

TUTELAS DE URGÊNCIA NO PROCESSO DO TRABALHO: O POTENCIAL TRANSFORMADOR DAS RELAÇÕES TRABALHISTAS DAS REFORMAS DO CPC BRASILEIRO

JOSÉ ROBERTO FREIRE PIMENTA(*)

1. O NÚMERO EXCESSIVO DE RECLAMAÇÕES TRABALHISTAS NO BRASIL E A “SÍNDROME DO DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES”

Todo operador do Direito que resolva examinar mais de perto o estado atual da prestação jurisdicional trabalhista em nosso país e o quadro institucional através do qual é ela prestada defronta-se com um paradoxo aparentemente inexplicável: como é possível que a Justiça do Trabalho, que absorve parte significativa do orçamento federal destinado ao Poder Judiciário e que conta, em seus quadros, com magistrados e servidores de alto nível intelectual e de grande zelo profissional, não consiga atender ao número a cada ano sempre crescente de demandas trabalhistas e, o que talvez seja mais importante, não se mostre capaz, na fase decisiva da execução, de tornar realidade, em tempo hábil, boa parte das decisões por ela proferidas?(1)

(*) Juiz 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. O presente trabalho resulta em parte da conferência que, em 22.5.2003, proferiu em conjunto com o Professor Estevão Mallet sobre o tema “Tutelas de urgência: avanços do CPC por um processo social” no 3º Congresso dos Magistrados do Trabalho da Região Sudeste – 3º COMTRES, realizado no Rio de Janeiro.

(1) É notório o efeito da inefetividade da tutela jurisdicional, no dia-a-dia das relações sociais em nosso país: normalmente é o devedor, aquele que deveria ter cumprido espontaneamente a norma, quem fala de modo irônico para aquele que dela seria beneficiário e foi lesado por sua conduta contrária ao Direito: “*Vá procurar seus direitos!*”, conduta infelizmente costumeira nas sociedades em que a prestação jurisdicional é inefetiva. Já nas sociedades do mundo anglo-saxão mas também da Europa Continental, onde a jurisdição é mais eficaz, em situações semelhantes a ameaça é outra, e em sentido diametralmente contrário. Nos Estados Unidos, por exemplo, a advertência, nos casos de litígio, em geral parte daquele que se considera o beneficiário da norma tida por descumprida, dizendo para o seu destinatário que resiste a cumprir espontaneamente a norma de direito material em questão: “*I will sue you*” (eu vou processá-lo), mecanismo através do qual o titular do direito freqüentemente dissuade o obrigado quanto a possíveis resistências injustas, como observa com acuidade Cândido R. Dinamarco (in “A instrumentalidade do processo”, São Paulo: Malheiros Editores, 1999, 7ª ed., p. 162). Verifica-se que, nestes últimos casos, a ameaça é daquele que em princípio seria o titular do direito material lesado ou ameaçado, porque sabe que pode contar com uma jurisdição efetiva, isto é, capaz de, com boa probabilidade, sancionar aquele que não cumpriu espontaneamente os preceitos de conduta estabelecidos pelo ordenamento jurídico em vigor e, desse modo, tornar desvantajoso ou menos vantajoso tal descumprimento.

Paralelamente, é comum um sentimento de frustração a todos os magistrados trabalhistas brasileiros que, com sacrifício de sua vida particular e familiar, desdobram-se sete dias por semana, em número de horas de trabalho diário acima do normal, para solucionar o excessivo número de processos trabalhistas submetidos à sua apreciação (boa parte deles versando, de forma repetitiva, sobre lesões reiteradas dos mais elementares e fundamentais direitos trabalhistas dos reclamantes⁽²⁾ por parte de demandados "habituais",⁽³⁾ em casos em que a existência da obrigação nem sempre é seriamente contestável, embora seja sempre contestada em defesas e recursos de duvidosa procedência).⁽⁴⁾

A principal e decisiva razão para tão lamentável estado de coisas é, a nosso ver, de uma simplicidade dolorosa: o excessivo número de reclamações trabalhistas anualmente ajuizadas no Brasil, o qual por sua vez acarreta o estrangulamento da Justiça do Trabalho em todos os seus graus de jurisdição (inclusive na fase de execução, destinada exclusivamente à satisfação dos créditos trabalhistas já reconhecidos, em definitivo, como devidos).⁽⁵⁾ Em tal estado de coisas, a consequência é natural e inevitável: uma Justiça assoberbada por um número excessivo de processos é, necessariamente, uma Justiça lenta e de baixa qualidade.

(2) Quase sempre versando sobre o reconhecimento judicial da relação de emprego ou sobre o não pagamento, integral ou a menor, das parcelas rescisórias devidas em decorrência do término do contrato de trabalho, de horas extras habitualmente prestadas, com suas devidas repercussões ou, em menor escala, de adicionais de periculosidade e/ou de insalubridade.

(3) Para o aprofundamento da distinção entre os litigantes "eventuais" e os litigantes "habituais" (baseada na frequência dos contatos desses litigantes com o sistema judicial e por si só fonte de significativas vantagens estratégicas para os litigantes "habituais", geradoras de obstáculos para o acesso à justiça dos indivíduos que apenas eventualmente recorrem ao Poder Judiciário), consulte-se o trabalho anterior de minha autoria "A conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho" (in LTr, v. 65, n. 02, fevereiro 2001, São Paulo: LTr, p. 157-158) e a obra de Mauro Cappellietti & Bryant Garth, *Acesso à justiça*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet, p. 21, texto e nota 23, e p. 25/26, texto e nota 33.

(4) Em sucessivas aulas e palestras, tenho recorrido a uma imagem popular, talvez não elegante mas expressiva, para descrever a sensação comum a todos os magistrados trabalhistas, em sua faina diária de julgar quase sempre as mesmas e repetitivas lesões aos direitos trabalhistas fundamentais dos trabalhadores brasileiros: a sensação do juiz do trabalho é de que ele, todos os dias, limita-se a "enxugar gelo", com a inevitável frustração daí decorrente (sendo também representativo de tal situação o mito grego do titã Sísifo, que, como se sabe, foi condenado pelos deuses a todos os dias empurrar uma enorme pedra montanha acima apenas para, ao final de cada dia, vê-la despençar de volta ao início de seu percurso, tendo que, no dia seguinte, inutilmente levá-la para o alto da montanha, em suplício a ser repetido por toda a eternidade). Para uma fiel e expressiva descrição mais detalhada desse quadro sob a ótica dos magistrados trabalhistas brasileiros, consulte-se o interessante trabalho do Professor Livre Docente da USP e Magistrado da 15ª Região Jorge Luiz Souto Maior "A função do processo", in *Revista do Direito Trabalhista* 09-4 (abril/2003), p. 14-17.

(5) Conforme estatísticas amplamente divulgadas relativas ao período posterior à promulgação da Constituição de 1988, a cada ano o número de reclamações trabalhistas ajuizadas não cessou de crescer, tendo alcançado o número astronômico de quase um milhão e oitocentas mil novas ações trabalhistas em 2.002 (dados obtidos no site do STF na Internet). Paralelamente, em meados de 2.003 havia em curso mais de um milhão e seiscentas mil execuções trabalhistas em todo o país, sendo de conhecimento geral, para todos os que militam na Justiça do Trabalho, que parte expressiva dessas fatalmente será provisoriamente arquivada, por não ser localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora (nos termos do artigo 40 da Lei n. 6.830/80, subsidiariamente aplicável às execuções trabalhistas por força do artigo 689 da CLT).

E qual é a razão fundamental de um número tão elevado de dissídios trabalhistas em nosso país, muito maior do que o verificado nos países mais desenvolvidos e mesmo em países de estágio de desenvolvimento econômico, humano e social equivalentes ao nosso? Alguns ilustres autores e especialistas apontam como causas do problema a tendência cultural, que atribuem aos brasileiros, de recorrer sempre ao Estado-juiz para a solução de seus conflitos intersubjetivos de interesses (em contraposição à tendência hoje predominante no mundo civilizado, especialmente nos países anglo-saxões, de resolver tais conflitos pelas vias da negociação coletiva, da conciliação extrajudicial e da arbitragem), bem como o que consideram uma exagerada intervenção do Estado nas relações laborais, consubstanciada em normas trabalhistas de origem estatal que, a seu ver, pecariam por ser excessivamente complexas, abrangentes e detalhadas (o que, por sua vez, aumentaria artificialmente o número de controvérsias e inibiria a solução desses conflitos pelas vias da transação individual e coletiva).⁽⁶⁾ No entanto, não nos parecem ser estas as causas fundamentais do número excessivo de demandas trabalhistas hoje em curso em nosso país.

Embora deva ser reconhecida a conveniência da implantação de mecanismos de solução extrajudicial dos conflitos trabalhistas de intensidade e de complexidade menores (para cuja solução afigura-se mesmo desnecessária a intervenção do Estado-juiz), bem como a utilidade de racionalizar e modernizar as normas legais trabalhistas para tornar clara e indubitosa, para todos os interessados, a vontade concreta da lei no campo das relações laborais (eliminando controvérsias desnecessárias na interpretação das normas legais e coletivas que disciplinam tais relações), não nos parece que a solução desses problemas seria suficiente para diminuir, na proporção necessária, o enorme número de ações trabalhistas em nosso país. O verdadeiro problema, pura e simplesmente, é que o direito material trabalhista, no Brasil, tem um baixo índice de cumprimento espontâneo pelos destinatários de seus comandos normativos, muito menor do que qualquer ordenamento jurídico admite como tolerável.⁽⁷⁾

(6) Esses críticos também apontam como uma consequência indesejável desse estado de coisas o que consideram o custo excessivo da utilização da Justiça do Trabalho para a solução dos litígios trabalhistas. No entanto, desconsideram eles, *data venia*, que a prestação de tutela jurisdicional trabalhista é *serviço público essencial*, e como tal expressão de direito e garantia fundamentais, constitucionalmente assegurados a todos os jurisdicionados que dele necessitem e que, por isso mesmo, não deve necessariamente dar lucro e nem mesmo ser auto-sustentável financeiramente. Ademais, tal crítica indevidamente ignora a relevante circunstância de que, hoje, sequer se pode mais afirmar que a Justiça do Trabalho é em si mesma deficitária, em virtude da expressiva arrecadação decorrente de sua competência para a execução *de ofício* das contribuições previdenciárias decorrentes das sentenças por ela proferidas (e das conciliações a elas equiparadas), atribuída pelo § 3º do artigo 114 da Constituição da República.

(7) Todo e qualquer sistema jurídico só será operacional e funcional se as normas jurídicas que o integrarem forem, em sua grande maioria, espontaneamente observadas por seus destinatários. O i. constitucionalista do Rio de Janeiro *Luís Roberto Barroso* (in "Interpretação e aplicação da Constituição - fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora", 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 239-240) nos adverte exatamente para isto:

"De regra, como já referido, um preceito legal é observado voluntariamente. As normas jurídicas têm, por si mesmas, uma eficácia 'racional ou intelectual', por tutelarem, usualmente, valores que

Nessa perspectiva, é fácil concluir que chega a ser elementar a causa fundamental de tão elevado número de litígios trabalhistas (sendo relevante observar que sua grande maioria termina, na fase de cognição, com uma sentença de procedência integral ou parcial dos pedidos iniciais do reclamante): é que, no Brasil, as normas materiais trabalhistas deixam de ser cumpridas espontaneamente por seus destinatários em frequência muito maior do que seria razoável em qualquer sociedade capitalista do século XXI. Isso obriga os beneficiários dos direitos por elas instituídos a escolher entre conformar-se, pura e simplesmente, com tal lesão (o que, como é de conhecimento geral, costuma ocorrer em boa parte dos casos, caracterizando o fenômeno que os processualistas contemporâneos denominam de *litigiosidade contida*) ou recorrer ao Judiciário trabalhista, em busca da tutela jurisdicional a todos constitucionalmente prometida, como contrapartida da proibição estatal da autotutela. Deve-se concluir, portanto, que o número excessivo de reclamações trabalhistas é simples efeito e não a verdadeira causa do problema.

As empresas razoavelmente organizadas sempre fazem uma análise global da relação custo-benefício, sabendo muito bem quando lhes convém, ou não, cumprir a lei trabalhista.⁽⁸⁾ Isso não ocorre apenas em nosso país: nos países desenvolvidos, os agentes econômicos e institucionais certamente operam e atuam movidos por objetivos similares e a partir de considerações da mesma natureza. A diferença fundamental é que lá, em última análise, é mais vantajoso (ou melhor, menos desvantajoso) para os empregadores, como regra habitual de conduta, cumprir a legislação trabalhista do que descumpri-la. Essa é, a meu ver, a questão essencial.

Pode-se dizer, em síntese, que, hoje, o verdadeiro problema do Direito do Trabalho em nosso país é a *falta de efetividade da tutela jurisdicional trabalhista* (que torna extremamente vantajoso para grande número de empregadores, do ponto de vista econômico, descumprir as mais elementares obrigações trabalhistas), criando uma verdadeira “cultura do inadimplemento”, em verdadeira concorrência desleal com a parcela ainda significativa dos empregadores que cumprem rigorosamente suas obrigações trabalhistas, legais e convencionais.⁽⁹⁾

têm ascendência no espírito dos homens. Quando, todavia, deixa de ocorrer a submissão da vontade individual ao comando normativo, a ordem jurídica aciona um mecanismo de sanção, promovendo, por via coercitiva, a obediência a seus postulados. Mas essa é a exceção. Como bem intuiu André Hauriou, se não houvesse, em grande parte, uma obediência espontânea, se fosse necessário um policial atrás de cada indivíduo e, quem sabe, um segundo policial atrás do primeiro, a vida social seria impossível.”

(8) O que, embora insustentável do ponto de vista jurídico, é até compreensível na estrita ótica empresarial, movida essencialmente por considerações de natureza econômica e administrativa, com vistas à maximização da citada *relação custo-benefício* — o erro maior, evidentemente, é daqueles operadores do Direito que, tendo ou devendo ter noção disso, nada fazem para inverter essa equação de modo a tornar desvantajosa, na prática, essa relação, mediante a plena e efetiva aplicação das normas jurídicas materiais em vigor, com a rigorosa aplicação de todas as sanções materiais e processuais legalmente previstas para a hipótese de seu descumprimento.

(9) Esse grave estado de coisas foi analisado pioneiramente na doutrina brasileira por Antônio Álvares da Silva, em seu trabalho “A desjuridicização dos conflitos trabalhistas e o futuro da Justiça do Trabalho no Brasil” (*in As garantias do cidadão na Justiça*, Teixeira, Sálvio de Figueiredo

Quanto mais efetiva a máquina jurisdicional, menos ela vai ter que atuar concretamente, no futuro ou a médio prazo. Simetricamente, quanto mais os destinatários das normas jurídicas souberem que só lhes resta cumprir a lei, por absoluta falta de melhor alternativa, menos será necessário o acionamento da máquina jurisdicional e maiores eficácia e efetividade terão as normas jurídicas materiais. Essa é, portanto, a perspectiva final com a qual os operadores do Direito em geral, mas especialmente os que exercem a função jurisdicional do Estado, têm que trabalhar.

Repita-se, à guisa de conclusão parcial: quanto mais eficaz for a jurisdição, menos ela terá que ser acionada. Enquanto o direito processual do trabalho e o Poder Judiciário trabalhista não forem capazes de tornar anti-econômico o descumprimento rotineiro, massificado e reiterado das normas materiais trabalhistas, os Juizes do Trabalho de todos os graus de jurisdição continuarão sufocados e angustiados pela avalanche de processos individuais, repetitivos e inefetivos.

2. A FALTA DE EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO TRABALHISTA NA PERSPECTIVA DOS "CONSUMIDORES" DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E SEUS EFEITOS SOBRE A REAL EXISTÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO (OS DIREITOS SOCIAIS)

Se o excessivo número de reclamações trabalhistas é negativo na ótica do próprio Poder Judiciário trabalhista, como se demonstrou no tópico anterior desse trabalho, é ele ainda mais pernicioso na perspectiva dos jurisdicionados em geral e, especialmente, dos trabalhadores assalariados para os quais este ramo especial da Justiça foi instituído.

Na perspectiva desses *consumidores da tutela jurisdicional trabalhista*,⁽¹⁰⁾ é ainda mais chocante o contraste entre o conteúdo dos artigos 6º a

(coord.), São Paulo: Saraiva, 1993, p. 256-258), no qual disse, com lucidez e precisão, a respeito das normas materiais trabalhistas: "se estas normas não são cumpridas e se o Estado, que prometera a prestação jurisdicional, não as faz cumprir, há um colapso, embora parcial, da incidência do ordenamento jurídico". E completava: "Se a incidência não se opera, mutilam-se a vigência e a eficácia. A lei se transforma num ente inoperante que, embora existente e reconhecido para reger o fato controvertido, nele não incide em virtude da omissão estatal." O resultado da inefetividade da tutela jurisdicional é por ele bem apontado:

"Cria-se na sociedade a *síndrome da obrigação não cumprida*, revertendo-se a valoração das normas de conduta: quem se beneficia das leis é o que as descumpra e não o titular do direito. Quem procura justiça, sofre a injustiça, pois o *lapsus temporis* que se forma entre o direito e o seu exercício, entre o fato jurídico e a fruição de suas vantagens pelo titular, beneficia o sonegador da obrigação que, escudado na demora, não cumpre a obrigação jurídica.

A lesão é múltipla e afeta o próprio conceito de ordem jurídica eficaz, ou seja, a crença, por parte dos cidadãos, de que a vida social se rege efetivamente pelas regras vigentes, podendo tanto o Estado quanto os indivíduos programarem por elas suas condutas no relacionamento social."

(10) A adoção preferencial da perspectiva dos *consumidores do serviço jurisdicional* é preconizada pelos mais autorizados processualistas do nosso tempo, a partir da idéia fundamental, expressivamente proclamada por Mauro Cappelletti, de que "o direito e o Estado devem ser vistos por aquilo que são — ou seja, vistos como simples instrumentos a serviço dos cidadãos e de suas

11 da Constituição de 1988, que compõem o Capítulo II ("Dos direitos sociais") de seu Título II ("Dos direitos e garantias fundamentais"), e a dura realidade nacional noticiada pelos meios de comunicação de massa (altos índices de desemprego; mais da metade dos trabalhadores urbanos e rurais prestando serviços sem vínculo empregatício reconhecido; expressiva parcela desses trabalhadores percebendo tão-somente o valor do salário-mínimo, notoriamente insuficiente para atender ao disposto no inciso IV do artigo 7º da Norma Fundamental; a inexistência, em favor dos empregados, da proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa prometida pelo inciso I do mesmo artigo 7º da Constituição; sindicatos profissionais com baixo índice de sindicalização e com graves limitações para atuar em Juízo na defesa dos trabalhadores por eles representados, em virtude do entendimento jurisprudencial predominante,⁽¹¹⁾ e que, em suas negociações coletivas dos últimos anos, têm se limitado a lutar pela manutenção das conquistas normativas anteriores).

Além disso, a realidade diária da Justiça do Trabalho revela que boa parte dos mais elementares direitos trabalhistas, de natureza constitucional ou infraconstitucional, não são espontaneamente assegurados a seus beneficiários pelos empregadores (sendo ademais seu valor frequentemente reduzido, na prática, pelas conciliações extrajudiciais e judiciais).

É nessa ótica que a atuação concreta da jurisdição trabalhista ganha um significado maior: o conteúdo e o resultado das conciliações e das sentenças da Justiça do Trabalho, bem como de suas respectivas execuções, exercem um profundo impacto na aplicação prática do direito material em vigor. Pode-se mesmo dizer que, se significativa parcela dos destinatários da legislação trabalhista não a cumpre espontaneamente, o verdadeiro patamar mínimo dos direitos sociais praticados na sociedade brasileira não será aquele idealmente estabelecido na Constituição e nas normas infraconstitucionais trabalhistas (legais e coletivas), mas sim aquele que decorrer do resultado da atuação (ou da não atuação efetiva) do Poder Judiciário trabalhista.⁽¹²⁾ Pode-se assim concluir, desde logo, que a própria existência

necessidades, e não o contrário" (conforme o seu artigo "Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero", in *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1982, p. 243-245). Para maior desenvolvimento do tema, vejam-se ainda os sucessivos trabalhos do mesmo I. Professor italiano da Universidade de Florença "O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época", in *Revista de Processo*, v. 61, janeiro-março de 1991, p. 156, "O acesso dos consumidores à Justiça", in *As garantias do cidadão na Justiça*. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), São Paulo: Saraiva, 1993, p.324-325 e "Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas", in *O processo civil contemporâneo*, Luiz Guilherme Marinoni (coord.), Curitiba: Jurua, 1994, p.15-16.

(11) Consulte-se o Enunciado n. 310 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho (a despeito do disposto no artigo 8º, inciso III, da Constituição de 1988).

(12) Isto é, nada mais nada menos, a demonstração prática da constatação, recentemente pacificada entre os mais atualizados processualistas contemporâneos, de que a própria existência do direito subjetivo material depende da existência de normas processuais e de um aparato jurisdicional capazes de assegurar sua plena, oportuna e específica fruição por seus titulares, mesmo e especialmente nos casos de não cumprimento espontâneo da norma que o instituiu pelo sujeito que essa mesma norma incumbiu de reconhecê-lo ou de prestá-lo. Isso, aliás, já é absolutamente pacífico nos sistemas processuais dos países filiados à família jurídica do *common law*. Neles, há

do direito material, entendida esta não como mera previsão abstrata de situações da vida, mas como proteção real e concreta dos interesses tutelados, depende da efetividade do direito processual e da atividade jurisdicional para proporcionar a satisfação específica do mesmo.⁽¹³⁾

Reitere-se: na medida em que a própria aplicação do direito material pelos tribunais de determinada sociedade (através das sentenças ou das conciliações celebradas em Juízo) coincidir (ou, ao menos, aproximar-se) do conteúdo pleno das normas constitucionais e legais correspondentes, tornar-se-á ela, além de mecanismo de justa pacificação daquele conflito específico que foi submetido à apreciação e ao julgamento do Estado-juiz, também um poderoso instrumento de indução do futuro cumprimento espontâneo das normas por seus destinatários, na perspectiva mais geral da sociedade na qual eles estão inseridos. Infelizmente, não é isso que se verifica hoje em nosso país, no dia-a-dia das relações trabalhistas.

As conseqüências negativas desse estado de coisas transcendem a esfera puramente trabalhista, para chegarem ao campo do direito constitucional. Em uma perspectiva mais ampla, paralela e não excludente, enquanto o direito processual e o Poder Judiciário trabalhista não forem capazes de assegurar o cumprimento dos desígnios da Constituição democrática de 1988 (seja em seus princípios, seja em seus capítulos dos direitos sociais fundamentais e da ordem econômica e social) e do direito material do trabalho, os direitos fundamentais de natureza social (os *direitos huma-*

muito se proclama, sem divergências, que não se pode verdadeiramente falar da existência de direitos materiais sem os remédios processuais capazes de assegurá-los contra lesões ou ameaças de lesão — idéia expressa no brocardo *no remedies, no rights*, corrente naqueles sistemas. A esse respeito, *Cappelletti e Garth* citam *I. H. Jacob*, que afirma que “são as regras de procedimento que insuflam vida nos direitos substantivos, são elas que os ativam, para torná-los efetivos” (“Access to justice in England”, seção VI A-D do volume original do Projeto de Florença, *apud Cappelletti, Mauro & Garth, Bryant. Acesso à justiça, op. cit.*, p. 35 e 69, notas 69 e 140).

(13) Já é pacífico, na doutrina mais autorizada, que a simples consagração dos direitos materiais no plano legislativo é insuficiente para assegurar resultados positivos reais a seus beneficiários. *Cappelletti & Garth* observam que “para os pobres, inquilinos, consumidores e outras categorias, tem sido muito difícil tornar os direitos efetivos”, citando a seguir esta incisiva observação do professor norte-americano *Marc Galanter* (in “Why the ‘Haves’ come out ahead: speculations on the limits of legal changes” (Por que só os que têm são beneficiados? Especulações sobre os limites das reformas judiciárias), *Law and Society Review*, v. 9, 1974, p. 149, *apud Cappelletti, Mauro & Garth, Bryant. “Acesso à justiça”, op. cit.*, p. 68, texto e nota 138):

“O sistema tem a capacidade de mudar muito ao nível do ordenamento sem que isso corresponda a mudanças na prática diária da distribuição de vantagens tangíveis. Na realidade, a mudança de regras pode tornar-se um substituto simbólico para a redistribuição de vantagens.”

Citam eles ainda a manifestação igualmente crítica de um dos principais centros da Inglaterra de representação judicial dos titulares dos direitos sociais e dos interesses difusos (o Brent Community Law Center de Londres), no sentido de que “o problema de ... execução das leis que se destinam a proteger e beneficiar as camadas menos afortunadas da sociedade é geral”, concluindo de forma crítica que:

“Tão grande é o problema e tão fraca a resposta do Governo que é de se questionar se vale a pena continuar fazendo essas leis, uma vez que, como no presente, elas continuarão a ser desrespeitadas. Nessas circunstâncias somos levados a duvidar de que tais leis pretendam ser mais que elaborados exercícios de relações públicas” (“Brent Community Law Center”, *First Annual Report*, London, 1975, p. 30, *apud Cappelletti, Mauro & Garth, Bryant. “Acesso à justiça”, op. cit.*, p. 69, texto e nota 139).

nos de segunda geração, assim chamados desde os já distantes idos do início do século XX) continuarão não passando, na prática, de meras promessas feitas por legisladores (alguns bem-intencionados e outros nem tanto) às grandes massas de despossuídos.

Tal situação, por sua vez, configurará a existência de duas *ofensas constitucionais*, paralelas e que se interpenetram: em primeiro lugar, no campo do direito material, uma grave e direta violação dos direitos fundamentais dos trabalhadores, pelo flagrante desrespeito *a seus direitos sociais constitucionalmente assegurados*; ao mesmo tempo, na esfera do direito processual, uma não menos grave afronta ao *princípio constitucional da efetividade da tutela jurisdicional*, assegurado a todos os jurisdicionados em contrapartida à genérica proibição estatal da autotutela.

A respeito do direito fundamental dos litigantes à efetividade da jurisdição é lapidar o ensinamento de *Teori Albino Zavascki*, nos seguintes termos:

“Sob a denominação de *direito à efetividade da jurisdição*, queremos aqui designar o conjunto de direitos e garantias que a Constituição atribuiu ao indivíduo que, impedido de fazer justiça por mão própria, provoca a atividade jurisdicional para vindicar bem da vida de que se considera titular. A este indivíduo devem ser, e são, assegurados meios expeditos e, ademais, eficazes de exame da demanda trazida à apreciação do Estado. Eficazes, no sentido de que devem ter aptidão para propiciar ao litigante vitorioso a concretização *fática* da sua vitória. O Estado, monopolizador do poder jurisdicional, deve impulsionar sua atividade com mecanismos processuais adequados a impedir — tanto quanto seja possível — a ocorrência de vitórias de Pirro. Em outras palavras: *o dever imposto ao indivíduo de submeter-se obrigatoriamente à jurisdição estatal não pode representar um castigo*. Pelo contrário: deve ter como contrapartida necessária o dever do Estado de garantir a utilidade da sentença, a aptidão dela para garantir, em caso de vitória, a efetiva e prática concretização da tutela.

E não basta à prestação jurisdicional do Estado ser eficaz. Impõe-se que seja também expedita, pois que é inerente ao princípio da efetividade da jurisdição que o julgamento da demanda se dê em prazo razoável, ‘sem dilações indevidas’.

O direito fundamental à efetividade do processo — que se denomina também, genericamente, *direito de acesso à justiça* ou *direito à ordem jurídica justa* — compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos.”⁽¹⁴⁾

(14) Zavascki, *Teori Albino*. “Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais”, in *Retorno do código de processo civil*, Teixeira, Sálvio de Figueiredo (coord.), *op. cit.*, p. 146-147 e in *Antecipação da tutela*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 64.

Diga-se com todas as letras: a incapacidade da Justiça do Trabalho de, por sua atuação concreta e, principalmente, pela simples possibilidade de sua atuação, induzir o cumprimento espontâneo das normas trabalhistas pelos empregadores em prol de seus empregados, além de contribuir para seu crescente congestionamento, tem um efeito mais amplo, mais profundo e, conseqüentemente, mais grave, configurando clássico *círculo vicioso*: os direitos humanos de segunda geração (ou os direitos sociais constitucionalmente assegurados), assim como os demais direitos abstratamente consagrados nas normas infraconstitucionais trabalhistas (legais e coletivas), são reduzidos à triste condição de meras promessas demagógicas feitas pelos legisladores às grandes massas, caracterizando aquilo que os constitucionalistas da atualidade, como por exemplo *Luís Roberto Barroso*,⁽¹⁵⁾ têm incisivamente denominado de *hipocrisia constitucional e legal*.⁽¹⁶⁾

Para enfrentá-lo, a hermenêutica constitucional dos nossos dias já oferece um instrumental adequado para ao menos em parte neutralizá-lo, pela aplicação de adequadas técnicas hermenêuticas, as quais consistem, essencialmente, em considerar os *princípios* (constitucionais e legais) como verdadeiras normas jurídicas (aptos, portanto, a serem aplicados de forma direta e imediata, sem necessidade da intermediação de outras normas jurídicas que sejam *regras*) e em colocá-los no centro do sistema (atribuindo-lhes primazia na pirâmide normativa, retirando-os dos clássicos papéis meramente subsidiários que o positivismo jurídico lhes atri-

Ainda sobre o princípio constitucional da efetividade da tutela jurisdicional, a efetividade do processo e o acesso à justiça, consultem-se também Guerra, Marcelo Lima. *Execução indireta*, 1ª edição, 2ª tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 48-54; *Prolo Pisani, Andrea*. "Appunti sulla tutela di mero accertamento", in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1979, v. 2, p. 633-640 e *Lezioni di diritto processuale civile*, 3ª ed., Napoli: Jovene Editore, 1999, p. 4-6, 587 e 629-636; *Bedaque, José Roberto dos Santos*. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 70-77; *Marinoni, Luiz Guilherme*. *Novas linhas do processo civil*, 3ª edição, São Paulo: Malheiros, 1999, p. 202-206; *DINAMARCO, Cândido Rangel*. *A instrumentalidade do processo*, São Paulo: Malheiros Editores, 1999, 7ª edição, p. 297-301, *Instituições de direito processual civil*, vol. I, São Paulo: Malheiros, 2ª edição, 2002, ns. 39 a 43, p. 104-116 e seu artigo "Universalizar a tutela jurisdicional", in *Fundamentos do processo civil moderno*, tomo II, São Paulo: Malheiros, 4ª edição, 2001, ns. 439 a 441 e 456, p. 840-846 e 873-875; *Comoglio, Luigi Paolo*. "Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali", in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 1994, n. 4, p. 1064-1065 e "I modelli di garanzia costituzionale del processo", in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, 1991, v. 3, p. 675-679; e, por fim, *Barbosa Moreira, José Carlos*, "Tutela sancionatória e tutela preventiva", in *Temas de direito processual - segunda série*, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 21-22 e "Notas sobre o problema da 'efetividade' do processo", in *Temas de direito processual - terceira série*, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 27-42.

(15) *Barroso, Luís Roberto*. "Interpretação e aplicação da Constituição - fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora", 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 280.

(16) Este fenômeno, que consiste na criação e na ampliação de direitos materiais apenas no campo legislativo, mas desacompanhada da paralela e indispensável instituição de garantias e de mecanismos instrumentais capazes de assegurar aos seus titulares a fruição dos correspondentes bens da vida nos casos de seu não cumprimento espontâneo, pelos destinatários dos comandos normativos, é também conhecido na doutrina como a busca da *legitimação pela mera promessa*. *Cappelletti & Garth* citam manifestação do professor norte-americano *Handler* no sentido de que "Símbolos (tais como ... novas leis ...) são utilizados pelos adversários para pacificar grupos dissidentes, dando-lhes a sensação de que cumpriram seus objetivos, quando, de fato, resultados mais tangíveis são retardados" (*Acesso à justiça, op. cit.*, p. 68, nota 138).

buía, de integradores do ordenamento jurídico e de orientadores da interpretação das regras jurídicas), tornando desse modo todo o conteúdo da Constituição verdadeiras *normas jurídicas*.⁽¹⁷⁾ Nessa perspectiva, há muito vem advertindo o i. constitucionalista do Rio de Janeiro *Luís Roberto Barroso* que não há, em âmbito jurídico, avanço maior do que assegurar efetividade ao texto constitucional, com a realização concreta dos seus comandos no mundo dos fatos.⁽¹⁸⁾

Paralelamente, o processo civil dos nossos tempos, através da superação do conceitualismo positivista pelo instrumentalismo substancial a partir da segunda metade do século XX e da colocação da luta pela *universalização da tutela jurisdicional* e pela ampliação do *acesso à justiça* no centro das preocupações dogmáticas e metodológicas dessa disciplina (especialmente a partir da década de setenta do século passado), tem-se mostrado capaz de conceber novas e mais adequadas soluções para a denominada *crise da Justiça*, preordenando novos institutos e procedimentos capazes de atender às novas necessidades das modernas e democráticas sociedades de massa pós-industriais (caracterizando-se a atual fase do processo civil contemporâneo filiado à *escola instrumentalista*, inclusive o brasileiro, nas sempre expressivas colocações de *Cândido Dinamarco*, pela preocupação pelo atendimento aos portadores de pretensões *de baixo valor econômico*, pela *tutela coletiva* ao meio-ambiente, aos consumidores ou a comunidades integradas a grupos associativos, pela busca prioritária da *efetividade da tutela jurisdicional*, pela ênfase nos *escopos sociais do processo*, pela consagração do *acesso à justiça* como um valor a ser a todo custo postulado pela ordem processual e, enfim, pela implantação de um sistema de *processo justo e equo*).⁽¹⁹⁾

É nesse quadro mais amplo de transformação profunda das premissas, dos princípios e dos meios de atuação do direito processual moderno que se inserem as recentes reformas do Código de Processo Civil brasileiro de 1973, iniciadas na década de noventa passada e ainda hoje em curso e nas quais ocupam papel proeminente seus novos artigos 273 e 461, que instituíram, em conjunto, um verdadeiro subsistema da tutela de urgência em nosso país, com o claro propósito de aumentarem a efetividade da prestação jurisdicional e de eliminarem graves *vazios de tutela* antes existentes. É o que agora cumpre examinar, de modo mais detalhado.

(17) Sobre a natureza de verdadeiras normas jurídicas e a primazia conferidas aos princípios pela moderna hermenêutica constitucional, vejam-se, entre outros, *Bonavides, Paulo*. "Curso de direito constitucional", São Paulo: Malheiros Editores, 1999, 8ª edção, p. 236-240, 254, 263-265, 556-558; *Guerra Filho, Willis Santiago*. "Introdução ao direito processual constitucional", Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 31-37 e 52; *Rocha, Carmem Lúcia Antunes*. "Princípios constitucionais da administração pública", Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 21-43; *Dworkin, Ronald*, *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35-72 e 113-125; *Canotilho, J. J. Gomes*. "Direito constitucional", 6ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 165-180 e 183.

(18) *Barroso, Luís Roberto*. "A efetividade das normas constitucionais revisitada", in *Revista de Direito Administrativo*, v. 197, jul./set. 1994, Rio de Janeiro: FGV, p. 31.

(19) *Dinamarco, Cândido R.* "Instituições de direito processual civil", vol. I, *op. cit.*, p. 281.

3. A UNIVERSALIZAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E A DISCIPLINA GERAL DA TUTELA DE URGÊNCIA NO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

O tempo é uma dimensão inerente ao processo e ao procedimento jurisdicional. A prestação da tutela jurisdicional definitiva (como regra geral produto de um procedimento de cognição plena e exauriente) não é e nem pode ser instantânea, pois um razoável intervalo de tempo entre o ajuizamento da ação e a prolação da decisão definitiva de mérito é sempre imprescindível para que sejam exercidos, por ambos os litigantes, seus direitos constitucionais ao contraditório e à ampla defesa (e para que o juiz da causa, após o transcurso de uma fase processual de cognição *plena e exauriente*,⁽²⁰⁾ fique habilitado a proferir um *juízo de certeza* acerca dos fatos nela controvertidos).

No entanto, resgatando um dos clássicos ensinamentos de *Giuseppe Chiovenda* ("a duração do processo não deve causar dano ao autor que tem razão"), a doutrina processual contemporânea passou a reconhecer que, ainda que o autor possa obter, através da execução, o bem da vida perseguido, a demora na sua obtenção pode ser, por si só, fonte de dano, decorrente estritamente da dilação temporal do processo (como acentuado na Itália por *Italo Andolina*).⁽²¹⁾

Discorrendo exatamente sobre a questão do tempo no processo, o i. processualista paranaense *Luiz Guilherme Marinoni*, depois de lembrar que o processo será tanto mais efetivo quanto mais prontamente tutelar o direito do autor que tem razão, afirma expressamente que é chegado o momento desse aspecto tomar o seu efetivo lugar dentro da ciência processual,⁽²²⁾ E completa:

"O processualista também tem grande responsabilidade perante a grave questão da demora do processo. Apesar desta afirmação poder soar óbvia, é importante lembrar que parte da doutrina sempre encarou a questão da duração do processo como algo — se não exatamente irrelevante e incidente — de importância marcadamente secundária, por não ser propriamente 'científica'. O doutrinador que imagina que a questão da duração do processo é irrelevante e não tem

(20) Para os respectivos conceitos e a distinção entre a clássica *cognição plena e exauriente* e as cognições diferenciadas *parcial e sumária*, veja-se, por todos, *Watanabe, Kazuo. Da cognição no processo civil*, 2ª edição atualizada, 2ª tiragem, São Paulo: Bookseller, 2000, p. 111-113.

(21) *Andolina, Italo. "Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale"*, Giuffrè, Milano, 1.983, p. 20.

(22) A rigor, a importância da dimensão temporal do processo já havia sido destacada de forma precursora pelas palavras sempre inspiradas e tantas vezes citadas de *Francesco Carnelutti*, já em meados da década de cinquenta, que advertia que o valor que o tempo tem no processo "é imenso e, em grande parte, desconhecido. Não parece arriscado comparar o tempo a um inimigo, contra o qual o juiz luta sem descanso" (*in Diritto e processo*, Nápoles: Morano, 1958, p. 354).

importância 'científica', não só é alheio ao mundo em que vive, como também não tem a capacidade de perceber que *o tempo do processo é o fundamento dogmático de um dos mais importantes temas do processo civil moderno: o da tutela antecipatória.*

Como os princípios constitucionais do processo incidem sobre a estrutura técnica do processo *de iure condendo* e *de iure condito*, cabe ao processualista não apenas ler as normas infraconstitucionais à luz dos valores constitucionais, mas também extrair do sistema processual as tutelas adequadas à realização concreta do direito à adequada tutela jurisdicional.⁽²³⁾

O i. advogado e professor de processo civil da USP José Rogério Cruz e Tucci, pondo em destaque a *dimensão temporal* do devido processo legal nos dias de hoje e indicando como seu corolário e desdobramento essenciais o direito ao processo sem dilações indevidas, sustenta que a tempestividade (ou a oportunidade) da prestação jurisdicional é componente indispensável da efetividade do processo e acentua que, "quanto mais distante da ocasião tecnicamente propícia for proferida a sentença, a respectiva eficácia será proporcionalmente mais fraca e ilusória".⁽²⁴⁾

Transcreve a seguir o incisivo magistério de Bielsa e Graña⁽²⁵⁾, *in verbis*:

"Um julgamento tardio irá perdendo progressivamente seu sentido reparador, na medida em que se postergue o momento do reconhecimento judicial dos direitos; e, transcorrido o tempo razoável para resolver a causa, qualquer solução será, de modo inexorável, injusta, por maior que seja o mérito científico do conteúdo da decisão. (...)

Em suma, o resultado de um processo "não apenas deve outorgar uma satisfação jurídica às partes, como também, para que essa resposta seja a mais plena possível, a decisão final deve ser pronunciada em um lapso de tempo compatível com a natureza do objeto litigioso, visto que — caso contrário — se tornaria utópica a tutela jurisdicional de qualquer direito. Como já se afirmou, com muita razão, para que a Justiça seja injusta não faz falta que contenha equívoco, basta que não julgue quando deve julgar".

Como se vê, embora a regra geral seja a prestação da tutela jurisdicional através do procedimento de cognição plena e exauriente (capaz de produzir a certeza jurídica e os efeitos da coisa julgada material, que são o

(23) Marinoni, Luiz Guilherme. "Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença", São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 17-21.

(24) Cruz e Tucci, José Rogério. "Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal", in *Revista de Processo*, v. 66, abril-junho de 1992, p. 72-78 e in *Tempo e processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 63-88.

(25) Bielsa e Graña, "El tiempo y el proceso", in *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, La Plata, 55(1994):189-190, apud José Rogério Cruz e Tucci, "Tempo e processo", *op. cit.*, 1997, p. 65.

resultado da tutela jurisdicional padrão a todos prometida pelo Estado), essa espera nem sempre é compatível com a natureza do direito afirmado, especialmente quando ele deve ser usufruído imediatamente, sob pena de perecimento ou de dano grave a seu titular. Em tais casos, a demora do processo é causa do denominado "dano marginal do processo", causado pelo tempo estritamente necessário para o seu desenvolvimento normal. Para os ordenamentos processuais contemporâneos, o fator tempo tornou-se um elemento determinante para garantir e realizar o acesso à justiça.

O direito fundamental a um processo sem dilações indevidas, por sua vez corolário do *princípio constitucional da efetividade da tutela jurisdicional*, serve, portanto, não só para tornar inaceitável a excessiva duração *patológica* dos processos em geral (que é enfrentada por uma série de medidas, tais como a repressão à litigância de má-fé e aos atos atentatórios à dignidade da justiça e pela racionalização, simplificação e dinamização do processo ordinário, inclusive pela compressão, no tempo, de suas fases processuais — configurando os denominados *processos sumários formais ou plenários rápidos*⁽²⁵⁾) como também para justificar e tornar constitucionalmente obrigatória a predisposição, pelo legislador processual ordinário, de mecanismos e procedimentos diferenciados capazes de impedir que a falta da tutela jurisdicional em tempo razoável (pela incapacidade da tutela ordinária de prestá-la, em determinados casos) implique na lesão desta garantia fundamental.

Nesses casos excepcionais, é a própria exigência constitucional da efetividade da tutela jurisdicional que torna obrigatório que o sistema processual preordene meios adequados à eliminação ou neutralização do específico perigo da demora do processo ordinário, através de procedimentos de tutela diferenciada através da qual o juiz da causa possa tomar, liminarmente ou no curso do procedimento (ou seja, antes do trânsito em julgado de sua decisão definitiva de mérito), com base em cognição sumária no sentido vertical, ou seja, em juízos de mera verossimilhança (*fumus boni iuris*), medidas de *urgência* capazes de neutralizar aquele *periculum in mora*.

Há dois tipos de situações em que a simples *demora fisiológica* do processo é, em si mesma, causa de dano injustificável ao autor que tem razão: a) em primeiro lugar, os casos em que a própria natureza ou função do direito material controvertido exige sua satisfação imediata (ainda que provisória), sob pena de ser inútil a prestação de tutela jurisdicional ao autor somente ao final do processo — trata-se da *urgência determinada pela natureza e/ou função do direito material controvertido*; b) em segundo lugar, os casos em que é evidente a existência, em favor do autor, do direito material por ele postulado em Juízo, de modo a que toda e qualquer defesa eventualmente apresentada pelo réu será objetivamente abusiva e, portanto, ilegítima à luz do princípio constitucional da efetividade da tutela jurisdicional — trata-se da *urgência determinada pelo caráter incontroverso do direito material postulado*.

(25) Dos quais é típico e significativo exemplo o procedimento sumaríssimo trabalhista, instituído pela Lei n. 9.957/00, que acrescentou à CLT os artigos 852-A a 852-I.

Na primeira hipótese, a simples demora natural e inevitável do processo, que não decorre de nenhum ato abusivo ou procrastinatório do réu (sua *demora fisiológica*), já é, para o autor, fonte de dano irreparável ou de difícil reparação — aqui, o autor necessita de uma *tutela jurisdicional de urgência* na acepção da palavra, para que seu possível direito material insatisfeito não pereça pelo simples decurso do tempo⁽²⁷⁾ (razão pela qual essa espécie de antecipação de tutela é também chamada de *tutela de segurança*). No segundo caso, embora em princípio fosse lícita a apresentação de defesa ou a prática, pelo réu, dos demais atos processuais normalmente a ele facultados, a ausência de uma controvérsia séria sobre o direito material postulado pelo autor torna ilegítima a *demora de início meramente fisiológica* daquele feito⁽²⁸⁾ — sendo que, nesse caso, o autor faz jus a uma *tutela de evidência* (em que sequer é necessária a existência de *periculum in mora*).⁽²⁹⁾

Luiz Guilherme Marinoni é igualmente lapidar sobre os fundamentos éticos e jurídicos da tutela antecipada, especialmente nos casos em que não haja controvérsia séria sobre a procedência da pretensão do autor:

“Se o autor é prejudicado esperando a coisa julgada material, o réu, que manteve o bem na sua esfera jurídico-patrimonial durante o longo curso do processo, evidentemente é beneficiado. O processo, portanto, é um instrumento que sempre prejudica o autor que tem razão e beneficia o réu que não a tem!

É preciso que se perceba que o réu pode não ter efetivo interesse em demonstrar que o autor não tem razão, mas apenas desejar manter o bem no seu patrimônio, ainda que sem razão, pelo maior tempo possível, com o que o processo pode lamentavelmente colaborar.

Se o processo é um instrumento ético, que não pode impor um dano à parte que tem razão, beneficiando a parte que não a tem, é inevitável que ele seja dotado de um mecanismo de antecipação da tutela, que nada mais é do que uma técnica que permite a distribuição racional do tempo do processo”.⁽³⁰⁾

(27) São aqueles direitos que, nas sempre expressivas palavras de *Chiovenda*, “tanto faz o não prover quanto o prover sem efeito imediato”, quando se está diante “de uma possível vontade da lei cuja atuação não permita retardamento” (*Chiovenda, Giuseppe*. “Instituições de direito processual civil”, vol. 1, Campinas: Bookseller, 1998, p. 341).

(28) Veja-se ainda *Guerra, Marcelo Lima*. “Execução forçada – controle de admissibilidade”, 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 33-40, para uma exposição aprofundada, à luz do princípio da efetividade da tutela jurisdicional e da garantia do direito de ação constitucionalmente consagrados, da contribuição doutrinária do processualista italiano *Italo Andolina* sobre o conceito de *dano marginal por indução processual*, diretamente causado pela própria duração normal e inevitável do processo e que constitui o tipo especial de *periculum in mora* que a tutela cautelar — aí também incluídas as medidas antecipatórias — foi concebida para enfrentar.

(29) Exatamente por isso o novo artigo 273 do CPC brasileiro, introduzido pela Lei n. 8.952/94, estabeleceu, em seus dois incisos, duas distintas e paralelas hipóteses em que poderá ser concedida a antecipação dos efeitos de mérito da tutela pretendida ao autor que demonstrar, em cognição sumária, a plausibilidade de sua pretensão inicial, ou seja, desde que “i — haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou ii — lique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”.

(30) “Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença”, *op. cit.*, p. 22-24.

Levando isso em conta, o direito processual dos países da família romano-germânica, nas últimas décadas, passou por significativo processo de modernização; tendo como declarado paradigma o sistema anglo-americano de execução das decisões judiciais⁽³¹⁾ e visando a criação de mecanismos processuais mais ágeis e eficazes para a tutela específica e adequada de direitos materiais que, por sua natureza, eram na prática anulados pela demora inevitável que o procedimento ordinário e a sentença condenatória dele decorrente acarretavam para sua satisfação.

Diante da crescente inadequação do processo comum tradicional e do aparelho judiciário para enfrentar e coibir as macroleções aos direitos individuais e interesses difusos características das modernas sociedades de massas, o direito processual civil dos países da Europa Continental passou a falar cada vez mais de uma "crise do processo executivo", passando a buscar mecanismos alternativos para a prevenção dos conflitos, de um lado, e a proteção imediata e eficaz dos denominados "direitos perecíveis" e "direitos evidentes", de outro.

Como bem observa Humberto Theodoro Júnior,⁽³²⁾ lutava-se de início apenas pela preservação dos bens envolvidos no processo lento e demorado, afastando-os de eventual situação perigosa à sua conservação, para submetê-los afinal à sentença, de forma útil para os litigantes — o que se fez através da *teoria das medidas cautelares*. Estas, contudo, por terem finalidade meramente *conservativa* do bem em litígio (não ensejando em princípio a *satisfação preventiva* dos interesses em conflito), não solucionaram o grave problema da demora na prestação jurisdicional *satisfativa*, que por vezes configurava verdadeira denegação da justiça e da própria tutela jurisdicional nos casos em que a tardia solução definitiva do processo se dava quando o direito reconhecido em Juízo já havia perecido, no campo da realidade.

Em conseqüência, o direito positivo dos países europeus passou cada vez mais a adotar mecanismos de tutela antecipada para assegurar a todo e qualquer litigante, nos casos de risco de perecimento do próprio direito material vindicado pela demora natural do processo, *medidas de urgência* capazes de *antecipar* os efeitos do possível julgamento de mérito, embora sempre sob o signo da *provisoriedade*.⁽³³⁾

(31) Descrevendo tal sistema do *Common Law*, o l. ministro do STJ e professor de processo civil Luiz FUX (in *Tutela de segurança e tutela da evidência — fundamentos da tutela antecipada*, Ed. Saraiva, São Paulo: 1996, p. 169) observa com propriedade que nele, "em face do prestígio de que desfruta o Judiciário, amplíssimo é o poder de *injunction* do magistrado, podendo determinar proibições ou mandamentos passíveis de serem cancelados na decisão final confirmatória do provimento iníto litis. Por isso menciona a doutrina do tema as *prohibitory e mandatory injunctions*". E acrescenta: "A característica marcante é a execução das decisões sob pena de desobediência, sancionada pelas contempt of court, cuja eficácia somente cessa com o cumprimento das ordens emanadas das *injunctions*".

(32) Theodoro Júnior, Humberto. "Tutela antecipada", in *Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*, São Paulo: Revista dos Tribunais, SP, 1997, Wambier, Teresa Arruda Alvim (coord.), p. 181-182.

(33) Sendo relevante observar que, na Itália, a tutela antecipada foi, não por acaso, de início introduzida no âmbito das relações trabalhistas (através da sentença de reintegração de empregado e da decisão judicial proferida no curso do processo que ordena a imediata cessação de comportamentos "anti-sindicais"), só depois se estendendo ao processo civil em geral, para outros casos de urgência.

Tendo o Direito Comparado como pano de fundo e atendendo à exposição pioneira de José Carlos Barbosa Moreira, desde o final da década de setenta do século passado, sobre a existência de graves vazios de tutela no sistema de tutela jurisdicional então vigente e sobre a necessidade de se priorizar a tutela preventiva e específica das obrigações de fazer e não fazer sobre a tutela meramente ressarcitória⁽³⁴⁾, o direito positivo brasileiro passou a admitir a tutela antecipatória e específica das obrigações de fazer e não-fazer, inicialmente de forma localizada (no artigo 11 da Lei n. 7.347/85 que veio disciplinar a ação civil pública, no artigo 213 da Lei n. 8.069/90 que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 e no artigo 84 da Lei n. 8.078/90 que aprovou o Código de Defesa do Consumidor), mas depois de forma geral, no bojo das significativas reformas do Código de Processo Civil brasileiro, através da Lei n. 8.952, de 13.12.94.

Estas alterações legislativas, em síntese, acolheram tudo aquilo que a moderna doutrina nacional e estrangeira preconizava a respeito de assegurar, na prática, o princípio da efetividade e adequação da tutela jurisdicional. Assim, o novo artigo 273 do Código de Processo Civil (em princípio destinado a disciplinar a tutela antecipada das obrigações que não sejam de fazer ou não fazer,⁽³⁵⁾ regulada pelo § 3º do novo artigo 461 do mesmo Código) veio autorizar a concessão pelo juiz, a requerimento da parte, da antecipação total ou parcial dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que haja prova dos fatos, seja verossímil a alegação e haja "fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação" ou "fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu". Ao mesmo tempo, o novo artigo 461 do mesmo Código deu tratamento amplo e adequado ao tema da tutela específica e antecipada das obrigações de fazer e não fazer.⁽³⁶⁾

Não é objetivo do presente trabalho discorrer em detalhe sobre a disciplina legal da antecipação de tutela das obrigações em geral e da tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, a cujo respeito já existe uma vasta produção doutrinária, de inegável qualidade.⁽³⁷⁾ Cumpre porém, a seguir, apontar os efeitos gerais e mais relevantes dos novos artigos 273 e 461 do CPC, na perspectiva da efetividade da tutela jurisdicional.

(34) Barbosa Moreira, José Carlos. "Tutela sancionatória e tutela preventiva" e "A tutela específica do credor nas obrigações negativas", in "Temas de direito processual — segunda série", São Paulo: Saraiva, 2ª edição, 1998, p. 25-29 e 30-48.

(35) Dinamarco, Cândido Rangel. "A reforma do código de processo civil", São Paulo: Malheiros, 1995, p. 141-142.

(36) O estatuto da tutela antecipada e específica instituído pelos novos artigos 273 e 461 do CPC foi recentemente ampliado e aperfeiçoado pelas Leis n. 10.358, de 27.12.01 e n. 10.444, de 7.5.02, como adiante será exposto de forma mais detalhada.

(37) No campo do processo civil, consultem-se, dentre outros, Marinoni, Luiz Guilherme. "A antecipação da tutela", 5ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1999 e "Tutela específica" (arts. 461, CPC e 84, CDC), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; Zavascki, Teori Albino. "Antecipação da tutela", São Paulo: Saraiva, 1997; Bedaque, José Roberto dos Santos. "Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)", São Paulo: Malheiros, 1998; Castelo, Jorge Pinheiro. "Tutela antecipada — na teoria geral do processo". Volume I, São Paulo: LTr, 1999; Mesquita, Eduardo Melo de. "As tutelas cautelar e antecipada", São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 e Talamini, Eduardo. "Tutela relativa aos deveres de fazer e de não

4. O SIGNIFICADO CONSTITUCIONAL DA GENERALIZAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA PROMOVIDA PELOS NOVOS ARTIGOS 273 E 461 DO CPC/73

A universalização do instituto da antecipação de tutela significou muito mais do que uma alteração do procedimento comum ou do que um aperfeiçoamento tópico dos mecanismos de que se utiliza o sistema processual para propiciar tutela jurisdicional. Como disse muito bem *Teori Albino Zavascki*, a reforma por ela representada alterou profundamente a própria estrutura do sistema, representando uma mudança nos rumos ideológicos do processo,⁽³⁸⁾ na medida em que abandonou definitivamente os princípios fundamentais do sistema processual construído no século XIX sob a égide da ideologia liberal e para atender a valores e necessidades muito diversos daqueles que predominam nas sociedades democráticas, de massas e pós-industriais do início do século XXI. Paralelamente, a clara opção preferencial desse mesmo sistema pela tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (e a consequente colocação da tutela ressarcitória através de sua conversão em seu equivalente monetário no último lugar da escala de prioridades) é mais um importantíssimo componente no processo histórico de reforço da efetividade e da própria existência *real* dos direitos substanciais consagrados no ordenamento jurídico e de recuperação do sistema processual como instrumento de atuação do direito objetivo.

Esse *i. Ministro do STJ*, em outro de seus trabalhos sobre o tema, bem salienta que o poder do juiz brasileiro de conceder medidas provisórias (de conteúdo meramente conservativo ou antecipatório dos efeitos da tutela definitiva postulada) tem sua origem, sua fonte de legitimidade e seu âmbito de eficácia demarcados diretamente pela Constituição, sendo, em suma, *um fenômeno de estatura constitucional e não simplesmente legal*. Embora a seu ver essa *função jurisdicional assecuratória* pudesse ser exercida pelos magistrados brasileiros mesmo sem os novos artigos 273 e 461 do CPC (e a disciplina da tutela cautelar, pelos artigos 796 a 889 do mesmo Código, antes já existentes), em decorrência direta do sistema processual e dos princípios fundamentais de natureza processual que estão consagrados na Constituição brasileira, salienta que a construção legal de um mecanismo processual concreto para a especificação e o detalhamento infraconstitucional dessa *função jurisdicional assecuratória* (que engloba as várias espécies de tutela provisória ou de urgência) desempenha a importante função constitucional de propiciar, na prática e diante de cada caso concreto, a concretização e a harmonização de direitos fundamentais (de natureza processual) em conflito.⁽³⁹⁾

fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84), 2ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. No campo específico do processo do trabalho, consultem-se, também dentre outros, *Mallet, Estêvão*. "Antecipação da tutela no processo do trabalho", São Paulo: LTr, 1998. *Castelo, Jorge Pinheiro*. "Tutela antecipada — no processo do trabalho", Volume II, São Paulo: LTr, 1999 e *Oliva, José Roberto Dantas*. "Tutela de urgência no processo do trabalho". São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

(38) *Zavascki, Teori Albino*. "Antecipação da tutela", *op. cit.*, p. 3.

(39) *Zavascki, Teori Albino*. "Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais", in *Reforma do código de processo civil*, *op. cit.*, p. 144-145 e 149-150.

Na medida em que a Constituição brasileira de 1988, acompanhando a tendência observada nas Constituições contemporâneas promulgadas na segunda metade do século XX, a partir do segundo pós-guerra, elencou no rol dos direitos fundamentais número expressivo de direitos de natureza processual, que constituem cláusulas daquilo que, em seu conjunto, constitui o *devido processo legal* e são freqüentes e multifacéticos os casos de conflito concreto entre eles, a sua solução, na maior parte dos casos, só poderá mesmo se dar pela *via judicial*, pela impossibilidade de a legislação ordinária prever regras jurídicas capazes de, por si sós, compatibilizar os bens e valores em contraste.

Salienta Zavascki que estes direitos fundamentais de natureza processual podem ser agrupados em dois grandes grupos: no primeiro, está o conjunto de direitos que constituem, globalmente, o *direito à efetividade da jurisdição*; no outro, situam-se aqueles direitos que compõem, em seu conjunto, o que ele denomina de *direito à segurança jurídica*.

O primeiro direito, também denominado, genericamente, de *direito de acesso à justiça* ou *direito à ordem jurídica justa*, significa, essencialmente, o direito de toda e qualquer pessoa provocar a atuação da função jurisdicional do Estado, da qual este detém o monopólio, para obter, em prazo razoável e adequado, não apenas uma decisão justa, mas também uma decisão *efetiva* (isto é, uma decisão *com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos*).

Do outro lado, como decorrência do *devido processo legal* expressamente previsto no inciso LIV do artigo 5º do Texto Fundamental brasileiro, está consagrado o *direito à segurança jurídica*, em decorrência do qual em princípio não só a liberdade mas também todos os direitos e bens em sentido amplo não de permanecer sob a disposição de quem os detém e deles se considera titular, até que o contrário seja definitivamente declarado, mediante o esgotamento do "devido processo legal" através de procedimento baseado em *cognição exauriente*, no qual os demandantes tenham tido assegurado o contraditório pleno e possam ter exercido em sua plenitude o direito bifronte de ação e de defesa, com os meios e recursos a ele inerentes (inciso LV do mesmo preceito constitucional).

Salienta o i. processualista gaúcho que, no plano normativo e em princípio, não há e nem pode haver hierarquia alguma entre o direito à efetividade da jurisdição e o direito à segurança jurídica, ambos direitos fundamentais de idêntica matriz constitucional, merecendo do legislador ordinário e do juiz a mais estrita e fiel observância.

Com acuidade, observa ele que, no plano da realidade, é freqüente a ocorrência de fenômenos de tensão, desencadeados por um elemento fático especialmente habilitado a desencadeá-los: o fator *tempo*. Como é curial, o *decorso do tempo* é essencial e inevitável para a garantia plena do direito à segurança jurídica (que depende do esgotamento do procedimento de cognição plena e exauriente, no qual os litigantes tenham exaurido suas possibilidades de defesa). No entanto, muitas vezes a mera demora *fisiológica* do processo (para não falar em sua demora *patológica*) é incompatível

com a efetividade da jurisdição, especialmente quando o risco de perecimento do direito exige sua tutela urgente (ainda que provisória). Em tais casos-limite, nos quais o direito à segurança jurídica não puder conviver, harmônica e simultaneamente, com o direito à efetividade da jurisdição, estará caracterizada hipótese de colisão dos direitos igualmente fundamentais de ambos os litigantes, que exigirá uma solução harmonizadora que não consista, pura e simplesmente, em eliminar um dos direitos em confronto.

Pois bem: o instrumento de harmonização desses dois direitos fundamentais em conflito hoje disponível em nosso direito processual positivo, a partir da Lei n. 8.952/94, consiste exatamente na tutela *provisória*, admitida em princípio para todo e qualquer conflito intersubjetivo de interesses, através da qual o julgador outorgará medidas de caráter provisório aptas a superar as situações de risco de perecimento de todo e qualquer direito. Isto, como se sabe, se fará através de medidas *típicas* (isto é, preestabelecidas pelo legislador; por exemplo, pelas medidas cautelares de arresto ou de seqüestro ou pelas medidas antecipatórias concedidas no âmbito das ações possessórias ou que concedem alimentos provisionais) ou, nos casos em que é impossível prever as combinações de circunstâncias e acontecimentos capazes de configurar a necessidade de medidas que proporcionem tutela imediata e diferenciada, pelas medidas *atípicas* (a serem concedidas pelo julgador a cada caso concreto com base em *conceitos jurídicos indeterminados* e com o conteúdo mais adequado para a eliminação do perigo de retardo presente em cada caso, determinado pelo julgador do caso concreto) genericamente autorizadas pelo poder geral de cautela previsto no artigo 798 do CPC desde sua edição em 1973 ou pela possibilidade de concessão da tutela antecipatória instituída em separado pela reforma de 1994 através de seus novos artigos 273 e 461, § 3º.

Nas palavras de Zavascki, para formular a solução conformadora em cada caso concreto de conflito entre os direitos fundamentais à segurança jurídica e à efetividade da jurisdição, o juiz brasileiro hoje tem à sua disposição duas técnicas distintas para assegurar a efetividade da jurisdição ameaçada pelo *periculum in mora*, que deverá utilizar segundo as necessidades determinadas pela natureza da situação submetida à sua apreciação: a técnica da *tutela cautelar* (através de medidas de pura garantia) e a técnica da *tutela antecipatória* (que implicará na antecipação, total ou parcial, dos efeitos fáticos da própria tutela definitiva pretendida na peça inicial). Este i. professor e magistrado assim sintetiza a matéria, em palavras que aqui merecem ser reproduzidas:

“O que sustentamos, em suma, é que o poder jurisdicional de decretar medidas provisórias cautelares ou antecipatórias, representa, simplesmente, o poder de formular regras de solução para os fenômenos concretos de conflito entre direitos fundamentais que formam o devido processo legal. Trata-se de poder que nasce, não propriamente do art. 5º, inc. XXXV da Constituição, como tutela preventiva, mas do sistema constitucional organicamente considerado, con-

figurados, como inevitavelmente se configuram na realidade prática, fenômenos de colisão entre segurança jurídica e efetividade da jurisdição, tornar-se-á inafastável a necessidade de formular solução harmonizadora, tarefa que, na omissão da lei, deve, por imposição do sistema constitucional, ser assumida necessariamente pelo juiz. Com efeito, por ser inerente à função de decidir conflitos, é poder que decorre, não da lei, mas diretamente da Constituição. (...)

(...) as medidas antecipatórias e as medidas cautelares têm um objetivo e uma função constitucional comuns: são instrumentos destinados a, mediante a devida harmonização, dar condições de conveniência simultânea aos direitos fundamentais da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição. E é nesta função instrumental concretizadora que ditas medidas legitimam-se constitucionalmente.”⁽⁴⁰⁾

De tudo isso podemos concluir que, nesses casos concretos de aparente conflito entre dois direitos constitucionais (e entre os princípios e valores a eles subjacentes) — o direito do demandado à *segurança jurídica* (o qual o resguardaria, em princípio, dos efeitos de qualquer medida judicial que representasse uma invasão de seu patrimônio jurídico antes da obtenção da *certeza* da procedência da demanda da parte contrária, após cognição plena e exauriente e a plena observância das garantias também constitucionais do contraditório e do amplo direito de defesa, com os meios e recursos a ele inerentes — *nulla executio sine titulo*) e o direito do autor de obter tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva de seus direitos subjetivos (por enquanto apenas afirmados, mas cujas verossimilhança, relevância e plausibilidade já podem ser aferidas pelo julgador em cognição sumária) em caso no qual está evidenciado o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação caso não sejam tomadas as medidas judiciais inovativas idôneas a neutralizá-lo — o princípio da proporcionalidade autoriza que o primeiro deles seja comprimido e postecipado, como única maneira de o direito à efetividade da tutela jurisdicional, de sedé e estatura igualmente constitucionais, não se tornar letra morta (considerações que evidentemente também se aplicam, *a fortiori*, às medidas cautelares conservativas, que representam uma invasão menor da esfera jurídica do requerido).

Nessa perspectiva, a *tutela jurisdicional de urgência* (tanto a provisória, típica ou atípica e de natureza conservativa ou antecipatória, quanto a definitiva, também denominada *sumária não-cautelar*, em casos tipificados pelo legislador ordinário) constitui um componente essencial e ineliminável da tutela jurisdicional, nos limites em que seja necessária para neutralizar “*pericula in mora*” (isto é, danos derivados da duração do processo de cognição plena) que sejam capazes de causar prejuízos irreparáveis ou de

(40) Zavascki, Teori Albino. “Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante”, in *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 82, abril-junho 1996, p. 58-62, *Inovações do Código de Processo Civil*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997, p. 31-36 e *Antecipação da tutela*, op. cit., p. 61-68.

difícil reparação ao direito subjetivo em discussão. Nesses casos, é ela uma garantia constitucional de todos os jurisdicionados, que decorre necessariamente do direito constitucional de acesso à ordem jurídica justa e como contrapartida da proibição da autotutela, implicando concretamente em que a garantia da ação deve abranger todos os mecanismos possíveis e necessários a proporcionar ao titular do direito a proteção de que precisa e a que faz jus.

As situações fáticas de urgência e de ausência de oposição ou de séria controvérsia sobre o direito material postulado são os dois motivos concretos determinantes dessa forma diferenciada de tutela jurisdicional, distinta daquelas formas convencionais de tutela que são insuficientes e inadequadas para enfrentá-las. A urgência, nesse sentido amplo, está presente em qualquer situação fática que implique em risco ou em embaraço à efetividade da jurisdição.

5. A VERDADEIRA REVOLUÇÃO PROMOVIDA NOS PRINCÍPIOS E NA ESTRUTURA DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO PELA GENERALIZAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Com vistas a evitar que a necessidade de recorrer à função jurisdicional do Estado para proteger de ameaças ou de lesões os seus direitos ou legítimos interesses substanciais se torne, por si só, motivo de dano ao autor que provavelmente tenha razão e pelo relevo cada vez mais crescente que se deu à necessidade de se assegurar a tutela preventiva e específica a direitos fundamentais e de cunho não patrimonial para os quais é absolutamente insatisfatória a tutela repressiva e ressarcitória tradicional, com a edição dos novos artigos 273 e 461 do CPC passou-se a privilegiar a efetividade do processo em detrimento da segurança jurídica (que o Direito Liberal havia elevado a princípio de validade quase absoluta), ampliando-se o espaço para medidas de tutela *provisória* dos direitos (de cunho antecipatório e não mais apenas conservativo), concedida com base em cognição sumária e em juízos de mera verossimilhança.⁽⁴¹⁾

Com tal possibilidade, foram quebradas as premissas ideológicas que serviam de fundamento para o sistema processual anterior adotado em nosso país através do Código de Processo Civil de 1973. Como se sabe, esse diploma legal era absolutamente fiel aos dogmas e aos valores do direito liberal de origem francesa e italiana, por sua vez baseados na idéia central de que, em nome da liberdade individual dos jurisdicionados e da segurança jurídica que deve presidir a vida dos indivíduos na sociedade, era preci-

(41) Luiz Guilherme Marinoni (in *Novas linhas do processo civil*, op. cit., p. 122) afirma que agora, o novo processo comum brasileiro deixa de priorizar como valor absoluto a "segurança jurídica", em nome da necessidade de uma maior plasticidade da tutela jurisdicional e, desta forma, de uma maior efetividade da tutela dos direitos substanciais. Para maior aprofundamento da questão, veja-se ainda, do mesmo autor, *Tutela inibitória (individual e coletiva)*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.185-188.

so limitar os poderes do juiz, que só poderiam ser exercidos mediante provocação e sob o estrito controle das partes (princípios da demanda e dispositivo) e após a prévia apuração, com a máxima profundidade possível, da veracidade dos fatos alegados pelos litigantes e a conseqüente obtenção da *certeza* acerca do direito substancial aplicável à controvérsia (prioridade da cognição sobre a execução), por sua vez idônea à constituição do título executivo judicial (típica e previamente previsto na lei) capaz de, só então, justificar a atuação do julgador no campo dos fatos, para a satisfação do direito substancial a uma prestação, declarado ao final do procedimento de cognição (e, ainda assim, somente pelos meios de atuação coativa taxativamente previstos e autorizados pela lei processual — princípio da tipicidade dos meios executivos — e que, em geral, tinham natureza exclusivamente sub-rogatória, sem pretender coagir a vontade do réu que não cumprisse espontaneamente a sentença condenatória).

É este, a nosso ver, o principal efeito da generalização da tutela antecipatória no sistema processual brasileiro: 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. A importância e a profundidade dessas transformações, porém, só ficará clara através do contraste com o quadro resultante do sistema processual anterior, consagrado pela redação original do Código de Processo Civil de 1973, absolutamente fiel, em seus aspectos essenciais, à concepção individualística e privatística do processo comum construída pelos legisladores liberais franceses do início do século XIX (por sua vez fiéis aos ideais iluministas nascidos no século XVIII).

Na perspectiva do direito processual propriamente dito, o i. Professor da USP *Antônio Cláudio da Costa Machado*, em sua tese de doutorado sobre o tema, observa que a generalização da tutela antecipatória pelos novos artigos 273, I e 461, § 3º do CPC foi a mais revolucionária modificação já introduzida no procedimento comum brasileiro. É que ela implicou na duplicação do momento cognitivo das questões de mérito em primeiro grau, inserindo-se no limiar daquele procedimento uma fase em que o juiz é chamado a examinar e julgar, através de decisão interlocutória (em caráter menos profundo, no plano vertical, do que a cognição exauriente que serve de base à emissão de seu juízo final de mérito), as mesmas matérias fáticas e jurídicas que serão objeto de declaração na decisão final, devendo ser acentuando que este novo momento cognitivo (baseado em cognição sumária) é adiantado no tempo para permitir, nos casos de necessidade ou de evidência, o imediato atendimento ou acautelamento do direito provável deduzido em Juízo. Acrescenta ele que, de um número relativamente diminuto de direitos tuteláveis pela via liminar (a situação reinante em nosso país até 1994), passou-se, de uma só vez, para uma disciplina legal em que se tem a ampla e geral antecipabilidade da tutela jurisdicional de direi-

tos, através de decisões liminares ou interlocutórias proferidas antes da emissão da decisão final de mérito.⁽⁴²⁾

Ainda segundo esse i. processualista, em consequência as próprias pretensões materiais, como tais reconhecidas no ordenamento jurídico substancial, foram potencializadas (na medida em que a simples perspectiva de um direito material qualquer poder ser tutelado prontamente por meio do novo procedimento comum resultante da reforma, através das medidas antecipatórias, implica em que esse mesmo direito passou a ter uma força intrínseca maior para se realizar no mundo dos fatos maior do que possuía antes da edição dos novos artigos 273 e 461 do CPC). Em outras palavras, o processo civil como um todo tornou-se mais potente para a realização das pretensões e muitos direitos materiais, que antes só podiam ser protegidos em Juízo, em caso de lesão ou de ameaça de lesão, através do ineficaz procedimento comum tradicional, acabaram se tornando intrinsecamente mais fortes no próprio plano do direito material, por causa da força do novo instrumento jurisdicional que passou a tutelá-los.

Aponta ele, como outro importante resultado da universalização da tutela antecipatória, ter-se tornado *atípica* (no sentido de ser aplicável, em tese, a todo e qualquer direito substancial, como tal reconhecido pela ordem jurídica em vigor) a proteção assegurada por este meio diferenciado de atuação coativa dos direitos, democratizando o instituto e evitando que o legislador privilegiasse certas pretensões e direitos materiais com a possibilidade da antecipação da tutela em detrimento dos direitos patrimoniais e não patrimoniais em geral (como também ocorria antes de 1994), criando situações de diferenciação na esfera da tutela jurisdicional de duvidosa constitucionalidade, do ponto de vista isonômico. Em suas próprias palavras, "o atual rito ordinário passa à condição de potencial receptáculo de providências urgentes de variada eficácia, subvertendo, por completo, a ordem vigente até 1994." E conclui:

"A rigor, tamanha foi a transformação realizada que não parece incorreto afirmar que o antigo procedimento comum (ordinário e sumaríssimo) morreu, dando lugar a um outro, cheio de potencial e efetividade, e fazendo crer que um novo processo de conhecimento aca-

(42) *Teori Albino Zavascki* também afirma, nessa mesma perspectiva, que a universalização da tutela antecipada representou "um rompimento definitivo da tradicional segmentação das atividades jurisdicionais, separadas, na estrutura original do Código, em ações e processos autônomos, de conhecimento, de execução e cautelar. Várias dessas atividades, desenvolvidas tradicionalmente em processos apartados de execução ou cautelar, foram transpostas de sua sede autônoma para dentro do processo de conhecimento, no qual passaram a ser cumpridas mediante ordens ou mandados expedidos ali mesmo pelo juiz." (*In Antecipação da tutela, op. cit.*, p. 3). Mais adiante, nessa mesma obra, reafirma ele que o novo artigo 273 do CPC brasileiro, ao transformar as medidas antecipatórias, até então previstas apenas para determinados procedimentos especiais, em providência alcançável genericamente em qualquer processo, produziu uma notável mudança de concepção do próprio sistema processual. E completa: "A profundidade da mudança – que, como se disse, é, mais do que da lei, do próprio sistema – se faz sentir pelas implicações que as medidas antecipatórias acarretam, não só no processo de conhecimento, mas também no processo de execução, no cautelar e até nos procedimentos especiais", acrescentando que se operou uma notável valorização do princípio da efetividade da função jurisdicional (*op. cit.*, p.70).

ba de surgir. Mas isso tudo vai depender fundamentalmente de como o nosso Judiciário se colocará diante de mudança tão radical.⁴³⁾

Com efeito, a universalização da tutela antecipatória em geral (feita pelo artigo 273 do CPC) e, em particular, das obrigações de fazer e não fazer (pelo seu artigo 461, através de seus parágrafos 3º a 6º), bem como a expressa prioridade que se conferiu à tutela específica dessa última modalidade de obrigações através desse último dispositivo, além de contribuírem decisivamente para que o processo finalmente consiga ser um instrumento efetivo de atuação do direito objetivo e de garantia da própria *existência real* dos direitos substanciais antes apenas abstratamente previstos no plano do *dever-ser*, significaram uma ruptura decisiva com o processo tradicional ainda comprometido com a visão iluminista e liberal que presidiu a sua formação. Em outras palavras, o seu significado maior, talvez ainda não inteiramente percebido pelos operadores do Direito em toda a sua potencialidade e em todas as suas conseqüências, foi ter provocado uma mudança profunda na estrutura e nos rumos ideológicos do próprio sistema processual brasileiro, na mesma direção dos valores democráticos e igualitários consagrados na Constituição de 1988 — é esta, aliás, a sua maior virtude.

É esse, portanto, o significado mais profundo e relevante da universalização da antecipação da tutela de mérito promovida pelos artigos 273 e 461, § 3º, do CPC: a ruptura com o paradigma clássico do processo civil comum, de feição individualista e liberal. Com a consagração genérica da possibilidade da antecipação dos efeitos da tutela de mérito nos casos de *necessidade* (para evitar o perecimento do direito pelo simples decurso do tempo) ou de *evidência* (em que, por inexistir controvérsia séria sobre a existência do direito material pretendido, o mero decurso do tempo processual, seja pela dilação *patológica* do processo, seja por sua simples dilação *fisiológica*, é intolerável, em face do princípio da efetividade da tutela jurisdicional e de seu corolário, o direito a um processo *sem dilações indevidas*). Em suma, mudou o sistema, mudou a estrutura, mudaram os princípios fundamentais do processo e, principalmente, mudou a própria natureza da função jurisdicional do Estado e o modo de atuar de seu principal agente — o magistrado.

Recentemente a Reforma do Código de Processo Civil passou por um segundo movimento orgânico em que, através das já citadas Lei n. 10.358, de 27.12.2001 e Lei n. 10.444, de 07.05.2002, buscou-se ampliar, reforçar e harmonizar o poder geral de antecipação de tutela que a Lei n. 8.952/94 já havia outorgado aos juizes brasileiros. Em apertada síntese, isto se deu através das seguintes alterações do CPC em vigor:

- a) art. 14, V e seu parágrafo único: onde se capitula como atos atentatórios ao exercício da jurisdição e passíveis de pesada multa, sem prejuízo das demais sanções criminais, civis e processuais

(43) Machado, Antônio Cláudio da Costa. "Tutela antecipada", São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 86-91.

cabíveis, os atos de desobediência a provimentos mandamentais ou de criação de embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final, reforçando-se notavelmente o sistema de tutela antecipada e da efetivação, em juízo, das obrigações de fazer ou de não fazer;

- b) §§ 3º, 6º e 7º do artigo 273: 1) pelo novo § 3º, promoveu-se o entrelaçamento das normas sobre a *efetivação* (e não execução, cumpre salientar) da tutela antecipada com o regime de efetivação da tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer, mediante a remissão a outros dispositivos do mesmo Código que tratam da questão, mais precisamente *todo* o artigo 588 (que disciplina a execução provisória da sentença, e que também sofreu significativa alteração, referida mais adiante), os parágrafos 4º e 5º do artigo 461 (para permitir ao juiz, sempre, a imposição de multas periódicas de finalidade *coercitiva*, para induzir o obrigado a cumprir o que lhe for ordenado, na tutela antecipada e para autorizá-lo a manejar outras medidas *atípicas*, ainda que não postuladas expressamente pelo autor, para persuadir o réu a adimplir ou para consumir, pela via *sub-rogatória*, os resultados que o obrigado pessoalmente recusou-se a produzir) e o novo artigo 461-A (que submeteu as obrigações de entrega de coisa ao estatuto da tutela específica instituído pelo artigo 461 do mesmo Código); 2) pelo novo § 6º, autorizou-se a tutela antecipada em relação à parcela, ou parcelas do pedido, que estejam fundadas em fatos incontroversos, dispensado nesse caso o requisito da urgência; 3) pelo novo § 7º, instituiu-se expressamente a fungibilidade entre medidas antecipatórias e cautelares, podendo a providência ser outorgada pelo juiz a um desses títulos (*em duplo sentido vetorial*, ressalte-se) ainda quando haja sido pedida com denominação inadequada;
- c) artigo 287: por sua nova redação, restaurou-se a utilidade da denominada *ação cominatória* e promoveu-se sua compatibilização com o estatuto geral da tutela específica e antecipada das obrigações de fazer e de não fazer introduzido pela fase anterior da Reforma, pela qual se pede seja imposta ao réu “a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa”, mediante a cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença *ou da decisão antecipatória de tutela*, com remissão expressa aos citados artigos 461 e 461-A;
- d) § 5º e 6º do artigo 461: pela nova redação do § 5º incluiu-se expressamente a *imposição de multa por tempo de atraso* como uma das medidas necessárias para a efetivação da tutela específica ou antecipada que o juiz pode determinar, *de ofício ou a requerimento*, deixando-se ainda claro que a *requisição de força policial* é meio de imposição das demais medidas de concretização da tutela; pelo novo § 6º, consagrou-se de forma explícita o

poder do juiz, mesmo de ofício, de também "modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva";

- e) artigo 588: em sua nova redação restou estabelecido, dentre outras modificações, que, na execução provisória da sentença (bem como na efetivação da tutela antecipada, por força do já mencionado § 3º do artigo 273), o autor ou exequente, no caso de reforma, total ou parcial, da decisão provisoriamente efetivada, terão responsabilidade objetiva pelo ressarcimento dos prejuízos sofridos pela parte contrária, a serem liquidados e exigidos no mesmo processo e na extensão da parte reformada (incisos I e IV e § 1º do art. 588) e que a caução idônea em geral exigida do autor ou exequente em *contra-cautela* da execução ou efetivação provisórias poderá ser dispensada *nos casos de crédito de natureza alimentar, até o limite de 60 (sessenta) vezes o salário mínimo*, quando o autor ou o exequente se encontrarem *em estado de necessidade* (inciso II e § 2º do artigo 588).⁴⁴

Cumpra agora, ainda que de modo esquemático, apontar em quais aspectos foram quebradas as premissas ideológicas do modelo processual clássico (civil e trabalhista), no essencial fiéis aos dogmas e valores liberais importados dos modelos processuais francês e italiano do século XIX e do início do século XX (que se baseavam na idéia central de que, em nome da liberdade individual dos jurisdicionados e da segurança jurídica que deve presidir a vida dos indivíduos na sociedade, era preciso limitar os poderes do juiz):

- a) *antes*, esses poderes dos magistrados só podiam ser exercidos após provocação (*princípio da demanda*) e sob o estrito controle das partes (*princípio dispositivo*); *agora*, embora a antecipação de tutela ainda deva ter sido postulada pela parte interessada (em observância do mesmo princípio da demanda e nos precisos termos do *caput* do multicitado artigo 273), o § 5º do artigo 461 do CPC estabelece que os meios de sua efetivação não precisam necessariamente ser aqueles pedidos pelas partes, podendo o juiz estabelecer outras providências que se mostrem mais aptas para obter o adimplemento (ou o resultado prático equivalente), inclusive *a imposição de multa por tempo de atraso*; paralelamente, o novo § 6º do artigo 461 do CPC autoriza que o juiz, *de ofício*, modifique o valor ou a periodicidade da multa coercitiva autorizada pelos parágrafos 4º e 5º do mesmo dispositivo;

(44) Sobre esse segundo movimento orgânico das Reformas do Código de Processo Civil brasileiro recentemente retomado e ainda em curso, consultem-se, dentre outros, Dinamarco, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*, 4ª edição revista e atualizada, São Paulo: Malheiros, 2003; Wambier, Luiz Rodrigues & Wambier, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do código de processo civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 e Cruz e Tucci, José Rogério. *Lineamentos da nova reforma do CPC*, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

- b) *antes*, era absoluto o princípio da *prioridade da cognição sobre a execução* (pelo qual os poderes do juiz só poderiam implicar na invasão da esfera jurídica do demandado após a prévia apuração, com a máxima profundidade possível, da veracidade dos fatos alegados pelos litigantes e a conseqüente obtenção da *certeza* acerca do direito substancial aplicável à controvérsia — ou seja, após o esgotamento da *cognição plena e exauriente*, nos planos horizontal e vertical); *agora*, a antecipação, total ou parcial, dos efeitos da tutela de mérito significa exatamente o contrário: havendo perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (*tutela de urgência*) ou sendo praticamente incontroversa a existência do direito material postulado (*tutela de evidência*), será possível a *imediata efetivação de decisões judiciais interlocutórias*, proferidas após *cognição parcial e sumária* (*juízos de plausibilidade*), sem possibilidade de descumprimento pelo seu destinatário (artigo 14, V e seu parágrafo único, do CPC) e sem possibilidade de apelação (ou de recurso ordinário, no processo do trabalho) com efeito suspensivo (artigo 520, VII, do CPC);
- c) *antes*, a satisfação prática do *direito substancial a uma prestação* só podia se fazer através da execução forçada, por sua vez possível somente em distinto processo (ou fase processual, no processo do trabalho) após a formação do título executivo (judicial, *in casu*); *agora*, sem necessidade do título executivo propriamente dito (que só se forma após o trânsito em julgado da sentença de procedência), é possível a imediata satisfação prática (ainda que provisória, nos moldes do artigo 588, II e seu § 2º, na qual a caução pode ser dispensada, nas obrigações até 60 salários mínimos e quando o exequente se encontrar em estado de necessidade), bastando para tanto uma decisão judicial de natureza *mandamental* ou *executiva lato sensu*;
- d) *antes*, os meios de atuação das decisões que tenham por objeto o direito material a uma prestação (de dar ou de fazer) do demandado só podiam ser aqueles *típicos*, ou seja, aqueles predeterminados pela lei processual (*princípio da tipicidade dos meios executivos*) e que, em geral, visavam a *efetivação de decisões estritamente condenatórias*, razão pela qual tinham natureza estritamente *sub-rogatória* (execução direta, através de terceiro — a clássica *execução forçada*); *agora*, os meios de atuação são necessariamente *atípicos*; ou seja, são todos aqueles meios de atuação que a criatividade do juiz, exercitada no caso concreto e à luz de suas circunstâncias e necessidades, seja capaz de conceber para obter o *adimplemento* (ou a produção de *resultados práticos equivalentes*); além disso, as decisões proferidas para a concessão da *tutela de urgência* não são apenas condenatórias, mas sim *mandamentais* e *executivas lato sensu*, razão pela qual os meios de sua efetivação não são exclusivamente *sub-rogatórios*, havendo um grande espaço para a utilização das *medidas coercitivas*,

voltadas a pressionar a vontade do destinatário renitente das decisões judiciais para convencê-lo a adimplir pessoalmente a prestação delas objeto; ademais, há meios *sub-rogatórios* modernos, com vistas a assegurar a prestação de *tutela inibitória* nas relações jurídicas continuativas, em que o mais importante é impedir a reiteração da prática do ilícito.⁽⁴⁵⁾

Se tais alterações são de fundamental importância na esfera processual civil, o que dizer de sua relevância e aplicabilidade em área tão sensível e relevante quanto a esfera trabalhista? É o que se passa a analisar em seguida.

6. A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DOS ARTIGOS 273 E 461 DO CPC AO PROCESSO DO TRABALHO E AS HIPÓTESES CONCRETAS DE SUA INCIDÊNCIA

A aplicabilidade dos mecanismos previstos nos artigos 273 e 461 do CPC para a tutela antecipada e específica dos direitos trabalhistas é hoje absolutamente pacífica. Assim se pronuncia *Estevão Mallet*, com suas habituais clareza e precisão:

“A ausência de norma disciplinando a antecipação da tutela em demandas trabalhistas, bem como a perfeita compatibilidade de semelhante instrumento com as normas pertinentes a tais demandas, compõem, com perfeição, o suporte para a incidência do art. 769, da CLT.

A propósito do último requisito, vale inclusive ressaltar que em poucos setores adquire, como em matéria trabalhista, tanta relevância a rápida tutela de direitos. Aliás, já houve mesmo quem dissesse caracterizarem-se os direitos trabalhistas pela exposição a prejuízo irreparável quando não satisfeitos de imediato. Tal afirmação veio a ser reforçada por *Cappelletti*, ao observar que, ante a natureza alimentar do salário e a condição geralmente de debilidade econômica do trabalhador, a demora na solução do litígio é uma forma intolerável de denegação de justiça.”⁽⁴⁶⁾

Exatamente no mesmo sentido manifesta-se o il. Ministro do Col. Tribunal Superior do Trabalho e Professor *João Oreste Dalazen*, com igual propriedade:

(45) Para maior aprofundamento dessas questões, consultem-se, dentre outros, Dinamarco, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*, op. cit., p. 90-107, 144, 218-250, 254-259 e 266-270, Talamini, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)*, op. cit., p. 187-326 e 342-375 e o trabalho de minha lavra “Aspectos processuais da luta contra a discriminação, na esfera trabalhista. A tutela antecipatória como mecanismo igualizador dos litigantes trabalhistas” in *Discriminação*. Vliana, Márcio Túlio (coord.), São Paulo: LTr, 2000, p.169-226.

(46) *Mallet, Estevão*: “Antecipação da tutela no processo do trabalho”, op. cit., p. 26-27.

"Hoje é praticamente consensual a opinião de que a *tutela antecipatória de mérito* é instituto amplamente recepcionado e bem vindo ao processo trabalhista. Seja ante a lacuna da legislação processual específica, seja porque se amolda à perfeição aos seus fins e princípios (CLT, art. 769). (...)

Óbvio que se há processo em que a *morosidade* é absolutamente *intolerável* tal se dá no trabalhista. Nenhum outro convive tão de perto com a pobreza, quando não com a *miséria*. Logo, retardar a prestação jurisdicional no processo trabalhista pode significar o comprometimento da fonte única de subsistência de uma pessoa e sua família. É *denegação* de Justiça qualificada!⁽⁴⁷⁾

Se antes das recentes alterações promovidas no estatuto geral da tutela antecipada instituído pelos artigos 273 e 461 do CPC pelas Leis 10.358/01 e 10.444/02 era discutível a possibilidade de aplicação irrestrita da antecipação da tutela nos casos das obrigações de dar (com vistas ao pagamento imediato de verbas trabalhistas em geral), à luz do disposto na redação original dos parágrafos 2º e 3º do artigo 273 do CPC (que respectivamente vedavam a concessão de tutela antecipada de mérito "quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado" e determinavam a observância, "no que couber", do disposto nos incisos II e III do artigo 588 do mesmo diploma legal — os quais, disciplinando a execução provisória, proibiam os atos que importem alienação de domínio e, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro, priorizando de forma absoluta a necessidade de se assegurar a restituição das coisas em seu estado anterior, caso sobrevenha sentença que modifique ou anule a que foi objeto de execução), agora o novo § 3º do artigo 273 daquele Código tornou-a praticamente indiscutível.

É que esse preceito, ao estabelecer que a efetivação da tutela antecipada observará as normas previstas em todo o seu artigo 588, o qual, em seu também novo § 2º, consagrou de forma expressa que, nos casos de crédito de natureza alimentar (de valor até 60 vezes o salário mínimo), quando o exequente se encontrar em estado de necessidade, poderá o juiz da causa dispensar a caução idônea prestada nos próprios autos pelo autor que em princípio, à luz do inciso II daquele mesmo dispositivo, seria condição indispensável para o levantamento de depósito em dinheiro ou para a prática de atos que importem alienação de domínio ou dos quais possa resultar grave dano ao executado.

(47) Dalazen, João Oreste. "Aspectos da tutela antecipatória de mérito no processo trabalhista brasileiro", in LTr 61-07/875. Na mesma linha também se posicionam Pinto, José Augusto Rodrigues. "A modernização do CPC e o processo do trabalho", LTr, 1996, p. 92-94, Nascimento, Amauri Mascaro. "Antecipação da tutela no processo do trabalho", in *Processo do trabalho — estudos em homenagem ao Professor José Augusto Rodrigues Pinto*, LTr, 1997, p. 131 e Márcio Túlio Viana e Luiz Otávio Linhares Renault (coords.). "Antecipação de tutela", in *O que há de novo em processo do trabalho*, LTr, 1997, p. 87.

Paralelamente, o § 6º do mesmo artigo 273 do CPC, também acrescentado pela citada Lei n. 10.444/02, permitirá, por exemplo, que o juiz do trabalho, diante da incontrovérsia (decorrente dos termos da defesa apresentada pelo reclamado) do direito do reclamante a determinado valor líquido a título de verbas rescisórias, mesmo que ainda persista controvérsia entre as partes a respeito dos demais pedidos iniciais formulados pelo autor (versando, por exemplo, sobre horas extras não pagas e suas incidências), conceda desde logo, na inauguração da audiência, a antecipação da tutela de mérito relativa ao primeiro daqueles pedidos iniciais (ou até mesmo da parcela incontroversa deste pedido), mediante decisão mandamental e executiva *lato sensu* que veicule ordem ao demandado para que desde logo pague, no prazo razoável que então fixar, sob pena de incidência das medidas coercitivas que fixar (e à luz do que estabelecem o inciso V e o parágrafo único do artigo 14 do CPC, introduzidos pela Lei n. 10.358/01) ou de imediata execução provisória daquela quantia, através dos meios subrogatórios idôneos para tanto. Desnecessário dizer que tal possibilidade, consagrada no novo processo civil brasileiro, é de clara aplicação subsidiária, *a fortiori*, no processo do trabalho de nosso país, poderá ter efeitos altamente positivos na *efetividade da tutela jurisdicional trabalhista*, eliminando as defesas meramente de praxe e sem maior seriedade infelizmente ainda tão comuns na prática cotidiana da Justiça do Trabalho brasileira.⁽⁴⁸⁾

No campo das obrigações de fazer e não-fazer, no entanto, não há maiores divergências doutrinárias quanto à plena aplicabilidade da tutela antecipada e específica na esfera trabalhista⁽⁴⁹⁾.

A título meramente exemplificativo, é possível mencionar várias situações em que a mesma encontrará campo fértil de atuação. O I. Ministro *João Oreste Dalazen* indica vários casos, de inegável importância prática, em que está em jogo, em última análise, o princípio constitucional da igualdade ou da isonomia⁽⁵⁰⁾:

- a) a obrigação patronal de o empregador *não* estabelecer discriminação salarial entre os empregados fora dos casos consentidos em lei;
- b) a obrigação de fazer consistente em *promover* o empregado, se comprovada a presença dos requisitos para tanto previstos em quadro organizado em carreira;

(48) Mesmo antes dessas novas modificações do CPC já se pronunciavam a favor da possibilidade de concessão de tutela antecipada para pagamento de quantia certa *Estêvão Mallet* (de forma genérica, in *Antecipação da tutela no processo do trabalho*, *op. cit.*, p. 119-123) e *Alice Monteiro de Barros* (em se tratando de diferenças salariais em sentido estrito que coloquem em jogo a própria sobrevivência do trabalhador, em seu artigo "Tutela antecipada no processo do trabalho", LTr 60-11/1.463-1.464 e in *Compêndio de direito processual do trabalho*, *op. cit.*, p. 683).

(49) Por todos, *João Oreste Dalazen*, que afirma com acerto "que é no campo das obrigações de fazer e não-fazer, por excelência, de que é tão rico o Direito do Trabalho, que a tutela antecipativa de mérito pode e deve desempenhar um exuberante papel no processo trabalhista. (...) presentes os pressupostos legais, basta um provimento mandamental impondo acatamento, sob cominação de multa-diária, sem necessidade do trâmite de uma execução." (in "Aspectos da tutela antecipatória de mérito no processo trabalhista brasileiro", *op. cit.*, p. 879).

(50) *Dalazen, João Oreste*. "Aspectos da tutela antecipatória de mérito no processo trabalhista brasileiro", *op. cit.*, p. 879-880.

- c) a obrigação decorrente da Lei n. 9.029/95 de o empregador não adotar qualquer prática discriminatória por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade (estando especialmente proibida a exigência de atestados de gravidez e de esterilização), sob pena de ser compelido à reintegração do empregado (conforme seu artigo 4º, I);
- d) a obrigação decorrente do artigo 389, § 1º e 2º, da CLT ou da aplicação, em sede de dissídio coletivo, do Precedente Normativo n. 22 da SDC/TST, de o empregador instalar ou proporcionar às suas expensas *creche* destinada à guarda de filhos de empregadas em idade de amamentação (o que, se não adimplida, concretizaria forma indireta de discriminar as empregadas com filhos recém-nascidos);
- e) a obrigação de não despedir por motivo discriminatório empregado portador do vírus da AIDS⁽⁵¹⁾.

A todos esses casos muito bem lembrados pelo i. autor acima citado, podemos acrescentar alguns outros a nosso ver igualmente relevantes, que demonstram, em seu conjunto, a grande importância e o potencial ainda maior de atuação que os instrumentos propiciados pelo novo artigo 461 do CPC ensejarão, na esfera trabalhista, desde que os operadores do direito estejam prontos a operá-los com equilíbrio mas, principalmente, com criatividade e sem preconceitos decorrentes de concepções ultrapassadas:

- a) quando o empregador tiver como obrigação alterar a organização de seu processo produtivo ou instalar equipamentos gerais de proteção à saúde e à segurança de seus empregados, considerados tecnicamente indispensáveis para eliminar ou para atenuar a insalubridade ou a periculosidade existentes no ambiente de trabalho;⁽⁵²⁾

(51) *Alice Monteiro de Barros*, ao tratar desse tema específico in *Proteção à intimidade do empregado*, São Paulo: LTr, 1997, p. 87-100, transcreve o seguinte precedente do C. TST:

"Mandado de Segurança. Sendo o empregado portador de doença que pode levá-lo à morte, estando prestes a adquirir o direito à estabilidade no emprego, havendo sido demitido de forma obstativa e sendo absolutamente necessário o exercício de sua atividade profissional no combate ao mal que o aflige, o transcurso do tempo é imprescindível para que se evite o perecimento de seu direito. O *periculum in mora* é o próprio risco do perecimento da vida do empregado. De que adiantaria o empregado sagrar-se vencedor numa ação trabalhista após a sua morte? O direito deve ser ágil e ser aplicado no momento certo, sob pena de tornar-se inócuo, mormente neste caso concreto, onde mais importante que os eventuais valores monetários em discussão é a própria vital necessidade de o empregado exercer suas funções enquanto apto para tal." (TST-RO-MS 110.056/94.5, Rel. Min. Armando de Brito, sessão de 7.3.95, da SDI).

(52) Para uma análise extensa e aprofundada da questão da tutela da saúde e segurança nos locais de trabalho na Itália, tal como regulada na Constituição, nos Códigos Civil e Penal e no Estatuto dos Trabalhadores daquele país, com ênfase para a obrigação (ou, mais precisamente, o dever) do empregador de resguardar, através de obrigações de fazer e de não fazer a serem cumpridas de forma específica, a integridade física e moral dos trabalhadores em seu local de trabalho, veja-se o trabalho do professor da Universidade de Génova *Giovanni Persico*, "Tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro: una nuova fase", in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1982, v. 4, Milano: Giuffrè, p. 478-557. Para uma abrangente exposição do importante papel que as tutelas de urgência (cautelares e antecipatórias) podem potencialmente desempenhar em prol da

- b) quando a empresa deixar de cumprir espontaneamente as obrigações de fazer ou de não fazer que tenham sido avençadas em termos de ajuste de conduta firmados perante o Ministério Público do Trabalho que, nos termos do artigo 876 da CLT, na nova redação que lhe deu a Lei n. 9.958/2000, têm a natureza de títulos executivos extrajudiciais (não se podendo afastar, *a priori*, a possibilidade de se conceder tutela antecipatória mesmo em sede de execução, caso se comprove o perigo da ocorrência de prejuízo irreparável ou de difícil reparação caso seja necessário aguardar o normal desenvolvimento do procedimento executivo tradicional⁽⁵³⁾);
- c) quando o demandado estiver comprovadamente praticando atos ilícitos capazes de lesar direitos e interesses individuais homogêneos de um número expressivo, embora indeterminado, de trabalhadores (por exemplo, fornecendo-os a outras empresas, como verdadeira mão-de-obra terceirizada, em condições de trabalho claramente enquadradas na definição legal de empregado estabelecida pelo artigo 3º da CLT mas sob a falsa roupagem de integrantes de cooperativas de serviços ou quando o empregador exigir de seus empregados, de forma contínua e permanente, a prática diária de horas extras, seja configurando habitualidade ou permanência lógica e legalmente vedada, seja ultrapassando sempre o limite legal de duas horas por dia), ensejando, ao menos em tese, a utilização de ação civil pública ou de reclamações trabalhistas de cunho individual (com fundamento no artigo 461 do CPC) visando reprimir e obter o ressarcimento pelas lesões já praticadas mas, principalmente, *inibir* a prática futura e reiterada dessa conduta ilícita;
- d) quando o ente público estiver contratando servidores públicos sem *prévio concurso público, em clara afronta à obrigação de não fazer* que decorre da proibição constitucional contida no artigo 37, II e seu § 2º, da Constituição de 1988;
- e) quando o empregador estiver contratando menores de 16 anos fora da condição de aprendiz ou de menor de 14 anos em qualquer condição, em clara ofensa ao disposto no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição;
- f) quando se tratar de obrigação de não discriminar, decorrente da aplicação do artigo 1º da Lei n. 9.029/95, que proíbe expressamente a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, por motivo de sexo,

tutela jurisdicional efetiva da saúde e da segurança dos trabalhadores brasileiros, veja-se, por todos, Oliveira, Sebastião Geraldo de. "Proteção jurídica à saúde do trabalhador", 2ª edição, São Paulo: LTr, 1998, p. 404-412.

(53) Veja-se, a esse respeito, o artigo de Marcelo Lima Guerra "Antecipação de tutela no processo executivo", *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 87, julho-setembro 1997, p. 22-31.

origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ou do inciso XXXI do artigo 7º da Constituição, que proíbe qualquer discriminação quanto a salário ou a critérios de admissão de trabalhador portador de deficiência;

- g) quando se tratar da obrigação de contratar decorrente da aplicação de normas legais ou coletivas que reservem percentual de cargos e empregos públicos ou privados para pessoas portadoras de deficiência;
- h) para impedir a prática, pelo empregador, de atos anti-sindicais contra as entidades representativas dos trabalhadores,⁽⁵⁴⁾ contra a livre organização sindical e o livre exercício dos direitos sindicais de seus próprios empregados e contra o seu direito de greve, assegurados pelos artigos 8º e 9º da Constituição;
- i) para assegurar o cumprimento, pelos sindicatos, empregadores e trabalhadores, do artigo 11 da Lei de Greve (Lei n. 7.783/89), que exige que, nos serviços e atividades essenciais definidos pela lei, seja garantida, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade;
- j) quando for necessário impedir a adoção pelo empregador de práticas e métodos de controle da atuação e conduta dos trabalhadores no serviço, ou na entrada e na saída do mesmo, que sejam ofensivos à sua honra, dignidade ou privacidade (através, por exemplo, de revistas pessoais e coletivas que tenham caráter vexatório ou da instalação de instrumentos visuais ou auditivos que impliquem no controle permanente ou periódico das atividades do empregado pelo empregador ou por seus prepostos.⁽⁵⁵⁾

A todos esses casos em que será possível a utilização da tutela antecipatória atípica autorizada pelo novo artigo 461 do CPC somam-se dois

(54) A respeito da repressão, na Itália, aos atos anti-sindicais dos empregadores através do artigo 28 do Estatuto dos Trabalhadores, veja-se Barros, Alice Monteiro de. "Condutas anti-sindicais - procedimento", in *Revista do Tribunal Regional do Trabalho - 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 59, Janeiro-junho 99, p. 29-44 e in *Revista LTR*, v. 63, n. 11, novembro de 1999, p. 1454-1461.

(55) Consulte-se, a esse respeito, a já citada obra de Alice Monteiro de Barros "Proteção à intimidade do empregado", *op. cit.*, p. 72-81. Para um levantamento semelhante dos casos mais frequentes de utilização da tutela cautelar e antecipatória no âmbito das relações de trabalho subordinado no Direito italiano, com ênfase especial para as providências atípicas de urgência autorizadas pelo artigo 700 do CPC daquele país e com ampla análise da possibilidade de seu uso também em favor dos empregadores, veja-se Dini, Enrico & Mammone, Giovanni. *I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile e nel diritto del lavoro*, 7ª edição, Milano: Giuffrè, 1997, p. 737-828 e Tarzia, Giuseppe. *Manuale del processo del lavoro*, Milano: Giuffrè Editore, 4ª edição, 1999, p. 339-378. Veja-se ainda, a esse respeito, o artigo de Mariangela Zumpano *Tutela di urgenza e rapporto di lavoro*, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1989, p. 841-849, na qual esta deixa clara a possibilidade de sua utilização contra todo e qualquer tipo de alteração in pejus das condições do contrato de trabalho e para a tutela de urgência dos direitos de personalidade e que asseguram a dignidade social e moral dos trabalhadores, examinando ainda a questão da aplicabilidade da tutela de urgência em favor dos empregados que ocupam cargos e funções de direção.

casos em que o próprio legislador preferiu estabelecer hipóteses típicas de concessão de tutela antecipatória de obrigações de fazer e não fazer, preferindo desde logo estabelecer, de forma geral e abstrata, que tais situações fáticas configuram o *periculum in mora* (ou “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” ou ainda risco de ineficácia do provimento final) constitucionalmente e legalmente exigido para que seja concedida esta forma de tutela jurisdicional diferenciada, deixando-se para o juiz da causa apenas a avaliação da existência, no caso concreto, do *fumus boni iuris* (ou da verossimilhança do pedido ou, ainda, da relevância do fundamento da demanda) das alegações e do pedido do autor. Tratam-se das hipóteses previstas nos incisos IX e X do artigo 659 da CLT (respectivamente inseridos naquele dispositivo pelas Leis n. 6.203/75 e n. 9.270/96), que autorizam a concessão, pelo Juiz Titular de Vara do Trabalho, de medida liminar, até decisão final do processo, respectivamente em reclamações trabalhistas que visem tornar sem efeito transferência disciplinada pelos parágrafos do artigo 469 da CLT e que visem reintegrar no emprego dirigente sindical afastado, suspenso ou dispensado pelo empregador.

Em tais situações típicas (isto é, já previamente previstas pelo legislador, tornando desnecessário que o juiz, uma vez constatada a sua existência, cogite da existência ou não, nesse caso específico, do *periculum in mora* ensejador do deferimento da tutela de urgência), é evidente que as decisões interlocutórias do Juiz do Trabalho proferidas para tutelar liminarmente o direito afirmado do autor terão exatamente a mesma natureza antecipatória dos efeitos da tutela final de mérito postulada naquelas reclamações que as decisões proferidas nas outras hipóteses *supra* referidas, com a única (embora relevante) diferença de que o legislador, certamente em função da importância que atribuiu à tutela dessas situações controversas, preferiu evitar que fossem proferidas eventuais decisões judiciais que considerassem que tais lesões não configurariam o risco de prejuízo irreparável ou de difícil reparação causado pela simples duração normal do processo de cognição plena e exauriente, deixando expresso, desde logo, o contrário. Por essa absoluta identidade em natureza, portanto, a partir do momento em que foi editada a norma do artigo 461 do CPC, as decisões que antecipam a suspensão da transferência do empregado ou que determinam a imediata reintegração do dirigente sindical afastado, suspenso ou dispensado a seu emprego passaram a contar com todas as medidas de atuação coativa típicas e atípicas por ele autorizadas, tanto quanto qualquer outra medida antecipatória da tutela específica das obrigações de fazer e não fazer concedida pelo juiz com base naquela norma processual.

Como é fácil de concluir pela simples análise de cada um desses casos, os direitos trabalhistas atingidos pelo descumprimento, pelo empregador, de obrigações de fazer e não fazer que decorrem diretamente das normas de ordem pública trabalhistas (configurando, em consequência, muito mais *deveres legais de conduta* do que meras obrigações privadas de origem contratual) são todos eles, direitos fundamentais com clara função não patrimonial (ou pelo menos predominantemente não patrimonial). Assim, os atos ilícitos praticados pelos empregadores, em tais circunstâncias,

não lesam apenas o direito dos empregados de receberem suas remunerações e demais vantagens pecuniárias decorrentes de seu contrato de trabalho: em tais situações, estão em jogo direitos e interesses muito mais relevantes e que também não têm expressão e alcance meramente individuais (como ocorre por exemplo nas questões envolvendo a estabilidade ou garantia de emprego de dirigentes sindicais e de representantes dos empregados nas CIPA's — Comissões Internas de Prevenção de Acidentes).

Trata-se, em casos como esses, de tutelar a vida, a saúde, a segurança, a honra, a privacidade, o direito a não ser discriminado, o direito de se sindicalizar, o direito de fazer greve e outros direitos de igual estatura constitucional e de igual relevância política, social e econômica. Diante da importância desses direitos, não se pode ter dúvidas, em uma sociedade que se pretenda democrática e civilizada, acerca da necessidade deles serem sempre tutelados de forma específica — o que equivale a dizer que, pelo menos em princípio, será constitucionalmente inadmissível permitir que os empregadores continuem, na prática, a lesar tais direitos para terem apenas que, ao final de um procedimento de cognição exauriente, ressarcir os trabalhadores lesados através do pagamento do montante pecuniário correspondente, quase sempre de difícil mensuração e, portanto, insuficiente para reparar as lesões por eles sofridas. Como já se disse insistentemente, tal concepção equivale a admitir que os empregadores têm o direito de "expropriar" os direitos trabalhistas fundamentais de seus empregados, desde que tenham recursos suficientes para tanto e se disponham a fazê-lo — tal entendimento, como é óbvio, não é compatível com os princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático e das Constituições, como a brasileira de 1988, que os consagram.

Diante da insuficiência da tutela condenatória tradicional para reprimir de forma efetiva as lesões acima descritas contra os trabalhadores (tornando os direitos lesados letra morta, na esfera decisiva da realidade) e da necessidade de se obter uma tutela jurisdicional capaz de também, e principalmente, *inibir*, nas relações continuativas (como o são as relações de trabalho), a continuação ou a reiteração desses atos ilícitos de seus empregadores, é não só conveniente mas constitucionalmente obrigatório e indispensável que os operadores do Direito em geral, mas particularmente os magistrados trabalhistas (desde que devidamente provocados a tanto, uma vez que também aqui entendemos sempre aplicáveis as limitações decorrentes do princípio dispositivo), façam intenso uso do valioso instrumental propiciado pelo novo artigo 461 do CPC para, através da emissão de provimentos provisórios e definitivos de cunho *mandamental* e/ou *executivo* "lato sensu", prestar a tutela específica (e, se necessário, antecipatória) das obrigações trabalhistas de fazer e não fazer que constituem parte relevantíssima do conjunto de direitos e garantias mínimos dessa natureza que lhe asseguram a Constituição e as normas trabalhistas de ordem pública, fazendo enérgico uso, na medida do necessário, dos novos meios de atuação coativa que a nova legislação processual em boa hora veio estabelecer.

7. OS EFEITOS DA UTILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA E ESPECÍFICA DAS OBRIGAÇÕES DE DAR E DE FAZER E NÃO FAZER NA ESFERA TRABALHISTA SOBRE A DINÂMICA DAS RELAÇÕES DE TRABALHO E SOBRE O PRÓPRIO DIREITO SUBSTANCIAL DO TRABALHO

A partir do momento em que tornam-se legalmente admissíveis novas formas de tutela capazes de atender a aquelas situações de urgência ou de evidência em que os direitos trabalhistas precisam ser atendidos de imediato, ainda que provisoriamente, sob pena de se dar origem a prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação a seu alegado titular, é preciso reconhecer que, *ao menos potencialmente, um novo patamar qualitativo é alcançado, não só no plano processual (quanto à sua efetividade), mas principalmente no plano substancial das relações jurídicas trabalhistas. É aqui que, mais uma vez, se demonstra a natureza instrumental da relação entre o direito processual e as normas jurídicas materiais, cuja aplicação é seu escopo maior e sua própria razão de ser.*

É possível apontar três efeitos da maior importância que a utilização da tutela antecipatória e específica das obrigações de fazer e não fazer acarretará, no plano trabalhista: a) a eliminação ou, ao menos, a significativa diminuição das vantagens práticas, econômicas e jurídicas advindas do descumprimento das obrigações trabalhistas; b) o controle jurisdicional da autotutela empresária — até hoje incontestada, na prática — nos campos do poder disciplinar e do poder diretivo do empregador; c) a eliminação dos “vazios de tutela” representados pela previsão em abstrato, nas normas trabalhistas materiais, de direitos sociais que, na prática, nunca ou quase nunca foram respeitados, por falta de instrumentos processuais idôneos para sua atuação coativa específica em caso de violação — o que, por sua vez, implicará, no plano substancial, em uma maior e verdadeira equalização das partes da relação de emprego, concretizando, no âmbito interno das empresas e nos locais de trabalho, o princípio constitucional da isonomia.

7.1. O combate à síndrome do descumprimento das obrigações

Se antes o empregador que descumprisse, ainda que de forma reiterada, os direitos fundamentais trabalhistas de cunho não patrimonial de todo um conjunto de trabalhadores, que implicassem em um dever de fazer ou não fazer (de natureza alimentar, ligados à sua saúde ou segurança, sindicais etc), corria apenas o risco de, ao final de um procedimento de cognição plena e exauriente (que por isso mesmo sempre exigiu um prazo mais ou menos longo para sua tramitação) e após o esgotamento dos recursos previstos pela lei (que lhe asseguravam quase sempre ao menos o acesso ao duplo grau de jurisdição), ser condenado a lhes pagar o equivalente pecuniário daqueles direitos (por definição insuficiente e insatisfatório, e isto só depois de nova *via crucis* representada pelas fases processuais

de liquidação e execução forçada das correspondentes quantias, após o julgamento de pelo menos mais um recurso, o de agravo de petição), agora — ao menos potencialmente — a situação é outra.

Com a aplicação subsidiária dos artigos 273, 287 e 461 do CPC (bem como de todo o artigo 588 do mesmo Código, mas especialmente de seu inciso II e de seu § 2º) à esfera trabalhista, toda vez que o autor puder demonstrar, em sede de cognição sumária, que é plausivelmente o titular de um direito a uma prestação de dar ou de fazer ou não fazer que tenha fundamento relevante e esteja sujeito a *periculum in mora* capaz de tornar ineficaz a tutela específica definitiva que lhe poderá ser dada pelo provimento final pleiteado (ou, alternativamente, que seja evidente, no sentido de que se mostre *incontroversa*), fará ele jus à antecipação dessa tutela, em decisão liminar ou de qualquer outro modo interlocutória, de natureza não apenas condenatória mas sim preponderantemente *mandamental*, que deverá ser cumprida *imediatamente* pelo empregador dela destinatário sob a cominação de severas sanções pecuniárias (medidas coercitivas patrimoniais) ou penais (pelo crime de desobediência, utilizando as sanções criminais como forma indireta de coerção psicológica)⁽⁵⁶⁾, ou ainda, já agora através de inovadores meios sub-rogatórios, de intervenção judicial (parcial ou total) na direção de sua empresa (de forma similar à estabelecida pelos artigos 69 e seguintes da Lei n. 8.884/94, a chamada Lei Antitruste, determinada pelo juiz com base nos poderes indeterminados que lhe confere o § 5º daquele mesmo preceito do CPC).⁽⁵⁷⁾

Isto, evidentemente, será capaz de destruir, de uma só vez, todas as vantagens econômicas, jurídicas e práticas que incentivavam os empregadores a ignorar, com intolerável freqüência, as normas constitucionais e

(56) A respeito da possibilidade da aplicação de medidas *coercitivas* de natureza pessoal sobre o demandado que, apesar da cominação de medidas *coercitivas patrimoniais*, continuar se negando a cumprir os provimentos *mandamentais* antecipatórios, vejam-se Talamini, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa* (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84), *op. cit.*, p. 301-326, Grinover, Ada Pellegrini. "Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciais: o contempt of court", in *Revista de Processo* n. 102, abril/junho 2.001, p. 219-227 e nossos trabalhos "Tutela específica e antecipada das obrigações de fazer e não-fazer no processo do trabalho. Cominação de prisão pelo Juízo do Trabalho em caso de descumprimento do comando judicial", in *Revista do TRT-3ª Região*, v. 57, julho/dezembro 1997, p. 117-149, e "Aspectos processuais da luta contra a discriminação, na esfera trabalhista. A tutela antecipatória como mecanismo igualizador dos litigantes trabalhistas." in *Discriminação*, *op. cit.*, p. 169-226.

(57) Sobre a possibilidade da utilização subsidiária dos artigos 69 e seguintes da Lei Antitruste (Lei n. 8.884/94), pela via aberta pela *norma de encerramento* consagrada no § 5º do artigo 461 do CPC, que autoriza da nomeação de fiscal ou interventor do juiz na pessoa jurídica que se recuse a cumprir o provimento *mandamental* antecipatório, como medida de apoio voltada à sua efetivação ou à obtenção de resultado *prático equivalente*, vejam-se Guerra, Marcelo Lima. "Inovações na execução direta das obrigações de fazer e não fazer", in *Processo de execução e assuntos afins*. Wambier, Teresa Arruda Alvim (coord.), São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 296-321; Watanabe, Kazuo. "Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer", *op. cit.*, p. 45, Luiz: Guilherme Marinoni, in "Tutela inibitória (individual e coletiva)", *op. cit.*, p. 188 e in *Tutela específica* (arts. 461, CPC e 84, CDC), *op. cit.*, p. 121-122, 133, 144-145, 150-152 e 192-193 e, por fim, Talamini, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa* (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84), *op. cit.*, p. 275-283.

legais trabalhistas que estabeleciam direitos fundamentais em favor dos trabalhadores mas que, na prática, não se tornavam realidade, contribuindo para combater eficazmente, se não para eliminar em definitivo, a *síndrome da obrigação não cumprida* tão bem denunciada por Antônio Álvares da Silva.⁽⁵⁸⁾

Como se vê, as novas possibilidades de atuação coativa jurisdicional dos direitos trabalhistas de cunho não patrimonial em nosso país abertas pela antecipação de tutela não se esgotam na sua capacidade de assegurar a satisfação efetiva do direito individual dela objeto em cada caso concreto, sendo o seu efeito preventivo (e, portanto, sobre o conjunto das relações trabalhistas ainda em curso) o seu aspecto mais relevante, do ponto de vista constitucional e social.

Como bem acentua Arieta,⁽⁵⁹⁾ se o devedor de uma obrigação ou de um dever legal é "induzido" ao seu cumprimento espontâneo pela simples possibilidade de ser a tanto condenado no provimento judicial definitivo (e esse poder de indução, como já se viu, é tanto menor quanto maior a inefetividade da tutela condenatória tradicional), é evidente que a instituição de mecanismos tão poderosos e eficazes como os da tutela antecipatória e respectivas medidas coercitivas autorizadas pelos §§ 3º a 5º do artigo 461 do CPC (e pelas sanções penais decorrentes da prática do crime de desobediência), além de contribuir para restaurar a força da ameaça da tutela definitiva futura, terá por si mesma um efeito preventivo e pedagógico ainda maior,⁽⁶⁰⁾ contribuindo para um incremento no número de situações em que as normas substanciais trabalhistas serão naturalmente cumpridas

(58) Tudo conforme já exposto no item 1 do presente trabalho, devendo ser acrescentado que, mesmo no âmbito intraprocessual, os efeitos da tutela antecipatória serão previsivelmente benéficos, no enfrentamento dos abusos do direito de defesa e das manobras procrastinatórias dos demandados. Nesse sentido, é significativa a informação de Roger Perrot (em sua obra *Les mesures provisoires en droit français*, apud Marinoni, *Novas linhas do processo civil*, Malheiros Editores, 1996, 2ª ed., p. 138) de que os resultados do sistema de "provision" (semelhante à antecipação de tutela prevista no inciso II do artigo 273 do CPC) foram benéficos pois, deixando o réu de ter do seu lado a demora do processo, foram desencorajados as defesas e os recursos abusivos e, com isso, os maus litigantes, que se esforçavam em fazer o processo durar muito tempo, esperando arrancar concessões de seus adversários.

(59) Arieta, "I provvedimenti d'urgenza", Padova, 1985, apud Zumpano, Mariangela, "Tutela di urgenza e rapporto di lavoro", *op. cit.*, p. 839, texto e nota 47.

(60) Evidentemente, este desejável efeito dissuasório só ocorrerá na realidade se as medidas coercitivas autorizadas pela nova legislação processual forem efetiva e rigorosamente aplicadas. Afinal, como já ensinava Carnelutti (*in Diritto e processo*, Nepoli, 1958, p. 287, apud Alessandri, Nicola, "Ancora sull'attuazione del provvedimento di condanna alla reintegrazione nel posto del lavoro", *op. cit.*, p.1.155, texto e nota 11), tanto a execução direta (por meios sub-rogatórios) quanto a execução indireta (por meios coercitivos) desempenham, em sentido amplo, a mesma coação psicológica à observância da lei por seu destinatário, mas só "enquanto o *subditus* tenha razão de temer a ameaça, isto é, enquanto ele saiba que não se trata de uma ameaça vã". Em outras palavras, os meios de atuação coativa dos direitos, sejam eles sub-rogatórios ou coercitivos, só são capazes de prevenir o inadimplemento se o processo for capaz de garantir que, se a norma não for espontaneamente obedecida, ela será atuada, através do uso da força necessária pelo Estado para obtenção do resultado do adimplemento (execução forçada) ou por meio da ameaça de aplicação, ao devedor, de sanções que lhe sejam ainda mais desvantajosas que o seu adimplemento voluntário, embora não espontâneo (execução indireta).

por seus destinatários, com a conseqüente e proporcional diminuição do número de lesões e dos conseqüentes litígios levados à apreciação do Poder Judiciário competente.

7.2. A ampliação do controle jurisdicional sobre a razoabilidade da autotutela empresária, exercida através do poder disciplinar e diretivo do empregador

A moderna doutrina processual trabalhista espanhola, como nos expõe *Blasco Pellicer*,⁽⁶¹⁾ nos demonstra outro relevante papel que a tutela cautelar (dentro da qual, repita-se, considera ela incluída a tutela antecipatória) tem a desempenhar na dinâmica e no desenrolar das relações de emprego do mundo contemporâneo (sendo este mais um interessante exemplo da interdependência dos planos material e processual do direito e da influência deste último sobre o conteúdo e o alcance dos direitos substanciais das partes que integram uma relação jurídica substancial).

Como se sabe, o contrato de trabalho não se esgota na simples relação sinalagmática básica que decorre do ajuste celebrado pelas partes: de um lado, prestação de serviços prestados; de outro, e como contrapartida, pagamento da remuneração e dos demais direitos assegurados pelas normas trabalhistas. Ao celebrar um pacto dessa natureza, o trabalhador se insere em uma relação de autoridade e de controle alheios. Dessa inserção derivará todo um conjunto de relações jurídicas e obrigações — dentre elas, a de se sujeitar ao poder de direção do empregador (que forma parte do conteúdo essencial do direito de livre iniciativa constitucionalmente assegurado) e que é constituído por aquelas faculdades que, somadas ou combinadas, permitem levar adiante a iniciativa econômica da empresa em suas relações internas.⁽⁶²⁾ Reconhece-se que, dentro de parâmetros de razoabilidade e desde que não cause ao empregado nenhum prejuízo (CLT, artigo 468), o poder de direção empresarial implica na possibilidade que o empregador tem de modificar, unilateralmente, a relação laboral, em muitas das condições anteriormente praticadas — é este o denominado *jus variandi* do empregador.

Tanto na Espanha quanto no Brasil tais modificações (inclusive as transferências do empregado e as alterações de suas funções, formas de remuneração ou de horário de trabalho etc) não estão sujeitas a autorização nem a controle judicial prévio: ao contrário, são executivas e se presumem legítimas — porém, estão sujeitas a controle judicial posterior, caso este seja postulado oportunamente pelo interessado em ação própria. E é aqui que adquire especial relevância o direito à tutela cautelar (e antecipatória), visto de forma expressa naquele primeiro país, pela doutrina e pela jurisprudência, como um contraponto adequado a esse poder empresarial

(61) *Blasco Pellicer, Angel*. "Las medidas cautelares en el proceso laboral", Madrid: Editorial Civitas, 1ª edição, 1996, p. 73-77.

(62) *Martin Valverde, A*. "El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *RPS*, n. 137, 1983, p. 144, *apud Blasco Pellicer, Angel*. "Las medidas cautelares en el proceso laboral", p. 73-74, texto e nota 58.

que se pressupõe legítimo, é imediatamente executivo e tem a capacidade de modificar o estado de coisas da relação de emprego (situação nova que em princípio perdurará enquanto não for proferida sentença que a declare ilegal, decisão judicial que pode demorar bastante e que, por isso mesmo, pode dar ensejo ao surgimento de um *periculum in mora* que autorize a intervenção jurisdicional de urgência).⁽⁶³⁾

A doutrina espanhola vê, em relação ao poder disciplinar empresarial, outra área em que é fundamental e justificada a intervenção da tutela jurisdicional cautelar. Naquele país, é dominante o entendimento de que esse poder empresarial é, em última análise, uma forma de autotutela de caráter ativo, já que o empresário, sem necessidade de recorrer aos tribunais, pode impor, unilateralmente, a dispensa ou sanções disciplinares, defendendo um interesse próprio através de um ato jurídico unilateralmente praticado.⁽⁶⁴⁾ A efetivação da sanção disciplinar ou da dispensa depende da vontade exclusiva do empresário, que impõe *de per sí* a medida disciplinar como forma de reação a um eventual descumprimento, pelo trabalhador, de suas obrigações legais e contratuais. Diante do exercício deste poder unilateral, ao trabalhador só resta recorrer ao órgão judicial, se não se conformar com o ocorrido. Nesse sentido, *Fernandez Lopez* afirma que o controle judicial é o fundamento último da legitimidade do poder disciplinar, o verdadeiro contrapeso que assegura o equilíbrio da posição das partes. Ademais, cumpre ele uma função controladora da "discricionariedade" do empresário no uso desse poder.⁽⁶⁵⁾

(63) *Blasco Pellicer, Angel*. "Las medidas cautelares en el proceso laboral", p. 75. Também o professor da Universidade de Sevilha *Juan Gorelli Hernández* (in *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*, Madrid: Civitas, 1995, p. 54-55, texto e notas 59 e 60); com base na doutrina italiana, observa que a atuação jurisdicional em geral e a reintegração coativa em particular constituem, em última análise, um sistema que teve que surgir para proteger aos sujeitos privados diante do exercício dos poderes privados representados pelas faculdades do empresário que integram a liberdade de empresa. A possibilidade de intervenção judicial no exercício do poder de direção e do poder disciplinar do empresário, tanto através da decisão definitiva quanto por meio de decisões de natureza cautelar ou antecipatória, constitui, em última análise, uma intervenção estatal reequilibradora das relações na empresa, através do controle jurisdicional negativo sobre a atividade organizativa e sancionadora do empresário.

Em suma, a tutela jurisdicional definitiva e a tutela jurisdicional cautelar (ou antecipatória) são o contraponto ou a contrapartida equilibradora que o ordenamento jurídico estabeleceu para evitar o exercício abusivo do poder de direção empresarial e do poder disciplinares que concedeu ao empresário os quais constituem uma forma de autotutela excepcionalmente admitida pela ordem jurídica, mas somente se exercidos de forma não abusiva, isto é, dentro dos limites da lei e da razoabilidade (o que a função jurisdicional do Estado pode perfeitamente controlar, no âmbito dos processos judiciais).

(64) *Gil y Gil, J. L.*, "Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa", Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, p. 33; *apud Blasco Pellicer, Angel*. "Las medidas cautelares en el proceso laboral", p. 75, texto e nota 61.

(65) *Fernández López, M. F.*, *El poder disciplinario en la empresa*, Civitas: Madrid, 1991, p.385-386, *apud Blasco Pellicer, Angel*. "Las medidas cautelares en el proceso laboral", p. 75, texto e nota 62. Tratando do mesmo tema, *Mariangela Zumpano* (in "Tutela di urgenza e rapporto di lavoro", *op. cit.*, p. 842, texto e nota 64) chegava a dizer, já em 1989, que mesmo a doutrina mais recente de direito privado já admitta a existência, diante de alguns direitos potestativos (e o campo das relações trabalhistas seria exatamente uma das suas hipóteses mais significativas), de situações jurídicas contrapostas, tuteladas na forma de interesses legítimos, que teriam o efeito de autorizar que, no caso de controvérsias sobre o exercício dos atos de autoridade a ele corresponden-

Ocorre, porém, que normalmente o controle judicial da legalidade do exercício do poder disciplinar empresarial só é possível depois da imposição da sanção ou da dispensa do empregado. Em outras palavras, o empresário produz, desse modo, uma modificação do *statu quo* que produzirá efeitos práticos antes de qualquer exame jurisdicional do ocorrido, o que pode, em alguns casos, provocar danos irreparáveis na esfera jurídica do trabalhador, pois a decisão definitiva proferida no procedimento ordinário só será proferida depois que a medida disciplinar já tiver sido cumprida. *Blasco Pellicer* observa que a doutrina espanhola tem preconizado, de forma cada vez mais insistente, que em tais casos deve ser admitida a possibilidade de ser concedida uma medida cautelar (no caso brasileiro, antecipatória) que determine a suspensão do ato empresarial que, em sede de cognição sumária, plausivelmente atente contra direitos fundamentais ou de cunho não patrimonial do trabalhador que estejam ameaçados de prejuízo irreparável ou de difícil reparação a posteriori.

Em conclusão, este professor da Universidade de Valência acentua que a tutela cautelar que é concedida nestes casos não suspende, diretamente e em caráter geral, o *jus variandi* ou o poder disciplinar do empresário. A atuação jurisdicional de urgência será autorizada apenas naqueles casos em que é necessário conservar a situação de fato anterior ao exercício unilateral do poder de direção empresarial ou de seu poder disciplinar (que teria sido alegadamente ilegal) mediante a suspensão do ato empresarial quando, se assim não se fizer, houver o perigo de se produzir um dano irreversível ao provável direito do trabalhador, para o qual não seria adequada a mera reparação em dinheiro, no momento da execução da decisão definitiva. Cita ele uma decisão do Tribunal Constitucional da Espanha em que este assinalou que o privilégio de autotutela, quando legalmente autorizado, não é incompatível com o artigo 24.1 da Constituição daquele país (que, lembre-se, estabelece como regra o monopólio estatal da jurisdição e o direito a uma tutela jurisdicional efetiva), mas “desse mesmo direito fundamental deriva o poder jurisdicional de adotar medidas cautelares”.⁽⁶⁶⁾

Merece ainda especial menção que o legislador espanhol, dando aplicação prática ao disposto no artigo 53,2 da Constituição de 1978 na esfera trabalhista,⁽⁶⁷⁾ introduziu no *Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral* de 1990 todo um capítulo destinado à “tutela dos direitos de liber-

tes, o juiz possa investigar não só os seus requisitos de forma e de competência mas também o seu próprio “mérito” (isto é, os seus motivos), à luz dos princípios constitucionais porventura envolvidos. O que significa, de modo mais sintético, que também os motivos que determinaram o exercício do poder de direção empresarial no campo das relações do trabalho são suscetíveis de verificação e de controle jurisdicional, para que eventuais abusos cometidos possam ser alvo de medidas e provimentos de urgência, se necessárias para assegurar a efetividade de futura decisão definitiva que tutela os direitos e os interesses legítimos dos trabalhadores atingidos.

(66) STC 148/1993, de 29 de abril, *apud Blasco Pellicer, Angel*, “Las medidas cautelares en el proceso laboral”, p. 77, texto e nota 68.

(67) Que previu o estabelecimento de um procedimento especial, baseado nos princípios de preferência e sumariedade, para a tutela, perante os Tribunais ordinários, das liberdades e direitos fundamentais reconhecidos nos artigos da Constituição ali indicados.

dade sindical" (artigos 175 a 182, no Texto Refundido de 1995), protegendo não só esse direito constitucional como também todos os demais direitos fundamentais e liberdades públicas dos trabalhadores, inclusive os decorrentes da proibição de tratamento discriminatório (artigo 182 em vigor).

Blasco Pellicer salienta que o artigo 178 da LPL permite que o órgão judicial, a pedido do demandante, suspenda os efeitos do ato impugnado presumidamente lesivo.⁽⁶⁸⁾ A natureza cautelar (ou antecipatória, para o direito brasileiro) da medida não oferece qualquer dúvida, para este autor:

"Ante a possibilidade de que a lesão do direito fundamental pudesse resultar irreparável, o legislador optou por estabelecer uma medida que, chegando a antecipar os efeitos de uma eventual sentença, assegure que a lesão não se converta em irreparável e proporcione, ao mesmo tempo, um desfrute adequado do direito fundamental. (...) O legislador está consciente de que, apesar de nos encontrarmos diante de um processo revestido da característica da sumariedade, o tempo necessário para se proferir a sentença pode acarretar que, quando esta seja dada, a lesão ao direito fundamental do ator já seja irreversível ou de reparação muito difícil. Por isso opta pelo único tipo de medida cautelar que cabe nestas situações nas quais a natureza do bem jurídico protegido e sua lesão se traduzem em obrigações de fazer o não fazer insuscetíveis de se converter em dinheiro: antecipar os possíveis efeitos da sentença, suspendendo os efeitos do ato impugnado que nestes momentos é, unicamente, presumidamente lesivo da liberdade sindical ou outros direitos fundamentais. O julgador, para isso, não deve chegar a uma plena convicção sobre a existência ou não da lesão, bastando que do exame das alegações das partes e das provas pertinentes relativas à suspensão e do ocorrido até esse momento chegue à convicção de que os pressupostos de toda medida cautelar, a aparência do bom direito e o perigo que possa derivar de esperar a sentença, mostrem-se indiciariamente como relevantes, de modo a assegurar o resultado ulterior da sentença. Não existe, neste momento, convicção sobre a existência da lesão e nem se pretende que ela exista. A questão é resolvida com base em um mero juízo de probabilidade sobre sua existência e os perigos que sua manutenção pode acarretar."⁽⁶⁹⁾

Salienta ainda este professor valenciano que, nos termos do artigo 178.1 da lei de processo do trabalho espanhola (LPL), a medida protetora dos direitos fundamentais pode ir mais longe, se a simples suspensão do

(68) Pronunciando-se sobre o artigo 7º da Lei 62/1978 (que trata da proteção jurisdicional dos direitos fundamentais da pessoa no âmbito da jurisdição comum) e que também autoriza tal suspensão antecipatória do ato impugnado, o Tribunal Constitucional espanhol afirmou que este regime excepcional se justifica "pelo caráter privilegiado da proteção que o ordenamento jurídico outorga aos direitos fundamentais" (STC 36/1982, de 16 de junho, *apud Blasco Pellicer, Angel. Las medidas cautelares en el proceso laboral*, p.123-124, texto e nota 20), sendo evidente a aplicabilidade dessas considerações ao âmbito dos direitos fundamentais de natureza trabalhista.

(69) *Blasco Pellicer, Angel. "Las medidas cautelares en el proceso laboral"*, p.124-125.

ato impugnado não for suficiente para alcançar suas finalidades cautelares, autorizando-se a adoção de medidas de cunho claramente antecipatório, que impliquem não apenas na suspensão dos efeitos do ato empresarial, mas na integral reposição da situação fática ao estado em que se encontra antes de se produzir a alegada lesão ao direito fundamental.⁽⁷⁰⁾

Merece ainda especial atenção, pelo grande potencial de utilização prática que encerra, a colocação de *Albio Montesinos*, para quem "a cautela pode muito bem servir para neutralizar os efeitos imediatos derivados do exercício de poderes empresariais que apareçam como formalmente motivados por razões trabalhistas, mas que podem ser materialmente discriminatórios por razões sindicais ou atentatórios a outros direitos fundamentais ou liberdades públicas, assim como possibilitar a abertura de novos caminhos jurisprudenciais em matéria de *jus resistitiae* do trabalhador."⁽⁷¹⁾

Por fim, *Blasco Pellicer* diz que, embora a LPL silencie a respeito, não cabe dúvida alguma de que o conteúdo da medida judicial cautelar é imediatamente executiva por sua própria natureza (e de forma específica, por força do artigo 239 da mesma lei, que exige "a execução em seus próprios termos"), sem prejuízo dos recursos que possam ser oferecidos contra a mesma, completando:

"A característica de urgência da medida cautelar exige, por sua própria utilidade, que a mesma se leve a cabo de forma imediata, pois, caso contrário, perderia sua razão de ser e não cumpriria sua própria finalidade."

Todas estas considerações, extraídas da doutrina processual espanhola, evidentemente são aplicáveis, com as necessárias adaptações, às controvérsias trabalhistas ocorridas no Brasil em que também estejam em jogo direitos fundamentais de cunho não patrimonial — a principal diferença é que, aqui, não existe um procedimento diferenciado para a tutela dos direitos fundamentais, mas estes poderão perfeitamente ser tutelados de forma adequada através da aplicação dos preceitos do artigo 461 do CPC, nos moldes já preconizados anteriormente nesta tese.

Não se desconhece, por outro lado, que a falta de edição, até a presente data, da lei complementar prevista no inciso I do artigo 5º da Constituição de 1988 que protegeria a relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa pelo Congresso Nacional,⁽⁷²⁾ torna muito difícil

(70) *Blasco Pellicer, Angel*, "Las medidas cautelares en el proceso laboral", p. 132.

(71) *Albio Montesinos, J.*, "Modalidad procesal de la tutela de los derechos de libertad sindical", in *Comentarios a las leyes laborales: la ley de procedimiento laboral*, AA. VV. (dir. e. Borrajo), Madrid: Edersa, 1990, apud *Blasco Pellicer, Angel*, "Las medidas cautelares en el proceso laboral", p. 133, texto e nota 34.

(72) Com a consequência de que, hoje, o empregado brasileiro em geral continua sem qualquer proteção contra a ruptura unilateral de seu contrato de trabalho pelo empregador, além da multa incidente sobre o valor dos depósitos de seu FGTS prevista no artigo 10, I, do ADCT.

que o trabalhador isolado faça uso dos mecanismos aqui aventados para se proteger do exercício abusivo do poder diretivo e disciplinar de seu empregador. A solução, evidentemente, transcende os limites da tutela antecipatória e específica, dependendo, de um lado, do cumprimento da promessa constitucional acima referida e, de outro, da utilização de mecanismos processuais de natureza metaindividual e coletiva pelo Ministério Público do Trabalho (ação civil pública) e pelas entidades sindicais representativas das respectivas categorias profissionais (através da substituição processual prevista no artigo 8º, III, da mesma Norma Fundamental), questões que no entanto transcendem os limites do presente trabalho.

7.3. A eliminação dos vazios de tutela jurisdicional trabalhista e o uso da tutela antecipatória como instrumento de concretização do princípio constitucional da isonomia nas relações de trabalho subordinado

É preciso perceber que, antes da generalização da antecipação de tutela no sistema processual brasileiro, havia, na esfera trabalhista, uma gama enorme de direitos substanciais de natureza fundamental e não patrimonial (relacionados nos vários exemplos por nós referidos em item anterior desse trabalho) que, pura e simplesmente, por não serem adequadamente tuteláveis por sua substituição, *a posteriori*, pelo mero equivalente monetário, acabavam por ficar, na prática, sem tutela alguma, especialmente em casos de violações reiteradas, praticadas no curso de relações jurídicas continuativas (das quais as relações de emprego são um de seus mais importantes exemplos). Em tais casos, o que realmente existiam eram vazios de tutela jurisdicional absolutamente contrários à Constituição.

Com efeito, e como já se demonstrou anteriormente, a Norma Fundamental assegura não só vários direitos sociais de natureza substancial como também, em contrapartida do monopólio estatal da jurisdição (e da consequente proibição da autotutela pelos litigantes), consagra o princípio da efetividade da tutela jurisdicional. Este, por sua vez, exige tanto que os legisladores preordenem instrumentos idôneos para a sua concretização quanto que os julgadores interpretem as normas e utilizem os mecanismos para sua atuação sempre de forma a concretizar, no plano da realidade empírica, os direitos estabelecidos no plano do dever-ser. Eis aqui, cumpre reiterar mais uma vez, o principal significado e a função primordial do instituto da tutela antecipatória: *resgatar e recuperar a constitucionalidade de todo o ordenamento jurídico trabalhista.*

Por outro lado, e retomando-se o que se disse ao início desse tópico, na medida em que as normas processuais trabalhistas se tornam mais efetivas, produzem elas, por si sós, um efeito não apenas preventivo das ilegalidades mas também equalizador nas relações de trabalho em geral: se o empregador tem conhecimento de que as lesões trabalhistas individuais e coletivas que eventualmente praticar poderão ser enfrentadas de forma célere e eficaz tanto pelos trabalhadores diretamente atingidos quanto pelos seus sindicatos (e pelo Ministério Público do Trabalho, nos casos legalmente admissíveis), é inegável que a desigualdade econômica inerente a

toda e qualquer relação de trabalho subordinado será, para todos os efeitos práticos, diminuída. É nessa ótica que a utilização da tutela antecipatória no âmbito trabalhista passa a ter um significado fundamental — o de servir como um mecanismo de concretização do princípio constitucional da igualdade na esfera do Direito do Trabalho, substancial e processual.

Não se pode esquecer que o princípio constitucional da igualdade parte da premissa de que o Direito, ao lado de sua clássica função de assegurar as concepções dominantes de cada sociedade, tem uma função transformadora da realidade existente: embora reflexo das condições sócio-econômicas e das concepções ideológicas e culturais de determinado momento histórico, pode ele, numa permanente tensão dialética, ser também um poderoso instrumento de mudança do *status quo*, em prol de uma sociedade menos desigual e mais justa.

É bem verdade que a vida diária de nosso país mostra que, entre a proclamação de direitos fundamentais nos textos constitucionais e sua efetividade, há uma grande distância a ser superada. Afinal, como bem observa *José Afonso da Silva*, é "porque existem desigualdades é que se aspira à igualdade real ou material que busque realizar a igualização das condições desiguais".⁽⁷³⁾

Paralelamente, o cotidiano da Justiça do Trabalho e a análise da imensa maioria dos casos por ela conciliados e julgados nos mostram que, felizmente, sua prática ainda não corresponde, em grande parte, à sua finalidade equalizadora: o acúmulo de casos e a conseqüente impossibilidade material de se dar uma célere satisfação aos direitos trabalhistas definitivamente declarados em Juízo, em combinação com a incapacidade das ações de cognição plena (e das sentenças condenatórias, que são o seu produto natural) de assegurarem a reparação integral e tempestiva dos direitos de cunho alimentar que são o cerne das relações trabalhistas têm sido, com certeza, os grandes fatores do aumento, hoje observado, do número de lesões aos mais elementares direitos dos trabalhadores brasileiros. Repita-se o que já se disse ao início desse trabalho: o número de dissídios individuais tem crescido em direta proporção da impunidade e da incapacidade deste ramo do Poder Judiciário de tornar o descumprimento da lei menos vantajoso, para aqueles que contratam a força de trabalho alheia, que seu cumprimento espontâneo.

Para inverter o resultado desta equação perversa, cumpre aos operadores do Direito, em geral, e aos magistrados trabalhistas, em particular, lançar mão, com firmeza e criatividade, dos instrumentos processuais hoje já disponíveis na lei processual civil, cuja aplicação subsidiária no âmbito trabalhista se dá com muito maior razão de ser, pela peculiaridade de seu objeto. Mais precisamente, o uso da tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito, com o emprego de todos os meios de execução indireta autorizados pela lei (multas pecuniárias, uso de força policial e decisões

(73) *Afonso da Silva, José*. "Curso de direito constitucional positivo", 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 190.

judiciais de natureza mandamental, se necessário com determinação de prisão em flagrante de quem as descumprir etc), terá a grande virtude de eliminar, em grande parte, as evidentes vantagens de que até hoje tem usufruído o devedor trabalhista (via de regra, a parte econômica e socialmente mais forte) quando deixa de cumprir suas obrigações legais, fazendo uso da via judicial para ganhar tempo e para forçar a parte hipossuficiente a transações visivelmente desvantajosas, nas fases de conhecimento e de execução.

Diga-se com todas as letras: o trabalhador que for alvo, por exemplo, de dispensa do emprego com inequívoco caráter discriminatório tem direito, se assim o desejar, a ser *imediatamente* reintegrado ao emprego (Lei n. 9.029/95, artigo 4º, I), desde que o magistrado trabalhista para quem sua reclamação trabalhista for distribuída tenha se convencido da verossimilhança dessa alegação e da relevância do fundamento da demanda, nos termos dos artigos 273 e 461 do CPC c/c o artigo 769 da CLT — neste caso, será proferida decisão mandamental da Justiça a ser cumprida de pronto, sob pena da aplicação ao réu, de forma cumulativa ou não, de multa diária suficiente para "convencê-lo" ao adimplemento da obrigação e de outras medidas coativas necessárias contra sua pessoa, caso descumpra a ordem judicial (inclusive sua prisão em flagrante, determinada diretamente pelo próprio Juiz que a emitiu). Assim, o empregador que não conseguir imediatamente reverter tal decisão nas esferas judiciais superiores competentes (através de mandado de segurança) não poderá mais postergar a satisfação daquele direito de seu empregado, como antes o faria.⁽⁷⁴⁾

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tudo o que até aqui se disse não pretende ignorar que as novas possibilidades de atuação conferidas aos magistrados em geral (e aos magistrados trabalhistas, em particular) pelas reformas do processo civil brasileiro (subsidiariamente aplicáveis à esfera trabalhista nos termos do artigo 769 da CLT) não acarretam perigos de abusos e de desacertos. Os riscos de erros, abusos e arbitrariedades são inerentes a toda e qualquer forma de exercício da função jurisdicional e poderão ser enfrentados e mantidos em níveis aceitáveis tanto pela própria disciplina legal da antecipação de tutela, que implica em salvaguardas suficientes para as partes,⁽⁷⁵⁾ quanto

(74) Limitando-se a aguardar comodamente que fosse proferida sentença condenatória que seria objeto de recurso seu e, mesmo depois de seu trânsito em julgado, a criar toda sorte de obstáculos à reintegração do autor no emprego para ao final, na pior das hipóteses, apenas ter de lhe pagar, após as fases processuais de liquidação e de execução (com novos recursos, ao menos para a segunda instância), os valores indenizatórios substitutivos, correspondentes àquele direito que, na prática, não teria sido objeto da reparação plena e específica a que o trabalhador discriminado faz jus, por força da lei e da Constituição.

(75) Que é por definição *provisória*, ou seja, revogável ou modificável a qualquer tempo, em decisão fundamentada, na exata dicção do § 4º do artigo 273 do CPC, e *dependente* do resultado final do processo, obtido somente após o transcurso do procedimento de *cognição plena e exauriente* no qual foi obrigatoriamente inserida, como agora está claramente estabelecido pela expressa remissão, feita pelo § 3º do mesmo artigo 273, a todo o artigo 588 do CPC, inclusive a seu inciso III, que dispõe exatamente nesse sentido.

pela existência de um célere e igualmente efetivo sistema de recursos e de meios de impugnação autônomos que permitam o adequado controle jurisdicional dos provimentos que concederem ou denegarem a tutela antecipatória pelos tribunais revisores (seja pela via recursal, como é o caso do agravo de instrumento no âmbito do processo civil, seja pela via autônoma, como se dá através do mandado de segurança e da ação cautelar no âmbito do processo do trabalho).⁽⁷⁶⁾ O que não se pode admitir é que o receio dessas distorções (perigo que, de resto, não deve ser exagerado) leve a uma postura paralisante, que acabe por tornar letra morta a antecipação de tutela e o próprio reforço dos poderes de atuação do juiz brasileiro.

Humberto Theodoro Júnior bem responde a esses temores, comparando o direito processual com a medicina: assim como esta "tem aperfeiçoado, cada vez mais, as técnicas cirúrgicas de emergência, para salvar pacientes em risco de vida, também o direito processual tem de conceber expedientes capazes de tutelar, em caráter de urgência, os direitos subjetivos que não podem deixar de ser prontamente exercitados, sob pena de perecerem e de conduzir os respectivos titulares a um profundo descrédito no processo judicial como um todo."⁽⁷⁷⁾

Este i. professor da Universidade Federal de Minas Gerais invoca o magistério de *Piero Pajardi*,⁽⁷⁸⁾ que lembra que as medidas processuais de tutela provisória devem ser encaradas da mesma forma com que se cuida, em medicina, das *cirurgias de urgência*, que não permitem ao médico observar todas as cautelas e precauções normalmente prescritas para os tratamentos de rotina. Explica ele que o paciente, em condições *normais*, é colocado em observação por tempo técnico, sob acurada análise e cuidada avaliação. Mas aquele que se apresenta em condições críticas, configuradoras de um *estado de emergência*, reclama uma intervenção cirúrgi-

(76) Na medida em que a via recursal imediata aberta aos litigantes no âmbito do processo civil, através do agravo de instrumento, pelos artigos 522, 523, § 4º (que, na nova redação que lhe foi dada pela Lei n. 10.352/01, autoriza sua interposição diretamente ao tribunal competente, e não exclusivamente como agravo retido, mesmo contra as decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento e as posteriores à sentença nos casos de dano de difícil e incerta reparação, nos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida) e 527 (especialmente seus novos incisos II e III, também na nova redação que lhe foi dada pela Lei n. 10.352/01) continua completamente fechada às partes no processo do trabalho, por força do que dispõe expressamente (e sem exceções) o § 1º do artigo 893 da CLT (restando apenas, conforme o caso, as vias impugnativas autônomas do mandado de segurança e da ação cautelar, conforme a jurisprudência consagrada pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho, através das Orientações Jurisprudenciais ns. 50, 51, 58, 63 e 65 de sua Seção de Dissídios Individuais (Subseção II) – SDI II.

(77) *Theodoro Júnior, Humberto*. "Tutela antecipada", in *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, *Wambier, Teresa Arruda Alvim* (coord.), São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.202-203; "Tutela de segurança", in *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 88, outubro-dezembro 1997, p. 29 e "Tutela antecipada e tutela cautelar", in *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 342, abril-junho 1998, p. 120.

(78) *Pajardi, Piero*. "La ideologia ispiratrice dei provvedimenti d'urgenza in generale", in *Les mesures provisoires en procédure civile*, Milano: Giuffrè, 1985, p. 296, *apud Tutela antecipada*, in *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, *op. cit.*, p. 202; "Tutela de segurança", in *Revista de Processo*, *op. cit.*, p. 29 e "Tutela antecipada e tutela cautelar", in *Revista Forense*, *op. cit.*, p. 120.

ca imediata, sob pena de a futura cirurgia tornar-se inútil, diante do risco iminente do advento da morte do paciente. E *Theodoro Júnior* conclui, de forma didática e persuasiva:

“Há técnicas e cirurgões para pacientes *normais* e técnicas e cirurgões de *urgência*, tal a especificidade desse último tipo de cirurgia.

O mesmo há de passar-se com a tutela jurisdicional: há o processo *normal*, naturalmente lento e demorado, e há o processo de *emergência*, para as situações de urgência. Nos casos de risco de dano iminente e grave, o processo *normal* se apresenta inútil, porquanto a parte não dispõe de tempo para utilizá-lo de forma a impedir a consumação do grave prejuízo que se avizinha (...).”

Expõe este i. doutrinador mineiro, a seguir, o ponto crucial da questão, mostrando porque o risco de eventuais arbitrariedades não pode impedir a adoção das reformas indispensáveis para a superação dos graves vazios de tutela jurisdicional antes existentes no sistema de atuação coativa dos direitos antes existente em nosso país:

“Um juiz privado de preparo técnico e de equilíbrio pode — é verdade —, no uso do poder de criar medidas de urgência, provocar danos incalculáveis e comprometer até mesmo o direito em litígio. Mas, isto se obvia por meio de remédios de ratificação e de recurso também eficazes e rápidos, e não pela simples eliminação do remédio processual de urgência.

Assim como não se recusa o bisturi ao cirurgião de urgência, por simples temor de vir a ser mal utilizado, também não se pode negar ao juiz um amplo poder de antecipar providências e de tomar medidas preventivas. (...) E, como é intuitivo, não se pode refrear o movimento de progresso que perpassa o processo civil pela ótica paralisante do medo.”⁽⁷⁹⁾

Também *Luiz Guilherme Marinoni*, de forma igualmente candente e persuasiva, afirma que o magistrado contemporâneo não pode ficar paralisado diante da simples possibilidade de causar prejuízo irreparável à esfera jurídica do réu, quando estiver diante de igual ou até maior possibilidade de dano de igual natureza ao autor, advertindo para os perigos da excessiva moderação no uso desses novos instrumentos processuais:

“Não há razão para timidez no uso da tutela antecipatória, pois o remédio surgiu para eliminar um mal que já está instalado. É necessário que o juiz compreenda que não pode haver efetividade sem riscos. A tutela antecipatória permite perceber que não é só a ação

(79) *Theodoro Júnior, Humberto*. “Tutela antecipada”, in *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, op. cit., p.202-203; “Tutela de segurança”, in *Revista de Processo*, op. cit., p. 29 e “Tutela antecipada e tutela cautelar”, in *Revista Forense*, op. cit., p. 120.

(o agir, a antecipação) que pode causar prejuízo, mas também a omissão. O juiz que se omite é tão nocivo quanto o juiz que julga mal. Prudência e equilíbrio não se confundem com medo, e a lentidão da justiça exige que o juiz deixe de lado o comodismo do procedimento ordinário — no qual alguns imaginam que ele não erra — para assumir as responsabilidades de um novo juiz, de um juiz que trata dos 'novos direitos' e que também tem que entender — para cumprir a sua função sem deixar de lado a sua responsabilidade social — que as novas situações carentes de tutela não podem, em casos não raros, suportar o mesmo tempo que era gasto para a realização dos direitos de 60 anos atrás (...)."⁽⁸⁰⁾

Essa também é a firme e corajosa tomada de posição de *Cândido Rangel Dinamarco*, que em suas várias obras tem pugnado pela construção, em nosso país, de um processo justo, acessível e realizado em tempo razoável. Advertindo contra os juizes e advogados que pretendam, pela via interpretativa, obstar a efetividade dos propósitos da recente reforma do processo civil brasileiro (da qual a possibilidade de concessão de tutela antecipada e específica é uma das mais relevantes expressões),⁽⁸¹⁾ este i. professor titular de direito processual da Faculdade de Direito da USP (depois de incisivamente lembrar que *legem habemus*) assim se manifesta, com absoluta propriedade:

“É preciso ousar, prudentemente, mas ousar. É preciso, se quisermos um processo mais rápido, assumir riscos com a consciência e a certeza de que o próprio sistema predispõe instrumentos para sua

(80) *Marinoni, Luiz Guilherme. “Novas linhas do processo civil”, op. cit., p. 124-125 e in A antecipação da tutela, op. cit., p. 17-18.*

(81) A respeito do grave e infelizmente tão comum problema do uso da denominada *interpretação retrospectiva* (mediante a qual os aplicadores de novas normas instituidoras ou ampliadoras de direitos, consciente ou inconscientemente, interpretam-nas como se nada de novo houvessem estabelecido, lendo-as à luz das normas anteriores que vieram substituir de modo a, na prática, anular ou limitar ao máximo o seu efeito transformador), que, se utilizado em relação à antecipação de tutela, pode neutralizar toda a sua efetividade, vejam-se *Barbosa Moreira, José Carlos. “O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição”. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 304, dezembro de 1988, p. 151-155, Barroso, Luís Roberto. “Interpretação e aplicação da Constituição”, op. cit., p. 70-71 e 246 e Theodoro Júnior, Humberto. “Divagações em torno do tema direito e processo”, in *Direito e processo*, v. 5, 1ª ed., Rio de Janeiro: AIDE Editora, 1997, p. 34.*

Barbosa Moreira (ult. op. cit., p. 152), depois de acertadamente descrevê-lo como “fenômeno que, apesar de negligenciado em geral pela teoria clássica da hermenêutica, se pode observar com facilidade toda vez que entra em vigor novo código, ou nova lei de âmbito menos estreito ou de teor mais polêmico”, impiedosamente disseca a técnica de esterilização das inovações legislativas e constitucionais adotada por esse desvio de interpretação:

“Em tais ocasiões, raramente deixa de manifestar-se, em alguns setores da doutrina e da jurisprudência, certa propensão a interpretar o texto novo de maneira que ele fique tão parecido quanto possível com o antigo. Põe-se ênfase nas semelhanças, corre-se um véu sobre as diferenças e conclui-se que, à luz daquelas, e a despeito destas, a disciplina da matéria, afinal de contas, mudou pouco, se é que na verdade mudou. É um tipo de interpretação a que não ficaria mal chamar ‘retrospectiva’: o olhar do intérprete dirige-se antes ao passado que ao presente, e a imagem que ele capta é menos a representação da realidade que uma sombra fantasmagórica.” (destaque e grifos nossos)

correção. A obsessão por níveis absolutos de certeza ou de segurança é fator irracional e utópico de perda de tempo e sacrifício de direitos. (...)

Os grandes princípios constitucionais do processo são em si mesmos perenes mas nem por isso devem ser cultuados como *fetiche*s, nem a sua leitura há de ser estanque no tempo. As garantias constitucionais do contraditório, do devido processo legal, da ampla defesa etc. são parâmetros a serem observados na construção e prática da lei processual, mas devem ser interpretados segundo as necessidades do tempo e os legítimos valores da sociedade a que servem. Acima de todos eles paira a garantia do *acesso à justiça*, também oferecida em sede constitucional (art. 5º, inc. XXXV). Quando para a efetividade e necessária tempestividade da tutela jurisdicional for necessário infringir mediante simples *arranhões* algum desses princípios, ou interpretá-los sem os radicalismos estagnários de uma leitura tradicionalista e conservadora, que isso seja feito, porque assim caminha a História das instituições e assim convém à boa ordem jurídica e aos objetivos da justa pacificação pelas vias do processo".⁽⁸²⁾

Cabe aqui, porém, uma nota de moderação: a antecipação de tutela, com todo o seu potencial, não é uma panacéia universal, e sofre as limitações inerentes a todo e qualquer instituto processual, como tal sempre sujeito às inadequações e às modificações (nem sempre para melhor) das normas de direito material e às permanentes variações da própria conjuntura política, econômica e social em que operam as instituições judiciárias. Paralelamente, o seu mau uso (ou abuso) por magistrados sem o indispensável preparo técnico⁽⁸³⁾ ou insensíveis à razoabilidade e ao equilíbrio que sempre devem estar subjacentes ao exercício da função jurisdicional podem, sem dúvida, comprometer a legitimidade e a efetividade de instrumento processual tão promissor.⁽⁸⁴⁾

Finalizando, cumpre aqui reiterar que a intervenção imediata e eficaz do Judiciário trabalhista em conflitos tão variados e relevantes como os citados neste trabalho, para dizer, em cada caso, qual o direito realmente aplicável e para concretizá-lo em tempo útil, servirá para impedir o que até

(82) "Dinamarco, Cândido Rangel. "Aceleração dos procedimentos", in *Tribuna da magistratura - Caderno de doutrina*, julho/agosto 98, p. 340-341 e in *Fundamentos do processo civil moderno*, vol. II, 4ª edição, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 905.

(83) Problema cuja solução passa necessariamente pela atuação cada vez mais intensa das Escolas da Magistratura e dos Centros de Estudos das várias associações dos magistrados brasileiros, com vistas à sua permanente atualização e à construção de uma técnica processual adequada à plena consecução de sua finalidade social.

(84) Nesse sentido é a ponderada advertência do i. processualista italiano *Federico Carpi* (em seu trabalho "La tutela d'urgenza fra cautela, 'sentenza anticipata' e giudizio di merito", in *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1985, n. 4, p. 712), enfatizando a necessidade de que o magistrado tenha cuidados especiais, ao fazer uso dos poderes para proferir proventos de urgência ao dizer, de forma curiosa mas acertada, que "a tutela de urgência cautelar atípica possui a energia do átomo. O importante é usar essa energia para fins pacíficos, e não para fins destrutivos."

os dias de hoje infelizmente vem na prática ocorrendo, na quase totalidade: o predomínio absoluto da vontade unilateral de muitos empregadores, como se fosse possível às próprias partes destinatárias da regular ordem judicial descumprí-la até o seu trânsito em julgado (e à sua posterior, incerta e por vezes tardia realização na fase da execução forçada tradicional), com base apenas em sua própria interpretação das normas legais, numa peculiar mas reveladora inversão de perspectivas...

Em outras palavras, a atuação da Justiça do Trabalho nos termos dos artigos 273, 287 e 461 do CPC afastará a *autotutela* que em nosso país a parte economicamente mais forte na realidade frequentemente vem praticando nas relações laborais, como se ao Poder Judiciário fosse vedado interferir de forma preventiva e eficaz para coibir tão importantes lesões a direitos trabalhistas, imediatamente após a sua prática — situação que configura flagrante desigualdade entre as partes do contrato de trabalho e de verdadeira (embora temporária) impunidade que, por sua vez, sempre incentivou sua reiteração, contribuindo decisivamente para a explosão de demandas trabalhistas em nosso país. Somente assim, aliás, será possível a esta Justiça Especial desempenhar sua função jurisdicional com a efetividade exigida pela Constituição democrática de 1988, contribuindo desse modo para dar expressão prática e real ao princípio constitucional da igualdade no âmbito das relações de trabalho.

O maior perigo para a efetividade da tutela antecipatória e específica ora universalizada e para a própria revitalização da função jurisdicional do Estado em nosso país, também no âmbito da jurisdição comum mas especialmente no âmbito da jurisdição trabalhista, é que os magistrados adotem uma postura imobilista, negando, consciente ou inconscientemente, os efeitos mais importantes e profundos desse instituto, impedindo que a jurisdição assuma, na prática, o caráter imperativo exigido para atender às novas necessidades sociais das sociedades democráticas de massas desse início de um novo século e às próprias exigências de efetividade da Constituição brasileira em vigor. É preciso, pois, que surja na prática um novo magistrado, com formação multidisciplinar que o capacite a atuar com responsabilidade no exercício dessa sua nova função constitucional ou, em outras palavras, um juiz que seja capaz de perceber o relevantíssimo e indelegável papel que ele é chamado a cumprir, como agente político do Estado responsável pela tutela jurisdicional dos direitos subjetivos ameaçados ou lesados (especialmente dos direitos fundamentais de natureza ou finalidade não patrimonial) e, por essa via, pela própria existência *real* desses direitos, através da atuação do direito objetivo nas situações em que esse não tenha sido espontaneamente observado por seus destinatários.

Em suma, a ampla e firme adoção desses modernos mecanismos processuais na esfera trabalhista em nosso país servirá de *instrumento* para uma mudança na *qualidade* das relações entre o capital e o trabalho (tornando-as menos discriminatórias e elevando-as para patamar mais civilizado) e, desse modo, para a maior efetividade do próprio Direito Material do Trabalho brasileiro. Paralelamente, a própria atuação da Justiça do Tra-

baixo será grandemente ampliada em áreas de imensa relevância social e constitucional, contribuindo para que esta deixe de ser considerada uma mera "Justiça dos desempregados e dos acertos de contas", com baixos índices de celeridade e de efetividade, resgatando *sua elevada e exclusiva função constitucional de, com efetividade, dizer e concretizar o direito controvertido, nas relações de trabalho subordinado.*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Andolina, Italo. "Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale", Giuffrè, Milano, 1.983.
- Barbosa Moreira, José Carlos. "Tutela sancionatória e tutela preventiva". *Temas de direito processual — segunda série*, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 21-22.
- _____. "Notas sobre o problema da 'efetividade' do processo". *Temas de direito processual — terceira série*, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 27-42.
- _____. "Tutela sancionatória e tutela preventiva". *Temas de direito processual — segunda série*, São Paulo: Saraiva, 2ª edição, 1988, p. 25-29.
- _____. "A tutela específica do credor nas obrigações negativas". *Temas de direito processual — segunda série*, São Paulo: Saraiva, 2ª edição, 1988, p. 30-48.
- _____. "O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição". *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 304, dezembro de 1988, p. 151-155.
- Barros, Alice Monteiro de. "Tutela antecipada no processo do trabalho." *Revista LTr*, volume 60, n.-11, novembro de 1996, p. 1.461-1.468 e *in Compêndio de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998, Barros, Alice Monteiro de (coord.), p. 676-686.
- _____. *Proteção à intimidade do empregado*. 1ª ed., LTr, São Paulo, 1997.
- _____. "Condutas anti-sindicais — procedimento", *in Revista do Tribunal Regional do Trabalho — 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 59, janeiro-junho 99, p. 29-44 e *in Revista LTr*, v. 63, n. 11, novembro de 1999, p. 1454-1461.
- Barroso, Luís Roberto. "Interpretação e aplicação da Constituição — fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora", 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. "A efetividade das normas constitucionais revisitada", *in Revista de Direito Administrativo*, v. 197, jul./set. 1994, Rio de Janeiro: FGV.
- Bedaque, José Roberto dos Santos. "Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)", São Paulo: Malheiros, 1998.

- Blasco Pellicer, Angel*. "Las medidas cautelares en el proceso laboral". Madrid: Editorial Civitas, 1ª edição, 1996.
- Bonavides, Paulo*. "Curso de direito constitucional", 8ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
- Canotilho, J. J. Gomes*. "Direito constitucional", 6ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- Cappelletti, Mauro*. Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1982, p. 233-245.
- _____. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 61, janeiro-março de 1991, p. 144-160.
- _____. O acesso dos consumidores à Justiça. *As garantias do cidadão na Justiça*. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.), São Paulo: Saraiva, 1993, p. 309-325.
- _____. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *O processo civil contemporâneo*, Luiz Guilherme Marinoni (coord.), Curitiba: Juruá, 1994, p. 9-30.
- Cappelletti, Mauro & Garth, Bryant*. "Acesso à justiça", Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet.
- Carnelutti, Francesco*. "Diritto e processo". Nápoles: Morano, 1958.
- Carpì, Federico*. La tutela d'urgenza fra cautela, sentenza anticipata e giudizio di merito. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1985, n. 4, p. 680-724.
- Castelo, Jorge Pinheiro*. "Tutela antecipada na teoria geral do processo". Volume I, São Paulo: LTr, 1999.
- _____. "Tutela antecipada no processo do trabalho", Volume II, São Paulo: LTr, 1999.
- Chiovenda, Giuseppe*. "Instituições de direito processual civil", vol. 1, Campinas: Bookseller, 1998.
- Comoglio, Luigi Paolo*. "Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali", in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 1994, n. 4, p. 1064-1065.
- _____. "I modelli di garanzia costituzionale del processo", in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, 1991, v. 3, p. 673-741.
- Cruz e Tucci, José Rogério*. "Tempo e processo". São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal. *Revista de Processo*, v. 66, abril-junho de 1992, p. 72-78.

- _____. *Lineamentos da nova reforma do CPC*, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- Dalazen, João Oreste*. "Aspectos da tutela antecipatória de mérito no processo trabalhista brasileiro". Revista LTR, v. 61, n. 07, julho de 1997, p. 875-880.
- Dinamarco, Cândido Rangel*. "A instrumentalidade do processo", São Paulo: Malheiros Editores, 1999, 7ª edição.
- _____. "A reforma do código de processo civil", São Paulo: Malheiros, 1995.
- _____. "Universalizar a tutela jurisdicional", in *Fundamentos do processo civil moderno*, tomo II, São Paulo: Malheiros, 4ª edição, 2001, p. 838-875.
- _____. "Instituições de direito processual civil", vol. I, São Paulo: Malheiros, 2ª edição, 2002.
- _____. "A reforma da reforma", 4ª edição revista e atualizada, São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. "Aceleração dos procedimentos". *Tribuna da magistratura — Caderno de doutrina*, julho/agosto 98 e in *Fundamentos do processo civil moderno*, vol. II, 4ª edição, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 894-906.
- Dini, Enrico & Mammone, Giovanni*. "I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile e nel diritto del lavoro", 7ª edizione, Milano: Giuffrè, 1997.
- Dworkin, Ronald*. "Levando os direitos a sério", São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- Fux, Luiz*. "Tutela de segurança e tutela da evidência — fundamentos da tutela antecipada", São Paulo: Saraiva, 1996.
- Gorelli Hernández, Juan*. "El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria". Madrid: Civitas, 1995.
- Grinover, Ada Pellegrini*. "Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciais: o contempt of court". *Revista de Processo* n. 102, abril/junho 2.001, p. 219-227.
- Guerra, Marcelo Lima*. "Execução indireta", 1ª edição, 2ª tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. "Execução forçada — controle de admissibilidade", 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- _____. "Inovações na execução direta das obrigações de fazer e não fazer. "Processo de execução e assuntos afins". *Wambier, Teresa Arruda Alvim* (coord.), São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 296-321.
- _____. "Antecipação de tutela no processo executivo". *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 87, julho-setembro 1997, p. 22-31.

Guerra Filho, Willis Santiago. "Introdução ao direito processual constitucional", Porto Alegre: Síntese, 1999.

_____. "Direitos fundamentais: teoria e realidade normativa". *Revista dos Tribunais*, v. 713, março de 1995, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 45-52.

Machado, Antônio Cláudio da Costa. "Tutela antecipada", São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

Maior, Jorge Luiz Souto. "A função do processo". *Revista do Direito Trabalhista*, v. 09, n. 4, abril/2003, Brasília: Consulex, p. 14-17.

Mallet, Estevão. "Antecipação da tutela no processo do trabalho", São Paulo: LTr, 1998.

Marinoni, Luiz Guilherme. "Novas linhas do processo civil", 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. "Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença", São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. "A antecipação da tutela". 5ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. "Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)", São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. "Tutela inibitória (individual e coletiva)", São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

Mesquita, Eduardo Melo de. "As tutelas cautelar e antecipada". São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Nascimento, Amauri Mascaro. "Antecipação da tutela no processo do trabalho", in *Processo do trabalho — estudos em homenagem ao Professor José Augusto Rodrigues Pinto*, LTr, 1997.

Oliva, José Roberto Dantas. "Tutela de urgência no processo do trabalho". São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

Oliveira, Sebastião Geraldo de. "Proteção jurídica à saúde do trabalhador", 3ª edição, São Paulo: LTr, 2001.

Pimenta, José Roberto Freire. "Tutela específica e antecipada das obrigações de fazer e não-fazer no processo do trabalho. Cominação de prisão pelo Juízo do Trabalho em caso de descumprimento do comando judicial", in *Revista do TRT-3ª Região*, v. 57, julho/dezembro 1997, p. 117-149.

_____. "A conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho". *Revista LTr*, v. 65, n. 02, fevereiro 2001, São Paulo: LTr, p. 151-162.

_____. "Aspectos processuais da luta contra a discriminação, na esfera trabalhista. A tutela antecipatória como mecanismo igualizador dos litigantes trabalhistas". *Discriminação*. VIANA, Márcio Túlio (coord.), São Paulo: LTr, 2000, p. 169-226.

- Pinto, José Augusto Rodrigues, "A modernização do CPC e o processo do trabalho", LTr, 1996.
- Proto Pisani, Andrea. "Lezioni di diritto processuale civile", 3ª ed., Napoli: Jovene Editore, 1999.
- ."Appunti sulla tutela di mero accertamento", in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1979, v. 2, p. 620-671.
- Rocha, Carmem Lúcia Antunes. "Princípios constitucionais da administração pública", Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- Silva, Antônio Álvares da. "A desjuridicização dos conflitos trabalhistas e o futuro da Justiça do Trabalho no Brasil". *As garantias do cidadão na Justiça*. Teixeira, Sálvio de Figueiredo (Coord.), São Paulo: Saraiva, 1993, p. 243-278.
- Silva, José Afonso da. "Curso de direito constitucional positivo", 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- Talamini, Eduardo. "Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84)", 2ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. *Manuale del processo del lavoro*, Milano: Giuffrè Editore, 4ª edição, 1999.
- Theodoro Júnior, Humberto. "Tutela antecipada", in *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, São Paulo: Revista dos Tribunais, SP, 1997, Wambier, Teresa Arruda Alvim (coord.), p. 181-203.
- _____. "Tutela de segurança". *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 88, outubro-dezembro 1997, p. 8-30.
- _____. "Tutela antecipada e tutela cautelar". *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 342, abril-junho 1998, p. 107-120.
- _____. "Divagações em torno do tema direito e processo". *Direito e processo*, v. 5, 1ª ed., Rio de Janeiro: AIDE Editora, 1997, p. 15-67.
- Viana, Márcio Túlio e Renault, Luiz Otávio Linhares (coords.). "Antecipação de tutela". *O que há de novo em processo do trabalho*, LTr, 1997.
- Watanabe, Kazuo. "Da cognição no processo civil", 2ª edição atualizada, 2ª tiragem, São Paulo: Bookseller, 2000, p. 111-113.
- _____. "Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC)". "Reforma do código de processo civil". Teixeira, Sálvio de Figueiredo (coord.), São Paulo: Saraiva, 1996, p. 19-51.
- Wambier, Luiz Rodrigues & Wambier, Teresa Arruda Alvim. "Breves comentários à 2ª fase da reforma do código de processo civil", São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- Zavascki, Teófilo Albino. "Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais", in *Reforma do código de processo civil*, Teixeira, Sálvio de Figueiredo (coord.), São Paulo: Saraiva, 1993, p. 143-166.

_____. "Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante". *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 82, abril-junho 1996, p. 53-69; e *Inovações do código de processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997, p. 23-46.

_____. "Antecipação da tutela", São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Zumpano, Mariangela*. "Tutela di urgenza e rapporto di lavoro". *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1989, v. 3, p. 826-849.