

A EFETIVIDADE DO PROCESSO.

Jorge Luiz Souto Maior

"O processo deve dar, a quem tem um direito, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter" (Chiovenda).

A história do processo civil, segundo relato de Cândido Rangel Dinamarco¹, pode ser dividida em três períodos: o primeiro marcado pelo sincretismo, no qual o processo era considerado um direito adjetivo em relação ao direito material, ou seja, não tinha vida própria e dependia, em tudo, do direito material; o segundo denominado autonomista ou conceitual, que teve início com a obra de Oskar Von Bülow, 1868, no qual passou-se a buscar a identidade do processo, localizando-o como ciência autônoma em relação ao direito material, tendo à vista seus princípios e objetos próprios; e o terceiro, atual, chamado de instrumentalista ou teleológico, que tem por base o reconhecimento de que o processo não pode, simplesmente, ser encarado sob o ponto de vista de suas estruturas internas, de seu sistema, entendido este como um conjunto de elementos que se interligam harmonicamente, voltados, todos, para um objetivo comum. O processo, então, passa a ser visto como um conjunto prático de ações, com conotações éticas, destacando-se a sua instrumentalidade como valor de acesso à justiça, com objetivos a serem cumpridos nos planos social, econômico e político².

¹. "El futuro del derecho procesal civil", XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 1996, p. 289-95.

². A grande revolução atual do processo, que fez ressurgir a preocupação com o procedimento oral, foi impulsionada pela obra de Franz Klein, obra cujo êxito está relacionado à "compreensão sociológico-econômica da instituição processual". Com isso, "o processo austríaco foi o primeiro que tomou a sério a efetivação do conhecimento de que o processo seria uma manifestação social das massas e deveria ser organizado como instituição de bem público!" (Rainer Sprung, "Os fundamentos do direito processual austríaco", *in* Revista de Processo n. 17, p. 149)

Neste último sentido, o processo é dito como válido pelos resultados positivos que é capaz de produzir no mundo real. As técnicas e os métodos processuais, portanto, são estabelecidos e interpretados no sentido de alcançar e corroborar tais escopos. Nestes termos, busca-se a **efetividade da tutela jurisdicional e do processo**, conseqüentemente.

Na visão de José Carlos Barbosa Moreira³, um dos processualistas que mais se ocupou com o tema em questão, a efetividade do processo deve ser procurada, tomando-se por ponto de partida aquilo que este autor denomina de "programa básico da campanha em prol da efetividade". Os componentes desse plano são:

"a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema;

b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos;

c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade;

d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento;

e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias."

³. "Efetividade do Processo e Técnica Processual", Revista de Processo, São Paulo, RT, n. 77, p. 168.

Para Cândido Rangel Dinamarco⁴, a efetividade da tutela jurisdicional representa a própria legitimação do processo, em razão dos resultados que, em virtude desse movimento, o processo é capaz de produzir, sendo que isso se alcança "por el aumento en el acceso a los medios de tutela, desformalizando racionalmente los procedimientos y acelerando los medios de defensa..."

Como se vê, os objetivos dos estudos em busca da efetividade do processo são bastante amplos. **Compõem-se não só da busca da celeridade, mas, e principalmente, do reforço da idéia de que os atos processuais devem ser eficazes para produzir resultados no mundo real.** Para tanto, deve o processo estar apto a reproduzir essa realidade e impedir que qualquer rigorismo formalista obstrua tanto a investigação da realidade quanto a presteza dos provimentos, ou seja, a sua utilidade.

Esse é um debate que não se pode limitar ao campo das idéias. Como se trata da busca de efetividade, obviamente, esta pressupõe uma atuação prática. Neste sentido, o estudo em prol da efetividade do processo encontra óbice de aplicabilidade, pois muitas das novidades almejadas somente podem ser alcançadas com alteração legislativa, que se reflete em uma atuação política que se encontra, normalmente, fora do alcance de doutrinadores e aplicadores do direito.

Entretanto, tal aspecto não diminui a importância de um estudo dessa natureza, primeiro porque não é raro que estudos doutrinários acabem influenciando o legislador⁵ e segundo, porque pode auxiliar decisivamente na aplicação de regras processuais, chegando-se a uma interpretação evolutiva, prescindindo até mesmo da alteração legislativa⁶.

⁴. Ob. cit., "El futuro...", p. 294.

⁵. Basta verificar as múltiplas e recentes alterações legislativas introduzidas no processo civil, não só por influência dos processualistas, mas, muitas delas até por eles mesmos elaboradas. Vide, neste sentido, Sálvio de Figueiredo Teixeira, "A efetividade do processo e a reforma processual", *in* Revista de Processo, n. 78, pp. 88-94.

⁶. Barbosa Moreira (ob. cit., "Efetividade...", p. 170) ressalta a importância dos estudos dos "operadores do direito" tanto na aplicação quanto na formulação das regras: "Felizmente, ousamos ajuntar: se assim não fosse, ao processualista desprovido de apetite para a militância política em sentido estrito, sem disposição para candidatar-se a deputado ou

No campo do direito processual do trabalho a importância desse tema ainda mais se reforça porque muitas das inovações que podem auxiliar na busca da efetividade do processo trabalhista não precisam ser conseguidas por alteração de lei. Muitas vezes, basta que se abandonem antigas concepções do processo civil tradicional que se incorporaram, indevidamente, na consciência trabalhista, que, cabe frisar, nem mais a atual doutrina processual civil acata. O foco, então, é o da revalorização da técnica processual trabalhista na sua pureza, especialmente no que se refere ao seu procedimento que é específico.

Esta procura da efetividade do processo, no entanto, não está isenta de perigos. Como diz Barbosa Moreira⁷, há alguns riscos desse pensamento que precisam ser evitados. O primeiro deles seria o de tornar a efetividade um valor absoluto, que faria com que se a almejasse a qualquer preço, sem reconhecer que em tudo na vida há limites a serem respeitados. O segundo, corolário do primeiro, seria o de se "romper o equilíbrio do sistema, hipertrofiando uma peça em detrimento das restantes". O terceiro consistiria em hipervalorizar o novo, desprezando-se os esforços doutrinários do passado direcionados à construção de uma teoria geral do processo e, especialmente, à afirmação de sua autonomia.

Por isso, as reformas devem ser pensadas, mas respeitando-se a técnica processual, até porque "Deficiências técnicas na formulação da norma acarretam dúvidas e controvérsias hermenêuticas de que costumam alimentar-se incidentes processuais..."⁸. A propósito, vide, por exemplo, o que tem ocorrido com as Leis nº 9.957/00 e 9.958/00, do rito sumaríssimo e das conciliações prévias. A falta de técnica do legislador – ainda que estivesse imbuído de nobres propósitos – tem feito com que as lides trabalhistas estejam tendo mais incidentes processuais que antes.

senador, não restaria outra saída senão recolher-se à celeberrima torre de marfim e ali matar o tempo com charadas exegéticas sem repercussão alguma no mundo exterior."

⁷. Ob. cit. "Efetividade...", p. 171-2.

⁸. Barbosa Moreira, ob. cit., "Efetividade...", p. 172.

A respeito de técnica e efetividade, Barbosa Moreira, faz questão de frisar que "efetividade e técnica não são valores contrastantes ou incompatíveis", antes são "valores complementares", sendo a técnica, desde que bem aplicada, "instrumento precioso a serviço da própria efetividade". Deve-se, na visão ainda desse autor, pôr-se em relevo "o papel instrumental da técnica", mas, igualmente, evitar-se que a sua invocação seja obstruída por um desmedido receio de se estar retrocedendo ao "velho e desacreditado formalismo". Materializando sua lição, Barbosa Moreira diz: "quando porventura nos pareça que a solução técnica de um problema elimina ou reduz a efetividade do processo, desconfiemos, primeiramente, de nós mesmos. É bem possível que estejamos confundindo com os limites da técnica os da nossa própria incapacidade de dominá-la e de explorá-la a fundo as virtualidades"⁹.

O estudo em prol da efetividade do processo, portanto, põe o jurista diante do duplo desafio: a) reinterpretar os institutos jurídicos; e, b) avaliar, criticamente, a ordem jurídica, com o escopo de propor as mudanças necessárias ao aprimoramento do direito processual.

Uma rápida olhada na realidade atual do direito processual civil brasileiro permite constatar que o movimento da efetividade já produziu vários efeitos concretos nesse ramo do direito. Com efeito, não são poucas as obras doutrinárias que analisam os institutos jurídicos processuais sob a perspectiva da efetividade. Apenas para citar alguns exemplos: 1) A Instrumentalidade do Processo, de Cândido Rangel Dinamarco; 2) Poderes Instrutórios do Juiz, de José Roberto dos Santos Bedaque; 3) Novas Linhas do Processo Civil, de Luiz Guilherme Marinoni; 4) Da Cognição no Processo Civil, de Kazuo Watanabe; 5) Participação e Processo, coordenado por Ada Pellegrini Grinover, além dos valiosos artigos escritos a respeito por José Carlos Barbosa Moreira, publicados na Revista de Processo, da Ed. RT.

Esses estudos, a propósito, foram fonte de inspiração, tanto para uma nova visão de diversos institutos processuais civis quanto para a introdução na legislação de vários preceitos que refletem a

⁹. Ob. cit., "Efetividade...", p. 175.

noção de efetividade, tais como o Código de Defesa do Consumidor, especialmente no que se refere aos conflitos de natureza coletiva e à distribuição do ônus da prova.

O direito processual do trabalho, porque procurou servir de instrumento célere e eficiente para atuar o direito do trabalho, respeitando as características especiais do direito do trabalho, já foi construído com base na noção de efetividade, mas esta noção se perdeu ao longo dos anos, por influência da inserção de teorias clássicas do processo civil, ainda não voltadas para a noção de efetividade. O resultado prático foi que, nos dias atuais, estas noções se impregnaram no processo do trabalho, fazendo com que este, na sua vivência prática, em muitos aspectos, se veja mais complicado que o processo civil, que, como dito, está impregnado pela noção de efetividade.

Concretamente, é preciso que a base do direito processual do trabalho seja reconstruída, com apoio na noção de efetividade, para o fim de:

a) vincular a validade da técnica processual pelos resultados positivos que possa produzir na realidade;

b) reinterpretar os institutos processuais trabalhistas, com o propósito de recuperar a simplicidade e a celeridade objetivadas na fixação do procedimento do processo do trabalho;

c) ampliar o acesso à justiça, eliminando as barreiras que o obstam, concedendo-se a assistência judiciária além das amarras da Lei n. 5.584/70 e condenando-se o sucumbente ao pagamento dos honorários advocatícios da parte contrária;

d) não perder de vista que as características especiais do direito material que o processo do trabalho visa a instrumentalizar justificam a existência de um procedimento especial, que se previu na CLT, em consonância com o princípio da oralidade.

Essa visão teórica, que poucos serão contra, porque possui forte apelo retórico, no entanto, precisa ser concretizada, para que não

se perca no vazio. Neste aspecto os desafios são maiores, mas precisam ser enfrentados. Há de se afastar o obstáculo mental, que nos impede de ver as coisas de modo diferente do que estamos acostumados a ver, para que, concretamente:

a) os juízes abandonem a noção de que a conciliação é o papel precípua da Justiça, pois que tais conciliações na maioria das vezes têm representado, em verdade, a institucionalização da precarização dos direitos trabalhistas;

b) se evite, ao máximo, a homologação de acordos sem reconhecimento de vínculo empregatício – a não ser nos casos que a natureza do vínculo seja efetivamente discutível, sob o prisma jurídico;

c) se iniba a prática dos acordos para pagamento de verbas rescisórias, com a intenção de obter quitação de todo o contrato de trabalho;

d) se utilize, em larga escala, os mecanismos de defesa coletiva de direitos individuais homogêneos: substituição processual e ação civil pública;

e) se utilize a tutela antecipada, para inibir o sucesso de defesas meramente protelatórias, especialmente quanto ao não pagamento injustificado de verbas rescisórias;

f) se reformule o processo de execução, especialmente no que se refere à sua teorização, com o afastamento de alguns dogmas, como o da execução menos onerosa ao devedor;

g) se inibam as chicanas processuais, ou pelo menos que se penalize, com litigância de má-fé, aqueles que assim agem no processo, valendo lembrar aqui outra observação de Barbosa Moreira, de que não são todos que militam na Justiça que querem a sua celeridade, podendo ser citados como exemplos de chicanas processuais:

- formulação de pedidos na petição inicial sem qualquer embasamento jurídico;

- apresentação de preliminares em defesa, manifestamente procrastinatórias;

- requerimento de oitivas de testemunhas por carta precatória, somente para procrastinar os feitos;

- apresentação de contraditas a testemunhas apenas para constar;

- juntada de documentos com a defesa só para fazer volume (cópias de acórdãos, sentenças etc...);

- requerimento de realização de perícias contábeis, para apuração de diferenças salariais; de horas extras e até de equiparação salarial, havendo nos autos elementos mais que suficientes para se chegar a convicções plenas sobre a controvérsia, sem a utilização de tal expediente;

- provocação de arquivamentos sucessivos de reclamações, em razão do não comparecimento do reclamante à audiência, sem qualquer justificativa para tanto;

- apresentação de recursos só para ganhar tempo, seja o ordinário, seja o de embargos declaratórios; seja o de agravo de petição.

Para instrumentalizar o juiz nesta atuação, deve-se adotar, com maior elasticidade, o instituto da antecipação da tutela, para que tenha caráter satisfativo e possa ser proferido com iniciativa “ex officio”.

Além disso, no aspecto da prova, deve-se reconhecer que o empregador é quem possui maior aptidão para a produção da prova e, concretamente, inverter para este o ônus da prova, diante de alegações verossímeis do empregado, sendo que a esta verossimilhança se possa chegar por máximas de experiência ou mesmo por conhecimento adquirido de outras lides em face do mesmo empregador – o que a doutrina estrangeira denomina de “conhecimento judicial”¹⁰. A ZPO alemã, por

¹⁰. Vide, a propósito, Friedrich Stein, *O Conhecimento Privado do Juiz*, tradução de Andrés de la Oliva Santos, Universidade de Navarra, 1973, pp. 210-1 e 216-7.

exemplo, prevê que não dependem de prova os “fatos notórios para o Tribunal” (parág. 291).

No que tange ao novo rito sumaríssimo, deve-se estar atento para o fato de que a necessidade de acelerar o julgamento dos processos não pode ser implementada a qualquer custo, principalmente, ao custo de dificultar o acesso à justiça, impondo ao reclamante o cumprimento de requisitos injustificáveis, tais como a “liquidação” precisa dos pedidos, pois que isso somente seria possível respeitando-se a correta evolução salarial do reclamante, calculando-se parcelas mês a mês e fazendo incidir sobre elas juros e correção monetária, esforço que pode se tornar inútil quando a sentença considere, por exemplo, que somente parte das horas extras pleiteadas restaram provadas.

A respeito da novidade das comissões de conciliação prévia não se pode fixar como pressupostos jurídicos que o acesso ao Judiciário fica condicionado a ter-se, antes, buscado a conciliação em tais comissões, e que o acordo que eventualmente lá se faça tenha o efeito de liberar o empregador de todo e qualquer direito que possa decorrer da relação de emprego, mesmo os que não tenham sido expressamente transacionados no acordo, pois que isso apenas favorece à constituição de comissões com propósitos de burlar a legislação trabalhistas, sem qualquer benefício para aquelas que tenham objetivo de servir como via alternativa legítima da solução de conflitos trabalhistas.

Em conclusão, pode-se dizer que a idéia de efetividade do processo, que nem é tão nova assim, é fundamental para a compreensão do processo moderno. Mas, mais do que divulgar as idéias que integram esse modo de pensar o processo, com ares de intelectualidade, é importante que se faça um real esforço para afastar aquele quase temor que os processualistas têm de tornar o processo um efetivo instrumento de realização de justiça, como fazem os governantes com relação às noções de cidadania, democracia e solidariedade social.

Bibliografia:

ALVIM, Arruda. "O direito de defesa e a efetividade do processo: 20 anos após a vigência do Código", *in* Revista de Processo, n. 79, p. 207-21.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. São Paulo, Malheiros, 1995.

_____. *Poderes Instrutórios do Juiz*. São Paulo, RT, 1994.

CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*. Buenos Aires, Ediciones Juridicas Europa-America, 1960.

CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Braynt. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 1988.

_____. *Accès a la Justice et État-Providence*. Economica, Paris, 1984.

_____. *Access to Justice*. Milan, Sijthoff and Noordhoff - Alpehna Andenrijin, Dott. A. Giuffrè Editore, 1978.

CAPPELLETTI, Mauro. "Acesso alla Giustizia come Programa di Riforma e como Metodo de Pensiero", *Revista da Universidade Federal de Uberlândia*, n. 12, 1983, p. 320.

_____. "Acesso à justiça", *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 35, nova fase, 1995, p. 47-53.

_____. "O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época", *Revista de Processo* n. 61, p. 144-6.

_____. "Os métodos alternativos de solução dos conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça", *Revista de Processo* n. 74, p. 82-97.

_____. "Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas", tradução de José Carlos Barbosa Moreira, *Revista de Processo*, RT, n. 65, p. 127-43

_____. *Juízes Irresponsáveis?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989.

DINAMARCO, Cândido Rangel. "El futuro del derecho procesal civil", XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 1996, p. 289-95.

_____. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo, RT, 1987.

MARINONI, Luiz Guilherme. "A reforma do CPC e a efetividade do processo", *Revista do TRT da 9a. Região*, V. 21, n. 1, 1996, p. 60.

_____. *Novas Linhas do Processo Civil*. São Paulo, Malheiros, 1996.

_____. *Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença*. São Paulo, RT, 1997.

_____. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*. São Paulo, RT, 1992.

MOREIRA, José Carlos Barbosa, "A Justiça no Limiar do Novo Século", *in* *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 71, ano 18, jul-set/93, p. 189-99.

_____. "Efetividade do processo e técnica processual", *in* *Revista de Processo*, n. 77, p. 168-176.

_____. "O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo", *in* *As Garantias do Cidadão na Justiça*, coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 207-18.

_____. "O processo de conhecimento e os meios de impugnação no Anteprojeto de Código-tipo de processo civil para a América Latina", *in* *Un "Codice Tipo" di procedura civile per l'America Latina*, Congresso Internazionale, realizado em Roma, 26/28 de setembro de 1988, Consiglio Nazionale Delle Ricerche, p. 201.

NALINI, José Renato. *O Juiz e o Acesso à Justiça*. São Paulo, RT, 1994.

SANTOS, Boaventura de Sousa, "Introdução à sociologia da administração da Justiça", *in* *Direito e Justiça*, organizador, José Eduardo Faria, São Paulo, Ática, 1989, p. 39-65.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, "A efetividade do processo e a reforma processual", *in* Revista de Processo, n. 78, pp. 88-94.

THEODORO JR., Humberto. *Direito e Processo*. Belo Horizonte, Del Rey, 1996.

WATANABE, Kazuo, "Acesso à Justiça e Sociedade Moderna", *in* Participação e Processo, coordenação de Ada Pellegrini Grinover, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 128-35.

_____. *Da Cognição no Processo Civil*. São Paulo, RT, 1987.