava à classe mercantil a aquisição dos bens desejados e evitava o conflito com as velhas classes proprietárias, às quais era garantido o direito de não serem privadas de suas terras senão pela sua própria vontade. Desse modo, a burguesia poderia alcançar o seu escopo sem ter a nobreza e o clero como inimigos, mas sim como aliados subalternos.²⁶

As observações acima tecidas corroboram o que se vem afirmando nesse trabalho: o fato de o fenômeno jurídico não ser algo neutro, mas sim indissociavelmente ligado ao contexto socioeconômico e político no qual ele se insere. Dessa forma, a compreensão das normas jurídicas - sejam as materiais, sejam as processuais - não pode jamais ser desvinculada da compreensão desse contexto.

Nessa época, surgiu também no campo da Hermenêutica Jurídica a denominada Escola da Exegese que, com relação à interpretação do *Code Napoléon*, defendia a perfeita identidade entre texto legal e norma, tomando a disposição legislativa como um dogma e devendo o intérprete limitar-se a pesquisar a “vontade do legislador”. Seus seguidores proclamavam: “ignoro o direito civil, só conheço o Código de Napoleão” (Bugnet) e “os códigos nada deixam ao arbítrio do intérprete; o direito está escrito nos textos autênticos” (Laurent). Assim, quando clara a lei, o intérprete e aplicador deveria fixar-se no sentido das palavras usadas pelo legislador (método gramatical ou literal) e, se obscura, deveria pesquisar e descobrir o exato pensamento do legislador nela contido.

Portanto, preconizava-se a máxima limitação da liberdade do juiz na interpretação e aplicação das leis: o magistrado deveria restringir-se a ser “a boca da lei” (*la bouche de la loi*). Tratava-se de verdadeiro “fetichismo legal”, nas palavras dos juristas que posteriormente vieram a criticar essa Escola.²⁷ Esse pensamento exigia verdadeira neutralidade por parte do juiz, isto é, o seu total alheamento em relação aos valores sociais de um determinado tempo e lugar, consagrados na Constituição de um país, notadamente com seus princípios fundamentais, e sua indiferença com relação às circunstâncias particulares do caso concreto e aos direitos, interesses e sujeitos nele envolvidos.

Normas que hoje são vistas como de grande importância para a efetividade da tutela jurisdicional - como os arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil brasileiro (CPC) e o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) - seriam inaceitáveis sob a ótica do liberalismo. A limitação excessiva do poder do magistrado, para evitar supostos abusos e arbitrariedades, trazia como consequência o fato de que a execução somente poderia se efetivar através dos meios tipificados e explicitados na lei, não podendo o juiz da execução afastar-se do tipo único predeterminado pela lei, como necessário e adequado para cada caso concreto específico.²⁸

²⁵ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Op. cit.*, p. 362-3 e 371-2.

²⁶ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 41-6.

²⁷ *Idemibidem*, p. 263.

Com efeito, a prioridade da tutela específica sobre a tutela meramente ressarcitória e a possibilidade de aplicação, pelo juiz da execução, de multas coercitivas ao devedor para convencê-lo a prestar, ele próprio, o bem da vida objeto do provimento jurisdicional seriam impensáveis no contexto do Estado Liberal. É que, em nome do dogma da defesa absoluta da liberdade pessoal, próprio da racionalidade iluminista, não se poderia, jamais e por modo algum, constranger o devedor ao cumprimento específico de uma obrigação de fazer ou de não-fazer, devendo-se proporcionar a satisfação do credor, como regra geral e como primeira alternativa, por meio da indenização substitutiva por perdas e danos, ou seja, pela tutela meramente ressarcitória. Era exatamente essa a solução imposta pelo Código Napoleônico, em seu art. 1142.²⁹ Nesse contexto, a necessidade de se limitar a atividade do Judiciário, impedindo uma interferência supostamente excessiva por parte do Estado-juiz na esfera individual do cidadão, levou à proibição de o magistrado impor a pena de multa para a hipótese de descumprimento de suas ordens.³⁰

O referido dispositivo do *Code Napoléon*, retomando do direito romano a prevalência da execução pelo equivalente pecuniário do bem da vida objeto da condenação, vinha também ao encontro de outro princípio liberal: o da abstração das pessoas e dos bens, para a solução jurisdicional dos conflitos intersubjetivos de interesses. Não sendo possível ao juiz do paradigma liberal estabelecer uma escala de valores para ponderar quais bens deveriam, por sua maior relevância constitucional, ser prioritariamente objeto de satisfação específica, a transformação do bem devido em dinheiro como primeira e mais fácil solução era plenamente aceitável e até desejável. Demais disso, ao unificar e igualizar, na forma ressarcitória, a tutela prestada, atendia também à proibição, própria dos postulados do liberalismo, de o juiz tratar de forma diferenciada as necessidades sociais objeto dos processos submetidos à sua apreciação e julgamento.

Há ainda um objetivo por detrás dessa lógica liberal: para os detentores do capital, a limitação da sanção à forma pecuniária, além da vantagem da previsibilidade (possibilitando, por exemplo, o planejamento e a estimativa das despesas potenciais de qualquer empreendimento e das possíveis lides dele decorrentes, o que é sumamente importante para a dinâmica empresarial), é geralmente mais favorável aos seus interesses. Basta comparar as conseqüências da dispensa injustificada do empregado, quando sancionada na forma específica (reintegração no posto de trabalho) ou na modalidade apenas indenizatória.

É curioso notar que o requisito da “irreparabilidade” ou da “difícil reparação” do dano, presente no inciso I do art. 273 do CPC, já demonstra uma significativa mudança de paradigma, uma vez que dentro da lógica patrimonialista-liberal tudo poderia ser reparado pelo ressarcimento das perdas e danos e, assim, toda lesão seria pecuniariamente “reparável”.

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 70.

²⁹ *Idemibidem*, p. 58. O art. 1.142 do Código Civil Napoleônico estabelece que “Toda obrigação de fazer ou de não fazer se resolve em prejuízos e interesses, no caso de inexecução por parte do devedor” (tradução dos autores). *Code civil des français: édition originale et seule officielle. 1804*. Disponível em <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1061517>> Acesso em: 14 nov. 2006.

A evolução da Ciência Jurídica e a superação do paradigma liberal, todavia, vieram demonstrar que a exigência da neutralidade do juiz, além de ser, na verdade, impossível, é prejudicial aos princípios do paradigma do Estado Democrático de Direito hoje vigente, por contrariar os ideais de efetividade e justiça da tutela jurisdicional. Com efeito, o magistrado dos dias atuais deve avaliar e interpretar as necessidades do caso concreto, assim como aplicar a técnica processual, em conformidade com o direito substancial e os valores positivados na Constituição, sobretudo o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva. Na verdade, o que é imprescindível é a imparcialidade do juiz, isto é, o não favorecimento indevido de uma das partes do processo, postura bem diversa de uma suposta e constitucionalmente inaceitável neutralidade do julgador.

A defesa de uma postura abstencionista por parte do Estado, no período liberal, justificava-se pela necessidade de se preservar a incolumidade da esfera individual, garantindo-se os “direitos naturais” do homem que, segundo o inglês John Locke, grande teórico do liberalismo político e opositor do absolutismo monárquico, eram a vida, a liberdade e a propriedade.

Nesse ambiente ideológico, foi concebida no século XIX a teoria abstrata da ação, segundo a qual todo e qualquer direito garantido pela ordem jurídica, em caso de violação ou ameaça, poderia vir a ser defendido em juízo pelo seu titular. Rompia-se, assim, com a tipicidade das ações do direito romano, afirmando-se a autonomia do direito de ação com relação aos direitos substantivos. Tratou-se de um grande avanço com relação ao período precedente, pois se passou a permitir que todos, considerados iguais perante a lei, pudessem recorrer à tutela jurisdicional para obter a satisfação de seus direitos. Buscou-se, destarte, a completa abstração do processo com relação ao direito material, como forma de assegurar o acesso amplo e geral à tutela jurisdicional. A elaboração da teoria da ação, portanto, cumpriu importante papel na luta contra os privilégios e injustiças típicos da sociedade feudal e contra os abusos e arbitrariedades do Estado Absoluto.

5 AS DISTORÇÕES E INJUSTIÇAS ADVINDAS DO LIBERALISMO

A necessidade de afirmação da autonomia do processo como garantia aos cidadãos, no entanto, acabou por conduzir ao isolamento da ciência processual, ou seja, à sua neutralidade com relação ao direito material. Aos poucos, passou a predominar a idéia de que bastaria um único procedimento para todas as situações de direito substancial. A busca desse unitarismo procedimental decorria do louvável objetivo de eliminar os resquícios medievais de tratamento diferenciado às pessoas consoante a sua posição social.

O processo passou a ser concebido e tratado então como fenômeno unitário, ou, quando muito, suscetível de ser diferenciado em poucas e generalíssimas categorias: o processo de conhecimento (com as tutelas condenatória, constitutiva e declaratória), de execução e cautelar. Considerava-se que bastava o exercício do direito de ação - concretizado invariavelmente no procedimento de cognição plena seguido, se necessário, da execução forçada por meios necessariamente sub-rogatórios - para propiciar a tutela jurisdicional a todos os direitos previstos pelas normas substantivas, independentemente da especificidade dos seus conteúdos ou dos sujeitos reais que os titularizariam.

OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, por sua vez, chama a atenção para a direta ligação entre a ênfase da doutrina processual clássica em teorizar a ação no sentido processual como um direito formal e abstrato e, como tal, uniformemente aplicável a toda e qualquer relação material controvertida, e a proposição ideológica básica que alimentava tal teorização: legitimar a universalização do procedimento ordinário como a única forma de tutela processual compatível com os valores e padrões culturais da civilização moderna³¹, banindo-se dessa forma o verdadeiro inimigo que, de forma não declarada, desejava-se realmente combater: os processos sumários que operam um corte da totalidade do conflito, trazendo-o para o processo através de uma demanda que não o envolve em sua plenitude e reservando para processo subsequente o exame dos demais pontos ou questões litigiosas (os quais, embora capazes de propiciar uma tutela adequada e rápida para o conflito trazido à apreciação judicial, e, portanto, efetiva, são incapazes de propiciar segurança aos litigantes, no sentido de não poderem propiciar a certeza indispensável para a declaração definitiva do direito em discussão, com os efeitos da coisa julgada material).³²

Entendia-se, portanto, que a mera garantia, ao cidadão, do direito formal de apresentar sua pretensão em juízo, cujo exercício não poderia ser *a priori* obstaculizado pelo Estado, bastaria à proteção dos seus interesses. Não se considerava se o cidadão - não aquele abstratamente considerado, mas o indivíduo em concreto - teria condições socioeconômicas de exercer efetivamente esse direito.

A confusão entre autonomia e neutralidade do processo e entre imparcialidade e neutralidade do juiz, se em um primeiro momento parece decorrente apenas de uma distorção não intencional do pensamento liberal, que buscava a igualdade dos cidadãos e a sua liberdade perante o Estado, na verdade acabou por cumprir um papel conservador, de manutenção do *status quo*, isto é, de proteção dos interesses da emergente classe burguesa.³³ Tratava-se da “não elogiável intenção de afastar do Poder Judiciário algo que é fundamental para a aplicação da justiça ao caso concreto. Nem o juiz nem o processo podem ser neutros”.³⁴

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 63.

³¹ Com efeito, se a “ação” é una e abstrata, então não haveria razão para o processualista continuar distinguindo e classificando as inúmeras espécies de ações em função das diferentes pretensões de direito material, a serem todas elas veiculadas processualmente através da única “ação” existente, correspondente ao procedimento ordinário.

³² SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. V. 1: processo de conhecimento, 4. edição revista e atualizada, 1998. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 113-117.

³³ Ainda sobre os pressupostos próprios do iluminismo e do liberalismo como a base conceitual que presidiu a construção do processo civil contemporâneo, montado, consciente ou inconscientemente, para servir a uma sociedade de empresários (ideologicamente identificada com a sociedade em geral), e que encara todas as formas de sumarização processual como um estigma e uma ameaça ao valor segurança que, pelo menos até recentemente, predominava sobre todos os demais (especialmente sobre a efetividade) no processo civil do século XIX em diante, ao fundar-se na “universalização da ordinariedade”, vejam-se as profundas considerações de Ovídio Baptista da SILVA (*in Jurisdição e execução na tradição romano-canônica, op. cit.*, esp. seu capítulo 10 “O racionalismo moderno e a ciência do processo”, p. 102-133).

A aplicação do procedimento ordinário, de cognição plena, a todas as situações, ignorando a diversidade dos direitos e das pessoas deles titulares, bem como as necessidades da realidade social, se atende ao princípio liberal da igualdade meramente formal, viola frontalmente o princípio democrático da igualdade substancial, pois trata de forma igual sujeitos e situações desiguais.

Mas, se o abstencionismo do Estado foi pensado, em um momento inicial, como uma garantia aos cidadãos, a não interferência estatal na economia e na sociedade (*laissez-faire, laissez-passer*) acabou por permitir o surgimento de enormes distorções, gerando injustiças, desigualdades e exclusão social.

A igualdade de todos perante a lei - dogma inafastável no Estado Liberal - proibia o legislador de estabelecer tratamento diversificado às diferentes posições sociais. Se, por um lado, isso permitiu eliminar os injustos privilégios medievais remanescentes, por outro lado, todas as diferenças concretas e reais entre os cidadãos passaram a ser ignoradas pelo Estado, o que gerou uma série de discriminações e injustiças. Se essas existiam na Idade Média, por força da lei, elas também se fizeram presentes no Estado Liberal de Direito, pelas deliberadas abstenção da lei e limitação de sua força cogente, com a finalidade declarada de manter o Estado de então neutro e impassível diante das intoleráveis desigualdades reais.³⁵

Tornava-se necessária a assunção de um papel interventor pelo Estado: não mais para oprimir as pessoas, como no absolutismo, mas para propiciar, a todos os que delas necessitassem, a liberdade concreta e a igualdade substancial. Se no contexto medieval a lei era instrumento de dominação, pois reconhecia, estabelecia e assegurava a manutenção de desigualdades e privilégios, no Estado Liberal a igualdade formal é que acabou cumprindo esse papel, só que desta vez por omissão.

6 O ESTADO SOCIAL

Tornou-se necessário recorrer novamente à lei, mas não para prescrever privilégios e perpetuá-los, mas para buscar - por sua eliminação ou ao menos por sua atenuação - a igualdade substancial. Como dizia Lacordaire: "Entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, entre o patrão e o operário, é a liberdade que oprime e a lei que liberta."³⁶ De fato, os ideais da Revolução Francesa de "liberdade,

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 56.

³⁵ A natureza verdadeiramente perversa e nada imparcial do Estado de Direito Liberal não intervencionista é igualmente bem demonstrada pelas penetrantes análises de Ovídio Baptista da SILVA (*in Curso de direito civil. V. 2: Execução obrigacional, execução real, ações mandamentais*, 3. edição revista e atualizada, 1998. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 339-340 e, de forma mais aprofundada, *in Jurisdição e execução na tradição romano-canônica, op. cit.*, p. 192-208, esp. p. 205). Denuncia ele, em primeiro lugar, que a ordem jurídica, segundo a concepção liberal (modernamente representada pelos vários matizes de positivismo jurídico), é encarada como se o Estado, sendo uma entidade rigorosamente neutra quanto a valores, não tivesse qualquer interesse na vigência efetiva dos preceitos legais por ele próprio editados. No campo do direito privado seriam, pois, indiferentes, sob o ponto de vista do interesse público, o cumprimento da lei ou a resistência do condenado que preferisse descumpri-la e apenas ressarcir monetariamente a parte contrária de suas perdas e danos.

³⁶ "Libéralisme politique". *Wikipédia: l'encyclopédie libre*. Disponível em <http://fr.wikipedia.org/wiki/Lib%C3%A9ralisme_politique> Acesso em: 14 nov. 2006.

igualdade e fraternidade”, para realmente se efetivarem, necessitam de sua concretização conjunta: é a igualdade substancial e a fraternidade que podem assegurar uma verdadeira liberdade, sendo esta também condição necessária para a presença daquelas.

Nesse contexto é que passaram a ser reconhecidos e proclamados os direitos sociais e econômicos, dentre eles o Direito do Trabalho, bem como foi construído o paradigma do Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*). O Estado passou a intervir na economia, a regular os mercados e a realizar prestações positivas e serviços públicos. Tratou-se de grande avanço em relação ao constitucionalismo liberal-burguês, em que os direitos fundamentais eram vistos apenas como direitos de defesa contra o Estado. Os direitos sociais, em sentido amplo, exigem prestações sociais, ou seja, uma atuação estatal positiva: não se visa mais apenas à igualdade formal, mas à proteção ativa das posições sociais menos privilegiadas, pois o que importa é a liberdade real e não a meramente formal.

Nesse processo evolutivo, temos que as primeiras Constituições sociais - a Constituição do México, de 1917, e a Constituição alemã de Weimar, de 1919 - previam os direitos sociais, mas não elencavam garantias processuais que possibilitassem sua concreta proteção e efetivação. As Constituições sociais posteriores, criadas já no contexto do Estado Democrático de Direito, preocuparam-se em estabelecer tais mecanismos processuais, visando garantir a tutela jurisdicional efetiva dos direitos fundamentais, para que estes não permaneçam como meras e não concretizadas declarações solenes. Podem ser citadas, a propósito da Constituição brasileira de 1988, que se filiou decididamente a este último paradigma, as garantias do mandado de segurança coletivo³⁷, a argüição de descumprimento de preceito fundamental, o *habeas data* e o mandado de injunção (instituto cuja força instrumental, infelizmente, foi neutralizada pela interpretação restritiva adotada pelo Supremo Tribunal Federal).³⁸

³⁷ No que tange ao mandado de segurança individual e tendo em vista a denominada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, MARINONI afirma sua íntima correlação com os valores liberais, uma vez que, destinando-se a combater atos de autoridade pública, revela nítida preocupação com a ingerência do poder político na vida das pessoas. O autor afirma que a realidade atual demonstra que também os particulares podem infringir os direitos alheios - até de forma mais abusiva do que o Estado, cuja interferência na esfera individual por vezes é necessária para satisfazer as necessidades sociais - e que não são apenas as “liberdades públicas” que necessitam de uma tutela jurisdicional célere e efetiva. Nesse sentido, ele critica o veto ao art. 85 do CDC, que previa a possibilidade do uso do procedimento do mandado de segurança contra atos ilegais e abusivos de particulares, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas. O autor invoca ainda o direito comparado, lembrando que a Constituição da Argentina, após uma reforma em 1994, passou a permitir o uso da *acción de amparo* também contra atos de particulares. O autor defende, portanto, que o particular deve ter à sua disposição, para usar contra outro particular, um procedimento da espécie daquele previsto na lei do mandado de segurança, o que, antes de ser inconstitucional, como afirmado no aludido veto, em virtude de suposta extensão indevida do art. 5º, LXIX, da CF/88, é absolutamente válido, com fundamento no § 2º do mesmo art. 5º. MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 83-85 e 87.

³⁸ De acordo com o entendimento da maior parte da doutrina, ao julgar procedente o mandado de injunção, compete ao Poder Judiciário suprir a omissão normativa, formulando a regra

É interessante a evolução dos direitos ao longo da história, de acordo com os paradigmas de Estado sucessivamente vigentes. Ilustremos com o exemplo da liberdade conferida às partes para a cessação do contrato de trabalho. Houve tempos em que havia forte restrição legal à rescisão imotivada do pacto por iniciativa do obreiro, sendo-lhe cominada até mesmo a pena de prisão, sendo exemplos disso o diploma inglês *Master and Servant Act* de 1867, a Lei russa de 1886 e a Lei húngara de 1898. Sob tais legislações, no entanto, o patrão era livre para proceder unilateralmente à dispensa do trabalhador. Posteriormente evoluiu-se, então, para o estabelecimento de uma igualdade formal entre as partes, conferindo-se a elas igual liberdade jurídica para rescindir injustificadamente o contrato de trabalho. Dessa concepção clássica, de cunho liberal, a evolução seguiu seu rumo para a idéia do reconhecimento das desigualdades de fato entre os contratantes, de modo a restringir o direito do empregador de cessar o pacto empregatício, mantendo-se, todavia, a liberdade do obreiro em fazê-lo. Chegou-se, destarte, à construção da idéia de proteger-se a relação de emprego contra as dispensas imotivadas.³⁹

Assumiram relevância primordial valores como a igualdade substancial e a dignidade da pessoa humana, assegurados pelas Constituições sociais. Nesse contexto, o direito processual civil também teve que sofrer profundas mudanças. A garantia formal do exercício do direito de ação, cuja importância fundamental não pode ser negada, não bastava em si mesma, sendo imprescindível a efetividade da tutela jurisdicional. Foi reforçado o caráter instrumental do processo, visto como o meio para a concretização dos direitos, ou seja, para propiciar ao seu titular *tutto quello e proprio quello* (Giuseppe Chiovenda) que é assegurado pelas normas substanciais.⁴⁰

7 O DIREITO DO TRABALHO E O PROCESSO DO TRABALHO

O Estado Liberal, dentro da sua lógica abstencionista (*laissez-faire, laissez-passer*), procurava não interferir nas relações entre empregados e empregadores, deixando-as serem livremente regidas pelas “leis do mercado” ou, em outras palavras, pela “mão invisível”, idealizada por Adam Smith.

integrativa do comando constitucional para o caso concreto, com efeito *inter partes*. Todavia, o STF, por maioria, decidiu que caberia ao Judiciário apenas dar ciência da existência da omissão ao órgão responsável pela mesma. Conforme assinala Luís Roberto Barroso, “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - contra os votos dos Ministros Carlos Mário da Silva Velloso, Marco Aurélio e Ilmar Galvão -, rejeitando a tese que mereceu o quase consenso doutrinário, ofereceu clara resistência ao instituto, minimizando seu alcance como remédio constitucional [...], resistindo ao ônus político de uma competência normativa que não desejava. [...] Esvaziando a significação do novo remédio constitucional, equiparou-o à ação direta de inconstitucionalidade por omissão”. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2001, p. 255-6.

³⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 13. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1997, p. 508-509.

⁴⁰ PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. 3. ed. Napoli: Jovene Editore, 1999, p. 33.

Todavia, com o crescimento e o agravamento dos conflitos trabalhistas e das greves, as classes dominantes deram-se conta do perigo de tamanha conturbação da ordem interna e dos prejuízos advindos à produção e à economia do país. O Estado abandonou então sua postura inerte, passando a interferir nesses conflitos para ditar normas para a sua solução. No início de modo tímido, ordenando que as partes, por meio de seus representantes, reunissem-se para discutir suas reivindicações e tentar firmar um acordo para a volta ao trabalho (instituindo uma tentativa obrigatória de conciliação).

Não tendo essa medida sido suficiente para produzir os resultados desejados, o Estado, no auge dos conflitos, passou a designar um seu representante para ajudar as partes a encontrar uma solução que fosse aceita por ambas (mediação). Alguns ordenamentos jurídicos não passaram das fases acima apontadas, mas outros avançaram no sentido intervencionista, determinando e disciplinando mais ou menos extensamente a solução jurisdicional dos conflitos trabalhistas.⁴¹

Assim foram surgindo as normas de Processo do Trabalho. Mas, ao contrário do Processo Civil e do Processo Penal, em regra a grande maioria dos países não veio a adotar um Código de Processo do Trabalho (citam-se, como exceções, a Colômbia e o Paraguai), adotando-se algumas poucas regras de Processo do Trabalho e aplicando-se subsidiariamente as normas processuais civis para dirimir as lides trabalhistas.

No Brasil, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) contém normas de Processo do Trabalho (notadamente em seu Título X: “Do Processo Judiciário do Trabalho”), mas, em seu art. 769, dispõe expressamente que, no caso de lacuna normativa, o Processo Civil será aplicado subsidiariamente, desde que compatível com os princípios específicos do ramo justabalhista.

O ilustre processualista italiano Andrea Proto Pisani afirma que as lides trabalhistas, por apresentarem, de modo geral, características comuns (o autor menciona sua “tipicidade” e sua “repetitividade”), permitem a adoção de mecanismos processuais específicos, diversos do rito ordinário, claramente dirigidos a acelerar o desenvolvimento do processo. Demais disso, a particular importância das situações subjetivas envolvidas nos litígios trabalhistas, afirmada pela Constituição italiana (v.g., arts. 4º, § 1º, 35, §§ 1º a 4º, e 36, § 1º)⁴², também impõe que o processo seja modelado de modo a reduzir ao mínimo o distanciamento entre verdade formal e verdade material.⁴³

⁴¹ GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1997, p. 02.

⁴² Art. 4º: “§ 1º A República reconhece a todos os cidadãos o direito ao trabalho e promove as condições que tornem efetivo este direito”. Art. 35: “§ 1º A República tutela o trabalho em todas as suas formas e aplicações. § 2º Cuida da formação e da elevação profissional dos trabalhadores. § 3º Promove e favorece os acordos e as organizações internacionais destinados a afirmar e regular o direito do trabalho. § 4º Reconhece a liberdade de emigração, salvo as obrigações estabelecidas pela lei no interesse geral, e tutela o trabalho italiano no exterior”. Art. 36: “§ 1º O trabalhador tem direito a uma retribuição proporcional à quantidade e à qualidade do seu trabalho e em todo caso suficiente para assegurar a si e à sua família uma existência livre e digna”. *Costituzione della Repubblica Italiana*. Disponível em <<http://www.cortecostituzionale.it/ita/documenti/download/pdf/Costituzione.pdf>> Acesso em: 14 nov. 2006.

⁴³ PROTO PISANI, Andrea. *Op. cit.*, p. 848-849.

É, portanto, legítima a previsão, na legislação italiana, de um rito especial (ou, em termos mais atuais e constitucionalmente adequados, de uma tutela jurisdicional diferenciada) para a solução das controvérsias em questão na medida em que uma tutela jurisdicional efetiva, porque adequada às situações próprias da relação de trabalho subordinado, deve considerar as particularidades dessa relação e, em especial, a desigualdade econômica das partes que, inevitavelmente, reflete-se no desenvolvimento do próprio processo.

O Processo do Trabalho, portanto, apresenta princípios próprios, que irradiam suas regras e institutos. Merece particular destaque o princípio da proteção, que decorre diretamente do reflexo do caráter tutelar do Direito Material do Trabalho no Direito Processual do Trabalho. Nas palavras de Coqueijo Costa:

O processo não é um fim em si mesmo, mas um instrumento de composição de lides, que garante a efetividade do direito material. E como este pode ter natureza diversa, o direito processual, por seu caráter instrumental, deve saber adaptar-se a essa natureza diversa.⁴⁴

No mesmo sentido é a lição de Ada Pellegrini Grinover que, em seu artigo “Processo do Trabalho e processo comum”, ressalta a instrumentalidade do processo, o qual, “conquanto autônomo, está conexo à pretensão de direito material e tem como escopo a atuação da norma objetiva e a viabilização da tutela do direito violado ou ameaçado. O processo, o procedimento e seus princípios tomam feição distinta, conforme o direito material que se visa proteger”.⁴⁵

Enfim, nas palavras de De Litala, em sua obra *Derecho procesal del trabajo*, “não é a lide que deve se adaptar ao processo, mas a estrutura do processo que deve se adaptar à natureza da lide”.⁴⁶ Podemos invocar também a sábia lição de Aristóteles, em sua obra *Ética a Nicômacos*, acerca da régua da Ilha de Lesbos que, por ser flexível, era capaz de medir os diversos objetos, ao se adaptar às suas variadas formas. Embora essa metáfora tenha sido construída pelo Estagirita para explicar a equidade do julgador, adaptando a lei abstrata ao caso concreto por meio de sua prudência, ela também pode ilustrar a presente hipótese, para afirmar que a adaptação das normas processuais ao direito material aplicável é imprescindível para se prestar uma tutela jurisdicional efetiva ao titular do direito.

O Direito Material do Trabalho tem natureza bastante diversa dos outros ramos do Direito. Já se afirmou que “enquanto a igualdade é o ponto de partida do Direito Civil, ela é o ponto de chegada do Direito do Trabalho”. Com efeito, reconhecendo-se a hipossuficiência do empregado, a este é conferida uma superioridade jurídica visando à redução das desigualdades fáticas, socioeconômicas, à melhoria da qualidade de vida dos trabalhadores e de seus dependentes e a uma distribuição mais equânime da riqueza e do poder na sociedade, essenciais ao regime democrático.

⁴⁴ COQUEIJO COSTA. *Direito Processual do Trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1986, p. 5.

⁴⁵ *Apud* GIGLIO, Wagner D. *Op. cit.*, p. 66.

⁴⁶ *Idemibidem*, p. 66.

Essas características do direito material imprimem suas marcas no direito instrumental, já que a inferioridade fática do empregado remanesce no plano processual. Não há dúvida de que o empregador dispõe de mais recursos para custear seu assessoramento jurídico, tem maior facilidade na produção da prova (sobretudo a testemunhal, em geral produzida por empregados que ainda são seus subordinados) e melhor condição econômica de suportar a duração do processo e as despesas dele advindas.

Podem ser citadas, como exemplos de normas processuais trabalhistas que visam claramente proteger o litigante hipossuficiente, a gratuidade do processo (a isenção do pagamento de custas e despesas aplica-se ao empregado, não ao empregador), a assistência judiciária gratuita ao obreiro, por meio do sindicato, a inversão do ônus probatório através de presunções (v.g., presunção das horas extras no caso de o reclamado, enquadrando-se no § 2º do art. 74 da CLT, não apresentar os cartões de ponto na ação trabalhista, conforme o item I da Súmula n. 338 do TST).⁴⁷ O próprio impulso do processo pelo juiz, *ex officio*, beneficia o empregado, pois que este invariavelmente tem total interesse na celeridade do seu julgamento.

Com efeito, o art. 765 da CLT confere ao juiz ampla liberdade na direção do processo e para promover o andamento das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária à sua instrução. O art. 878, por sua vez, também permite que a execução da sentença ou do acordo não cumprido seja promovida *ex officio* pelo magistrado.

Uma particularidade do processo trabalhista é o denominado *ius postulandi* das próprias partes (art. 791 da CLT), pelo qual empregado e empregador podem postular pessoalmente na Justiça do Trabalho, sem necessidade de representação por advogado. O objetivo da norma é facilitar o exercício do direito de ação pelo trabalhador, que para tanto não seria obrigado a contratar um advogado.

Não nos cabe nessa sede adentrar na acalorada discussão acerca da inconstitucionalidade desse dispositivo em face do art. 133 da CF/88⁴⁸, que estabelece ser o advogado indispensável à administração da justiça, mas não podemos deixar de ressaltar o que por vezes ocorre na prática. É inegável que o empregado que propõe a demanda pessoalmente sofre um prejuízo: sem conhecer suficientemente o direito material e a técnica processual, ele litiga contra o empregador, invariavelmente representado por um advogado, este sim dotado dos conhecimentos necessários. É uma batalha desigual, pela enorme

⁴⁷ Item I da Súmula n. 338 do TST: "JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA. I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário."

⁴⁸ Cft. ALMEIDA, Ísis de. *Manual de direito processual do trabalho*. V. I. 9. ed. São Paulo: LTr, 1998, p. 76-77. O STF, no julgamento da ADIn n. 1.127, decidiu pela inconstitucionalidade do inciso I do art. 1º da Lei n. 8.906/94 (na parte em que afirmava ser atividade privativa do advogado a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário), mantendo, assim, a possibilidade de a parte postular sem advogado na Justiça do Trabalho. Tal decisão foi publicada no DJ e no DOU em 26.05.2006.

desproporcionalidade das armas de que dispõem os contendores. Ora, sabemos que a vitória de Davi contra Goliás, imortalizada pela narrativa bíblica, está bem longe de se concretizar na Justiça do Trabalho. Por isso, o ideal seria, em todos os casos, propiciar a assistência jurídica gratuita e irrecusável pelo sindicato obreiro (inciso III do art. 8º da CF/88 e arts. 14 e 18 da Lei n. 5.584/70), nos casos em que o trabalhador não contasse com um advogado particular, pelo menos enquanto não se concretizar, também na esfera trabalhista, a Defensoria Pública prometida pelo art. 134 da Norma Fundamental.

Ísis de Almeida afirma que os princípios da concentração dos atos processuais (*v.g.*, art. 849 da CLT), da oralidade (*e.g.*, arts. 846 e 848 da CLT), da imediatidade e da celeridade processual são basilares ao processo trabalhista, constituindo a sua “espinha dorsal”, funcionando os três primeiros para atender ao último.⁴⁹ São decorrentes desses princípios a irrecorribilidade das decisões interlocutórias (art. 799) e o procedimento sumaríssimo (arts. 852-A a 852-I da CLT).

Outra nota característica do Processo do Trabalho dos dias atuais é a tendência à coletivização das ações individuais, como demonstra a ampliação dos casos de substituição processual. Nesse sentido, destaca-se o cancelamento do então Enunciado n. 310 do TST, em 2003⁵⁰, que restringia as hipóteses em que o sindicato poderia atuar como substituto processual, em prol da aplicação direta e menos restritiva do inciso III do art. 8º da CF/88.

O objetivo precípuo do Processo do Trabalho é, portanto, o de conferir efetividade ao Direito Material do Trabalho. Mas não são poucos os obstáculos enfrentados na prática para tanto. O estado de subordinação em que se encontra o empregado cerceia a liberdade autêntica de manifestação da vontade. Isso é evidente durante a permanência do vínculo empregatício, que dificulta o próprio exercício do direito de ação, pelo temor de perder o emprego, mas subsiste também após o rompimento contratual, em virtude do “risco de ser incluído nas listas negras que circulam entre as empresas”, conforme observa Márcio Túlio Viana.⁵¹ É por isso que as normas jurídicas e o próprio julgador examinam com extremo cuidado as manifestações de vontade obreiras (*v.g.*, recibos de quitação, transações, renúncias etc.).

Um objetivo primordial do processo trabalhista é a celeridade do procedimento. É óbvio que a celeridade é importante para qualquer processo, mas para o do trabalho é ainda mais essencial. O crédito trabalhista tem natureza alimentar para o trabalhador e para sua família, sobretudo porque, em virtude da ausência de verdadeira proteção à relação de emprego no Brasil, o obreiro, quando recorre à Justiça, invariavelmente já perdeu seu emprego e, assim, encontra-se despojado da sua fonte de subsistência. E essa necessidade premente o impele, por vezes, à celebração de acordos desfavoráveis, para antecipar o recebimento de pelo menos parte dos seus direitos. Não é raro que os empregadores utilizem expedientes os mais diversos para procrastinar o andamento processual, uma vez

⁴⁹ *Idemibidem*, p. 40.

⁵⁰ O Enunciado n. 310 foi cancelado pela Resolução n. 119/2003 do TST, publicada no DJ em 01.10.2003.

⁵¹ VIANA, Márcio Túlio. Convenção coletiva de trabalho. Acordo coletivo. Contrato coletivo. *Curso de direito do trabalho em homenagem ao Professor Arion Sayão Romita*. Coord. Gustavo Adolpho Vogel Neto. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000, p. 570.

que é mais rentável investir o dinheiro durante esse lapso temporal e pagar somente ao final, mesmo com o acréscimo de juros.

Nessa ordem de idéias, importa ressaltar o perigo da denominada “ordinarização” do processo trabalhista, isto é, a aplicação subsidiária do processo civil de forma excessiva, o qual, sendo mais formalista e tratando os litigantes como se sempre fossem iguais, acaba por tornar mais lento o procedimento. Conforme já afirmado, a aplicação em tela é condicionada à sua compatibilidade aos princípios do Processo do Trabalho de modo que, se ela, em determinados casos, gera morosidade processual e não propicia a igualdade substancial das partes, a incidência das normas processuais comuns não estará autorizada, legal ou constitucionalmente.

8 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (CF/88) dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Essa norma consagrou constitucionalmente o caráter instrumental do processo, na mesma linha da clássica lição de Giuseppe Chiovenda: “o processo deve dar o quanto é possível praticamente ao titular do direito tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem direito de conseguir” no plano do direito material.⁵² Assim, as normas processuais, para cumprirem sua função, devem propiciar ao titular do direito o mesmo resultado (ou, se isso não for possível, ao menos um resultado equivalente) que ele teria conseguido através do espontâneo e tempestivo cumprimento da lei pelo obrigado. Com efeito, é este o verdadeiro significado do aludido dispositivo constitucional: garantir o acesso à ordem jurídica justa, vale dizer, a plena obtenção de uma justiça substancial.

A garantia de pleno acesso à justiça não se limita a assegurar, formalmente, a provocação da atividade jurisdicional através da propositura de uma ação. Em face dos diversos obstáculos presentes na realidade concreta, sobretudo os de cunho econômico-social, essa mera enunciação formal não é suficiente para propiciar o verdadeiro acesso à justiça, que exige que o resultado jurídico e prático do processo seja favorável a quem tem razão. Em suma, deve-se sempre garantir que o titular de uma pretensão que venha a ser em definitivo julgada procedente possa vê-la concretizada através de uma prestação jurisdicional dotada de efetividade.

Inspirada nas idéias do notável jurista italiano Mauro Cappelletti, a doutrina costuma referir-se a três aspectos do direito fundamental e garantia constitucional do pleno acesso à justiça.⁵³ O primeiro deles refere-se à assistência judiciária gratuita, que assegura às pessoas carentes o patrocínio gratuito por um advogado, além da isenção do pagamento das despesas processuais.

⁵² “*Talché piena attualità ha tutt’oggi l’affermazione di Giuseppe Chiovenda secondo cui ‘il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire’ ai sensi del diritto sostanziale*”. PROTO PISANI, Andrea. *Op. cit.*, p. 33.

⁵³ *Cft.* CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988 e CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. V. I. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 34.

O segundo aspecto relaciona-se com a relativização da tradicional regra, expressa no art. 6º do Código de Processo Civil, de permitir-se a defesa, em juízo, apenas dos próprios interesses. Esse preceito, levado a seu extremo, não permitiria o ajuizamento de uma pretensão que envolva direitos coletivos ou difusos, os quais extrapolam a mera esfera individual, como os relativos ao meio ambiente, ao patrimônio cultural, histórico e artístico e à moralidade administrativa. Assim, o segundo aspecto atinente ao pleno acesso à justiça refere-se à criação de instrumentos de tutela desses direitos metaindividuais, como a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo.

O terceiro aspecto relaciona-se à busca da efetividade da jurisdição através da predisposição de meios processuais hábeis a garantir àqueles que buscam o Poder Judiciário, para verem satisfeitas as suas pretensões, uma prestação jurisdicional capaz de satisfazer verdadeiramente a seus direitos materiais reconhecidos em juízo. Desse aspecto decorrem diretamente as sucessivas e recentes reformas do processo e do próprio Poder Judiciário, no sentido de torná-los aptos a prestar a tutela e a função jurisdicional de acordo com as exigências de um Estado Democrático de Direito.

Esta terceira vertente da luta em prol do acesso à justiça também se reflete na maior informalidade dos procedimentos. Não se trata da extinção ou da desconsideração das formas e dos princípios processuais basilares, os quais constituem verdadeiras garantias dos jurisdicionados, mas sim da eliminação dos exageros formalistas que dificultam o verdadeiro acesso à justiça. Sob essa perspectiva, ganha cada vez mais força e aplicação prática a postura doutrinária e jurisprudencial, positivada nos artigos 154 e 244 do CPC, que considera válidos os atos processuais praticados de forma diversa da prescrita em lei, desde que alcancem a sua finalidade essencial. Nesse sentido, o Processo do Trabalho apresenta-se em posição de vantagem em relação ao processo comum, na medida em que tem como um de seus principais princípios específicos o da simplificação procedimental, conforme a lição do douto Wagner Giglio.⁵⁴

Esse terceiro aspecto, relativo à plenitude do acesso à justiça, está ligado, portanto, à preocupação de que a tutela jurisdicional seja efetiva e adequada a garantir uma integral e verdadeira proteção em juízo às posições jurídicas de vantagem lesadas ou ameaçadas.⁵⁵

8.1 A importância da diversificação dos mecanismos processuais

Luiz Guilherme Marinoni afirma que a uniformização da tutela jurisdicional, na forma ressarcitória das perdas e danos, defendida e imposta pela lógica liberal, é que conduziu à uniformização dos procedimentos e provimentos (consubstanciada no processo de conhecimento de cognição plena, seguido da execução forçada).⁵⁶

A contrario sensu, portanto, podemos concluir que a necessidade de tutelas jurisdicionais diferenciadas, para atender às diversidades concretas, trazida pelo Estado Social e consagrada pelo Estado Democrático de Direito, deve passar necessariamente pela diversificação processual, no que diz respeito a seus

⁵⁴ GIGLIO, Wagner D. *Op. cit.*, p. 74.

⁵⁵ *Idemibidem*, p. 39.

⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 60.

procedimentos, provimentos, formas de tutela, recursos etc. Destaca-se que as diferentes necessidades e espécies de bens e a consideração da existência de posições sociais mais frágeis, ao se refletirem no direito substancial, trouxeram como consequência a imprescindibilidade da diversificação da tutela jurisdicional, sob pena de não ser processualmente possível garantir o efetivo gozo, por seus titulares, dos direitos proclamados pela ordem jurídica.

Nessa ordem de idéias, assume grande relevo a tutela específica - como meio de dar aos cidadãos efetivamente o bem da vida que as normas substantivas lhes atribuem - e a estruturação da forma procedimental capaz de viabilizá-la. As situações e interesses protegidos pelo ordenamento jurídico apresentam diversidades e peculiaridades, as quais devem ser consideradas pelas normas processuais para garantir a sua efetiva proteção. Com efeito, o direito processual não é e nem poderia ser um fenômeno unitário, pois que a previsão de uma pluralidade de procedimentos, de conteúdos e modalidades de atuação das decisões judiciais, e as suas várias combinações, refletem a diversidade das necessidades de tutela das várias situações de direito material. Assim, deve-se buscar adequar as normas processuais de modo que o titular do direito obtenha o *tutto quello e proprio quello* a que se referia Chiovenda.

O fato de, no clássico processo de conhecimento (de cognição plena, seguido da execução forçada), o autor somente obter o bem a que tem direito ao final do procedimento gera uma significativa defasagem entre o que é garantido pelo direito material e o que é realmente obtido através do processo e entre o momento em que o bem da vida deveria ter sido fruído pelo titular do direito e aquele em que o seu titular é satisfeito na esfera judicial. Com efeito, desde a violação do seu direito substancial e durante todo o tempo da ação judicial, ele restou privado desse bem, obtendo, ao seu final, apenas o ressarcimento dos danos. O ideal, portanto, para garantir a eficiência instrumental do processo, é eliminar ou pelo menos limitar o mais possível essas defasagens. Nesse sentido, foram concebidas técnicas processuais diversas da tutela jurisdicional padrão acima descrita.

Como exemplo destas tutelas jurisdicionais diferenciadas, podemos mencionar os procedimentos sumários, concebidos para reduzir a duração da fase de conhecimento que normalmente antecede a execução. Nesse caso busca-se a redução da dilação temporal em questão, mas não sua eliminação. Essa, todavia, pode ser obtida permitindo-se que a ação seja ajuizada antes que a violação seja consumada, bastando que haja a simples ameaça ao direito (pois, caso contrário, não haveria interesse de agir). A tutela jurisdicional dita inibitória ou preventiva, outra inovação do direito processual contemporâneo, pode prevenir a violação, impedindo que ela se concretize, através de uma decisão judicial que ordene ao réu que se abstenha de efetivar a ameaça de lesão ao direito material da parte contrária ou que, ao revés, cumpra a obrigação a que está adstrito.

Não se trata mais de uma sentença meramente condenatória, mas sim mandamental, que ordena sob a cominação de medidas coercitivas em caso de descumprimento, exatamente para estimular a observância espontânea do direito material pelo próprio réu, pois que sua conduta seria ainda mais reprovável em virtude de duplo descumprimento: do direito do autor e da ordem judicial. Nesse caso, o processo assume com particular intensidade sua função instrumental, porque o que o autor obtém por meio dele (o cumprimento específico, pelo próprio

réu, da obrigação descumprida, a tanto “convencido” pela ameaça de aplicação de medidas coercitivas se continuar renitente) é justamente o que conseguiria através do cumprimento espontâneo do seu direito, a tempo e a modo.

Sobre a tutela inibitória dos direitos de personalidade (mas em considerações aplicáveis aos direitos fundamentais em geral), afirma Marinoni:

O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva - garantido pelo art. 5º, XXXV, da CF - obviamente corresponde, no caso de direito não patrimonial, ao direito a uma tutela capaz de impedir a violação do direito. A ação inibitória, portanto, é absolutamente indispensável em um ordenamento que se funda na “dignidade da pessoa humana” e que se empenha em realmente garantir - e não apenas em proclamar - a inviolabilidade dos direitos da personalidade.

Isso quer dizer que, se a propriedade pode ser protegida por meio de procedimentos especiais capazes de propiciar tutela preventiva, não há como negar igual formato aos direitos da personalidade, sob pena de desconsideração dos próprios valores constitucionais.⁵⁷

As medidas coercitivas assumem fundamental importância quando está em jogo, no processo, uma obrigação de fazer ou de não fazer infungível. Nesse caso, o recurso à execução forçada por meios sub-rogatórios é, por definição, impossível, uma vez que, dada sua infungibilidade, a obrigação não pode ser cumprida por um terceiro. Assim, a sentença de natureza necessariamente mandamental somente poderá ser concretizada através das aludidas medidas coercitivas, sendo a aplicação destas absolutamente indispensável para que o processo assuma com a indispensável efetividade sua função precípua e constitucional de instrumento de atuação do direito material.

Outra situação que merece ser destacada é aquela relativa a uma obrigação de não fazer necessária ao exercício de um direito fundamental de liberdade (sejam as liberdades formais clássicas, sejam os direitos de personalidade). Como exemplos podemos citar, na seara trabalhista, o direito de intimidade do trabalhador, o de não ser discriminado ou de não sofrer assédio moral.

O conteúdo e a função invariavelmente não patrimoniais dessas situações conferem particular importância à exigência de reduzir ao mínimo o distanciamento entre os bens da vida (em sentido amplo) atribuídos pelo direito substancial e os resultados práticos que o processo proporcionará ao titular desses direitos materiais. Dada a referida não patrimonialidade, a violação e, com maior razão, a reiteração e a continuidade dos mesmos sempre causam ao autor que tem razão um prejuízo irreparável, o qual não pode ser plenamente remediado pela tutela ressarcitória propiciada pela execução forçada que segue o processo de cognição, já que asseguradora de uma reparação meramente monetária.

A tutela constitucionalmente adequada, nesses casos, é a específica e de caráter urgente, por meio da utilização das técnicas processuais concebidas para proporcioná-las, respectivamente a utilização das medidas coercitivas e da cognição sumária. Assim, se a violação já tiver sido consumada, é necessária uma tutela de urgência, proporcionada através de um procedimento sumário, cuja decisão provisória ou

⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 82-83.

definitiva possa ser imediatamente efetivada, ordenando-se que cesse a violação e que o réu se abstenha de descumprir, no futuro, tal obrigação de não fazer. Tal decisão deverá também cominar (em razão dos atos ilícitos já praticados) outras medidas sancionatórias em combinação com as medidas coercitivas, como o ressarcimento patrimonial dos danos porventura já causados e a declaração da ineficácia imediata dos atos jurídicos que houverem consubstanciado a ameaça ou a violação da lei (v.g., a dispensa do líder sindical dotado de garantia provisória do emprego - inciso VIII do art. 8º da CF/88). A concretização dessa decisão, por óbvio, não poderá ser através da execução forçada de natureza sub-rogatória, mas sim por meio da efetivação imediata de medidas coercitivas, em caso de não cumprimento imediato do mandado judicial. Demais disso, deve-se permitir a utilização dessas formas de tutela de urgência de forma antecipada, isto é, quando se configurar plausível a alegação de ameaça de violação ao direito (*fumus boni iuris*) e houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação ao direito material ameaçado (*periculum in mora*).

Com relação à obrigação de pagar somas em dinheiro, de modo geral a tutela jurisdicional é prestada mediante a execução forçada de natureza sub-rogatória. Tais procedimentos executivos devem ser estruturados e funcionar de forma a garantir o real pagamento do credor, o que nem sempre ocorre. Para esse fim, devem ser criadas e utilizadas técnicas especiais, podendo-se citar, a título de exemplo, a penhora *on-line* de dinheiro em conta bancária do devedor, por meio do convênio celebrado entre o Banco Central e a Justiça do Trabalho conhecido como "Bacen Jud". Cite-se também a possibilidade de o juiz ordenar a prisão civil do devedor de alimentos (inciso LXVII do art. 5º da CF/88 e art. 733 do CPC).

Tais observações revelam a multiplicidade, a complexidade e a diversidade das técnicas que o ordenamento processual pode e deve utilizar para cumprir com efetividade a sua função. Todavia, ao lado das vantagens que proporcionam, elas implicam potenciais riscos, decorrentes do menor grau de certeza propiciado pela cognição sumária.⁵⁸ A solução para o impasse passa pela aplicação do princípio da proporcionalidade pelo legislador, para buscar um ponto de equilíbrio entre exigências

⁵⁸ A cognição sumária é uma técnica consistente em uma cognição menos aprofundada e não exauriente por parte do julgador (restrita no plano vertical), a qual conduz aos chamados juízos de probabilidade e verossimilhança, ou seja, a decisões que ficam limitadas a afirmar o provável. MARINONI afirma que as tutelas de cognição sumária objetivam: "(a) assegurar a viabilidade da realização de um direito ameaçado por perigo de dano iminente (tutela cautelar); (b) realizar, em vista de uma situação de perigo, antecipadamente um direito (tutela sumária satisfativa); (c) realizar, em razão das peculiaridades de um determinado direito e em vista do custo do procedimento ordinário, antecipadamente um direito (liminares de determinados procedimentos especiais); (d) realizar, quando o direito do autor surge como evidente e a defesa é exercida de modo abusivo, antecipadamente um direito (tutela antecipatória fundada no art. 273, inciso II, do Código de Processo Civil). [...] O juiz, quando concede a tutela sumária, nada declara, limitando-se a afirmar a probabilidade da existência do direito, de modo que, aprofundada a cognição, nada impede que o juiz assevere que o direito que supõe existir na verdade não existe". A tutela de cognição plena, ao contrário, "garante a realização plena do princípio do contraditório de forma antecipada, ou seja, não permite a postecipação da busca da 'verdade e da certeza' [...] ao contrário da tutela sumária, é caracterizado por produzir coisa julgada material". MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 4. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1998, p. 30-31.

opostas: a justiça e a segurança jurídica. Nessa ponderação, o legislador deve-se pautar pelos valores mais importantes da sociedade, os quais se encontram consagrados na Constituição, notadamente em seus princípios e direitos fundamentais.

8.2 Os procedimentos especiais e os direitos por eles protegidos

Conforme já exposto, no contexto do Estado Liberal defendeu-se a unicidade do procedimento. Mas, com o passar do tempo, os grupos sociais com maior poder e organização pressionaram para que seus direitos fossem protegidos através de procedimentos diferenciados, enquanto que aqueles que não detinham influência política tiveram que se contentar com o procedimento “comum”.⁵⁹

A partir das observações tecidas acima, podemos propor algumas reflexões. Para sabermos quais os direitos que são, de fato, tutelados por um ordenamento jurídico, não podemos limitar nosso exame às normas de direito material que os prevêm abstratamente, mas, sobretudo, devemos analisar as correlatas normas processuais, pois são elas que asseguram a concretização do direito, por meio de sua tutela jurisdicional efetiva. Isso revela as escolhas políticas e os valores que presidiram a construção do sistema processual existente. Conforme já alertava Montesquieu, em seu *Espírito das Leis*: “quando visito um país não pergunto se lá existem boas leis, mas se as que existem são cumpridas”.

O fato de o direito processual ser obra do legislador ordinário (no caso brasileiro, de competência privativa da União - inciso I do art. 22 da CF/88) tem, lamentavelmente, propiciado com freqüência o desrespeito aos princípios e garantias constitucionais estabelecidos pela Norma Fundamental. Por vezes as escolhas políticas do legislador ordinário - sobretudo no que tange à maior proteção jurisdicional a ser assegurada aos direitos de propriedade, trabalhistas e empresariais - são contrárias àquelas que devem ser consagradas em um Estado Democrático de Direito, que, por definição, prioriza os direitos fundamentais em detrimento dos direitos de natureza meramente patrimonial. Ilustrativamente, é comum a predisposição, pela lei, de meios processuais específicos, céleres e eficazes para assegurar direitos meramente patrimoniais, sem que seja estendida a mesma proteção a direitos fundamentais.⁶⁰⁻⁶¹

⁵⁹ “Não se quer dizer - ou mesmo se pode - que todos os procedimentos especiais sejam resultados de pressões particularizadas. Boa parte deles, sem dúvida, é apenas a expressão dos diferentes direitos. Mas, se estes possuem procedimentos especiais, alguns outros, detentores de iguais necessidades, ficaram entregues à sorte do procedimento ordinário”. MARINONI, Luiz Guilherme (2004), p. 81.

⁶⁰ Exemplos clássicos estão relacionados à tutela jurisdicional diferenciada assegurada pela legislação processual aos bancos e instituições financeiras: a possibilidade da prisão civil no caso da alienação fiduciária em garantia (considerando-se o devedor um “depositário infiel” e recusando-se *status* constitucional ao Pacto de San José da Costa Rica) e a criação da cédula de crédito bancário por Medida Provisória (MP) do presidente Fernando Henrique Cardoso que, na prática, transformou o contrato de abertura de crédito em título executivo extrajudicial. Tal MP foi convertida na Lei n. 10.931/2004.

⁶¹ “No caso dos procedimentos especialíssimos, a disponibilização de privilégios processuais excepcionais no ordenamento revela favorecimento claro às instituições financeiras, que, desnecessário dizer, sempre desfrutaram das maiores regalias no nosso sistema jurídico”. *Cft.* BECKER. Laércio A. *Contratos bancários: execuções especiais*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002, p. 254.

Mas essa distorção pode também ser fruto da própria jurisprudência, como a interpretação do Supremo Tribunal Federal (STF) já antes referida sobre o mandado de injunção (inciso LXXI do art. 5º da CF/88) que aniquilou o potencial desse remédio como instrumento de garantia da aplicabilidade concreta e imediata, em favor de seus titulares, dos direitos fundamentais instituídos em normas constitucionais de eficácia limitada.⁶²

A criação de um procedimento especial onde se restrinja a amplitude da defesa (isto é, as alegações que podem ser feitas pelo réu), ou se limite a produção de provas, sendo restritiva de direitos, somente justificar-se-á se visar a atender a uma necessidade de direito material relacionada a valores constitucionais fundamentais, como a busca da isonomia substancial, objetivando conferir maior celeridade e efetividade à tutela jurisdicional.

Em outras palavras, as restrições impostas por procedimentos ou formas de tutela especiais somente serão legítimas se forem dotadas de “razoabilidade externa, isto é: sua adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo Texto Constitucional”, consoante as lições de Luís Roberto Barroso.⁶³

Nesse sentido, afirma Marinoni que é uma total inversão dos valores da CF/88 “a existência de procedimentos diferenciados para a proteção da propriedade e para a defesa do cidadão diante do Estado, ao lado da inexistência de igual forma procedimental em benefício de direitos não patrimoniais que podem ser violados pelo particular”. Trata-se da indevida e hoje ultrapassada primazia dos princípios e dos ideais típicos do Estado Liberal - a liberdade e a igualdade meramente formais, como escudos de proteção contra o Poder Público, e a supremacia do direito de propriedade, sem estar limitada e condicionada ao cumprimento de sua função social - no contexto de um Estado que deve ser Democrático de Direito, por mandamento e opção expressa da própria Constituição que como tal o instituiu.

A legislação infraconstitucional - seja a material, seja a processual - revela as escolhas políticas do legislador ordinário, as quais, por vezes, contrariam os valores e princípios fundamentais abraçados pela Carta Constitucional.

De tais reflexões resulta clara a importância do processo para a própria existência (ou modo de existência) do direito material sobre a não neutralidade do direito processual e sobre a importância da predisposição de uma pluralidade de procedimentos e técnicas processuais dirigidos a assegurarem diversas formas de tutela jurisdicional, conforme o exijam as especificidades do direito material envolvido.⁶⁴

8.3 As reformas do Código de Processo Civil brasileiro

As sucessivas reformas do Código de Processo Civil, iniciadas na década de 90 do século XX, com a introdução de dispositivos como os arts. 273, 461 e

⁶² Vide as observações tecidas na nota de rodapé n. 30.

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 207.

⁶⁴ “Se o direito material é dependente, em nível de efetividade, do direito processual, é evidente que uma sociedade plural e democrática não pode conviver com o mito da uniformidade procedimental e com um processo civil que contemple apenas algumas posições sociais.” MARINONI, Luiz Guilherme, 2004, p. 93.

461-A, significaram a busca, pelo legislador processual ordinário, de uma maior efetividade da tutela jurisdicional. O referido art. 273, em linhas gerais, permite que o juiz antecipe, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida pela parte, desde que requerido por esta. A antecipação da tutela está condicionada à presença de dois requisitos: o primeiro é a verossimilhança das alegações do requerente e o segundo pode ser a presença de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou, alternativamente, o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

O art. 461 (relativo às obrigações de fazer ou não fazer) e o art. 461-A (referente à obrigação de entrega de coisa) do CPC priorizam a tutela específica da obrigação, a qual somente será substituída pela tutela ressarcitória se o autor o requerer ou não for praticamente possível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente a esta. Para assegurar o cumprimento da obrigação pelo réu, é expressamente prevista a medida coercitiva consistente na multa cominatória (arts. 287, 461, § 4º, e 461-A, § 3º). Demais disso, é prevista a possibilidade de o juiz antecipar a tutela, caso seja relevante o fundamento da demanda e haja justificado receio da ineficácia do provimento final (arts. 461, § 3º, e 461-A, § 3º).

A edição dos novos arts. 273 e 461 do CPC representou uma significativa inversão nas prioridades do sistema processual civil brasileiro até então vigente, passando a enfatizar-se, a partir de agora, a busca da efetividade do processo em detrimento da segurança jurídica, que havia sido afirmada como princípio quase absoluto pelo liberalismo. Rompeu-se, assim, com a ideologia originalmente abraçada pelo CPC de 1973, a qual, em nome da liberdade individual e da segurança jurídica, buscava limitar os poderes do juiz, de forma “absolutamente fiel aos dogmas e aos valores do direito liberal de origem francesa e italiana”.⁶⁵

Esses dispositivos legais, portanto, vieram expressar uma profunda ruptura com o processo civil clássico, ao privilegiarem a tutela específica, as tutelas de urgência, as medidas coercitivas em busca da efetividade da tutela jurisdicional e visando propiciar verdadeiramente ao autor que tenha razão (ou que, ao menos, demonstre em sede de cognição sumária fundada probabilidade de, ao final, ter razão) *tutto quello e proprio quello* que lhe assegura o direito material. Considerando as inovações trazidas pela Reforma do CPC de 1994, afirma Marinoni, referindo-se aos direitos fundamentais:

Nessa linha, o CPC brasileiro, até a reforma de 1994, desconsiderava totalmente os valores da Constituição Federal. Uma Constituição que se baseia na “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III) e garante a inviolabilidade dos direitos da personalidade (art. 5º, X) e o direito de acesso à justiça diante de “ameaça a direito” (art. 5º, XXXV), exige a estruturação de uma tutela jurisdicional capaz de garantir de forma adequada e efetiva a inviolabilidade dos direitos não patrimoniais.⁶⁶

⁶⁵ PIMENTA, José Roberto Freire. Tutelas de urgência no Processo do Trabalho: o potencial transformador das relações trabalhistas das reformas do CPC brasileiro. *Direito do trabalho: evolução, crise, perspectivas*. Coord. José Roberto Freire Pimenta et. al. São Paulo: LTr, 2004, p. 362.

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme, 2004, p. 82.

8.4 O uso distorcido - mas compreensível - da ação cautelar inominada no Brasil e na Itália

Antes das reformas do CPC brasileiro, iniciadas em 1994 e que nele introduziram os novos arts. 273 e 461, a prática forense usava a ação cautelar inominada com um objetivo não cautelar, como “válvula de escape” para a efetividade dos direitos. Desse modo, buscava-se obter a tutela jurisdicional de forma antecipada e com caráter satisfativo, bastando, para tanto, a presença dos pressupostos cautelares do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

O mesmo ocorrera já antes na Itália, com relação ao art. 700 do CPC italiano. Esse dispositivo, situado no final do capítulo relativo aos procedimentos cautelares, assim dispõe:

Fora dos casos regulados nas precedentes seções deste capítulo, quem possua fundado motivo de temer que, durante o tempo necessário para fazer valer o seu direito pela via ordinária, este seja ameaçado por um prejuízo iminente e irreparável, pode requerer ao juiz decisões de urgência que demonstrem ser, segundo as circunstâncias, mais idôneas a assegurar provisoriamente os efeitos da decisão de mérito.

Passou-se a admitir, sob o nome de cautelar, uma tutela preventiva (tutela de urgência) com caráter satisfativo. A doutrina italiana tradicional reconhece que isso significou uma distorção da feição originária da cautelar, enfraquecendo de forma significativa, em numerosos casos, a sua característica basilar: a instrumentalidade em relação ao processo principal e não em relação direta ao direito material pretendido em juízo (assim configurando a “instrumentalidade em segundo grau” própria da tutela cautelar, na feliz expressão cunhada por CALAMANDREI). Mas afirma que essa alteração foi imprescindível, do ponto de vista constitucional, para atender às necessidades concretas advindas das novas situações de direito material, pois que permitiu uma proteção mais adequada e efetiva dos direitos da pessoa. A expansão da cautelar inominada, portanto, significou a democratização do processo, do acesso à justiça e da efetiva tutelabilidade jurisdicional dos direitos.⁶⁷

Desse modo, na presença dos requisitos da provável existência do direito defendido (*fumus boni iuris* - não previsto expressamente pelo art. 700, mas presente no art. 669-*sexies*)⁶⁸ e do *periculum in mora*, iminente e irreparável, causado pela

⁶⁷ *Idemibidem*, p. 90-91.

⁶⁸ Art. 669-*sexies* do CPC italiano (tradução e grifos nossos): “Procedimento. § 1º O juiz, ouvidas as partes e omitida toda formalidade não essencial ao contraditório, procede no modo que considera mais oportuno aos atos de instrução indispensáveis com relação aos pressupostos e aos fins do provimento solicitado e pronuncia a decisão de acolhimento ou de rejeição da demanda. § 2º Quando a convocação da parte contrária puder prejudicar a atuação da decisão, prolata um decreto motivado, colhidas, quando necessário, informações sumárias. Nesse caso fixa, com o mesmo decreto, a audiência de comparecimento das partes diante de si, dentro de um prazo não superior a quinze dias, determinando nesse momento um prazo peremptório não superior a oito dias para a notificação do recurso e do decreto. Em tal audiência, o juiz, com decisão ordenatória, confirma, modifica ou revoga as providências determinadas no decreto. § 3º No caso em que a notificação deva ser efetuada no exterior, os prazos referidos no parágrafo anterior são triplicados.”

permanência do direito em um estado de insatisfação, essa tutela pode ser utilizada para proteger todo e qualquer direito. Autoriza-se a prolação de uma decisão idônea, no conteúdo, a assegurar ou a antecipar, provisoriamente, os efeitos da futura decisão sobre o mérito. Caracterizada por uma cognição sumária, uma vez que superficial (contraditório limitado), o *decisum* é provisório com relação à sentença, proferida após o exaurimento da cognição plena.

A tutela de urgência, antes prevista na Itália em dispositivos específicos relativos aos direitos de propriedade, foi assim generalizada, tornando-se atípica, podendo ser invocada para proteger todos os direitos. Atípicos também são o *periculum in mora* (desde que ligado a um prejuízo iminente e irreparável) e o conteúdo da decisão, que é determinado pelo juiz “segundo as circunstâncias”, com base apenas no critério de sua idoneidade para “assegurar provisoriamente os efeitos da futura decisão de mérito”.

Assim, a atipicidade do direito de ação, concebida no contexto do Estado Liberal, se no início se realizava por meio da tutela oferecida pelo procedimento ordinário, de cognição plena, passou a se fazer presente também através da tutela preventiva, fundada em cognição sumária. A Corte Constitucional italiana, na decisão n. 190 de 25.06.1985, proclamou que um sistema jurisdicional, para ser conforme à Carta Constitucional, deve prever não apenas um processo de cognição plena de caráter atípico, mas também uma medida cautelar que tenha esse caráter, sob pena de violação do art. 24 da Constituição italiana (correspondente ao inciso XXXV do art. 5º da Constituição brasileira de 1988).⁶⁹

O uso ampliativo da ação cautelar inominada, no Brasil, pressionou o legislador a generalizar, por meio da aludida Reforma de 1994, a técnica antecipatória no processo de conhecimento (arts. 273 e 461 do CPC). A generalização da tutela antecipada no sistema processual brasileiro representou:

[...] uma profunda transformação das premissas e da forma de atuação da função jurisdicional do Estado, no sentido de conformá-la às novas exigências constitucionais de efetividade da tutela jurisdicional dos direitos substanciais estabelecidas, explícita ou implicitamente, pela nova Norma Fundamental democrática promulgada em nosso país em outubro de 1988.⁷⁰

Cumprir ressaltar a importância da aplicação da tutela antecipada e específica ao Processo do Trabalho (arts. 273 e 461 do CPC, c/c art. 769 da CLT), para que este possa cumprir sua função instrumental, ou seja, sua verdadeira razão de ser, que é assegurar a efetiva concretização dos direitos materiais trabalhistas.⁷¹

⁶⁹ PROTO PISANI, Andrea. *Op. cit.*, p. 671. A íntegra da decisão pode ser obtida por meio da consulta ao *site* da Corte Constitucional italiana: <<http://www.cortecostituzionale.it>> Acesso em: 14 nov. 2006.

⁷⁰ PIMENTA, José Roberto Freire. *Op. cit.*, p. 363.

⁷¹ A utilização da tutela antecipada e específica, no plano trabalhista, propiciaria a eliminação ou redução das vantagens práticas advindas do inadimplemento das obrigações trabalhistas, o controle jurisdicional da autotutela empresária, no tocante aos poderes disciplinar e diretivo do empregador, e a eliminação dos “vazios de tutela”, consistentes na ausência de real concretização dos direitos previstos em abstrato nas normas materiais trabalhistas. *Idemibidem*, p. 370 e 379-80.

8.5 Uma recente e necessária evolução da ordem jurídica na esfera processual: os direitos transindividuais e as ações coletivas

As revoluções burguesas do século XVIII marcaram a transição do feudalismo para o capitalismo e a ascensão do Estado moderno, caracterizadas pelo liberalismo econômico e pelo individualismo jurídico. A proteção constitucional era então assegurada apenas aos direitos fundamentais civis e políticos - ou de primeira geração -, impondo-se o abstencionismo da atuação estatal e a proibição da formação de grupos sociais intermediários, cujo exemplo notório é a lei francesa *Le Chapelier*, de 1791. Nesse contexto, o processo civil foi construído sob uma ótica individualista, isto é, como instrumento destinado a propiciar a tutela jurisdicional dos direitos individuais, defendidos em juízo por seus próprios titulares.

O ulterior desenvolvimento socioeconômico das sociedades contemporâneas determinou o reconhecimento e a proteção de outros direitos fundamentais, os ditos direitos sociais ou de segunda geração, que exigem a atuação positiva do Estado, bem como a crescente participação dos grupos sociais. As normas processuais sofreram a influência dessas modificações no plano do direito material, com o reconhecimento da possibilidade de tais grupos defenderem judicialmente, de forma conjunta, os direitos de seus integrantes.

No entanto, a realidade continuou a modificar-se de forma cada vez mais veloz, dinâmica e profunda, em razão de uma série de fatores: a explosão demográfica, o surgimento das grandes metrópoles, a produção e o consumo em massa, o desenvolvimento dos meios de comunicação, a centralização do capital, o fortalecimento das grandes empresas e a globalização. A realidade dos dias atuais é de tal modo complexa e por vezes de difícil apreensão pela racionalidade humana que o notável escritor italiano Umberto Eco comparou-a a um "ornitorrinco", um animal híbrido, um mamífero com características físicas que o aproximam das aves, fugindo, assim, às categorias tradicionalmente utilizadas pela razão científica.⁷²

O fenômeno da massificação veio a estender-se aos comportamentos e às relações sociais, ocasionando o surgimento de situações novas, em que os interesses a serem protegidos pelo Direito dizem respeito não a um indivíduo determinado ou na condição de integrante de um grupo, mas a titulares indeterminados. Por isso são ditos difusos, pois que, ao mesmo tempo em que pertencem a todos, são insuscetíveis de apropriação individual, formando a denominada terceira geração dos direitos fundamentais.

A necessidade de se conferir proteção efetiva a esses direitos determinou modificações no processo, com a revisão de conceitos e a criação de novos mecanismos aptos a viabilizá-la. A ação vai se desprendendo de seu enfoque individualista para abranger e tutelar interesses metaindividuais, buscando-se, através do processo, a consecução de uma ordem jurídica mais abrangente, justa e efetiva. Afasta-se, assim, da concepção liberal-individualista do processo civil clássico, que identificava o titular do direito subjetivo como o único legitimado a

⁷² ECO, Umberto. *Kant e o ornitorrinco*. Rio de Janeiro: Record, 1997.

defendê-lo em juízo.⁷³ Os direitos humanos de terceira geração, ou metaindividuais, ao exigirem a criação de instrumentos processuais diferenciados para sua tutela jurisdicional, determinaram o surgimento das denominadas ações coletivas, dentre as quais se destaca a ação civil pública.⁷⁴

As ações coletivas (ou metaindividuais) vêm ao encontro de outra necessidade dos tempos atuais: a de transformar a própria atividade jurisdicional de modo a torná-la célere e de melhor qualidade, mais próxima dos anseios sociais e comprometida com a idéia de democracia participativa, a qual foi consagrada pela Constituição Federal de 1988.⁷⁵

A tutela coletiva será cabível quando os direitos envolvidos forem difusos, coletivos ou individuais homogêneos, conforme a classificação estabelecida pelo parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor. Esses direitos são comumente referidos, de forma genérica, sob as denominações “coletivos *lato sensu*”, “metaindividuais” ou “transindividuais”.

Alguns autores costumam traçar a diferenciação entre “direito” e “interesse”, expressões presentes nas normas relativas à matéria em estudo, notadamente no aludido dispositivo do Código de Defesa do Consumidor, em que são citadas lado a lado. Afirma-se que o interesse “representa algo que interliga uma pessoa a um bem da vida, em virtude de um determinado valor que esse bem possa representar para aquela pessoa”⁷⁶.

O direito subjetivo, por sua vez, é conceituado como a autorização, emanada do ordenamento jurídico, para que seu titular possa exigir, de outro sujeito, a prestação de um dever ou obrigação. Consoante a clássica lição de Ihering, no instante em que o interesse, presente no mundo dos fatos, passa a receber a proteção do Direito (ingressando, assim, no mundo jurídico), torna-se um direito. Dessa forma, nesse momento, a distinção entre ambos deixa de ter maior significância, razão pela qual nos referiremos a ambos indistintamente.⁷⁷

Os direitos difusos são transindividuais e indivisíveis, sendo titularizados por pessoas indeterminadas ligadas por circunstâncias de fato. Consoante a doutrina de Rodolfo de Camargo Mancuso, apresentam as seguintes características: indeterminação dos sujeitos, indivisibilidade do objeto, intensa conflituosidade interna e duração efêmera, contingencial.⁷⁸

⁷³ A coletivização das ações individuais é uma tendência do Processo do Trabalho, conforme demonstra a recente tendência jurisprudencial de ampliação dos casos de substituição processual, consubstanciada pelo cancelamento do Enunciado n. 310 do TST, em 2003, em prol da aplicação direta e menos restritiva do inciso III do art. 8º da CF/88. Esse fenômeno contribuiu enormemente para a maior efetividade dos direitos trabalhistas.

⁷⁴ Emmanuel Teófilo Furtado, relacionando a ação civil pública com as gerações de direitos humanos, afirma o “seu enquadramento como ação resguardadora de direitos humanos de terceira geração”. In *Direitos humanos de primeira, segunda e terceira gerações e o enquadramento da ação civil pública trabalhista*. *Revista LTr*, p. 498-503, São Paulo, n. 04, ano 59, abr. 1995, p. 500.

⁷⁵ *Idem ibidem*, p. 1180-1181.

⁷⁶ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil pública: nova jurisdição trabalhista metaindividual: legitimação do Ministério Público*. São Paulo: LTr, 2001, p. 44.

⁷⁷ No mesmo sentido são os entendimentos de Kazuo Watanabe e José dos Santos Carvalho Filho, ambos citados por LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Op. cit.*, p. 45.

⁷⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 79.

A indeterminação de seus titulares - que podem, inclusive, ser integrantes de futuras gerações - relaciona-se à ausência de vínculo jurídico entre eles, pois que se unem por circunstâncias fáticas. A efemeridade decorre do fato de esses direitos modificarem-se de acordo com as alterações das situações fáticas que os ensejam, podendo, assim, extinguirem-se e reaparecerem, posteriormente. São indivisíveis por não ser possível sua partição em “quotas atribuíveis a pessoas ou grupos preestabelecidos”.⁷⁹ Em virtude de tais características, a defesa judicial dos direitos difusos deve ser feita coletivamente, em uma só demanda que vise beneficiar todas as pessoas atingidas.

Os direitos coletivos em sentido estrito também são transindividuais e indivisíveis, mas têm como titular um grupo, categoria ou classe de pessoas, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. São atinentes, portanto, a sujeitos considerados não individualmente, mas enquanto membros de grupos sociais, estes situados entre o indivíduo e o Estado. Constituem não a soma dos interesses individuais, mas a sua síntese. Seus titulares, ao contrário da categoria anterior, são passíveis de determinação, em razão da presença de um vínculo jurídico que os une (*v.g.*, filiados a uma associação) ou que os liga à parte contrária (*e.g.*, estudantes de uma mesma escola). Há de se observar que esse vínculo preexiste à lesão ou ameaça de lesão, não surgindo, portanto, somente quando configuradas estas últimas.⁸⁰

Por fim, os direitos individuais homogêneos, como o próprio nome revela, são titularizados por pessoas determinadas, sendo oriundos de uma causa comum. Ao contrário das duas espécies anteriores, têm natureza divisível, podendo ser fruídos individualmente. Por isso, afirma-se que não são materialmente metaindividuais, mas o são processualmente, visto que podem ser coletivamente defendidos em juízo.⁸¹

A ampliação dos fenômenos das ações coletivas e da substituição processual assume uma especial importância na seara juslaboral. Com efeito, em tempos como o atual, em que há grande limitação de fato do acesso do trabalhador à justiça, em virtude do fantasma do desemprego unido à ausência de verdadeira proteção contra a ruptura imotivada da relação de emprego, esses mecanismos aparecem como um instrumento fundamental para a tutela e efetividade dos direitos trabalhistas. Consoante afirma Emmanuel Teófilo Furtado, “são constantes as feridas aos direitos mínimos dos trabalhadores e que, quantos mais puderem se juntar para combater a exploração do trabalho humano, através da ação civil pública, dentre outros mecanismos, mais louvável será, posto que ‘a messe a aceitar é grande e são poucos os operários’.”⁸²

⁷⁹ *Idemibidem*, p. 83.

⁸⁰ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Op. cit.*, p. 54.

⁸¹ “Sintetizando, os interesses difusos e coletivos são, material e processualmente, metaindividuais; enquanto os individuais homogêneos, em razão de serem provenientes de uma causa comum que atinge uniformemente a todos os lesados, são metaindividuais apenas para fins de tutela judicial coletiva.” *Idemibidem*, p. 63.

⁸² FURTADO, Emmanuel Teófilo. *Op. cit.*, p. 502.

Podemos invocar também as sábias lições de Márcio Túlio Viana que, ao discorrer sobre a importância da utilização da ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, afirma que ela é “forte canal de participação da sociedade no Estado, [...] é mecanismo de proteção contra as distorções da economia de massa, [...] é remédio contra a ineficácia de certos direitos fundamentais, até hoje fundamentalmente esquecidos; ao agrupar interesses, economiza justiça; e, pela ameaça que exerce, tem peso político importante”.⁸³

Pelo exposto, resta claro que a evolução dos tempos exige que a ordem jurídica se modifique e se adapte. E, se surgem novas normas de direito material, ou as antigas são alteradas, também o direito processual deve se adequar às mudanças, para exercer plenamente a sua função instrumental, garantindo a tutela jurisdicional efetiva dos novos e dos não tão novos, mas sempre fundamentais, direitos. Isso se torna bastante claro no último tema examinado no presente trabalho: a necessidade de se criar e de se ampliar cada vez mais a utilização de novos mecanismos processuais - como as ações coletivas - idôneos a garantir a tutela jurisdicional dos direitos metaindividuais trabalhistas.

9 CONCLUSÃO

Uma norma constitucional não pode ser analisada e interpretada isoladamente, mas sim em harmonia e consonância com todo o sistema constitucional, mas, sobretudo, com os seus princípios fundamentais. Como já advertia o filósofo alemão Hans-Georg Gadamer, sintetizando a idéia do “círculo hermenêutico”: “A parte só se compreende dentro do todo e o todo somente pode ser compreendido por meio das partes que o compõem”.⁸⁴

Nessa ordem de idéias, o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988, em face do disposto no art. 1º, III, art. 3º, I, III, IV do mesmo Texto Fundamental, dentre outras normas, não pode ser visto como expressão de mera garantia do exercício do direito de ação, devendo hoje ser interpretado e aplicado como a consagração do direito a uma tutela jurisdicional efetiva. Essa constatação assume

⁸³ VIANA, Márcio Túlio. Interesses difusos na Justiça do Trabalho. *Revista LTr*, p. 182-4, São Paulo, n. 02, ano 59, fev. 1995, p. 182.

⁸⁴ “Recordamos aqui a regra hermenêutica segundo a qual é preciso compreender o todo a partir do individual e o individual a partir do todo. É uma regra que procede da antiga retórica e que a hermenêutica moderna transportou da arte da retórica para a arte da compreensão. Tanto aqui quanto lá subjaz uma relação circular. A antecipação de sentido que visa ao todo chega a uma compreensão explícita através do fato de que as partes que se determinam a partir do todo determinam, por sua vez, a esse todo [...] É evidente para todos que, a partir do ponto de vista lógico, aqui nos encontramos diante de um raciocínio circular, já que o todo, a partir do qual se deve compreender o individual, não pode ser dado antes do individual, a não ser sob a forma de um cânon dogmático ou de uma semelhante pré-concepção do espírito de uma época. [...] Em princípio compreender é sempre um mover-se nesse círculo, e é por isso que o constante retorno do todo às partes e vice-versa se torna essencial”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 261 e 385.

um significado ainda maior quando se considera que o direito em questão é um direito fundamental, pois que a sua concretização é um imperativo constitucional - "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata", reza o § 1º do art. 5º - sob pena de se entender a Carta Constitucional como mera declaração de intenções, desprovida de força normativa e eficácia jurídica.

Pode-se dizer que certos aspectos - eliminados pelo Estado Liberal em nome da igualdade formal - foram retomados pelo Estado Social, mas com objetivos diametralmente opostos àqueles aos quais serviam no contexto medieval e do Estado Absolutista. Assim, a conquista científica propiciada pela teoria abstrata da ação é preservada, isto é, o processo continua sendo autônomo em relação ao direito material. Mas deixou de ser neutro e indiferente em relação ao mesmo, com ele mantendo uma relação de instrumentalidade de mão dupla: os direitos subjetivos só existem realmente se houver a predisposição e a utilização de meios processuais para sua concretização coativa nos casos de inadimplemento e, por outro lado, os instrumentos processuais só terão sentido e utilidade prática se a ordem jurídica consagrar direitos subjetivos materiais dignos de fruição por seus titulares.

Nas sociedades de massas das democracias contemporâneas, as próprias normas materiais deixaram de tratar igualmente as pessoas que são desiguais, como bem demonstra o Direito do Trabalho. Mas o objetivo não é mais o de manter as desigualdades, assegurando os privilégios das classes dominantes, como na Idade Média, mas sim promover ativamente a igualdade substancial, a liberdade real e a dignidade de todas as pessoas. Ao menos é esse o objetivo subjacente aos princípios e valores fundamentais das Constituições dos Estados Sociais e, posteriormente, dos Estados Democráticos de Direito como o consagrado pela Constituição brasileira de 1988.

Ao lado disso, a própria evolução da realidade socioeconômica e jurídica, o surgimento e a consagração constitucional dos direitos sociais e, posteriormente, dos direitos metaindividuais, e a necessidade de conferir-lhes uma prestação jurisdicional efetiva exigiram a evolução e o aperfeiçoamento da técnica processual (*v.g.*, ações coletivas, substituição processual etc.). Afinal, a técnica processual deve acompanhar essa evolução do plano material do Direito sob pena de tornar-se obsoleta, não cumprindo a sua finalidade maior e a sua própria razão de ser, que é ser o instrumento de verdadeira concretização do direito material por meio de uma tutela jurisdicional realmente efetiva.

10 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Ísis de. *Manual de direito processual do trabalho*. V. I, 9. ed. São Paulo: LTr, 1998.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2001.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2004.

- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.
- BRANDÃO, Cláudio Roberto Cintra Bezerra. *Culpabilidade na interpretação do Direito Penal*. Palestra proferida na PUC-Minas, no dia 25.05.2006.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. V. I. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Rev. José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.
- CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northleat. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CÓDIGO CIVIL FRANCÊS. *Code civil des français: édition originale et seule officielle. 1804*. Disponível em <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1061517>> Acesso em: 14 nov. 2006.
- CONSTITUIÇÃO ITALIANA. *Costituzione della Repubblica Italiana*. Disponível em <<http://www.cortecostituzionale.it/ita/documenti/download/pdf/Constituzione.pdf>> Acesso em: 14 nov. 2006.
- COQUEIJO COSTA. *Direito processual do trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1986.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 3. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1993.
- _____. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987.
- ECO, Umberto. *Kant e o ornitorrinco*. Rio de Janeiro: Record, 1997.
- FURTADO, Emmanuel Teófilo. Direitos humanos de primeira, segunda e terceira gerações e o enquadramento da ação civil pública trabalhista. *Revista LTr*, p. 498-503, São Paulo, n. 04, ano 59, abr. 1995.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 261 e 385.
- GAZSI, Mélina. Cents ans de la laïcité à la française. *Label France*, n. 60, p. 20-23, 4º trimestre de 2005.
- GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1997.

- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução à Ciência do Direito*. 7. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1976.
- HILLS, Ken. *A Revolução Francesa*. Trad. Jayme Brener. 4. ed. São Paulo: Ed. Ática, 1994.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil pública: nova jurisdição trabalhista metaindividual: legitimação do Ministério Público*. São Paulo: LTr, 2001.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 5. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1986, n. 1.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 4. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1998.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 13. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1997.
- PIMENTA, José Roberto Freire. *Tutelas de urgência no Processo do Trabalho: o potencial transformador das relações trabalhistas das reformas do CPC brasileiro. Direito do Trabalho: evolução, crise, perspectivas*. Coord. José Roberto Freire Pimenta et. al. São Paulo: LTr, 2004.
- PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. 3. ed. Napoli: Jovene Editore, 1999.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004.
- ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.
- SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. V. 1: processo de conhecimento, 4. edição revista e atualizada, 1998. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.
- _____. *Curso de direito civil V. 2: Execução obrigacional, execução real, ações mandamentais*, 3. edição revista e atualizada, 1998, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.
- _____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 1. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996.

- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. V. I, 42. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005.
- _____. *Processo de execução*. 22. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2004.
- _____. *A execução de sentença e o devido processo legal*. 1. ed. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 1987.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2001.
- VIANA, Márcio Túlio. Convenção coletiva de trabalho. Acordo coletivo. Contrato coletivo. *Curso de direito do trabalho em homenagem ao Professor Arion Sayão Romita*. Coord. Gustavo Adolpho Vogel Neto. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000.
- _____. Interesses difusos na Justiça do Trabalho. São Paulo: *Revista LTr*, p. 182-4, n. 02, ano 59, fev. 1995.
- Wikipédia: l'encyclopédie libre. Libéralisme politique. Disponível em <http://fr.wikipedia.org/wiki/Lib%C3%A9ralisme_politique> Acesso em: 14 nov. 2006.