A EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO TRABALHISTA

Nelson Malzoni

1ª Edição



Malzoni, Nelson

A EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO TRABALHISTA/ Nelson Malzoni. - São Paulo, 2023.

445 f.

Obra Literária – Área Jurídica – 01ª Edição, São Paulo, 2023.

Editora: Clube do Autor

1. Direito Processual do Trabalho. 2. Direito do Trabalho. 3. Execução Trabalhista.

O AUTOR

Cidadão Emérito de Sorocaba/SP, nascido aos 12.10.1982, o Dr. Nelson Malzoni é Advogado, Escritor, Poeta, Jurista, Conciliador, Mediador, Psicanalista, Pesquisador, Historiador, Professor, Empresário, Consultor, Parecerista, Gestor Administrativo, Tutor e Conteudista Acadêmico, Assessor Jurídico, Coach, Palestrante e Consultor Empresarial.

É autor de quase 50 livros publicados e diversas antologias e livros como coautor. Também é autor de quase 3 mil poemas e leitor de 3.474 livros (até Maio de 2023). Tem inúmeros projetos literários e culturais em andamento. Com 40 anos de idade, realizou 392 cursos certificados, que vão de 10h a 5 mil horas de duração cada um. Fez cursos de inglês, espanhol, italiano, francês, alemão, latim, aramaico, esperanto e grego. É membro da Academia Sorocabana de Letras e mais 26 Instituições Culturais ou Jurídicas no país, além de Presidente e Fundador da Academia dos Intelectuais e Escritores do Brasil que reúne mais de 100 grandes expoentes culturais e educacionais em todos os cantos do país.

PREFÁCIO

O processo é o caminho coordenado, dentre os permitidos, para tentar satisfazer um direito, pois visa solucionar um conflito instaurado em virtude de determinada violação. Assim, de forma resumida, o processo é um método de exercício da jurisdição. Da necessidade de solução da lide surgida é que aparece o processo, como um meio ou instrumento de composição da lide que se dá através de um complexo de atos combinados para a consecução de um fim (solução da lide).

O artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, visa assegurar, num plano constitucional, o direito de ação ao indivíduo ora satisfeito, mas, para que possa obter êxito em sua pretensão deverá se ater a determinadas condições.

Tais condições são de analise essencial para o real e pleno exercício do direito de ação pela pessoa lesada. De acordo com o artigo 840, CLT, a palavra usada é Reclamação, oriunda da época administrativa, e é

usada também na prática, no lugar de Petição Inicial. Porém Reclamação não quer dizer muita coisa, seu uso, muitas vezes, pretende querer justificar a autonomia do processo do trabalho.

De acordo com o artigo 791, CLT, as partes do processo podem por isso reclamarem à Justiça do Trabalho, porém, esta pode também ser apresentada pelos seus representantes, sindicato da classe ou Procuradoria do Trabalho, conforme art. 839, CLT. A natureza da ação é identificada quando esta for provida, e não denominada pelo autor.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO

2. CARACTERÍSTICAS INICIAIS DA JURISDIÇÃO E DO PROCESSO
2.1. Origens e Aspectos Gerais do Processo
2.2. Função Jurisdicional
2.3. Considerações sobre a Formação Processual
2.4. O Acesso A Justiça e a Teoria e o Direito De Ação
2.5. Dos Pressupostos Processuais

3. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CPC AO PROCESSO DO TRABALHO
3.1. A Nova Execução da Sentença Judicial
3.2. Modalidade de Liquidação de Sentença Trabalhista
3.3. O Perito e os Cálculos de Liquidação

4. A EXECUÇÃO TRABALHISTA

4.1 Histórico da Execução Trabalhista
4.2 Definições de Execução Trabalhista
4.3 Princípios que regem a Execução

5 A RESPONSABILIZAÇÃO DO DEVEDOR TRABALHISTA
5.1 A necessidade de dar ciência da execução ao devedor
5.2 O aumento do rol de responsáveis pelos créditos trabalhistas

6 PRINCIPAIS INSTRUMENTOS PARA ACELERAR A EXECUÇÃO

7 A EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO TRABALHISTA

8. QUESTÕES GERAIS SOBRE A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

CONCLUSÃO
BIBLIOGRAFIA

1 INTRODUÇÃO

A fase de conhecimento inicia-se, juntamente com o início dos processos Trabalhistas e encerra- se após a prolação da sentença, e após o transito em julgado, momento que não é mais possível à interposição de recursos. O presente trabalho tem por finalidade registrar aspectos referentes ao Processo Trabalhista, iniciando com a Reclamatória. Se observará que a modalidade de Liquidação de sentença em processos trabalhistas tem por finalidade registrar parte dos ensinamentos acumulados na Justiça do Trabalho, assim como os conhecimentos adquiridos diariamente no trabalho desenvolvido. Demonstrando, através de Processos Trabalhistas, a aplicação elaboração dos cálculos de liquidação. O presente Processo Trabalhista como pode ser liquidado após prolação da sentença; após este momento é que se pode demonstrar os cálculos de um Processo Trabalhista. Trata-se, portanto, de uma aplicação da Matemática, vista como um

suporte para a elaboração dos cálculos nos processos trabalhistas.

A Justiça do Trabalho, como ramo especializado do Poder Judiciário, tem como função precípua a proteção dos direitos dos trabalhadores, regidos pela CLT e a legislação processual trabalhista. Neste contexto o trabalhador, considerado parte hipossuficiente da relação de trabalho, muitas vezes precisa da tutela jurisdicional para garantir seus proventos laborais, não respeitados de forma voluntária e conforme a lei pelos seus empregadores. Os princípios, normas e a dinâmica célere deste ramo do Judiciário garantiram a existência de técnicas e metodologias próprias para garantir a entrega dos direitos juslaborativos suprimidos. Dentro dessas características o juiz atua com a prerrogativa de utilizar-se de todos os meios e medidas judiciais cabíveis para promoção da razoável duração do processo e a legislação trabalhista, aprovada em 1943 através do Decreto-Lei de nº 5.452, busca enfatizar a importância da

Justiça do Trabalho na valorização social do trabalhador. Sendo assim, a legislação enumerou de forma clara e simples os direitos protegidos pela legislação, além disso, a legislação trabalhista, antes desordenada e esparsa, foi organizada em um texto consolidado. A iniciativa buscou conferir garantias e segurança aos trabalhadores e a definição de meios de intervenção do Estado, quando necessário, para assegurar os direitos laborais.

Percebe-se que o Direito do Trabalho, norteador principiológico e legislativo da atuação da Justiça do Trabalho, procurou, de todas as formas, garantir o respeito aos direitos dos trabalhadores e a efetiva entrega desses direitos no decorrer da prestação laboral. Essa finalidade se confirma até hoje, em todos os mecanismos jurídicos e legais que permeiam o Direito do Trabalho. A proteção contra as cláusulas abusivas de trabalho e o respeito ao contrato mínimo de emprego são exemplos da função tutelar, social e pacificadora da Justiça do Trabalho. Esses mecanismos procuram garantir a

efetividade da prestação jurisdicional, pois seria inservível a declaração do direito sem a efetiva entrega concreta da tutela jurídica. É o chamado garantismo, que não se confunde com paternalismo, porque não pressupõe a substituição da capacidade de alguém e nem a defesa cega ou por mera afinidade. O foco, em verdade, é a tutela, inclusive sobre o resultado dos acordos coletivos entre as partes, fundado na autonomia privada coletiva.

A legislação, apesar de flexível e de ser constantemente atualizada conforme o contexto sócio econômico, não garante, por si só, a efetividade da tutela jurisdicional. Nesse sentido a Lei nº 5.584, de 26 de junho de 1970 (que dispõe sobre normas de Direito Processual do Trabalho) e, de forma subsidiária, o Código de Processo Civil, buscam firmar a operacionalização do direito e garantir mecanismos para a efetivação da proteção jurídica aos direitos dos trabalhadores. Neste sentido o direito processual do trabalho e o direito do trabalho, apesar de autônomos, mantêm uma

relação de instrumentalidade de um para com o outro. Portanto, da necessidade de disciplinar os meios processuais cabíveis para a resolução dos conflitos trabalhistas nasceu a legislação processual trabalhista, configurando-se uma relação de meio e fim, onde o direito processual fornece as técnicas de aplicação e interpretação jurisdicional para o direito material.

Desse rol de instrumentos jurídicos e legais as ferramentas de pesquisa patrimonial e os sistemas de levantamento de informações dos devedores, além de operacionalizar a busca de bens e valores, surgiram como mecanismos de auxílio à Justiça do Trabalho. Toda essa técnica legislativa, com apoio das ferramentas de pesquisa e investigação, remete à necessidade de garantia da efetividade jurisdicional. A efetividade da prestação jurisdicional é valor e objetivo estratégico específico da Justiça do Trabalho, como forma de garantia dos direitos de cidadania e o reconhecimento da dignidade da pessoa humana. Esse destaque dado à efetividade

revela o novo conceito de neoconcretismo do Direito Processual do Trabalho, que busca não apenas a satisfação do mérito ou o sucesso na etapa cognitiva do processo, mas acima de tudo a garantia, celeridade e efetividade na etapa satisfativa do mesmo. Tamanha é a importância dada à efetividade da prestação jurisdicional que este tema permeia todo o plano estratégico da Justiça do Trabalho, desde sua missão institucional até as iniciativas e objetivos estratégicos (que são os meios de concretização da estratégia, em âmbito tático e operacional).

O conteúdo desta obra se desenvolve tendo como principal fonte um vasto material bibliográfico composto de diferentes a autores que abordam a execução trabalhista, a execução no processo cível, descrevendo os princípios e instrumentos utilizados na execução trabalhista e na execução cível, bem como em leis, jurisprudência e outros atos expedidos pelos tribunais trabalhistas.

O comportamento processual da parte é um elemento, um indício de valoração da prova. Assim, as sociedades modernas e o Estado estão sempre empenhados em fazer com que o processo cada vez mais se aproxime da eficiência, sendo prestigiado e útil à sua finalidade. Sendo assim, não se aceita a possibilidade de as partes agirem no processo, faltando ao dever de lealdade. Cumpre observar, que existe a preocupação da lei processual em assentar o comportamento das pessoas envolvidas no processo sob os princípios da boa-fé e da lealdade. O Estado busca que o processo seja eficaz, sendo que às partes não devam se servir dele faltando ao dever da verdade, agindo com deslealdade e empregando artifícios fraudulentos. E isso deve ser em todos os âmbitos, e para qualquer das partes.

O foco deste livro é justamente falar sobre a punição daqueles que litigam de má-fé na justiça do trabalho, e hoje isso não é exclusividade das reclamadas. Nos dias atuais podem-se verificar inúmeras ações sem fundamento. São muitos os

exemplos de empregados que pedem demissão e depois ingressam com ações solicitando a nulidade de tal pedido, visando levantar os depósitos de fundo de garantia.

2. CARACTERÍSTICAS INICIAIS DA JURISDIÇÃO E DO PROCESSO

2.1 Origens e Aspectos Gerais do Processo

Do intuito processual é que nasce a lide, que, para Santos (2002, p.09), "é o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência de outro. Ou, mais sinteticamente, lide é o conflito de interesse qualificado por uma pretensão resistida".

Certo é que, ainda na visão de Santos (2002, p.12):

> (...) processo é uma operação, pois consiste num complexo de atos combinados para a consecução de um fim. No processo se desenvolve um conjunto de atos coordenados, visando a composição da lide. Nenhuma palavra melhor explicaria tal operação que processo, que vem de procedere, que é uma palavra composta de pro – para adiante, e cadere – cair, caminhar, um pé levando o outro para frente. Os atos processuais se sucedem uns aos outros encaminhados para um fim a composição da lide (...).

Por óbvio que compor a lide seria resolvê-la de acordo com o disposto na ordem jurídica, isto é, de acordo com a lei. Ou seja, o caminho normal da situação.

Cumpre ressaltar que o Processo Civil não é mera ferramenta para a solução do direito substancial, pois, equivocam-se os que pensam ser o direito processual civil, meras leis usadas para o bom andamento do processo, eis que o Direito Processual Civil é algo infinitamente maior, pois, abrange todo um sistema de princípios e normas legais que regulam o processo, disciplinando as atividades dos sujeitos interessados, do órgão jurisdicional e seus auxiliares, entre outros. Ou seja, o direito processual é uma regulamentação do exercício da função jurisdicional soberana do Estado em administrar a justiça (DINAMARCO, 2002).

E sem fugir disso é o conceito que nos é dado por Dinamarco (2002, p.37), para quem o "direito processual é o conjunto de princípios e normas destinados a reger a solução de conflitos mediante o

exercício do poder estatal". Diante desta assertiva, fácil fica a perceber a utilização do Direito Processual não só pela área civil e penal, mas, igualmente na área trabalhista, constitucional, tributário e outras.

Cumpre ressaltar que doutrinadores modernistas, como é o caso de Didier (2010, p.22), pregam que:

> (...) além de entender que as regras de Processo Civil são criadas para entender características/ peculiaridades da situação jurídica substancial a ser deduzida no ato postulatório. Assim impossível e imprestável qualquer estudo que se faça sem o confronto com as regras de direito material, que sempre devem ser analisadas para que se saiba em que medida o legislador processual delas sofreu influência. A inquestionável autonomia do Direito Processual não pressupõe sua neutralidade em relação ao Direito material. Ao contrário, há entre eles um vínculo indiscutível, eis que se integram na tarefa de criação das normas jurídicas (gerais, individuais, abstratas e concretas).

Com isso, já de início se nota que modernamente têm os doutrinadores entendido que a relação entre o Direito Processual e o Direito Material é muito tênue. Embora seja respeitado os ensinamentos da

doutrina formal e tradicional, ao entender que Direito Processual e Direito Material não se confundem, há forte tendência de a doutrina seguir a vanguarda dos modernos doutrinadores pela não autonomia do direito material e o direito processual ou, pelo menos, se há tal autonomia, esta linha divisória é bem tênue. Portanto, inviável estudar um sem a existência do outro.

Nesse passo, importante a lição trazida por Didier (2010, p.22) que ensina:

> As regras processuais são criadas para atender às características/peculiaridades da situação jurídica substancial a ser deduzida no ato postulatório. Assim, impossível e imprestável qualquer estudo do processo civil que se faça sem o devido confronto com as regras do direito material, que sempre deve ser analisada para que se saiba em que medida o legislador processual delas sofreu influências. A inquestionável autonomia do Direito Processual não pressupõe a sua neutralidade em relação ao Direito Material. Ao contrário, há entre eles um vínculo indiscutível, eis que se integram na tarefa de criação das normas jurídicas (gerais ou individuais, abstratas ou concretas).

Mais voltado à doutrina tradicionalista, o eminente professor Dinamarco (2002) ensina-nos que o Processo Civil é sustentado por quatro colunas, quais sejam: Jurisdição, a ação, a defesa e o processo. Entenderemos doravante que todas as normas que disciplinam institutos de Processo Civil estarão enquadradas em uma destas colunas, ou mesmo cumulativamente em mais de um deles. Por isso tal quadrinômio constitui e exaure o "objeto material da ciência processual", e com base neles dedica suas investigações e conclusões.

Jurisdição, segundo Sidou (2001, p.480) é:

> (...) poder-dever que o Estado exerce como uma de suas específicas prerrogativas, em substituição aos indivíduos na proscrição da justiça privada e na preservação do bem público, para conhecer dos litígios entre eles e solucioná-los em definitivo; para fazer cumprir o que por força de lei já estiver por esse modo solucionado; e, acessoriamente, para acautelar os processos em curso, a fim de assegurar seu objetivo.

Ou ainda, para Sidou (2001, p.480) "atividade precípua de Poder Judiciário, com a finalidade de

dizer o direito, na solução dos conflitos de interesse pelos meios previstos em lei". Todavia, imperioso se faz a distinção entre o direito de ação e as condições da ação, pois esta não se confunde com aquele, uma vez que as últimas são a obrigação do Magistrado em analisar se o pedido do autor que se sente prejudicado subjetivamente por ter supostamente algum direito violado, está em condições de apreciação do mérito pelo judiciário, isso tanto no início do processo (petição inicial, primeiro despacho), até o término do processo (prolação da sentença).

De outro lado, o direito de ação consagrado na Constituição da República, ocorre inerentemente a qualquer condição situação ou forma, conforme a dicção do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", também denominado de princípio da inafastabilidade da jurisdição, ou ainda de princípio do livre acesso ao Judiciário, que a parte pode invocar o judiciário, e,

independentemente de possuir ou não direito, este irá se manifestar até mesmo para dizer à parte que sua ação foi extinta sem o julgamento do mérito.
Seguindo as orientações de Afonso da Silva (2009, p.430):

> O inciso XXXV, o direito de invocar a atividade jurisdicional, como direito público subjetivo. Não se assegura aí apenas o direito de agir, o direito de ação. Invocar a jurisdição para a tutela de direito é também direito daquele contra quem se age, contra quem se propõe a ação. Garante-se a plenitude de defesa, agora mais incisivamente no inc. LV do mesmo artigo: aos litigantes, em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes [...]

Entretanto, o direito de ação deve ser interpretado de maneira cuidadosa, pois este preceito constitucional visa impedir que através de qualquer norma legal o legislador venha a impedir que o Poder Judiciário fique impedido de analisar determinadas matérias. E, com razão o autor elenca tal assertiva, pois, o artigo deverá ser interpretado com certo cuidado, eis que, a função do judiciário é analisar os

conflitos de interesses a ele levado e depois de um justo processo dizer o direito e, não ficar a toda e qualquer ação perdendo seu precioso tempo para ver o óbvio.

Ocorre que no Brasil, um país com milhões de processos judiciais em trâmite, o Poder Judiciário não pode ficar perdendo tempo em se ater a processos que não estão regularmente em estado de ser julgado, como por exemplo, processos que não possuem "legitimidade de parte"; "possibilidade jurídica do pedido"; "interesse de agir".

Hoje é assim, ao contrário de outrora, onde prevalecia a lei do talião como do Código de Hamurabi, em 1780 a.C., no reino da Babilônia, época essa que no entendimento de alguns já estaria surgindo indícios do processo civilizado. Passado tal período da justiça privada e, com o fortalecimento de um Estado que vinha sendo mais atuante, percebeu-se que este deveria intermediar os conflitos existentes para assim evitar que a justiça fosse elaborada com as próprias mãos, através das

denominadas equivalentes jurisdicionais (formas não-jurisdicionais de solução de conflitos).

2.2 Função Jurisdicional

A função jurisdicional é a que atua nos casos concretos de violação de uma lei ou que se pretenda que o tenha sido, tendo em vista a aplicação da norma jurídica a uma hipótese de conflito, mediante regular processo. Encarregada da tarefa de distribuir justiça aplicando o direito aos casos concretos exerce esta função e também outras tarefas de caráter administrativo, especialmente quanto a organização e funcionamento de seus próprios serviços. Caracteriza-se, porém, pela aplicação contenciosa da lei e pela imutabilidade da decisão que produz. Esta última característica resulta do caráter de coisa julgada de que se reveste a decisão, quando esgotados os recursos cabíveis. (TRUJILLO, 1996). A função executiva também tem por objetivo a pacificação social, mediante a

realização do bem comum. O que as diferencia é o caráter, primordialmente, substitutivo da função jurisdicional.

Segundo Moura, Maia e Sá (2004) "a jurisdição se consolidou como função do Estado, a partir do momento em que, proibida a autotutela dos interesses individuais, por comprometer a paz jurídica, se reconheceu que não haveria poder melhor para dirimir os litígios do que o próprio Estado".

Segundo Cintra, Dinamarco e Grinover (2002, p.37):

> A Jurisdição esteve sempre incluída como responsabilidade estatal uma vez que a eliminação de conflitos concorre, e muito, para a preservação e fortalecimento dos valores humanos da personalidade. E hoje, prevalecendo as idéias do Estado Social, em que o Estado se reconhece na função fundamental de promover a plena realização dos valores humanos, isso deve servir de um lado, para pôr em destaque a função jurisdicional pacificadora como fator de eliminação dos conflitos que afligem as pessoas.

No entanto, para Moura, Maia e Sá (2004) "a jurisdição não é exercida apenas em face de um

conflito de interesses, mas também pela provocação jurisdicional dos interessados" e "quem invoca a prestação jurisdicional do Estado, manifesta uma pretensão contra ou em relação a alguém". Assim, o órgão jurisdicional deve verificar e declarar se a referida pretensão é protegida pelo direito objetivo, e se for, realizara esse as atividades necessárias para a efetivação da lide. É através da Jurisdição que o Estado chama para si a responsabilidade de, imparcialmente, solucionar um conflito estabelecido entre as partes, buscando a pacificação entre os mesmos. O Estado agindo desta forma se substitui aos titulares, cabendo a ele exclusivamente, com justiça, dirimir o conflito.

Chiovenda (1998) se refere a Jurisdição como sendo uma função do Estado que tem por finalidade a atuação da vontade concreta da lei, ou seja, o direito material já foi suficiente para impor direitos e deveres aos cidadãos, impedindo que se faça justiça com as próprias mãos (autotutela), cabendo ao juiz declarar o direito inerente as partes, com caráter

substitutivo. Ocorre a substituição da atividade privada para uma atividade pública, sendo o juiz o mediador dessa substituição. O Estado exerce essa função através do processo devidamente estruturado, ou seja, garantindo o devido processo legal, mediante a provocação das partes. É de extrema importância ressaltar que a atividade jurisdicional não se confunde com atividade judicial, porque a última é o gênero, do qual a atividade jurisdicional, assim como as atividades atípicas do Poder Judiciário são espécies.

O Poder Judiciário, enquanto poder autônomo e independente, com estrutura administrativa própria e serviços definidos, tem a seu cargo a pratica de atos jurisdicionais e atos de caráter meramente administrativo. O juiz exerce atividade atípica ou secundária, no papel de administrador público, quando pratica atos correcionais, nomeações, demissões, contratações, promoções, licitações, sendo estas atividades equiparadas as de qualquer

outro agente público, porque não vislumbram as particularidades da atribuição típica jurisdicional.

Conforme pondera Dergint (1994, p.101) “a atividade judicial (ou judiciária) é gênero de que a atividade jurisdicional e a atividade administrativa são espécies. Judiciárias são todas as atividades do Poder Judiciário, especificas ou não, independentemente de sua natureza”. Em sentido amplo pode-se dizer que todos os atos praticados pelo poder judiciário são materialmente administrativos, no que concerne ao seu autogoverno atribuído pela Constituição, que assegura a independência política de seus juízes. O juiz quando desenvolve atividade administrativa, no sentido de autogoverno da magistratura, não exercita a jurisdição.

Todos os fatores que diferenciam a função jurisdicional e fazem com que o juiz tenha um regime especial de responsabilidade não se encontram presentes na pratica dos atos administrativos, ensejando assim o mesmo regime

de responsabilidade destinado aos demais agentes públicos. Portanto, nesses casos, a responsabilidade do juiz não difere aos demais agentes públicos. Questão divergente entre os doutrinadores encontra-se na jurisdição voluntária, pois alguns deles consideram-na uma atividade administrativa enquanto outros dizem ser uma atividade tipicamente jurisdicional.

De qualquer modo, pode-se atribuir a jurisdição voluntária a qualidade de atividade judicial mista, isto é, materialmente administrativa e formalmente jurisdicional. Se se considerar os procedimentos de jurisdição voluntária como administrativos, o fundamento para responsabilização do Estado pode ser o da responsabilidade objetiva; caso a interpretação seja de ato jurisdicional, pode ser levantada até a hipótese de irresponsabilidade do Estado. Como na Jurisdição voluntária não se forma coisa julgada material, eventual erro judiciário poderá ser sempre apreciado, para efeitos de

responsabilidade do Estado, enquanto não ter decorrido o prazo prescricional.

A jurisdição não se exerce apenas em face de litígios. Rotineiramente a Jurisdição é aplicada pelo Estado para dirimir um conflito instalado entre as partes, fazendo-se substituir para que imparcialmente de uma solução justa a contenda. Ocorre que algumas pretensões, nas quais irá se manifestar o órgão jurisdicional, não serão oriundas de um conflito, mas sim de um acordo entre as partes, instalando-se aí um dos pontos mais controvertidos desta matéria. A lide por si só pressupõe a existência de dois sujeitos, um passivo e um ativo. O sujeito ativo é aquele que, formulando uma pretensão tutelada pelo direito, provoca a jurisdição contra ou em relação ao sujeito passivo, a fim de que o órgão jurisdicional atue. Conclui-se então a partir daí que uma das características da jurisdição contenciosa é a existência de partes.

Depois de instalada a lide, as partes ficam submetidas a jurisdição, cabendo ao sujeito passivo,

no caso o réu, em querendo, defender-se e contradizer a pretensão do autor. Daí nasce a segunda característica da jurisdição contenciosa a possibilidade do contraditório. Verificada essa finalidade da função jurisdicional de promover a paz entre as partes, o Estado através da figura do Juiz, profere decisão definitiva, que deverá pôr fim a lide. Esta decisão, uma vez transitada em julgado, se torna imutável e irrevogável, esgotando assim a função jurisdicional, produzindo a coisa julgada, que é outra característica da jurisdição contenciosa.

Como já foi dito a Jurisdição não se faz somente em face de litígios, e é aí que nasce a figura da Jurisdição Voluntária. Enquanto a Jurisdição contenciosa busca a composição de conflito de interesses, a jurisdição voluntária trata de interesses onde não é estabelecido um conflito. É atribuída ao Poder Judiciário, funções de natureza administrativa com o fim de resguardar o interesse público. Cria-se então um grande embate de doutrinas que julgam a jurisdição voluntária como

não tendo nada de função jurisdicional, mas sim meramente administrativa. Os motivos alegados para tanto são os de que a Jurisdição Voluntária: não visa a atuação do direito; segundo, que não há o caráter substitutivo, o juiz apenas se insere na relação entre os particulares; terceiro, o objeto dessa atividade não é uma lide, não há um conflito de interesses entre as partes, apenas um negócio.

Segundo Chiovenda (1998, p.16) "qualificou-se com o nome romano iurisdictio voluntaria na doutrina e na prática do processo italiano medieval aquele complexo de atos que os órgãos judiciais realizavam em face de um único interessado, ou sob o acordo de vários interessados, in volentes". E ainda, “o caráter da jurisdição voluntária não é a ausência de contraditório, mas a ausência de duas partes” e “a jurisdição voluntária é uma forma especial de atividade do Estado, exercitada em parte pelos órgãos judiciários, em parte pelos administrativos, e pertencente à função administrativa, embora

distinta da massa dos atos administrativos, por certos caracteres particulares".

Modernamente, tende-se a considerar jurisdicional também a jurisdição voluntária, como observa Carnelutti (1958), quando observa que o estudo comparativo da jurisdição voluntária e da jurisdição contenciosa não só reforçou a opinião de que também aquela é verdadeira e própria jurisdição, mas também apontou para a presença ou ausência de lide e, portanto, para a presença de duas partes ou de apenas uma (ou melhor, de dois interesses ou de um interesse único) como cará ter diferencial entre uma e outra espécie de jurisdição. Reconheceu-se, assim, que pode haver processo civil sem lide e, pois, com uma só parte (em sentido "material"); e, assim como a jurisdição, dividiu-se o processo em "contencioso" e "voluntário".

Entende-se que o processo voluntário, portanto, não é mais considerada uma forma processual anormal, mas como um dos dois tipos normais de processo civil. O Poder Judiciário se encarrega da

responsabilidade de solucionar, pôr fim, aos conflitos de interesse entre as partes litigantes, tendo como instrumento de conclusão da obtenção de tal pretensão a sentença. A jurisdição se faz, se materializa, através do processo. Processo, segundo Antônio Carlos Araújo Cintra, significa "marchar avante", "caminhada" (do latim, procedere = seguir adiante). (CINTRA, DINAMARCO E GRINOVER, 2002).

Talvez por esse motivo, por essa definição, o processo muitas vezes esteve atrelado a definição de simplesmente a soma de atos processuais, que na verdade são os procedimentos. Com o desenvolver da história, Bülow introduziu no sistema a Teoria dos Pressupostos Processuais e das Exceções Dilatórias, o que foi um marco para o direito processual. Nesta teoria Bülow percebeu que dentro do processo, além dos atos processuais que fazem o corpo deste, uma relação existente entre as partes nele envolvidas. Desde então essa noção de processo vem sendo adotada, cabendo a definição de

procedimento apenas como uma formalidade, não passando da coordenação dos atos que acontecem dentro do processo.

Segundo Moura, Maia e Sá (2004) "os atos decorrentes do efetivo exercício da jurisdição devem ser diferenciados dos atos de mera atuação judicial" e "os atos jurisdicionais consistem em pronunciamentos, ou provisões dos juízes, que se externam por meio de sentenças, decisões interlocutórias e despachos; os demais correspondem a outras atividades materiais".

Observa-se ainda que "de acordo com o disposto do Código de Processo Civil no artigo 162 que trata dos atos do juiz":

- os atos do Juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§ 1º Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa;

§ 2º Decisão Interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente;

§ 3º São despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo, de oficio ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma;

§ 4º Os atos meramente ordinários, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de oficio pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessário.

Conforme Aras (2001) é de grande relevância o princípio da oralidade processual, em oposição ao lento e demorado procedimento escrito, tão ao gosto dos agentes processuais brasileiros. Quanto ao rito penal, observa o autor que o procedimento oral, característico do sistema acusatório, tem a grande vantagem de tornar mais célere e mais leve a instrução criminal. Se bem aplicado, permite a concentração dos atos processuais em uma audiência, como se dá (rectius: como se deveria dar) no rito sumário dos delitos de tóxicos, previsto na Lei n. 6.368/76: ouvida de testemunhas, alegações

orais e sentença em uma só audiência. (ARAS, 2001).

Mas para o autor, "infelizmente, na prática forense, apresenta-se com uma regularidade espantosa a substituição do procedimento oral concentrado por um procedimento escrito, mais demorado", sendo muito comum "ocorrer de as partes requerem prazo para a apresentação de memoriais escritos ou alegações finais na forma do rito ordinário". Portanto, "a oralidade, além dessa noção temporal, ligada à concentração dos atos, permite também inserir no processo penal o princípio da imediatidade, que confere maior proximidade ao julgador em relação às partes e à prova produzida, levando à mesma celeridade". (ARAS, 2001).

O Princípio da Oralidade resume-se na prevalência da forma oral no andamento da causa, supondo que, quando se declara algo oralmente diante de juízes e tribunais, tais afirmações têm maior força, lembrando que tal princípio não exclui por completo a utilização da escrita, indispensável no mundo

jurídico, porém, acarreta numa diminuição nos já conhecidos termos que compõem os autos.

Entretanto, no artigo 64 § 3º da Lei 9.099/95 é dito que: "serão objeto de registro escrito exclusivamente os atos havidos por essenciais [...] os atos realizados em audiência de instrução e julgamento poderão ser gravados em fita magnética ou equivalente". Sobre a matéria Tourinho Neto (2002, p.65) explica, "Oralidade, predominância da palavra oral sobre a escrita, com objetivo de dar maior agilidade à entrega da prestação jurisdicional, beneficiando, desse modo, o cidadão". E ainda, Pazzaglini Filho (1999, p.25) diz: "A oralidade é a tônica que informa a atuação do Juiz, do ministério Público, do autor da infração e do seu defensor. "

Neste sentido Demercian (1999, p.48) diz que "Ele (Juiz) deve estar presente na audiência de corpo e espírito" e que:

> Além disso, vale salientar que, em conjunto com o Princípio da Oralidade, segue o Princípio da Concentração que tem como característica a colheita de todas as provas necessárias em uma

> única audiência, ou no mínimo de audiências possíveis, tencionando o não esquecimento do Juiz, em vista as partes, fatos ocorridos, impressões pessoais, enfim, todos os fatos que a memória do Juiz registrou, ocasionando em uma maior probabilidade de se chegar à verdade real dos fatos.

Sobre a matéria, Mirabete (2000, p.34) expõe:

> Pelo princípio da concentração estabelece-se que os atos processuais sejam reunidos, os mais concentrados possíveis e que sejam realizados numa única etapa ou ao menos em um número mínimo de audiências. Quanto mais próxima estas da decisão, menor é o perigo do esquecimento pelo Juiz e pelas partes das impressões pessoais e dos fatos que a memória registra, bem como maior a probabilidade de se obter a verdade real.

Demercian (1999, p.54) lembra:

> Nem sempre se pode concentrar numa única audiência todos os atos de instrução. O direito à prova deve ser resguardado, incumbindo ao magistrado, sempre atento, às regras garantidoras do contraditório e da ampla defesa, além do indeclinável bom senso, indeferir as provas que demonstrem inequívoco caráter procrastinatório ou que não guardem qualquer relação com o objeto do processo.

O Princípio do Imediatismo, que tem a função de obter todas as provas expondo o conflito de interesses, e de imediato propondo a conciliação. Nesse sentido Tourinho Neto (2002, p.34) expõe que "por esse princípio, dá-se uma relação próxima, imediata mesmo, entre o Juiz, acusado, vítima e testemunha. Há um maior contato do Juiz com as partes". Assim, "desse princípio decorre que só o Juiz que participou da audiência é que pode julgar o feito".

E também, o Princípio da Identidade física do Juiz, visando que o processo inicie e termine com o mesmo Juiz, garantindo uma sentença justa, pois tal princípio manterá o Juiz em contato direto com o caso, fato este que também contribui com o Princípio da Oralidade.

Sobre a matéria, Tourinho Neto (2002, p.70) explica que "pelo princípio da identidade física do Juiz, o magistrado que colheu a prova deve ser o mesmo a sentenciar, salvo nas hipóteses de aposentadoria, remoção ou outras excepcionalidades. "

Mirabete (2000, p.34) menciona:

> O princípio da identidade física do Juiz, ou da imutabilidade do Juiz, corolário e complemento do princípio do imediatismo do julgar, preconizar que o magistrado deve seguir pessoalmente o procedimento desde o início até o seu término, com a prolação da sentença. Evita-se, assim, que o feito seja julgado por juiz que não teve contato direto com os atos processuais. Embora não adotado tal princípio no Código Processual Penal, diante da necessidade de transcrição integral de depoimentos e das alegações finais, impõe-se sua aplicação no rito sumaríssimo do Juizado Especial Criminal, em que predomina, nesse campo, o critério da oralidade, aplicando-se, por analogia, o art. 132 do código de Processo Civil.

Ainda referente ao Juiz:

> Poderes administrativos – ou de polícia, que se exercem por ocasião do processo, a fim de evitar a sua perturbação e de assegurar a ordem e decoro que devam envolvê-lo (CPC arts. 445 e 446); e os Poderes Jurisdicionais – que se desenvolvem no próprio processo, subdividindo-se em poderes meios (abrangendo os ordinários, que dizem respeito ao simples andamento processual, e instrutórios, que se referem a formação do convencimento do juiz) e poderes-fins (que compreendem os decisórios e os de execução). (CINTRA, DINAMARCO E GRINOVER, 2002).

Analisa-se, pois, que a denegação da justiça pode ser entendida em sentido amplo, como toda deficiência existente na organização ou no exercício da função jurisdicional do Estado ao dever de proteção judiciária (SERRANO JUNIOR, 2003, p.160). Ou em sentido estrito, que consiste na negativa do estado-juiz em oferecer a devida proteção aos direitos dos cidadãos mediante a prestação da tutela jurisdicional. O juiz tem o dever de se pronunciar, bem como, de aplicar o direito mesmo quando diante de situações obscuras ou lacunas na lei. Existe a denegação de justiça quando o juiz se omite em desempenhar seu papel na direção do processo. Ocorre a omissão quando o juiz se recusa a julgar, adiando o julgamento sem razões que justifiquem tal atitude.

Segundo Serrano Junior (2003, p.160):

> Enquanto o cidadão tem o direito de exigir a prestação da tutela jurisdicional, através do exercício do direito de ação, o Estado tem dever de prestá-la. Não o fazendo configura-se a denegação de justiça, ensejando que os danos daí advindos sejam reparados pelo Estado, se voltado em

> regresso contra o agente judiciário a quem pode ser imputado a conduta causadora da denegação de justiça, por dolo ou culpa.

De fato, sem as justificativas adequadas, o juiz não pode eximir-se de julgar, de exercer o comando do processo, negar o julgamento ou retardar o final do processo, deixando perecer o direito ou o objeto de litígio entre as partes. A satisfatória prestação da tutela jurisdicional é um dos principais objetivos do Estado, devendo realizar esta atividade com presteza e celeridade. É através da ação contra o Estado que o particular deve exigir a prestação da tutela jurisdicional. Seja qual for a natureza do objeto do conflito de interesses levado a apreciação do Judiciário, o juiz dentro de sua competência tem o dever de se pronunciar, mesmo porque a parte só pode recorrer a ele para a solução, de forma que em todos os casos de denegação de justiça, pode-se exigir a reparação do dano pelo Estado.

A Constituição federal de 1988 em seu artigo 5º XXXV assegura a todos os cidadãos o amplo acesso a justiça, conferindo-lhes a prestação jurisdicional

como garantia da lesão ou ameaça aos direitos, não admitindo qualquer restrição a tal direito. Diante deste fato, impõe-se ao Estado atender satisfatoriamente as pretensões judiciais dos cidadãos, devendo enquanto provedor único e exclusivo da justiça, realizar a prestação jurisdicional dentro dos prazos fixados em lei. O dever do Estado de prestar a tutela jurisdicional dentro dos prazos previamente fixados decorre do princípio da legalidade.

A ineficiência do serviço traz consigo, em função da responsabilidade objetiva, o dever estatal de reparar eventuais danos. Neste quadro, surge o problema da morosidade na prestação jurisdicional, porque o Estado no exercício desta função, invariavelmente demora para cumprir tal tarefa, o pode ocasionar danos aos jurisdicionados, que esperam uma rápida solução do conflito de interesses. Os danos podem ter sua origem por vários fatores, por exemplo, em virtude do desleixo do juiz no cumprimento dos seus atos, ou devido ao próprio serviço judiciário