

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.

José Roberto Freire Pimenta¹

1. Tendências do processo comum contemporâneo e a matriz constitucional da tutela antecipatória.

No limiar de um novo século, os conflitos característicos das modernas sociedades de massas de um mundo globalizado exigem um novo processo, muito diferente daquele que ganhou foro de autonomia e dignidade de verdadeira ciência no século XIX. E é exatamente isto o que vem acontecendo nas últimas décadas nas sociedades mais desenvolvidas e, nos últimos anos, em nosso país.

Ao invés de enfatizar a natureza *abstracta* do direito processual em relação ao direito material, proclama-se hoje a *instrumentalidade do processo*, de forma a tornar real e efetiva a vontade das leis que lhe cabe concretizar²; para que o Estado-juiz possa exercer com eficácia sua função pacificadora dos conflitos de interesses, o *princípio dispositivo*, peça fundamental das concepções liberais e individualistas, cada vez mais é mitigado por uma acentuada carga de *inquisitorialidade*; as ações individuais, próprias de uma abordagem *atomizada* na solução de todos os conflitos (inclusive os que têm configuração essencialmente coletiva), deixam de ser a única via de obtenção de tutela: privilegia-se agora sua solução na dimensão *molecular*, enfrentando-se mais adequadamente as macrolesões através das “class actions”³, com a decorrente ampliação da legitimidade ativa em favor das entidades de classe e demais associações representativas (através da substituição processual) e do Ministério Público (através das ações civis públicas); a tutela jurisdicional não mais se restringe aos direitos subjetivos de expressão meramente individual, abrangendo também os direitos e interesses coletivos, individuais homogêneos e difusos; a *cognição plena e ordinária* cada vez mais cede lugar a procedimentos especiais de *cognição sumária e parcial*, mais adequados a tutelar com eficácia determinados direitos e interesses legítimos.

Diante da explosão do número de conflitos intersubjetivos de interesses e do conseqüente aumento da morosidade do aparelho judiciário para solucioná-los de forma rápida, ao lado da paralela constatação da existência, nas sociedades modernas, de uma enorme gama de direitos e interesses jurídicos que não podem ser eficazmente tutelados *a posteriori*, procura-se agora evitar que a demora do processo comum o transforme em providência inútil para o cumprimento de sua função natural de instrumento de atuação e defesa do direito subjetivo material da parte vencedora.⁴

¹ Juiz do Trabalho, Presidente da 14ª J CJ de Belo Horizonte-MG.

² DINAMARCO, Cândido Rangel, “A *instrumentalidade do processo*”, 4ª ed. rev. atual., São Paulo, Malheiros, 1.994.

³ WATANABE, KAZUO in “*Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*”, ADA PELLEGRINI GRINOVER *et al.*, RJ, Forense Universitária, 1.992, p. 497-498.

⁴ Cf. CALAMANDREI, “*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*”, Padova, 1.936, p. 55 e segs. .

A denominada “crise da justiça” leva a afirmações candentes como as de NICOLÒ TROCKER⁵, no sentido de que uma justiça morosa é um grande mal social, “provoca danos econômicos (imobilizando bens e capitais), favorece a especulação e a insolvência, acentua a discriminação entre os que têm a possibilidade de esperar e aqueles que, esperando, tudo têm a perder. Um processo que perdura por longo tempo transforma-se também num cômodo instrumento de ameaça e pressão, uma arma formidável nas mãos dos mais fortes para ditar ao adversário as condições da rendição”.

Em uma perspectiva mais ampla, passou-se a reconhecer que o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, hoje inserido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, não assegura apenas o mero acesso aos tribunais, mas também a *tutela efetiva contra qualquer forma de denegação da justiça*, como bem acentuado por ADA PELLEGRINI GRINOVER⁶. Na mesma ordem de idéias, LUIZ GUILHERME MARINONI⁷ assim se pronuncia:

“Há, no nosso modo de ver, *direito e pretensão à adequada tutela jurisdicional*. A pretensão à adequada tutela jurisdicional é pretensão a uma sentença que possa realizar a ação (= o agir) que seria realizada - não fosse ter sido proibida - pelo particular em um dado caso conflitivo concreto. A pretensão à adequada tutela jurisdicional é pretensão a uma sentença que aprecie a pretensão processual, e, em caso de procedência, realize o verbo (= a ação) nela indicado. (...) *A toda afirmação de direito deve corresponder uma tutela jurisdicional adequada.*”

Em outras palavras, o direito constitucional à tutela jurisdicional e ao devido processo legal deixou de ser visto apenas, sob a ótica estritamente do demandado, como o “direito à segurança jurídica”, para ser considerado, agora também sob a ótica do autor, como o “*direito à efetividade da jurisdição*”, que assegura a todo indivíduo (que está legalmente impedido de fazer justiça por suas próprias mãos) não só a possibilidade teórica e meramente formal de provocar a atividade jurisdicional para vindicar bem da vida de que se considera titular mas, especialmente, meios expeditos e eficazes de obter do Estado-juiz a rápida apreciação de sua demanda e também a concretização fática de sua eventual vitória. É neste sentido o ensinamento do i. Professor e Juiz do TRF da 4ª Região TEORI ALBINO ZAVASCKI,⁸ que complementa de forma lapidar:

“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

⁵ “*Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*”, Milano, Giuffrè, 1.974, p. 276-277, apud JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, “*Atuais Reformas do Processo Civil Italiano e Brasileiro (contrastes e confrontos)*”, inserido na obra coletiva “*Reforma do código de processo civil*” coordenada pelo i. Ministro do STJ Sálvio de Figueiredo Teixeira, Saraiva, SP, 1.996, p. 842.

⁶ “*Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não-fazer*”, LTr 59-08/1026-1033.

⁷ “*Novas linhas do processo civil*”, Malheiros Editores, 2ª ed., SP, 1.996, p. 123.

⁸ “*Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais*”, in “*Reforma do código de processo civil*”, op. cit., p. 146-147.

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” (grifos nossos).

TEREZA ARRUDA ALVIM WAMBIER⁹ é ainda mais incisiva a respeito:

“Hoje, à luz dos valores e das necessidades contemporâneas, se entende que o direito à prestação jurisdicional é o direito a uma prestação *efetiva* e *eficaz*. Na verdade, pouco importa se tenha sido concedida por meio de sentença transitada em julgado! (...)

O princípio da inafastabilidade do controle da Jurisdição, de que decorre o direito à prestação da tutela jurisdicional, está hoje formulado expressamente no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Por isso é que se afirma, com acerto, que a tutela antecipatória consiste em fenômeno processual de raízes nitidamente constitucionais, já que, para que seja plenamente aplicado o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, é necessário que a tutela prestada seja *efetiva* e *eficaz*.

A função da tutela antecipatória é a de tornar a prestação jurisdicional *efetiva*. A necessidade dessa efetividade é a contrapartida que o Estado tem que dar à proibição da autotutela.(...)

É intuitivo que garantir às pessoas a tutela jurisdicional e prestar-lhes tutela *inefetiva* e *ineficaz* é quase o mesmo que não prestar a tutela.”

2. Justificação da tutela antecipatória e sua evolução legislativa no Direito Comparado.

Resgatando uma das clássicas definições de 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 é, por si só, fonte de dano, decorrente estritamente da dilação temporal do processo (como acentuado na Itália por ITALO ANDOLINA¹⁰). Citando o referido autor e nessa linha de raciocínio, o mesmo LUIZ GUILHERME MARINONI, em sua obra mais recente¹¹, é lapidar sobre os fundamentos éticos e jurídicos da tutela antecipada:

“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!*”

⁹ Em seu artigo “*Da liberdade do juiz na concessão de liminares*” constante da obra coletiva por ela coordenada “*Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*”, Ed. Rev. dos Tribunais, SP, 1.997, p. 533-534.

¹⁰ “*Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale*”, Giuffrè, Milano, 1.983, p. 20.

¹¹ “*Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença*”, Ed. Revista dos Tribunais, 1.997, p. 22/23.

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”.

Até há alguns anos atrás, em todos os países filiados ao denominado “sistema romano-germânico do Direito”, a inexistência de mecanismos de tutela preventiva e de urgência era a tônica geral, contribuindo para uma comparação muito desfavorável em relação à prestação e à efetividade da prestação da tutela jurisdicional nos Estados Unidos, Grã-Bretanha e outros países filiados ao chamado “sistema do Direito Comum”. Na década de sessenta, o ilustre jurista e professor francês RENÉ DAVID¹², ao contrastar a estrutura e a dinâmica do direito daqueles países com a dos países integrantes da família do *common law*, salientava a maior relevância dada por estes à eficácia das decisões da justiça:

“(…) parece inconcebível a um inglês que a autoridade judicial seja ridicularizada, como pode acontecer nos países da família romano-germânica, onde o indivíduo condenado a pagar uma soma de dinheiro pode viver na opulência sem revelar aos seus credores onde tem bens e donde vêm os seus recursos, onde uma autoridade administrativa pode, sem incorrer em nenhuma responsabilidade real, recusar-se a assegurar a força pública para a execução duma decisão: o jurista inglês não concebe como é que, em certos países, um novo processo possa mesmo ser necessário para se proceder à execução duma decisão da justiça tornada definitiva.

O rigor e a eficácia das vias de execução inglesas impressionam o jurista do continente europeu. *Em Inglaterra não se admitirá que um particular, menos ainda uma autoridade administrativa, ridicularize assim a justiça; ele irá imediatamente refletir, numa prisão, sobre o inconveniente de desprezar as ordens dadas pelo tribunal. O “contempt of Court” é uma instituição fundamental que exprime a concepção inglesa do direito*” (grifos nossos).

Descrevendo também o sistema anglo-americano, o i. magistrado e professor titular de processo civil da UERJ, LUIZ FUX¹³, 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 chancelados na decisão final confirmatória do provimento *initio litis*. Por isso menciona a doutrina do tema as *prohibitory e mandatory injunctions*”. E acrescenta logo a seguir:

“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*”.

¹² Em sua obra clássica “Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo (Direito Comparado)”, Ed. Meridiano, Lisboa, 2ª ed., p. 377/378.

¹³ “Tutela de Segurança e Tutela da Evidência - Fundamentos da Tutela Antecipada”, Ed. Saraiva, 1.996, p. 169.

MICHELE TARUFFO¹⁴ observa a esse mesmo respeito que a *injunction* do direito anglo-americano tem, na verdade, o efeito típico de impor a *especific performance* (isto é, a execução específica) da obrigação de fazer ou de não-fazer e, logo, de bloquear a eventualidade substitutiva do ressarcimento do dano derivado do inadimplemento. Por conseqüência, ou se recorre a formas de execução específica por sub-rogação, quando for possível e quando a Corte julgar oportuno, ou a execução é deixada ao obrigado que, em caso de inadimplemento, é punível com a privação de sua liberdade a título de *contempt of Court*.

Ocorre porém que, nas últimas décadas, o direito processual dos países da família romano-germânica passou por significativo processo de modernização, tendo como declarado paradigma o sistema anglo-americano acima descrito 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 seu exercício.

Diante da crescente inadequação do processo comum tradicional e do aparelho judiciário para enfrentar e coibir as macrolesões 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 evidentes”, de outro.

Como bem observa HUMBERTO THEODORO JÚNIOR,¹⁵ 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*.

¹⁴ Em seu artigo de 1.988 “*L’attuazione esecutiva dei diritti - Profili comparatistici*” citado pelo i. professor e processualista civil paranaense LUIZ GUILHERME MARINONI em sua obra “*Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*”, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1.994, p. 49.

¹⁵ Em seu artigo “*Tutela antecipada*”, in “*Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*”, *op. cit.*, p. 181-182.

ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS¹⁶ e HUMBERTO THEODORO JÚNIOR¹⁷ fazem valiosa exposição da evolução legislativa do tema, nos países da Europa Continental. Na França, foram introduzidas as chamadas “Ordonnances de référé”, de início através de norma isolada de 1973 e depois incorporadas em seu novo Código de Processo Civil. Dentre outras possibilidades, está autorizada a concessão de tal provisão antecipatória ao credor se não houver séria contestação à obrigação reclamada, ainda que de fazer, permitindo-se sua execução provisória logo ao início ou no decorrer do feito (sendo significativa a informação de ROGER PERROT¹⁸, de que os resultados do sistema de “*provision*” 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).

Na Alemanha, também foram introduzidos no Código de Processo Civil (“ZPO”) preceitos autorizadores da tutela antecipada, sendo que seu § 940 prevê a concessão de medida com fim de regulação temporária da relação ou situação jurídica controvertida, se “necessária para evitar prejuízos substanciais ou impedir ameaça de violência ou por outros motivos”. MONIZ DE ARAGÃO¹⁹ noticia que a jurisprudência dos tribunais alemães, em interpretação liberal dos textos de lei que autorizam a concessão de alimentos provisionais, veio a admitir que medidas cautelares fossem empregadas com finalidade satisfativa, em condenação provisória, quando referentes a prestações periódicas destinadas à subsistência do credor, o que também fazem os tribunais austríacos.

Na Itália, desde 1942 foi introduzido no Código de Processo Civil novo artigo 700 que autoriza, a título de medida cautelar e caso haja fundado receio de que a demora do processo comum venha a causar dano irreparável ao direito vindicado, a concessão pelo juiz de *provimento de urgência*, para assegurar provisoriamente os efeitos da decisão de mérito. Em recente alteração legislativa tratando especificamente dos “provimentos urgentes para o processo civil” (a Lei nº 353/90, que se tornou eficaz em 01.01.94), foram introduzidos de forma genérica no direito processual italiano os pronunciamentos antecipatórios de natureza condenatória através de “ordem de injunção” (*decreto de ingiunzione*), nitidamente inspirada nas *injunctions* do direito anglo-americano, mediante a qual o demandante pode obter, em qualquer estado do processo e até o encerramento da instrução, a antecipação de pagamento ou de entrega de coisa (artigo 21 da referida Lei)²⁰.

¹⁶ “*Novos Perfis do Processo Civil Brasileiro*”, Del Rey, Belo Horizonte, 1.996, 1ª ed./2ª tiragem, p. 22 e seguintes.

¹⁷ No citado artigo “*Tutela antecipada*”, in “*Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*”, *op. cit.*, p. 183-184.

¹⁸ Em sua obra “*Les mesures provisoires en droit français*”, apud MARINONI, “*Novas Linhas do Processo Civil*”, Malheiros Editores, 1996, 2ª ed., p. 138.

¹⁹ “*Alterações no Código de Processo Civil: tutela antecipada, perícia*”, in “*Reforma do Código de Processo Civil*”, *op. cit.*, p. 235.

²⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério, “*Atuais reformas do processo civil italiano e brasileiro*”, in “*Reforma do CPC*”, *op. cit.*, p. 843 e 859.

3. Prioridade da tutela específica das pretensões postas em Juízo e a necessidade de uma tutela jurisdicional diferenciada.

Paralelamente, resgatou-se e ganhou prioridade outro clássico ensinamento de CHIOVENDA de que “o processo deve dar a quem tem um direito, tanto quanto for praticamente possível, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”²¹. Tal noção já havia sido admiravelmente explicada e desdobrada em suas conseqüências práticas pelo notável processualista JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA²², no final da década de 70:

“Não há dúvida de que a tutela específica é superior e deve ser preferida, sempre que possível, a qualquer outra forma. O que o ordenamento jurídico quer é que os deveres e obrigações se cumpram *tais quais são*. Se a alguém é dado pretender, segundo o direito, que outrem se abstenha de algo, há de poder contar com o direito para conseguir a utilidade que espera da abstenção - essa utilidade, e não outra, “equivalente” que seja, ou inculcada como tal. E a necessidade de recorrer às vias judiciais para obter proteção nada altera, em princípio, no quadro: se o processo constitui instrumento para a realização do direito material, só se pode a rigor considerar plenamente eficaz a sua atuação quando ele se mostre capaz de produzir resultado igual ao que se produziria se o direito material fosse espontaneamente observado” (grifos nossos).

Como bem demonstrado por ADA PELLEGRINI GRINOVER²³, é nesse ponto que assume particular realce a *tutela específica*, que a doutrina proclama ter preferência sobre qualquer outra: para tanto, o processo deve buscar respostas diversificadas, de acordo com as situações jurídicas de vantagem asseguradas pelo direito material, de modo a proporcionar o mais fielmente possível a mesma situação que existiria se a lei não fosse descumprida.

Exatamente por isto e ao inserir dentre os princípios fundamentais do processo de execução o *princípio da adequação*, ARAKEN DE ASSIS²⁴, numa perspectiva teleológica, enfatiza que os meios e atos executórios praticados a cada caso devem harmonizar-se com o objeto da prestação, devendo ser idôneos a atuar compulsoriamente o direito declarado na decisão judicial - sem meio hábil, o bem nunca será alcançado pelo credor. A idoneidade do meio executório é um dos aspectos fundamentais de sua adequação.

Com absoluta propriedade, ADA GRINOVER preleciona que, para a concretização dessa idéia central, foi gradativamente abandonada a antiquada noção de que, em caso de recusa do devedor a cumprir sua obrigação de fazer ou de não-

²¹ “*Instituições de Direito Processual Civil*”, Bookseller Ed. e Dist., Campinas, 1ª ed., 1.988, Vol. I, p. 67.

²² Em seu artigo “*A tutela específica do credor nas obrigações negativas*”, publicado em “*Temas de Direito Processual - segunda série*”, Saraiva, SP, 2ª ed., 1.988, p. 31/32.

²³ Em seu citado artigo “*Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não-fazer*”, LTr 59-08/1026.

²⁴ “*Manual do processo de execução*”, Ed. Rev. dos Tribunais, 2ª ed. rev. e amp., 1.995, p. 100.

fazer, somente seria possível sua condenação ao pagamento resultante de sua conversão em perdas e danos - ao invés, abandonou-se o mero dogma da intangibilidade da vontade humana e passou-se a reconhecer o direito do credor de obter a execução específica da obrigação, seja através da sub-rogação do sujeito, se possível, seja através da chamada “execução indireta”, pela utilização dos denominados meios de coerção ou de pressão psicológica sobre o devedor para persuadi-lo ao adimplemento da obrigação (através, por exemplo, da imposição de multas pecuniárias, uso de força policial ou prisão do inadimplente, por “*contempt of Court*”). A i. processualista paulista informa que a moderna ciência processual européia hoje já reconhece e proclama que “a única forma de atuação possível na condenação às obrigações de fazer ou não-fazer é constituída pela imposição de *medidas coercitivas* com o objetivo de estimular o adimplemento do obrigado”.

Todas essas medidas antecipatórias concedidas pelos juizes europeus, todavia, não têm e nem podem ter a estrutura típica e tradicional da sentença condenatória²⁵. É que esta, por definição, não é capaz de operar por si só no mundo material, em relação ao qual possui natureza meramente declaratória (limitando-se apenas a constituir o título executivo que será o objeto de outro processo, o de execução, no qual efetivamente deverá ser satisfeito o direito por ela declarado, como consta do clássico ensinamento de LIEBMAN²⁶, integralmente acolhido pelo direito processual civil positivo brasileiro) - razão pela qual a moderna doutrina italiana passou a apontar sua inadequação para a proteção das situações conflitivas próprias da sociedade contemporânea, que exigem soluções mais rápidas e eficazes²⁷.

Assim, para tais casos passou-se a autorizar a concessão de provimento reconhecida *mandamental*, através do qual o Juiz dá *ordens* às partes, que devem ser por elas cumpridas, pura e simplesmente, sob pena de sofrerem medidas coercitivas incidentes sobre sua pessoa (e não apenas sobre seu patrimônio, como no caso das medidas sub-rogatórias que caracterizam a “execução forçada”)²⁸.

²⁵ Sendo de transcrever a acurada observação do i. Advogado e Professor paranaense EDUARDO TALAMINI, em seu artigo “*Tutelas mandamental e executiva lato sensu e a antecipação de tutela ex vi do art. 461, § 3º, do CPC*”, in “*Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*”, *op. cit.*, p. 148, de que o próprio LIEBMAN, um dos mais autorizados defensores da classificação tripartida das sentenças em declaratórias, constitutivas e condenatórias (e portanto contrário ao reconhecimento da existência das sentenças executivas *lato sensu* e mandamentais), diante de novas formas de tutela específica e antecipada adotadas pelo direito positivo italiano (a sentença de reintegração de empregado e o decreto que ordena a cessação de comportamentos “anti-sindicais”), nãoouseu classificá-las como condenatórias, chamando-as de “figuras anômalas” (“*Manual de direito processual civil*”, 2ª ed., Rio, Forense, 1.985, p. 192-193).

²⁶ O qual acrescentava que a atividade executiva decorrente da sentença condenatória, além de ocorrer em outro processo, necessariamente se dará por meios sub-rogatórios (isto é, mecanismos através dos quais o Estado-juiz obtém a prestação devida ao credor ou sua equivalente de forma substitutiva, sem a participação do devedor); jamais através de ordens, conjugadas com outros meios coercitivos ou medidas de pressão psicológica sobre o demandado (“*Processo de Execução*”, Ed. Revista dos Tribunais, SP, 5ª ed., 1.986, p. 1-6 e 15-19).

²⁷ Crítica bem desenvolvida pelo i. Magistrado e Professor MANOEL ANTÔNIO TEIXEIRA FILHO em sua obra “*A sentença no processo do trabalho*”, LTr, SP, 1.994, 2ª tiragem, p. 229-232.

Como, porém, a sentença mandamental, se destituída de meios coercitivos suficientes à imediata imposição da ordem, valeria quase nada, os sistemas romano-germânicos de direito passaram a importar os instrumentos específicos do direito anglo-americano (as “*injunctions*” e as punições a título de “*contempt of Court*”). Tratando dos limites da tutela executiva de pronunciamentos judiciais “não-pecuniários” (isto é, nos casos das prestações de fazer e não-fazer), ARAKEN DE ASSIS²⁹, depois de acentuar a profunda dose de *estatalidade* que impregna o mandado do juiz e a impossibilidade deste sub-rogar-se ao que o obrigado não cumpriu, assim se pronuncia:

“Esta é a razão básica pela qual o desacato à ordem do juiz importa terapia diferente da ordinária, empregada para debelar rebeldias à reprovação emanada do elemento condenatório. Eventual afronta ao *imperium* do órgão judicial, utilizado porque o comportamento exigido do demandado é infungível, só pode provocar a privação da liberdade. O *contempt of Court* contrapõe-se, exatamente, à desobediência do particular, não se mostrando o ordenamento pátrio, destarte, inofensivo à medida”.

Tendo o Direito Comparado como pano de fundo e atendendo à exposição pioneira de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA³⁰, 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 nº 7.347/85 que veio disciplinar a ação civil pública, no artigo 213 da Lei nº 8.069/90 que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 e no artigo 84 da Lei nº 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 nº 8.952, de 13.12.94.

Esta modificação legal, em síntese, acolheu tudo aquilo que a moderna doutrina nacional e estrangeira preconizava a respeito de assegurar, na prática, o princípio da efetividade e adequação da tutela jurídica processual. Assim, o novo artigo 273 do Código de Processo Civil (em princípio voltado para a tutela antecipada das

²⁸ Considerando as sentenças condenatórias, as executivas *lato sensu* e as mandamentais como integrando a categoria única das “sentenças de repercussão física” (que, ao contrário das sentenças declaratórias e constitutivas, produzem atuação prática, no mundo dos fatos), EDUARDO TALAMINI assim as diferencia: “a) a sentença condenatória tem o condão de autorizar o emprego de *mecanismos sub-rogatórios em processo subsequente*; b) a sentença executiva traz em seu dispositivo a determinação de *imediata atuação desses meios sub-rogatórios*, independentemente de novo processo; c) a sentença mandamental, em vez da predeterminação de formas substitutivas da conduta do devedor, *dirige-lhe ordem a ser desde logo cumprida*, sob pena de se adotarem *medidas coercitivas*.” (“*Tutelas mandamental e executiva lato sensu...*”, in “*Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*”, *op. cit.*, p. 141 e 150). Para a moderna definição de ação e sentença mandamental, consultem-se Ovídio A. Baptista da Silva, “*Curso de processo civil*”, Sérgio Antônio Fabris Ed., 1.990, v. II, p. 247-269 e “*Sentença e coisa julgada*”, Sérgio Antônio Fabris Ed., 2ª ed. rev. e ampl., p. 78-89 e 102-104; Araken de Assis, “*Manual do processo de execução*”, *op. cit.*, p. 80-83; Manoel Antônio Teixeira Filho, “*A sentença no processo do trabalho*”, *op. cit.*, 233-236.

²⁹ “*Manual do processo de execução*”, *op. cit.*, p. 77.

³⁰ Em seus artigos do final da década de 70 “*Tutela sancionatória e tutela preventiva*” e “*A tutela específica do credor nas obrigações negativas*”, inseridos em sua já citada obra “*Temas de direito processual - segunda série*”, p. 25/29 e 30/48.

obrigações de dar, como observa MANOEL ANTÔNIO TEIXEIRA FILHO³¹) 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 antecipatória das obrigações de fazer e não-fazer, em redação que merece aqui ser reproduzida por sua clareza:

“Art. 461: Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (...)”

§ 3º: Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º: O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento da obrigação.

§ 5º: Para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, *determinar* as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial” (grifos nossos).

Interpretando esse novo dispositivo legal, a doutrina processual brasileira concluiu que o provimento judicial nele autorizado tem natureza necessariamente mandamental e não apenas condenatória.

LUIZ GUILHERME MARINONI³² observa, a esse respeito, que “não seria suficiente ao autor a condenação, pois o juiz, quando condena, não obriga, mas apenas exorta. O réu condenado não fica obrigado perante o juiz, ao contrário do que ocorre na hipótese de ordem, quando o réu, em caso de descumprimento, pode ser pressionado, através da multa, ao adimplemento. Apenas o réu que descumpra a ordem comete insubordinação à autoridade estatal; o réu que não cumpre a sentença condenatória continua apenas civilmente obrigado”.

Chegando à mesma conclusão, o eminente processualista gaúcho OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA³³ é incisivo ao afirmar que “a ação que tem por objeto o

³¹ “Curso de processo do trabalho - v. 2: *Antecipação de tutela e liminares*”, LTr, 1.996, p. 35-36.

³² “*Novas linhas do processo civil*”, Malheiros Editores, 2ª ed. rev. e ampl., 1.996, p. 125.

³³ Em seu artigo “*Ação para cumprimento das obrigações de fazer e não fazer*” publicado na obra coletiva “*Inovações do código de processo civil*”, Livraria do Advogado Ed., Porto Alegre, 1997, 2ª tiragem, p. 176 e segs.

cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, do art. 461, pode ser tudo, menos uma ação condenatória, com execução diferida”. Depois de acentuar que a sentença condenatória por definição não tem elemento imperativo e este está claramente presente na autorização concedida ao juiz de forma expressa pelo preceito legal acima transcrito para *determinar* as medidas necessárias para a tutela específica daquelas obrigações, o i. jurista identifica a origem interdital romana desse dispositivo e o classifica como típico exemplo de ação e provimento mandamentais, de natureza idêntica à pretensão e ao provimento judicial característicos do mandado de segurança.

É essa também a conclusão do eminente processualista e desembargador paulista KAZUO WATANABE (reconhecidamente o redator do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor que, por sua vez, foi reproduzido sem qualquer modificação substancial pelo referido artigo 461 do Código):

“Não se afigura exagerado afirmar-se que nosso sistema processual é dotado de ação mandamental de eficácia bastante assemelhada à da *injunction* do sistema da *common law* e à *ação inibitória* do direito italiano”³⁴. EDUARDO TALAMINI³⁵ é igualmente preciso e persuasivo a respeito:

“O provimento antecipador de tutela, previsto no art. 461, § 3º, veicula *ordem* para o demandado. Há a direta determinação de que o réu cumpra o “fazer” ou “não fazer” objeto do dever tido como plausível.

(...) no sistema instituído pelo art. 461, visa-se primordialmente ao exato resultado que se teria, caso o demandado houvesse assumido a conduta devida. O § 1º desse artigo consagra em termos cogentes tal diretriz, tornando a conversão em perdas e danos hipótese excepcional (“somente se converterá...” por opção do autor ou impossibilidade de conseqüimento específico). E, para tanto, o provimento concessivo da tutela, mais do que autorizar o emprego de meios substitutivos da conduta do réu, há de ter força suficiente para *mandar* que ele mesmo adote o comportamento devido. A cientificação desse ato ao demandado não constituirá, então, mera “oportunidade para cumprir”. Veiculará *ordem, revestida de autoridade estatal, para que cumpra*.”³⁶

³⁴ “Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto”, *op. cit.*, p. 525.

³⁵ Em seu citado artigo “Tutelas mandamental e executiva lato sensu...”, in “Aspectos polêmicos...”, *op.cit.*, p. 151-153.

³⁶ Este mesmo autor salienta, porém, que a classificação da decisão judicial que assegure a tutela específica e antecipada das obrigações de fazer e não-fazer como condenatória ou mandamental não é tão relevante, invocando PROTO PISANI para noticiar que, na Itália, tal questão há muito tem sido enfrentada não com o reconhecimento da existência de outras formas de tutela usualmente admitidas, mas com a *ampliação do conceito de tutela condenatória, de modo a abranger a função preventiva e o recurso a medidas coercitivas*. Acrescenta que o próprio BARBOSA MOREIRA, pioneiro no estudo do tema e paladino da adoção de mecanismos eficientes de tutela preventiva em nosso país, embora não conceba a existência de “sentenças mandamentais” sempre defendeu em vários de seus trabalhos a previsão da imposição de *ordens ao réu – ordens estas assistidas da cominação de sanções idôneas e capazes de “convencer” o réu a cumprir o que deve*, o que foi atendido pelo novo artigo 461 do CPC e produz exatamente os resultados por todos pretendidos – in “Tutelas mandamental e executiva lato sensu...”, na obra coletiva “Aspectos polêmicos da antecipação de tutela”, *op.cit.*, p. 151.

4. Aplicabilidade da tutela antecipada e específica ao processo do trabalho e sua casuística.

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 MALLET³⁷, 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.”

Exatamente no mesmo sentido manifesta-se o i. Ministro do Col. Tribunal Superior do Trabalho e Professor JOÃO ORESTE DALAZEN³⁸, com igual propriedade:

“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!”

Na mesma linha também se manifestam, dentre outros, JOSÉ AUGUSTO RODRIGUES PINTO³⁹, AMAURI MASCARO NASCIMENTO⁴⁰ e, conjuntamente, LUIZ OTÁVIO LINHARES RENAULT e MÁRCIO TÚLIO VIANA⁴¹.

É, no entanto, discutível a possibilidade de aplicação irrestrita da antecipação da tutela nos casos das obrigações de dar (pagamentos de verbas trabalhistas em geral), à luz do disposto nos parágrafos 2º e 3º do artigo 273 do CPC (que respectivamente vedam a concessão de tutela antecipada de mérito “quando houver

³⁷ “*Antecipação da tutela no processo do trabalho*”, LTr, 1.998, p. 26-27.

³⁸ “*Aspectos da tutela antecipatória de mérito no processo trabalhista brasileiro*”, LTr, 61-07/875.

³⁹ “*A modernização do CPC e o processo do trabalho*”, LTr, 1.996, p. 92-94.

⁴⁰ “*Antecipação da tutela no processo do trabalho*”, in “*Processo do trabalho – estudos em homenagem ao Professor José Augusto Rodrigues Pinto*”, LTr, 1.997, p. 131.

⁴¹ Em seu artigo “*Antecipação de tutela*”, constante da obra coletiva por ambos coordenada “*O que há de novo em processo do trabalho*”, LTr, 1.997, p. 87.

perigo de irreversibilidade do provimento antecipado” e determinam 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, proibem os atos que importem alienação de domínio e, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro e determinam a restituição das coisas em seu estado anterior, caso sobrevenha sentença que modifique ou anule a que foi objeto de execução⁴².

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 trabalhista⁴³.

A título meramente exemplificativo, é possível mencionar várias situações em que a mesma encontrará campo fértil de atuação. O i. Ministro JOÃO ORESTE DALAZEN⁴⁴ indica os seguintes casos, de inegável importância prática:

a) a obrigação patronal de não-fazer consistente em não despedir, quando se assegura estabilidade no emprego, transitória ou definitiva, em suas múltiplas formas (sindical⁴⁵, decenal, CIPA, contratual, gestante, decorrente de norma coletiva etc);

b) a de o empregador *não* estabelecer discriminação salarial entre os empregados fora dos casos consentidos em lei;

c) a de o empregador *não* rebaixar o empregado de função⁴⁶;

d) a obrigação de fazer consistente em *promover* o empregado, se comprovada a presença dos requisitos para tanto previstos em quadro organizado em carreira;

e) a obrigação decorrente da Lei nº 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);

⁴² A favor da possibilidade de concessão de tutela antecipada para pagamento de quantia certa manifestam-se ESTEVÃO MALLETT (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, in “*Tutela antecipada no processo do trabalho*”, LTr, 60-11/1.463-1.464). Em sentido contrário pronunciam-se JOSÉ AUGUSTO RODRIGUES PINTO (“*A modernização do CPC e o processo do trabalho*”, op. cit., p. 99) e MANOEL ANTÔNIO TEIXEIRA FILHO (“*As alterações no CPC e suas repercussões no processo do trabalho*”, LTr, SP, 3ª ed., 1.996, p. 77 e “*Curso de processo do trabalho – v. 2 : antecipação da tutela & liminares*”, op. cit., p. 31-33). JOÃO ORESTE DALAZEN, por sua vez, considera que “em princípio” a antecipação de tutela não comporta transferência pronta do numerário ao credor precariamente reconhecido, mas a admite, por exemplo, no caso em que se constate o manifesto propósito procrastinatório do devedor no processo executivo de sentença de mérito transitada em julgado (in “*Aspectos da tutela antecipatória de mérito no processo trabalhista brasileiro*”, op. cit., p. 878).

⁴³ 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 dos trâmites de uma execução.” (in “*Aspectos da tutela antecipatória de mérito no processo trabalhista brasileiro*”, op. cit., p. 879).

⁴⁴ “*Aspectos da tutela antecipatória de mérito no processo trabalhista brasileiro*”, op. cit., p. 879-880.

f) a obrigação decorrente do artigo 389, §§ 1º e 2º, da CLT ou da aplicação, em sede de dissídio coletivo, do Precedente Normativo nº22 da SDC/TST, de o empregador instalar ou proporcionar às suas expensas *creche* destinada à guarda de filhos de empregadas em idade de amamentação;

g) a obrigação de não despedir por motivo discriminatório empregado portador do vírus da AIDS⁴⁷.

Ainda na esfera da proteção jurídica à intimidade do empregado, colhem-se da citada obra da i. professora e magistrada do E. TRT - 3ª Região ALICE MONTEIRO DE BARROS várias outras situações em que a aplicação da tutela antecipada e específica se mostrará particularmente eficiente, tais como nos casos de proteção à intimidade dos solicitantes de trabalho, de revistas a que sejam submetidos os trabalhadores (pessoais ou não, individuais ou coletivas), da utilização de serviços privados de vigilância, da adoção abusiva de sistemas audiovisuais, eletrônicos ou telescópicos para fiscalização dos atos do empregado no local de trabalho ou de limitações para uso de sanitários ou para chamadas telefônicas, mesmo que nos descansos e pausas dentro do horário de trabalho⁴⁸.

O i. Juiz Presidente da 16ª JCJ de Belo Horizonte e Professor SEBASTIÃO GERALDO DE OLIVEIRA⁴⁹, ao tratar da proteção em juízo da saúde do trabalhador e preconizando a defesa em Juízo do direito ao ambiente de trabalho saudável pelo próprio empregado ou por intermédio do sindicato da categoria como substituto processual com vistas à eliminação ou à limitação das condições insalubres ou perigosas (ao invés da ênfase perniciosa dada à *monetização do risco*), indica, dentre outras, as seguintes obrigações de fazer ou não-fazer que podem ser objeto de

⁴⁵ Sendo necessário mencionar que a Lei nº 9.270/96 acrescentou ao artigo 659 da CLT seu inciso X, mediante o qual concedeu-se aos juizes presidentes das Juntas de Conciliação e Julgamento competência privativa para “conceder medida liminar, até decisão final do processo, em reclamações trabalhistas que visem reintegrar no emprego dirigente sindical afastado, suspenso ou dispensado pelo empregador”, de forma similar à prevista em seu inciso IX, que também prevê medida liminar em reclamações que visem a tornar sem efeito transferência de empregado, disciplinada pelo art. 469 Consolidado.

⁴⁶ Ou, de forma mais ampla, de não suprimir qualquer vantagem contratual há muito concedida, inclusive complementações de aposentadoria e assistência médica.

⁴⁷ ALICE MONTEIRO DE BARROS, tratando do tema em sua valiosa e pioneira obra “Proteção à intimidade do empregado”, LTr, 1.997, 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 periclitamento 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 07.03.95, da SDI).

⁴⁸ “Proteção à intimidade do empregado”, *op. cit.*, p. 66-71 e 73-85.

⁴⁹ Em sua excelente obra “Proteção jurídica à saúde do trabalhador”, LTr, 1.998, 2ª ed. rev., ampl. e atualizada, p. 330-347, especialmente seu item 11.5.1, às p. 340-341.

“reclamação trabalhista com pedido cominatório”: adequar o ambiente de trabalho às condições de salubridade; impedir o prosseguimento de atividade nociva ou perigosa; fornecer equipamentos de segurança e proteção adequados; reduzir os agentes agressivos do ambiente, pelo menos até os limites toleráveis; implantar e colocar em funcionamento a CIPA e/ou o SESMT; elaborar mapa de riscos para ser afixado em local visível e de fácil acesso; convocar eleição para CIPA; adequar o mobiliário às normas de ergonomia; conceder intervalo de 10 minutos a cada 50 minutos trabalhados nas atividades de entrada de dados etc.

Em todos esses casos, como é óbvio, a mera tutela condenatória e *a posteriori* desses direitos trabalhistas na grande maioria dos casos será incapaz de impedir a ocorrência de danos irreparáveis aos trabalhadores detentores do direito a tais prestações não pecuniárias, tornando-os letra morta na esfera decisiva da realidade.

Também no campo dos dissídios coletivos⁵⁰ e da ação civil pública⁵¹, de forma semelhante, a tutela antecipada e específica das obrigações de fazer e não-fazer encontrará amplo campo de aplicação.

Embora ainda polêmica, tem-se sustentado a possibilidade da aplicação da tutela antecipada em sede de ação rescisória, para suspender-se o normal andamento da correspondente execução até seu final julgamento⁵².

5. A questão da irreversibilidade da efetivação das obrigações de fazer e não-fazer no processo do trabalho.

A aplicação subsidiária das novas normas processuais civis em exame determina, com toda a certeza, uma significativa revisão da jurisprudência até então dominante no campo das obrigações de fazer e não-fazer no campo trabalhista, no sentido da impossibilidade de sua “execução provisória”, ao fundamento de que sua imediata efetivação antes do trânsito em julgado da sentença que as reconhecesse como devidas produziria efeitos definitivos e irreparáveis – era o que majoritariamente se entendia, especialmente em se tratando de caso de reintegração de trabalhador ao emprego, cuja efetivação só se admitia após o trânsito da decisão que a determinara.

⁵⁰ Confirmam-se os Precedentes Normativos da E. SDC/TST, dentre os quais vários prevêem o estabelecimento de obrigações de fazer e não-fazer em favor dos trabalhadores, no exercício do poder normativo da Justiça do Trabalho previsto no artigo 114 da Constituição da República.

⁵¹ Sendo de se registrar que os artigos 3º e 11 da Lei nº 7.347/85 prevêem de forma expressa o cumprimento e a execução específica de obrigação de fazer ou não-fazer, estando autorizada a aplicação subsidiária, às ações civis públicas, tanto do artigo 461 do CPC quanto do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, por força dos artigos 19 e 21 da referida lei. Ademais, o seu artigo 12 é também expresso em prever a concessão de “mandado liminar, com ou sem justificação prévia”, cujo conteúdo portanto poderá ser o mesmo da decisão antecipatória da tutela específica.

⁵² A favor, ESTEVÃO MALLET, em seu artigo “*Ação rescisória decorrente de modificação da jurisprudência*”, in “*Apontamentos de direito processual do trabalho*”, LTr, 1.997, p. 36. Contra a utilização de tais mecanismos e admitindo, apenas para casos excepcionais, a possibilidade de uso de *medida cautelar inominada*, MANOEL ANTÔNIO TEIXEIRA FILHO, in “*As alterações no CPC e suas repercussões*”, *op. cit.*, p. 80-82 e “*Curso de processo do trabalho – v. 2: Antecipação da tutela & liminares*”, *op. cit.*, p. 37-38.

É que, como já se procurou demonstrar anteriormente, o novo tratamento legal dado à questão torna absolutamente impróprio falar-se de “execução” da decisão concessiva da tutela antecipada e específica, uma vez presentes os requisitos previstos no § 3º do artigo 461 do CPC (“fundamento relevante da demanda” e “justificado receio de ineficácia do provimento final”).

PONTES DE MIRANDA⁵³ já há muito advertia que seria mesmo acientífico imaginar que todo cumprimento de sentença reclame instauração de processo de execução.

Depois de acentuar que tanto a decisão antecipatória quanto a sentença que determine a execução específica das obrigações de fazer e não-fazer serão efetivadas no próprio processo já instaurado (traço característico das decisões mandamentais e executivas *lato sensu* que as distingue das condenatórias), EDUARDO TALAMINI⁵⁴ é taxativo ao afirmar que “há um regime único de realização concreta da tutela das pretensões a “fazer” e “não-fazer”. E completa:

“Assim, para a imposição de ordem ao réu (acompanhada de medidas coercitivas) e para a produção de resultado equivalente (incluindo a obtenção do numerário que custeará as medidas sub-rogatórias), determinadas pela sentença, não se aplicarão nem o procedimento de “execução de obrigações de fazer e não-fazer” nem o procedimento de “execução por quantia certa” – ambos constantes do livro II. Também o provimento final não terá natureza meramente condenatória – na medida em que não criará título executivo a ser atuado apenas em processo de execução subsequente. Será dotado de eficácia executiva *lato sensu* e mandamental.

Em suma, para a efetivação do resultado específico, fica absolutamente afastado o emprego do processo executivo dos arts. 632 *et seq.*”

ADA PELLEGRINI GRINOVER⁵⁵, enfrentando a aparente contradição do legislador ao estabelecer a regra do novo artigo 461 ao mesmo tempo em que manteve um processo de execução para as obrigações de fazer e não-fazer, previsto nos artigos 632/638 e 644/645 do CPC, é taxativa ao afirmar que “a abrangência do capítulo sobre execução de obrigações de fazer ou não-fazer determinadas em título judicial só pode ser *residual*, sob pena de negar-se aplicação ao disposto no art. 461.” E conclui:

“Ou seja, se for possível ao juiz aplicar o regime das providências sub-rogatórias (§ 5º do art. 461), não haverá necessidade de processo de execução, salvo na hipótese dessas medidas resultarem frustradas, mostrando-se incapazes de levar ao atingimento do resultado prático equivalente ao do adimplemento. (...)”

Em conclusão, o art. 644 CPC, assim como os arts. 632 e 642, devem ser lidos como se dissessem que “a execução em que o credor pedir o cumprimento da obrigação de fazer ou não-fazer, determinada em título judicial, será instaurada quando a tutela específica da obrigação ou o resultado prático equivalente ao adimplemento não tiverem sido obtidos nos termos do art. 461.”

⁵³ “*Tratado das ações*”, Ed. Rev. dos Tribunais, SP, 1.978, tomo VIII,

⁵⁴ “*Tutelas mandamental e executiva lato sensu e a antecipação de tutela...*”, in “*Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*”, *op. cit.*, p. 167-168.

⁵⁵ “*Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não-fazer*”, *op. cit.*, p. 1.031-1.032.

ESTEVIÃO MALLET⁵⁶ considera que a antecipação de tutela concedida com base em “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” (inciso I do art. 273 do CPC) tem natureza cautelar e que fica afastada a possibilidade de ser a decisão respectiva cumprida mediante processo de execução, invocando ensinamento de LIEBMAN no sentido da impossibilidade de se distinguir, no âmbito da tutela cautelar, um processo de conhecimento e um processo de execução, tratando-se sempre de um procedimento único diretamente destinado a concretizar em ato a cautela⁵⁷. E conclui:

“O cumprimento da decisão cautelar não se faz, conseqüentemente, por meio de processo de execução, *mas por simples mandado, para que o réu observe o que ficou resolvido.* (...)”

A decisão cautelar contém, pois, verdadeira injunção, a ser prontamente atendida, cabendo ao juiz determinar a modalidade concreta de atuação do provimento emanado.

Compreende-se que assim seja. A providência cautelar tem por finalidade evitar a consumação de dano iminente. (...) Ora, sujeitar a providência acautelatória ao procedimento nada célere de execução de sentença faria com que seu cumprimento se desse quando já verificado o evento danoso” (grifos nossos).

Quanto à alegação da impossibilidade da reintegração antecipada do empregado estável ao emprego por causar efeitos irreversíveis, sob a ótica do empregador (o que estaria vedado pelo disposto nos §§ 2º e 3º do artigo 273 do CPC), deve ela também ser afastada, por várias e suficientes razões.

Em primeiro lugar, porque a restrição acima referida é de duvidosa aplicação à execução específica das obrigações de fazer e não-fazer, que tem tratamento legal próprio e diverso no artigo 461 do CPC editado na mesma ocasião, e que não tem limitações expressas equivalentes⁵⁸.

Ademais, como bem acentua ALICE MONTEIRO DE BARROS citando J. E. CARREIRA ALVIM, “o perigo da irreversibilidade como obstáculo da antecipação da tutela deve ser analisado com reserva, sob pena de tornar a inovação legal “letra morta, sem uma dinâmica jurisdicional que a interprete e crie cotidianamente novos horizontes”⁵⁹. Pronunciando-se especificamente sobre a antecipação de tutela para a

⁵⁶ “Antecipação da tutela no processo do trabalho”, *op. cit.*, p. 37-49 e 112-114.

⁵⁷ “Unità del procedimento cautelare”, in “Rivista di diritto processuale”, 1.954, I, p. 248, *apud* MALLET, *op. cit.*, p. 113.

⁵⁸ A esse respeito, EDUARDO TALAMINI observa com propriedade que “estabelecidas no ordenamento as duas normas disciplinando o mecanismo antecipatório, cumpre a quem as interpretar extrair-lhes o máximo alcance. É absolutamente inviável qualificar a regra do art. 461, § 3º, como simples redundância” (“Tutelas mandamental e executiva lato sensu ...”, in “Aspectos polêmicos da antecipação de tutela”, *op. cit.*, p. 136). Também NÉLSON NERY JÚNIOR (em seu artigo “Procedimentos e tutela antecipatória” constante da mesma obra coletiva, à p. 398) é expresso ao afastar a aplicação da norma geral sobre a antecipação de tutela veiculada no artigo 273 do CPC, diante da regra especial que regula tal tutela diferenciada das obrigações de fazer e não fazer constituída pelo novo art. 461 do mesmo Código, afirmando também que os requisitos para concessão da tutela antecipada fixados neste último dispositivo são menos rígidos que os estipulados para as demais ações.

⁵⁹ “Tutela antecipada no processo do trabalho”, *op. cit.*, p. 1.463-1.464.

imediate reintegração de dirigente sindical dispensado irregularmente, sem inquérito, pondera a i. jurista que “a hipótese não traduz perigo da irreversibilidade, ou seja, da consequência fática que resulta da antecipação da tutela. Aqui, caso a sentença entenda de forma diversa, o *status quo ante* poderia ser recomposto, pois se é certo que o obreiro recebeu salários não é menos certo que ele trabalhou. Inexistiu o prejuízo e o caráter sucessivo do ajuste foi mantido.”

No mesmo sentido é a manifestação de JOSÉ AUGUSTO RODRIGUES PINTO⁶⁰:

“Quando o dissídio do trabalho visar ao cumprimento de obrigação *de fazer*, a conveniência do uso da antecipação da tutela se revela com firme nitidez. Efetivamente, a obrigação de fazer (por exemplo, readmissão ou reintegração de empregado protegido por estabilidade), mesmo cumulada com obrigação de dar (pagamento de salários, por exemplo), conserva a comutatividade do contrato de emprego. Desse modo, mesmo não confirmada, a final, pela *sentença*, não produzirá danos nem deixará seqüelas de reparação pecuniária, de parte a parte. Nessas situações, inclusive, a tutela antecipada substitui vantajosamente a concessão de cautela que, tomando fisionomia jurissatisfativa da pretensão, é capaz de produzir lesões jurídicas de difícil reparação nesse tipo de contrato.”

O i. Ministro do TST JOÃO ORESTE DALAZEN⁶¹ é ainda mais enfático a respeito:

“(...) entendo que, no âmbito do processo trabalhista, *quando o provimento antecipativo recair sobre o cumprimento de obrigação patronal de fazer, ou de não-fazer*, se daí derivar correlato cumprimento de prestação de natureza alimentar (como pagar salário), a concessão de tutela antecipativa *não* se condiciona à viabilidade de reversão da situação fática e jurídica ao *status quo ante* porquanto:

1º) as obrigações de fazer, ou de não-fazer *vinculam-se* quase sempre, no Direito do Trabalho, *direta ou indiretamente*, à obrigação de prestar trabalho que, por natureza, é irreversível;

2º) trabalho prestado gera salário, de natureza alimentar e, como assentado na jurisprudência cível, os alimentos são *irrepetíveis*”.

Acentuando que, no caso de ser proferida sentença contrária ao pleito de reintegração que antes fora determinada em antecipação de tutela, observa que a força-trabalho desenvolvida pelo empregado enquanto *provisoriamente reintegrado é insuscetível de restituição*, na medida em que implicou o dispêndio de energia física e intelectual. Em consequência, reconhece o e. Ministro que nesse caso “*é impossível repor as partes ao estado anterior à tutela antecipada*”, concluindo com propriedade que “no processo trabalhista, *em se cuidando de obrigações de fazer e de não fazer, a irreversibilidade é a tônica natural* da tutela antecipativa de mérito, o que não deve constituir óbice a que seja outorgada.”

⁶⁰ “A modernização do CPC e o processo do trabalho”, *op. cit.*, p. 98-99.

⁶¹ “Aspectos da tutela antecipatória de mérito no processo trabalhista brasileiro”, LTr 61-07/878.

ESTEVIÃO MALLET⁶² assim também se posiciona, ao afirmar que, “quando os efeitos da antecipação mostram-se irreversíveis (...) delinea-se autêntico caso de conflito ou colisão de direitos ou de interesses merecedores de proteção jurídica. De um lado há o direito do demandante de ter preservada sua pretensão, com os meios necessários à garantia da eficácia e da utilidade da tutela a ser mais adiante prestada. De outro lado há o direito do demandado de não ter sua esfera jurídica prejudicada antes de definitivamente reconhecida a procedência da pretensão do demandante. A colisão se estabelece porque a satisfação de *um* desses direitos implica o perecimento do outro. Qual deles deve prevalecer?”.

O mesmo autor, dentre outros argumentos, afirma que “se dois direitos estão em conflito, cumpre indagar se ambos revestem-se da mesma importância ou se um deles foi colocado em posição de preeminência”. E completa:

“Assim, se de um lado está o direito à preservação da integridade física do trabalhador e de outro está simplesmente um direito patrimonial do empregador, claro que o primeiro deve prevalecer sobre o último. É natural que direitos de caráter fundamental sejam tutelados de modo até mais intenso do que os demais direitos, o que nada tem de aberrante ou de surpreendente⁶³. (...)

Se o dano imposto ao demandado, com a concessão da medida, é consideravelmente menor do que o que sofreria o demandante, se não fosse ela deferida, a possibilidade de antecipação de tutela não deve ser excluída. (...).

Finalmente, não se perca de vista que o deferimento da antecipação da tutela requer acentuada probabilidade de existência do direito alegado, conforme pressuposto do *caput*, do art. 273, do CPC. Logo, se é bastante provável que exista o direito alegado pelo demandante – pois do contrário o pedido de antecipação não teria cabimento – não se compreende como se deva sacrificá-lo, para preservar um direito sobre cuja existência não há o mesmo juízo de probabilidade. É intuitivo que o provável prefere ao improvável”.

Também a jurisprudência mais recente dos Tribunais Trabalhistas de nosso país, tanto do Col. Tribunal Superior do Trabalho como de Eg. Tribunais Regionais, tem se pronunciado no mesmo sentido, como bem demonstram os seguintes precedentes:

“OBRIGAÇÃO DE FAZER. REINTEGRAÇÃO PROVISÓRIA. VIOLAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. Não vulnera direito subjetivo do empregador a concessão de tutela específica (art. 461 do CPC) de reintegração imediata no emprego na pendência de recurso ordinário interposto. A razoabilidade do direito subjetivo material do empregado, aliado ao escopo de conjurar o perigo de dano irreparável advindo do retardamento

⁶² “Antecipação da tutela no processo do trabalho”, *op. cit.*, p. 100-103.

⁶³ TEORI ALBINO ZAVASCKI, em seu já citado artigo “Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais” (in “Reforma do Código de Processo Civil”, *op. cit.*, p. 150), é expresso ao proclamar que “a opção do legislador, de adotar como técnica de solução a antecipação provisória do bem da vida reclamado pelo autor, revela claramente que, na ponderação dos valores colidentes, ficou estabelecida *uma relação específica de prevalência do direito fundamental à efetividade do processo sobre o da segurança jurídica*”.

da solução definitiva da reclamatória, justificam plenamente a reintegração provisória. Recurso a que se nega provimento.” (TST, RO-MS 296.077/96.6 (unânime), Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro João Oreste Dalazen, sessão de 09.02.98, pub. na íntegra in “Revista do Direito Trabalhista” nº 04/98, p. 31-33).

“COMISSÃO DE FÁBRICA. GARANTIA DE EMPREGO. REINTEGRAÇÃO. Quando a comissão de fábrica é criada assegurando-se a garantia de emprego a seus membros, ocorrendo a despedida imotivada, é possível a reintegração do empregado logo após a prolação da Sentença, ainda que pendente recurso ordinário, que tem efeito meramente devolutivo. Em circunstâncias excepcionais, como a presente, este Tribunal tem admitido a possibilidade da imediata reintegração. Recurso a que se nega provimento” (TST, RO-MS 304.346/96.3, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Redator Designado Ministro José Luciano Castilho Pereira, sessão de 18.11.97, pub. na íntegra in LTr 62-05/664-665).

“MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO QUE DETERMINOU A REINTEGRAÇÃO LIMINAR DE EMPREGADO. Após o advento da Lei nº 8.952/94, que alterou a redação do art. 461 do CPC, caíram por terra os fundamentos contra o provimento jurisdicional liminar nas obrigações de fazer. Tendo sido satisfatoriamente analisados os requisitos do “relevante fundamento da demanda” e do “receio de ineficácia do provimento final”, não se pode falar em ilegalidade ou abuso de poder. Denegada a segurança.” (TRT-15ª Região, MS 319/97-P-1, Seção Especializada, Relatora Juíza Iara Alves Cordeiro Pacheco, sessão de 27.08.97, pub. na íntegra in LTr 62-04/531-532).

EXECUÇÃO PROVISÓRIA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. REINTEGRAÇÃO DE DIRIGENTE SINDICAL. Com o advento da Lei nº 9.270, de 17.4.96, que acrescentou o item X ao art. 659 da CLT, pode o presidente da Junta, antes mesmo da decisão de mérito, conceder medida liminar em reclamações que visem reintegrar no emprego dirigente sindical afastado. Com muito maior razão, pode haver reintegração imediata do empregado, uma vez já proferida a sentença do primeiro grau de jurisdição. A nova orientação legal aponta no sentido da reintegração imediata. E as razões do legislador são óbvias: o que verdadeiramente interessa é assegurar a efetiva atuação do dirigente sindical junto aos seus representados. De nada adiantaria o reconhecimento de sua estabilidade, em decisão de mérito definitiva, transitada em julgado anos após a expiração do mandato, ainda que os salários do período lhe fossem assegurados.” (TRT-3ª Região, MS 399/97, Seção Especializada, Relatora Juíza Maria Laura Franco Lima de Faria, sessão de 17.3.98, pub. na íntegra in LTr 62-07/930-932).

6. Procedimento da antecipação de tutela na esfera trabalhista.

A aplicação subsidiária do disposto nos artigos 273 e 461 do CPC ao procedimento único trabalhista não oferece em linhas gerais maiores dificuldades, incidindo da mesma forma que os demais institutos e normas do processo comum subsidiariamente aplicáveis ao processo do trabalho. Há, contudo, algumas particularidades que devem ser ressaltadas.

A primeira diz respeito à competência para a concessão da tutela antecipada e específica em sede trabalhista. É ela claramente do Juiz Presidente da Junta de Conciliação e Julgamento para conceder liminares que tornem sem efeito transferências de empregado disciplinadas pelos parágrafos do artigo 469 da CLT ou para reintegração de dirigente sindical, diante do que dispõem expressamente os incisos IX e X do artigo 659 da Consolidação Laboral⁶⁴. Para os demais casos de antecipação de tutela na esfera trabalhista, contudo, a doutrina diverge a respeito⁶⁵. De um ponto de vista estritamente pragmático e visando evitar desnecessárias arguições de nulidade da decisão proferida, parece-nos aconselhável, pelo menos até que haja pacificação do entendimento jurisprudencial a respeito, que a decisão concessiva da tutela antecipatória em sede trabalhista seja desde logo proferida pelo Colegiado ou, caso tenha sido necessária sua imediata prolação pelo Juiz Presidente, que seja ela submetida à confirmação da JCJ na primeira oportunidade processual possível.

Quanto à possibilidade de sua concessão *de ofício*, há também dúvidas a respeito. Em se tratando de antecipação de tutela em geral, disciplinada pelo artigo 273 do CPC, há expressa previsão em seu *caput* de que a mesma poderá ser concedida pelo juiz “a requerimento da parte”, o que em princípio afasta a iniciativa do julgador⁶⁶. Porém, nos casos de antecipação da tutela específica das obrigações de fazer e não-fazer e na medida em que o § 3º do artigo 461 da CLT não tem disposição semelhante, parece-nos que a atuação *ex officio* do julgador não pode, pelo menos em princípio, ser descartada⁶⁷.

É possível, em caso de necessidade (extrema urgência ou possibilidade de a parte contrária inviabilizar os pretendidos efeitos da medida, se dela tomar conhecimento antes de sua efetivação), que a antecipação de tutela seja concedida e concretizada *inaudita altera pars*, sem que isto seja considerado ofensa ao princípio constitucional

⁶⁴ Tais decisões têm as mesmas natureza e finalidade das decisões concessivas de tutela antecipada e específica consagradas de forma genérica pelo legislador processual comum. Vale lembrar que, como bem acentua ADROALDO FURTADO FABRÍCIO (em seu artigo “*Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares*”, in “*Inovações do código de processo civil*”, *op. cit.*, p. 18-19), “o adjetivo *liminar* não designa uma categoria pertencente à mesma ordem de idéias das expressões *cautela* e *antecipação de tutela*”, observando com propriedade que “*liminar*” é simplesmente o provimento judicial emitido no início do litígio, no momento mesmo em que o processo se instaura. Sendo o critério exclusivamente topológico, o conteúdo, a função e a natureza da decisão não serão em nada alterados pelo momento de sua prolação. Relembra ele por fim que o atual art. 273 do CPC prevê a concessão da antecipação da tutela não só no liminar do procedimento, mas também em fases processuais mais adiantadas, uma vez configurados seus pressupostos legais.

⁶⁵ Pronunciam-se pela competência da Junta de Conciliação e Julgamento por ser este, na fase de conhecimento, o órgão competente para proferir a decisão a ser antecipada (artigo 649, § 2º, da CLT) MANOEL ANTÔNIO TEIXEIRA FILHO (“*As alterações no CPC e suas repercussões no processo do trabalho*”, *op. cit.*, p. 63-65 e “*Curso de processo do trabalho – v. 2: Antecipação de tutela e liminares*”, *op. cit.*, p. 13-15), ALICE MONTEIRO DE BARROS (“*Tutela antecipada no processo do trabalho*”, LTr 60-11/1461 e ESTEVÃO MALLETT (“*Antecipação da tutela no processo do trabalho*”, *op. cit.*, p. 75-76). No sentido da competência exclusiva do Juiz Presidente da JCJ, considerando que a atuação unipessoal deste não está limitada às fases de liquidação e execução, abrangendo também as decisões interlocutórias tomadas no curso da fase de conhecimento, manifestam-se JOSÉ AUGUSTO RODRIGUES PINTO (“*A modernização do CPC e o processo do trabalho*”, *op. cit.*, p. 94-95) e DÉCIO SEBASTIÃO DAIDONE (“*Os modernos institutos processuais na solução dos conflitos trabalhistas: ação civil pública, ação monitoria e tutela antecipada*”, LTr 62-07/896-897).

do contraditório, cuja observância ficará apenas postergada⁶⁸. Ainda quanto ao momento de sua concessão, cumpre observar que não há qualquer limitação a respeito, podendo ser requerida e concedida a qualquer momento em que o julgador se convença da configuração dos pressupostos legalmente previstos para tanto⁶⁹.

Em qualquer caso, a decisão que conceder ou não a antecipação de tutela deverá ser sempre fundamentada, como decorre de norma constitucional (artigo 93, IX, da Constituição da República) e foi reiterado de forma ainda mais incisiva no § 1º do artigo 273 do CPC, que chega a exigir expressamente que o juiz indique, “de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento”⁷⁰.

Ao contrário do que parte da doutrina tem proclamado, consideramos que a decisão que conceder ou denegar a antecipação de tutela não é propriamente discricionária, vez que não depende da valoração subjetiva e individual do julgador quanto à conveniência ou não da medida e sim da verificação *objetiva* pelo julgador da ocorrência, no caso concreto, dos pressupostos previstos em lei para sua concessão⁷¹.

Por isto mesmo, aliás, é que se deve considerar que tal decisão é perfeitamente controlável desde logo pelas partes, através de sua impugnação imediata junto às instâncias superiores, que poderão confirmá-la ou não. Como, porém, o agravo de instrumento de que dispõem os litigantes na esfera do processo comum contra a decisão interlocutória em questão está afastado no processo do trabalho pelas disposições expressas dos artigos 893, § 1º (que estabelece sua imediata irrecorribilidade) e 897, *b*, da CLT (que só admite aquele recurso contra os “despachos que denegarem a interposição de recurso”), segue-se que restará a qualquer dos litigantes insatisfeitos o manejo do mandado de segurança contra a decisão que houver concedido, no todo ou em parte, ou denegado a antecipação de tutela⁷².

⁶⁶ Embora ESTEVÃO MALLET lucidamente observe que tal limitação não deva prevalecer nos casos como os previstos no artigo 878 da CLT (atuação do Juiz Presidente na fase de execução) em que, por expressa disposição legal, atribui-se ao julgador o poder de agir de ofício (“*Antecipação de tutela no processo do trabalho*”, *op. cit.*, p. 68). FRANCISCO ANTÔNIO DE OLIVEIRA, no entanto, sustenta a possibilidade de concessão de ofício em todos os casos, considerando que a restrição do processo comum é incompatível com o *jus postulandi* das próprias partes previsto no *caput* do artigo 791 da CLT (“*Da antecipação de tutela: enfoques trabalhistas*”, LTr 60-03/335).

⁶⁷ Devendo ser mencionada a interessante hipótese excepcional levantada por MANOEL ANTÔNIO TEIXEIRA FILHO de determinação de reintegração do empregado por iniciativa do próprio magistrado, em nome do conteúdo ético do processo e até contra a vontade do próprio demandante, quando verificar que este não teria requerido sua reintegração liminar com o claro objetivo de receber salários por longo período sem trabalhar (“*Curso de processo do trabalho – v. 2: Antecipação de tutela e liminares*”, *op. cit.*, p. 40-41).

⁶⁸ Sendo de se observar que é exatamente por isto que o § 4º do artigo 273 e o § 3º, segunda parte, do artigo 461 do CPC prevêem que a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo (por exemplo, depois que o julgador tiver tido conhecimento da manifestação em contrário do demandado), mas sempre “em decisão fundamentada”.

⁶⁹ Sendo possível inclusive sua concessão pelas instâncias superiores após a interposição do recurso contra a sentença porventura proferida, como bem expõem ESTEVÃO MALLET (“*Antecipação de tutela no processo do trabalho*”, *op. cit.*, p. 77-80) e TEORI ALBINO ZAVASCKI (“*Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais*”, in “*Reforma do Código de Processo Civil*”, *op. cit.*, p. 155-156).

7. Adoção de outros meios de coerção pelo julgador para obtenção da tutela específica e a possibilidade de cominação de prisão.

ARAKEN DE ASSIS⁷³, com sua habitual acuidade, salienta que o “princípio da patrimonialidade” (que ordinariamente atribuía à execução contemporânea exclusivo caráter real, visando apenas o patrimônio do executado e não sua pessoa) vem gradativamente perdendo seu caráter absoluto para, cada vez mais, ser admitido o emprego da coerção pessoal, especialmente nos denominados *no money judgements*. Partindo da constatação de que a permanente e neutra colaboração do executado para a concretização das decisões judiciais se ostenta improvável (vez que este descumpriu seu dever legal no tempo, modo e lugar previstos, fugindo ao desconforto menor do adimplemento), conclui que, nos casos em que os bens judicialmente concedidos dependem da ação ou da abstenção pessoais do demandado, será necessário compeli-lo a participar ativamente do procedimento, pois nenhum sucedâneo atenderá o titular do direito.

Nessa mesma linha de considerações e em artigo mais recente sobre as novas alterações introduzidas na execução forçada pelos artigos 461, 644 e 645⁷⁴, o mesmo i. processualista gaúcho, depois de reconhecer a importância do aperfeiçoamento dos meios judiciais de cumprimento das obrigações de fazer e não-fazer mediante coerção patrimonial (*astreinte*), observa que *todas essas modificações “apresentam um ponto fraco: a sensibilidade do devedor ao pagamento da pena pecuniária*. Somente se deixará convencer o devedor cujo patrimônio, no futuro, se expuser à execução pelo valor da multa. Não existindo tal patrimônio ou estando disposto o executado a perdê-lo, nada assegura o êxito da execução específica. Compartilham desta dificuldade os chamados *deveres legais de abstenção*, tecnicamente distintos das obrigações de fazer, que se adscvem à mesma disciplina executiva” (grifos nossos). Ou seja: embora seja elogiável o uso pelo julgador dos meios de coerção sobre o patrimônio do destinatário dos

⁷⁰ Razão pela qual, como observam com propriedade ESTEVÃO MALLET (in “*Antecipação da tutela no processo do trabalho*”, op. cit., p. 92) e TEREZA ARRUDA ALVIM WAMBIER (em seu artigo “*Da liberdade do juiz na concessão de liminares*”, in “*Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*”, op. cit., p. 542), não se tolerará decisão concessiva com fundamentação sucinta na qual se faça apenas remissão lacônica à presença dos pressupostos legais da medida ou aos próprios fundamentos do pedido, cabendo ao julgador expor porque, à luz dos elementos do caso concreto submetido à sua apreciação, entendeu estarem configuradas as hipóteses legalmente previstas.

⁷¹ Neste sentido, TEREZA ARRUDA ALVIM WAMBIER (“*Da liberdade do juiz na concessão de liminares*”, in “*Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*”, op. cit., p. 483-488 e 505-532) e ESTEVÃO MALLET (“*Antecipação da tutela no processo do trabalho*”, op. cit., p. 82-90).

⁷² Ou de “*habeas corpus*”, especificamente contra a parte da decisão que houver cominado a prisão do destinatário da ordem judicial, em caso de seu descumprimento. Nunca, porém, como bem acentua ALICE MONTEIRO DE BARROS (in “*Tutela antecipada no processo do trabalho*”, LTr 60-11/1.464), através de medida correicional, “pois não se trata de reposição da ordem processual ferida, tampouco de regularizar atos de administração da Justiça”. Em outras palavras, se a decisão houver sido proferida com observância das regras processuais aplicáveis (sem, portanto, qualquer *error in procedendo*), não poderá este instrumento ser manejado contra possível *error in iudicando* do julgador.

⁷³ “*Manual do processo de execução*”, op. cit., p. 97-98 e 101-109.

⁷⁴ “*Reforma do processo executivo*”, in “*Inovações do Código de Processo Civil*”, op. cit., p. 154-155.

comandos judiciais (sendo razoável supor que em boa parte dos casos este preferirá atender a seus ditames), nem sempre isto será alcançado, sendo necessário o emprego mais intenso da força estatal para evitar o desprestígio da própria função judicial e para a obtenção da adequada prestação jurisdicional a que o demandante constitucionalmente faz jus – tornando inevitável o exercício de coação sobre a própria liberdade pessoal do destinatário que, injustificadamente, simplesmente desobedece a regular ordem judicial.

Observe-se ainda que a aplicação simultânea e cumulativa da multa pecuniária diária em favor do demandante, no caso de descumprimento da sentença não é incompatível com a cominação paralela da prisão dos destinatários do comando judicial, como decorre do próprio teor do artigo 461 do CPC, que prevê aquela coação patrimonial em seu § 4º e, no parágrafo seguinte, autoriza também a utilização pelo juiz de todas as outras medidas necessárias para a efetivação da tutela específica e antecipada concedida (inclusive medidas de coerção da liberdade individual dos destinatários da ordem judicial, como anteriormente exposto).

Afirmando a possibilidade dessa cumulação, é definitiva a conclusão de ADA PELLEGRINI GRINOVER⁷⁵:

“Caberá à sensibilidade do juiz optar entre as *astreintes* (as únicas adequadas às prestações correspondentes às obrigações personalíssimas, infungíveis por natureza), cumulá-las com as medidas sub-rogatórias capazes de levar ao resultado prático equivalente ao adimplemento, ou decidir pela tomada imediata e exclusiva destas”.

É o que também sustenta EDUARDO TALAMINI⁷⁶, acrescentando que “em face da absoluta preferência pelo resultado específico, a conjugação de ambos, sempre que viável, é uma imposição” e que “nada obsta que, embora originariamente tendo sido adotado apenas um dos dois caminhos (só o mandamento ou só a atuação substitutiva da conduta do réu), o outro seja depois empregado. Concedida a tutela típica do art. 461, acompanha-lhe, ainda que não expresso no ato decisório, a determinação do emprego de todos os meios ali dispostos para a obtenção do resultado específico. (...) A decisão posterior que comine a multa ou defina a forma de atuação sub-rogatória apenas estará efetivando a decisão originária”. Em outras palavras, ainda que de início, ao outorgar a tutela antecipada e específica, o julgador não tenha cominado a prisão do destinatário do comando judicial, em caso de seu descumprimento, este sempre poderá determiná-la, como uma das “*medidas de apoio*” virtualmente previstas no § 5º do artigo 461 do CPC⁷⁷, assim que constatar a inutilidade dos outros meios de coerção sobre a vontade do obrigado, no curso do processo. É o que se passa a demonstrar a seguir, de forma específica.

Se a natureza do provimento judicial antecipatório decorrente da aplicação do artigo 461 do CPC é *mandamental*, não se pode *a priori* negar a possibilidade de o

⁷⁵ “*Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não-fazer*”, LTr 59-08/1027.

⁷⁶ “*Tutelas mandamental e executiva lato sensu e a antecipação de tutela...*”, in “*Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*”, op. cit., p. 162-163.

⁷⁷ E que, propriamente, “*não são medidas de antecipação de tutela, mas de resguardo à eficácia das decisões judiciais*”, como preleciona CÂNDIDO DINAMARCO (“*A reforma do código de processo civil*”, op. cit., p. 159).

próprio Juiz que o emitiu determinar a imediata prisão do destinatário que descumprir a ordem, caso considere que as demais medidas sancionatórias e sub-rogatórias por ele cominadas não serão suficientes para assegurar a tutela específica do direito do autor. Tal medida, se indispensável para levar o destinatário do comando sentencial a seu pronto e completo acatamento, não é ilegal - ao contrário, está ela expressamente autorizada pelo § 5º do artigo 461 do CPC acima transcrito, que permite ao julgador determinar todas e quaisquer medidas necessárias para a efetivação da tutela específica ou para obtenção do resultado prático equivalente, mencionando expressamente a título exemplificativo a “requisição de força policial”. E, portanto, não ofende o princípio constitucional do devido processo legal, sendo, na verdade, um necessário desdobramento dele do ponto de vista dos autores, que fazem jus a uma tutela específica, plena e eficaz de seus direitos ameaçados.

JOSÉ AUGUSTO RODRIGUES PINTO⁷⁸ assim se pronuncia a respeito:

“A efetivação da tutela específica, quer emergente da sentença, quer de concessão liminar antecipativa do julgamento, teria que se fazer acompanhar de disposições que dessem força, digamos assim, material, ao juiz da causa para saírem do terreno diáfano da poesia. Isso é o que prevê o § 5º do novo artigo 461, munindo o juiz de poder para ordenar as *medidas necessárias* (grifamos) a consumir a *execução* indubiosamente dentro da prestação deferida na sentença exequenda.

São apenas exemplificativas as providências enunciadas na norma (busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento, *rectius*, demolição de obras), impedimento de atividade nociva, citando, como expressão da força material aludida há pouco, a faculdade de requisição de contingente policial capaz de dar eficácia concreta, *manu militari*, a qualquer das medidas determinadas pela autoridade judicial.”

Enfrentando o problema da constitucionalidade da prisão do devedor que desatenda ordem de devolução de título expedida pelo próprio Juiz que tenha determinado sua apreensão, expressamente autorizada pelo artigo 885 do CPC, PONTES DE MIRANDA⁷⁹ era taxativo no sentido de sua possibilidade:

“O que a Constituição proíbe é a pena de prisão por não-pagamento de dívidas (...) e não a prisão como meio para impedir que o que tem posse imediata de algum bem se furte à entrega dele. (...) A prisão civil por inadimplemento de obrigações, que não sejam pecuniárias, é sempre possível na legislação.”

Pronunciando-se especificamente sobre a efetivação da tutela antecipada, LUIZ GUILHERME MARINONI é conclusivo:

“Não é errado imaginar que, em alguns casos, somente a prisão poderá impedir que a tutela seja frustrada. *A prisão, como forma de coação indireta, pode ser utilizada quando não há outro meio para a obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente.* Não se trata, por óbvio, de sanção penal, mas de privação da liberdade tendente a pressionar o obrigado ao adimplemento. Ora, se o Estado está obrigado a prestar a tutela

⁷⁸ “A modernização do CPC e o processo do trabalho”, *op. cit.*, p. 138-139.

⁷⁹ “Comentários ao CPC”, 1ª ed., XII, Rio, Forense, 1.976, p. 449-450; “Comentários à Constituição de 1.967 c/ a em. 1 de 1.969”, 3ª ed., Rio, Forense, 1.987, p. 264-266.

jurisdicional adequada a todos os casos conflitivos concretos, está igualmente obrigado a usar os meios necessários para que as suas ordens (o seu poder) não fiquem à mercê do obrigado. Não se diga que esta prisão ofende direitos fundamentais da pessoa humana, pois, se tal fosse verdade, não se compreenderia a razão para a admissão do emprego deste instrumento nos Estados Unidos, na Inglaterra e na Alemanha. Na verdade, a concepção de processo como instrumento posto à disposição das partes é que encobre a evidência de que *o Estado não pode ser indiferente à efetividade da tutela jurisdicional e à observância do ordenamento jurídico*. Se o processo é, de fato, instrumento para a realização do poder estatal, não há como negar a aplicação da prisão quando estão em jogo a efetividade da tutela jurisdicional e o cumprimento do ordenamento jurídico. É por isso, aliás, que a Constituição não veda este tipo de prisão, mas apenas a prisão por dívida⁸⁰ (grifos nossos). Nesta mesma linha posiciona-se ALEXANDRE FREITAS CÂMARA⁸¹:

“(...) pode o juiz, com o fim de assegurar a tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer, ou o resultado prático equivalente, determinar a prisão do devedor que se recusa a cumprir a prestação? Pensamos que sim. Tal prisão é possível e deve ser determinada quando imprescindível para assegurar a efetividade da prestação jurisdicional. *Note-se que a vedação constitucional é de prisão por dívidas* – salvo nas hipóteses notoriamente conhecidas do depositário infiel e do devedor inescusável de prestação alimentícia – *e não de prisão por descumprimento de ordem judicial*. Tal restrição de liberdade, todavia, por ser excepcional, deverá ser determinada apenas em casos extremos. O § 5º do artigo 461 implica a adoção de um remédio jurídico de natureza assemelhada à da *injunction* do sistema da *common law* e da “ação inibitória” do direito italiano”.

Assim, a prisão dos destinatários da ordem judicial de reintegração ao emprego ou de qualquer outra obrigação de fazer ou não-fazer que acarrete, como simples consequência, a acessória obrigação de pagar salários não equivaleria à sua prisão por dívidas. Como já demonstrado anteriormente, a execução *a posteriori* do valor dos salários e demais vantagens pecuniárias ao final do processo não equivaleria à tutela específica da obrigação de fazer e não-fazer dos demandados a que o demandante fará jus, de conteúdo e extensão bem mais amplos que a simples obrigação patrimonial tardiamente ressarcida.

Não se pode ignorar, por outro lado, que as vantagens salariais decorrentes da reintegração têm indiscutível natureza alimentar, sendo de observar que o inciso LXVII do artigo 5º da Constituição de 1988 exclui da vedação constitucional da prisão civil por dívidas não apenas o caso de “não pagamento de pensão alimentícia”, como por vezes se proclama de forma imprecisa. Como está dito literalmente naquele preceito constitucional, fica autorizada a prisão civil por dívida no caso de “inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia” - expressão mais ampla que qualquer interpretação menos rotineira dessa norma considerará ter ocorrido em inúmeros casos na esfera trabalhista, se forem suprimidos ou diminuídos tais direitos, em afronta indireta à ordem judicial aqui cogitada.

⁸⁰ “*Novas linhas de processo civil*”, *op. cit.*, p. 87/88.

⁸¹ “*Lineamentos do novo processo civil*”, Livraria Del Rey, BH, 1.995, p. 75.

Portanto, se a prisão em exame for considerada civil, estando sua aplicação prevista virtualmente (se não expressamente) no § 5º do artigo 461 do CPC, inexistirá qualquer ilegalidade em sua pronta determinação e aplicação pelo próprio Juízo que proferiu o comando sentencial para execução específica da obrigação de fazer ou de não-fazer, tão logo fique comprovado o descumprimento do comando sentencial pelos seus destinatários.⁸²

Contudo, ainda que se considere que tal sanção tem natureza penal, em decorrência da prática do crime de desobediência capitulado no artigo 330 do Código Penal, poderá o mesmo Juízo que emitiu a ordem judicial descumprida, se necessário, determinar a imediata prisão em flagrante do infrator.

O i. magistrado e professor fluminense LUIZ FUX⁸³, após lembrar que o § 5º do artigo 461 do CPC previu a utilização de todos os meios necessários pelo juiz para a implementação da tutela específica, é expresso ao concluir que “caracteriza-se *desobediência* o descumprimento da ordem contida no provimento antecipado, porque é da essência deste a mandamentalidade como instrumento viabilizador da antecipação dos efeitos do provimento final”. A seguir, preconizando a adoção plena, entre nós, das *contempt of Court* como meio moralizador no cumprimento das decisões judiciais, observa com propriedade:

“Impõe-se solidificar a versão de que no plano extrajudicial a negação ao direito atinge a parte e só a ela. Entretanto, após o desfecho judicial, o descumprimento é ao decidido pelo Estado, e a resistência às decisões judiciais, inclusive às antecipatórias lavradas diante de um estado de periclitção, revelam flagrante ATENTADO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA. Ademais, a possibilidade de descumprimento da tutela antecipada torna letra morta o instrumento em prestígio à recalcitrância do vencido” (grifos e destaque nossos).

É este, aliás, o expresso entendimento do mesmo i. jurista KAZUO WATANABE, *in verbis*:

“O provimento mandamental, isoladamente considerado, poderá conduzir à tutela específica da obrigação através da colaboração do devedor. Há a imposição de medida coercitiva indireta consistente em fazer configurar, ao descumprimento da ordem do juiz, o crime de desobediência. Os executores da ordem judicial poderão, inclusive, lavrar a prisão em flagrante, mas o processo criminal respectivo será julgado pelo juízo criminal competente. Semelhante prisão não é proibida pelo art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, pois não se trata de *prisão civil por dívida*, e sim de *prisão por crime de desobediência*.

⁸² Outra possível objeção que poderia ser oferecida na esfera trabalhista (partindo da premissa de que a competência para a cominação de prisão seria da Junta de Conciliação e Julgamento) e que deve desde logo ser enfrentada consistiria na impossibilidade ou, pelo menos, na inconveniência de uma decisão que privaria alguém de sua liberdade pessoal ser tomada por órgão que, em sua maioria, seria constituído por julgadores leigos. Isto, contudo, já ocorre nos casos dos crimes dolosos contra a vida, soberanamente julgados pela instituição do júri popular, e nos casos dos crimes militares de competência dos Tribunais e Juízes Militares (que também em sua maioria não são compostos por juízes togados), nos termos da Constituição da República.

⁸³ “*Tutela de segurança e tutela da urgência (Fundamentos da tutela antecipada)*”, Ed. Saraiva, 1.996, p. 359.

É chegada a hora de se interpretar adequadamente o mencionado dispositivo constitucional, que não proíbe, de forma alguma, a imposição de prisão civil por ato de desprezo à dignidade da Justiça ou atos que embaracem o regular exercício da jurisdição, uma das funções basilares do Estado Democrático de Direito. O preceito constitucional foi contornado na alienação fiduciária em garantia para a transformação do alienante-fiduciário (que na verdade tem uma dívida civil), em depositário, em favor do alienatário-fiduciário (credor), propiciando a prisão civil. Mas não se tem preocupado muito em impor sanções de natureza penal para aquele que desobedece à ordem legítima do juiz. Os sistemas alemão e austríaco permitem a imposição da sanção limitativa da liberdade em caso de desobediência à ordem do juiz, além da previsão de pena pecuniária, que é devida ao Estado, e não ao credor. Também o modelo anglo-saxão, através do instituto do *Contempt of Court*, admite a prisão, além da multa, esta devida à outra parte, e não ao Estado⁸⁴.

Depois de pronunciar-se expressamente contra a possibilidade da cominação de prisão civil pelo Juízo que emitiu a *ordem mandamental* diante da vedação genérica contida no art. 5º, LXVII, da Constituição, EDUARDO TALAMINI⁸⁵, em contrapartida, prevê mesmo assim a determinação de prisão do destinatário renitente do comando judicial, mas de natureza criminal:

“Mas o não atendimento pelo réu da ordem contida no provimento *ex vi* art. 461 caracteriza crime de desobediência (CP, art. 330). *Poderá haver até prisão (penal) em flagrante do réu desobediente*, observados os pressupostos constitucionais e processuais penais para tanto. Originar-se-á processo penal para apurar a ocorrência do crime, que não se confundirá com o processo civil em curso. Não se tratará, destarte, de instrumento processual civil de coerção – ainda que, indiretamente, a perspectiva de cometer crime e ser apenado possa induzir o réu ao cumprimento do comando judicial”⁸⁶.

No mesmo sentido e abrangendo inclusive as obrigações de dar, ESTEVÃO MALLET⁸⁷ é incisivo:

⁸⁴ “*Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*”, in “*Reforma do Código de Processo Civil*”, *op. cit.*, p. 45/47.

⁸⁵ Em seu citado artigo “*Tutelas mandamental e executiva lato sensu...*”, in “*Aspectos polêmicos...*”, *op. cit.*, p. 165.

⁸⁶ Lembra a esta altura o i. professor paranaense que Barbosa Moreira, em seu artigo “A tutela específica do credor nas obrigações negativas” (in “*Temas de direito processual- segunda série*”, p. 39), já destacava o caráter de meio coercitivo que a ameaça de sanção criminal assume. No mesmo sentido Norberto Bobbio (*op. cit.*, p. 149-150) que, ao elaborar o verbete “*Sanzione*” no “*Novíssimo digesto italiano*” (v. XVI, Turim, Utet, 1.969, p. 535), inclui entre as espécies de sanção aquelas que denomina de “*intimidatórias*” e que consistem em medidas que desencorajem o sujeito a violar (ou continuar violando) o direito. Nesse caso, quando empregada a sanção intimidatória e o sancionado vier a cumprir o que devia, sua atividade terá sido voluntária – porém não decorrente da pura e simples intenção de agir licitamente e sim consequência da utilização da “*sanção intimidatória*” por parte do Estado.

⁸⁷ “*Antecipação da tutela no processo do trabalho*”, in “*Anais do III Seminário da Escola Judicial*”, coord. Juiz ÁLFIO AMAURY DOS SANTOS, TRT-3ª Região, BH, 1.997, p. 65, sendo de registrar que tal manifestação conta com a adesão expressa de LUIZ OTÁVIO LINHARES RENAULT e MÁRCIO TÚLIO VIANA em seu citado artigo “*Antecipação de tutela*”, in “*O que há de novo no processo do trabalho*”, *op. cit.*, p. 91.

“Mas se o juiz, na ordem de antecipação de tutela, manda pagar, e a empresa não paga, a despeito de ter dinheiro, comete o *crime de desobediência*, porque a ordem do juiz não é nunca emitida para ser cumprida se isso for conveniente ou for do alvedrio da empresa. A providência é de urgência, e portanto tem que ser cumprida de maneira muito eficaz, sob pena de se tornar uma inocuidade e, com isso, inclusive desprestigiar a eficiência da atuação do Poder Judiciário.”

Nessa mesma ordem de considerações, não é verdadeiro que a prática do crime de desobediência capitulado no artigo 330 do Código Penal não autorize a prisão em flagrante do infrator. A título de simples mas expressivo exemplo, relembre-se que o próprio parágrafo único do artigo 656 do Código de Processo Penal, ao tratar da hipótese do descumprimento da ordem de apresentação do preso ao juiz que receber a petição de “habeas corpus” pela autoridade apontada como coatora, caracteriza tal conduta como “desobediência” e determina a imediata expedição de mandado de prisão contra o detentor. Também o próprio Código de Processo Civil, mesmo antes de sua referida reforma, já previa em seus artigos 579 e 662 a requisição de força policial pelo juiz cível, sempre que necessário, para a prisão (também em flagrante) de quem resistir à ordem de penhora de bens, na execução forçada.

Ademais, como na maioria dos casos das obrigações de fazer ou não-fazer na esfera trabalhista o descumprimento do dever de ação ou abstenção será duradouro ou pelo menos de trato sucessivo (pois caracterizado, neste último caso, por ações ou abstenções idênticas e reiteradas a cada mês), será este um típico caso de “*infração permanente*” na qual, nos precisos termos do artigo 303 do Código de Processo Penal, “entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência”. Ou seja, enquanto os destinatários do comando sentencial continuarem a descumprir a ordem de abstenção contida na sentença mandamental proferida, poderão eles ser presos em flagrante por mandado expedido pelo próprio Juízo que a proferiu, na estrita forma da lei. Posteriormente, poderá ter curso normal o processo criminal correspondente, perante o juízo competente⁸⁸. Tal é também o entendimento da jurisprudência da própria Justiça Federal comum⁸⁹.

Contudo, uma advertência procedimental se impõe: diante do pacífico entendimento jurisprudencial de que, para perfeita caracterização do crime de desobediência, é preciso que os destinatários da ordem judicial desobedecida tenham tido conhecimento indubitoso e inequívoco da mesma, é absolutamente indispensável

⁸⁸ Nunca é demais lembrar que o artigo 301 do Código de Processo Penal dispõe expressamente que “qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”, sendo inaceitável que a autoridade judicial que tenha proferido comando no legítimo exercício de seu poder jurisdicional e de acordo com o devido processo legal não possa fazê-lo de imediato, diante de seu descumprimento – isto, aliás, é *seu dever legal* e não simples faculdade, como decorre dos próprios termos da norma acima transcrita. Confirmando tal entendimento, o artigo 307 do mesmo diploma processual estabelece que “*quando o fato for praticado em presença de autoridade, ou contra esta, no exercício de suas funções, constarão do auto a narração desse fato, a voz de prisão, as declarações que fizer o preso e os depoimentos das testemunhas, sendo tudo assinado pela autoridade, pelo preso e pelas testemunhas e remetido imediatamente ao juiz a quem couber tomar conhecimento do fato delituoso, se não o for a autoridade que houver presidido o auto*”.

que tanto a decisão judicial proferida em antecipação de tutela quanto a sentença que a confirme sejam absolutamente claras e expressas ao determinarem (ou seja, a *ordenarem*) a seu destinatário a prática do ato ou da abstenção objeto da pretensão cominatória, bem como a cominação de sua prisão imediata, em caso de descumprimento daquele comando judicial.

Diga-se com todas as letras: a prisão em flagrante daquele que descumprir ordem judicial regularmente expedida de acordo com a lei não fere o princípio constitucional do devido processo legal – muito ao contrário. Relembre-se que exatamente nos países em que o respeito ao *due process of law* teve origem e ocupa ainda hoje seu devido lugar de destaque (Estados Unidos e Grã-Bretanha) é que as medidas acima descritas (ligadas ao instituto do *contempt of Court*) são mais difundidas e praticadas, sem que ninguém cogite da incompatibilidade entre as duas figuras. Por que em nosso país seria diferente? São extremamente oportunas a esse respeito as palavras de KAZUO WATANABE⁹⁰:

“Não faltarão pessoas, certamente, que procurarão combater semelhante solução e também a ampliação dos poderes do juiz para a obtenção da tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer ou para o atingimento do resultado prático equivalente.

Não se pode esquecer, porém, que o nosso sistema admite soluções tão ou mais draconianas para a tutela de direitos patrimoniais, como a ação de despejo, cuja sentença é executada inclusive com a remoção de pessoas, sejam adultas ou crianças, possuam ou não outro imóvel para habitação. E semelhante demanda é tradicional em nosso sistema e aceita por todos como a solução natural e de excelente efetividade.

⁸⁹ Como bem demonstra o seguinte precedente do Eg. Tribunal Regional Federal da 2ª Região (publicado na íntegra in LTr 62-06/776-777):

“PROCESSO PENAL – HABEAS CORPUS PREVENTIVO – DECRETAÇÃO DE PRISÃO POR UM JUIZ PRESIDENTE DE JUNTA DE CONCILIAÇÃO E JULGAMENTO DA JUSTIÇA DO TRABALHO E AMEAÇA DE PRISÃO POR OUTROS QUATRO MAGISTRADOS TRABALHISTAS A PRESIDENTE DE EMPRESA ESTATAL. A regra doutrinária e jurisprudencial é no sentido de que tendo o Magistrado Trabalhista entendido ter sido configurado um delito, no processo trabalhista, deverá remeter as peças ao Ministério Público Federal para início da ação penal na Justiça Federal. *A não aplicação de tal regra quando da ocorrência do flagrante delicto (arts. 301/303, do CPP)*, além de ter sido o Paciente, de pronto, colocado em liberdade com o recolhimento da fiança, *não tendo, assim, prejudicada a sua liberdade de locomoção*. Denegada a ordem.” (TRF 2ª Região, HC 00903/96, Terceira Turma, Relator Juiz Celso Passos).

Da fundamentação desse aresto colhem-se as taxativas afirmações de que a prisão do Paciente efetivou-se sob o manto dos pré-falados arts. 301/303, do Cód. de Proc. Penal, pela prática do crime previsto no art. 330 do Código Penal, “pois tinha o Paciente o dever jurídico de obedecer à intimação judicial e a obrigação de acatá-la” e que “aos Juizes Presidentes de Juntas de Conciliação e Julgamento da Justiça do Trabalho, como aos Magistrados em geral, cabe, a cada um deles, zelar pelo cumprimento das suas decisões”, concluindo por fim que “não é o *habeas corpus* meio idóneo para alguém furtar-se ao cumprimento de ordem emanada de autoridade judicial competente, como no presente caso.”

⁹⁰ “*Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*”, in “Reforma do Código de Processo Civil”, *op. cit.*, p. 45/46).

Por que, então, não aceitar que, para a tutela de direitos não patrimoniais, mais relevantes que os patrimoniais, (...) possa o sistema possuir provimentos que concedam tutela específica eficaz às obrigações de fazer e não fazer?

Com a remoção de pessoas, certamente é atingida a liberdade humana. Mas esta é protegida enquanto estiver em conformidade com o direito. Da mesma forma que na ação de despejo é ela desconsiderada para a tutela do direito patrimonial assegurada pela sentença, *também na tutela das obrigações de fazer ou não fazer*, enquanto for prática e juridicamente possível a tutela específica ou a obtenção do resultado equivalente, *a liberdade pessoal, se desconforme ao direito, é desconsiderada*, admitindo a atuação do comando judicial através dos meios de atuação determinados pelo juiz e executados por seus auxiliares ou por terceiros” (grifos nossos).

Advertindo que “inexiste tutela jurisdicional enquanto o comando enunciado na sentença permanecer só na sentença e não se fizer sentir de modo eficaz na realidade prática da vida dos litigantes”, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO⁹¹, ao examinar a possibilidade da expressa autorização do emprego da força policial, observa lucidamente que “a coerção racional e proporcionada não é incompatível com as garantias liberais do Estado-de-direito”.

Se os efeitos da decisão interlocutória ou da sentença na qual foi emitido o provimento mandamental antecipatório são imediatos (vez que no processo do trabalho o recurso contra ela interposto não tem efeito suspensivo, nos claros e precisos termos do artigo 899 da CLT, e os demandados não houverem obtido, em sede de mandado de segurança, a suspensão de seus efeitos imediatos), caberá aos destinatários da ordem judicial antecipatória e preventiva regularmente proferida simplesmente obedecê-la, enquanto não for reformada ou suspensa pelo próprio Poder Judiciário e pelos regulares meios de direito.

Qualquer outra alternativa implicará em ato atentatório à própria dignidade da Justiça e à competência constitucional dos órgãos judiciários, sujeitando os infratores às sanções já cominadas, na estrita forma da lei⁹².

⁹¹ Em seu artigo “*Nasce um novo processo civil*”, na já citada obra coletiva “*A reforma do código de processo civil*”, p. 13/14.

⁹² Foram estas as razões que, quando honrosamente convocado para atuar em uma das Turmas do Eg. TRT-3ª Região, levaram-me a denegar o salvo-conduto pretendido, na qualidade de Relator de *Habeas Corpus* preventivo interposto por dirigentes de instituição bancária que declaradamente pretendiam descumprir provimento antecipatório de obrigação de não-fazer objeto de decisão final de primeiro grau sem sofrer a prisão em flagrante que lhes fora expressamente cominada, em Acórdão cuja ementa transcreve-se a seguir:

“*HABEAS CORPUS PREVENTIVO. TUTELA ANTECIPADA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER (ART. 461 DO CPC). COMINAÇÃO DE PRISÃO DO DESTINATÁRIO DO COMANDO SENTENCIAL, EM CASO DE SEU DESCUMPRIMENTO.* O novo artigo 461 do CPC, introduzido pela Lei nº 8.952/94, veio possibilitar a eficaz e pronta tutela antecipada e definitiva das obrigações de fazer e não fazer, priorizando sua execução específica. Para tanto, autorizou o Julgador a emitir provimento mandamental, podendo determinar, de ofício ou a requerimento da parte, todas as medidas necessárias capazes de assegurar a tutela

8. Considerações finais

Não se pode perder de vista que a possibilidade de intervenção imediata e eficaz do Judiciário trabalhista em conflitos de clara dimensão coletiva como os aqui citados, para dizer qual o direito realmente aplicável e para concretizá-lo em tempo útil, servirá para impedir o que até os dias de hoje infelizmente vem ocorrendo, na quase totalidade: o predomínio absoluto da vontade de muitos empregadores, como se fosse possível às próprias partes destinatárias da regular ordem judicial descumpri-la até o seu trânsito em julgado 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 do artigo 461 do CPC afastará a *autotutela* que em nosso país a parte economicamente mais forte na realidade em freqüentes ocasiões 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 de cunho não imediatamente patrimonial – situação de impunidade que, por sua vez, sempre incentivou sua reiteração.

Daí ser possível afirmar que a ampla 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, elevando-as para patamar mais civilizado, e para a maior efetividade do próprio Direito Material do Trabalho brasileiro. Paralelamente, a própria atuação da Justiça do Trabalho será grandemente ampliada em áreas de imensa relevância social, contribuindo para que esta deixe de ser considerada uma mera “Justiça dos desempregados e dos acertos de contas”, como infelizmente hoje acontece.

Cumpra, porém, proferir uma palavra de advertência: não se está aqui a preconizar que a partir de agora os juízes do trabalho, em todo e qualquer caso, determinem sempre a prisão de todos os destinatários de suas decisões de antecipação da tutela específica porventura concedida – por se tratar de um remédio drástico contra os males da excessiva duração do processo e especialmente contra o desrespeito deliberado e injustificado às decisões judiciais, deverá ele ser utilizado de forma cuidadosa e moderada e com a observância do princípio do contraditório, sob pena de ensejar injustiças e outros males que o legislador certamente não pretendeu propiciar. Em outras palavras, o julgador deverá sempre levar em conta os princípios da adequação e da proporcionalidade, que também se aplicam em favor dos demandados⁹³.

específica do direito do autor ou obtenção do resultado prático equivalente, inclusive cominando sanções contra a liberdade pessoal do renitente destinatário do comando sentencial. Em tais circunstâncias, a cominação de prisão em flagrante, pelo próprio Juiz que prolatou a sentença, daquele que descumprir a ordem judicial que foi regularmente proferida de acordo com o devido processo legal não enseja a concessão de *habeas corpus*. O respeito e o acatamento às decisões judiciais são a pedra angular do Estado Democrático de Direito.” (TRT-3ª Região, HC 13/97, 3ª Turma (por maioria), Relator Juiz (convocado) José Roberto Freire Pimenta, DJ-MG de 20.08.97, pub. na íntegra na Rev. TRT- 3ª R nº 55/56, jul. 95/jun. 97, p. 190-204).

⁹³ Sendo de absoluta oportunidade as sempre lúcidas palavras do i. jurista e professor PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA, sobre a responsabilidade acarretada ao julgador pelas inovações em exame:

Para encerrar, são de se invocar as palavras finais de advertência de KAZUO WATANABE⁹⁴ sobre o tema em questão, em tudo aplicáveis ao processo do trabalho:

“Pelo que ficou acima exposto, as inovações correspondentes aos arts. 273 e 461 são particularmente importantes para se propiciar, em obediência ao princípio constitucional da proteção judiciária corretamente interpretado, uma tutela efetiva, adequada e tempestiva de direitos.

É de fundamental importância a mudança de mentalidade que seja capaz de reverter as categorias, conceitos e princípios estratificados na doutrina dominante, pois somente assim poderão ser extraídas desses dispositivos todas as conseqüências possíveis para a modernização do nosso processo civil” .

Na mesma linha se manifesta HUMBERTO THEODORO JÚNIOR⁹⁵, invocando atualizada doutrina italiana:

“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’.”

Exatamente no mesmo sentido é a conclusão de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO⁹⁶:

“Agora, tudo depende da tomada de consciência dos juízes e da energia com que venham a exercer esses poderes, a bem da efetividade da tutela jurisdicional e da própria respeitabilidade de sua função e de seus comandos” .

É o que se espera venha a ocorrer também na esfera trabalhista, em prol da valorização da Justiça do Trabalho e da pronta e eficaz defesa dos direitos de seus jurisdicionados.

“Neste sentido é que as qualidades pessoais do juiz avultam e se lhe exige maior acuidade, maior prudência, perceptível senso comum, espírito bem balanceado e, *last but not least*, conhecimento jurídico, sobretudo no que se refere aos princípios que enfeixam a tutela dos diversos direitos materiais e aos princípios gerais e especiais em que se assentam e se dinamizam as regras do processo” (“O juiz e a tutela antecipada”, in “*Jornal do magistrado*”, nº 34, abril/96, encarte).

⁹⁴ “Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC)”, in “*Reforma do código de processo civil*”, op. cit., p. 48.

⁹⁵ “Tutela antecipada”, in “*Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*”, op. cit., p. 202-203.

⁹⁶ “Nasce um Novo Processo Civil”, in “*Reforma do Código de Processo Civil*”, op. cit., p. 14.