RODRIGO GIOSTRI DA CUNHA

O PROCESSO DO TRABALHO COMO INSTRUMENTO DE
EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS TRABALHISTAS
contribuições para o aprimoramento da prestação
jurisdicional trabalhista

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADOR: PROFESSOR ASSOCIADO JORGE LUIZ SOUTO MAIOR

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO, 2008

A todos aqueles empenhados em
construir um processo (e um mundo)
melhor.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, ao Professor Jorge Luiz Souto Maior, orientador e amigo, que sempre confiou em nosso trabalho, respeitou nossas idéias e se fez disponível a despeito de todas as suas atribuições, sanando nossas (inúmeras) dúvidas e nos guiando no árduo caminho percorrido - sem contar sua boa vontade em rever nossos escritos, sempre entregues (bastante) em cima dos prazos...

Igualmente importantes foram as discussões em nosso grupo de estudos, nas quais pouco pudemos contribuir, mas que muito contribuíram para o nosso trabalho, por meio de uma rica e construtiva troca de idéias, por pessoas que, ainda que de diversas formas, compartilham do mesmo ideal.

O mesmo pode ser dito quanto aos diversos professores que contribuíram para nossa formação, em especial, no curso de especialização em direito do trabalho da Faculdade, no qual tiveram formação muitas de nossas idéias, em especial, aquelas que têm por base a Constituição e sua interpretação. Indubitavelmente, nossa visão do direito seria outra – bastante mais acanhada -, não fosse por essa formação humanística que, em boa hora, recebemos.

Fora do mundo acadêmico, todos os agradecimentos vão àqueles a quem tudo devemos: nossos avós, cuja companhia, até hoje, é a maior benção que podemos ter; nossos pais, que nos ensinaram o pouco que sabemos e sem os quais não estaríamos escrevendo essas linhas (literalmente...); *aquela* que nos ensinou o que é o amor, e aqueles grandes amigos que se fizeram presentes por toda essa árdua empreitada.

Por fim, não podemos esquecer Daquele que nos brindou com muita persistência, como forma de compensar nossas limitações e tornar possível o presente trabalho.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1. JUSTIFICATIVA DE ESCOLHA	p. 01
2. DELIMITAÇÃO DO TEMA	p. 10
3. TÉCNICAS E MÉTODOS DE PESQUISA	p. 17

PRIMEIRA PARTE

O DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA E O PROCESSO COMO UM SERVIÇO PÚBLICO

1. O DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA E O PROCESSO COMO UM SERVIÇO PÚBLICO	p. 20
1. Escopos do processo e da jurisdição	p. 20
2. O moderno conteúdo do direito de ação e o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva	p. 31
3. Do processo como um serviço público e seu significado	p. 41

SEGUNDA PARTE

OS DIREITOS TRABALHISTAS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. OS DIREITOS TRABALHISTAS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS	p. 56
1. Da fundamentalidade material dos direitos dos trabalhadores	p. 56
1.1. Surgimento das leis de proteção do trabalho	p. 57
1.2. Surgimento dos direitos sociais	p. 61
1.3. Do conteúdo axiológico fundamental dos direitos dos trabalhadores	p. 66
2. Da fundamentalidade formal dos direitos dos trabalhadores	p. 73
2.1. Do reconhecimento da fundamentalidade formal dos direitos dos trabalhadores no plano internacional	p. 73
2.2. Do reconhecimento da fundamentalidade formal dos direitos dos trabalhadores no plano interno	p. 76

TERCEIRA PARTE

CONTRIBUIÇÕES PARA O APRIMORAMENTO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL TRABALHISTA

1. O PROCESSO DO TRABALHO COMO INSTRUMENTO DE DESESTÍMULO À VIOLAÇÃO DA LEI TRABALHISTA	p. 82
1. Do excessivo número de processos como a principal mazela da Justiça do Trabalho	p. 82
2. Do descumprimento da lei trabalhista como causa do grande número de ações	p. 84
3. O processo do trabalho como meio de desestímulo à violação da lei trabalhista	p. 92
3.1. Aumento dos juros de mora	p. 94
3.2. Instituição de multa decorrente da condenação	p. 96
3.3. Condenação em honorários advocatícios	p. 97
3.4. Competência da Justiça do Trabalho para a cobrança das multas administrativas na própria ação trabalhista	p. 99
3.5. Efetiva aplicação dos arts. 467 e 477 da CLT	p. 100
2. COIBIÇÃO E PUNIÇÃO DO ABUSO PROCESSUAL	p. 102
1. O abuso processual	p. 102
2. Do abuso do processo pelas partes	p. 113
2.1. Direitos processuais das partes	p. 113
2.2. Deveres processuais das partes	p. 114
2.2.a. Dever de veracidade	p. 115
2.2.b. Dever de cooperação com a Justiça	p. 124
2.2.c. Dever de lealdade e boa-fé	p. 128
2.2.d. Dever de postulação fundamentada	p. 129
2.2.e. Dever de abstenção da prática de atos processuais protelatórios	p. 131
2.2.f. Dever de atender aos comandos judiciais	p. 132
2.2.g. Dever de civilidade	p. 136
2.3. O abuso do processo pelas partes	p. 136
2.4. Conseqüências do abuso do processo pelas partes	p. 141
2.4.a. Sanções processuais pelo comportamento desleal	p. 141

2.4.b. Ressarcimento dos danos causados à parte contrária. O dano existencial e o assédio processual	p. 145
2.4.c. A invalidade dos atos processuais abusivos	p. 150
2.4.d. Consequências criminais do abuso processual	p. 152
3. Do abuso do processo pelos advogados	p. 153
3.1. Direitos processuais dos advogados	p. 153
3.2. Deveres processuais dos advogados	p. 154
3.3. Abuso do processo pelos advogados	p. 156
3.4. Consequências do abuso processual pelos advogados	p. 156
4. Do abuso do processo pelos magistrados	p. 158
4.1. Poderes-deveres dos magistrados	p. 158
4.2. Deveres dos magistrados	p. 160
4.2.a. Dever de tratamento igualitário	p. 160
4.2.b. Dever de celeridade processual	p. 163
4.2.c. Dever de zelar pela dignidade da Justiça	p. 165
4.2.d. Dever de buscar a conciliação	p. 166
4.2.e. Dever de urbanidade	p. 168
4.3. Abuso do processo pelos magistrados.	p. 169
4.4. Consequências do abuso do processo pelos magistrados.	p. 172
 3. AS COMISSÕES DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA E A EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO DE FEITOS JÁ JULGADOS EM DUAS INSTÂNCIAS	 p. 178
1. As Comissões de Conciliação Prévia e sua obrigatoriedade: o posicionamento do TST	p. 178
2. Acerto da premissa	p. 180
3. O modelo italiano	p. 185
4. Equívoco da conclusão (do TST)	p. 187
5. Uma ressalva necessária	p. 192
 4. A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NA JUSTIÇA DO TRABALHO	 p. 196
1. A importância do instituto	p. 196
2. Do (mau) uso da tutela antecipada na prática trabalhista	p. 200
3. Efetivação da medida que antecipa os efeitos da tutela	p. 205
3.1. Do cabimento da multa (e das outras medidas de coerção) na antecipação de tutela relativa às obrigações de pagamento de quantia	p. 206

3.2. Da necessidade de uma efetivação da antecipação da tutela desvinculada do modelo da execução provisória	p. 214
4. Reflexos da nova execução civil no cumprimento das medidas de antecipação de tutela de pagamento de quantia	p. 217
5. NOVAS LEITURAS DA EXECUÇÃO DEFINITIVA DE SENTENÇA	p. 220
1. As Leis n.º 11.232/05 e 11.382/06 e o processo do trabalho	p. 220
1.1. A sistemática da CLT	p. 220
1.2. A Lei n.º 11.232/05	p. 221
1.3. A Lei n.º 11.382/06	p. 226
1.4. Da aplicação das Leis n.º 11.232/05 e 11.382/06 no processo do trabalho	p. 229
2. A aplicação do modelo do art. 461 do CPC às execuções definitivas de sentenças condenatórias ao pagamento de quantia	p. 236
3. A viabilidade de se dar o mesmo tratamento processual a todas as dívidas de natureza alimentar	p. 242
4. A execução da sentença declaratória	p. 248
6. NOVAS LEITURAS DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA TRABALHISTA	p. 253
1. A execução provisória trabalhista	p. 253
2. A execução provisória cível	p. 253
3. A utilização do modelo cível no processo do trabalho	p. 255
CONCLUSÕES	p. 259
BIBLIOGRAFIA	p. 266
ABSTRACT	p. 283

INTRODUÇÃO

O processo não dá nem tira, ele nada acresce ao patrimônio jurídico de ninguém, ele que é mera fonte reveladora e realizadora do direito preexistente; ele deve dar a quem dele se socorre, tudo aquilo a que tem direito, precisamente aquilo a que tem direito, nada mais do que aquilo a que tem direito. Não cumpre o seu papel o processo que seja cultuado em si mesmo como valor absoluto, que se transmude por força de formalismos, por via de um incompreensível hiperprocessualismo, num sistema orgânico de armadilhas ardilosamente preparadas pela parte mais astuciosa e estrategicamente dissimuladas no caminho do mais incauto. O processo há de ser encarado, repito e vivo a repetir, como mero instrumento; instrumento cheio de dignidade e autonomia científica, mas nada mais do que instrumento.¹

1. JUSTIFICATIVA DE ESCOLHA

O processo do trabalho brasileiro é, sabidamente, ineficaz². Ele, com frequência, não realiza os direitos do trabalhador (ao menos, não integralmente) e, quando o faz, demora tanto e causa tantas privações ao autor, que muito de sua utilidade é perdida³.

Isso se deve, segundo pensamos, à forma pela qual o sistema processual é lido por seus operadores: o sistema em si é, em sua maior parte, bastante avançado, o problema é a forma pela qual suas disposições são interpretadas e aplicadas (ou, no mais

¹ Discurso proferido pelo Professor Cândido Rangel Dinamarco quando de sua posse no Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo: *Lex JTA* 65/281.

² “(...) sem saber como dar conta dos novos tipos de conflitos surgidos das contradições sócio-econômicas e como lidar com a emergência de inéditos comportamentos confrontacionais aos diversos códigos e lei em vigor, a maioria dos quais editada quando eram outras as condições do país, as instituições judiciais revelaram-se (a) crescentemente enrijecidas, do ponto de vista organizacional; (b) presas a matrizes teóricas arcaicas, do ponto de vista de sua cultura técnico-profissional; e (c) excessivamente formalistas e ritualistas, do ponto de vista processual e procedimental. Essa progressiva inefetividade das instituições jurídicas e judiciais, não conseguindo disciplinar os novos tipos de antagonismos oriundos da industrialização acelerada e da urbanização desenfreada, tornou-se dramaticamente nítida na aplicação da legislação de caráter social, cujas normas, apesar da ênfase dos dirigentes e dos próprios operadores do direito à sua vigência formal, nem sempre acabam sendo concretizadas em seus objetivos básicos.” (José Eduardo Faria, *Introdução: o Judiciário e o Desenvolvimento Sócio-Econômico*, p. 17).

³ Reflexo disso é a péssima avaliação da Justiça pelos jurisdicionados, à frente apenas (por motivos óbvios) dos partidos políticos e do Congresso Nacional (Alberto Carlos Almeida, *A Cabeça do Brasileiro*, p. 187).

das vezes, não aplicadas), predominando uma leitura conservadora e restritiva, que ainda se prende ao texto da lei e ignora os valores e princípios que informam o sistema como um todo.

Mais ainda, se ignora a razão de ser e os escopos de vários institutos processuais e do próprio sistema jurisdicional, o que leva à não concretização dos direitos fundamentais⁴ dos trabalhadores⁵, à negação do acesso à justiça e, principalmente, ao desrespeito à dignidade da pessoa do trabalhador, quem o sistema deveria proteger.

Assim, o presente trabalho é, antes de tudo, uma tentativa de insurgência⁶ contra a forma pela qual o processo do trabalho é aplicado no cotidiano forense e contra a lógica de nosso ordenamento, uma lógica absolutamente perversa, que parece sempre favorecer o devedor⁷ e, assim, desincentivar o cumprimento das obrigações.

⁴ Utilizaremos no texto a diferenciação proposta por Ingo Wolfgang Sarlet entre as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, segundo a qual “o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)” (*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 35/36; no mesmo sentido, João Caupers, *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*, p. 19); “direitos sociais”, por sua vez, são aqueles que visam a garantir aos indivíduos as condições materiais necessárias à sua vida digna e ao pleno gozo de seus direitos, por meio de prestações positivas por parte do Estado, enunciados no art. 6º da Constituição: “a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”. É certo, porém, que tais termos não são empregados de forma uniforme pela doutrina – talvez, até mesmo por conta da circunstância de que “Aquilo a que se chama ou a que é lícito chamar direitos fundamentais pode, afinal, ser considerado por diversas perspectivas.” (José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 15). Também sobre os diferentes usos da expressão, ver João Caupers, *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*, p. 16.

⁵ Como melhor exporemos no trabalho, temos para nós que nem todos os direitos trabalhistas são fundamentais. Há, na base de tudo, o direito fundamental à proteção trabalhista (ou o direito a um trabalho digno); além disso, são fundamentais aqueles direitos trabalhistas previstos no art. 7º e ss. da Constituição, além daqueles previstos na legislação infraconstitucional que constituem o núcleo básico dessa proteção trabalhista necessária à garantia da dignidade da pessoa do trabalhador, sem os quais ela não pode ser obtida. Dessa forma, sendo o direito à proteção trabalhista um direito fundamental e sendo os direitos trabalhistas o instrumento dessa proteção, faremos referência, ao longo do trabalho, ao gênero dos *direitos trabalhistas* como direitos fundamentais, ainda que, a rigor, nem todos direitos trabalhistas o sejam.

⁶ “A fúria não é de modo nenhum uma reação automática diante da miséria e do sofrimento em si mesmos; ninguém se enfurece com uma doença incurável ou um tremor de terra, ou com condições sociais que parecem impossíveis de modificar. A fúria irrompe somente quando há boas razões para crer que tais condições poderiam ser mudadas e não o são. Só manifestamos uma reação de fúria quando nosso senso de justiça é injuriado; tal reação em absoluto não se produz por nos sentirmos vítimas da injustiça, como prova toda a história das revoluções, nas quais o movimento começou por iniciativa de membros das classes superiores, conduzindo a revolta dos oprimidos e miseráveis.” (Hannah Arendt *apud* Jorge Luiz Souto Maior, *Temas de Processo do Trabalho*, p. 192).

⁷ Por exemplo, pela cobrança de juros de mora irrisórios, isenção do pagamento de honorários advocatícios e falta de punição da má-fé processual e do próprio inadimplemento obrigacional (ao contrário do que se dá em outros ramos do direito), entre outras coisas. A esse respeito, vale frisar que a maior parte das considerações lançadas em nosso trabalho podem ser ampliadas para outros ramos do direito processual além do trabalhista,

Essa lógica, somada à cultura que impera em boa parte da sociedade no sentido da pouca valorização dos direitos dos trabalhadores, à ineficácia dos órgãos encarregados da fiscalização do cumprimento da legislação trabalhista e à necessária submissão dos trabalhadores ao poder patronal para a manutenção de seus empregos, faz com que a única via que reste ao empregado para a defesa de seus direitos é a judicial (após o fim do contrato, evidentemente).

O processo afigura-se, assim, como o último bastião dos direitos sociais⁸, a última esperança do trabalhador de ver seus *direitos* (reconhecidos por lei) respeitados⁹. Isso faz com que seja imprescindível a construção de um processo eficiente, sob pena de o próprio ordenamento material restar esvaziado e perder sua razão de ser. O processo é, na verdade, a principal das *garantias fundamentais*¹⁰ do indivíduo e um dos corolários do Estado Democrático de Direito: sem ele, os direitos fundamentais perdem seu significado, pela falta do instrumento que os defenda em caso de violação - de nada adianta ter um direito se não é possível defendê-lo.

Nosso trabalho é, pois, um trabalho de direito processual, que tem a pretensão de modificar a forma pela qual o processo é concebido e aplicado, de modo que ele se torne um instrumento eficaz de realização dos direitos trabalhistas e não mais de sua negação (daí o título escolhido, *O Processo do Trabalho como Instrumento de Efetivação dos Direitos Trabalhistas*: isso que se almeja construir) - direitos reconhecidos pelo

motivo pelo qual, no mais das vezes, preferimos falar em credor/devedor do que em empregado/empregador – até porque, da mesma forma, elas também valem, em sua maioria, para aquelas situações em que o empregador é o credor da relação.

⁸ Expressão utilizada em uma acepção restritiva, abrangendo apenas os direitos sociais trabalhistas (como se verifica do próprio título do trabalho), deixando de lado as outras espécies de direitos sociais consagrados pelo texto constitucional. A esse propósito, vale lembrar serem os direitos trabalhistas apontados como a base dos direitos sociais (o que confirma sua relação de gênero e espécie): “*O direito social fundamental é o direito ao trabalho, do qual derivam todos os demais direitos sociais.*” (Pedro Vidal Neto, *Estado de Direito – Direitos Individuais e Direitos Sociais*, p. 167) e “*Por Direito Social quer se referir aos direitos humanos de segunda geração, formados a partir do início do século XX, pela criação e difusão das leis de natureza trabalhista e previdenciária.*” (Jorge Luiz Souto Maior, *O Direito Social e seus Valores Fundamentais*, p. 1). No mesmo sentido, Celso Albuquerque Mello, *A Proteção dos Direitos Humanos Sociais nas Nações Unidas*, p. 228.

⁹ “*A elevada inefetividade das normas laborais e a seletividade da sua aplicação e penetração nos tribunais (...) indiciam falta de eficiência da dimensão repressiva do Estado em matéria laboral. Resta aos trabalhadores como ultima ratio a possibilidade de recurso aos tribunais, pelo que predomina em Portugal uma forma de regulação dos conflitos individuais assente na reparação.*” (Antônio Manuel Carvalho de Casimiro Ferreira, *Trabalho Procura Justiça*, p. 467).

¹⁰ “*O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.*” (Mauro Cappelletti e Bryant Garth, *Acesso à Justiça*, p. 12).

ordenamento como direitos fundamentais e dos quais depende a existência digna dos trabalhadores, o que reforça a necessidade de um processo efetivo.

Nosso inconformismo tem muito a ver com a forma pela qual enxergamos o processo: um instrumento cujo resultado deveria ser condicionado, única e exclusivamente, pelo direito material dos litigantes. Metaforicamente, o processo deveria ser um espelho, refletindo, por meio da sentença, exatamente o direito material das partes, sem qualquer distorção ou modificação¹¹.

Se o trabalhador fez 70 horas extras, são 70 horas que ele deve receber (e da forma mais rápida possível), nem mais, nem menos¹². Um processo que dá 60 ou 80 horas extras a esse trabalhador não cumpre com seus escopos, extinguindo ou criando direitos quando deveria apenas revelá-los¹³.

Essa nossa visão pode parecer simples, óbvia até - e, de fato, o é: nesse ponto, não temos a menor pretensão de originalidade. Sabe-se, porém, que não é isso que ocorre. O que nos parece é que, no plano teórico, a noção da instrumentalidade do processo está perfeitamente assentada: ninguém mais a discute – nem nós o faremos (ao menos, não com o intuito de “comprová-la”) -, surgindo ela quase que como um dogma. O que falta, porém, é a transposição dessa premissa instrumentalista para a prática forense, isto é, a exploração completa de seu significado e seus desdobramentos.

¹¹ Na verdade, nossa concepção sobre o processo evoluiu de forma bastante semelhante – guardadas as devidas proporções, evidentemente – à evolução da própria ciência processual, passando de um absoluto e desmedido formalismo, valorizando muito mais as regras processuais do que as materiais (realmente vendo-o quase que como um jogo – posição que hoje tanto criticamos!!), para a atual concepção extremamente instrumentalista que procuramos passar no presente escrito, buscando evitar, ao máximo, que o processo influencie no resultado do feito tal como determinado pelo direito material.

¹² “Evidente que essa visão deve ser concretizada com os devidos cuidados – nunca é demais repetir – dentro de uma abordagem puramente técnica, para que não se faça do processo um instrumento de extorsão em prol do empregado e em detrimento do empregador. (...) a desigualdade de tratamento no processo não deve servir para conceder ao processualmente assistido mais do que, de fato, ele tinha direito,” (Jorge Luiz Souto Maior, *Direito Processual do Trabalho*, p. 25/26). Afinal, como bem sintetizou Dinamarco, “condenar a pagar o réu que não deve ou privar o verdadeiro credor do seu crédito, constituem injustiças de igual natureza e teor.” (*A Instrumentalidade do Processo*, p. 307).

¹³ “Fala-se da instrumentalidade do processo, ainda, pelo seu aspecto negativo. Tal é a tradicional postura (legítima também) consistente em alertar para o fato de que ele não é um fim em si mesmo e não deve, na prática cotidiana, ser guiado à condição de fonte geradora de direitos. Os sucessos do processo não devem ser tais que superem ou contrariem os desígnios do direito material, do qual ele é também um instrumento (à aplicação das regras processuais não deve ser dada tanta importância, a ponto de, para sua prevalência, ser condenado um inocente ou absolvido um culpado; ou a ponto de ser julgada procedente uma pretensão, no juízo cível, quando a razão estiver com o demandado).” (Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, p. 40/41). O que se deve indagar, quando da solução do feito, é a vontade do direito material naquela específica situação – a forma (processual) é importante apenas para a garantia da defesa das partes, nunca para o resultado do processo. O processo não pode impedir a realização de um direito.

Afinal de contas, uma aplicação da lei processual que negava validade a peças processuais apenas por protocoladas fora do local determinado pelo TST (mas autorizado pelos Tribunais Regionais e que facilitava – e muito – o acesso à justiça)¹⁴; que deixa de conhecer de recursos pela falta de autenticação (isto é, de um carimbo) de peças irrelevantes para o feito e que foram reconhecidas por ambos os litigantes¹⁵, que se nega a aplicar as normas do CPC naquilo que, sabidamente, são mais efetivas do que as normas celetistas e que, no geral, prefere a letra fria da lei à realização da justiça (e, mais ainda, à aplicação do texto constitucional – também uma lei!!!), não dando aos direitos sociais um tratamento condizente com seu *status* fundamental (e existencial), pode ser chamada de tudo menos de *instrumental*.

Instrumental o processo do trabalho seria se buscasse a efetivação do direito material, ao invés de encerrar-se prematuramente, sem adentrar no mérito da questão controvertida, apenas pelo não preenchimento de determinados requisitos formais que, no mais das vezes, são vazios de conteúdo e poderiam – deveriam, na verdade – ser desconsiderados. Seria instrumental se atuasse os mecanismos dispostos em lei que permitiriam, se utilizados, uma rápida satisfação do direito do credor, de modo mais próximo ao que teria ocorrido caso a obrigação tivesse sido voluntariamente cumprida pelo devedor. Seria, enfim, instrumental caso pressionasse o devedor ao cumprimento da obrigação ao invés de, por diversas formas, favorecer aquele que viola a lei e retarda a solução do feito.

Um processo que, ao contrário, é extinto no TST vários anos após sua propositura apenas por não ter sido previamente submetido à Comissão de Conciliação Prévia, quando já foi julgado meritariamente por duas instâncias e, durante sua tramitação,

¹⁴ Estamos nos referindo à em boa hora revogada Orientação Jurisprudencial n.º 320 do C. TST, que impedia o uso dos sistemas de “protocolo integrado” para o protocolo de recursos cujo órgão competente para o julgamento era o TST. Apesar de ela ter sido revogada, sua menção é oportuna por retratar o pensamento que predomina, principalmente nos tribunais superiores, no sentido de limitar, ao máximo, o acesso dos litigantes para, com isso, diminuir – de forma pouco legítima – o número de recursos a serem julgados. Trata-se, além de tudo, de posição que parte de uma premissa equivocada: o problema em nosso processo não está no número de recursos, mas sim no de ações anualmente propostas – esse, sim, exagerado e que deve ser remediado. No mais, a “criatividade” dos tribunais superiores nesse seu empenho de limitar a garantia constitucional do acesso à justiça é tanta que não nos surpreenderíamos se, em dado momento, o sucesso de um recurso no tribunal fosse determinado por sua numeração: apenas aqueles cujo dígito final seja 7, por exemplo, serão apreciados (critério obviamente caricato, mas que pelo menos seria mais previsível do que muitos dos atualmente utilizados).

¹⁵ Entendimento contido, por exemplo, nas Orientações Jurisprudenciais n.º 287 da SBDI1, 21 da SBDI1 – transitória (que não reconhece a validade das peças nem mesmo quando a mesma foi atestada pelo Tribunal Regional...) e 84 da SBDI2, entre várias outras.

já ofereceu às partes diversas possibilidades – infrutíferas – de conciliação¹⁶, é algo que, certamente, não se presta para a pacificação social ou para a realização da Justiça – mas sim para a perpetuação da injustiça e do desrespeito à lei, favorecendo aquele que não tem razão.

O que realmente não admitimos é a forma pela qual o processo é visto por seus operadores e por todos aqueles que dele participam, não como um instrumento estatal de solução das controvérsias e de restabelecimento da vontade do direito material, mas sim como um jogo, do qual deve sair vencedor aquele que melhor souber usar de suas regras, não quem tem razão, à luz do direito material¹⁷. É o meio sobrepondo-se aos fins, como no período das *legis actiones*¹⁸, em que as fórmulas verbais eram muito mais importantes do que os direitos das partes.

Ora, as regras processuais têm (ou deveriam ter) uma razão de ser, algo que as justifica e um objetivo a ser alcançado. Não devem elas servir de óbice à realização do direito material, como verdadeiros obstáculos a serem transplantados para que ele se realize¹⁹.

¹⁶ Por exemplo, os RR 2.456/2003-065-02-00-0 e 58.279/2002-900-04-00.2, entre outros.

¹⁷ Sobre o uso nem sempre legítimo da lei processual para entravar o andamento do processo, confira-se a excelente ponderação de Jorge Luiz Souto Maior: “O direito processual, vale lembrar, tem por finalidade aplicar o direito material, mas se o propósito de quem faz atuar o direito for o de não fazer valer o direito material, prender a atuação jurisdicional nas amarras processuais é o melhor caminho para se chegar a esse objetivo, pois não se precisa declarar, expressamente, tal intenção.” (*Temas de Processo do Trabalho*, p. 177). Vale frisar, porém, que, muitas vezes, essa má aplicação da lei processual não é de culpa exclusiva dos magistrados, que a ela são levados por conta de inúmeros fatores: “(...) os magistrados se viram diante de tarefas difíceis, para cuja execução sofriam todo tipo de limitações – da insuficiência crônica de recursos a estruturas organizacionais comprovadamente obsoletas, passando por uma formação técnico-profissional excessivamente formalista.” (José Eduardo Faria, *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, p. 09). No mesmo sentido, ver José Reinaldo de Lima Lopes, *Crise da Norma Jurídica e a Reforma do Judiciário*, p. 83.

¹⁸ Como bem aponta o Professor José Roberto dos Santos Bedaque: “Qual a diferença entre as soluções provenientes de duelos e rituais divinos e aquelas fundadas exclusivamente na não-observância de uma regra formal do processo? O tecnicismo exagerado, muitas vezes sem qualquer razão de ser, cria mecanismos complexos de solução de litígios, prestando verdadeiro desserviço aos objetivos do instrumento. Equipara-se substancialmente, portanto, aos rituais religiosos e às formas primitivas, ligadas a idéias completamente superadas sobre o que hoje consideramos como processo – instrumento instituído pelo Estado para resolver crises verificadas no plano material, de modo que a solução se aproxime, na medida do possível, daquilo que ocorreria não fosse necessária a via jurisdicional.” (*Efetividade do Processo e Técnica Processual*, p. 95).

¹⁹ “Em outras palavras, “(...) as leis processuais não há de ser um obstáculo que frustre o direito material da parte. A inobservância de normas processuais que por si seriam necessárias pode não ser prejudicial, se sua obediência no caso concreto só se manifesta em consequência de mero trâmite procedimental sem nenhuma significação. O que interessa ao direito processual de hoje é uma resolução justa e imparcial; a utilização das normas de procedimento não deve ser um obstáculo no caminho da pronta realização do verdadeiro direito”. O fim último do processo não é outro senão o da pacificação social por meio da justa composição do litígio.” (Humberto Theodoro Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. I, p. 25).

O objetivo do processo é solucionar a crise de direito material, dar a quem tem direito exatamente aquilo a que faz jus. Ele é, antes de tudo, um serviço público prestado pelo Estado: suas regras devem, sim, ser respeitadas, mas sempre tendo em vista a finalidade para a qual elas (e o próprio processo) existem: o restabelecimento do direito material violado. As normas processuais devem ser interpretadas e aplicadas de modo a dar efetividade às garantias constitucionais, não o contrário: uma mera formalidade não pode, jamais, impedir a justa composição da lide²⁰.

Sempre que isso ocorre, o processo atenta contra sua razão de ser e contra a própria Constituição Federal, que o define como *garantia* dos direitos fundamentais. Nesses casos, o Estado falha com sua obrigação de tutelar aquele indivíduo cujo direito foi violado, deixando de ser um Estado de Direito.

Enfim, é contra essa visão do processo como um jogo que nos insurgimos, buscando fixar a visão do processo como um instrumento de realização do direito material. Um processo que seja pensado (e praticado) privilegiando-se o titular do direito material – cuja restauração é a própria razão de ser da Jurisdição –, não o devedor²¹.

O processo, enfim, como um serviço público prestado pelo Estado para a defesa dos direitos do indivíduo²² (e essa é uma idéia que nos parece especialmente interessante, que buscaremos desenvolver). O processo (e todos que nele atuam) está a

²⁰ Não estamos, vale frisar, defendendo a “anarquia processual” ou o completo abandono das formas processuais, mas sim a adequação das normas processuais aos seus verdadeiros propósitos, dentro, obviamente, das finalidades do próprio sistema – e sempre preservando o direito de defesa das partes. Como ensina o Professor Cândido Rangel Dinamarco: “Não se trata de “desprocessualizar” a ordem jurídica. É imenso o valor do processo e nas formas dos procedimentos legais estão depositados séculos de experiência que seria ingênuo querer desprezar. O que precisa é desmistificar regras, critérios, princípios e o próprio sistema.” (*A Instrumentalidade do Processo*, p. 268).

²¹ “Esta observação a faço, antes de tudo, porque me vejo na necessidade de acrescentar que nem a opinião pública toma consciência da maior importância que tem para a organização social um instituto como o processo, nem correlativamente o Estado faz pelo processo tudo que deveria fazer.” (Francesco Carnelutti, *Como se Faz um Processo*, p. 119). Da mesma forma: “Espero com este trabalho evidenciar a importância do sistema de resolução de conflitos, e em especial dos tribunais de trabalho, para o aprofundamento da democracia e cidadania laborais.” (Antônio Manuel Carvalho de Casimiro Ferreira, *Trabalho Procura Justiça*, p. 25). E isso é especialmente verdadeiro com relação ao processo do trabalho, que lida com os direitos sociais, uma vez que “o garantismo dos direitos laborais e o carácter promocional, associado aos direitos sociais, está dependente da actuação do Estado e suas instituições. A efectividade desses direitos está, em grande medida, dependente das formas estatais e institucionais de resolução dos conflitos” (Antônio Manuel Carvalho de Casimiro Ferreira, *Trabalho Procura Justiça*, p. 28).

²² Até porque o desforço pessoal é vedado pelo ordenamento – a via judicial é a única válida para a proteção dos direitos: “O mesmo poder de onde emana a norma impede, todavia, a autotutela privada. Nessa medida, institui outra função estatal, complementar daquela criadora do direito material, destinada especificamente a atuá-lo de forma coercitiva, com o objetivo de eliminar a patologia e alcançar a pacificação social. (...) Exatamente por isso, não se concebe a possibilidade de alguém, titular de um direito material, não conseguir satisfação pela via do processo.” (José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)*, p. 15).

serviço do jurisdicionado, não o contrário²³: é o estudo da Jurisdição sob a perspectiva de seu consumidor, na feliz expressão de Cappelletti, amoldando-se às suas necessidades de modo a alcançar a excelência nos serviços prestados - representada pela integral satisfação de seu direito²⁴.

E isso é ainda mais necessário no processo do trabalho, pela natureza e importância dos direitos que nele se discute²⁵. Afinal de contas, o art. 1º da Constituição Federal de 1988 define nosso país como um Estado Democrático de Direito que tem como fundamentos, entre outros, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho. Estão entre os objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade justa e solidária, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais; para isso, é fundamental a implementação dos direitos dos trabalhadores listados em seu art. 7º - dispositivo esse, vale lembrar, inserido no Capítulo II (“Dos Direitos Sociais”) do Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”) do texto constitucional, ou seja, os direitos do trabalhador são definidos pela Constituição como direitos fundamentais da pessoa humana – e assim devem ser tratados.

O estudo dos direitos trabalhistas como direitos fundamentais também será um tema de destaque em nosso trabalho. A escolha desse tema se deve à constatação de que os direitos dos trabalhadores não são vistos nem tratados como direitos fundamentais²⁶, mas sim direitos de segunda categoria, de uma forma nem um pouco

²³ O que, infelizmente, normalmente se esquece – mas foi bem lembrado pelo Presidente do C. TST, Ministro Ronaldo Lopes Leal: “O desafio, porém, não se restringe a investimentos, máquinas e sistemas. Trata-se sobretudo de uma mudança de cultura - e este talvez seja o ponto mais difícil. Temos uma “cultura do papel”, e as instituições públicas brasileiras sempre foram excessivamente burocratizadas. E mudanças geram receio. Àqueles que temem a extinção do processo em papel, afirmo que não há porque temer que a Justiça informatizada vá cancelar garantias ou impedir o exame adequado das questões. Os processos vão continuar processos, apenas o meio é que muda. O juiz vai continuar com sua tarefa institucional e intransferível: a aplicação do direito ao caso concreto, dando a satisfação, ou não, daquilo que a parte pede. E isso em um prazo muito mais curto. Ganham, portanto, todos: o Judiciário, a sociedade e, sobretudo, o trabalhador brasileiro - aquele a quem nosso trabalho se destina.” (*A Virtualização da Justiça do Trabalho*).

²⁴ Algo, enfim, como a *função social* do processo, de forma semelhante ao que se deu, após uma longa evolução, com o direito (antes absoluto) de propriedade.

²⁵ “Il processo del lavoro fra tutti i processi del nostro ordinamento giuridico (...) deve avere la preminenza, perché come i maestri di diritto del lavoro ci hanno insegnato la prestazione d’opera da parte del lavoratore costituisce il mezzo per il sostentamento della vita sua e dei suoi familiari” (Carmelo Basile, *Interventi*, p. 157).

²⁶ Muitas vezes os direitos trabalhistas não são nem sequer admitidos como verdadeiros *direitos*, quanto menos fundamentais... Os próprios direitos sociais, é forçoso reconhecer, sofrem um certo preconceito no que concerne ao reconhecimento de sua fundamentalidade e da equiparação de sua importância aos direitos de primeira geração: “Sob o ângulo pragmático, no entanto, a comunidade internacional continua a tolerar freqüentes violações aos direitos sociais, econômicos e culturais que, se perpetradas em relação aos direitos civis e políticos, provocariam imediato repúdio internacional. Em outras palavras, ‘independentemente da retórica, as violações de direitos civis e políticos continuam a ser consideradas como mais sérias e mais

condizente com a sua dignidade²⁷ – e, menos ainda, com a dignidade da pessoa do trabalhador, valor que os direitos fundamentais visam realizar e que o sistema constitucional reconheceu como o mais importante de todos aqueles que o permeiam.

Isso gera a conhecida situação de absoluto descumprimento da lei trabalhista na constância da relação de emprego²⁸ (além de explicar muito da própria inefetividade do processo trabalhista), da qual é mostra a avalanche de processos anualmente submetidos ao Judiciário trabalhista – principal elemento responsável pela ineficácia da justiça laboral, segundo pensamos -, tornando letra morta o texto constitucional.

Dessa forma, buscaremos demonstrar e reafirmar a fundamentalidade dos direitos do trabalhador, bem como sua importância em nossa matriz constitucional. Por trás disso está a esperança de que, uma vez reforçado o caráter fundamental dos direitos trabalhistas, eles passem a ser respeitados e efetivados, tal como se dá com relação aos direitos reconhecidos como fundamentais, que gozam de uma proteção judicial muito mais efetiva do que os direitos trabalhistas²⁹. Quer-se mostrar, em outros termos, que o

patentemente intoleráveis, que a maciça e direta negação de direitos econômicos, sociais e culturais’.” (Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 179). No mesmo sentido: Jorge Pereira da Silva, *Os Direitos Sociais e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia*, p. 154; Vicente de Paulo Barretto, *Reflexões sobre os Direitos Sociais*, p. 107 e ss.; Celso Albuquerque Mello, *A Proteção dos Direitos Humanos Sociais nas Nações Unidas*, p. 221. Continua a valer, especialmente para os Direitos Sociais, a observação de Bobbio de que “o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados” (*A Era dos Direitos*, p. 25).

²⁷ Talvez uma boa mostra dessa equivocada visão seja a comentada edição n.º 900 da Revista Exame, datada de 29.08.07 e cujo principal mote são os entraves que os direitos dos trabalhadores (supostamente) representariam ao desenvolvimento econômico, ridicularizando aqueles que os defendem, como bem mostra sua capa: “*A dura vida num país com leis trabalhistas do século passado e juízes com síndrome de Robin Hood*”.

²⁸ E, às vezes, parece ser essa a intenção, tamanhos são os estímulos dados pelo sistema ao mau empregador. De outro lado, também isso parece não ser exclusividade brasileira, como bem aponta Antônio Manuel Carvalho de Casimiro Ferreira, referindo-se ao ordenamento laboral português: “*Apesar das intervenções políticas, da densidade normativa ou mesmo da inflação legislativa, a falta de efectividade das normas em vigor é um fenómeno sociológico que marca esta área social.*” (*Trabalho Procura Justiça*, p. 121).

²⁹ Os direitos fundamentais da 1ª geração – em especial, a propriedade - têm um prestígio muito maior em torno de sua efetividade do que os direitos trabalhistas. E o mesmo pode ser dito quanto a alguns dos direitos sociais e é revelado, por exemplo, pela maior frequência com que o instituto da tutela antecipada é aplicado quando se trata dos direitos previdenciários ou daqueles relacionados à saúde do indivíduo: “*PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TUTELA ANTECIPADA. MEIOS DE COERÇÃO AO DEVEDOR (CPC, ARTS. 273, §3º E 461, §5º). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. CONFLITO ENTRE A URGÊNCIA NA AQUISIÇÃO DO MEDICAMENTO E O SISTEMA DE PAGAMENTO DAS CONDENAÇÕES JUDICIAIS PELA FAZENDA. PREVALÊNCIA DA ESSENCIALIDADE DO DIREITO À SAÚDE SOBRE OS INTERESSES FINANCEIROS DO ESTADO. (...) 4. Todavia, em situações de inconciliável conflito entre o direito fundamental à saúde e o regime de impenhorabilidade dos bens públicos, prevalece o primeiro sobre o segundo. Sendo urgente e impostergável*

pagamento dos direitos do trabalhador – e, assim, a efetivação dos direitos sociais – é uma obrigação legal (e uma imposição de nossa ordem constitucional, decorrente do modelo de sociedade que o legislador constituinte pretendeu construir), não uma faculdade ou concessão do empregador.

A fundamentalidade dos direitos do trabalhador e do direito de ação (por nós denominado *direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*), somadas ao caráter existencial das verbas discutidas no processo trabalhista, geram a demanda por um processo rápido e eficaz que, em pouco tempo, propicie ao trabalhador a integral reparação do direito violado na constância da relação de emprego (o que é especialmente importante para a construção do Estado Social de Direito decorrente de nosso projeto constitucional, o que reforça a importância do processo e, assim, do tema estudado).

É isso o que tentaremos construir: lembrando os verdadeiros escopos do sistema processual, mostrar como ele pode ser lido para que seja aplicado de forma a proporcionar resultados mais úteis aos jurisdicionados e mais consentâneos com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e a própria fundamentalidade (formal e material) dos direitos do trabalhador.

2. DELIMITAÇÃO DO TEMA

Duas serão, basicamente, nossas “linhas de ataque” no presente trabalho: partindo do estudo das premissas sobre as quais se assenta o sistema, (i) promover a modificação de sua lógica para que, ao invés de privilegiar o devedor, ele passe a favorecer o credor e (ii) apresentar novas formas de leitura e utilização da técnica processual, na busca por um processo mais efetivo. Em outros termos, um processo mais caro (já que só assim o devedor será compelido a cumprir a lei) e tecnicamente mais bem aparelhado.

Para tanto, dividiremos o trabalho em duas seções, uma teórica e outra prática, servindo a primeira para a fixação das premissas que servirão de base para as considerações a serem tecidas na segunda.

a aquisição do medicamento, sob pena de grave comprometimento da saúde do demandante, não se pode ter por ilegítima, ante a omissão do agente estatal responsável, a determinação judicial do bloqueio de verbas públicas como meio de efetivação do direito prevalente.” (STJ, 1ª Turma, REsp 851.760, 22.08.06, Rel. Min. Teori Albino Zavascki). O que queremos mostrar é que os direitos trabalhistas estão no mesmo patamar constitucional e fundamental do direito à saúde e à previdência, por conta do quanto eles significam para a própria sobrevivência do trabalhador, a impor a sua proteção por meio de um processo mais eficiente, tal qual se dá com esses outros direitos sociais.

A parte teórica também será dividida em dois temas. No primeiro, buscaremos resgatar os escopos do processo, o conteúdo do direito de ação e, juntando ambos, demonstrar que a jurisdição deve ser vista como um serviço público prestado pelo Estado aos cidadãos, cujo objetivo é o de “*dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir*”³⁰.

Em seguida, estudaremos a dimensão dos direitos trabalhistas como direitos fundamentais do trabalhador. Isso será feito mediante a demonstração de quatro premissas básicas: (i) a noção de que os direitos sociais (reconhecidamente, direitos fundamentais) nada mais são do que uma ulterior fase do processo histórico em que surgiram as leis de proteção do trabalho (de modo que, se os direitos sociais são reconhecidos como direitos fundamentais, os direitos trabalhistas também devem sê-lo); o desenvolvimento das noções de fundamentalidade (ii) formal e (iii) material dos direitos trabalhistas, querendo representar, respectivamente, o reconhecimento de sua fundamentalidade pelos textos internacionais de direitos humanos e pela própria Constituição brasileira e a circunstância de eles plasmarem em si valores que são essenciais à sobrevivência e à dignidade dos indivíduos (além de representarem os valores que se elegeu como base da nova ordem constitucional) e, por fim, (iv) a noção de que os direitos dos trabalhadores representam uma projeção de garantias clássicas como o direito à vida, à integridade física e à liberdade no âmbito das relações de trabalho.

Esses dois tópicos introdutórios pretendem servir para a fixação das premissas dos estudos a serem desenvolvidos na terceira parte de nosso trabalho: a demonstração de como uma diferente leitura da lei processual, liberta das amarras formalistas e positivistas que ainda predominam (até mesmo por conta dos moldes em que se dá nossa formação jurídica³¹), pode melhor servir para a realização dos direitos sociais e da promessa constitucional de uma tutela jurisdicional efetiva.

Os temas a serem enfrentados nessa parte foram escolhidos por serem, no nosso entender, aqueles que melhor ilustram como uma nova forma de se pensar o processo pode trazer bons resultados para a sua efetividade. Focamos, aqui, nos dissídios

³⁰ Giuseppe Chiovenda, *Instituições de Direito Processual Civil*, p. 84.

³¹ “A crise do sistema processual idealizado pelo Iluminismo e consolidado pelo Positivismo é hoje um fato de conhecimento geral. (...) As soluções, porém, não são de fácil implemento e, quase sempre, esbarram em preconceitos e idéias já suficientemente incorporados a uma cultura jurídica que, por sua filiação positivista, despreza elementos extranormativos do Direito, tais como os princípios, a própria História do Direito e o Direito Comparado.” (Eduardo Henrique von Adamovich, *A Tutela de Urgência no Processo do Trabalho: uma visão histórico-comparativa*, p. 1/2).

individuais, por representarem a maior massa dos processos trabalhistas em nosso país - o que não infirma (mas, ao contrário, confirma) a necessidade de se privilegiar os processos coletivos, especialmente por melhor permitirem a defesa dos direitos dos trabalhadores ainda na constância da relação de emprego, algo imprescindível para que eles sejam realmente efetivados e não transformados em mera indenização após a rescisão contratual.

O primeiro capítulo dessa segunda parte cuida do processo do trabalho como instrumento de desestímulo à violação da lei trabalhista. Nele exploraremos a *instrumentalidade* do processo sob uma diferente perspectiva: não como meio através do qual se revela o direito material, mas como instrumento (no sentido de “ferramenta”) de estímulo ao cumprimento da lei trabalhista.

Ele tem como antecedente nossa percepção de que o principal problema que assola o Judiciário trabalhista é a enorme quantidade de ações que lhe são submetidas todos os anos³², que literalmente congestionam os tribunais. Ela, por sua vez, revela que a lei trabalhista não é cumprida na constância da relação de emprego³³ - em virtude, principalmente, da visão de que os direitos dos trabalhadores não são dignos de proteção e, em especial, de o ordenamento ser estruturado de molde a estimular o desrespeito à lei, já que o empregador que deixa de cumprir com suas obrigações trabalhistas tem seus custos de produção diminuídos³⁴.

Consequentemente, o principal caminho, se se deseja estimular o cumprimento da lei trabalhista (e, assim, diminuir a litigiosidade) é o de tornar cara a violação à lei para, com isso, mudar a cultura de desrespeito à lei trabalhista que ainda hoje impera.

Proporemos, pois, algumas medidas nesse sentido, como o aumento dos juros de mora, a efetiva aplicação das multas previstas na legislação e a condenação em honorários advocatícios. Com essas medidas, violar a lei deixará de ser um bom negócio, o número de ações será reduzido e, com isso, melhorar-se-á a qualidade da prestação jurisdicional.

³² Apenas em 2005, por exemplo, nada menos do que 1.739.242 novas ações foram propostas.

³³ O que comprova a nossa constatação de que os direitos trabalhistas não são vistos - e, assim, tratados - como direitos fundamentais.

³⁴ Por diversos fatores: apenas uma parte dos empregados que tiveram seus direitos violados o aciona, essas ações dificilmente reconhecem todos seus direitos e os juros trabalhistas são baixos - em suma, vários são os benefícios dados ao empregador inadimplente.

O segundo capítulo será destinado ao estudo do abuso processual: para nós, um dos grandes óbices à efetividade da jurisdição trabalhista, verificado diariamente no foro mas muito pouco combatido – talvez, por não se perceber os prejuízos que ele causa ao bom funcionamento da justiça.

De fato, não raramente, o autor postula mais do que tem direito, o réu nega dívidas de cuja existência tem pleno conhecimento, provas são produzidas e recursos são interpostos com o único objetivo de retardar o andamento do feito, enfim, um sem-número de condutas não somente imorais como também ilegais, por serem contrárias aos deveres processuais das partes, são adotadas – e sem qualquer punição.

Às vezes, os próprios magistrados, premidos pela enorme quantidade de processos que lhe são submetidos e pelas exigências de produtividade dos tribunais (a despeito das más condições de trabalho que lhe são oferecidas), acabam por também abusar de seus poderes-deveres e retardam a prática dos atos processuais a seu encargo ou determinam a realização de atos processuais ou o cumprimento de formalidades desnecessárias, apenas para dar seguimento aos feitos e adiar a necessidade de seu julgamento – isso quando não forçam as partes a um acordo ou extinguem o processo prematuramente, para não terem que analisar o seu mérito.

Todas essas condutas constituem nítidos exemplos de abuso processual e devem atrair, tal qual o abuso no plano material, as conseqüências previstas pelo ordenamento, não apenas pelo ato ilícito que representam mas, principalmente, pelo prejuízo que geram à administração da justiça, desperdiçando recursos estatais e alongando os já demorados prazos de encerramento dos feitos – sendo esse, na verdade, o principal motivo pelo qual se faz necessária a sua coibição³⁵.

Este será, enfim, o tema desse capítulo: o abuso processual; sua caracterização, prevenção e punição, com especial enfoque nesta última, já que a melhor forma de se coibir o abuso do processo é mediante sua pronta e firme repressão. A

³⁵ “Uma das principais mazelas do Poder Judiciário repousa na demora da prestação jurisdicional. Afastadas as questões estruturais típicas de um país terceiro-mundista, colocados de lado os raros maus exemplos de servidores despreparados e com pouca vontade de exercer responsabilmente função primordial ao Estado democrático de direito, encontramos a (má) conduta das partes litigantes como um dos principais fatores a retardar a efetividade no trato da coisa pública direcionada à solução dos conflitos.” (Fabio Milman, *Improbidade Processual*, p. 10). Outro aspecto negativo da demora judicial é que ela desincentiva a procura pelo Judiciário, diminuindo o acesso à justiça por aqueles que têm seus direitos violados. A demora do processo viola o devido processo legal e representa verdadeira denegação de Justiça, comprometendo a segurança jurídica e prejudicando até mesmo a economia do país (nesse sentido, ver José Rogério Cruz e Tucci, *Tempo e Processo*, p. 11/15 e 114 e ss.).

impunidade é, de fato, um grande estímulo à perpetuação do abuso: se o litigante improbo, antes de agir, souber que não apenas seus atos não surtirão efeito como também que será punido, certamente pensará duas vezes antes de agir³⁶.

O terceiro capítulo tratará das Comissões de Conciliação Prévia. Analisaremos o acerto (ou não) do entendimento do TST de que a demanda que não tiver sido, previamente, submetida à Comissão de Conciliação Prévia da categoria deve ser extinta sem julgamento do mérito, mesmo já tendo sido julgada, meritoriamente, pelas instâncias inferiores.

Apesar de concordarmos, em parte, com a premissa de que parte o C. TST, no sentido de que a passagem pela Comissão é obrigatória, não podemos concordar com a conclusão dela extraída (a extinção, em 3º grau de jurisdição, das ações que não o fizeram), por desatender o princípio da economia processual e contrariar a própria razão de ser das condições da ação.

Assim, iniciando pela análise do posicionamento consolidado no TST sobre a matéria, demonstraremos o acerto de sua premissa e, após um breve estudo do modelo do italiano, chegaremos à conclusão pelo desacerto da posição do TST.

Além disso, cientes dos inúmeros problemas que a prática das Comissões de Conciliação Prévia revelou, apontaremos algumas medidas que podem ser tomadas para garantir que elas funcionem adequadamente - condição necessária para que se possa exigir a prévia passagem por elas antes do ingresso em juízo, tal como defendemos.

O quarto capítulo tratará da antecipação de tutela, instrumento de especial relevância para a construção de um processo mais justo, célere e eficaz.

Iniciaremos o capítulo reforçando a importância da tutela antecipada para a jurisdição trabalhista, até mesmo como forma de concretização da garantia constitucional a um processo célere (art. 5º, inc. LXXVIII), mostrando os casos em que ela é cabível e, principalmente, exemplificando algumas situações em que ela pode servir de elemento diferencial para a proteção do credor trabalhista, evitando que a demora do processo torne seu direito inútil ou o submeta a severas privações. Analisaremos, aqui, as duas modalidades de antecipação de tutela previstas em nosso ordenamento, aquela relacionada

³⁶ O atual sistema, como lido e aplicado, estimula a má-fé processual: do devedor, por lhe dar várias vantagens econômicas ao adiar o pagamento da dívida, e, reflexamente, do credor, que dela lança mão ("inflando" os pedidos e valores postulados) na tentativa de compensar as vantagens dadas ao devedor e, assim, equilibrar sua posição processual. Ambas são reprováveis e devem ser reprimidas.

à existência de uma situação de perigo do autor (CPC, art. 273, inc. I) e aquela (menos estudada, mas igualmente relevante) ligada à falta de contestação efetiva por parte do réu (art. 273, inc. II e § 6º), cabível mesmo na ausência de situação de perigo.

Em seguida, procederemos à análise crítica de seu uso no Judiciário trabalhista. Mais precisamente, criticaremos a sua pouca utilização e seu pouco desenvolvimento no cotidiano forense, apresentando algumas sugestões para a modificação desse panorama, que reduz, sensivelmente, os benefícios que o instituto pode proporcionar.

Dando continuidade à idéia de melhorar o aproveitamento da antecipação de tutela no processo do trabalho, abordaremos duas questões técnicas, que muito podem contribuir para a efetividade do processo trabalhista: (i) o uso das medidas de apoio previstas no art. 461 do CPC também para a antecipação de tutela em pagamento de quantia, coagindo o devedor a cumpri-la e, assim, mais prontamente satisfazer o direito do credor e (ii) a necessidade de se abandonar, na efetivação da medida que antecipa os efeitos da tutela, as amarras do modelo da execução provisória trabalhista, que, praticamente, inutiliza o instituto.

Por fim, analisaremos como as recentes modificações promovidas na execução do processo civil refletem na antecipação de tutela, civil e trabalhista.

O quinto capítulo procurará apresentar uma nova visão sobre alguns temas relacionados à execução definitiva de sentenças condenatórias ao pagamento de quantia, na tentativa de torná-la mais célere e eficiente.

O interesse em se revistar o processo de execução decorre de sua notória incapacidade em proporcionar, de maneira rápida e eficaz, o bem da vida reconhecido ao credor em sentença. Muitas vezes apontado como o “*calcanhar de Aquiles do processo*”³⁷, o processo de execução, quando não resulta de todo infrutífero (isto é, mesmo quando logra localizar bens do devedor e transformá-los em dinheiro), costuma demorar tanto tempo que acaba por causar um enorme desgaste ao titular do direito, chegando a um resultado muito distante do voluntário cumprimento da obrigação pelo devedor.

Muitos – e louváveis – efeitos positivos já foram obtidos na execução trabalhista por meio da “*penhora on line*”, que facilitou, e muito, a localização de dinheiro

³⁷ Item 5 da Exposição de Motivos da Lei n.º 11.232/05. Mostra disso nos é dada pelo Relatório Geral da Justiça do Trabalho referente ao ano de 2005: dos 2.555.913 processos residuais existentes em primeira instância, 1.684.617 (66%) estavam em fase de execução.

do devedor, acelerando (quando não *permitindo*) a satisfação dos direitos trabalhistas reconhecidos em sentença; não obstante, inúmeros problemas ainda persistem, e sua gravidade se faz ainda maior em virtude da natureza alimentar/fundamental dos direitos sobre os quais se litiga na Justiça do Trabalho.

Finalmente, a “gota d’água” do problema parte da constatação de que, ao passo em que várias foram as medidas legislativas tomadas nos últimos anos em prol da efetividade da execução civil, nada disso ocorreu no processo do trabalho, do que decorre a paradoxal (e inaceitável) conclusão de que, em muitos (e importantes) aspectos, o processo civil é mais eficiente do que o trabalhista.

Assim, nosso primeiro passo neste capítulo será o de defender a aplicação, ao processo do trabalho, das recentes modificações promovidas na execução civil pelas Leis n.º 11.232/05 e 11.382/06.

Buscaremos, em seguida, outros modos de tornar efetiva a execução definitiva trabalhista, iniciando pela defesa da aplicação dos instrumentos do art. 461 do CPC à totalidade das obrigações de dar, isto é, também àquelas de pagamento de quantia - não apenas de entrega de coisa (CPC, art. 461-A) -, tendo em vista a inexistência de diferença estrutural entre elas que justifique essa diferença de tratamento. Depois, veremos o cabimento idêntico de se utilizar os mesmos meios executivos em todas as ações relativas a dívidas de natureza alimentar (e, assim, também às ações trabalhistas, face à natureza alimentar dos créditos nelas discutidos).

Por fim, discorreremos sobre uma das mais interessantes possibilidades trazidas pela Lei n.º 11.232/05: a execução de sentenças meramente declaratórias, algo absolutamente impensável para o pensamento processual civil tradicional e que será defendido, mais do que pelos benefícios que pode proporcionar, por ser uma boa mostra de como uma nova forma de se enxergar o processo pode melhorar os resultados dele extraídos.

O último capítulo do trabalho será semelhante ao penúltimo, tratando, agora, da aplicação das normas do CPC à execução provisória trabalhista, já que, também aqui, as normas processuais civis são mais eficientes do que as celetistas, permitindo, em alguns casos, a satisfação do direito do credor mesmo antes do trânsito em julgado da decisão – o que não se dá no processo do trabalho.

Assim, aproveitando a argumentação apresentada no capítulo precedente, mostraremos a maior efetividade da execução provisória no processo civil para, em seguida, defender sua aplicação no processo do trabalho – de forma até mais extensa do que no processo civil, face à (ainda) maior urgência de uma tutela efetiva de que se ressentem os créditos trabalhistas.

Por fim, sumaremos as conclusões verificadas ao longo de todo o trabalho, apresentando as conclusões finais de nossa pesquisa.

A tônica do trabalho será a busca de uma nova forma de se ler essas figuras processuais, na tentativa de extrair resultados mais úteis do processo, ajudando para que ele, enfim, sirva para a afirmação dos direitos sociais³⁸ – e isso sem grandes inovações, apenas mediante a aplicação, com um outro espírito, do instrumental já existente³⁹. Mais importante do que a mudança das leis é a mudança da mentalidade daqueles que a utilizam⁴⁰.

Essas serão as bases de nossa tentativa de contribuição para a efetivação dos direitos sociais: pela construção de um processo mais justo e efetivo.

3. TÉCNICAS E MÉTODOS DE PESQUISA

Até pela natureza do trabalho proposto, nossos estudos partiram, em todos os capítulos, do ordenamento jurídico nacional, analisando seus principais dispositivos com relação a cada um dos temas estudados – com especial ênfase, sempre, no texto constitucional, por conta do papel que ocupa no sistema jurídico.

³⁸ E sempre preservando as garantias constitucionais e os direitos *legítimos* da parte contrária – não nos afigurando como um direito legítimo (ainda que albergado pelo sistema), porém, o de ser executado pelo modo mais ineficiente e demorado possível: “*Como ensina Ada Pellegrini Grinover, as garantias processuais (dentre elas o duplo grau de jurisdição) não mais devem ser analisadas a partir de uma visão puramente individualista, mas como garantias da pessoa situada no grupo, que, portanto, podem sucumbir a outros interesses mais relevantes para a sociedade.*” (Jorge Luiz Souto Maior, *Temas de Processo do Trabalho*, p. 100).

³⁹ “*O que se pretende é fazer dessas conquistas doutrinárias e de seus melhores resultados um sólido patamar para, com uma visão crítica e mais ampla da utilidade do processo, proceder ao melhor estudo dos institutos processuais – prestigiando ou adaptando ou reformulando os institutos tradicionais, ou concebendo institutos novos – sempre com a preocupação de fazer com que o processo tenha plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos.*” (Kazuo Watanabe, *Da Cognição no Processo Civil*, p. 20/21).

⁴⁰ “*E, é claro, que a produção desses resultados depende muito de nossa atuação enquanto operadores do direito. O direito é muito mais que aquilo que os operadores do direito dizem que é e do que está dito na lei. Está em nossas mãos – ou melhor, em nossas mentes -, portanto, a opção de tornar verdadeira a promessa legislativa, ou de torná-la letra morta.*” (Jorge Luiz Souto Maior, *Temas de Processo do Trabalho*, p. 177).

Essa análise foi complementada pelo estudo da doutrina existente sobre a matéria, não apenas nacional mas também estrangeira, a primeira para ajudar-nos no entendimento do modelo nacional e fornecer idéias no sentido de seu aprimoramento (e suporte para as nossas sugestões), a segunda, para termos conhecimento das soluções adotadas em outros sistemas jurídicos e, quando interessante, propor sua aplicação ao nosso modelo (ou para verificar se as soluções aqui adotadas eram compartilhadas, reforçando, assim, a sua validade). Por essas mesmas razões, analisamos, também, dispositivos legais estrangeiros, para ver as soluções por lá adotadas e, quando cabível, defender sua aplicação em nosso direito, em suporte às nossas conclusões.

Nos pontos de maior caráter prático, procuramos enriquecer a exposição com transcrições da jurisprudência, nacional e estrangeira, com vistas a ver como algumas das matérias estudadas eram tratadas na prática judiciária, até mesmo para ver se elas poderiam trazer os efeitos desejados e se as normas que elas envolviam eram ou não aplicadas.

Utilizamos, assim, principalmente, do método dialético, analisando as diversas posições doutrinárias e jurisprudenciais existentes sobre os temas estudados, na busca de uma visão mais completa sobre eles, bem como para buscar novas idéias e suporte às nossas conclusões. Também fizemos, em alguns pontos, pequenas digressões históricas, além de estudos sobre a razão de ser de alguns dos institutos envolvidos, na busca de melhor compreender seu significado e conteúdo.

No que toca às sugestões apresentadas, lançamos mão, principalmente, do método dedutivo, partindo da análise das normas do sistema até chegar nas conclusões defendidas, embasando-as na legislação, doutrina e jurisprudência existentes.

PRIMEIRA PARTE

O DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA E O PROCESSO COMO UM SERVIÇO PÚBLICO

1. O DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICCIONAL EFETIVA E O PROCESSO COMO UM SERVIÇO PÚBLICO

1. ESCOPOS DO PROCESSO E DA JURISDIÇÃO

O convívio em sociedade é, naturalmente, conflitivo. Sendo infindáveis as necessidades/vontades humanas e limitados os bens aptos a satisfazê-las (ou o desejo em seu compartilhamento), é inevitável o surgimento de conflitos de interesse entre as pessoas.

Esses conflitos, por sua vez, são extremamente nocivos para a vida em sociedade – especialmente quando não há regras a discipliná-los, ficando a sua solução condicionada à disputa (direta, física) entre as partes.

Por conta disso, desde tempos imemoriais, as mais diversas sociedades procuraram instituir regras/códigos de conduta para disciplinar o convívio social e, assim, garantir o convívio harmônico entre seus membros. Necessário frisar que tais regras eram instituídas não com vistas à proteção de um ou outro indivíduo eventualmente favorecido naquela dada situação, mas sim no interesse de toda a sociedade, como forma de garantir a sua perpetuação. E, nos dias de hoje, é o Estado que, em seu interesse, positiva as normas a serem observadas pela população, destinadas à disciplina da vida em sociedade⁴¹.

É certo, porém, que isso não bastou. A existência de regras (supostamente) claras e precisas a serem observadas não fez desaparecer os conflitos de interesse entre as pessoas, quer por haver dúvida sobre o conteúdo ou incidência de uma dada regra em uma determinada situação, quer, simplesmente, porque um dos indivíduos envolvidos no conflito preferiu desrespeitá-la, na espera da resignação da outra pessoa. É fato inconteste que a mera existência de regras de conduta não basta para a conformação do comportamento das pessoas e a eliminação dos conflitos entre elas; conseqüentemente, persistia a necessidade de os conflitos serem resolvidos, para que fosse garantida a paz social.

⁴¹ “O Estado contemporâneo tem por escopo a manutenção da paz social, vetando a atuação autodefensiva dos direitos subjetivos, com a imposição de normas reguladoras da conduta dos membros da comunhão social. À antiga concepção duelística do processo de conotação privada haveria de substituir-se aquela autoritária, pela qual a idéia de processo aflora como instrumento de investigação da verdade e de distribuição da justiça.” (José Rogério Cruz e Tucci, *Tempo e Processo*, p. 23).

Inicialmente, isso foi feito pelos próprios indivíduos, com base em sua força ou poder político – o que, obviamente, pouco ajudava em termos de paz social. Em seguida, historicamente, a solução dessas disputas foi confiada a uma autoridade (no mais das vezes, religiosa), que deveria dar a decisão a ser respeitada pelos indivíduos.

O passo seguinte foi atribuir-se às autoridades políticas o poder de decidir os conflitos de interesses entre as pessoas – solução que se consolidou à medida que o poder central se fortalecia.

De fato, com o seu gradativo fortalecimento, o Estado avocou para si o poder de decidir os conflitos de interesses entre as pessoas. Para tanto, foi necessário o estabelecimento de regras que disciplinassem o exercício desse seu poder: surgia, assim, a disciplina do processo, instrumento por meio do qual o Estado exerce o poder jurisdicional, decidindo os conflitos de interesse entre as pessoas com vistas a garantir a paz social e a observância/restabelecimento de seu ordenamento jurídico material.

Sob a ótica do Estado, a jurisdição (e o processo) serve para fazer atuar aquelas normas de conduta que não foram observadas espontaneamente na convivência social entre as pessoas, restabelecendo o seu império. A norma violada é revigorada pelo processo, que condena o infrator pela sua inobservância, assegurando que as relações sociais se desenvolvam nos moldes pretendidos pelo Estado ao instituí-las.

Nesse sentido, pode-se dizer que, teleologicamente, o direito processual complementa o direito material, servindo de apoio a ele na regulação da vida social: *“Por esse aspecto, a função jurisdicional e a legislação estão ligadas pela unidade de escopo fundamental de ambas: a paz social”*⁴².

Com a segunda ordem de atividades jurídicas, consistente na jurisdição, cuida o Estado de buscar a realização prática daquelas normas em caso de conflito entre pessoas – declarando, segundo o modelo contido nelas, qual é o preceito pertinente ao caso concreto (processo de conhecimento) e desenvolvendo medidas para que

⁴² Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, p. 193. “Ao criar a jurisdição no quadro de suas instituições, visou o Estado a garantir que as normas de direito substancial contidas no ordenamento jurídico efetivamente conduzam aos resultados enunciados, ou seja: que se obtenham, na experiência concreta, aqueles precisos resultados práticos que o direito material preconiza. E assim, através do exercício da função jurisdicional, o que busca o Estado é fazer com que se atinjam, em cada caso concreto, os objetivos das normas de direito substancial. Em outras palavras, o escopo jurídico da jurisdição é a atuação (cumprimento, realização) das normas de direito substancial (direito objetivo).” (Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, p. 133).

esse preceito seja realmente efetivado (processo de execução). Nesse quadro, a jurisdição é considerada uma *longa manus* da legislação, no sentido de que ela tem, entre outras finalidades, a de assegurar a prevalência do direito positivo do país.⁴³

Verifica-se, pois, de forma bastante clara, a complementaridade que existe entre o direito material e o direito processual, servindo este para a proteção ou restabelecimento daquele. Está é a missão, a razão de ser do direito processual: garantir o respeito – ou o restabelecimento – das normas de conduta instituídas pelo Estado para a disciplina da vida em sociedade⁴⁴.

Essa constatação é de fundamental importância para que se entenda a razão de ser do processo e, principalmente, das normas processuais, que, longe de serem um fim em si mesmas, são, por assim dizer, um “instrumento do instrumento”, isto é, apenas as normas que regulam o modo pelo qual o direito substancial será protegido ou restabelecido pelo Estado (por meio do processo).

Em outros termos, as próprias normas processuais também estão voltadas, teleologicamente, para o direito material, devendo servir, da melhor forma possível, para o restabelecimento de sua eficácia – e não impedir, de uma vez por todas, que isso aconteça, dando cobertura às violações ocorridas no plano material. As normas processuais não podem, jamais, impedir a restauração do ordenamento jurídico substancial, já que essa restauração é, precisamente, a sua razão de ser, o motivo de sua própria existência:

À luz da natureza instrumental das normas processuais, conclui-se não terem elas um fim em si mesmas. Estão, pois, a serviço das regras substanciais, sendo esta a

⁴³ Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, p. 38. E assim prosseguem os autores: “O direito processual é, assim, do ponto-de-vista de sua função jurídica, um instrumento a serviço do direito material: todos os seus institutos básicos (jurisdição, ação, exceção, processo) são concebidos e justificam-se no quadro das instituições do Estado pela necessidade de garantir a autoridade do ordenamento jurídico.” (p. 40).

⁴⁴ “Inserindo a jurisdição no contexto do poder e com isso saindo da sua tradicional conceituação como um poder, percebe-se que a sua institucionalização é vital e indispensável para a própria subsistência do Estado e sua imposição imperativa sobre as pessoas. É não pensar somente nos conflitos transindividuais que um a um chegam clamando por solução, mas na massa de todas as pretensões deduzidas à Justiça, às quais o Estado imporá com a sua autoridade imperativa a força do seu direito; não fosse a jurisdição institucionalizada, perderia sentido o ordenamento jurídico estatal como fonte autoritativa de regras de convivência e perderia sentido o próprio Estado que o instituiu e que, para coesão do grupo, tem a estrita necessidade da preservação do ordenamento.” (Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, p. 185/6).

única razão de ser do direito processual. Se assim é, não se pode aceitar um sistema processual não sintonizado com seu objeto.⁴⁵

Guardemos esta conclusão, que será fundamental para nossos estudos.

Por ora, o que deve ser frisado é a importância que o processo tem para a sociedade (e, assim, para o Estado), por restabelecer o império da lei e, ao fazê-lo, permitir o convívio harmônico entre seus membros. Disso decorre a fundamental importância que a função jurisdicional tem para o Estado (a ponto de ele tê-la avocado para si):

Os conflitos são inevitáveis e constituem fato universal na sociedade, constituindo fatores de desagregação e, portanto, obstáculos à consecução do fim último do Estado. Removê-los, remediá-los, sancioná-los, é pois um serviço, ou seja, uma função de extrema relevância social.⁴⁶

Esse é o principal escopo que o Estado busca por meio da jurisdição⁴⁷: a pacificação social (com justiça), mediante o restabelecimento do ordenamento material violado no convívio social. Principal, mas não o único⁴⁸.

Não se pode falar nos escopos do processo e da jurisdição sem se mencionar a clássica obra do Professor Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, que, de forma bastante ampla, estuda os escopos da jurisdição não apenas no

⁴⁵ José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e Processo*, p. 19.

⁴⁶ Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, p. 141. “Como os conflitos de interesse regulados pelo Direito muitas vezes não são solucionados espontaneamente pelos destinatários da regra legal, devem existir meios para que tal ocorra, ainda contra a vontade de um ou alguns deles. Um desses meios – e, por determinadas circunstâncias, o mais utilizado – é o processo jurisdicional. Daí poder-se afirmar que a jurisdição acaba sendo importante fator de pacificação social, visto que o desenvolvimento de sua atividade tende a colocar fim às situações litigiosas, que, por sua vez, configuram situações de rebeldia às regras necessárias à própria sobrevivência da sociedade. Fala-se, até, que o processo constitui meio de aperfeiçoamento da Humanidade.” (José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e Processo*, p. 69.). No mesmo sentido, Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, p. 37.

⁴⁷ Como veremos adiante, a pacificação social é um objetivo do Estado *por meio* da jurisdição (e, em primeiro lugar, pela instituição do ordenamento jurídico material), mas não, diretamente, um escopo desta (cujo escopo é eminentemente jurídico, qual seja, a atuação da vontade da lei material).

⁴⁸ E a análise dos escopos do processo e da jurisdição se faz de fundamental importância porque é apenas mediante o conhecimento desses escopos que se pode investigar se o processo e o poder jurisdicional cumprem a sua função e se (e como) devem ser melhorados – trata-se de um requisito lógico antecedente a essa análise.

campo jurídico, mas também social e político, os quais podem ser sintetizados na seguinte fórmula:

Existe realmente um feixe de objetivos a serem alcançados mediante a atividade que se convencionou chamar jurisdicional e que se situam no campo propriamente jurídico (atuação da vontade do direito substancial), no campo social (pacificação com justiça; educação para a consciência dos próprios direitos e respeito aos alheios) e no político (afirmação do poder estatal; participação democrática; preservação do valor liberdade; nos regimes socialistas, propaganda e educação para a vida e a ação socialistas).⁴⁹

Como se vê, o Professor Dinamarco apresenta uma visão bastante ampla dos objetivos da jurisdição, muito além do campo meramente jurídico, identificando-a (ou, ao menos, aproximando-a), com os próprios objetivos do Estado.

Essa visão possui o inestimável valor de abrir os olhos do processualista para a realidade de que o processo não é um valor em si mesmo e que a função jurisdicional está inserida no âmbito maior das funções e atribuições do Estado, de modo que o processo passa a ter valor apenas quando atingidos aqueles escopos a que se propõe – e que interessam, em primeiro lugar, ao próprio Estado.

Guarda ela, pois, intrínseca relação com o atual momento da ciência processual, em que os olhos do processualista devem estar voltados não para o processo mas sim para a realidade em que ele está inserido, analisando se o papel a ele reservado está sendo ou não alcançado; em outros termos, se os seus escopos estão sendo atingidos e se o Estado, por meio dele, está logrando propiciar aos seus cidadãos o bem comum, a paz e a harmonia social – por meio de decisões justas, que restabelecem o ordenamento material violado.

Não obstante, entendemos que esse posicionamento amplia, por demais, o papel da jurisdição, tratando como sendo seus alguns objetivos que, na verdade, são do Estado (que os busca *por meio* da jurisdição), parecendo-nos mais acertada a linha de entendimento que centra o papel do processo e da jurisdição no plano jurídico, ainda que se reconheça que eles possam produzir efeitos também nos campos social e político:

⁴⁹ Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, p. 140.

Parece que o objetivo imediato da atividade jurisdicional é o jurídico, enquanto o social e o político constituem escopo do próprio Estado, que busca alcançá-los através de suas atividades. Pode-se afirmar que o escopo jurídico absorve o social e o político. Daí as decisões proferidas em conformidade com as regras de direito material serem aptas a pacificar e afirmar a autoridade do Estado, salvo nos casos excepcionais em que o próprio ordenamento substancial não corresponda à realidade social de seu tempo. Também por isso parece correto afirmar que o direito processual, como ramo do Direito, não tem por objetivo apenas a paz social, mas o acesso efetivo a valores jurídicos: paz social legítima é aquela obtida segundo os valores jurídicos da sociedade.⁵⁰

De fato, a principal missão do processo é fazer atuar as normas de direito material postas pelo Estado para a disciplina da vida social e não observadas, voluntariamente, por seus destinatários. Que isso gera a pacificação social e toda a outra gama de “efeitos colaterais” acima enunciados é inegável, mas isso tudo surge como decorrência do restabelecimento do direito material pelo processo – não sua razão de ser ou objetivo imediato (até por estarem mais ligadas ao próprio direito material).

Muito importante, ainda, é a constatação de que, quer se considere os objetivos da jurisdição como meramente jurídicos, quer também sociais e políticos, é sempre necessário que ela decida com justiça: decisões injustas não restabelecem o ordenamento jurídico substancial (a lei pode ser injusta, mas o sistema não: a lei injusta deve ser afastada pelo intérprete, em nome da justiça do sistema), nem, muito menos, geram a paz e ordem social pretendidas pelo Estado:

Isto não significa que a missão social pacificadora se dê por cumprida mediante o alcance de decisões, quaisquer que sejam e desconsiderado o teor das decisões

⁵⁰ José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e Processo*, p. 59/60. “*Procede, entretanto, a idéia de que os escopos sociais e políticos da jurisdição estão diretamente atrelados ao escopo jurídico (atuação da vontade concreta do direito objetivo), e deste são consequência, visto que incumbe precipuamente ao direito material (não contudo exclusivamente à lei) a tarefa de estabelecer a fórmula para eliminação dos conflitos; ao atuá-lo, via jurisdição, o Estado estará promovendo a pacificação com justiça e reafirmando sua própria autoridade.*” (Flávio Luiz Yarshell, *Tutela Jurisdicional Específica nas Obrigações de Declaração de Vontade*, p. 17) . No mesmo sentido o ensinamento de Pontes de Miranda: “*Temos, assim, como princípio de ciência sobre o direito processual, o enunciado (A): (A) A função ‘pacificadora’ do processo existe, mas é mediata. Imediata é a função ‘realizadora do direito objetivo’.*” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. XVIII).

tomadas. Entra aqui a relevância do valor justiça. Eliminar conflitos mediante critérios justos – eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado.⁵¹

Do exposto, segue-se a constatação de ser o processo um instrumento do Estado para o alcance de suas finalidades (em especial, o restabelecimento do ordenamento jurídico material). É ele, assim, algo público, não um instrumento particular dos litigantes a ser usado, egoisticamente, conforme sua conveniência ou vontade; ao contrário, por meio do processo e da jurisdição, o Estado persegue elevados fins jurídicos e sociais, necessários ao bem-estar de toda a população – não apenas dos litigantes:

Mediante a utilização do sistema processual, propõe-se o Estado, antes de tudo, a realizar objetivos que são seus. Quer se pense na pacificação social, educação para o exercício e respeito a direitos, ou na manutenção da autoridade do ordenamento jurídico-substancial e da sua própria, nas garantias à liberdade, na oferta de meios de participação democrática, ou mesmo no objetivo jurídico-instrumental de atuar a vontade da lei (e tais são os escopos da ordem processual), sempre é algo ligado ao interesse público que prepondera na justificação da própria existência da ordem processual e dos institutos, princípios e normas que a integram.⁵²

Outra não é a lição do Professor Flávio Luiz Yarshell, que faz menção à *“visão publicista daquele apontado sistema (processual), em que a jurisdição, e o processo que lhe serve de instrumento, não são instrumentos postos à disposição do demandante para tutela de seus direitos, mas meios pelos quais o Estado busca realizar objetivos que são seus”*.⁵³

E isso é ainda mais significativo em um Estado Social (como o nosso), que elegeu como modelo de sociedade aquela em que os direitos sociais (e, assim, trabalhistas)

⁵¹ Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, p. 196 – completando o autor que *“A eliminação de litígios sem o critério de justiça equivaleria a uma sucessão de brutalidades arbitrarias que, em vez de apagar os estados anímicos de insatisfação, acabaria por acumular decepções definitivas no seio da sociedade”* (p. 359/360).

⁵² Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, p. 92/93.

⁵³ Flávio Luiz Yarshell, *Tutela Jurisdicional Específica nas Obrigações de Declaração de Vontade*, p. 106/107.

são prestigiados. De fato, nosso Estado foi, claramente, moldado como um Estado Social de Direito, isto é, uma superação do Estado Liberal, em que os direitos sociais gozam de especial prestígio e possuem importante papel na definição da sociedade que se pretende construir.

E quando eles não são observados espontaneamente, durante o convívio social, reforça-se a importância do processo como instrumento para a restauração do ordenamento jurídico – social – violado, contribuindo, com isso, para a construção daquele modelo de sociedade idealizado pelo constituinte.

Isso tudo, por sua vez, reforça o processo como um instrumento do Estado para a realização de seus interesses e valores, não para a satisfação das vontades dos particulares (que, assim, quando usam o processo, devem fazê-lo de forma consentânea com suas finalidades). Também o processo, assim, surge como um instrumento para a construção da ordem social que se planejou na Constituição e para a defesa dos valores sociais nela contidos.

De fato, apesar de estar condicionado à iniciativa das partes⁵⁴ e servir para a satisfação (imediata) de seus interesses particulares, o processo é, na verdade e em primeiro lugar, um instrumento do Estado para a consecução de seus objetivos⁵⁵ – em especial, vale sempre repetir, a proteção do ordenamento jurídico material por ele elaborado para regular a vida em sociedade, que perderia a sua razão de ser caso não tivesse à sua disposição mecanismos para fazê-lo atuar na falta de seu cumprimento espontâneo pelos destinatários.

Confira-se, a propósito, as considerações contidas na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil:

⁵⁴ O que talvez, no futuro, venha a ser repensado, em consonância com a crescente e paulatina relativização do princípio dispositivo que se percebe na evolução da ciência processual (a qual, talvez, fosse ainda mais necessária no processo do trabalho, até mesmo por conta do caráter indisponível dos direitos que nele se discute). E mesmo aquelas regras processuais que pareciam sinalizar o (suposto) caráter privado do processo (como o princípio da demanda e o próprio princípio dispositivo) têm uma razão de ser muito clara e que, na verdade, apenas confirma o caráter público do processo: o princípio da demanda, como se sabe, tem como principal justificativa a inconveniência de o Estado instaurar processos para resolver supostos litígios que não se manifestaram na vida social, hipótese em que, ao invés de resolvê-los, ele estaria fomentando-os, indo no sentido oposto de sua missão – além de poder ter sua imparcialidade comprometida.

⁵⁵ “(...) predominando sobre os interesses divergentes dos litigantes o interesse público na resolução (processual e, pois, pacífica) dos conflitos e controvérsias.” (Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, p. 90).

O processo civil é um instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes, a fim de administrar justiça. Não se destina a simples definição de direitos na luta privada entre os contendores. Atua, como já observara BETTI, não no interesse de uma ou de outra parte, mas por meio do interesse de ambos. O interesse das partes não é senão um meio, que serve para conseguir a finalidade do processo na medida em que dá lugar àquele impulso destinado a satisfazer o interesse público da atuação da lei na composição dos conflitos. A aspiração de cada uma das partes é a de ter razão: a finalidade do processo é a de dar razão a quem efetivamente a tem. Ora, dar razão a quem a tem é, na realidade, não um interesse privado das partes, mas um interesse público de toda a sociedade.⁵⁶

Inúmeras são as categorias processuais que demonstram o caráter público do processo, como, por exemplo, as condições da ação (que permitem a extinção do feito quando ao Estado não interesse o seu desenvolvimento, ainda que a parte deseje que o mesmo vá até o final – como nos casos de cobrança de dívidas não vencidas), as inúmeras matérias de ordem pública que podem surgir no processo e estão absolutamente alheias à esfera de disposição das partes e o próprio impulso oficial do processo uma vez instaurado⁵⁷.

Tudo isso leva à chamada “dupla instrumentalidade” do processo: de um lado, como instrumento do Estado para o restabelecimento do ordenamento jurídico material inobservado espontaneamente no convívio social; de outro, como técnica pré-

⁵⁶ “Isso não quer dizer, contudo, que seja essa mesma a motivação que leva as pessoas ao processo. Quando a pessoa pede a condenação do seu alegado devedor, ela está buscando a satisfação de seu próprio interesse e não, altruisticamente, a atuação da vontade da lei ou a paz social. (...) A realização do direito objetivo e a pacificação social são escopos da jurisdição em si mesma, não das partes. E o Estado aceita a provocação do interessado e a sua cooperação, instaurando um processo e conduzindo-o até o final, na medida apenas em que o interesse deste em obter a prestação jurisdicional coincidir com aquele interesse público de atuar a vontade do direito material e, com isso, pacificar e fazer justiça.” (Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, p. 133/134).

⁵⁷ Sobre esse ponto, mais uma vez, bastante oportunas são as considerações de Cândido Rangel Dinamarco: “No direito processual, a preponderância da ordem pública sobre a dos interesses privados em conflito manifesta-se em inúmeros pontos da sua dogmática, v.g.: a) inafastabilidade do controle jurisdicional; b) garantia do juiz natural, competência absoluta; c) impulso oficial; d) livre investigação das provas, liberdade de convencimento, dever de fundamentar sentenças; e) conhecimento de ofício (objeções); f) nulidades absolutas; g) indisponibilidades; h) contraditório efetivo e equilibrado; i) ampla defesa; j) autoridade do juiz, seu poder de polícia, dever de lealdade, repulsa à litigância de má-fé e atos atentatórios à dignidade da Justiça (*contempt of court*); k) tutela penal do processo. Esses e outros sinais tornam sem dúvida que o sistema processual da atualidade é voltado à tutela de uma ordem superior de princípios e valores que se situam fora e acima do âmbito estrito dos interesses controvertidos entre as partes (ordem pública) e que, em seu conjunto, dirigem-se ao bem comum, como objetivo-síntese do Estado moderno.” (*A Instrumentalidade do Processo*, p. 60; no mesmo sentido suas considerações nas páginas 212 e ss.).

destinada a fins específicos que não pode, jamais, pretender superá-los em importância, impedindo a sua realização ao se fechar em si mesma com tecnicismos injustificados:

A instrumentalidade do processo é vista pelo aspecto negativo e pelo positivo. O negativo corresponde à negação do processo como valor em si mesmo e repúdio aos exageros processualísticos a que o aprimoramento da técnica pode insensivelmente conduzir; o aspecto negativo da instrumentalidade do processo guarda, assim, alguma semelhança com a idéia da instrumentalidade das formas. O aspecto positivo é caracterizado pela preocupação em extrair do processo, como instrumento, o máximo de proveito quanto à obtenção dos resultados propostos (os escopos do sistema); infunde-se com a problemática da efetividade do processo e conduz à assertiva de que ‘o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda plenitude todos os seus escopos institucionais’.⁵⁸

É, de fato, apenas quando realiza seus escopos que o processo cumpre com sua missão - e isso, por óbvio, não se dá por meio de decisões terminativas proferidas por mera comodidade ou má aplicação dos institutos processuais envolvidos, privilegiando-se a forma sobre a justa composição da lide⁵⁹.

⁵⁸ Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, p. 391.

⁵⁹ Assim, não faz o menor sentido, nos dias de hoje, extinguir-se o processo (ou deixar-se de conhecer um recurso) pela falta de um carimbo, uma assinatura ou outro requisito formal que não afete a apreciação do mérito da controvérsia; tais vícios devem ser relevados ou, quando sua correção seja imprescindível, deve ser dado prazo para que a parte o regularize – qualquer que seja esse vício e qualquer que seja a fase em que o feito se encontre. Isso também se aplica ao preenchimento das guias recursais, sendo descabido o não conhecimento do recurso por conta de um erro formal irrelevante que não impede a comprovação da regularidade do depósito efetuado (como a falta de indicação da Vara em que tramita o feito, quando todos os outros dados foram informados) ou mesmo uma diferença ínfima no recolhimento do depósito recursal ou das custas processuais, sendo necessária a concessão de prazo para sua regularização – nos termos, aliás, do art. 511, § 2º, do CPC. O que não se pode admitir, enfim, é o “*formalismo delirante da orientação adotada pelo TST a propósito da autenticação de peças nos agravos provenientes do TRT de São Paulo - orientação que desacredita os serviços do próprio Judiciário e faz recair sobre as partes a responsabilidade pelo seu mau funcionamento*” (STF, 1ª Turma, AI 265.853, 18.09.01, Rel. Min. Sepúlveda Pertence). De se louvar, assim, decisão do STF que conheceu de recurso não subscrito, tratando o vício como mero erro material, que não impedia a apreciação do apelo (2ª Turma, AIAgR 519.125, 12.04.05, Rel. Min. Joaquim Barbosa). Em sentido semelhante, entendemos ser possível, pelo menos em alguns casos, a validação de atos processuais extemporâneos, em não havendo prejuízo para a parte contrária (ou para o andamento do feito) e não se verificando um propósito meramente procrastinatório da parte. Afinal de contas, não nos parece certo, por exemplo, o não conhecimento de um recurso protocolado alguns minutos além do prazo legal, se o mesmo demorará vários meses (se não anos) para ser julgado – permitindo-se com isso, quem sabe, a correção de uma injustiça.

A triste verdade é que, na forma em que é lido hoje, o processo do trabalho não leva a nenhum dos escopos que a doutrina menciona; ao contrário, atua contra eles, não reprimindo as violações verificadas contra os direitos dos trabalhadores: ao invés de educar para o respeito dos direitos, ele apóia a sua violação.

Importante, assim, a visão de que o processo é um instrumento destinado a satisfazer os interesses e necessidades de toda a sociedade, não apenas dos indivíduos que dele participam (que, por conseguinte, devem dele fazer bom uso).

Dessa forma, a extinção do feito sem julgamento do mérito (ou a recusa em se apreciar o mérito de um recurso) apenas tem lugar quando (i) aquele processo não puder atingir seus fins (o que é especialmente claro no caso das condições da ação) ou (ii) quando isso for necessário para a garantia do direito de defesa da parte contrária. Quando nenhuma dessas situações está presente (o que acontece na grande maioria dos casos), o processo deve terminar, sempre, com uma decisão meritória, que resolva a controvérsia e diga o direito material aplicável à espécie, sendo absolutamente contrária aos seus fins e, por conseguinte, atécnica e ilegal, uma decisão meramente processual, que não pacifica nem tampouco restabelece o ordenamento jurídico violado.

E o mesmo pode ser dito quanto aos processos em que se reconhece apenas parte do direito do litigante (ou mais do que ele) e aqueles em que o direito declarado não é concretizado por meio de medidas executivas rápidas e eficazes: todas essas situações atentam contra o sistema processual e prejudicam não apenas as partes mas, principalmente, o Estado, que consumiu tempo e recursos em uma atividade que não logrou seus objetivos.

Eis, aqui, o principal motivo pelo qual essas posturas devem ser combatidas: por serem contrárias aos fins visados pelo Estado quando instituiu o processo, prejudicando, por via reflexa, toda a sociedade, por dar guarida à impunidade daquele que descumpriu a lei material e não será responsabilizado por conta da incapacidade do processo em lograr seus objetivos. Vale repetir: o objetivo do processo é o restabelecimento do ordenamento material violado. Sempre que isso não acontece por questões processuais que o desviam da vontade do direito material, o derrotado não é (apenas) o autor, mas o Estado e a própria sociedade, que teve seus recursos usados em vão e sua cidadania diminuída.

2. O MODERNO CONTEÚDO DO DIREITO DE AÇÃO E O DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA

A partir do momento em que vedou a autotutela (por conta dos riscos à paz social que ela trazia) e avocou para si o poder de decidir imperativamente os conflitos de interesse entre as pessoas, o Estado viu nascer a obrigação de prestar àquele indivíduo que tem o seu direito violado ou ameaçado a tutela jurisdicional necessária para o restabelecimento ou a proteção desse direito (já que o indivíduo não pode ficar desamparado)⁶⁰.

E essa garantia é algo de fundamental importância para o indivíduo, já que a titularidade de direitos no plano material pouco significa quando não acompanhada de instrumentos para fazê-los valer quando ameaçados ou violados:

Tal direito não poderia deixar de ser pensado como fundamental, uma vez que o direito à prestação jurisdicional efetiva é decorrência da própria existência dos direitos e, assim, a contrapartida da proibição da autotutela. O direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade dos direitos, uma vez que esses últimos, diante das situações de ameaça ou agressão, sempre restam na dependência da sua plena realização. Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos.⁶¹

De fato, sem um meio competente de proteção, os direitos ficariam reduzidos a meras enunciações formais – e a própria sociedade perderia com isso, eis que a paz social que com eles se pretendia alcançar, certamente, não seria alcançada:

A utilidade do ordenamento jurídico material está intimamente relacionada com a eficácia do processo, que constitui o meio para garantir a atuação do Direito, nas

⁶⁰ “Nos casos em que a vontade da lei não é acatada espontaneamente pelos destinatários, ante a proibição pelo Estado das vias de fato, deve ele assegurar de maneira efetiva a inviolabilidade dos direitos, conferindo ao titular de um interesse juridicamente protegido o direito à tutela pela via específica.” (José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e Processo*, p. 18).

⁶¹ Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, p. 184/185. Da mesma forma: “Fala-se, hoje, em adequada proteção jurídica como um dos direitos inalienáveis da pessoa humana, incluindo-se nesse rol o direito a um processo adequado e justo, que assegure ao titular do interesse protegido possibilidade de tutela efetiva.” (José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e Processo*, p. 66).

hipóteses de ausência de cooperação espontânea dos destinatários. O Estado deve, pois, apresentar um meio idôneo para assegurar a efetividade da tutela jurisdicional adequado às necessidades verificadas no plano substancial. (...) Não basta que o legislador preveja as situações de vantagens no plano substancial sem que existam instrumentos adequados e idôneos a assegurar sua realização prática. Se tal ocorresse, estaríamos diante de um ordenamento incompleto, pois os titulares de situações de vantagem não poderiam dele se valer exatamente quando mais necessitassem de tutela, isto é, quando houvesse violação do direito. O ordenamento jurídico é eficaz não por prever de forma abstrata a existência de direitos, mas principalmente pela efetiva tutela destes.⁶²

Isso exige que o sistema judicial de proteção dos direitos não esteja apenas, formalmente, à disposição dos indivíduos mas, principalmente, que ele seja realmente capaz de, pronta e integralmente, restabelecer esses direitos quando violados (ou protegê-los quando ameaçados): acessar uma Justiça que não restabelece o direito material (ou o faz apenas parcialmente) significa, em termos práticos, o mesmo que não acessá-la, e isso é claramente inconstitucional. Fundamental, assim, que o sistema estatal de resolução de controvérsias seja eficiente – sob pena de o próprio ordenamento substancial ter sua eficácia comprometida e, com isso, perder sua razão de ser:

Em suma: o instrumento precisa ser eficaz. E isto somente ocorre se ele for adequado ao fim pretendido. A utilidade do ordenamento jurídico material está intimamente relacionada com a eficácia do processo, que constitui o meio para garantir a atuação do Direito, nas hipóteses de ausência de cooperação espontânea dos interessados. Isso porque não se admite a utilização da força pelos interessados.

⁶² José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e Processo*, p. 66/67. No mesmo sentido: “*Jurisdição é direito-garantia sem o qual nenhum dos direitos, reconhecidos e declarados ou constituídos pela Lei Magna ou por outro documento legal, tem exercício assegurado e lesão ou ameaça desfeita eficazmente. Primeiramente, o direito à jurisdição é a garantia fundamental das liberdades constitucionais. Sem o controle jurisdicional, todos os agravos às liberdades permanecem no limbo político e jurídico das impunidades. Todas as manifestações da liberdade, todas as formas de seu exercício asseguradas de nada valem sem o respectivo controle jurisdicional. A liberdade sem a garantia do pleno exercício do direito à jurisdição é falaciosa, não beneficia o indivíduo, pois não passa de ilusão do direito, o que sempre gera o acomodamento estéril e a desesperança na resistência justa e necessária. Não é por acaso que os regimes políticos antidemocráticos iniciam as suas artes e manhas políticas pela subtração ou pelo tolhimento do direito à jurisdição.*” (Cármem Lúcia Antunes Rocha, *O Direito Constitucional à Jurisdição*, p. 43).

O Estado deve, pois, apresentar um meio idôneo para assegurar a efetividade da tutela jurisdicional adequado às necessidades verificadas no plano substancial.⁶³

Afinal, como bem sintetizou Ovídio Baptista da Silva, “*um direito a que falte a capacidade de realizar-se poderá ser, quando muito, um preceito moral ou um poema lírico, nunca uma categoria jurídica, cuja exigência de realização prática é uma de suas necessidades conceituais. Direito que não se realiza, direito a que o sistema corta as vias de realização, direito não é*”⁶⁴.

É por conta disso que hoje se reconhece, sem controvérsia, o caráter fundamental do direito de acesso à justiça, já que, sem ele, todos os direitos do indivíduo (inclusive, aqueles que também possuem caráter fundamental) são esvaziados⁶⁵.

Na verdade, vem a lume, aqui, a conhecida distinção entre *direitos* e *garantias*, segundo a qual “*os direitos são bens e vantagens conferidos pela norma, enquanto as garantias são meios destinados a fazer valer esses direitos, são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e o gozo daqueles bens e vantagens*”⁶⁶. A ação, a par de ser um direito, é também uma *garantia fundamental*, destinada à efetivação, no nosso caso, dos direitos sociais (fundamentais) dos trabalhadores.

É sabido, porém, que nem sempre foi assim. Essa concepção atual do direito de ação, desvinculado do direito material e reconhecido como um direito fundamental do indivíduo, corresponde ao terceiro momento metodológico da ciência processual e representa uma resposta ao momento metodológico anterior, que, a despeito de ter prestado a inestimável contribuição no sentido de afirmar a autonomia do direito de ação (e da própria ciência processual), incorreu em excessos que levaram ao distanciamento artificial do direito processual face ao direito material, culminando na visão do processo como um fim em si mesmo, não um instrumento para a realização do direito material e da justiça

⁶³ José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e Processo*, p. 66.

⁶⁴ *Processo e Ideologia*, p. 169.

⁶⁵ “De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.” (Mauro Cappelletti e Bryant Garth, *Acesso à Justiça*, p. 11/12).

⁶⁶ José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 392.

(que, por conta disso, restaram – e ainda restam -, muitas vezes, comprometidos). Nesse sentido a lição de Flávio Luiz Yarshell:

O primeiro desses enfoques representa uma resposta à tendência excessivamente “processualizante” que se seguiu às notáveis descobertas obtidas no campo do direito processual desde a segunda metade do século XIX, tendência essa que deu margem a distorções e exageros, favorecendo o formalismo e alimentando a idéia de uma desvinculação entre o processo e a realidade em que o mesmo se insere, com maior prestígio para os meios que para os próprios fins.⁶⁷

Alguns anos depois, porém, e especialmente após a substituição do Estado Liberal pelo *Welfare State*, passou-se a exigir do Estado uma postura mais ativa perante a sociedade, não mais apenas garantindo formalmente os direitos do indivíduo, mas agora também os efetivando.

E isso refletiu também sobre a visão que se tinha do direito de ação: não mais o mero direito de acesso, mas sim o direito a uma proteção efetiva por parte do Estado contra ameaças ou violações aos direitos dos cidadãos. A garantia do acesso aos meios judiciais de solução de controvérsias adquiriria, assim, importância fundamental no novo modelo de sociedade que se pretendia construir, já que é através dele que os demais direitos são feitos valer em caso de violação, como bem ensinam Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁶⁸:

Nos estados liberais “burgueses” dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigente. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou

⁶⁷ *Tutela Jurisdicional Específica nas Obrigações de Declaração de Vontade*, p. 57.

⁶⁸ Interessante notar, pois, que o direito de ação (pelo menos, em sua atual concepção) é oriundo do mesmo momento histórico em que se consolidaram os direitos sociais, como também confirma Antônio Manuel Carvalho de Casimiro Ferreira: “Assistiu-se, assim, à ‘conquista de significativos direitos sociais, no domínio das relações de trabalho, da segurança social, da saúde, da educação e da habitação’, entre os quais se pode incluir o acesso ao Direito e à Justiça. Entendido como direito social, o direito à justiça pressupõe uma acentuação positiva do Estado, especificamente destinada a assegurar o respectivo cumprimento.” (*Trabalho Procura Justiça*, p. 126). Essa constatação reforça a necessidade de se construir um processo efetivo, que valorize os direitos sociais – já que foi esse exato pensamento que esteve por trás da “evolução” do direito de ação de uma garantia individualista para algo com conteúdo marcadamente social, como se dá atualmente.

contestar uma ação. (...) O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática. (...)

(Em um segundo momento) Tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos. Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos. De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação.⁶⁹

No atual ordenamento jurídico brasileiro, tal direito possui a feição de *garantia constitucional*, estando definido como um direito fundamental do indivíduo⁷⁰, previsto no inc. XXXV do art. 5º da Constituição (o qual está inserido no Título II da Constituição, que cuida dos *Direitos e Garantias Fundamentais*). Tal dispositivo prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A leitura atual desse dispositivo é muito mais ampla do que sua interpretação literal poderia sugerir: o direito de ação significa muito mais do que o mero direito de submeter o exame da pretensão ao Judiciário (como se entendia anteriormente, nos tempos do liberalismo), uma vez que, como há muito tempo disse a Professora Ada Pellegrini Grinover:

Bem pelo contrário, é nas fases sucessivas à propositura da ação que o autor, como o réu, podem encontrar obstáculos à obtenção de um provimento de mérito, por impedimentos supervenientes, internos ou mesmo estranhos ao processo. E a possibilidade de deduzir em juízo um direito, mediante a instauração do processo,

⁶⁹ *Acesso à Justiça*, p. 9/11.

⁷⁰ Além de previsto, vale lembrar, em numerosos textos internacionais de direitos humanos, que reconhecem e reforçam sua fundamentalidade.

reduzir-se-ia a bem pouco, se não se garantissem constitucionalmente os meios para obter o pronunciamento do juiz sobre a razão do pedido.⁷¹

É imprescindível, assim, que além de se permitir o ingresso em juízo (que deve ser irrestrito, tanto subjetiva quanto objetivamente), se assegure às partes o direito a um *processo justo*, em que seja observado o *iter* procedimental previsto em lei, conferindo-se aos litigantes o direito de deduzir em juízo seus argumentos e produzir as respectivas provas, em pé de igualdade e de maneira suficiente para a comprovação de suas alegações.

Além disso, é preciso que o processo culmine em uma sentença justa (que aprecie, pois, o mérito da controvérsia) e que, mais do que isso, possa ser cumprida, sob pena de perder por completo seu valor⁷². Da mesma forma, deverá esta sentença ser proferida de maneira rápida (sem que se prejudiquem, porém, as garantias dos litigantes), sob pena, também, de ser ineficaz:

Só se tem verdadeiro acesso à justiça (a) quando se teve oportunidade de postular perante a Justiça, seja como autor ou como réu, (b) quando este se desenvolveu segundo as garantias explicitadas na Constituição e formas legitimamente definidas em lei, (c) quando a pretensão deduzida pelo demandante recebeu julgamento, (d) quando a decisão foi justa segundo a interpretação do caso e da lei à luz de valores legítimos – e, para conferir utilidade social e política a tudo isso, (e) quando o Poder Judiciário tiver sido capaz de dar efetividade ao que decidiu, conformando a realidade do mundo ao que se dispôs na sentença justa.⁷³

⁷¹ *A Garantia Constitucional do Direito de Ação e sua Relevância no Processo Civil*, p. 76/77.

⁷² Muito oportunas, a esse respeito, as considerações de Canotilho: “Finalmente, a existência de uma protecção jurídica eficaz pressupõe a exequibilidade das sentenças («fazer cumprir as sentenças») dos tribunais através dos tribunais (ou, evidentemente, de outros órgãos), devendo o Estado fornecer todos os meios jurídicos e materiais necessários e adequados para dar cumprimento às sentenças do juiz. (...) Realce-se que, no caso de existir uma sentença vinculativa reconhecedora de um direito, a execução da decisão do tribunal não é apenas uma dimensão da legalidade democrática («dimensão objectiva»), mas também um direito subjectivo público do particular, ao qual devem ser reconhecidos meios compensatórios (indenização), medidas compulsórias ou «acções de queixa» (cfr. Convenção Europeia dos Direitos do Homem, artigo 6.º), no caso de não execução ilegal de decisões dos tribunais.” (*Direito Constitucional*, p. 654). Em sentido semelhante: “Nesse sentido, o direito à sentença deve ser visto como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa direito à efetividade em sentido estrito.” (Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, p. 180).

⁷³ Cândido Rangel Dinamarco, *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, Tomo II, p. 854. “Mais do que um princípio, o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja a nível constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial.” (Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, p. 373). No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni,

A doutrina atribui ao conjunto de todas estas garantias o nome de garantia (ou cláusula) do *acesso à justiça*, ou ainda, na feliz expressão de Kazuo Watanabe, do *acesso à ordem jurídica justa*. Para nós, trata-se do *direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*.

O principal motivo de optarmos por essa denominação⁷⁴ é o de ela destacar – e, assim, reforçar – alguns dos atributos essenciais desse direito, em especial, a sua fundamentalidade e necessária efetividade.

Assim, denominamo-lo “direito” por não concordar com a corrente que o define como poder, por não existir sujeição, por parte do Estado, à vontade do particular (eis que não se trata de uma relação ou posição de dominação), e também por entendermos que o fato de o Estado também ter interesse em prestar a tutela jurisdicional não desnatura a sua verdadeira obrigação de prestá-la (trata-se de um poder-dever).

O adjetivo “fundamental” decorre, como dito, da circunstância de se tratar de um direito fundamental do indivíduo, a qual ressaltamos por conta de sua importância e também pelas consequências que dela decorrem, que serão oportunamente destacadas.

A locução “tutela” é empregada por conta da noção de que ao indivíduo não basta o mero ingresso em juízo, mas sim a efetiva proteção de seu direito, mediante uma sentença meritória que seja efetivada no plano fático, restabelecendo ou protegendo aquele direito violado ou ameaçado.

O “jurisdicional” decorre, por óbvio, da específica tutela de que estamos falando⁷⁵ – aquela prestada pelo Judiciário – e, por fim, o adjetivo “efetiva” visa a reforçar o direito do indivíduo àquela prestação que, realmente, elimine a situação antijurídica que o levou a ir a juízo: para o indivíduo titular do direito violado, essa garantia deve significar o “*direito à protecção jurídica através dos tribunais*”⁷⁶, não apenas sua provocação.

É um direito que representa o atual conteúdo do direito de ação, englobando todas as outras garantias constitucionais do processo: contraditório, ampla defesa, devido

Técnica Processual e Tutela dos Direitos, p. 185 e ss. e José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e Processo*, p. 50 e 82/84.

⁷⁴ Adotada, por exemplo, por Marinoni e também citada pelo art. 20 da Constituição portuguesa.

⁷⁵ Havendo países – como Portugal – em que se fala na garantia da efetividade da tutela também no âmbito administrativo, daí ser oportuna a diferenciação.

⁷⁶ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 652.

processo legal, juiz natural, tempestividade da tutela, etc.. Diz ele respeito, assim, à admissão em juízo, ao modo de ser do processo, à justiça das decisões e à sua efetividade⁷⁷.

Muito elucidativo a esse respeito é o art. 2º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos de Portugal, que trata da “Tutela jurisdicional efectiva” nos seguintes termos:

O princípio da tutela jurisdicional efectiva compreende o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, cada pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar e de obter as providências cautelares, antecipatórias ou conservatórias, destinadas a assegurar o efeito útil da decisão.

Haverá casos, por óbvio, em que esse direito será exercido por quem não possui razão – ou seja, quem não receberá, ao final, a tutela jurisdicional. O que ele deve garantir é a possibilidade de a parte ingressar em juízo e realizar todas as atividades tendentes ao reconhecimento e posterior efetivação de seu direito (caso existente), juntamente com a obrigação do Estado de tomar as medidas (jurídicas e materiais) necessárias ao reconhecimento e concretização desse direito: o sistema deve ser idealizado partindo do princípio de que quem o procura tem razão e é titular de um direito que merece ser tutelado.

É o direito, enfim, de, caso amparado pelo ordenamento jurídico substancial, obter a tutela efetiva de seu direito (e de, quando não amparado, desenvolver e ver desenvolvidas todas as atividades tendentes a essa declaração):

Não se trata, evidentemente, de direito ao resultado favorável, mas também não apenas direito de acesso ao Poder Judiciário. É direito à efetividade da tutela, o que não significa assegurar o acolhimento da pretensão formulada, mas os meios adequados para que tal ocorra (...) esse poder não assegura, a priori, um resultado favorável (aspecto negativo) mas a possibilidade de desenvolver em juízo todas as

⁷⁷ Pontos abordados por Dinamarco (*A Instrumentalidade do Processo*, p. 334) e Cintra, Grinover e Dinamarco (*Teoria Geral do Processo*, p. 34/35) como necessários à construção de um processo efetivo.

atividades tecnicamente idôneas à obtenção do resultado favorável, bem como a real proteção do direito, caso consiga demonstrá-lo, mediante tutela adequada (aspecto positivo).⁷⁸

Esse direito, como dito, tem matriz constitucional, estando previsto no inc. XXXV do art. 5º da Constituição (além de abranger o conteúdo de diversos outros incisos desse mesmo artigo) – que trata dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Essa circunstância traz consigo uma série de conseqüências relevantes no que toca ao modo de se aplicar e interpretar a lei processual, especialmente por conta de necessária adaptação que o processo deve sofrer à ordem constitucional em que está inserido⁷⁹ (e nosso país há muito deixou de ser um Estado Liberal, em que os valores individuais primavam sobre os sociais):

‘Os sistemas políticos se refletem na norma constitucional e têm um efeito direto sobre as bases do direito processual’. Compreende-se, pois, que o processo do Estado liberal não possa sobreviver nos regimes socialistas, nem esteja mais presente no Estado ocidental contemporâneo, de cunho social. O processo que nos serve hoje há de ser o espelho e salvaguarda dos valores individuais e coletivos que a ordem constitucional vigente entende de cultivar.⁸⁰

No nosso caso, a Constituição é absolutamente clara ao definir – pela primeira vez em nossa história constitucional - os direitos dos trabalhadores como direitos fundamentais; conseqüentemente, deve o processo do trabalho se adaptar a essa (nova)

⁷⁸ José Roberto dos Santos Bedaque, *Garantia da Amplitude da Produção Probatória*, p. 162/164. Da mesma forma, “Naturalmente, só tem direito à tutela jurisdicional aquele que tem razão, não quem ostenta um direito inexistente. Mas a única maneira de assegurar a quem tem razão a possibilidade de impor o seu reconhecimento em juízo consiste em permitir que todos tragam suas demandas aos tribunais, incumbindo a estes a tarefa de examiná-las e afinal acolhê-las ou rejeitá-las, conforme sejam procedentes ou improcedentes.” (Enrico Tullio Liebman, *Manual de Direito Processual Civil*, Vol. I, p. 195).

⁷⁹ Dinamarco fala na “acomodação do processo ao modo-de-ser da conjuntura político-social em que se insere” (*A Instrumentalidade do Processo*, p. 19).

⁸⁰ Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, p. 34. No mesmo sentido: “Não realizar aquela ordem de direitos proclamada pelo legislador constituinte, como se vê, põe em questão todo o Estado Democrático de Direito. Permitir-se que por via indireta ou oblíqua a realização de tais direitos os torne em verdadeira vitória de Pirro também significa frustrá-los.” (Eduardo Henrique von Adamovich, *A Tutela de Urgência no Processo do Trabalho: uma visão histórico-comparativa*, p. 159/160).

realidade e ser reestruturado (ou, ao menos, relido) de modo a contribuir para a efetivação dos direitos dos trabalhadores.

Não é isso, porém, que se verifica. O processo do trabalho ainda é lido e aplicado da mesma forma de quando foi criado (e de forma semelhante ao processo civil, do qual há muito evoluiu...), de forma absolutamente descompassada com a nova ordem constitucional⁸¹. O país já passou por diversas mudanças sociais e políticas nesses mais de sessenta anos de vigência da CLT – as quais não foram, porém, acompanhadas pela evolução na aplicação da lei processual⁸²:

Após esta discussão, em suma, não há como fugir de um dilema: se quiser manter sua relevância institucional num contexto social cada vez mais complexo, diversificado, contraditório e diversificado, o Judiciário tem, obrigatoriamente, de modificar suas funções jurisdicionais tradicionais, que o restringem somente à subsunção dos fatos às normas de conduta unívocas por meio de métodos exclusivamente formais e caráter lógico, sistemático e dedutivo.⁸³

⁸¹ “A dogmática exerceu, portanto, um duplo papel: a) aprisionou o juiz, libertando-o do absolutismo monárquico; b) através da certeza do direito instituído no Código, impediu, ou ao menos, dificultou as tentativas das classes dominadas de insurgirem-se contra a ordem estabelecida. O sonho racionalista, ao contrário do que as filosofias liberais procuram insinuar, possui um imenso componente autoritário, correspondendo a um modelo político mais propenso às tiranias do que a um regime democrático, como hoje tornou-se fácil perceber. Tendo a lei sentido unívoco, de modo a dispensar sua compreensão hermenêutica, então a proposição legislativa haveria de ser a expressão da ‘vontade do legislador’, conseqüentemente a expressão da vontade do poder constituído. Como diria Cappelletti, era a lei produzida pelo Poder, não a lei criada por seus ‘consumidores’.” (Ovídio Araújo Baptista da Silva, *Processo e Ideologia*, p. 25). E a principal vítima desse processo é o próprio magistrado, que tem seu papel diminuído sem sequer se dar conta disso.

⁸² “No Brasil, nós temos um sistema processual civil implantado pelo Estado Novo autoritário e que sobreviveu à redemocratização de 1946 e ao movimento militar de 1964, permanecendo na nova ordem constitucional (o Código de Processo Penal é o mesmo e o de Processo Civil vigente traz as mesmas características do precedente).” (Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, p. 43) – considerações que, sem dúvida, se aplicam também à CLT: “A cultura jurídico-processual trabalhista, em boa parte, foi formada sob inspiração positivista e, pior ainda, na vigência de regimes autoritários para os quais os imperativos da segurança nas decisões e da restrição dos poderes dos juizes, principalmente os de primeiro grau, eram quase que dogmas. O sistema processual trabalhista, inspirado naquelas doutrinas, na mesma linha, deixa largos espaços para a inefetividade das decisões, querendo constranger o aplicador do Direito quase sempre a uma posição de espectador das mudanças legislativas; única dimensão, em uma concepção clássica da divisão dos Poderes do Estado, capaz de mandá-las a efeito, permitindo assim que, no aguardo daquelas mudanças, se renovem injustiças ancestrais ainda agravadas pela conjuntura econômica.” (Eduardo Henrique von Adamovich, *A Tutela de Urgência no Processo do Trabalho: uma visão histórico-comparativa*, p. 3).

⁸³ José Eduardo Faria, *As Transformações do Judiciário em Face de suas Responsabilidades Sociais*, p. 65. Como lembra Dinamarco, “a neutralidade, como foi dito, caracteriza os conservadores, interessados em conter as evoluções sociais e políticas” (*A Instrumentalidade do Processo*, p. 43). No mesmo sentido: “Por causa de sua cultura normativista e positivista, envolvendo a obsessão pelo apego aos ritos e procedimentos formais, as cúpulas do Judiciário, que detêm o poder de controlar a ascensão profissional das bases, resistem a interpretações praeter legem no plano dos direitos humanos e sociais. Por causa de sua

Eis, assim, mais um fundamento para nossas propostas de releitura do sistema processual: torná-lo mais consentâneo ao sistema constitucional, à nova forma de se ver o processo e a fundamentalidade dos direitos dos trabalhadores em nosso ordenamento jurídico, uma vez que *“No contexto da sensibilidade do sistema processual aos influxos e mutações da ordem constitucional é que se situam as propostas e as ondas renovatórias do processo, pois é natural que o instrumento se altere e adapte às mutantes necessidades funcionais decorrentes da variação dos objetivos substanciais a perseguir.”*⁸⁴.

Imperioso, pois, que se faça esse esforço – sob pena de negar-se vigência à nova ordem constitucional⁸⁵.

3. DO PROCESSO COMO UM SERVIÇO PÚBLICO E SEU SIGNIFICADO

No primeiro tópico do presente capítulo, analisamos o processo e a jurisdição sob a ótica do Estado; no segundo, sob a ótica do indivíduo. Agora, procuraremos unificar essas duas visões, vendo de que forma elas podem ser compatibilizadas e, principalmente, quais os resultados e significados desse esforço.

Vimos, no início, que a jurisdição (da qual o processo é um instrumento) é um poder (ou face do poder) do Estado, que tem por objetivo fazer atuar a vontade do direito substancial (isto é, a vontade do próprio Estado) quando as regras de conduta por ele estabelecidas não são observadas pelos seus destinatários. Nesse sentido, o processo surge como um complemento necessário ao ordenamento jurídico material, garantindo a sua aplicação, em prol do bem comum.

mentalidade dogmática, elas tendem a considerá-los como uma distorção das funções judiciais, como uma ameaça à ‘certeza jurídica’ e como uma perversão da ‘segurança do processo’.” (José Eduardo Faria, *O Judiciário e os Direitos Humanos e Sociais: Notas para uma Avaliação da Justiça Brasileira*, p. 95/96).

⁸⁴ Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, p. 38.

⁸⁵ *“O trabalho daqueles que, sinceramente, queiram, antes de preservar formas e privilégios de classe, fazer atuar o Direito em direção ao valor maior da igualdade substancial, é bastante dificultado. Milita em seu desfavor, ainda mais, como se afirmou acima, principalmente, uma formação jurídico-cultural de parcela significativa dos operadores do Direito nascida debaixo de postulados do sistema já exaurido que, consciente ou inconscientemente, tenta quase sempre ler as modificações trazidas com o novo modelo debaixo da ótica dos princípios daquele outro, conduzindo, assim, amiúde, à anulação dos efeitos pretendidos com as novas práticas. É preciso, portanto, não só mudar a lei, mas mudar também a prática, o raciocínio e o estudo do Direito, o que, repetimos, não é trabalho fácil.”*(Eduardo Henrique von Adamovich, *A Tutela de Urgência no Processo do Trabalho: uma visão histórico-comparativa*, p. 3/4).

Em seguida, analisamos o direito de ação (o qual denominamos direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva), a cujo exercício, pelos particulares, está condicionado o exercício, pelo Estado, da jurisdição. Vimos que ele significa, atualmente, o direito do jurisdicionado de obter do Estado uma tutela jurisdicional que, efetiva e prontamente, afaste aquela situação antijurídica por ele narrada e, assim, restabeleça o seu direito, na exata medida de sua existência.

A junção dessas duas conclusões tem como resultado a equiparação da jurisdição aos demais serviços públicos prestados pelo Estado (como a saúde e a educação): algo que, analisado numa perspectiva individual, visa ao atendimento daquele indivíduo específico que procura o Estado mas, quando analisado em uma perspectiva ampla (mais adequada à sua própria natureza), é instituído pelo Estado para a busca de fins que lhe são próprios (notadamente, a paz social), ainda que, para alcançá-los, ele tenha que contar a provocação dos particulares.

Em outros termos, em uma visão micro, a jurisdição favorece o indivíduo⁸⁶, mas quando analisada sob uma perspectiva macro, resta claro que se trata de mais um instrumento de que lança mão o Estado para a manutenção da ordem social e o bem-estar da população (agora, no plano jurídico), tal qual os outros serviços por ele prestados.

De fato, também quanto à saúde e à educação, por exemplo, é possível essa dupla análise: cada doente que é curado ou indivíduo que é alfabetizado procura os serviços estatais com vistas ao seu proveito particular; no entanto, a razão pela qual o Estado disponibiliza esses serviços não é para favorecer esse ou aquele indivíduo especificamente, mas sim para garantir a saúde e a educação de toda a população e, com isso, prover o seu bem-estar. O mesmo é feito pela jurisdição, cuja contribuição na busca do bem comum consiste na restauração do ordenamento jurídico material violado:

Função é, em última análise, serviço (...) e cada uma das funções do Estado é um conjunto de serviços a serem prestados mediante atividades preordenadas a certos objetivos (...). Na busca do bem comum, o Estado sente a necessidade de remover obstáculos e implantar condições favoráveis à desejada realização integral do

⁸⁶ E também, a rigor, ao próprio Estado, já que é seu interesse ver o ordenamento jurídico material, que ele positivou para disciplinar a vida em sociedade, respeitado.

homem. Daí os serviços que presta à população e que tradicionalmente costumam ser agrupados nas três clássicas funções consideradas.⁸⁷

É nesse sentido que vemos a jurisdição como mais que um poder do Estado: um serviço prestado aos cidadãos, com vistas à proteção/restabelecimento de seus interesses juridicamente protegidos; tal qual a saúde, também é jurisdição é “*direito de todos e dever do Estado*”, parafraseando o art. 196 da Constituição. Afinal de contas, também o descumprimento da lei representa uma patologia, devendo, como tal, ser debelada:

Essa é a vida normal do direito, a sua fisiologia; a patologia é representada pela dúvida em torno da existência ou significado do preceito concreto, ou pela insatisfação de uma pretensão fundada neste.⁸⁸

A definição da jurisdição como um serviço público⁸⁹ tem como consequência o dever do Estado de bem atender os jurisdicionados⁹⁰ e afastar a situação de antijuridicidade que o atinge (patologia), distribuindo, efetivamente, justiça:

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que: da mesma forma como se pretende do Estado que este construa escolas e hospitais, fornecendo educação e saúde de

⁸⁷ Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, p. 139/140. Interessante notar que, de fato, muitas vezes a doutrina alude à “função” ou “serviço” jurisdicional (por exemplo, Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, p. 131, 249 e 294; Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, p. 25; José Eduardo Faria, *Introdução: o Judiciário e o Desenvolvimento Sócio-Econômico*, p. 29 e 31; José Reinaldo de Lima Lopes, *Crise da Norma Jurídica e a Reforma do Judiciário*, p. 68; José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 242; Fernando Luso Soares, *A Responsabilidade Processual Civil*, p. 175) - como faz, aliás, o próprio art. 127 da Constituição e já fez o próprio STF, em 1966, em voto do Ministro Adalício Nogueira no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 32.518: “*O Estado não acionou, convenientemente, a engrenagem do serviço público judiciário. Não proporcionou à parte a prestação jurisdicional a que estava obrigado. Houve falta de serviço público*”. O que pretendemos é desenvolver essa idéia, potencializá-la.

⁸⁸ Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, p. 39.

⁸⁹ Mostras desse pensamento podem ser extraídas dos incisos XII e XIII do art. 93 da Constituição Federal, incluídos pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, que, respectivamente, vedam a interrupção da atividade jurisdicional (determinando a realização de plantões para atender os jurisdicionados nos dias em que não houver expediente) e dispõem sobre a necessidade de a quantidade de juízes ser proporcional à “demanda judicial” e população do local, de modo a assegurar a continuidade e (idealizada) rapidez dos serviços.

⁹⁰ Nesse sentido, bem dispõe o art. 101 da Constituição italiana que “*La giustizia è amministrata in nome del popolo*”.

forma plena aos cidadãos, deseja-se deste que ele conceda justiça, de forma plena e efetiva.

O poder de ação coloca o cidadão em uma posição de prestígio em relação ao Estado, que passa a ter um dever – não o mero dever de prestar a tutela jurisdicional, mas de prestar a justiça efetiva através da atuação jurisdicional.⁹¹

O que pretendemos extrair dessa visão, enfim, é o entendimento de que o processo existe para restabelecer o ordenamento jurídico material violado e, com isso, o direito do jurisdicionado que o procura, de forma rápida e eficaz, sem se perder em discussões formais que o afastam de seu desiderato. É reforçar o entendimento de que o processo existe para fazer valer o direito material dos jurisdicionados, na exata medida de sua existência – nem mais, nem menos.

O resultado desejado, em suma, é que “*o consumidor do serviço jurisdicional obtenha a satisfação total de seus interesses legitimamente postulados, pois apenas esse resultado atende à promessa estatal de proteção aos direitos*”⁹².

De fato, muito importante foi, a esse propósito, a percepção de que o processo deve ser enxergado “*sob a ótica do consumidor*” (e já essa expressão o confirma como um serviço prestado pelo Estado), conforme a feliz expressão de Cappelletti, isto é, tendo em vista a realização e efetivação dos direitos assegurados aos indivíduos:

Discorrendo sobre a perspectiva do consumidor dos serviços jurisdicionais como novo método de pensamento, diz Cappelletti que “é precisamente essa nova perspectiva que melhor se adapta, obviamente, a uma sociedade democrática, livre, aberta, a qual deve pretender que os seus *official processors* cumpram a sua função não com uma visão tolemaica do direito e do Estado, mas tendo em vista o bem-estar dos consumidores: é como dizer que o direito e o Estado devem finalmente

⁹¹ Marcus Orione Gonçalves Correia, *Teoria e Prática do Poder de Ação na Defesa dos Direitos Sociais*, p. 65. No mesmo sentido: “*De um lado ele é prestador de um serviço, de outro é um poder político. Como prestador de serviço, a ele recorrem os cidadãos que precisam da execução forçada de um interesse ou direito que lhes tenha sido atribuído por lei. Ora, o Estado brasileiro tem sido notoriamente inoperante nos serviços públicos em geral, nos últimos tempos. Se assim é o caso da saúde, da educação, por que seria diferente no caso da Justiça (aí incluída a segurança pública)?*” (José Reinaldo de Lima Lopes, *Crise da Norma Jurídica e a Reforma do Judiciário*, p. 71). Também Giorgio Mannacio expressamente alude ao processo como um serviço público, equiparado à saúde (*Tavola Redonda*, p. 123).

⁹² José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e Processo*, p. 29.

ser vistos por aquilo que são -, ou seja, vistos como simples instrumentos a serviço dos cidadãos e das suas necessidades, e não o contrário’.⁹³

Exatamente essa a visão que pretendemos fixar: do processo como instrumento de proteção e afirmação dos direitos fundamentais dos trabalhadores, não de sua capitulação.

Importante lembrar, a esse respeito, que mesmo a doutrina não define a jurisdição como apenas um poder, mas sim um poder-dever do Estado (com ênfase no “dever”), obrigado ele que está a prestá-la⁹⁴. E se trata de um dever com um conteúdo bastante preciso: dar – não apenas declarar, mas efetivamente realizar no plano fático - aos litigantes aquilo a que têm direito, não mais, nem menos, e da forma mais rápida possível, conforme o adágio romano “*suum cuique tribuere*” e a conhecida fórmula de Chiovenda:

Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi há un diritto tutto quello e proprio quello ch’egli há diritto di conseguire.⁹⁵

Se trata, enfim, de uma verdadeira obrigação de resultado do Estado⁹⁶, que tem o dever de realizar no plano fático o direito do litigante, não apenas disponibilizar a ele o acesso a juízo para depois, cinicamente, extinguir seu processo pela falta de um requisito

⁹³ Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, p. 372.

⁹⁴ Nesse sentido, Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, p. 64 e 255. Também Liebman faz menção à “tarefa” dos tribunais de “*dar justiça a quem a pedir*” (*Manual de Direito Processual Civil*, Vol. I, p. 199), à qual podemos relacionar a proibição do *non liquet* (CPC, art. 126), que esvaziaria, por completo, a garantia constitucional. Fundamental notar, porém, que a prestação jurisdicional incompleta ou insuficiente não difere, substancialmente, do *non liquet* – razão pela qual não pode ser admitida.

⁹⁵ *Dell’azione Nascente dal Contratto Preliminare*, p. 110. No mesmo sentido, ainda, a doutrina do Professor Barbosa Moreira: “*Se o processo é instrumento de realização do direito material, o resultado do seu funcionamento deve situar-se a uma distância mínima daquele que produziria a atuação espontânea das normas substantivas, e já constitui uma desgraça a impossibilidade de fazer coincidir perfeitamente um e outro.*” (*Tendências Contemporâneas do Direito Processual Civil*, p. 37).

⁹⁶ De certa forma apoiando essa afirmação, podemos apontar a seguinte passagem de Marinoni: “*Se o juiz não tem apenas a função de resolver litígios, porém a de zelar pela idoneidade da prestação jurisdicional, sem poder resignar-se a aplicar a técnica processual que possa conduzir a uma tutela jurisdicional inefetiva, é certo dizer que o seu dever não se resume a uma mera resposta jurisdicional, pois exige a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva.*” (Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, p. 188). De forma semelhante: “*É credor o cidadão, portanto, de uma prestação estatal, que não se materializa apenas no ato declaratório, mas, também e principalmente, na atuação do seu direito.*” (Eduardo Henrique von Adamovich, *A Tutela de Urgência no Processo do Trabalho: uma visão histórico-comparativa*, p. 12).

formal absolutamente relevante para o deslinde do feito ou, ainda pior, não concretizar, no plano material, o seu direito por conta da ineficácia do aparato estatal⁹⁷.

Posto de outra forma, isso significa a necessidade de se ver os resultados que o processo proporciona para os indivíduos e para a sociedade, e será por esses resultados que a sua importância será medida, não por seu apuro conceitual:

Isto é, a eficácia do sistema processual será medida em função de sua utilidade para o ordenamento jurídico material e para a pacificação social. Não interessa, portanto, uma ciência processual conceitualmente perfeita, mas que não consiga atingir os resultados a que se propõe. Menos tecnicismo e mais justiça, é o que se pretende.⁹⁸

O que se quer – e se precisa – é um processo mais humano, que se importe com o destino das pessoas (em função das quais o próprio sistema existe), e não que veja o processo como a simples sucessão de atos processuais que ele compreende, de forma burocrática e mecânica: *“Falar em instrumentalidade do processo ou em sua efetividade significa, no contexto, falar dele como algo posto à disposição das pessoas com vistas a fazê-las mais felizes (ou menos infelizes), mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas.”*⁹⁹.

Isso significa que a verdadeira missão do processo é realizar a vontade da lei, dando a cada um os direitos que ela confere, sem criar ou subtrair direitos em nome de sua autonomia. Não devem as formas processuais ser valorizadas a ponto de modificar as relações jurídicas substanciais havidas entre as partes; o processo deve ser algo inócuo, que apenas e tão somente dê a cada um aquilo a que tem direito, nem mais nem menos:

O processo, mero (embora digno) instrumento posto a serviço do direito material, não deve ficar aquém dos desígnios deste último; igualmente, contudo, não deve ir além pois que, em ambas as hipóteses, o processo estaria funcionando,

⁹⁷ E o descumprimento dessa obrigação deve dar ensejo à responsabilização do Estado – posição também defendida por Canotilho (*Direito Constitucional*, p. 654, citado em nota anterior). Mostra disso é que já se admite, com tranquilidade, a indenização pelo retardo na prestação jurisdicional – hipótese a que deve ser acrescida, em algumas situações, a prestação defeituosa.

⁹⁸ José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e Processo*, p. 17.

⁹⁹ Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, p. 372/373.

distorcidamente diga-se, como fonte autônoma de direitos e, por essa razão, traindo sua missão institucional.¹⁰⁰

De fato, assim como os serviços de saúde do Estado não servem para o indivíduo se o curam apenas em parte, também o processo que dá ao jurisdicionado apenas parte de seu direito deixa de atingir os seus objetivos: “o processo deve ser apto a produzir fielmente ‘a mesma situação que existiria se a lei não fosse descumprida’”¹⁰¹.

E, mais ainda, assim como não se concebe que um indivíduo deixe de ser atendido por, exemplificativamente, ter preenchido seu nome de forma errada na ficha de admissão do hospital, ou por não portar documento de identidade, não pode o direito compactuar com decisões que, por conta de um requisito formal que não impede a solução do litígio nem viola as garantias processuais da parte contrária, deixam de realizar o direito material sabidamente violado no curso da relação¹⁰².

Nesse sentido, deve ser lembrada a interessante disposição do art. 7º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos português, que prevê que “*Para efectivação do direito de acesso à justiça, as normas processuais devem ser interpretadas no sentido de promover a emissão de pronúncias sobre o mérito das pretensões formuladas*”, retratando, fielmente, o espírito que deve guiar a interpretação da lei processual, de modo que o processo, efetivamente, chegue a uma decisão que aprecie o mérito da controvérsia e dê ao feito a solução desejada pelo direito material.

¹⁰⁰ Flávio Luiz Yarshell, *Tutela Jurisdicional Específica nas Obrigações de Declaração de Vontade*, p. 110. Muito interessantes, a esse respeito, as considerações tecidas no Preâmbulo do novo CPC português: “*Ter-se-á de perspectivar o processo civil como um modelo de simplicidade e de concisão, apto a funcionar como um instrumento, como um meio de ser alcançada a verdade material pela aplicação do direito substantivo, e não como um estereótipo autista que a si próprio se contempla e impede que seja perseguida a justiça, afinal o que os cidadãos apenas pretendem quando vão a juízo.*”.

¹⁰¹ Flávio Luiz Yarshell, *Tutela Jurisdicional Específica nas Obrigações de Declaração de Vontade*, p. 59.

¹⁰² “*Com fundamento no relacionamento entre princípios constitucionais do processo e regras jurídicas, a nulidade somente é declarada em última hipótese, quando todas as demais possibilidades de sua superação são esgotadas. A nulidade é, pois, restrita. Apenas ocorre, quando não está em consonância com a harmonização de princípios constitucionais e regras jurídicas, tendo-se sempre em vista a heterodeterminação positiva ao estabelecer premissas de interpretação jurídica e negativa ao delimitar o campo de compreensão do direito do Direito Constitucional e dos princípios dele decorrentes.*” (TST, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, E-RR-490.169/1998.5, 03.10.05, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi). Afinal, “*A exacerbação das formas e a supervalorização das garantias processuais, prolongando excessivamente tal curso, impondo ao autor aflitiva espera para a fruição do seu direito, são verdadeiros venenos que se infiltram no tecido social, comprometendo a crença na vigência e na efetividade da ordem jurídica, fatores indispensáveis à preservação da idéia geral de ordem e de justiça.*” (Eduardo Henrique von Adamovich, *A Tutela de Urgência no Processo do Trabalho: uma visão histórico-comparativa*, p. 13).

Para isso, é imprescindível que a técnica processual seja compatível com os interesses a serem tutelados por meio do processo, isto é, com as necessidades do direito material. Se o processo é instrumento, é meio, é fundamental que ele seja adequado aos fins que se pretende atingir (e daí a importância de se fixar, de início, os escopos do processo - no nosso caso, a proteção dos direitos – fundamentais - dos trabalhadores):

Talvez a noção mais importante do direito processual moderno seja a de instrumentalidade, no sentido de que o processo constitui instrumento para a tutela do direito substancial. Está a serviço deste, para garantir sua efetividade. A consequência dessa premissa é a necessidade de adequação e adaptação do instrumento ao seu objeto. O processo é um instrumento, e, como tal, deve adequar-se ao objeto com que opera. Suas regras técnicas devem ser aptas a servir ao fim a que se destinam, motivo pelo qual se pode afirmar ser relativa a autonomia do direito processual.

Daí a conclusão que, paradoxalmente, servirá como premissa deste estudo: a ciência processual deve ser elaborada sempre à luz do direito substancial e em função dele.¹⁰³

Isso quer dizer, em última instância, a necessidade de se ver, no viver e aplicar o processo, os anseios dos jurisdicionados, a quem o sistema se destina. Deve o modelo ser estruturado de forma a satisfazer, da melhor forma possível, as suas necessidades, e o único limite cabível para tanto são os direitos da parte contrária. Qualquer outro óbice que se imponha ao processo além desse limite é ilegal.

Passo importante nesse sentido é a ampliação da aplicação que se faz do sistema de nulidades previsto pela CLT (arts. 794 a 798), para que ele seja utilizado em um número muito maior de situações, com um maior aproveitamento dos atos processuais realizados¹⁰⁴.

¹⁰³ José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e Processo*, p. 20. No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, p. 184 e 190, Flávio Luiz Yarshell, *Tutela Jurisdicional Específica nas Obrigações de Declaração de Vontade*, p. 17 e Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, p. 273/275 – lembrando que o próprio conceito de técnica pressupõe sua destinação a uma dada finalidade.

¹⁰⁴ Frisamos, novamente, que não estamos a defender o completo abandono da forma. O processo não vive sem ela; ela é, na verdade, uma das maiores garantias dos litigantes e do próprio processo: é pela exigência da forma que se protege a parte contra os arbítrios do juiz e é pelo seu estabelecimento que se assegura aos litigantes a igualdade de condições, o devido processo legal e a própria participação no processo. A exigência

Nesse sentido, reforçamos nos parecer absolutamente descabida a freqüente recusa dos tribunais superiores em adentrar no mérito de um recurso apenas por conta de um equívoco no preenchimento das guias recursais ou, mais comumente, da falta de um requisito na documentação que o acompanha (normalmente, um carimbo...), criando barreiras ilegítimas ao acesso à justiça e ao direito de defesa dos litigantes, dando maior valor a um carimbo ou a um xerox do que ao direito material da parte:

Não é concebível – apenas para dar dois singelos exemplos, dentre tantos que poderiam ser invocados – que, no estertor do século XX, o tribunal ad quem, após quase 2 anos de angustiante expectativa dos interessados, não conheça de um recurso, por entender intempestivo ou incompleto o seu respectivo preparo, ou, ainda, por não estarem autenticadas as cópias trasladadas, mesmo quando a outra parte, maior e capaz devidamente representada, não formulou qualquer impugnação quanto à força probante daquelas!¹⁰⁵

A concepção que se deve ter, enfim, é a de que, assim como quem procura o sistema público de saúde quer (e deve) ser curado, também quem aciona o sistema estatal de solução de controvérsias quer (e deve) ter seu direito restabelecido – essa a patologia (violação da lei material) que o processo deve curar¹⁰⁶. É imprescindível que o processo seja capaz de debelar a situação antijurídica trazida a juízo pelo autor – especialmente, na seara trabalhista, por conta da natureza alimentar e da fundamentalidade dos direitos que discute.

É certo, porém, que não é isso que se dá no atual processo do trabalho, sabidamente incapaz de restabelecer, pronta e rapidamente, os direitos dos trabalhadores.

da forma, enfim, tem uma razão de ser - e é exatamente por isso que é apenas quando essa razão de ser se faz presente que se justifica a sobreposição da forma ao conteúdo, mas nunca da forma pela forma, e sim pelos valores que ela visa a proteger. É por isso, inclusive, que as regras acerca das nulidades processuais tendem sempre a restringir as hipóteses de nulidade e a buscar o aproveitamento dos atos praticados. E isso bem poderia ser feito no processo do trabalho: na verdade, a simples aplicação do art. 796 da CLT, segundo o qual *“a nulidade não será pronunciada: a) quando for possível suprir-se a falta ou repetir-se o ato”*, bem como de seu art. 794 da CLT, que condiciona a declaração da nulidade à ocorrência de *“manifesto prejuízo às partes litigantes”*, já permitiria a extração de resultados mais úteis do processo.

¹⁰⁵ José Rogério Cruz e Tucci, Tempo e Processo, p. 105.

¹⁰⁶ A importância de um processo efetivo, para a vida das pessoas, é algo a que, infelizmente, não se dá a devida importância. Pensemos, por exemplo, na situação de alguém que empresta um bem a outra pessoa, mas essa pessoa se recusa a devolvê-lo. Só quem passou por isso sabe a importância de se contar com um instrumento eficaz para a rápida correção da situação de antijuridicidade – o que é ainda mais evidente quando a pessoa necessita daquelas verbas para prover a subsistência de sua família, como é o caso das ações trabalhistas.

Isso impõe a releitura do sistema, de modo a conferir-lhe a necessária efetividade – e é isso que procuramos fazer ao longo do trabalho: adaptar o processo do trabalho às necessidades do direito material, de modo a permitir, da melhor forma possível, a sua efetivação.

E essa tarefa se faz ainda mais necessária no processo do trabalho em virtude da dupla fundamentalidade, por assim dizer, dos valores envolvidos, já que, além de (i) a garantia de ação ter assento constitucional, também (ii) os direitos discutidos no processo do trabalho são direitos fundamentais (o que será objeto do capítulo seguinte), o que aumenta a demanda por um processo mais efetivo.

Assim, a releitura do processo trabalhista de modo a dotá-lo de maior efetividade é um imperativo decorrente de nosso modelo constitucional, pautado na dignidade da pessoa humana e no valor social do trabalho – e que assegura o direito (também fundamental) a uma tutela jurisdicional efetiva¹⁰⁷.

Isso tudo impõe, em suma, que conceitos sejam revistos e que se mude a mentalidade daqueles que atuam no processo, para que, cômicos de sua real finalidade e importância, apliquem a lei processual de modo a permitir a máxima efetividade possível dos direitos fundamentais dos trabalhadores¹⁰⁸:

Ao se afirmar que a norma relativa a um direito fundamental possui aplicabilidade imediata, deseja-se evidenciar sua força normativa. Como a essa norma não se pode atribuir função retórica, não há como supor que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva somente possa se expressar em conformidade com a lei, e que assim seja dela dependente.

De modo que a norma do art. 5º, § 1º, da CF já seria suficiente para demonstrar a tese de que o juiz não só deve interpretar a lei processual em conformidade com o

¹⁰⁷ “A negação da natureza e objetivo puramente técnicos do sistema processual é ao mesmo tempo afirmação de sua permeabilidade aos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico material (os quais buscam efetividade através dele) e reconhecimento de sua inserção no universo axiológico da sociedade a que se destina.” (Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, p. 24).

¹⁰⁸ “Mas o compromisso não termina ali. Definidas as linhas do instrumentalismo processual e o sentido vetorial da pressão sofrida pela agilização do sistema como algo destinado a pacificar pessoas, é preciso agora traduzir tudo isso em resultados práticos. É preciso, em outras palavras, retornar à dogmática processual, agora com o espírito esclarecido pela visão dos objetivos a conquistar. (...) com a coragem de afrontar dogmas, a prudência em não expor os litigantes a inseguranças e a esperança de dotar a sociedade de instrumentos mais ágeis para a realização da justiça.” (Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, p. 13/14).

direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, como ainda deve concretizá-lo, por meio da via interpretativa, no caso de omissão ou de insuficiência da lei.¹⁰⁹

De fato, a natureza constitucional dos direitos dos trabalhadores e do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva condiciona a interpretação da legislação infraconstitucional¹¹⁰ – inclusive, por óbvio, da lei processual. Se são as normas constitucionais que dão validade às demais normas do ordenamento, é evidente que estas (e sua interpretação) devem àquelas se conformar:

As leis envelhecem e também podem ter sido mal feitas. Em ambas as hipóteses carecem de legitimidade as decisões que as considerem isoladamente e imponham o comando emergente da mera interpretação gramatical. Nunca é dispensável a interpretação dos textos legais no sistema da própria ordem jurídica em consonância com os princípios e garantias constitucionais (interpretação sistemática) e sobretudo à luz dos valores aceitos (interpretação sociológica, axiológica).¹¹¹

¹⁰⁹ Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, p. 220/221. Interessante, também, a lição vinda do direito italiano, com base no art. 111 da Constituição italiana, que prevê o direito da parte a um processo de duração razoável: “*In concreto, secondo questa prospettiva, ha sottolineato la dottrina, la Corte Costituzionale può analizzare la legittimità di quelle disposizioni normative, che in astratto prevedono nel processo modalità irragionevoli e scansioni temporali eccessive o formalità irrazionali ed inutili, come tali non giustificate da esigenze di effettività dei diritti di azione o difesa, né tantomeno da interessi razionalmente strutturali e prevalenti. (...) Ciò significa che, fra diverse interpretazioni possibili di norme ed istituti processuali, gli interpreti sono tenuti a privilegiare quella che, senza pregiudicare altri valori costituzionali superiori o di pari grado, appare idonea a dare attuazione al principio predetto. La magistratura è perciò, anch’essa chiamata a dare concreta attuazione al principio nelle singole fattispecie sottoposte al suo vaglio.*” (Marianna Pulice e Ilaria Pulice, *Lite temeraria e risarcimento danni: Interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 96 c.p.c., tra danno esistenziale e “giusto processo”*).

¹¹⁰ Rodolfo Luis Vigo lembra que a Constituição, por consistir no ponto máximo do ordenamento, representa o critério hermenêutico fundamental de todo o ordenamento jurídico (*Interpretación Constitucional*, p. 82), e Marinoni fala no “*dever de interpretar a legislação processual à luz dos valores da Constituição Federal*” (*Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, p. 225). Da mesma forma, Marcus Orione aponta a importância de se ler o texto infraconstitucional de modo a atribuir a maior eficácia possível ao direito de ação (*Teoria e Prática do Poder de Ação na Defesa dos Direitos Sociais*, p. 64), observação que é reforçada por Marinoni no que concerne à interpretação dos direitos fundamentais (*Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, p. 222). No mesmo sentido, José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 207.

¹¹¹ Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, p. 361 – ressaltando o autor, porém, que “*Legislador ele (juiz) não é e, com as ressalvas postas, sempre continua o juiz sujeito à lei. Aquele que, a pretexto de dar a esta uma interpretação evolutiva, pretender impor soluções suas personalíssimas, decorrentes de suas opções políticas, crenças religiosas, preconceitos, preferências, etc., estará cometendo ilegalidade e sua decisão não será legítima.*” (p. 362).

E isso é especialmente verdadeiro na atual realidade brasileira, em que a maior parte dos textos legais (especialmente, aqueles de natureza processual) são anteriores à atual ordem constitucional – e a ela precisam, por conseguinte, ser adaptados.

De fato, tanto a CLT quanto o CPC são muito anteriores à atual ordem constitucional: quando de sua elaboração, outros eram os valores e princípios que informavam o nosso ordenamento (os direitos trabalhistas sequer eram definidos como direitos fundamentais, vindo sempre inseridos na parte da Constituição relativa à ordem econômica, ou econômica e social). Imperiosa, assim, a sua adaptação à nova realidade constitucional brasileira, que não se compadece com interpretações formalistas da lei processual, nem tampouco com aquelas que lhe negam efetividade e impedem a concretização dos direitos fundamentais dos trabalhadores (ou, em termos mais simples, o restabelecimento do direito do jurisdicionado que aciona a jurisdição e do próprio ordenamento jurídico material).

E a adaptação da lei processual à nova ordem constitucional deve se dar não apenas nos casos em que a lei processual é omissa¹¹², mas também naqueles em que há norma específica, mas ela não confere a máxima efetividade aos direitos fundamentais dos trabalhadores e ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, hipótese em que ela deve ser substituída pela técnica processual mais adequada.

De fato, sempre que o intérprete encontrar-se em uma situação em que a lei processual limita a efetividade do processo, deve, com base na Constituição, aplicar outra técnica processual, mais adequada à efetividade da jurisdição e do próprio direito material discutido – mas sempre respeitando as garantias constitucionais da parte contrária (e esse é seu único limite)¹¹³.

É imprescindível, assim, que o intérprete da norma processual busque – e aplique - a melhor solução ainda quando a lei processual pareça ir em sentido contrário, já que ela está submetida à Constituição e aos valores nela contidos: “*sempre que os textos*

¹¹² “O que falta, porém, é atentar para que, se a técnica processual é imprescindível para a efetividade da tutela dos direitos, não se pode supor que, diante da omissão do legislador, o juiz nada possa fazer. Isso por uma razão simples: o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional não se volta apenas contra o legislador, mas também se dirige contra o Estado-Juiz. Por isso, é absurdo pensar que o juiz deixa de ter dever de tutelar de forma efetiva os direitos somente porque o legislador deixou de editar uma norma processual mais explícita.” (Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, p. 224).

¹¹³ Entre essas garantias, porém, não está a de ser executado (ou processado) do modo menos efetivo possível. Da mesma forma, não há violação às garantias constitucionais da parte contrária quando se utiliza, por analogia, técnica processual prevista para outra situação, ampliando seu âmbito de incidência, até porque sua previsão legal afasta qualquer arguição de violação ao princípio da legalidade.

*comportem mais de uma interpretação razoável, é dever do juiz optar pela que melhor satisfaça ao sentimento social de justiça, do qual é portador (ainda que as palavras da lei ou a mens legislatoris possam insinuar solução diferente)”*¹¹⁴ – já que o contrário significaria dizer que a norma constitucional constitui mera recomendação ou promessa desprovida de conteúdo normativo vinculante, com sua aplicação condicionada à vontade do legislador infraconstitucional.

Em suma, sempre que a solução dada pela lei processual for insuficiente, o operador deve buscar, com base na Constituição (e diretamente nela¹¹⁵), a solução apta a dar a maior efetividade ao direito material e ao processo:

O jurisdicionado não é obrigado a se contentar com um procedimento inidôneo à tutela jurisdicional efetiva, pois o seu direito não se resume à possibilidade de acesso ao procedimento legalmente instituído. (...) Será que o direito à tutela jurisdicional é apenas o direito ao procedimento legalmente instituído, não importando a sua capacidade de atender de maneira idônea o direito material? Ora, não tem cabimento entender que há direito fundamental à tutela jurisdicional, mas que esse direito pode ter a sua efetividade comprometida se a técnica processual houver sido instituída de modo incapaz de atender ao direito material. (...) Isso significa que a ausência de técnica processual adequada para certo caso conflitivo concreto representa hipótese de omissão que atenta contra o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional. Se o dever do legislador de editar o procedimento idôneo pode ser reputado descumprido diante de determinado caso concreto, o juiz, diante disso, obviamente não perde o seu dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva. Por tal razão, o juiz tem o dever de interpretar a legislação à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional, estando obrigado a extrair da regra

¹¹⁴ Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, p. 392.

¹¹⁵ “Na hipótese que o Estado se omite em editar técnica processual adequada à efetiva prestação da tutela jurisdicional, o juiz deve justificar que a sua aplicação é necessária em face das necessidades do direito material (das tutelas que devem ser prestadas para que ocorra a efetividade do direito). (...) Assim, se o juiz, diante da lei processual, é obrigado a optar pela interpretação de acordo com o direito fundamental, cabe a ele, em caso de omissão ou de insuficiência legal, aplicar diretamente a norma que institui o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, considerando os princípios que com ele possam se chocar diante do caso concreto.” (Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, p. 233/4). No mesmo sentido: “Os juizes, tendo em conta a sua competência própria para o controle da constitucionalidade das leis, podem e devem aplicar os preceitos constitucionais contra a lei e em vez da lei. (...) Por outro lado, caso conclua pela inconstitucionalidade da lei ordinária, os juizes têm um poder de desaplicação e, porque não podem deixar de agir, sob pena de denegação de justiça, devem resolver o caso como se essa lei não existisse, aplicando directamente, em vez dela, os preceitos constitucionais, devidamente interpretados e concretizados.” (José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 212/213).

processual, sempre com a finalidade de efetivamente tutelar os direitos, a sua máxima potencialidade, desde – e isso nem precisa ser dito – que não seja violado o direito de defesa.¹¹⁶

De fato, as únicas balizas que devem ser impostas ao intérprete dizem respeito ao direito de defesa da parte contrária: sendo ele respeitado, deve ele, sempre, optar pela técnica processual mais efetiva¹¹⁷.

Fazendo isso, o intérprete estará dando vida à Constituição, realizando os direitos fundamentais dos trabalhadores e contribuindo para a construção de uma sociedade melhor.

¹¹⁶ Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, p. 188/189. E, em outra passagem, o autor reforça que “*não é suficiente pensar que, diante de duas interpretações possíveis da regra processual, o juiz deve preferir aquela que não seja contrária à Constituição. É que, diante de certa regra processual, podem existir duas interpretações que sejam razoáveis na perspectiva constitucional. Nesse caso, o juiz tem o dever de preferir a interpretação que garanta a máxima efetividade à tutela jurisdicional, considerando sempre o objeto que deve ser tutelado (a tutela do direito material) e a realidade social*” (p. 225).

¹¹⁷ Sendo importante ressaltar que, como bem aponta Delosmar Mendonça Júnior, “*a efetividade do processo não é direito antagônico à ampla defesa, em tese, no plano abstrato. É possível a realização da pretensão com a observância da ampla defesa.*” (*Princípios da Ampla Defesa e Efetividade*, p. 76 apud Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, p. 245/246).

SEGUNDA PARTE

OS DIREITOS TRABALHISTAS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. OS DIREITOS TRABALHISTAS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM

Art. 23. I) Todo o homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. (...)

III) Todo o homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como a sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. (...)

Art. 24. Todo o homem tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

(...)

TÍTULO II

DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

(...)

Capítulo II

DOS DIREITOS SOCIAIS

(...)

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

1. DA FUNDAMENTALIDADE MATERIAL DOS DIREITOS DOS TRABALHADORES

No presente tópico, demonstraremos a fundamentalidade material dos direitos dos trabalhadores, representada pelos por conta dos valores neles sublimados.

Para tanto, iniciaremos por um breve estudo acerca de sua evolução histórica, passando pelo surgimento das primeiras leis trabalhistas, o desenvolvimento de um verdadeiro direito do trabalho e, por fim, a constitucionalização e reconhecimento internacional dos direitos dos trabalhadores, etapa que representou o reconhecimento dos “direitos sociais” – que representam uma etapa posterior na evolução dos direitos dos trabalhadores.

1.1. SURGIMENTO DAS LEIS DE PROTEÇÃO DO TRABALHO

Inúmeros são os elementos que levaram ao surgimento das leis de proteção aos trabalhadores; seu ponto de convergência, segundo nos parece, são as péssimas condições de trabalho e de vida a que eles estavam sujeitos.

Essas más condições de vida e trabalho da classe trabalhadora foram ocasionadas por alguns fatores; além disso, contaram com a concorrência de alguns outros elementos que facilitaram o surgimento das primeiras leis trabalhistas. Será essa, basicamente, a divisão que seguiremos em nossa breve exposição: primeiramente, a análise dos fatores que levaram às más condições a que eram submetidos os trabalhadores; em seguida, uma rápida análise dessas condições e, por fim, a exposição dos elementos que com elas concorreram na formação das primeiras leis de proteção ao trabalho.

A absoluta exploração dos trabalhadores que se viu nos séculos XVIII e XIX deveu-se, como se sabe, à conjunção de dois fatores principais: a Revolução Industrial (e as mudanças no sistema de produção dela decorrentes) e o predomínio da doutrina liberal, que pregava não competir ao Estado intervir no relacionamento entre os agentes privados¹¹⁸.

A única preocupação do capitalismo industrial que então surgia era a obtenção de lucros – para o que era necessária a diminuição dos custos da produção. Isso significava, para os trabalhadores, o pagamento de baixos salários, a submissão a jornadas de trabalho excessivas, o aproveitamento das chamadas meias-forças e a ausência de qualquer preocupação acerca da segurança e higiene do ambiente de trabalho (já que isso seria dispendioso); em resumo, péssimas condições de vida e de trabalho, assim sintetizadas pelo Professor Amauri Mascaro Nascimento:

A imposição de condições de trabalho pelo empregador, a exigência de excessivas jornadas de trabalho, a exploração das mulheres e menores, que constituíam mão-de-obra mais barata, os acidentes ocorridos com os trabalhadores no desempenho de suas atividades e a insegurança quanto ao futuro e aos momentos nos quais

¹¹⁸ “Com efeito, a ordem liberal politicamente institucionalizada através dos direitos civis e políticos, assegurou o estabelecimento de um sistema social em torno da economia de livre mercado, economia esta que terminou por gerar um quadro de profundas e injustas desigualdades sociais, sob a égide de um Estado mais preocupado em representar os interesses dos detentores dos meios de produção do que em proteger os setores menos favorecidos ou mais fracos da sociedade.” (Vicente de Paulo Barretto, *Reflexões sobre os Direitos Sociais*, p. 127).

fisicamente não tivessem condições de trabalhar foram as constantes da nova era no meio proletário, às quais se podem acrescentar também os baixos salários.¹¹⁹

Ainda mais ilustrativa é sua transcrição dos resultados de um questionário feito na época para a apuração das más condições de trabalho a que eram submetidas (até) as crianças:

1. Pergunta: A que horas vão as menores à fábrica? Resposta: Durante seis semanas foram às três horas da manhã e voltaram às dez horas da noite. 2. Pergunta: Quais os intervalos concedidos, durante as dezenove horas, para descansar ou comer? Resposta: Quinze minutos para o desjejum, meia hora para o almoço e quinze minutos para beber. 3. Pergunta: Tinha muita dificuldade para despertar suas filhas? Resposta: Sim, a princípio tínhamos que sacudi-las para despertá-las e se levantarem, bem como vestirem-se antes de ir ao trabalho. 4. Pergunta: Quanto tempo dormiam? Resposta: Nunca se deitavam antes das 11 horas, depois de lhes dar algo que comer e, então, minha mulher passava toda a noite em vigília ante o temor de não despertá-las na hora certa. 5. Pergunta: A que horas eram despertadas? Resposta: Geralmente, minha mulher e eu nos levantávamos às duas horas da manhã para vesti-las. 6. Pergunta: Então, somente tinham quatro horas de repouso? Resposta: Escassamente quatro. 7. Pergunta: Quanto tempo durou essa situação? Resposta: Umas seis semanas. 8. Pergunta: Trabalhavam desde as seis horas da manhã até às oito e meia da noite? Resposta: Sim, é isso. 9. Pergunta: As menores estavam cansadas com esse regime? Resposta: Sim, muito. Mais de uma vez ficaram adormecidas com a boca aberta. Era preciso sacudi-las para que comessem. 10. Pergunta: Suas filhas sofreram acidentes? Resposta: Sim, a maior, a primeira vez que foi trabalhar, prendeu o dedo numa engrenagem e esteve cinco semanas no hospital de Leeds. 11. Pergunta: Recebeu o salário durante todo esse tempo? Resposta: Não, desde o momento do acidente cessou o salário. 12.

¹¹⁹ *Curso de Direito do Trabalho*, p. 15. No mesmo sentido: “A liberdade individual e a concorrência económica não tinham conduzido ao melhor dos mundos, mas a um mundo de injustiças flagrantes – designadamente, a liberdade contratual entre empresários e trabalhadores tivera como resultado uma exploração social infrene, que reduziu massas humanas a um nível degradante da sua dignidade e abriu uma ‘questão social’, em termos de afectar a própria segurança burguesa.” (José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 58). Sobre os fatores que levaram às péssimas condições de trabalho (e, assim, à legislação trabalhista), ver: Pedro Vidal Neto, *Estado de Direito – Direitos Individuais e Direitos Sociais*, p. 121/122; Arnaldo Sussekind, Délio Maranhão, Segadas Vianna e João de Lima Teixeira Filho, *Instituições de Direito do Trabalho*, p. 36 e ss.; Dalmo de Abreu Dallari, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, p. 235/236.

Pergunta: Suas filhas foram remuneradas? Resposta: Sim, ambas. 13. Pergunta: Qual era o salário em semana normal? Resposta: Três shillings por semana cada uma. 14. Pergunta: E quando faziam horas suplementares? Resposta: Três shillings e sete pence e meio.¹²⁰

Era uma situação de verdadeira desumanização, com a submissão dos trabalhadores a todos os tipos de abusos e exploração – às quais eles tinham que se submeter para não morrer de fome, já que o estado geral de pobreza e deterioração da situação social – ligadas à crise econômica de então¹²¹ - não lhes dava a opção de não trabalhar. Afinal de contas, como bem sintetizou Luiz Otávio Linhares Renault, citando Rivero e Savatier, “*o contrato de trabalho é o ajuste entre um saco cheio de dinheiro e uma barriga vazia*”¹²².

A liberdade formal decorrente do liberalismo mascarava a desigualdade material entre as partes, a qual permitia ao lado mais forte da relação impor ao outro as condições de execução do contrato, sem qualquer possibilidade de resistência.

Essas más condições de vida e de trabalho da classe trabalhadora trouxeram a percepção de que os trabalhadores precisavam ser protegidos contra o maior poder econômico do empregador e, principalmente, as condições de trabalho por ele impostas. Mas para que isso ocorresse, foi necessária a conjugação de uma série de outros fatores, como o desenvolvimento (e a própria contribuição) do ideário socialista, a concentração do capital e das massas urbanas (em um mesmo local geográfico e profissional, facilitando a sua união), as doutrinas sociais da Igreja e as encíclicas papais (além dos próprios pensadores que defendiam idéias “sociais”), o desenvolvimento da organização sindical e, por fim, o inconformismo da classe trabalhadora com a sua má sorte, que deu origem aos mais variados tipos de insurgência e manifestações de rebeldia, ameaçando a hegemonia das classes dominantes e a própria manutenção do sistema (especialmente após a aquisição do direito ao voto e o surgimento da consciência de classe)¹²³.

¹²⁰ *Curso de Direito do Trabalho*, p.16. No mesmo sentido: Jorge Luiz Souto Maior, *O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social*, p. 57, 59 e 66; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 41 e ss..

¹²¹ Jayme Benvenuto Lima Jr., *Los Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturales*, p. 41 e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 41.

¹²² *Que é Isto – O Direito do Trabalho?*, p. 68.

¹²³ Sobre os fatores que contribuíram para o surgimento das leis de proteção do trabalho, ver Antônio Ferreira Cesarino Júnior e Marly Antonieta Cardone, *Direito Social*, p. 60 e ss., Arnaldo Sussekind, Délio Maranhão,

A soma de todos esses fatores levou a uma situação em que se tornou inevitável o reconhecimento do direito dos trabalhadores a algum tipo de proteção¹²⁴, a ser conferida pelo Estado, sob pena de esse mesmo Estado ruir, tamanho o grau de insustentabilidade social a que se chegava. Muito interessantes a esse respeito são as palavras de Evaristo de Moraes:

A reação não se fez esperar; era preciso salvar a pessoa no trabalho antes que fosse tarde demais. A febre da produção e do lucro a qualquer preço produziria junto com ela graves e perigosas seqüelas, que inquietavam todas as classes sociais. (...) Esforça-se, assim, o direito do trabalho, dentro da humana fragilidade, em trazer justiça para essa prestação de trabalho, tornando-a menos alienada, menos coagida, menos penosa, menos fatigante, e, se possível, cada vez mais alegre, espontânea e saudável. Pelo menos é este o seu objetivo, utilizando-se da lição que lhe proporciona a história.¹²⁵

E termina ele, citando a Encíclica *Laborem Exercens*: “o primeiro fundamento do valor do trabalho é o mesmo homem, o seu sujeito. E relaciona-se com isto imediatamente uma conclusão muito importante de natureza ética: embora seja verdade que o homem está destinado e é chamado ao trabalho, contudo, antes de mais nada o trabalho ‘é para o homem’ e não homem ‘para o trabalho’.”¹²⁶.

Segadas Vianna e João de Lima Teixeira Filho, *Instituições de Direito do Trabalho*, p. 41 e ss.; Pedro Vidal Neto, *Estado de Direito – Direitos Individuais e Direitos Sociais*, p. 124 e ss. e p. 153 e ss.; Ari Possidonio Beltran, *Direito do Trabalho e Direitos Fundamentais*, p. 72 e ss.; Maurício Godinho Delgado, *Curso de Direito do Trabalho*, p. 87; Orlando Gomes e Elson Gottschalk, *Curso de Direito do Trabalho*, p. 1 e ss.; Evaristo de Moraes Filho e Antônio Carlos Flores de Moraes, *Introdução ao Direito do Trabalho*, p. 66 e ss.. É certo, de todo modo, que tais fatores não foram os mesmos em todos locais e momentos históricos; assim, por exemplo, no que diz respeito especificamente ao surgimento das primeiras leis trabalhistas no Brasil, podemos apontar também como fatores o desenvolvimento da legislação trabalhista na Europa, o Tratado de Versalhes, o movimento operário, o surto industrial e política trabalhista de Vargas (Amauri Mascaro Nascimento, *Iniciação ao Direito do Trabalho*, p. 45).

¹²⁴ “É evidente que os direitos fundamentais surgem como resultado da luta histórica e que a sua consagração exprime o poder directo ou indirecto que os seus titulares e beneficiários dispõem na sociedade.” (José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 109). No mesmo sentido: Arnaldo Sussekind, Délio Maranhão, Segadas Vianna e João de Lima Teixeira Filho, *Instituições de Direito do Trabalho*, p. 41, 42 e 85.

¹²⁵ *Introdução ao Direito do Trabalho*, p. 26/30.

¹²⁶ *Introdução ao Direito do Trabalho*, p. 30.

É assim que começa a surgir o Direito do Trabalho: instrumento cujo fim imediato consiste na proteção do trabalhador¹²⁷ (mediante a melhora – humanização - de suas condições de trabalho), mas que possui, por detrás disso, um papel muito maior e (ainda) mais digno: assegurar a paz social e o bem comum, já que para a própria sociedade (e, por que não, para toda a humanidade) não convém que haja tamanha exploração do homem pelo homem (e, assim, tanta injustiça)¹²⁸.

Essa a importância do Direito do Trabalho: corrigir as injustiças decorrentes do modo capitalista de produção, assegurando à classe operária condições de trabalho – e, assim, de vida – dignas, permitindo que todos tenham acesso às benesses decorrentes do desenvolvimento produtivo da sociedade.

1.2. SURGIMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS

A legislação trabalhista se desenvolveu de forma mais consistente no início do século XIX, com medidas voltadas, principalmente, à limitação da jornada de trabalho,

¹²⁷ Ao contrário do que defende parte da doutrina, temos para nós, muito claramente, que o Direito do Trabalho serve, sim, para a proteção dos trabalhadores (e a ela se destina). Nesse sentido o posicionamento do Ministro Rider de Brito, do C. TST, entrevistado no interessante trabalho de Karen Arhur (*O TST e os doutrinadores jurídicos como agentes de novas noções contratuais do trabalho: um estudo sobre a terceirização*, p. 48); no mesmo sentido, Luiz de Pinho Pedreira da Silva, *Os Princípios do Direito do Trabalho em face da Globalização*, p. 28. A maior prova disso é a constatação de que as primeiras leis trabalhistas surgiram exatamente para melhorar as condições de trabalho da época, dispondo sobre as exigências de saúde e de higiene dos locais de trabalho, a limitação da jornada de trabalho e do uso da mão-de-obra de mulheres e crianças (cf. Antônio Ferreira Cesarino Júnior e Marly Antonieta Cardone, *Direito Social*, p. 18; Pedro Vidal Neto, *Estado de Direito – Direitos Individuais e Direitos Sociais*, p. 123; Arnaldo Sussekink, Délio Maranhão, Segadas Vianna e João de Lima Teixeira Filho, *Instituições de Direito do Trabalho*, p. 39; Orlando Gomes e Elson Gottschalk, *Curso de Direito do Trabalho*, 32; Amauri Mascaro Nascimento, *Curso de Direito do Trabalho*, p. 37 e ss.), com especial destaque para a questão dos acidentes de trabalho: “Da discussão jurídica em torno da responsabilidade decorrente do acidente do trabalho foi que se desenvolveu toda uma teoria que motivou o surgimento de diversas leis de proteção contra o acidente do trabalho (na Alemanha, em 1871 e 1884; na Áustria, em 1887; na Dinamarca, em 1891; na Inglaterra, em 1897; na França, em 1898; e, na Espanha, em 1900), todas adotando a teoria do risco profissional, que acabaram se tornando a base do Estado social.” (Jorge Luiz Souto Maior, *O Direito Social e seus Valores Fundamentais*, p. 4/5).

¹²⁸ Jorge Luiz Souto Maior, *O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social*, p. 248, 268 e 289 e Arnaldo Sussekink, Délio Maranhão, Segadas Vianna e João de Lima Teixeira Filho, *Instituições de Direito do Trabalho*, p. 34/37. É natural a empresa buscar o lucro – afinal, é para isso que ela é constituída –; o que não se admite, porém, é essa busca de lucros sacrificar os direitos – e a dignidade - do trabalhador. O que se defende, enfim, é um capitalismo responsável – como, talvez, tenha sido atingido nos países mais desenvolvidos, que asseguram uma vida digna aos trabalhadores: “As correções a fazer aos mecanismos de mercado hão-de ter por objectivo último garantir a todos os cidadãos um mínimo de rendimento capaz de proporcionar uma existência digna. Não se trata, para nós, de substituir o mercado por outro sistema de distribuição – até pelas dificuldades que a falta de acordo quanto aos critérios a utilizar inevitavelmente comportaria – mas de limitar as consequências do seu arbítrio.” (João Caupers, *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*, p. 63).

à segurança e higiene do ambiente de trabalho e à garantia de um mínimo de remuneração aos trabalhadores.

No entanto, mesmo no início do século XX, continuavam os trabalhadores submetidos a condições de exploração – bastante agravadas com o advento da 1ª Guerra Mundial¹²⁹. Após a guerra (e por conta da insustentabilidade da situação econômico-social que a seguiu), percebeu-se a necessidade de uma regulação mais extensa e efetiva da questão social, única forma de se assegurar a ordem interna e a paz mundial¹³⁰ - necessidade que se fazia ainda mais premente por conta do desenvolvimento dos regimes de esquerda, ameaçando a supremacia capitalista¹³¹.

Mais ainda, percebeu-se que a penúria em que vivia a classe trabalhadora lhe privava do exercício até mesmo dos clássicos direitos de índole liberal, pela falta de condições materiais: os direitos fundamentais da “segunda geração”¹³² são imprescindíveis para o exercício daqueles da “primeira”.

Surgia, assim, o Estado Social¹³³, que intervinha nas relações entre os particulares e, além disso, buscava fornecer aos cidadãos as condições mínimas para uma vida digna, por meio de prestações sociais que lhe assegurassem os meios e benefícios de que necessitavam¹³⁴ – ao menos, suas “*necessidades existenciais mínimas*”¹³⁵:

¹²⁹ Dalmo de Abreu Dallari, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, p. 177 e ss. e 236 e ss.; Ari Possidonio Beltran, *Direito do Trabalho e Direitos Fundamentais*, p. 76 e ss. (com interessante exposição acerca das condições sociais que antecederam a tão falada Constituição mexicana de 1917); Jorge Luiz Souto Maior, *O Direito Social e seus Valores Fundamentais*, p. 7.

¹³⁰ Vide, a propósito, o Preâmbulo do Tratado de Versalhes, transcrito adiante. No mesmo sentido, Dalmo de Abreu Dallari, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, p. 177 e 236.

¹³¹ Jayme Benvenuto Lima Jr., *Los Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturales*, p. 45; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 46; Paulo Bonavides, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, p. 209; Jorge Pereira da Silva, *Os Direitos Sociais e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia*, p. 150 - além, é claro, daqueles mesmos fatores que haviam levado ao surgimento das primeiras leis trabalhistas.

¹³² Muitas críticas são lançadas à expressão “gerações” de direitos humanos (por exemplo, Walkure Lopes Ribeiro da Silva, *Liberdade Sindical no Contexto dos Direitos Humanos: a Experiência da OIT*, p. 206 e ss., Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 54 e Arion Sayão Romita, *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*, p. 89); não obstante, por se tratar de expressão de uso corrente, optamos por mantê-la – deixando claro nosso entendimento de que uma “geração” não exclui a outra, mas a ela se acumula.

¹³³ “Para entender isto, é preciso que se tenha a percepção histórica de que o surgimento do Direito Social está ligado à própria transformação do Estado Liberal em Estado Social, o qual acabou sendo o protagonista do desenvolvimento da atuação que se convencionou chamar de política do bem-estar social.” (Jorge Luiz Souto Maior, *O Direito Social e seus Valores Fundamentais*, p. 1/2). Vale mencionar a interessante observação de Paulo Bonavides no sentido de que o Estado Social já teria existido em outros momentos históricos, sendo sempre um sinal de decadência (*Do Estado Liberal ao Estado Social*, p. 191).

¹³⁴ Concordamos com as observações de Comparato, porém, no sentido de que, no que diz respeito ao surgimento dos direitos fundamentais (entre eles os sociais), no Brasil, houve muito mais uma concessão de cima para baixo do que uma conquista propriamente dita - sem jamais desprezar, porém, os importantes

A liberação da miséria e do medo resumem, segundo Burdeau, o conjunto dos direitos sociais, que constituem sobretudo ‘um conjunto de prerrogativas que parece desejável conferir ao indivíduo para liberá-lo dos constrangimentos econômicos’.¹³⁶

Bastante elucidativas a esse respeito são as considerações do Preâmbulo da Parte XIII do Tratado de Versalhes, relativa aos direitos sociais dos trabalhadores:

Considerando que a Sociedade das Nações tem por objetivo estabelecer a paz universal e que tal paz não pode ser fundada senão sobre a base da justiça social; em atenção a que existem condições de trabalho que implicam para um grande número de pessoas em injustiça, miséria e privações, e que origina tal descontentamento que a paz e a harmonia universais correm perigo; em vista de que é urgente melhorar essas condições (por exemplo, no que concerne à regulamentação das horas de trabalho, à fixação de uma duração máxima da jornada e da semana de trabalho, ao aproveitamento da mão-de-obra, à luta contra o desemprego, à garantia de um salário que assegure condições convenientes de existência, à proteção dos trabalhadores contra as enfermidades gerais ou profissionais e os acidentes resultantes do trabalho, à proteção das crianças, dos adolescentes e das mulheres, às pensões de velhice e de invalidez, à defesa dos

movimentos que existiram nesse sentido –, o que, talvez, explique, pelo menos em parte, a falta de consciência que se tem a seu respeito (Fabio Konder Comparato, *Direitos Humanos no Brasil – o Passado e o Futuro*, p. 4 e 5). A mesma parece ser a opinião de Arnaldo Sussekind, Délio Maranhão, Segadas Vianna e João de Lima Teixeira Filho (*Instituições de Direito do Trabalho*, p. 56).

¹³⁵ Expressão utilizada por Paulo Bonavides (*Do Estado Liberal ao Estado Social*, p. 200). “*Importante é, neste particular e neste contexto, a constatação de que os direitos fundamentais são, acima de tudo, fruto de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e/ou de agressão a bens fundamentais e elementares do ser humano.*” (Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 62).

¹³⁶ Pedro Vidal Neto, *Estado de Direito – Direitos Individuais e Direitos Sociais*, tecendo considerações semelhantes nas p. 162 e ss.. Nesse mesmo sentido: Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 52, na qual faz menção ao conhecido discurso do então presidente americano Franklin Roosevelt sobre as “quatro liberdades” (liberdade de expressão, liberdade de culto, liberdade frente às necessidades – freedom from want - e liberdade frente ao medo – freedom from fear): “*With the onset of World War II, Roosevelt further saw the necessity of spreading “freedom from want” throughout the world. The Second World War, he believed, was caused in part by the currency disorders, mass unemployment, and economic desperation that had brought Hitler and Mussolini to power. As he stated when proposing an economic bill of rights (see Appendix B): ‘[T]rue individual freedom cannot exist without economic security and independence. ‘Necessitous men are not free men.’ People who are hungry and out of a job are the stuff of which dictatorships are made.*” (Mary-Lea Cox, *Freedom from Want*). Essas duas últimas liberdades também são mencionadas por Vieira de Andrade (*Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 84).

interesses dos trabalhadores ocupados no estrangeiro, à afirmação do princípio da liberdade sindical, à organização do ensino profissional e técnico e outras medidas análogas); - tendo presente que a não-adoção por uma nação qualquer de um regime de trabalho realmente humanitário é um obstáculo aos esforços das demais desejosas de melhorar a sorte dos trabalhadores nos seus próprios países; - as Altas Partes Contratantes, movidas por sentimentos de justiça e humanidade, assim como pelo desejo de assegurar uma paz duradoura e mundial, convencionaram o que segue.¹³⁷

Juridicamente, isso se deu mediante a inclusão, nos textos constitucionais, dos principais direitos dos trabalhadores (e também daqueles que se convencionou chamar de direitos sociais, como os de natureza previdenciária, assistencial e aqueles ligados à saúde e educação em geral): era o chamado *constitucionalismo social*¹³⁸. Os maiores paradigmas desse movimento são as conhecidas Constituições Mexicana e de Weimar¹³⁹,

¹³⁷ É interessante notar que a própria OIT viria a apontar, em estudo feito no ano de 1994, que sua criação teria uma *tríplice justificação*: humanitária, política e econômica: “*responde a uma preocupação humanitária. A situação dos trabalhadores, cada vez mais numerosos, explorados sem consideração alguma, por sua saúde, e seu progresso profissional e social, resultava cada vez menos aceitável. Essa preocupação está refletida claramente no preâmbulo da Constituição da OIT, a qual afirma existirem condições de trabalho que revelam injustiça, miséria e privações para um grande número de seres humanos. Também se baseia em motivações de caráter político. Se não se melhorasse a situação, os trabalhadores, cujo número crescia continuamente devido à industrialização, dariam origem a conflitos sociais, que poderiam desembocar numa revolução. O preâmbulo assinala que o descontentamento causado pela injustiça constitui uma ameaça para a paz e a harmonia universais. A terceira motivação era econômica. Qualquer país que adotasse medidas de reforma social se encontraria em desvantagem diante de seus competidores devido às conseqüências inevitáveis dessas medidas sobre o custo da produção. O Preâmbulo assinala que se uma nação não adotasse um regime de trabalho realmente humano, esta omissão constituiria ameaça para outras nações que desejassem melhorar as condições vigentes nesses países.*” (História de la Organización Internacional del Trabajo – Nota Informativa *apud* Arnaldo Sussekind, *Direito Internacional do Trabalho*, p. 102/103).

¹³⁸ “*Também como reflexo da importância da questão social para a humanidade, as normas que lhe dizem respeito passaram a integrar o corpo de diversas Constituições. Esta inserção de normas de natureza social na Constituição se justifica porque a concretização de seus preceitos não depende meramente do cumprimento de obrigações na esfera individual, mas da conjugação de diversos fatores sócio-econômicos de todo um corpo social e, em especial, da atuação do próprio Estado, que neste contexto não mais aparece como mero ente coercitivo da ordem jurídica, mas como estimulador, financiador e promotor dos direitos constitucionalmente assegurados. A fixação na Constituição de interesses sociais representa, por assim dizer, um compromisso do Estado e da sociedade com o implemento e satisfação de tais interesses, sendo o Estado até mesmo um sujeito passivo obrigado a efetivá-los. Juridicamente, o Estado deixa de ser um mero legitimador dos interesses dos dominantes e transfigura-se em autêntico Estado social (pelo menos no prisma do direito).*” (Jorge Luiz Souto Maior, *O Direito Social e seus Valores Fundamentais*, p. 8).

¹³⁹ Que, vale lembrar, a rigor, sequer prevê direitos trabalhistas propriamente ditos, ao contrário do que sugere sua constante invocação: fora a garantia do direito de associação, a menção ao direito ao trabalho e a criação de conselhos operários, ela apenas prevê uma *futura* proteção das relações de trabalho. Na verdade, como bem mostra Gilberto Bercovici, ela foi uma Constituição compromissária, ou seja, os próprios direitos sociais nela previstos não eram objeto de consenso - motivo pelo qual se buscou restringir seu conteúdo pela via interpretativa (*Constituição e Estado de Exceção Permanente*, p. 26 e 29).

tidas como as primeiras a conter um rol de direitos sociais e, em especial, direitos dos trabalhadores¹⁴⁰.

Mais importante ainda foi o reconhecimento desses direitos no plano internacional, iniciando pelo Tratado de Versalhes e, depois, se desenvolvendo (especialmente após a 2ª Guerra Mundial) a ponto de ser um conteúdo obrigatório de quase todos os pactos internacionais sobre direitos humanos, como veremos adiante.

A esse respeito, inclusive, vale lembrar que os direitos sociais foram, a rigor, a primeira “geração” de direitos fundamentais reconhecida no plano internacional¹⁴¹ e, em muitos lugares, sua previsão pelos ordenamentos nacionais apenas se deu após o reconhecimento internacional¹⁴².

O importante a ser frisado, porém, é que o surgimento dos direitos sociais nada mais foi do que uma nova etapa na evolução dos direitos trabalhistas, representando sua concretização no plano interno e, especialmente, internacional, como fase final de um percurso iniciado ainda no século XVIII, após a Revolução Industrial:

É bem evidente a relação entre o Direito do Trabalho e os chamados DIREITOS SOCIAIS. As primeiras normas trabalhistas surgiram no princípio do século XIX, em função do agravamento do problema social, por efeito da Revolução Industrial e da instauração do Estado Liberal. O Direito do Trabalho foi a primeira forma de concretização dos direitos sociais e passou a constituir o núcleo desses direitos.¹⁴³

¹⁴⁰ A esse respeito, vale frisar que, segundo Arnaldo Sussekund, a primeira Constituição a conter um rol de direitos trabalhistas foi a Suíça, de 1874 (*Direito Constitucional do Trabalho*, p. 13); Amauri Mascaro Nascimento lembra também a Constituição gaúcha de 1891 (*História do Direito do Trabalho no Brasil*, p. 149). João Caupers afirma que a primeira Constituição a conter direitos sociais teria sido a da 2ª República Francesa, de 1948 (*Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*, p. 28), no que é acompanhado por Arion Sayão Romita (*Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*, p. 98).

¹⁴¹ Cf. Walkure Lopes Ribeiro da Silva, *Liberdade Sindical no Contexto dos Direitos Humanos: a Experiência da OIT*, p. 206, Celso Albuquerque Mello, *A Proteção dos Direitos Humanos Sociais nas Nações Unidas*, p. 223 (ambos com base na lição de Cançado Trindade) e Arion Sayão Romita, *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*, p. 117.

¹⁴² Jayme Benvenuto Lima Jr., *Los Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturales*, p. 45.

¹⁴³ Pedro Vidal Neto, *Estado de Direito – Direitos Individuais e Direitos Sociais*, p. 11. “Consoante assevera Philippe de La Chapelle, ‘esses direitos sociais aparecem como fruto das reivindicações dos trabalhadores’. A concretização de uma legislação do trabalho foi o ponto de partida para a elevação desses direitos a nível constitucional, na primeira metade do século XX.” (Pedro Vidal Neto, *Estado de Direito – Direitos Individuais e Direitos Sociais*, p. 128). Amauri Mascaro Nascimento confirma o constitucionalismo social como parte da evolução do direito do trabalho (*Iniciação ao Direito do Trabalho*, p. 40).

Os fatores que levaram ao surgimento dos direitos sociais são, basicamente, os mesmos que levaram à criação das primeiras leis trabalhistas, como bem sintetizou Pedro Vidal Neto, com base na lição de Recasens Siches, “*Múltiplos movimentos sociais e diferentes correntes ideológicas, na verdade, direta ou indiretamente impelem o desenvolvimento dos direitos sociais. Nas palavras de Recasens Siches, ‘a gênese do reconhecimento e da proclamação dos direitos sociais do homem se prepara ao longo do século XIX (doutrinas sociais, movimentos operários, intervencionismo do Estado, progresso da idéia de justiça social, etc.) e amadurece no século XX, após a Primeira Guerra Mundial*”¹⁴⁴.

Não há, enfim, oposição entre os direitos trabalhistas e os direitos sociais: o constitucionalismo social é apenas mais uma fase na evolução histórica do direito do trabalho, com o reconhecimento de sua fundamentalidade e sua inserção nos textos constitucionais e internacionais. Os direitos sociais representam direitos trabalhistas constitucionalizados (e reconhecidos no plano internacional), e é exatamente por conta disso que os direitos dos trabalhadores devem ser lidos e aplicados como direitos sociais – ou melhor, direitos fundamentais.

O que pretendemos ressaltar, enfim, é a necessidade da percepção de que os direitos dos trabalhadores são também direitos fundamentais, tão quanto aqueles usualmente reconhecidos como tal, por dois motivos: (i) porque, como visto, os direitos sociais (reconhecidamente uma categoria dos direitos fundamentais) são uma etapa da evolução dos direitos trabalhistas (guardando eles, assim, uma relação de gênero e espécie) e, principalmente, (ii) por conta de seu conteúdo, materialmente essencial à pessoa humana – tema que exploraremos no tópico seguinte.

1.3. DO CONTEÚDO AXIOLÓGICO FUNDAMENTAL DOS DIREITOS DOS TRABALHADORES

O principal motivo pelo qual se impõe o reconhecimento dos direitos trabalhistas como direitos fundamentais reside naquilo que designamos como a sua fundamentalidade material: a circunstância de serem eles imprescindíveis para que se assegure a dignidade do trabalhador – dentro e fora da relação de emprego:

¹⁴⁴ *Estado de Direito – Direitos Individuais e Direitos Sociais*, p. 126/127. No mesmo sentido Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 56 e 57.

Os direitos fundamentais dos trabalhadores são fundamentais na medida em que visam assegurar condições de vida dignas, no sentido de minimamente compatíveis com o desenvolvimento da personalidade humana, e garantir as condições materiais indispensáveis ao gozo efectivo dos direitos de liberdade.¹⁴⁵

Essa fundamentalidade pode ser vista de duas formas: uma formalidade intrínseca, por assim dizer, e outra extrínseca.

Por fundamentalidade extrínseca, queremos representar a circunstância de que os direitos sociais são imprescindíveis para que os chamados direitos fundamentais de 1ª geração possam ser adequadamente exercidos.

Efetivamente, as razões de surgimento da categoria dos direitos sociais, como vimos, têm muito a ver com a percepção de que a mera enunciação formal de alguns direitos e garantias de ordem política (os direitos fundamentais de 1ª geração) era insuficiente para assegurar o bem-estar da maior parcela da sociedade. De nada adiantava a enunciação formal de direitos e liberdades quando faltavam à maior parte da população as condições materiais necessárias ao seu exercício; afinal, como bem destacou Jorge Pereira da Silva, as “*revoluções liberais, em si mesmas, trouxeram muita liberdade, pouca igualdade e nenhuma fraternidade*”¹⁴⁶.

Surgem os direitos sociais (entre os quais, vale sempre frisar, os direitos dos trabalhadores), enfim, como condição para a concretização dos direitos individuais¹⁴⁷, e já essa circunstância deveria bastar para a consciência da imprescindibilidade da realização dos direitos sociais, já que, sem ela, também os direitos de 1ª geração restam prejudicados¹⁴⁸.

¹⁴⁵ João Caupers, *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*, p. 108. No mesmo sentido: “A dignidade da pessoa humana é o fundamento dos direitos humanos. Os direitos fundamentais constituem manifestações da dignidade da pessoa. Quando algum dos direitos fundamentais, qualquer que seja a família a que pertença, for violado, é a dignidade da pessoa que sofre a ofensa. (...) A dignidade não se esgota nos direitos fundamentais, entretanto, só terá sua dignidade respeitada o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados.” (Arion Sayão Romita, *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*, p. 143).

¹⁴⁶ *Os Direitos Sociais e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia*, p. 149.

¹⁴⁷ Pedro Vidal Neto, *Estado de Direito – Direitos Individuais e Direitos Sociais*, p. 11.

¹⁴⁸ “Porque los progresos de los ciudadanos en los dominios jurídico e político son ilusorios si el sistema económico no está en condiciones de asegurarles la posibilidad de trabajar, de llevar una existencia digna del hombre y de recibir un salario justo, capaz de cubrir las necesidades propias y familiares.” (Emilio Mignone, *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en las Constituciones Políticas de los Países del Cono Sur de América*, p. 26).

Trata-se, aqui, da importante noção da *indivisibilidade* dos direitos fundamentais, pela qual não é possível o completo gozo dos direitos de um grupo sem a promoção dos demais – como, aliás, expressamente reconhecido no Preâmbulo do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: “*Considerando a estreita relação que existe entre a vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais e a dos direitos civis e políticos, porquanto as diferentes categorias de direito constituem um todo indissolúvel que encontra sua base no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, pelo qual exigem uma tutela e promoção permanente, com o objetivo de conseguir sua vigência plena, sem que jamais possa justificar-se a violação de uns a pretexto da realização de outros*”¹⁴⁹.

Mais, porém, do que instrumento de efetivação dos direitos de 1ª geração, os direitos sociais devem ser concretizados por conta da fundamentalidade intrínseca que ostentam¹⁵⁰, isto é, a circunstância acima frisada de que, sem eles, a própria dignidade da pessoa humana – valor máximo de nosso ordenamento¹⁵¹ - resta impossível de ser alcançada¹⁵².

¹⁴⁹ No mesmo sentido: Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade Humana*, p. 182 e 183; Celso Albuquerque Mello, *A Proteção dos Direitos Humanos Sociais nas Nações Unidas*, p. 221 e Arion Sayão Romita, *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*, p. 68: “*Um direito fundamental só alcança plena realização quando os demais direitos fundamentais são respeitados. A violação de um dos direitos fundamentais importa vulneração de algum ou alguns dos outros. Não importa para a validade dessa assertiva que se trate de direitos civis ou políticos ou de direitos econômicos, sociais ou culturais: a realização de uns pressupõe a realização simultânea dos demais. A explicação para o caráter de indivisibilidade dos direitos fundamentais é simples: a indivisibilidade vincula-se ao respeito da dignidade da pessoa humana. A dignidade humana é indivisível: (...).*”.

¹⁵⁰ Assim definida por Vieira de Andrade: “*Referimo-nos aqui, naturalmente, à ‘fundamentalidade’ do ponto de vista substancial, que corresponde à sua importância para a salvaguarda da dignidade da pessoa humana num certo tempo e lugar; definida, por isso, de acordo com a consciência jurídica geral da comunidade.*” (*Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 140).

¹⁵¹ “*Nenhum ato normativo, nenhuma decisão judicial pode menoscabar a dignidade da pessoa humana, sob pena de ofensa ao princípio estruturante do Estado democrático de direito.*” (Arion Sayão Romita, *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*, p. 251); complementa o autor, ainda, “*ter a Constituição de 1988 elevado a dignidade da pessoa humana à categoria de valor supremo e fundante de todo o ordenamento brasileiro*” (p. 252/253). No mesmo sentido, Enoque Ribeiro dos Santos, *Direitos Humanos e Meio Ambiente do Trabalho. Título Executivo Constitucional*, p. 36; Marcus Orione Gonçalves Correia, *Direitos Humanos e Direitos Sociais: Interpretação Evolutiva e Segurança Social*, p. 126; Marcelo de Aguiar Coimbra, *O Estado Personalista de Direito e a Realização Igualitária dos Direitos Fundamentais*, p. 496/502; Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade Humana*, p. 192/193; Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, p. 65 e ss.; José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 111.

¹⁵² “*Por exemplo, se o poder estatal deixa de desenvolver esforços para atender à população mais carente, que não tem recursos para pagar um plano privado de saúde, essas pessoas acabam sendo ameaçadas diretamente no seu direito à vida e à integridade física.*” (Vicente de Paulo Barretto, *Reflexões sobre os Direitos Sociais*, p. 130). No mesmo sentido, José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 280; Marcelo de Aguiar Coimbra, *O Estado Personalista de Direito e a Realização Igualitária dos*

Com efeito, sem os direitos trabalhistas, voltariam os trabalhadores a estar submetidos a jornadas extenuantes de trabalho, em condições precárias e com remuneração absolutamente insuficiente para a sua subsistência. Não apenas sua dignidade, mas sua própria sobrevivência, muitas vezes, estaria em perigo – especialmente por conta da natureza existencial do crédito trabalhista, que deixa clara sua fundamentalidade e sua importância para que se assegure a dignidade da pessoa humana.

Sem direitos sociais como a proteção contra o desemprego ou os infortúnios ocorridos no trabalho, a assistência médica e a habitação e, principalmente, sem direitos trabalhistas básicos como a limitação da jornada de trabalho, a garantia de uma remuneração mínima e, no geral, medidas que assegurem a segurança e higiene do ambiente de trabalho, não há como se conceber a vida ou o trabalho com dignidade.

Em última instância, até mesmo garantias clássicas como o direito à integridade física e o próprio direito à vida restariam ameaçadas: na verdade, os direitos dos trabalhadores não deixam de ser um desdobramento também dessas garantias, na medida em que sua falta ameaça diretamente tais direitos fundamentais. De certa forma, os direitos dos trabalhadores são uma projeção, no âmbito da relação de emprego, de direitos clássicos como o direito à vida e à integridade física – ou seja, também com base nessas garantias (isto é, também com base no art. 5º da Constituição) a proteção do trabalhador se faz obrigatória.

Assim, a rigor, mesmo sem a previsão específica de direitos trabalhistas os trabalhadores seriam titulares de proteção, como corolário do direito a uma vida digna¹⁵³.

Direitos Fundamentais, p. 507; Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, p. 92; Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 326.

¹⁵³ “*Todo homem tem direito aos meios necessários para a satisfação conveniente de todas as necessidades vitais próprias e de sua família: alimentação, vestuário, habitação, higiene (tanto preventiva como curativa), transporte, recreação, educação e previdência. A quase totalidade dos homens, entretanto, deve procurar os meios de subsistência no trabalho, ou seja, na aplicação de sua atividade à produção de bens ou serviços em proveito de alguém que os retribua. In sudore vultus tui vesceris panem. Daí decorre ser o direito do trabalho corolário imediato do próprio direito à existência e, portanto, como este, também um direito primordial.*” (Cesarino Júnior e Marly Antonieta Cardone, *Direito Social*, p. 97). Ingo Wolfgang Sarlet (*Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, p. 94 e ss. e *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 330 e ss.) analisa, com bastante profundidade, a possibilidade de se admitir a exigência, pelo indivíduo, de prestações materiais do Estado com base no direito a um mínimo existencial, para a garantia de sua dignidade (com apoio também em Vieira de Andrade, que defende, inclusive, a isenção tributária desse mínimo existencial - *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 67 e 403) – idéia de certa forma análoga à acima exposta. Além disso, traz ele a importante notícia de já se ter autorizado a um indivíduo a movimentação de sua conta do FGTS fora das hipóteses previstas em lei, com base no princípio da dignidade da pessoa humana e na necessidade de se garantir a ele as condições mínimas para uma vida decente (*Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, p. 109).

Afinal de contas, é mais do que evidente que o trabalhador não se despoja dos direitos individuais clássicos quando se insere na relação de emprego¹⁵⁴:

Fácil é concluir, portanto, que na execução do contrato de trabalho, o empregado reúne a dupla qualidade de titular de direitos fundamentais que lhe assistem como cidadão e de titular de direitos fundamentais aplicáveis estritamente no âmbito da relação de emprego. Ao inserir sua atividade laborativa na organização empresarial, o trabalhador adquire direitos decorrentes dessa nova posição jurídica, sem perder, contudo, aqueles de que era titular anteriormente. Em suas relações com o empregador, o trabalhador tem direitos que lhe assistem como pessoa.¹⁵⁵

Servem os direitos sociais, pois, para assegurar a dignidade da pessoa humana¹⁵⁶ (servindo os direitos dos trabalhadores para assegurar a dignidade do trabalhador, dentro e fora do ambiente de trabalho), e é disso que decorre a sua fundamentalidade material intrínseca: os valores que eles representam e, principalmente, visam assegurar. Trata-se da percepção de que o trabalhador deve ser protegido exatamente por conta de sua natureza humana e de que as condições de vida e de trabalho a que eles estavam sujeitos eram contrárias à sua dignidade; a visão, enfim, de que o trabalho (e, muito menos, o trabalhador) não é uma mercadoria¹⁵⁷.

O que importa notar, assim, é que o direito trabalhista não é um mero direito patrimonial (como são, em boa parte, as normas civis): seu aspecto patrimonial é, claro, importante, mas, no mais das vezes, ele é mero instrumento para se alcançar a proteção de

¹⁵⁴ O que era previsto, de certa forma, pela Constituição Mexicana de 1917, que dispunha em seu art. 5º que o contrato de trabalho “*não poderá compreender, em caso algum, a renúncia, perda ou diminuição dos direitos políticos ou civis*” (cf. Alexandre de Moraes, *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 30).

¹⁵⁵ Arion Sayão Romita, *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*, p. 187.

¹⁵⁶ Compreendida não como a mera subsistência, mas sim o desenvolvimento completo da personalidade humana (Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 338 e Jorge Luiz Souto Maior, *O Direito Social e seus Valores Fundamentais*, p. 9).

¹⁵⁷ Em sentido semelhante, muito importante é a constatação, ressaltada por Comparato, de que o governo é para os governados e não para os governantes (*A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, p. 40) - algo que, infelizmente, ainda não se percebeu em nossas terras... No mesmo sentido, Marcelo de Aguiar Coimbra, *O Estado Personalista de Direito e a Realização Igualitária dos Direitos Fundamentais*, p. 502 e 503 (com a interessante expressão “Estado Personalista de Direito”, para reforçar o valor da pessoa humana) e Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, p. 21 e 65. Afinal de contas, o atual Estado de Direito não é apenas forma, mas também conteúdo; antes, os valores que o norteavam eram a liberdade e a propriedade, agora, é a dignidade (Marcelo de Aguiar Coimbra, *O Estado Personalista de Direito e a Realização Igualitária dos Direitos Fundamentais*, p. 574 e Vicente de Paulo Barretto, *Reflexões sobre os Direitos Sociais*, p. 122).

valores maiores (notadamente, a higidez física do trabalhador e sua dignidade). O caráter patrimonial do direito do trabalho é apenas a forma tida como mais eficiente para a proteção de valores fundamentais, como a saúde, a vida e a dignidade do trabalhador.

Dessa forma, ainda quando o descumprimento da lei trabalhista tem repercussões materiais, o que se está violando não é apenas o patrimônio do trabalhador, mas sim sua saúde, sua dignidade ou sua própria sobrevivência, por conta do ataque àqueles valores fundamentais que o aspecto patrimonial da relação visa resguardar. Quando obriga o trabalhador a cumprir horas extras sem a devida remuneração, o empregador não está apenas violando o patrimônio do empregado, mas também sua saúde – bem de muito maior valia.

Afinal de contas, nosso modelo constitucional é fruto não mais de um Estado Liberal, mas sim de um Estado Social: o que se pretende construir é uma sociedade em que os direitos sociais sejam respeitados e efetivados, por ter-se percebido que, sem isso, não há como se obter a paz social. A promoção dos direitos sociais – e, assim, dos direitos dos trabalhadores – é um imperativo constitucional, percebido como indispensável para que a sociedade prospere:

Importa compreender que os direitos sociais são o fruto do compromisso firmado pela humanidade para que se pudesse produzir, concretamente, justiça social dentro de uma sociedade capitalista. Esse compromisso em torno da eficácia dos Direitos Sociais se institucionalizou em diversos documentos internacionais nos períodos pós-guerra, representando também, portanto, um pacto para a preservação da paz mundial. Sem justiça social não há paz, preconiza o preâmbulo da OIT (Organização Internacional do Trabalho). Quebrar esse pacto significa, portanto, um erro histórico, uma traição com nossos antepassados e também assumir uma atitude de descompromisso com relação às gerações futuras.

Os Direitos Sociais (Direito do Trabalho e Direito da Seguridade Social, com inserção nas Constituições) constituem a fórmula criada para desenvolver o que se convencionou chamar de capitalismo socialmente responsável.¹⁵⁸

¹⁵⁸ Jorge Luiz Souto Maior, *O Dano Social e sua Reparação*, p. 01. No mesmo sentido, veja-se a transcrição feita na nota seguinte.

De fato, a história já mostrou que o próprio capitalismo não se sustenta sem os direitos sociais (e o surgimento do Direito do Trabalho é a maior prova disso) – daí a necessidade de proteção dos direitos dos trabalhadores, para a garantia do próprio sistema.

Por conta disso, se é verdade que os direitos sociais surgiram sob o fundamento (entre outros) de serem necessários para o efetivo gozo dos direitos de 1ª geração, hoje, são até mesmo mais importantes do que eles, por conta dos valores que consubstanciam para o indivíduo e para a própria sociedade:

Assim, se em razão das dificuldades estruturais da ordem econômica tivéssemos que sacrificar um valor jurídico, isto não se daria com relação aos direitos sociais, sobretudo os direitos sociais por excelência (direito do trabalho e direito da seguridade social), ou seja, os direitos, tipicamente, liberais, que também se integram ao ordenamento, é que sucumbiriam aos primeiros. Diante do desajuste econômico, não é o direito social que perde eficácia e sim o direito liberal. Em termos mais claros: ninguém tem direito à propriedade enquanto uma pessoa passa fome... ou, enquanto uma criança estiver sem escola; enquanto, mesmo com a existência de escolas, houver uma criança sem formação educacional, porque foi obrigada a se dedicar ao trabalho; enquanto pessoas morrerem nas filas dos serviços médicos; enquanto se mantiver a prática da utilização do trabalho em condições análogas à de escravo; enquanto os direitos trabalhistas forem publicamente agredidos e voluntariamente descumpridos.¹⁵⁹

Afinal de contas, como bem apontou Celso Albuquerque Mello, “*os direitos sociais atingem a todos e este efeito ocorre no dia-a-dia. As pessoas estão mais preocupadas com o direito à alimentação do que com a liberdade de expressão. Em um*

¹⁵⁹ Jorge Luiz Souto Maior, *O Direito Social e seus Valores Fundamentais*, p. 15/16. Prossegue o autor: “*Ora, por que o social, nas nossas proposições teóricas, sempre sucumbe ao econômico e não o inverso? Eis uma reflexão importante a ser feita. Se a humanidade consagrou como essenciais à sua sobrevivência pacífica a preservação dos valores fundamentais, consagrados pelo Direito Social, como sobrepor a estes valores outros de natureza econômica? Como dar eficácia jurídica à igualdade, do ponto de vista formal, à liberdade, do ponto de vista burguês, e à propriedade, e dizer, ao mesmo tempo, que os direitos sociais não têm eficácia? A quem serve esta proposição? À manutenção da paz mundial, efetivamente, não é. A história nos ensina isto.*” (p. 16).

mundo selvagem como o nosso, o Direito só exercerá a sua função se ele levar em consideração o ser humano concreto e não o burguês abstrato”¹⁶⁰.

2. DA FUNDAMENTALIDADE FORMAL DOS DIREITOS DOS TRABALHADORES

Ao lado da fundamentalidade material dos direitos dos trabalhadores, merece destaque também a sua fundamentalidade formal, amplamente reconhecida tanto no plano internacional quanto no ordenamento jurídico interno.

2.1. DO RECONHECIMENTO DA FUNDAMENTALIDADE FORMAL DOS DIREITOS DOS TRABALHADORES NO PLANO INTERNACIONAL

Sem a pretensão (e condição) de esgotar o assunto, limitar-nos-emos a traçar um breve panorama do reconhecimento da fundamentalidade dos direitos do trabalhador por alguns dos mais importantes diplomas existentes no direito internacional.

O primeiro documento a ser mencionado não pode deixar de ser o Tratado de Versalhes, firmado ao término da 1ª Guerra Mundial, que, em sua Parte XIII, criou a OIT e estabeleceu princípios gerais em matéria de direito internacional do trabalho.

Os *princípios fundamentais do Direito do Trabalho* foram tratados no art. 427 do Tratado, com a fixação de pontos como que o trabalho não é mercadoria, a garantia do direito de associação e de uma remuneração digna, a limitação da jornada de trabalho, com um descanso semanal, a supressão ou, ao menos, proteção do trabalho dos menores e a igualdade salarial pelo mesmo trabalho, entre outros.

¹⁶⁰ Que assim prosseguiu: “*E mais, creio mesmo que pelo menos 70% a população mundial está mais interessada nos direitos econômicos e sociais do que nos direitos civis e políticos.*” (Celso Albuquerque Mello, *A Proteção dos Direitos Humanos Sociais nas Nações Unidas*, p. 221). “*Ora, do ponto de vista da normatividade jurídica imposta pelo império do Direito Social, estas proposições não se sustentam, pois o Direito Social representa, como visto, a superação da ordem jurídica liberal. O Direito Social não é uma simples complementação da ordem anteriormente existente, é a sua reconstrução. O Direito Social não se trata, assim, de uma dimensão específica do direito, é, isto sim, a única dimensão vigente. Neste contexto, há uma prioridade no ordenamento jurídico, que é a satisfação dos valores fundamentais do Direito Social: impor a solidariedade (necessário retorno de natureza social à ordem econômica, pelo pressuposto da responsabilidade social como obrigação jurídica); fazer valer a justiça social e preservar a dignidade humana.*” (Jorge Luiz Souto Maior, *O Direito Social e seus Valores Fundamentais*, p. 12). Como lembra João Caupers, a efetivação dos direitos sociais “*para os grupos socialmente dominantes, é condição de manutenção, com um mínimo de incômodo, desse domínio; para os grupos dominados, é condição de sobrevivência.*” (*Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*, p. 53).

Mais importante, porém, foi a criação da OIT, que, por meio de suas Convenções e Recomendações (além do quanto dispõe a sua própria Constituição), muito tem feito em favor do desenvolvimento do Direito do Trabalho no mundo todo, fomentando o desenvolvimento e a realização dos direitos fundamentais dos trabalhadores¹⁶¹.

Outro documento internacional que merece destaque é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, elaborada pela ONU em 1948 e que prevê, em seus arts. 23 e 24, importantes direitos trabalhistas como direitos fundamentais da pessoa humana, como o direito ao trabalho, o de que ele se desenvolva em condições justas e favoráveis, mediante o pagamento de uma remuneração justa e satisfatória e que assegure uma existência digna para o trabalhador e sua família, o direito à organização sindical, à limitação da jornada e às férias periódicas remuneradas.

Vê-se, assim, que esse importante documento prevê, como direitos fundamentais, várias garantias dos trabalhadores, reconhecendo que, sem elas, não há trabalho – ou vida - digno.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem foi regulamentada e complementada, no que toca aos direitos sociais, pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, o qual assegura (arts. 7º e 8º), também como direitos fundamentais, a não-discriminação, o trabalho em condições justas e favoráveis, que incluam um salário equitativo e que garanta uma existência decente para o trabalhador e sua família, em condições de trabalho seguras e higiênicas, a limitação da jornada de trabalho, com férias e feriados remunerados, além dos direitos de associação e de greve.

Disposições semelhantes (mas um pouco mais tímidas) foram previstas pela Carta da OEA, de 1948 (art. 43), e pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, daquele mesmo ano (arts. XIV, XV e XXII).

Outro documento de interesse é a Carta Internacional Americana de Garantias Sociais, firmada pela OEA também em 1948, que, além de frisar que o trabalho não é mercadoria, prevê como direitos sociais dos trabalhadores (arts. 2º e 7º a 15) o direito

¹⁶¹ Vale mencionar, ainda, o interessante conceito de *trabalho decente*, bastante enfocado pela OIT: “*The primary goal of the ILO today is to promote opportunities for women and men to obtain decent and productive work, in conditions of freedom, equity, security and human dignity (...) Decent work means productive work in which rights are protected, which generates an adequate income, with adequate social protection. It also means sufficient work, in the sense that all should have full access to income-earning opportunities.*” (Report of the Director-General: Decent Work).

a uma existência digna e a condições justas de trabalho, o reconhecimento da negociação coletiva, um salário mínimo que assegure suas necessidades básicas, uma gratificação anual proporcional aos dias trabalhados, a proteção de seu salário, a limitação da jornada de trabalho, o descanso semanal remunerado (também nos feriados) e as férias anuais remuneradas – como se vê, um rol bastante extenso.

O último documento que merece destaque no âmbito da OEA é o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador, 1998), que contém importantes previsões (arts. 6º a 8º) como o direito ao trabalho, que *pressupõe* condições justas, equitativas e satisfatórias, com uma remuneração que assegure a sobrevivência digna do trabalhador e de sua família, em um emprego em que seja assegurada a estabilidade ou o pagamento de indenização rescisória e em que sejam tomadas medidas ligadas à segurança e higiene no trabalho, com a proibição de os menores trabalharem em atividades noturnas, insalubres ou perigosas e a proibição do trabalho que possa por em perigo a saúde, segurança ou moral dos trabalhadores, a limitação da jornada de trabalho (que deve ser ainda inferior nas atividades noturnas, perigosas ou insalubres), o direito ao repouso e às férias e feriados remunerados, além dos direitos de sindicalização e de greve. Trata-se do documento que contém o maior rol de direitos fundamentais dos trabalhadores.

No âmbito europeu, merece destaque a Carta Social Européia, firmada em 1961 e revista em 1996, cujo texto já inicia pela garantia dos direitos dos trabalhadores: o direito ao trabalho, com condições justas, seguras e higiênicas, mediante o pagamento de uma remuneração justa (com adicional de horas extras, a proteção do salário e o prévio aviso da rescisão contratual), que assegure a eles e suas famílias um nível de vida satisfatório, o direito de associação e de negociação coletiva, a proteção em caso de dispensa e a dignidade no trabalho (especialmente no que concerne ao assédio moral e sexual).

Como *condições de trabalho justas* definiu-se aquelas em que há limitação da jornada diária e semanal, o descanso semanal, feriados e férias anuais remuneradas de, no mínimo, um mês de duração, a eliminação dos riscos relacionados ao trabalho perigoso e insalubre ou a concessão, aos trabalhadores nessas atividades, de férias suplementares ou redução da jornada e a proteção do trabalho noturno.

Trata-se de um importante documento, bastante minucioso no que diz respeito à proteção do trabalhador.

Por fim, merece destaque a Carta de Direitos Fundamentais da União Européia, de 2000, que prevê como direitos fundamentais do ser humano (arts. 12, 15, 28, 30 e 31) o direito de associação, o direito ao trabalho, o reconhecimento da negociação coletiva, a proteção contra a dispensa injusta, o direito a condições de trabalho justas e equitativas, que respeitem sua saúde, segurança e dignidade, a limitação da jornada de trabalho, o descanso diário e semanal e as férias anuais remuneradas.

Finalmente, no Mercosul, merece destaque a Declaração Sociolaboral do Mercosul, de 1998, que assegura importantes direitos como a não discriminação, a proteção do trabalho infantil, a liberdade de associação, a negociação coletiva, o direito de greve e o direito ao trabalho em um ambiente saudável e seguro.

Como se vê, o reconhecimento da fundamentalidade formal dos direitos trabalhistas é algo absolutamente pacífico no direito internacional – o que apenas aumenta a surpresa da constatação de não se ter assentada, em nosso país, a noção da fundamentalidade dos direitos trabalhistas.

2.2. DO RECONHECIMENTO DA FUNDAMENTALIDADE FORMAL DOS DIREITOS DOS TRABALHADORES NO PLANO INTERNO

A primeira Constituição a tratar dos direitos sociais foi a de 1934: antes dela, a Constituição de 1824 limitou-se a garantir a liberdade de trabalho e a abolir as corporações de ofícios, ao passo em que a Constituição de 1891, além de assegurar a liberdade de ofício, previu também a liberdade de associação, mas nada além disso.

Foi apenas na Constituição de 1934 que se previu direitos trabalhistas no texto constitucional, o que foi feito na parte relativa à ordem econômica e social (e não a relativa à “declaração de direitos”¹⁶²). Assim, ao lado da previsão genérica da liberdade de associação e de ofício, assegurou-se o reconhecimento dos sindicatos e das associações profissionais (na forma da lei), o princípio da não discriminação, um salário mínimo que satisfizesse as necessidades normais do trabalhador, a jornada de oito horas, o descanso semanal, as férias anuais remuneradas, a indenização pela dispensa sem justa causa e o reconhecimento das convenções coletivas de trabalho – um rol com importantes disposições.

¹⁶² Estrutura seguida por todas as Constituições que a seguiram, exceto a de 1988, como será tratado adiante.

Essa Constituição, porém, teve pouca vigência, tendo sido logo substituída pela Carta outorgada em 1937, que, além de também prever as liberdades de trabalho e de associação previu, na parte relativa à ordem econômica (não mais “econômica e social”), importantes direitos como o direito ao trabalho, o reconhecimento dos contratos coletivos de trabalho, o descanso semanal e aos feriados, as férias anuais remuneradas, a indenização pela dispensa imotivada, um salário mínimo que satisfizesse as necessidades normais do trabalhador, a jornada diária de oito horas, o adicional noturno e a liberdade sindical (em regime de unicidade), mas proibiu a greve e o lock-out.

A Constituição seguinte foi promulgada em 1946, e também previu a liberdade de trabalho e associação e, na ordem econômica e social, assegurou a liberdade de trabalho, o salário mínimo capaz de satisfazer as necessidades normais do trabalhador e de sua família, a não discriminação, o adicional noturno, a participação nos lucros, a jornada diária de oito horas, o descanso semanal remunerado e também aos feriados, as férias anuais remuneradas, a estabilidade no emprego e a indenização pela dispensa (nas condições da lei), o reconhecimento das convenções coletivas de trabalho, o direito de greve e a liberdade sindical (na forma da lei) – um rol, como se vê, um pouco mais extenso do que o anterior.

Por fim, houve a Constituição de 1967, que assegurou a liberdade de trabalho e associação e, ainda na ordem econômica e social, previu um salário mínimo capaz de satisfazer as necessidades normais do trabalhador e de sua família, a não discriminação, o adicional noturno, a participação nos lucros, a jornada diária de oito horas com intervalo para descanso, o descanso semanal remunerado e também aos feriados, as férias anuais remuneradas, a estabilidade no emprego e a indenização pela dispensa (ou fundo de garantia equivalente), o reconhecimento das convenções coletivas de trabalho, o direito de greve e a liberdade sindical (na forma da lei).

O que é interessante notar, como destacado acima, é que essas Constituições, apesar de conterem um extenso rol de direitos trabalhistas, não os definiram como direitos fundamentais, inserindo-os na parte relativa à ordem social e econômica.

Essa foi uma das mais importantes inovações trazidas pelo texto constitucional de 1988: a quebra desse paradigma¹⁶³ e a inclusão dos direitos sociais ao

¹⁶³ Gilberto Bercovici e Luís Fernando Massonetto, *Os Direitos Sociais e as Constituições Democráticas Brasileiras: Breve Ensaio Histórico*, p. 509.

lado dos direitos individuais (ou seja, equiparando-os¹⁶⁴), ambos dentro do título que trata dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Assim, a atual Constituição reconhece a fundamentalidade dos direitos dos trabalhadores em seu art. 7º, o qual está inserido no Capítulo II (“Dos Direitos Sociais”) do Título II, que trata “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” (como transcrito em epígrafe). Insiste-se, pois, na constatação de que os direitos dos trabalhadores tiveram sua fundamentalidade consagrada, expressamente, pela Constituição, não mais se podendo negar essa sua condição.

O rol de direitos trabalhistas assegurados pela Constituição é bastante extenso (arts. 7º a 11), merecendo destaque, entre inúmeras outras, a previsão da proteção contra a dispensa sem justa causa (que ainda aguarda lei que a regule), um salário mínimo capaz de atender as necessidades básicas do trabalhador e de sua família, a irredutibilidade salarial (salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo), o décimo terceiro salário, o adicional noturno, a participação nos lucros ou resultados da empresa, a limitação da jornada de trabalho, o descanso semanal remunerado, o adicional de horas extras, as férias anuais remuneradas acrescidas de 1/3, o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (também não regulamentado), o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, a não discriminação, a liberdade sindical (ainda em regime de unicidade), o direito de greve e o direito de eleger um representante, nas empresas com mais de duzentos empregados, para representá-los junto ao empregador.

Vê-se, assim, que o legislador constituinte teve um grande cuidado no que toca ao reconhecimento dos direitos dos trabalhadores - e de seu status de direitos fundamentais.

E nem poderia ser diferente, na medida em que nosso país é organizado sob a forma de um Estado Social, comprometido com o bem-estar de sua população – para o que é fundamental a promoção dos direitos sociais¹⁶⁵.

É por essa razão, afinal, que a Constituição, já em seu Preâmbulo, afirma visar “*assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais (...) a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna (...) fundada na harmonia social*”, além de definir nosso país como um Estado Democrático de Direito, que tem como

¹⁶⁴ Vicente de Paulo Barretto, *Reflexões sobre os Direitos Sociais*, p. 108.

¹⁶⁵ Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 73 e 98; Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 336 e 339; Arnaldo Sussekund, *Direito Constitucional do Trabalho*, p. 17.

fundamentos, entre outros, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho. No mesmo sentido, estão entre os objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade justa e solidária, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais (arts. 1º a 4º) – o que não se dá sem a proteção dos direitos dos trabalhadores.

Além disso, vale lembrar que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa (e primeiro naquela¹⁶⁶), tendo por fim assegurar a todos uma existência digna (art. 170) – o que só se consegue pelo respeito e promoção dos direitos sociais.

Iluminado por esses princípios é que o legislador constituinte reconheceu o amplo rol de direitos sociais dos arts. 6º e seguintes da Constituição, expressamente declarando-os como direitos fundamentais.

Isso revela a evolução por que passaram os direitos dos trabalhadores e o próprio reconhecimento de sua fundamentalidade: no início, era o direito ao trabalho (sem adjetivo); hoje, é o direito ao trabalho digno, em que são observados os direitos dos trabalhadores – em especial, aqueles definidos como fundamentais pelo art. 7º da Constituição, cujo respeito integral é imprescindível para a obtenção de condições dignas de trabalho. Esse é o atual conteúdo do direito social ao trabalho: o direito a um trabalho protegido, digno.

Isso não significa, porém, que todos os direitos trabalhistas são direitos fundamentais¹⁶⁷. O principal direito fundamental dos trabalhadores é o direito à proteção trabalhista, que lhe assegure condições dignas de trabalho e de vida. São fundamentais todos os direitos trabalhistas elencados no art. 7º da Constituição (bem como nos arts. 8º a 11), além daqueles direitos trabalhistas materialmente fundamentais espalhados pela

¹⁶⁶ A esse respeito, importante trazer à baila as considerações de Vieira de Andrade, também aplicáveis à Constituição brasileira: “Desde logo, salta à vista a precedência, na sistemática constitucional, dos direitos fundamentais em relação à constituição econômica e à organização política (...) a ordem de inclusão das matérias não é, de facto, casual nem desprovida de importância, significando, como ponto de partida, o reconhecimento da autonomia ética do homem individual, cujos direitos são definidos antes e fora do contexto da ordem econômica, social e política em que têm necessariamente de ser exercidos: estamos perante o primeiro sinal do carácter primário e primordial da dignidade da pessoa humana.” (José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 100/101).

¹⁶⁷ É o que se dá, por exemplo, também com relação ao direito à propriedade: ele é reconhecido como um direito fundamental, mas isso não significa que todos os aspectos de sua regulação ostentem carácter fundamental. Igualmente se dá no direito do trabalho: o direito fundamental básico é o direito à proteção trabalhista, a um trabalho digno; são também fundamentais as disposições que constituem o núcleo desse direito, sem as quais não há trabalho digno. Ao lado delas, há dispositivos trabalhistas, espalhados pela CLT e pela legislação complementar, que não são fundamentais, isto é, sem os quais ainda é possível um trabalho em condições dignas.

legislação infraconstitucional (conforme permissivo decorrente da norma de abertura contida no § 2º do art. 5º da Constituição), sem os quais não há trabalho digno.

Fora isso, há na legislação infraconstitucional direitos trabalhistas não fundamentais, sem os quais é possível o trabalho digno – o que não dispensa, porém, de modo algum, a sua observância e integral reparação por meio do processo em caso de violação (como, no mais, todo e qualquer direito), mas apenas os priva da especial proteção conferida pela ordem constitucional aos direitos reconhecidos como fundamentais, além da circunstância de que a não efetivação dos direitos fundamentais é ainda pior do que a não efetivação dos demais direitos, pelos valores que, com isso, se deixa de realizar (em especial, no campo dos direitos sociais, a dignidade da pessoa humana) e pela não construção do modelo de sociedade idealizado no texto constitucional.

TERCEIRA PARTE

CONTRIBUIÇÕES PARA O APRIMORAMENTO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL TRABALHISTA

1. O PROCESSO DO TRABALHO COMO INSTRUMENTO DE DESESTÍMULO À VIOLAÇÃO DA LEI TRABALHISTA

1. DO EXCESSIVO NÚMERO DE PROCESSOS COMO A PRINCIPAL MAZELA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Inúmeros são os motivos que podem ser apontados como causas do colapso do Judiciário trabalhista: estrutura inadequada¹⁶⁸, falta de profissionais (juízes e servidores), falta de verbas, falhas na lei processual - a lista é enorme¹⁶⁹. Para nós, porém, o principal problema é claro: o enorme número de ações anualmente submetidas ao Judiciário trabalhista.

Apenas em 2005, foram propostas 1.739.242 novas ações trabalhistas (que equivalem a cerca de 1.050 ações para cada 100.000 habitantes do país), gerando um “resíduo” de ações, apenas em 1ª Instância, de 2.555.913 processos, uma proporção de aproximadamente um processo para cada 15 empregos formais existentes no país¹⁷⁰, um número nitidamente excessivo¹⁷¹ (mas que, ao menos, revela o acesso à justiça pelos trabalhadores, ainda que boa parcela deles não reclame a reparação de seus direitos – o que significa que o descumprimento da lei trabalhista é ainda maior).

Isso submete os magistrados a uma quantidade surreal de trabalho: no TST, por exemplo, cada Ministro (ou juiz convocado) recebeu uma média de 4.408 processos e

¹⁶⁸ É evidente que uma melhor estrutura atenuaria o problema: atenuaria, mas não o resolveria. Assim como, em um surto de doenças, uma maior quantidade de médicos é necessária, o caminho a ser seguido é sempre a prevenção, evitando que o surto ocorra – no caso, pelo prestígio do respeito à lei material na constância da relação de emprego. A solução não é o aparelhamento do Judiciário (também necessário, por óbvio), mas sim tornar desnecessária a via judicial, pelo cumprimento da lei trabalhista.

¹⁶⁹ Antônio Manuel Carvalho de Casimiro Ferreira menciona quatro outras linhas de soluções à crise da justiça: “*alocação de mais recursos; tecnocracia gestonária; inovação e tecnologia; informalização e desjudicialização*” (*Trabalho Procura Justiça*, p. 12/13).

¹⁷⁰ De acordo com os dados obtidos por meio do CAGED, do Ministério do Trabalho, de 33.238.617 empregos com carteira assinada no país, em dezembro de 2005.

¹⁷¹ “*A Justiça do Trabalho brasileira sofre do mal do gigantismo. A movimentação processual titânica impõe aos órgãos de primeiro e segundo graus e ao Tribunal Superior do Trabalho atitude inventiva para manter o equilíbrio entre a disponibilidade de servidores/orçamento e o número de feitos à espera de solução.*” (Apresentação do Relatório Geral da Justiça do Trabalho referente ao ano de 2005). No mesmo sentido, sobre o sistema português: “*Como se sabe, a ruptura dos sistemas judiciais tem conduzido a inúmeras discussões sobre a crise da justiça, consequência de um crescimento explosivo da procura dos tribunais. (...) actual crise do sistema judicial, resultante da sobrecarga dos tribunais judiciais*” (Antônio Manuel Carvalho de Casimiro Ferreira, *Trabalho Procura Justiça*, p. 12).

julgou uma média mensal de 463 feitos¹⁷² – números que, obviamente, prejudicam a qualidade da prestação jurisdicional¹⁷³.

Com base nesses números, somos levados a discordar daqueles que apontam como grande vilão do processo o sistema recursal (mais precisamente, o “grande” número de recursos previstos pela lei). Afinal de contas, não vemos como o sistema recursal possa ser responsável pelo fato de que, em algumas Varas do Trabalho da cidade de São Paulo/SP, a primeira audiência seja marcada para quase um ano depois da propositura da ação: parece-nos claro que a maior causa disso é a grande quantidade de processos anualmente propostos¹⁷⁴.

Suponhamos que, em uma Vara do Trabalho ideal, houvesse um único processo, distribuído na data de hoje, em cujo trâmite fossem observados todos os prazos previstos na lei trabalhista e fossem interpostos todos os recursos cabíveis: é evidente que o trâmite desse processo seria muito inferior aos três a cinco (ou mais) anos que, não raro, ele demora (tanto assim que, em outras regiões, um feito é julgado em primeira e segunda Instância em questão de meses – e não anos, como em São Paulo¹⁷⁵) - e, de outro lado,

¹⁷² Nos Tribunais Regionais do Trabalho, essas médias caem para 1.185 (foram autuados, no total, 544.828 feitos em segunda instância no país e 116.294 no TST) e 102 e, em primeiro grau, 856 e 50 – ainda bastante excessivos, ainda mais em se considerando que as decisões das instâncias inferiores são bastante mais complexas do que as dos tribunais superiores – que apreciam apenas matéria de direito. Em termos de *carga de trabalho* (total de processos/número de magistrados), os números são ainda mais alarmantes: no TST, há 12.550 processos para cada Ministro; nos TRT's, 1.593 para cada magistrado e, nas VT's, 1.190 na fase de conhecimento e 1.113 em execução (sempre de acordo com o Relatório Geral da Justiça do Trabalho referente ao ano de 2005).

¹⁷³ Toda essa movimentação processual resultou no pagamento, aos Reclamantes, de um valor total de R\$ 7.186.296.442,77 (conciliações + execuções), para um total de 1.290.271 ações resolvidas, do que resulta um valor médio de aproximadamente R\$ 5.570,00 por ação.

¹⁷⁴ Outra mostra disso são os números apresentados pelo Relatório Geral da Justiça do Trabalho referente ao ano de 2005: o TST teria um “saldo” residual de 227.424 processos, contra 2.555.913 nas Varas do Trabalho (mais de dez vezes mais): é mais do que evidente que a supressão de recursos pouco contribuiria para a melhora da prestação jurisdicional.

¹⁷⁵ Segundo o Relatório Geral da Justiça do Trabalho referente ao ano de 2005, enquanto o TRT de Minas Gerais demorava em média apenas um mês para julgar um recurso, o TRT da 2ª Região demorava 13 meses (e o TRT da 14ª Região, 3 meses). Números um pouco piores são apresentados pelo Professor Jorge Luiz Souto Maior: “*Levando-se em consideração a situação da 15ª Região, que pode refletir, de certa forma, a realidade brasileira, um processo em primeira instância demora, em média, 277 dias. Verdade que, na segunda instância, essa média é de 732 dias*” (*Direito Processual do Trabalho*, p. 157). A diferença da carga de trabalho entre os Regionais é também gritante: enquanto que a média de processos por juiz no TRT da 2ª Região era de 3.180, na 14ª Região, era de 303: menos de um décimo (na 3ª Região, essa média é também elevada - 1.515 -, o que comprova a eficiência desse tribunal). É de se registrar, de outro lado, que a situação, na Itália, parece ser (ainda) pior do que a nossa, eis que la “*le controversie di lavoro avanti alle Preture, avrebbero una durata media (nel I semestre 1992) di 486 giorni e, presso i Tribunali, di 887 giornate*,” (Vincenzo Panuccio, *I Magistrati*, p. 85).

pouco se ganharia com a supressão de algum recurso, o que apenas comprova que o grande problema do Judiciário trabalhista é o número de ações, não de recursos¹⁷⁶.

Há, é claro, inúmeros outros fatores envolvidos; no entanto, se a quantidade de ações fosse mais racional, a estrutura existente seria suficiente, isto é, esses outros problemas teriam menor relevância: a estrutura não seria deficitária, enfim.

Comunga da nossa visão o magistrado José Roberto Freire Pimenta:

A principal e decisiva razão para tão lamentável estado de coisas é, a nosso ver, de uma simplicidade dolorosa: o excessivo número de reclamações trabalhistas anualmente ajuizadas no Brasil, o qual por sua vez acarreta o estrangulamento da Justiça do Trabalho em todos os seus graus de jurisdição (inclusive na fase de execução, destinada exclusivamente à satisfação dos créditos trabalhistas já reconhecidos, em definitivo, como devidos), em tal estado de coisas, a consequência é natural e inevitável: uma Justiça assoberbada por um número excessivo de processos é, necessariamente, uma Justiça lenta e de má qualidade.¹⁷⁷

Estando claro que o principal problema do Judiciário trabalhista é o imenso número de ações que anualmente lhe são submetidas, cumpre, agora, analisar os motivos pelos quais isso acontece – medida indispensável para que se possa pensar em sua solução.

2. DO DESCUMPRIMENTO DA LEI TRABALHISTA COMO CAUSA DO GRANDE NÚMERO DE AÇÕES

Parece-nos bastante claro que a principal causa da enorme quantidade de ações trabalhistas anualmente movidas no país é o fato de que a lei trabalhista não é cumprida. Fosse a lei cumprida, a via judicial não seria necessária – e uma boa mostra

¹⁷⁶ É inegável, claro, que muitas vezes há abuso – mas isso não deve ensejar a supressão do recurso, mas sim a punição daquele que dele abusa: “Assim, a primeira constatação a se fazer é a de que os recursos não são um entrave à efetividade do processo, o problema está no modo como são entendidos e aplicados. No caso do processo do trabalho, a reforma a se realizar neste tema não é a supressão de espécies de recursos, mas a fixação de pressupostos que possam restringir sua utilização e a criação de penalidades para as hipóteses em que forem exercidos maliciosamente.” (Jorge Luiz Souto Maior, *Direito Processual do Trabalho*, p. 199) – afinal, “Antes de pensar em obstar o acesso às vias jurisdicionais é preciso pensar em como o judiciário pode, eficazmente, atender à demanda por justiça que lhe é direcionada.” (Jorge Luiz Souto Maior, *Temas de Processo do Trabalho*, p. 135).

¹⁷⁷ *Tutelas de Urgência no Processo do Trabalho: O Potencial Transformador das Relações Trabalhistas das Reformas do CPC Brasileiro*, p. 338/339.

disso é a circunstância de que apenas uma pequena parte das ações trabalhistas propostas é julgada improcedente¹⁷⁸: na grande maioria das vezes, pelo menos parte das pretensões formuladas é acolhida, o que comprova tratar-se de direitos não satisfeitos na constância da relação de emprego¹⁷⁹.

Nesse sentido, confira-se novamente o pensamento de José Roberto Freire Pimenta:

O verdadeiro problema, pura e simplesmente, é que o direito material trabalhista, no Brasil, tem um baixo índice de cumprimento espontâneo pelos destinatários de seus comandos normativos, muito menor do que qualquer ordenamento jurídico admite como razoável.

Nessa perspectiva, é fácil concluir que chega a ser elementar a causa fundamental de tão elevado número de litígios trabalhistas (sendo relevante observar que sua grande maioria termina, na fase de cognição, com uma sentença de procedência integral ou parcial dos pedidos iniciais do reclamante): é que, no Brasil, as normas materiais trabalhistas deixam de ser cumpridas espontaneamente por seus destinatários em frequência muito maior do que seria razoável em qualquer sociedade capitalista do século XXI. Isso obriga os beneficiários dos direitos por elas instituídos a escolher entre conformar-se, pura e simplesmente, com tal lesão (o que, como é de conhecimento geral, costuma ocorrer em boa parte dos casos, caracterizando o fenômeno que os processualistas contemporâneos denominam de litigiosidade contida) ou recorrer ao Judiciário trabalhista, em busca da tutela jurisdicional a todos constitucionalmente prometida, como contrapartida da proibição estatal da autotutela. Deve-se concluir, portanto, que o número excessivo de reclamações trabalhistas é simples efeito e não a verdadeira causa do problema.¹⁸⁰

¹⁷⁸ Mais precisamente, de acordo com o Relatório Geral da Justiça do Trabalho do ano de 2005, 6,9% das decisões proferidas foram de improcedência total, 23,7% foram de procedência parcial e 3% das decisões proferidas foram de procedência total – os percentuais restantes referem-se a outras formas de solução desses feitos, principalmente, acordos (que também revelam violação à lei).

¹⁷⁹ De outro lado, muito poucas ações são julgada inteiramente procedentes: a grande maioria dos resultados dos julgamentos é de procedência parcial dos pedidos formulados – o que comprova que também os autores das ações exageram em seus pedidos: uma decorrência natural do sistema, mas que também deve ser coibida.

¹⁸⁰ *Tutelas de Urgência no Processo do Trabalho: O Potencial Transformador das Relações Trabalhistas das Reformas do CPC Brasileiro*, p. 340/341. Em sentido semelhante são as considerações de Jorge Luiz Souto Maior: “Somente a diminuição da conflitualidade seria capaz de diminuir os processos que emperram a Justiça do Trabalho. Isso dependeria, em verdade, de uma evolução do direito material, para fins de se tornar efetivo. (...) Como avalia Ivan Alemão: “Nos parece que evitar o número de demandas trabalhistas deve ser fruto de uma política legiferante que dê garantia ao crédito do trabalhador, iniciando por aplicação

Para piorar, nem mesmo os comandos judiciais são tidos como obrigatórios: o réu não se sente compelido a atendê-los, continuando, no mais das vezes, a protelar o andamento do feito¹⁸¹. Ele sabe que deve certa quantia, tem, no mais das vezes, total condições financeiras de pagá-la, mas, mesmo assim, opta por não fazê-lo, por não se sentir obrigado a isso (fator de ordem cultural) e, principalmente, não ser levado a isso pelo sistema, que favorece e beneficia aquele que não cumpre com suas obrigações (fator econômico): cumprir a lei é um mau negócio.

Muitos são os fatores pelos quais a lei trabalhista não é cumprida: nem mesmo um trabalho específico sobre o assunto esgotaria todos os elementos que devem ser levados em conta nessa análise (mais sociológica do que propriamente jurídica, aliás¹⁸²).

Tal estudo, porém, foge do objeto de nossa análise: nossa proposta é a de ver como o processo do trabalho pode ajudar na modificação desse panorama; para isto, uma breve análise dos motivos que levam ao descumprimento da lei trabalhista deve bastar. Focaremos, assim, naquilo que julgamos ser os dois principais fatores (adiantados acima): aqueles de ordem cultural e os econômicos.

Do ponto de vista cultural, o não cumprimento da lei trabalhista não deixa de ser, em última instância, mais um fruto de nossa herança escravocrata: trata-se, supostamente, o Direito do Trabalho, de um direito de menor importância, voltado para pessoas de menor importância, mais um empecilho à atividade empresarial (ou um favor aos menos favorecidos) do que propriamente um direito subjetivo (e, muito menos, um direito fundamental)¹⁸³.

de multa pelo não pagamento de salário. A única dívida neste país que não se paga e o devedor não sofre qualquer coação é a do crédito salarial. Medidas neste sentido, sem dúvida, diminuiriam o número de reclamações trabalhistas, porém sem lesar os direitos dos trabalhadores. A diminuição das demandas trabalhistas não pode ser equivalente à diminuição dos direitos do trabalhador.” (Temas de Processo do Trabalho, p. 133/134).

¹⁸¹ A “taxa de congestionamento” (percentual de processos não resolvidos), em primeira instância, é de 33% na fase de conhecimento e de 77% na execução: o que mostra o absoluto descaso para com a obrigação reconhecida em sentença.

¹⁸² E que sequer temos condições de empreender – tarefa que, felizmente, é desestimulada pelo Professor Barbosa Moreira: “Como diz esse autor, ao processualista não é dado, sem a indispensável preparação, “discorrer sobre assuntos específicos de economia, sociologia ou de ciência política”. Antes é preferível que o processualista se dedique à sua ciência, fazendo com que ela possa prestar alguma colaboração à solução de problemas relacionados a essas matérias, ainda que raciocinando multidisciplinariamente.” (apud Jorge Luiz Souto Maior, *Direito Processual do Trabalho*, p. 362).

¹⁸³ Em muitos casos, pagar ao empregado tudo que lhe é devido é visto como um favor, uma benesse, um ato de altruísmo, enfim...

Seu titular são os dominados, não os dominantes: é natural que, historicamente, os direitos de propriedade, por exemplo, sejam muito mais valorizados do que os direitos trabalhistas. O mesmo empregador que nega os direitos trabalhistas de seus empregados (os quais são necessários à sua subsistência e que têm um valor relativo muito maior para o trabalhador) sente-se absolutamente ultrajado quando alguém (ou o próprio empregado) rouba algo de seu armazém para sobreviver, quando tem suas terras invadidas pelos movimentos populares¹⁸⁴ ou, simplesmente, não é pago por seu cliente.

De fato, em nossa sociedade, o furto de um bem de alguns poucos reais é tido como algo muito mais grave do que a falta de pagamento dos direitos trabalhistas do empregado ao longo do contrato (mesmo quando o valor destes apresenta uma considerável expressão econômica): não se percebe que a sonegação de direitos trabalhistas é, em última instância, um roubo como outro qualquer (quando não pior, pelo caráter existencial que tais verbas possuem para o trabalhador – o que não se dá em relação ao empregador). Em ambos os casos se está subtraindo indevidamente algo do patrimônio de alguém, da exata mesma forma que ocorre quando um comprador não paga pelos produtos adquiridos (algo que nenhum empregador admite).

Na verdade, o não pagamento dos direitos trabalhistas é que está se consagrando como um direito (direito de não pagar os *direitos* do trabalhador previstos em lei...) – e é exatamente isso que pretendemos mudar.

Não se tem noção da importância que os direitos trabalhistas têm para o trabalhador, o quanto eles representam em sua vida – em sua sobrevivência. Falta *simpatia*¹⁸⁵ pela maior parte da população para se colocar no lugar do trabalhador e, ao fazê-lo, perceber o quanto a violação da lei trabalhista é prejudicial (para aquele trabalhador e para a própria sociedade). O pensamento que domina é o de que violar o direito alheio é aceitável (ainda mais os direitos do trabalhador), o que importa é que o meu direito seja respeitado.

¹⁸⁴ Não que julguemos isso (invasão de terras produtivas) correto – nada disso é certo. O que queremos demonstrar é a diferente perspectiva por parte daquele que costumeiramente viola os direitos trabalhistas quando os seus direitos são violados. Violar o direito dos outros é admitido; ter os seus violados, impensável. Afinal de contas, pimenta nos olhos dos outros...

¹⁸⁵ Aqui entendida como a capacidade de se colocar no lugar do outro e, assim, compartilhar de suas angústias, conforme trabalhado por Adam Smith (*Teoria dos Sentimentos Morais*). Esse interessante conceito nos foi apresentado pelo colega e magistrado Alessandro da Silva, em seu *Ausência de Simpatia como Óbice à Realização da Justiça*.

Mais ainda, se esquece que o modelo de sociedade que se pretende construir – e isso nos termos da Constituição Federal, norma ápice de nosso ordenamento – é um modelo em que sejam respeitados e promovidos os direitos sociais e, com eles, condições dignas de vida e existência a toda a população – o que não se consegue com a costumeira violação dos direitos dos trabalhadores. Com isso, é a sociedade toda que perde, não apenas aqueles trabalhadores, individualmente considerados: mais do que seus direitos, é a Constituição que está sendo descumprida.

Enfim, a lei trabalhista não é vista como algo obrigatório: é um comportamento socialmente aceito não pagar os direitos trabalhistas (e, de outro lado, é socialmente reprovável o comportamento do empregado que exige os seus *direitos*)¹⁸⁶. No entanto, vá esse mesmo empregado sair com um produto do empregador sem pagar (ainda que seu valor seja infinitamente inferior ao de seus direitos trabalhistas) e, fatalmente, seu destino será uma delegacia (depois, é claro, da devida “lição” pelos seguranças - modernos capatazes - do empregador...).

Persiste, ainda, uma clara distinção entre os direitos de propriedade (de primeira importância) e os direitos trabalhistas (de segunda – quando muito - importância). Descumprir o contrato de trabalho, sonegando direitos trabalhistas àquele que deles precisa para sobreviver, é admitido¹⁸⁷, mas descumprir um contrato comercial, deixando de pagar o preço de um produto qualquer, não é.

Há, enfim, um grande óbice cultural ao pleno reconhecimento da importância dos direitos trabalhistas, fator que leva ao descumprimento da lei trabalhista e,

¹⁸⁶ Tal pensamento bem retrata a mentalidade reinante em nosso país: “Pela primeira vez, o conceito de hierarquia da obra de Roberto DaMatta foi mensurado quantitativamente por meio de uma pesquisa. Os resultados confirmam várias de suas conclusões, entre elas a principal: o Brasil é uma sociedade regida predominantemente por uma lógica hierárquica (...) ou seja, quanto mais hierárquica mais autoritária uma pessoa é. Aqueles que acreditam que a relação patrão-empregado deve assegurar ao patrão a posição de superioridade, mesmo fora do trabalho, também são os que acreditam que os protestos contra o governo devem ser reprimidos. Há sempre alguém no topo da hierarquia, seja o patrão ou o governo; há um superior e um inferior e o primeiro tem mais direitos do que o segundo justamente por ser superior.” (Alberto Carlos Almeida, *A Cabeça do Brasileiro*, p. 92/93). Devem ser mencionados, ainda, os resultados de algumas pesquisas feitas nessa interessante obra: a maior parte dos brasileiros entende que os empregados domésticos devem sempre usar o elevador de serviço, sempre chamar o patrão por “senhor” (até mesmo quando ele diz para ser tratado por “você”) e não tomar banho na mesma piscina que o patrão, ainda quando expressamente autorizados (p. 83).

¹⁸⁷ Antônio Manuel Carvalho de Casimiro Ferreira, com base em Boaventura dos Santos, menciona um interessante jogo de forças existente durante o Estado Novo português, que talvez possa ser transplantado para o Brasil e explique, em parte, os motivos do descumprimento da lei trabalhista: “Por um lado, o capital era demasiado fraco para impor a recusa de uma legislação fordista, mas suficientemente forte para evitar que ela seja efectivamente posta em prática; por outro lado, os trabalhadores eram suficientemente fortes para impedir a rejeição dessas leis, mas demasiado fracos para impor a sua aplicação.” (*Trabalho Procura Justiça*, p. 138).

assim, à enxurrada de ações. Falta a percepção de que a lei trabalhista deve ser respeitada: senão pelo seu conteúdo e importância, ao menos por ser *lei* – tal qual a lei civil.

Sobre o tema, excelentes as ponderações de Jorge Luiz Souto Maior:

Acrescente-se a tudo isso um dado de natureza sociocultural e outro de natureza econômica. No que se refere ao primeiro, ressalte-se inicialmente que ainda está arraigada em nossa cultura a noção de que o emprego não é propriamente um direito do cidadão, mas uma dádiva do Estado e da iniciativa privada. O trabalho humano, que durante largo espaço de tempo foi desprovido de qualquer valor – vide a recente história da escravidão – agora é amparado por diversos direitos, e isso não se encaixa muito bem ao inconsciente escravagista que herdamos, fazendo com que o desrespeito aos direitos trabalhistas seja uma atitude natural, uma forma de se opor à indevida intromissão do Estado nos interesses particulares.¹⁸⁸

Somando-se a isso, há os fatores de ordem econômica, que podem ser resumidos em um ordenamento absolutamente ilógico¹⁸⁹ que, ao invés de estimular as pessoas a cumprir com suas obrigações e punir severamente aquele que não o faz, vai em sentido diametralmente oposto, beneficiando o infrator e desfavorecendo aquele que cumpre a lei. Trata-se de uma característica geral de nosso ordenamento, que fica bastante clara na seara trabalhista:

Por isso, uma forma eficiente de o direito material contribuir para a eficiência do processo, é a criação de sanções ao empregador pelo descumprimento das leis trabalhistas, evitando-se o lícito, mas amoral, argumento de que “devo, não nego pago quando puder”, sendo penalizado apenas com juro de 1% ao mês, além da correção monetária. No processo do trabalho, os únicos “riscos” que o empregador inadimplente corre, portanto, são o de pagar menos do que deve, em virtude de um acordo – motivado pela necessidade do empregado e pela demora da prestação jurisdicional – e o de obter uma sentença favorável – em virtude da dificuldade processual do empregado em provar os fatos que constituam o seu direito, ou de uma sentença mal elaborada. Claro que essa situação do direito material, não só

¹⁸⁸ *Direito Processual do Trabalho*, p. 361.

¹⁸⁹ Na verdade, perfeitamente lógico - na perspectiva de quem é por ele beneficiado...

não inibe, como até incentiva, o descumprimento da lei, gerando um elevado número de processos trabalhistas.¹⁹⁰

De fato, comparemos a situação daquele empregador que cumpre a lei com aquele que não o faz: enquanto o que cumpre tem a sua produção encarecida, o que descumpre tem, imediatamente, um menor custo de produção e, com isso, melhores condições de concorrer no mercado. A verdade, infelizmente, é essa: economicamente, é infinitamente melhor para o empregador deixar de cumprir a lei trabalhista¹⁹¹.

Mesmo que ele sofra a fiscalização da DRT (cuja estrutura não dá conta de fiscalizar nem uma minoria das infrações cometidas) e seja acionado pelos seus empregados, ainda assim a sua economia será imensa, já que as multas administrativas são irrisórias e nunca abrangem a totalidade das infrações cometidas; apenas uma parte dos empregados lesionados irá acioná-lo¹⁹²; apenas parte dos direitos desses empregados será reconhecida pela sentença e, mesmo quando isso ocorrer, o empregador ainda irá lucrar, já que os juros trabalhistas são bastante inferiores aos da maior parte das aplicações financeiras (além de que, no mais das vezes, ele não terá que recolher os encargos previdenciários que normalmente seriam devidos) - sem mencionar, é claro, a possibilidade de fazer um acordo com o empregado pela metade do valor devido. A certeza da impunidade (ainda que parcial), categoricamente reconhecida pelo sistema, é um incontestável vetor contrário à aplicação da lei trabalhista.

Ora, nesse contexto, o único fator que impele o empregador a cumprir com a lei é a sua consciência (e, em alguns casos, a noção de que isso gera empregados mais satisfeitos e, assim, mais produtivos). Age de forma absolutamente contrária ao espírito capitalista (e, assim, ao mercado) o empregador que cumpre com todas suas obrigações: sua decisão equivale àquela de adquirir matéria-prima do fornecedor com o preço mais caro, uma decisão absolutamente prejudicial ao seu negócio. Trata-se, muitas vezes, de uma decisão calculada do empregador: ele faz as contas e vê que sai mais barato não

¹⁹⁰ Jorge Luiz Souto Maior, *Direito Processual do Trabalho*, p. 361.

¹⁹¹ Lucrando em cima dos baixos juros trabalhistas – diferentemente do que se dá, por exemplo, com a lei tributária.

¹⁹² “No entanto, nos tribunais encontramos apenas uma limitada fracção do total de casos que, potencialmente, poderiam dar origem a um conflito laboral judicializado. Com efeito, apenas uma pequena percentagem do total dos conflitos laborais chegam aos tribunais.” (Antônio Manuel Carvalho de Casimiro Ferreira, *Trabalho Procura Justiça*, p. 108).

cumprir a lei do que pagar os direitos de seus empregados (decisão que fica muito mais fácil de ser tomada quando somada com os fatores culturais de que tratamos acima):

As empresas razoavelmente organizadas sempre fazem uma análise global da relação custo-benefício, sabendo muito bem quando lhes convém, ou não, cumprir a lei trabalhista. Isso não ocorre apenas em nosso país: nos países desenvolvidos, os agentes econômicos e institucionais certamente operam e atuam movidos por objetivos similares e a partir de considerações da mesma natureza. A diferença fundamental é que lá, em última análise, é mais vantajoso (ou melhor, menos desvantajoso) para os empregadores, como regra habitual de conduta, cumprir a legislação trabalhista do que descumpri-la. Essa é, a meu ver, a questão essencial.¹⁹³

Não tem ele nenhum incentivo para cumprir a lei, e todos os estímulos possíveis para não fazê-lo. O empregador, mesmo quando quer cumprir com todas suas obrigações, é levado pelo sistema a não fazê-lo, já que, vale repetir, ele não perde nada deixando de cumprir a lei. E isso é verdade tanto durante a relação de emprego quanto no processo: também aqui não há vantagem no pagamento, já que os juros são baixos e nenhuma punição lhe é aplicada – o que é ainda pior quando o processo é ineficiente, declarando apenas parte dos direitos do empregado –, sem contar a possibilidade de o empregador ficar impune, fazendo sumir todo seu patrimônio durante o longo transcurso do feito e, assim, eximindo-se do pagamento de qualquer quantia¹⁹⁴.

¹⁹³ José Roberto Freire Pimenta, *Tutelas de Urgência no Processo do Trabalho: O Potencial Transformador das Relações Trabalhistas das Reformas do CPC Brasileiro*, p. 341. Assim prossegue o autor, em seu excelente estudo: “O que, embora insustentável do ponto de vista jurídico, é até compreensível na estrita ótica empresarial, movida essencialmente por considerações de ordem econômica e administrativa, com vistas à maximização da citada relação custo-benefício – o erro maior, evidentemente, é daqueles operadores do Direito que, tendo ou devendo ter noção disso, nada fazem para inverter essa equação de modo a tornar desvantajosa, na prática, essa relação, mediante a plena e efetiva aplicação das normas jurídicas materiais em vigor, com a rigorosa aplicação de todas as sanções materiais e processuais legalmente previstas para a hipótese de seu descumprimento.” – também ele frisa que tais medidas já existem no ordenamento: o que falta é a sua aplicação.

¹⁹⁴ E isso também acaba por estimular a má-fé processual, eis que, para o devedor, quanto mais o processo demorar, maiores serão os seus ganhos – especialmente porque apenas muito raramente essa má-fé é punida, como melhor veremos no capítulo seguinte. De outro lado, todas essas vantagens econômicas, juntas com a má-fé do devedor, estimulam também a má-fé do trabalhador que, ciente de tudo isso, pede muito mais do que tem direito para, ao negociar o acordo, ter maior poder de barganha – até por saber que também não será punido por seu comportamento desleal, sequer tendo que pagar as custas processuais.

Em suma, do ponto de vista econômico, a verdade é que violar a lei trabalhista (e também as decisões judiciais) é um bom negócio. Bom não, ótimo. Não vale a pena, economicamente, cumprir a lei.

Essa situação, porém, é insustentável. A resposta que o sistema deve dar é simples (ainda que não interesse àqueles que legislam): fazer com que violar a lei deixe de ser um bom negócio, tornar caro o seu descumprimento. Para isso, o processo muito pode contribuir – como tentaremos demonstrar nos tópicos seguintes.

3. O PROCESSO DO TRABALHO COMO MEIO DE DESESTÍMULO À VIOLAÇÃO DA LEI TRABALHISTA

Duas são as linhas seguidas, ao longo de nosso trabalho, na busca pelo aprimoramento da prestação jurisdicional trabalhista: a obtenção de um processo mais efetivo (por meio de uma revisão técnica de alguns de seus institutos – tema dos capítulos seguintes) e, em uma visão macro, sua modificação de modo a torná-lo mais caro para o devedor, buscando, com isso, incentivar o cumprimento da lei na constância da relação de emprego e, com isso, tornar desnecessária a via judicial (foco do presente capítulo).

Como vimos acima, o absoluto desprezo pela lei trabalhista – motivado por fatores culturais e econômicos –, por boa parte da população, leva a um cenário de grande desrespeito aos direitos dos trabalhadores, o que, por sua vez, resulta na enorme quantidade de ações anualmente propostas com o fito de ver tais direitos restabelecidos – sendo esse, segundo pensamos, o principal problema que assola o Judiciário trabalhista (e, assim, o principal ponto a ser resolvido).

São basicamente duas as formas, em tese, pelas quais se pode diminuir o número de ações anualmente submetidas ao Judiciário trabalhista: limitar o acesso à justiça (que não é, propriamente, uma opção¹⁹⁵) ou diminuir a demanda pelos serviços judiciais, isto é, tornar desnecessário o recurso à via judicial – o que, por sua vez, também pode ser alcançado de duas formas: a instituição de meios extrajudiciais de solução dos conflitos trabalhistas (tema que abordamos no capítulo referente às Comissões de Conciliação Prévia e que se mostra extremamente delicado, especialmente na seara trabalhista¹⁹⁶) e,

¹⁹⁵ Ao menos não uma opção legítima (nem tampouco constitucional) - muito embora seja exatamente isso o que os tribunais superiores costumam fazer com relação aos recursos (em clara afronta à Constituição)...

¹⁹⁶ Não obstante, vale registrar que, de acordo com o Relatório Geral da Justiça do Trabalho referente ao ano de 2005, 47% das ações em primeira instância foram resolvidas por meio da conciliação – o que sugere que

principalmente, pela modificação desse cenário de absoluto desrespeito à lei trabalhista, o que se faz mediante a conscientização das pessoas acerca da importância dos direitos (fundamentais) dos trabalhadores e, principalmente, retirando-se do sistema os benefícios dados àquele que descumpre a lei, tornando que a sua violação seja desvantajosa – isto é, cara –, no que o processo muito pode contribuir¹⁹⁷.

De fato, não basta (e a história confirma isso) a adoção de medidas paliativas: são necessárias ações que atuem diretamente na causa do problema, mediante o estímulo do cumprimento espontâneo da lei – o que, automaticamente, deve resultar na diminuição das ações anualmente propostas e o conseqüente aprimoramento da prestação jurisdicional.

É evidente que não será apenas o encarecimento do processo que resolverá o problema¹⁹⁸. Inúmeras medidas devem ser conjugadas nesse sentido, dentro e fora do processo, como o aprimoramento da fiscalização pelas Delegacias Regionais do Trabalho, a restrição dos direitos de devedores costumeiros (como, por exemplo, a proibição de participação de licitações e da obtenção de empréstimos públicos), a conscientização da população acerca da importância dos direitos trabalhistas e o aumento do valor das multas administrativas.

mecanismos legítimos de solução extrajudicial de conflitos podem ser de extrema valia para o desafogamento da Justiça do Trabalho – além de facilitar o acesso à justiça (lato sensu) por parte dos trabalhadores (nesse sentido, ver Antônio Manuel Carvalho de Casimiro Ferreira, *Trabalho Procura Justiça*, p. 465). Na defesa de mecanismos extrajudiciais de solução de controvérsias, aponta esse autor que “*agências e pactos supranacionais constitutivos do sistema internacional de relações laborais têm convergido numa linha orientadora comum relativa às formas de regulação da conflitualidade laboral assente em três idéias: promoção do diálogo social e da autocomposição; desenvolvimento de mecanismos de prevenção; e incremento das formas alternativas de resolução dos conflitos*” (*Trabalho Procura Justiça*, p. 66).

¹⁹⁷ “*Em segundo lugar, para se tornar efetivo, o direito do trabalho devia, como ocorre em qualquer outro direito – diga-se de passagem – ser integrado de normas que penalizassem àqueles que, deliberadamente, não o respeitassem. A coação é tema inserido na própria gênese da teoria da norma e o direito do trabalho, paradoxalmente, porque se intitula de direito protetor, é composto de normas sem coação. Esse é um grave problema do direito material trabalhista que, em grande medida, é responsável pela falta de efetividade do processo do trabalho.*” (Jorge Luiz Souto Maior, *Direito Processual do Trabalho*, p. 362).

¹⁹⁸ Sendo certo, de outro lado, que não procede o argumento de que tornar mais caro não é o caminho para se resolver os problemas do processo: é no bolso que o devedor sente o peso de não cumprir com suas obrigações, e a própria legislação processual civil tem caminhado no sentido de tornar onerosa a violação à lei e aos comandos judiciais, como se infere, por exemplo, das medidas previstas em seu art. 461, da nova multa de 10% pelo não cumprimento espontâneo da sentença (art. 475-J), da multa prevista na reforma da execução extrajudicial caso o devedor não pague o parcelamento da dívida (art. 745-A, § 2º) e também para a oposição de Embargos à Execução protelatórios (art. 740). É certo, porém, que tais medidas devem ter o cuidado de não incentivar a litigiosidade, caso acabem por propiciar o enriquecimento do credor – aqui, mais uma vez, a importância de se punir também os excessos da parte autora. Infelizmente, essa (no bolso) é a melhor forma, em nosso país, para se conscientizar as pessoas: prova disso é a constatação de que foi com a imposição de multas de trânsito que se modificou a mentalidade dos motoristas no sentido do uso do cinto de segurança, por exemplo. Além disso, nossa experiência no foro trabalhista confirma a maior eficiência e, principalmente, uma clara mudança da postura dos sujeitos processuais naquelas Varas do Trabalho que adotam uma postura mais rígida com os devedores.

Nosso foco, porém, é como o processo pode atuar para a modificação dessa situação, e, sem dúvida, torná-lo mais caro é algo que pode contribuir para o respeito da lei trabalhista¹⁹⁹: a partir do momento em que violar a lei trabalhista pesar no bolso do devedor, certamente ele pensará duas vezes antes de fazê-lo (tanto antes quanto durante o processo, passando a atender, mais prontamente, os comandos judiciais).

Em suma, é preciso fazer com que ser acionado e/ou protelar o andamento do feito deixe de ser economicamente vantajoso: o devedor é quem deve temer o processo, não o credor²⁰⁰. De nada adianta termos uma avançada legislação trabalhista se ela não é cumprida (exceto se for exatamente esse o seu intuito...). Deve-se, enfim, tornar o processo mais caro para o devedor. Para isso, algumas medidas podem ser propostas.

3.1. AUMENTO DOS JUROS DE MORA

É comum os operadores do direito reclamarem do grande número de ações que há na Justiça do Trabalho ou da ineficiência do sistema processual; a verdade, porém, é que muitos desses mesmos operadores deixam de utilizar os mecanismos que já estão na lei e que poderiam, se bem utilizados, contribuir para a melhoria da situação²⁰¹.

¹⁹⁹ Eis que “o caminho da pacificação das relações de trabalho passa primeiro pela busca incansável da conciliação, com o aparelhamento de um sistema que desestimule as demandas judiciais, tornando-as onerosas para a parte que porventura possa beneficiar-se da tardança que se venha a verificar na decisão judicial do litígio.” (Eduardo Henrique von Adamovich, *A Tutela de Urgência no Processo do Trabalho: uma visão histórico-comparativa*, p. 169).

²⁰⁰ Vale apontar a triste diferença entre a situação que há no Brasil daquela que há nos países em que o processo funciona, muito bem apontada por José Roberto Freire Pimenta (remetendo, ainda, ao Professor Cândido Dinamarco): “É notório o efeito da inefetividade da tutela jurisdicional, no dia-a-dia das relações sociais em nosso país: normalmente é o devedor, aquele que deveria ter cumprido espontaneamente a norma quem fala de modo irônico para aquele que dela seria beneficiário e foi lesado por sua conduta contrária ao Direito: “Vá procurar seus direitos!”, conduta infelizmente costumeira nas sociedades em que a prestação jurisdicional é inefetiva. Já nas sociedades do mundo anglo-saxão mas também da Europa Continental, onde a jurisdição é mais eficaz, em situações semelhantes a ameaça é outra, e em sentido diametralmente contrário. Nos Estados Unidos, por exemplo, a advertência, nos casos de litígio, em geral parte daquele que se considera beneficiário da norma tida por descumprida, dizendo para o seu destinatário que resiste a cumprir espontaneamente a norma de direito material em questão: “I will sue you” (eu vou processá-lo), mecanismo através do qual o titular do direito frequentemente dissuade o obrigado quanto a possíveis resistências injustas, como observa com acuidade Cândido R. DINAMARCO.” (*Tutelas de Urgência no Processo do Trabalho: O Potencial Transformador das Relações Trabalhistas das Reformas do CPC Brasileiro*, p. 337). Similar analogia, aliás, já foi feita pelo Ministro Vantuil Abdala, do C. TST, em Exposição na Comissão de Constituição e Justiça do Senado: “Antigamente, quando havia uma divergência entre empregado e empregador, era o empregado que dizia ao empregador: “Cuidado que eu vou à Justiça do Trabalho”. Hoje é o inverso. É o empregador que diz: “Ou o senhor aceita isso, ou, se quiser, vá à Justiça do Trabalho”.”.

²⁰¹ O que também parece ocorrer na Itália: “Sono anzitutto i magistrati che hanno in mano molti strumenti processuali che potrebbero consentire di governare attivamente situazioni siffatte. Ma ben raramente sanno (o vogliono) usarli. Spesso, anzi, danno un valido contributo al disastro degli uffici.” (Luciano Ventura, *Le Parti Sociali*, p. 30/31).

Um bom exemplo disso é a questão dos juros de mora: é bastante claro que, se eles fossem maiores, o devedor pensaria duas vezes antes de protelar o pagamento da dívida²⁰². É absurda a constatação de que o ramo do Judiciário com menores juros moratórios é o trabalhista, talvez o que mais precise da efetividade do processo²⁰³; mesmo assim, insiste-se em aplicar os módicos juros trabalhistas, quando o direito positivo permite a aplicação de taxas maiores – ou seja, já há na lei um modelo mais eficiente.

De fato, dispõe o art. 406 do novo Código Civil Brasileiro que “*quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional*”, ou seja, os juros de mora decorrentes do descumprimento das obrigações (e a violação à lei trabalhista não deixa de representar o descumprimento de uma obrigação) devem ser apurados segundo a taxa SELIC, que é a taxa incidente sobre os tributos devidos à União²⁰⁴.

E nem se argumente que tais dispositivos não teriam incidência no processo do trabalho por conta das disposições específicas da Lei n.º 8.177/91, pois tal entendimento violaria frontalmente o quanto disposto no § 1º, art. 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual “*a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria que tratava a lei anterior*”, já que a nova norma regula inteiramente a questão dos juros incidentes sobre a cobrança judicial de obrigações não cumpridas – trabalhistas ou não.

Nesse sentido, a seguinte decisão:

²⁰² “*Una delle cause della lentezza del processo civile in generale cioè quello dell’interesse legale che viene riportato al 5% e quindi questo pure è un altro incentivo a fare causa, per guadagnare tempo.*” (Pier Luigi Franz, *Tavola Redonda*, p. 128).

²⁰³ Confira-se a esse respeito, mais uma vez, o pensamento expressado em entrevista pelo Ministro Vantuil Abdala: “*Uma das prioridades do novo presidente do TST será a de defender a aprovação da elevação dos juros incidentes nos processos trabalhistas ao patamar da Taxa Selic. Ele defende a adoção da Taxa Selic na Justiça do Trabalho. “Não se concebe que em todos os ramos do Judiciário os juros sejam equivalentes à Taxa Selic e na Justiça do Trabalho os juros sejam de apenas 1%. Será que o crédito do trabalhador é menos urgente que os créditos discutidos na Justiça Civil? Não pode uma ação na Justiça do Trabalho ser um bom negócio para o mau pagador e hoje, com esses juros, isso acontece”, reconheceu Abdala. “No Brasil, o mau empregador serve de exemplo para os seus colegas e exerce uma concorrência desleal. Isso é algo que não podemos admitir, sob o risco de haver um agravamento do número de ações na Justiça do Trabalho: hoje são dois milhões de ações por ano. Não podemos conceber uma litigiosidade desta natureza, porque isso não interessa ao trabalhador nem ao empresário e, muito menos, ao País e à sua economia”, alertou Abdala, ao defender a adoção de medidas mais onerosas para desestimular o mau empregador.*”

²⁰⁴ Vale registrar a existência de Projeto de Lei no sentido ora defendido (o que confirma a sua conveniência): trata-se do PL n.º 4696/98 – até mais rígido do que propomos, eis que defende a dobra dos juros na execução.

APLICAÇÃO DA TAXA SELIC (ART.406 DO NCC) ÀS DÍVIDAS TRABALHISTAS. Se as dívidas quirografárias com juros não convencionados são atualizadas pelos juros da taxa SELIC, segundo o art.406 do Código Civil vigente, as dívidas trabalhistas tuteladas com preferência a todas as outras (art.186, CTN e art.83, I, LF) não podem se sujeitar a tratamento desigual, sendo tal preceito atraído pelo art.8º, § único da CLT, com o que se revoga o art.39, caput, da Lei 8.177/91, na parte que regula a atualização monetária, também chamada de juros em sentido amplo, sob pena de subversão dos princípios do Direito do Trabalho.²⁰⁵

O entendimento pela manutenção dos módicos juros trabalhistas prestigia, mais uma vez, o mau empregador, que, ao invés de cumprir com suas obrigações, tem a opção de investir tal dinheiro no mercado e, assim, lucrar (novamente) sobre os valores devidos ao trabalhador – comportamento que o sistema não deve incentivar.

Dessa forma, como estímulo ao cumprimento da lei trabalhista e dos próprios comandos judiciais, imperiosa é a aplicação, às dívidas trabalhistas, dos juros de mora previstos no Código Civil – nos termos, afinal, do art. 8º da CLT.

3.2 INSTITUIÇÃO DE MULTA DECORRENTE DA CONDENAÇÃO

Outra medida seria a instituição (por lei²⁰⁶) de uma multa por conta da condenação do devedor (a ser revertida ao credor) pelo simples fato de não ter cumprido

²⁰⁵ TRT da 15ª Região, 4ª Turma, REO-RO 1318/2004-067, 21.06.05, Rel. Juiz Flávio Allegretti de Campos Cooper. No mesmo sentido: “*TAXA SELIC. JUROS COMPENSATÓRIOS COMPATIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM OS JUROS MORATÓRIOS TRABALHISTAS. I - Afigura-se-nos razoável e equânime a incidência cumulativa dos JUROS COMPENSATÓRIOS da TAXA SELIC com os JUROS MORATÓRIOS TRABALHISTAS da ordem de 1% a.m., de forma simples, pois a cumulação dos juros visa a recompensar a lesão sofrida pela demora no pagamento, promovendo o equilíbrio e o ressarcimento de forma justa e ponderada. Inclusive, para se evitar que o devedor se valha indevidamente dos “juros subsidiados” da dívida trabalhista, à custa do trabalhador, eternizando o cumprimento de obrigação que possui natureza alimentar, indispensável à subsistência da pessoa e de sua família, sobretudo em época de escassez de renda e emprego. II - Ademais, a TAXA SELIC (atual 19,75% a.a.) tem sido utilizada na apuração dos juros de mora dos débitos civil, previdenciário e fiscal. Não se justificando que o crédito trabalhista, privilegiado por natureza, receba tratamento dissonante em termos de juros moratórios. III - Por fim, insta salientar que os juros do mercado financeiro têm chegado a patamar escorchantes, como é o caso do cheque especial: 147,57% a.a., reforçando a idéia de que os juros de mora trabalhista (12% a.a.) estão defasados, merecendo atualização legislativa; mas até que não aconteça, a cumulação dos juros de mora com os juros compensatórios é uma vertente viável econômica e socialmente, inclusive com inspiração nas Súmulas 131 do C. STJ e 618 do E. STF. Sentença mantida.” (TRT da 15ª Região, 6ª Turma, RO 254/2003-119, 09.08.05, Rel. Juiz Edison dos Santos Pelegrini).*

²⁰⁶ Que, para alguns, sequer seria necessária, na medida em que a alínea “d” do art. 652 da CLT prevê a competência das Varas do Trabalho para “impor multas e demais penalidades relativas aos atos de sua competência”.

com suas obrigações na constância da relação de emprego – tal como se dá, afinal, pela falta de recolhimento das contribuições previdenciárias (Lei n.º 8.212/91, art. 35) e dos tributos em geral.

Tal multa poderia ser graduada entre 5% e 40% do total da condenação, conforme fosse o grau de controvérsia da questão, o poder e a atividade econômica do devedor, sua reincidência ou não, seu comportamento durante processo, etc., enfim, fatores que atenuariam ou agravariam a sua responsabilidade, conforme as circunstâncias do caso concreto. Além disso, e para incentivar o cumprimento da condenação, tal multa poderia ser diminuída pela metade em caso de pagamento espontâneo da dívida reconhecida em sentença.

Afinal de contas, quem não cumpriu a lei durante a relação de emprego e, além disso, se recusa a atender o comando judicial não pode ter o mesmo tratamento daquele que cumpre a lei (ou, ainda pior, um tratamento mais favorável, como se dá atualmente). Já é passada a hora de o sistema privilegiar aquele que paga – e punir aquele que não o faz.

3.3. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Pensamos ser um verdadeiro contra-senso serem devidos honorários advocatícios em todos os ramos do Judiciário, menos naquele que trata dos direitos sociais (a Justiça do Trabalho). Como resultado, na melhor das hipóteses, o trabalhador vai receber 70% de seus direitos (em tese, fundamentais, alimentares e irrenunciáveis), já que os 30% restantes serão destinados à remuneração de seu advogado²⁰⁷.

A parte já não recebeu seus direitos durante a relação material, teve que ajuizar ação na busca de recebê-los, esperou vários anos para vê-los reconhecidos (no mais das vezes, em valor inferior ao realmente devido), mais ainda para vê-los satisfeitos e, não bastando, ainda perde 30% do valor que receber, a título de honorários advocatícios –

²⁰⁷ Sobre o paradoxo da situação atual, confira-se as oportunas ponderações de Jorge Luiz Souto Maior: “*Ela não penaliza o reclamante que perde o processo, mas impõe ao que ganha o custo do patrocínio de seu advogado – que nem sempre é muito razoável. Em outras palavras, impõe-se um custo ao reclamante que tem razão e isenta-se de custo o reclamante que não tem razão.*” (Temas de Processo do Trabalho, p. 43).

suportados por quem deveria ser protegido pelo direito, não por quem deu causa ao processo (e que, assim, deveria com arcar com seu custo)²⁰⁸.

Não procede o argumento de que os honorários não teriam cabimento por conta do *jus postulandi* que pode ser exercido pelo trabalhador: em primeiro lugar, tal argumento apenas teria sentido nos casos em que o empregado efetivamente exerce tal direito (o que é cada vez mais raro); nos outros, se ele está assistido por advogado particular, é evidente que o mesmo não pode ser invocado. De todo modo, é mais do que sabido que aquele empregado que atua sem advogado está em uma posição processual muito inferior àquele que conta com o auxílio profissional, de modo que, na verdade, raramente o *jus postulandi* é, de fato, uma alternativa viável para o trabalhador²⁰⁹.

Além disso, não se pode esquecer que o *jus postulandi* significa apenas a faculdade de o empregado ir a juízo sem a presença de advogado – algo que nada tem a ver com a remuneração daquele profissional que atua no feito (e, em última instância, com a integral reparação da parte inocente).

O princípio que deve vigorar, em especial na Justiça do Trabalho, é o da reparação integral dos prejuízos causados pelo devedor, objetivo este que não é atingido quando parte da reparação é destinada ao pagamento dos honorários advocatícios²¹⁰, gerando um restabelecimento apenas parcial do direito da parte²¹¹.

²⁰⁸ “Além disso, o fundamento básico da prestação jurisdicional justa consiste em que a parte que tenha razão não seja penalizada com qualquer custo processual, revertendo-se estes para a parte perdedora. Nesse sentido, para satisfação dos ideais de acesso à justiça nas lides trabalhistas é imprescindível que se adote o princípio da sucumbência no processo do trabalho também quanto aos honorários advocatícios, independentemente de o reclamante estar assistido por sindicato e ganhar até dois salários mínimos ou declarar não ter condições financeiras de demandar sem prejuízo de seu sustento ou de sua família (Enunciados 219 e 329 do E. TST).” (Jorge Luiz Souto Maior, Temas de Processo do Trabalho, p. 41).

²⁰⁹ “A presença do advogado é fator decisivo para que a parte defenda adequadamente seu direito. (...) Como se vê, saber sobre direitos trabalhistas, efetivamente, não é tarefa para leigos. Juízes e advogados organizam e participam de congressos, para tentar entender um pouco mais a respeito desses temas, e muitas vezes acabam saindo com mais dívidas. Imaginem, então, o trabalhador...” (Jorge Luiz Souto Maior, Temas de Processo do Trabalho, p. 41). Sobre o descabimento dos argumentos usualmente apresentados contra a condenação em honorários advocatícios, confira-se Jorge Luiz Souto Maior (*Direito Processual do Trabalho*, p. 137).

²¹⁰ Merecem menção os (inúmeros) bons argumentos apresentados em favor do deferimento de honorários advocatícios no processo do trabalho por essa decisão: “Com efeito, revendo entendimento anterior, no sentido de que os honorários advocatícios somente seriam devidos em se tratando das hipóteses previstas no art. 14 da Lei 5.584/70, consoante as Súmulas 219 e 329 do C. TST, este magistrado passa a adotar entendimento diverso. Com efeito, as súmulas acima citadas estão fundamentadas, além do art. 791 da CLT, nas normas contidas nos artigos 14 e 16 da Lei 5.584/70, dispositivos que não mais existem em nosso ordenamento jurídico, dada a derrogação operada pelas leis 10.288/2001 e 10.537/2002. É que a Lei 10.288/2001 passou a regular de forma distinta a mesma matéria, com a redação que deu ao § 10, do art. 789 da CLT, norma evidentemente posterior, disciplinando que a assistência judiciária gratuita seria prestada pelo sindicato aos trabalhadores desempregados ou que percebessem salário inferior a 05 salários mínimos, incluindo os que embora tenham rendimento maior juntassem declaração de insuficiência

3.4. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA A COBRANÇA DAS MULTAS ADMINISTRATIVAS NA PRÓPRIA AÇÃO TRABALHISTA

Outra medida interessante seria a atribuição de competência para o juiz trabalhista cobrar as multas administrativas pelo descumprimento da lei material nas próprias ações em que fosse verificada a sua violação, também como decorrência da condenação.

econômica. Mais tarde, a Lei 10.537/2002 deu nova redação ao art. 789 da CLT, simplesmente não mais fazendo menção à assistência judiciária gratuita prestada pelo sindicato, de modo que o tema passou a não mais contar com regra específica na Justiça do Trabalho, já que o nosso ordenamento jurídico não admite o fenômeno da repristinação, não havendo outra solução, portanto, senão recorrer à Lei nº 1.060/50, de modo que a prestação da assistência judiciária gratuita não mais está restrita às entidades sindicais, tornando-se possível a até mesmo a criação de convênios com a própria OAB para tal mister. Assim, como não mais existe restrição legal para a condenação em honorários advocatícios, diante da derrogação da Lei nº 5.584/70, no particular, o princípio da sucumbência (não parcial) no processo do trabalho, previsto no art. 789, § 1º, da CLT, também deverá abranger os honorários advocatícios previstos no art. 20 do CPC, diante da omissão na CLT e compatibilidade com o processo trabalhista, por força da regra de subsidiariedade do art. 769 da CLT. Não bastassem tais observações, com a vigência do Novo Código Civil/2002, a partir de 12.01.2003, aplicam-se as regras introduzidas pelos artigos 389 e 404, por força do art. 8º, da CLT, diante da omissão e evidente compatibilidade com os princípios fundamentais do direito material do trabalho, as quais dispõem, com toda justiça, frise-se, que a integral reparação de um descumprimento de obrigação legal ou contratual deve sempre incluir, além dos juros e correção monetária, os honorários de advogado. Ora, doutro modo o trabalhador não receberia integralmente seus créditos de natureza alimentícia sonegados pelo empregador, o que não se pode admitir. Ressalte-se que é cediço que ultimamente até mesmo verbas rescisórias incontroversas tem sido pagas recorrentemente apenas após o ajuizamento de reclamação trabalhista. Oportuno registrar ainda que a disposição contida no art. 791 da CLT não pode ser vista como óbice ao deferimento dos honorários advocatícios, pois apenas estabelece uma faculdade às partes de reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho (jus postulandi), mas não uma obrigação, por óbvio. (...) Assim, outra conclusão não há senão a de que não mais se sustenta o entendimento esposado nas Súmulas 219 e 329 do C. TST, com todo o respeito àqueles que defendem opinião divergente. Concluindo de tudo o que foi até aqui exposto, a condenação em honorários advocatícios poderá ter fundamento: a) em regras de direito processual, quando decorrer da sucumbência, caso em que receberá tratamento de despesa processual, implicando em isenção aos beneficiários da gratuidade da justiça (art. 790, § 3º, da CLT) ou da assistência judiciária gratuita (Lei nº 1.060/50); ou, b) em regras de direito material, quando decorrer da necessidade de integral reparação de um descumprimento legal ou contratual (artigos 389 e 404 do NCC), hipótese em que não será possível a respectiva isenção.” (sentença proferida pela D. Vara do Trabalho de Salto/SP, em 06.02.07, no processo 01371200508515000).

²¹¹ De outro lado, em se tratando de ações descabidas, forçosa é a condenação do empregado a pagar os honorários da parte contrária, em conformidade com o art. 18 do CPC. De se frisar, inclusive, a existência de decisões que condenam o empregado derrotado em juízo a pagar os honorários da parte contrária independentemente de sua má-fé, pela mera sucumbência (por exemplo, sentença proferida pela D. 90ª Vara do Trabalho de São Paulo/SP, em 25.05.07, nos autos do processo 04949200609002007). Outra medida importante é que se passe a ter mais critério na concessão do benefício da justiça gratuita, para que verdadeiras aventuras processuais, como muitas vezes verificamos na prática, sejam desestimuladas. A irrestrita gratuidade processual para os trabalhadores – que dá, inevitavelmente, ensejo a abusos – é criticada também por Vincenzo Panuccio (*I Magistrati*, p. 72/73); de modo semelhante, Alberto Luis Maurino aponta como hipótese de abuso processual o pedido de gratuidade processual feito de forma descompassada com a real situação econômica do litigante (*Abuso del Derecho en el Proceso*, p. 87/88). Interessante solução é dada pelo art. 29 da Constituição Suíça, que garante o benefício exceto quando a causa aparenta não ter chances de êxito.

Já há, inclusive, projeto de Emenda à Constituição nesse sentido: trata-se da PEC n.º 358-A, de 2005, que, se aprovada, irá inserir o inc. XI no art. 114 da Constituição, para que a Justiça do Trabalho passe a ter competência para a “*execução, de ofício, das multas por infração à legislação trabalhista, reconhecida em sentença que proferir*”²¹².

Com isso, haveria mais um desestímulo para o descumprimento da lei trabalhista – além de uma sensível economia processual e, principalmente, diminuição da impunidade que hoje existe, já que apenas uma parcela ínfima das infrações administrativas é verificada e cobrada pelas autoridades competentes.

De todo modo, é certo que essa cobrança deve assegurar ao devedor o contraditório, especialmente no que diz respeito à possibilidade de discussão se da condenação efetivamente decorrem as penalidades administrativas que lhe forem imputadas, assim como seu valor.

3.5. EFETIVA APLICAÇÃO DOS ARTS. 467 E 477 DA CLT

Outra medida bastante simples, mas que também seria de extrema utilidade, consiste na efetiva aplicação dos arts. 467 e 477, § 8º, da CLT, que prevêem, respectivamente, multa de 50% sobre as verbas rescisórias incontroversas não pagas em primeira audiência pelo empregador e multa no valor de um salário do empregado pela falta de pagamento das verbas rescisórias dentro do prazo legal.

Tais dispositivos possuem a clara intenção de forçar o empregador a pagar, pelo menos, as verbas rescisórias devidas ao empregado, em consonância com o quanto elas representam para ele em termos de manutenção de seu sustento (especialmente nessa situação de desemprego); exatamente por conta disso, apenas o pagamento integral e tempestivo das verbas devidas deveria eximir o empregador do pagamento dessas multas.

²¹² Em defesa desse projeto, assim se manifestou o Ministro Vantuil Abdala, do C. TST, em Exposição na Comissão de Constituição e Justiça do Senado: “*O mau empregador exerce uma concorrência desleal para com os bons empregadores e serve de mau exemplo, de tal maneira que, se ele tem uma ação na Justiça do Trabalho que lhe é mais vantajosa do que fazer o pagamento direto ao trabalhador, ele nunca paga ao trabalhador. Antigamente, quando havia uma divergência entre empregado e empregador, era o empregado que dizia ao empregador: “Cuidado que eu vou à Justiça do Trabalho”. Hoje é o inverso. É o empregador que diz: “Ou o senhor aceita isso, ou, se quiser, vá à Justiça do Trabalho”. Então, acharia muito importante que houvesse uma norma que permitisse à Justiça do Trabalho aplicar as multas administrativas pelo descumprimento das obrigações trabalhistas. Isso iria estimular o empregador que cumprisse suas obrigações e desestimulá-lo a que só fosse satisfazer essa obrigações perante a Justiça do Trabalho, além, naturalmente, da arrecadação que isso significaria para a União, já que os fiscais do trabalho não podem inspecionar nem um centésimo dessas infrações que existem no Brasil.*”.

Não é isso, porém, que se verifica: a aplicação de tais multas tem sido absolutamente restrita pela jurisprudência, entendendo-se que qualquer controvérsia sobre a existência de verbas rescisórias pendentes, por mais descabida que seja, já afasta a aplicação da multa do art. 467 da CLT, e que apenas a falta total de pagamento das verbas rescisórias dá ensejo à aplicação da multa do art. 477; havendo pagamento, ainda que parcial, ela não seria devida²¹³. Isso atenta contra a razão de ser da norma e, mais uma vez, premia o mau empregador, que não sofre qualquer punição por descumprir a lei.

É mais do que evidente que o entendimento que deve predominar é exatamente o oposto, qual seja, o de que tais multas são devidas sempre que não haja pagamento integral dos valores devidos ao empregado, exceto quando haja efetiva e relevante controvérsia sobre seu pagamento. A regra deve ser pela incidência de tais multas, não o contrário, para que o empregador se sinta compelido a pagar as verbas rescisórias do empregado dentro do prazo fixado em lei.

Também neste ponto, pois, pensamos ser oportuna a modificação do entendimento dominante, prestigiando-se aquele empregador que cumpre com suas obrigações e não aquele que não o faz, que hoje recebe, de forma inconstitucional, o mesmo tratamento de quem cumpre a lei.

²¹³ Por exemplo: “*MULTA PREVISTA NO § 8º DO ARTIGO 477 DA CLT – PAGAMENTO PARCIAL DAS VERBAS DEVIDAS – NÃO INCIDÊNCIA. A multa por atraso no pagamento das verbas rescisórias é devida apenas quando o empregador não paga as verbas, discriminadas no TRCT, no prazo legal. Assim, a existência de diferenças ou de verbas que não foram pagas não gera direito à penalidade prevista na lei, porque esta não contempla tais hipóteses, exceto se houver fraude cometida pela Empresa.*” (TRT da 15ª Região, 6ª Turma, RO 01223/2003.016.15.00.9, 18.04.07, Rel. Juiz José Pitas) ou, pior ainda, “*Não se aplica a multa do parágrafo 8º do artigo 477 da CLT quando as verbas deferidas decorrem de vínculo empregatício reconhecido por sentença.*” (sentença proferida pela D. 64ª Vara do Trabalho de São Paulo, em 22.01.08, no processo 02111200706402003), beneficiando novamente o empregador que não registrou seu empregado.

2. COIBIÇÃO E PUNIÇÃO DO ABUSO PROCESSUAL

Incapaz de colimar o seu objetivo técnico, que é o de tornar precisa em cada caso a vontade da lei, e de assim tutelar os direitos que os particulares deduzem em juízo, o processo decaía de sua dignidade de meio revelador do direito e tornara-se uma arma do litigante, um meio de protelação das situações ilegítimas, e os seus benefícios eram maiores para quem lesa o direito alheio do que para quem acorre em defesa do próprio.²¹⁴

La habilidad y los conocimientos procesales encumbraron a los abogados que hacían gala de sus artificios con el procedimiento; se escondía la verdad y nadie controlaba este proceso de desatinos.

Hasta que llegó la regla moral, según la cual nadie podía litigar desconociendo los deberes de lealtad, probidad y buena fe. Nació el principio – también llamado de moralidad – como una necesidad del sistema, antes que como un dilema ético.

(...) el argumento de encontrar en el proceso judicial una auténtica lucha entre partes, donde el Derecho era el arma que investía al guerrero, siendo así victorioso el que disponía de mejores armas, no siempre vinculadas éstas con el Derecho y la razón propiamente dichos.

En rigor, el principio de moralidad impuso el límite ético de las conductas en el proceso, evitando que el medio sirviera a un fin ilícito, o al menos, inapropiado.²¹⁵

1. O ABUSO PROCESSUAL

O processo, como instrumento estatal de solução de controvérsias, possui uma disciplina bastante rígida sobre como devem se portar os sujeitos processuais²¹⁶, com vistas a que seus objetivos (do processo) sejam alcançados.

²¹⁴ Exposição de Motivos do CPC de 1939.

²¹⁵ Osvaldo Alfredo Gozáini, *Temeridad y Malicia en el Proceso*, p. 11.

São dispositivos iluminados não apenas por um intuito moralizador, mas também teleologicamente dispostos no sentido de ordenar o comportamento daqueles que atuam no processo, exatamente para que a verdade venha à tona, o processo caminhe sem percalços e, com isso, possa ser feita justiça, no menor espaço de tempo possível²¹⁷.

Na verdade, nada mais natural do que se exigir que, também no processo, os indivíduos atuem com boa fé: trata-se, a boa fé, de um imperativo que se impõe em todos os ramos do direito, como requisito indispensável da vida em sociedade – a ser observado, assim, também no processo²¹⁸.

E isso é especialmente verdadeiro nos dias de hoje, em que *“el proceso moderno contemporáneo asiste al reverdecimiento de los principios de lealtad, probidad y buena fe. La crisis que se manifiesta en las estructuras del procedimiento necesita apoyarse, hoy más que nunca, en los postulados deontológicos”*²¹⁹.

E nem poderia ser diferente, uma vez que o processo deve ser visto como *“um instrumento para a defesa dos direitos e não para ser usado ilegitimamente para prejudicar ou para ocultar a verdade e dificultar a reta aplicação do direito, na medida em que este deve atuar em conformidade com as regras da ética. Deveres que alcançam primeiramente às partes, também o fazendo, logo em seguida, aos procuradores dos litigantes e ao julgador e seus auxiliares”*²²⁰.

Confira-se, a propósito, as considerações contidas na Exposição de Motivos do atual Código de Processo Civil:

²¹⁶ Fazemos referência aos *sujeitos* do processo, não apenas às partes, porque, como veremos adiante, também outras pessoas que participam do processo dele fazem mau uso – notadamente, juízes e advogados.

²¹⁷ Comentando sobre a nova lei processual alemã, bem apontou Elicio de Cresci Sobrinho: *“A introdução a tal lei marca a separação com a ideologia da antiga ZPO alemã, quando disse que as partes e seus procuradores precisam saber que a administração da justiça não existe somente para as partes, e que, ao mesmo tempo, e, especialmente, deve ela servir à certeza do direito do povo todo.”* (Dever de Veracidade das Partes no Processo Civil, p. 60).

²¹⁸ *“Assim, mais fundamentalmente a boa fé integra-se no próprio conceito de processo e participa na estruturação da sua finalidade. Sem boa fé – mas por uma questão de estrutura, não de simples inobservância de um dever – frustra-se a justa composição dos litígios.”* (Fernando Luso Soares, *A Responsabilidade Processual Civil*, p. 164). No mesmo sentido, Osvaldo Alfredo Gozáini, *Temeridad y Malicia en el Proceso*, p. 21.

²¹⁹ Osvaldo Alfredo Gozáini, *Temeridad y Malicia en el Proceso*, p. 26. No mesmo sentido, o prefácio da obra *Improbidade Processual*, escrito por Ovídio Batista, frisa que *“A doutrina processual civil encontra-se engajada na luta pela recuperação dos valores éticos que as doutrinas positivistas procuraram eliminar do direito. As tendências atuais, tanto dos códigos de direito material quanto do processo vêm priorizando o componente ético como elemento ineliminável do fenômeno jurídico.”*

²²⁰ Fabio Milman, *Improbidade Processual*, p. 32/33.

Posto que o processo civil seja, de sua índole, eminentemente dialético, é reprovável que as partes se sirvam dele, faltando ao dever da verdade, agindo com deslealdade e empregando artifícios fraudulentos; porque tal conduta não se compadece com a dignidade do instrumento que o Estado põe à disposição dos contendores para atuação do direito e realização da justiça. Tendo em conta estas razões ético-jurídicas, definiu o projeto como dever das partes: a) expor os fatos em juízo conforme a verdade; b) proceder com lealdade e boa-fé; c) não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; d) não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito (art. 17). E, em seguida, dispôs que “responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente” (art. 19). No art. 20, prescreveu: “Reputar-se-á litigante de má-fé aquele que: a) deduzir pretensão ou defesa, cuja falta de fundamento não possa razoavelmente desconhecer; b) alterar intencionalmente a verdade dos fatos; c) omitir intencionalmente fatos essenciais ao julgamento da causa; d) usar do processo com o intuito de conseguir objetivo ilegal; e) opuser resistência injustificada ao andamento do processo; f) proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; g) provocar incidentes manifestamente infundados”.

É indiscutível que, fossem esses deveres observados, muito mais eficiente seria o processo, e muito melhores seriam os resultados dele extraídos.

Sabe-se, porém, que não é isso que ocorre. É comum o devedor acionado saber que deve aquela quantia demandada (ou até mais), assumir isso publicamente, mas, mesmo assim, se negar a pagar o credor, apresentando uma defesa manifesta e sabidamente descabida (negando a própria dívida que ele sabe existir) e, não satisfeito, interpor sucessivos (e igualmente descabidos) recursos contra as decisões condenatórias proferidas - sem contar todas as medidas tomadas na fase de execução com vistas a esconder seu patrimônio e protelar o andamento do feito, tudo com vistas a adiar o pagamento da dívida.

É igualmente comum, também (até mesmo como reação à usual postura do devedor), o credor demandar por muito mais do que tem direito, movido pela lógica do “o que colar, colou”, já que sabe que (i) nem todos seus pedidos (de direito) serão acolhidos; (ii) o aumento da quantia pedida lhe dará maior poder de barganha na hora de negociar um acordo e (iii) não sofrerá nenhuma sanção por isso, já que não será obrigado a pagar custas

processuais ou honorários advocatícios, nem tampouco será punido por esse seu excesso doloso no ato de demandar.

Ora, não é essa a razão de ser dos direitos constitucionais de ação e de defesa. Eles foram constituídos, respectivamente, para a veiculação de pretensões justas (ou, pelo menos, assim vistas pela parte, em casos em que há dúvida razoável sobre seu direito) e para a defesa contra cobranças injustas (com a mesma ressalva anterior), não para a emulação ou o enriquecimento indevido de quem os exerce. Não é para isso que o Estado disponibiliza aos indivíduos o acesso à justiça.

É evidente que não se exige que aquele que demanda (ou se defende) tenha sempre razão; é certo, porém, que um mínimo de seriedade deve ser exigido dos litigantes. Não pode o autor movimentar o aparato estatal de solução de conflitos sabendo que não está com a razão, apenas para “tentar a sorte” ou ver se consegue submeter o réu a um acordo, qualquer que seja seu valor.

Igualmente, ao réu que sabe ser inadimplente não é dado opor todo e qualquer tipo de resistência (sabidamente descabida) à pretensão do autor, apenas para postergar o pagamento de sua obrigação (ou forçar o autor a um acordo por valor inferior): deveria esse réu, em primeiro lugar, ter cumprido com sua obrigação no plano material, ou fazê-lo agora que demandado, e não postergar, ainda mais, o seu cumprimento.

Sempre que as partes procedem dessa forma, estão se desviando do uso legítimo de seus direitos constitucionais e, assim, incorrendo em abuso do processo²²¹, como bem ensina Eduardo Couture, citado por Alberto Luis Maurino:

El abuso del derecho en el proceso, se configura cuando las partes o sus letrados, utilizan arbitrariamente y en contra de la telésis de la norma, los actos procesales y

²²¹ A rigor, muito dos casos que a doutrina trata como de *abuso do processo* se referem não ao exercício de um direito processual de forma abusiva ou desvinculada de sua finalidade (definição clássica de abuso de direito, também aplicável ao direito processual), mas sim à violação direta de algum dos deveres impostos pela legislação, ou seja, ato ilícito “*stricto sensu*”, por assim dizer. Mais certa, assim, do ponto de vista metodológico, seria a consideração de uma figura genérica denominada ato ilícito processual *lato sensu*, subdividida em duas espécies: abuso de direito e ato ilícito *stricto sensu* – em consonância com a distinção apresentada, inclusive, pelo Código Civil Brasileiro em seus arts. 186 e 187. Como, porém, a doutrina não faz essa distinção, faremos referência a ambas as espécies de violação sob o nome genérico de abuso do processo – até mesmo porque os deveres impostos pela legislação, no mais das vezes, servem para modelar o exercício de um direito, o que faz com que uma mesma conduta possa, não raramente, significar tanto o exercício abusivo de um direito quanto a violação a um dever processual, conforme a ótica pela qual seja analisada.

las facultades que ella acuerda, obstruyendo el curso normal de la lite y delatando indebidamente la marcha hacia la sentencia.²²²

Muito interessantes, a esse respeito, as considerações de Luciano Ventura:

A me sembra che per “abuso” del processo possa intendersi soltanto un comportamento con il quale si agisce o si resiste in giudizio (o ci si avvale di particolare norme processuali) per finalità diverse dall’accoglimento o dal rigetto della domanda.²²³

De fato, sempre que o autor atua em juízo ciente de que carece de razão ou de forma abusiva ou o réu atua com qualquer outro objetivo que não o (real) afastamento da pretensão do autor, se está diante do abuso do processo – reprovável não apenas por sua carga de ilicitude, mas, em especial, pelas graves consequências para o processo e para a administração da justiça que dele decorrem:

Com efeito, se o abuso no exercício de qualquer direito acarreta a responsabilidade, mais rigorosa deve ser a sua constatação quando converte o próprio poder judiciário em instrumento de opressão, de perseguições individuais, para satisfazer ambições ou interesses menos legítimos.²²⁴

Efetivamente, é importante ressaltar que o principal prejudicado pelo abuso do processo é o Estado: é a sua tarefa (a administração da justiça) que é a maior afetada pelos expedientes protelatórios ou ardilosos das partes²²⁵; até por isso, deveriam os seus agentes (os juízes) ter especial preocupação em impedir e reprimir sua ocorrência:

²²² Alberto Luis Maurino, *Abuso del Derecho en el Proceso*, p. 69.

²²³ Luciano Ventura, *Le Parti Sociali*, p. 16.

²²⁴ Jorge Americano, *Do Abuso do Direito no Exercício da Demanda*, p. 51/52 *apud* Fabio Milman, *Improbidade Processual*, p. 43.

²²⁵ “Por isso se afirma que a improbidade processual pode causar lesão a bens jurídicos diversos como a convicção do juiz, o patrimônio dos demais litigantes, a administração da justiça. Mas uma coisa é certa: o abuso de direito processual atinge, antes e acima de tudo, a dignidade da justiça, atinge o Estado-Juiz sempre causando mal ao interesse público, não se voltando apenas contra a parte contrária merecendo sua

Imponer una sanción en los términos del artículo 45 del CPCC no significa un menoscabo al principio de defensa en juicio, o a otros protegidos por la Carta Magna, sino que trata de reprimir los casos de inconducta procesal utilizando los poderes-deberes otorgados por el legislador, cuyo propósito es evitar el inútil uso de la actividad jurisdiccional en la que el primer agraviado es el juez, a quien se trata de desviar en su tarea destinada a pronunciar una sentencia justa, mediante el planteamiento de cuestiones infundadas.²²⁶

Era de se esperar, assim, uma atitude dura dos juízes contra aqueles que obstam o regular exercício de sua função – não a complacência e indiferença que se verificam.

Pense-se, por exemplo, em um ex-empregado que ajuíza ação postulando o recebimento do adicional de periculosidade mesmo tendo pleno conhecimento de que não tem direito a ele. Por conta de seu procedimento, o réu (inocente) é obrigado a gastar tempo e dinheiro com advogado, mobilizar pelo menos um empregado para comparecer à audiência como preposto (abandonando, por conta disso, seu posto de trabalho - sem falar nas possíveis testemunhas), entre uma série de outras conseqüências e prejuízos financeiros que o comportamento desleal e irresponsável desse demandante lhe acarretará²²⁷.

Piores serão as conseqüências para o Estado, que terá que empregar uma série de recursos (humanos e financeiros) para o processamento de uma causa manifestamente descabida, recursos esses que poderiam ser utilizados para uma melhor prestação jurisdiccional naqueles casos em que a solução estatal se faz, efetivamente, necessária.

Até mesmo terceiros serão atingidos, como é o caso do perito judicial que será nomeado e, possivelmente, sequer será remunerado pelos seus serviços, caso o

ocorrência, assim, punição com ou sem demonstração de dano material.” (Fabio Milman, *Improbidade Processual*, p. 64).

²²⁶ Osvaldo Alfredo Gozáini, *Temeridad y Malicia en el Proceso*, p. 135. No mesmo sentido, Fernando Luso Soares (*A Responsabilidade Processual Civil*, p. 96).

²²⁷ Adiante trataremos da interessante figura do “dano existencial”, criado pela doutrina italiana para ensejar a reparação dos prejuízos reflexos do abuso processual, como outra modalidade de dano não patrimonial reparável.

empregado, sucumbente no objeto da perícia, seja beneficiário da gratuidade processual²²⁸ – hipótese em que nem mesmo o Estado terá amortizadas as despesas em que incorreu, já que não serão devidas as custas processuais.

Pense-se, agora, no exemplo contrário, de um réu que se opõe à pretensão do autor sabendo não ter razão, isto é, tendo total conhecimento de que realmente é devedor das quantias postuladas.

A parte contrária (autor), que já teve seu direito violado na constância da relação de emprego, terá que incorrer em gastos financeiros e de tempo na contratação de advogado e comparecimento à audiência, produzir prova de seu direito (seja ela documental ou testemunhal - caso em que outras pessoas também serão envolvidas), aguardar vários anos para que aquele seu direito incontestado seja declarado (e, mais tempo ainda, satisfeito), e isso tudo sempre na incerteza se isso ocorrerá (pelo menos, em sua integralidade)²²⁹. E isso tudo é agravado pela natureza existencial das verbas trabalhistas: sabe-se lá as dificuldades por que passará o trabalhador na longa espera de que seu direito (quase que “líquido e certo”) seja satisfeito²³⁰. O processo não pode ficar indiferente a esse tipo de situação.

Também aqui, o aparato judicial terá que se manter em funcionamento, consumindo recursos estatais e força humana, por conta de uma resistência injusta a uma pretensão legítima, que sequer deveria, em primeiro lugar, ter sido submetida ao Judiciário, caso o réu tivesse cumprido seu dever e satisfeito sua obrigação na constância da relação²³¹.

²²⁸ Neste caso, restará ao perito o recebimento parcial dos honorários, pagos pelo Estado até um valor teto previamente estabelecido, nos termos da Resolução n.º 35/2007 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho.

²²⁹ E sempre que sua reparação não for integral, o devedor estará se locupletando, ilícita e indevidamente, às custas do credor, em uma atitude não muito diferente de um furto ou mesmo uma extorsão (o mesmo podendo ser dito quanto ao empregado que demanda – e ganha – aquilo que não tem direito).

²³⁰ “*Todavía, além do alvitado prejuízo de natureza material, que tem como fonte a decisão ou satisfação serôdia, presume-se, sempre, a amargura da parte interessada que padeceu, durante anos a fio, sofrendo também o inafastável mal de índole psicológica advindo da exarcebada duração do processo.*” (José Rogério Cruz e Tucci, *Tempo e Processo*, p. 113).

²³¹ “*(...) infelizmente, os litigantes, cada um dos quais acredita ter razão, ou em todo o caso quer vencer se bem que não a tenha, procuram, como se costuma dizer, enrolar os papéis. Por outro lado, dificilmente podem encontrar um limite na proposição de suas demandas, na exposição de suas razões, na exibição de suas provas e na apresentação de suas reclamações. Dessa forma, nós os ouvimos freqüentemente se queixar de que a justiça não é rápida, se bem que, se se dessem o trabalho de fazer um exame de consciência, teriam de se convencer de que a culpa de sua lentidão recai-lhe, em grande parte, sobre as costas.*” (Francesco Carnelutti, *Como se Faz um Processo*, p. 30).

E a gravidade dessas condutas é potencializada no processo do trabalho, por conta da natureza alimentar e fundamental das verbas que nele se discutem. Confira-se, a esse propósito, importante entendimento da justiça argentina:

Si el empleador imputa a la trabajadora un hecho falso como injuris, sosteniéndolo a lo largo del proceso y manteniendo una defensa intrínsecamente contradictoria, causando grave dilación para el cumplimiento de una obligación resarcitoria, atenta contra la dignidad del trabajador, injustamente sometido a una larga espera para percibir su crédito alimentario, por lo que debe calificarse tal conducta como antijurídica y declarársela temeraria.²³²

Não parece justo ou legítimo que esses comportamentos restem impunes²³³. Assim como aquele que abusa de seu direito ou viola seus deveres no plano material deve sofrer as consequências previstas pelo ordenamento, o mesmo deve ocorrer no plano processual. Todo aquele que age em juízo de forma ilícita ou abusiva deve arcar com as penas previstas pela legislação (afinal de contas, foi exatamente para isso que elas foram previstas), não apenas pelo ato ilícito que representam (já que violam a disciplina dos deveres dos sujeitos do processo) mas, principalmente, pelo prejuízo que geram à administração da justiça, significando o gasto desnecessário de recursos estatais e, principalmente, tempo, alongando os já demorados prazos de encerramento dos feitos.

Com isso, não queremos dizer que todo aquele que é “derrotado”²³⁴ em juízo deve ser reputado litigante de má-fé, nem tampouco pretendemos limitar o exercício, pelas partes, de seus direitos constitucionais de ação e defesa. O que defendemos, sim, é que tais direitos sejam exercidos de forma responsável - como qualquer outro -, e que, quando isso não ocorrer, a parte seja devidamente penalizada, em prol do bom

²³² Citada em Alberto Luis Maurino, *Abuso del Derecho en el Proceso*, p. 102.

²³³ Até mesmo, para que quem age de acordo com a lei não seja desestimulado a fazê-lo – e também para que não se incorra em inconstitucionalidade, tratando-se de forma igual (sem punição) os desiguais (quem respeita e quem não respeita a lei).

²³⁴ Devendo-se ressaltar que nada impede que a parte vencedora também tenha agido com má-fé em algum ponto e seja, por conta disso, punida. Nesse sentido, Alberto Luis Maurino, *Abuso del Derecho en el Proceso*, p. 50 e 94 e Fabio Milman, *Improbidade Processual*, p. 190.

funcionamento do Judiciário, para que esses comportamentos sejam repreendidos e, quem sabe um dia, banidos do sistema²³⁵.

Como dissemos, a garantia constitucional de ação não dá ao autor o direito de ir ao Judiciário “tentar a sorte” ou locupletar-se, indevidamente, às custas do réu, assim como a garantia constitucional de defesa não dá ao réu o direito de mentir ou tumultuar o andamento do feito apenas para postergar o pagamento de um valor que deveria ter sido satisfeito muito antes, na vigência da relação.

É importante frisar que a estipulação de deveres processuais a serem observados pelos litigantes – com a punição pelo seu descumprimento – não representa, nem de perto, violação aos direitos constitucionais de ação ou defesa, já que esses direitos, como quaisquer outros, estão sujeitos a limites, que impõem o seu exercício de forma legítima.

Afinal, como bem pondera Fabio Milman: *“Poder-se-ia ver, no direito ao contraditório e à ampla defesa, passaporte ao exercício ilimitado do processo? Estariam as partes litigantes, dentro da disputa que representa a demanda judicial, a tudo autorizadas? Evidente que não. Há regras de conduta, dentro do exercício das mencionadas prerrogativas, a regular sua atuação”*²³⁶.

Como várias vezes afirmamos ao longo do trabalho, o processo não é um jogo em que as partes podem atuar irrestritamente na defesa de seus interesses (por menos nobres que sejam), mas sim um instrumento estatal de solução de controvérsias e pacificação social, no qual todos devem cooperar na busca da solução mais justa possível²³⁷.

²³⁵ Afinal, é sabido que *“la excesiva duración de los procesos favorece la mala fe y las “chicanas”, y a la vez, que la eliminación de esta mala conducta conduce a la abreviación de los juicios”* (Alberto Luis Maurino, *Abuso del Derecho en el Proceso*, p. 55).

²³⁶ *Improbidade Processual*, p. 83/84. É importante lembrar, porém, que apenas o excesso deve ser punido, não o uso regular do direito de defesa, mesmo que não tenha obtido sucesso na rejeição da pretensão do autor (nesse sentido, Osvaldo Alfredo Gozáini, *Temeridad y Malicia en el Proceso*, p. 128, 135 e 146) – até mesmo porque a boa fé deve ser sempre presumida (Fabio Milman, *Improbidade Processual*, p. 106). É importante, assim, que não haja o “abuso do abuso processual”, isto é, o excesso na qualificação do litigar como abusivo, como bem lembra Alberto Luis Maurino (*Abuso del Derecho en el Proceso*, p. 13). É certo, ainda, que nem sempre é de fácil distinção o uso abusivo do direito de defesa de seu uso regular, o que, sem sombra de dúvida, dificulta a tarefa dos magistrados.

²³⁷ Devendo ser sempre lembrado que, muitas vezes, o responsável por essas condutas processuais desleais é o advogado da parte, sem que ela sequer fique sabendo disso. Nesses casos – assim como naqueles em que age com “culpa concorrente” à da parte -, o advogado também abusa de suas atribuições e deve ser por isso penalizado, como melhor veremos adiante.

E o quanto expusemos acima sobre o mau uso do processo pelas partes (e seus advogados) não é uma exclusividade sua: também os magistrados, vez ou outra, acabam por abusar de sua posição e agem de forma contrária ao direito, como ao adiar o enfrentamento do mérito da controvérsia exigindo o cumprimento de formalidades desnecessárias, pela sucessiva abertura de prazo para a manifestação sobre os mesmos atos processuais²³⁸ ou mesmo a determinação de realização de atos processuais supérfluos – como a perícia contábil na fase de execução em casos de reduzidas complexidade e controvérsia.

Outras vezes, ainda, ao invés de protelá-lo, o magistrado extingue prematuramente o feito pelo não atendimento de determinado requisito formal ou, mais comumente, por meio de uma das inúmeras “válvulas de escape” proporcionadas pela legislação processual, que (aparentemente) autorizam a extinção do feito sem julgamento do mérito quando, a rigor, não era este o caso, sendo absolutamente possível (e necessária) uma decisão meritória²³⁹. É importante perceber-se que a decisão de mérito não é uma faculdade do juiz e sim um dever: a extinção do processo sem apreciação do mérito, fora das restritas hipóteses previstas em lei, constitui a quebra desse dever.

Também esses comportamentos são nocivos ao sistema judiciário, seja por prolongar, desnecessariamente, o andamento do feito (e, com isso, a satisfação do direito do litigante que tem razão, além de gastar tempo e energia que poderiam ser mais bem empregados em outros feitos), seja por perpetuar a situação antijurídica (quando deixa de resolver o mérito da lide e, assim, de restabelecer o ordenamento jurídico violado, beneficiando apenas aquele que não tem razão – exatamente o contrário do que deveria ocorrer).

²³⁸ Algo bastante comum na execução trabalhista, em que, mais de uma vez, vimos as partes serem intimadas a falar quatro, seis ou até mesmo oito vezes (quatro cada) sobre o mesmo laudo pericial, até chegar ao ponto de ambas as partes requererem a manifestação do juiz a respeito, para a solução da matéria. A esse respeito, bem expôs José Rogério Cruz e Tucci: *“Ainda mais, e a par da má vontade relativamente à realização dos atos previstos na legislação durante as audiências preliminar e de instrução e julgamento, o proferimento de provimentos tendentes, manifestamente, à procrastinação de outros mais complexos ou da própria sentença, tais como “Digam”... “Diga a parte contrária”..., e “Especifiquem as partes as provas que pretendem produzir” – este inclusive atécnico, porque estabelecido apenas para a hipótese indicada no art. 324 do Código de Processo Civil...”* (Tempo e Processo, p. 104).

²³⁹ Fenômeno paralelo se verifica nas instâncias superiores, cuja criatividade é notável no que toca à criação de motivos para impedir o processamento de recursos/ações rescisórias – como se isso impedisse as partes de utilizá-los. Ora, se o recurso é protelatório, o remédio jurídico adequado não é o seu não conhecimento, mas sim sua rejeição e, principalmente, a punição da parte por litigância de má-fé: isso sim vai dissuadi-las de interpor recursos descabidos, não o seu mero não-conhecimento.

Quando agem dessa forma, os juízes violam a missão que lhes foi confiada e, assim como as partes, incorrem em abuso de direito²⁴⁰ - afinal de contas, “*il magistrato ha il potere, l’avvocato no, e dove c’è potere si può essere anche abuso di potere*”²⁴¹, como bem sintetiza Vincenzo Panuccio:

Tuttavia, se di abuso si adotta una nozione più ampia, di uso cioè del processo conforme a diritto nella forma, ma sostanzialmente distorsiva su piano pratico, della funzione del processo, inclusiva quindi anche delle violazioni di poteri-doveri del giudice, sia con comportamenti commissivi, sia con comportamenti omissivi, il discorso prende ovviamente ben altra concretezza, e può legittimamente avere un certo sviluppo, pur in spazi più ridotti di quelli dell’abuso del processo in senso tecnico, dunque l’abuso del processo da parte del giudice nel senso suprecisato concerne, lo repetiamo: 1) il cattivo impiego sia commissivo, sia omissivo dei poteri-doveri (qui le implicazioni di diritto positivo sono evidenti); 2) profili deontologici.²⁴²

Todas essas posturas abusivas das partes e dos demais sujeitos processuais, ainda que possam, em alguns casos, ser compreendidas²⁴³, são absolutamente reprováveis e

²⁴⁰ Devendo ser lembrado, também, que, muitas vezes, o equívoco na aplicação da lei decorre de engano, de boa-fé, do magistrado – ou mesmo por possuir ele outro ponto de vista sobre a questão -, não sendo também o caso – tal como se dá com relação às partes – de se considerar qualquer “equívoco” ou má-aplicação da lei processual pelos magistrados como abuso de direito, mas apenas aqueles casos de maior gravidade e patente dissonância do ordenamento, como bem aponta Mauro Cappelletti: “*Julgo razoável, outrossim, limitar a responsabilidade a erros muito graves, de fato ou de direito, limite efetivamente adotado por muitos ordenamentos jurídicos modernos*” (*Juizes Irresponsáveis?*, p. 30), até mesmo para que não se comprometa a sua independência funcional. Também nesse sentido, Giuseppe Nicotina, *Comunicazioni*, p. 202.

²⁴¹ Vincenzo Panuccio, *I Magistrati*, p. 72.

²⁴² Vincenzo Panuccio, *I Magistrati*, p. 66/67.

²⁴³ Já que o ser humano, naturalmente, procura “esconder” – de si e/ou dos outros – aquilo que lhe é contrário. Sobre a natural irresignação das partes, confira-se o ensinamento de Carnelutti: “*Nenhum deles se resigna em deixar ao outro a última palavra. Se uma providência do juiz não corresponde aos seus desejos, cada qual buscará todos os meios para fazer com que seja revogada ou modificada; e, se não o conseguir, dificilmente se resignará em executar as ordens do juiz (...)*” (*Como se Faz um Processo*, p. 30/31). Confira-se, ainda, a conclusão de Alberto Carlos Almeida em seu interessante trabalho sobre o pensamento do povo brasileiro: “*Uma das coisas que a pesquisa permitiu avaliar foi a extensão do apoio social ao jeito brasileiro. Constatou-se o quanto ele está difundido na população, por meio da aplicação de três perguntas (...) os resultados para as três perguntas são bastante homogêneos e coerentes: algo em torno de 2/3 de toda a população brasileira já se utilizou desse tipo de recurso.*” (*A Cabeça do Brasileiro*, p. 48). Afinal, ninguém gosta, por exemplo, de pagar uma multa de trânsito, procurando, no mais das vezes, fugir dessa cobrança – algo bastante frequente, também, em pequenos acidentes de trânsito, em que o responsável rapidamente se evade do local da batida. Trata-se, em muitos casos, de um impulso natural do ser humano (pense-se nas crianças que, invariavelmente, tentam esconder as suas “estripulias”, para fugir da punição de seus pais). Esse ponto é tocado em Fabio Milman, *Improbidade Processual*, p. 34, e Alberto Luis Maurino, *Abuso del Derecho en el Proceso*, p. 42.

não podem ser aceitas, pois afastam a prestação jurisdicional daqueles ideais de presteza e justiça que a informam, acarretando (i) o aumento do (já excessivo) número de ações; (ii) o prolongamento do trâmite dessas ações; (iii) o congestionamento dos tribunais, (iv) a necessidade de que a mesma ação seja reproposta (e os respectivos atos processuais sejam repetidos) quando a primeira ação foi equivocadamente extinta; (v) o gasto desnecessário de tempo e dinheiro das partes e do Estado e, eventualmente, (vi) o cometimento de injustiças, quando os artifícios praticados pelo litigante improbo atingem seu objetivo e fazem com que o julgador incida em erro, dando razão a quem não a tem (ou quando uma situação antijurídica deixa de ser debelada em um processo extinto prematuramente).

Dessa feita, se não por seu conteúdo de antijuridicidade, pelo menos por conta dos prejuízos que acarretam, os atos abusivos dos sujeitos do processo devem ser reprimidos, para que o sistema, que já sofre com uma série de limitações, não seja ainda mais sobrecarregado.

Imperiosa, assim, a aquisição de consciência por parte de todos os operadores do direito de que (i) o processo é um instrumento do Estado posto à disposição das partes para ser exercido de forma séria, no qual todos devem atuar de forma responsável, visando não apenas seus interesses pessoais, mas sim a realização de justiça, no menor espaço de tempo possível, e (ii) que todos aqueles que atuam de forma desleal ou abusiva devem ser punidos por sua conduta (até mesmo os juízes e advogados), tal como se dá quando qualquer direito é exercido de forma abusiva ou obrigação é descumprida.

Nos tópicos seguintes, partindo do conceito acima exposto de que o ilícito processual pode se dar tanto mediante o exercício abusivo de um direito como pela violação de um dever processual, analisaremos os direitos e deveres (ou poderes-deveres, conforme for o caso) dos principais sujeitos do processo (partes, juízes e advogados), para ver, em seguida, como os mesmos costumam ser violados (ou exercidos abusivamente) e, por fim, as consequências que o ordenamento prevê para o seu descumprimento.

2. DO ABUSO DO PROCESSO PELAS PARTES

2.1. DIREITOS PROCESSUAIS DAS PARTES

O principal direito do autor no processo é o direito de ação (ao qual corresponde, ao réu, o direito de defesa). É ele que dá impulso ao processo e dá origem a todos os outros direitos, poderes e faculdades exercidos (ou exercíveis) pelo autor ao longo

do feito²⁴⁴. Em outros termos, o direito de ação dá origem ao feixe de posições jurídicas ocupadas e exercidas pelo autor ao longo do processo; reflexamente, o direito de defesa dá origem ao mesmo fenômeno em relação ao réu, que, partindo do ato inicial de oposição à pretensão do autor, tem os mesmos direitos que a este assistem para fazer valer o seu direito: provar, impugnar, argumentar, recorrer, etc..

No exercício desses direitos, as partes podem extrapolar os limites previstos pelo ordenamento e, assim, incorrer em ato ilícito – o qual resta ainda mais claro quando elas violam seus deveres processuais, tema do tópico seguinte.

2.2. DEVERES PROCESSUAIS DAS PARTES

O Código de Processo Civil brasileiro possui uma disciplina bastante precisa sobre os deveres processuais das partes, a qual compreende duas espécies de previsões: as disposições genéricas dos arts. 14, 15 e 17, aplicáveis a todas as fases processuais, e os dispositivos que disciplinam situações processuais específicas, espalhados pelo Código.

Esses deveres processuais podem ser sintetizados no que a doutrina qualifica como o princípio da lealdade processual²⁴⁵, que deve nortear o comportamento das partes no processo e do qual decorrem todos os deveres específicos aos quais elas se submetem.

Por princípio da lealdade processual deve entender-se *“uma atividade processual honesta. A contrario sensu, o litigante não deverá utilizar-se de expedientes desonestos, desleais, para obter o ganho de causa (...) ou ainda, simplesmente, agir com vistas para provocar a mera procrastinação do processo”*²⁴⁶. Essa qualificação é, deveras, bastante expressiva da forma pela qual as partes devem agir no processo: honestamente,

²⁴⁴ “A garantia constitucional de ação tem como objeto o direito ao processo, assegurando às partes não somente a resposta do Estado, mas ainda o direito de sustentar as suas razões, o direito ao contraditório, o direito de influir sobre a formação do convencimento do juiz – tudo através daquilo que se denomina tradicionalmente devido processo legal (art. 5º, inc. LIV). (...) Tanto o direito de ação quanto o de defesa compreendem uma série de poderes, faculdades e ônus, que visam à preparação da prestação jurisdicional.” (Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, p. 255 e 273). No mesmo sentido: “(...) análise do conceito de ação, vindo esta a ser vista como a gama de poderes e faculdades que tem o autor desde antes da instauração do processo e até que proferido o provimento final. (...) O exame analítico da ação apresenta-a, nesse contexto, como a soma das posições jurídicas ativas do autor no processo.” (Cândido Rangel Dinamarco, *Execução Civil*, p. 355).

²⁴⁵ Também referido como princípio (ou dever) de probidade, moralidade e/ou boa-fé.

²⁴⁶ Arruda Alvim, *Tratado de Direito Processual Civil*, Vol. 2, p. 401/402.

dizendo a verdade e se comportando de forma a contribuir para a rápida e justa resolução da controvérsia, sem expedientes procrastinatórios ou desleais – e, principalmente, sem procurar obter vantagens indevidas.

Bastante pertinentes são as considerações de José Frederico Marques:

Todos os que participam do processo – partes, juízes e auxiliares do juízo – têm o dever de colaborar para que se aplique com exatidão e justiça o direito objetivo. O princípio que impõe esse dever tem o nome de princípio da lealdade processual ou princípio da moralidade processual. (...)

Um processo dominado pela chicana ou expedientes condenáveis seria a negação do processo, pois transformaria o *judicium* em tablado de luta desleal, onde venceria o mais hábil, em detrimento da justiça e da reta aplicação da lei.

É necessário, por isso, que as atividades processuais se desenvolvam *imunes de abusos*. (...) As regras que se condensam no princípio da *lealdade processual* têm por objetivo justamente conter os litigantes e lhes impor uma conduta em juízo que possa levar o processo à consecução de seus fins, sem que se tente alterar o desfecho acertado e justo da *ação*, com recursos ilícitos.²⁴⁷

Vejamos, pois, como o princípio da lealdade processual foi desdobrado pelo legislador, isto é, qual a disciplina dos deveres processuais das partes em nosso ordenamento.

2.2.a. Dever de veracidade

O primeiro dever processual das partes (e também de “*todos aqueles que de qualquer forma participam do processo*”²⁴⁸) previsto pelo Código de Processo Civil é um dos mais controversos: o dever de “*expor os fatos em juízo conforme a verdade*”, contido no inc. I de seu art. 14 (e reforçado pelo inc. II do art. 17).

²⁴⁷ *Instituições de Direito Processual Civil*, Vol. II, p. 110/111.

²⁴⁸ Vale notar que a redação original do Código restringia tais deveres apenas às partes e seus procuradores; a Lei n.º 10.358/01 estendeu sua aplicação a todos que atuam no processo.

Presente nos mais diversos ordenamentos, desde tempos antigos até os dias de hoje, não deixa ele de suscitar controvérsia²⁴⁹, havendo doutrinadores de escol que se posicionam de forma contrária à sua existência.

Essa era, de certa forma, a opinião de Liebman, para quem:

O processo civil, com sua estrutura contraditória em que a cada uma das partes se atribui a tarefa de sustentar suas próprias razões, é essencialmente refratário a uma rigorosa disciplina moralista do comportamento daquelas. Se cada litigante pode contar, para vencer, apenas com a própria capacidade de explorar os elementos e os argumentos favoráveis, não se pode pretender que forneça também os que lhe são desfavoráveis e poderiam favorecer o adversário. Um dever nesse sentido não teria qualquer probabilidade de ser observado, e seu único resultado seria o de pôr em dificuldades e em situação embaraçosa a parte mais honesta.²⁵⁰

Em sentido semelhante parece ser a posição de Alberto Luis Maurino, fundamentada no princípio dispositivo²⁵¹ e na (suposta) impossibilidade de se obrigar a parte a produzir provas contra si (tal como se dá no direito penal)²⁵²:

²⁴⁹ “Parte da doutrina mais antiga manifesta-se contrariamente ao princípio da lealdade, principalmente no processo civil, por considerá-lo instituto inquisitivo e contrário à livre disponibilidade das partes e até mesmo “instrumento de tortura moral”. Hoje, porém, a doutrina tende a considerar essa concepção como um reflexo processual da ideologia individualista do *laissez-faire*, afirmando a oportunidade de um dever de veracidade das partes no processo civil, diante de todas as conotações publicistas agora reconhecidas ao processo, e negando, assim, a contradição entre a exigência de lealdade e qualquer princípio ou garantia constitucional.” (Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, p. 72). No mesmo sentido expõe Fernando Luso Soares (*A Responsabilidade Processual Civil*, p. 167).

²⁵⁰ *Manual de Direito Processual Civil*, Vol. I, p. 166. Mas assim complementa o autor, atenuando sua crítica aos deveres de veracidade e lealdade para garantir que a defesa da parte contrária não seja prejudicada (esse seria, assim, o limite da “astúcia processual” dos litigantes): “Mas também é certo que a habilidade e a perspicácia devem ter um freio, não podendo ultrapassar certos limites que os costumes e a moral social impõem e que para os defensores são representados pelas exigências da ética profissional. É isso que quis dizer a lei ao estabelecer o dever de lealdade e probidade. A fórmula da lei, necessariamente elástica e genérica, deve ser adaptada pelo intérprete à variedade dos casos e das circunstâncias. Ela significa, em substância, que, embora no processo se trave uma luta em que cada um se vale livremente das armas disponíveis, essa liberdade encontra limite no dever de respeitar as regras do jogo – e estas exigem que os adversários se respeitem reciprocamente em sua qualidade de contraditores em juízo, segundo o princípio da igualdade de suas respectivas posições. Por isso, cada uma das partes deve evitar o emprego de manobras ou artifícios que possam impedir a outra de defender [far valere] suas razões perante o juiz da maneira mais ampla e com todas as garantias previstas em lei.”

²⁵¹ Sobre a impossibilidade de a invocação do princípio dispositivo servir como autorização para que as partes falem com a verdade em juízo, confira-se o pensamento de Osvaldo Alfredo Gozáini: “Y ya tampoco hay duda respecto de que el tenor de las normas legales que consagran dichos deberes es revelador de que se está reconociendo a los jueces y tribunales el poder-deber de prevenir y sancionar los actos abusivos perpetrados dentro del embate judicial. Esto no implica que debe desterrarse el principio dispositivo; por el

El juez debe ser especialmente prudente al evaluar si se ha operado la violación del deber de veracidad, precaución que debe extremarse cuando se trata de un proceso civil, dominado por el principio dispositivo, pues en tal caso la facultad de las partes para disponer de sus derechos se antepone al deber de veracidad.²⁵³

Filiamo-nos, porém, à corrente oposta, por uma série de motivos.

O primeiro deles – e que já deveria bastar -, por ser a lei processual absolutamente clara e impositiva nesse sentido, prevendo em mais de um dispositivo legal o dever das partes de dizer a verdade (v.g., arts. 14, inc. I, e 17, inc. II, do CPC), sob pena de ser considerado litigante de má-fé e se sujeitar às cominações previstas no art. 18 do texto processual.

Em sentido semelhante, veja-se o pensamento de Fernando Luso Soares:

Estou efectivamente com CASTILLO Y GOMÉZ enquanto afirma que a lógica do sistema processual impõe um amplo (eu diria quase pleno) dever de verdade.

A conclusão é aliás, para nós, muitíssimo clara face aos n.º 3 dos artigos 264 e 456 do Código de Processo Civil: o litigante tem de dizer a verdade, mesmo que ela resulte contra si; e resulta ainda muito decisivamente do n.º 1 do artigo 559 do mesmo diploma enquanto se explicita, quanto ao depoente de parte, o ser ele advertido do “dever de ser fiel à verdade”.²⁵⁴

contrario, debe permanecer vigente, pero dándole los límites precisos como para que no se convierta en un arma que atente contra la justicia y que haga prevalecer la mentira y el engaño por sobre la verdad objetiva y la consagración del derecho.” (Temeridad y Malicia en el Proceso, p. 45).

²⁵² Fernando Luso Soares cita que Micheli e Satta também são contrários ao dever de veracidade – opinião que ele não compartilha, afirmando que “*o litigante tem de dizer a verdade, mesmo que ela resulte contra si*” (*A Responsabilidade Processual Civil*, p. 168/170). Alberto Luis Maurino cita as posições de Furno e Satta em contrariedade ao dever de veracidade (*Abuso del Derecho en el Proceso*, p. 23/24), além da dura posição de Rodolfo Rotman, para quem “*la garantía del artículo 18 de la Constitución Nacional, concretada en la oración, “nadie está obligado a declarar contra si mismo”, es extensible al proceso civil, y que la expresión “defensa en juicio” comprende la posibilidad de “embarazar, abogar, alegar “sin connotación de ninguna clase relativas a la veracidad de lo afirmado por quien se esta defendiendo”.*” (p. 128).

²⁵³ *Abuso del Derecho en el Proceso*, p. 22. O mesmo autor também afirma que “*el afán moralizador de la norma del art. 45 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación no debe conducir a exigir a los litigantes conductas virtuosas que importen, incluso, la necesidad de admitir hechos que redunden en su perjuicio.*” (p. 43) – afirmação com a qual não podemos concordar, eis que não significa outra coisa que não a permissão da mentira.

²⁵⁴ *A Responsabilidade Processual Civil*, p. 169/170.

E nem poderia ser diferente. Como frisamos ao longo de todo o trabalho, o processo é um instrumento de que se vale o Estado para a solução justa das controvérsias e a pacificação social, não algo que as partes podem usar a seu bel-prazer, conforme a sua conveniência. Confira-se, a propósito, o pensamento de Carnelutti, citado por Osvaldo Alfredo Gozáini:

Al respecto decía Carnelutti: “La moderna concepción del proceso civil elimina todo obstáculo contra el reconocimiento de la obligación: puesto que el proceso se sigue en interés público y por esto tiende a un resultado de justicia: por lo que la parte sirve al proceso e no el proceso a la parte, no existe la más remota razón para sustraer la acción de la parte a aquellos preceptos que el interés público reclama; el llamado principio dispositivo es una directriz de conveniencia y nada más, de manera que, según la conveniencia, puede ser limitado; la parte no se contrapone en absoluto al testigo en el sentido de no ser también ella un instrumento del proceso, por lo que en principio no hay razón alguna para que se pueda imponer al testigo, y no a la parte, la obligación de decir verdad”.²⁵⁵

Esse conceito (de que “*la parte sirve al proceso e no el proceso a la parte*”) é, deveras, de fundamental importância para o nosso estudo, sintetizando, em uma só expressão, o nosso pensamento: no processo, os interesses das partes (e de todos aqueles que nele atuam) estão subordinados ao interesse do Estado, estando elas juridicamente obrigadas a contribuir com o magistrado na obtenção da solução mais justa do feito – para o que é imprescindível que digam a verdade.

Aqui, novamente, tem lugar a analogia que fizemos da jurisdição com outro serviço público prestado pelo Estado, a saúde: cuidando da saúde de cada indivíduo (que o procura pensando apenas em seu bem-estar), o Estado cuida da saúde de todos e, ao fazê-lo, cumpre com sua finalidade, que é a de prover o bem-estar social.

E assim como o indivíduo não deve procurar um médico do Estado quando não estiver doente, também quando diante do instrumento posto pelo Estado à disposição dos particulares para sanar as “patologias” jurídicas porventura havidas, não podem os

²⁵⁵ *Temeridad y Malicia en el Proceso*, p. 220. No mesmo sentido Elicio de Cresci Sobrinho: “O interesse social dominante, no processo, exige que as partes atuem segundo a verdade subjetiva.” (*Dever de Veracidade das Partes no Processo Civil*, p. 95).

litigantes afirmar possuírem doenças inexistentes (demandando por quantias que sabem não ter direito) nem tampouco esconder doenças que possuam (defendendo-se com afirmações mentirosas), fazendo incidir em erro ou, ao menos, dificultando o trabalho do “médico” (juiz) disponibilizado pelo Estado para a cura desses males (assim como não pode o medido mandar para casa um paciente doente, apenas por estar com preguiça de atendê-lo...) ²⁵⁶.

Dessa feita, é o objetivo do processo descobrir a verdade e, com ela, realizar a justiça – para, assim, promover a paz social -, e todos aqueles que atuam no processo (em especial, as partes) devem contribuir para que tal objetivo seja alcançado (CPC, art. 339²⁵⁷) – e não induzir o julgador ao caminho oposto:

De ese modo con la publicización del proceso civil, éste deja de conformar el interés individual de las partes en conflicto, para convertirse en el medio idóneo para lograr la paz y armonías sociales. Se va a tratar de buscar la verdad objetiva por encima de cualquier rigorismo formal y donde el principio de moralidad adquiere una especial importancia, sirviendo para la valoración de las conductas desplegadas por los sujetos de la relación procesal, desterrándose, en consecuencia, la figura del espectador del juez, para cumplir un rol más activo. ²⁵⁸

A parte que falta com a verdade em juízo e faz com que o julgador incida em erro faz com que o processo se desvirtue do que realmente é e sirva como fonte de criação ou extinção de direitos, o que ele não é e não pode ser. Não só a parte contrária é prejudicada mas também (e principalmente) o julgador (e o próprio Estado) que, levado a erro, deixa de exercer a nobre função que lhe foi atribuída: julgar com justiça.

²⁵⁶ De forma semelhante, lembra-se ser definida como criminosa a conduta daquele que faz o aparato estatal movimentar-se desnecessariamente mediante falsa comunicação de crime ou contravenção (CP, art. 340): “*É suficiente para a concretização do delito de comunicação falsa de crime ou contravenção fazer com que a autoridade aja sem motivo, perdendo tempo e comprometendo a administração da justiça, uma vez que deixa de atuar em casos verdadeiramente importantes. Há um prejuízo presumido a toda a sociedade.*” (Guilherme de Souza Nucci, *Código Penal Comentado*, p. 912).

²⁵⁷ “*Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.*”.

²⁵⁸ Osvaldo Alfredo Gozaíni, *Temeridad y Malicia en el Proceso*, p. 40.

O processo não pode compactuar com a mentira – e nem os juízes. Admitir a mentira seria admitir que quem não é protegido pelo direito material receba a tutela jurisdicional, exatamente o oposto da razão de ser do sistema²⁵⁹.

É absolutamente reprovável o comportamento do autor que falta com a verdade e postula aquilo a que não tem direito (pretendendo, com isso, enriquecer-se indevidamente às custas da parte contrária, como um verdadeiro furto), assim como é igualmente reprovável o comportamento do devedor que já violou a lei material na constância da relação (apropriando-se indevidamente do patrimônio do credor) e, não satisfeito, falta com a verdade em juízo na busca de se eximir, definitivamente, do cumprimento da obrigação: esse devedor, que já descumpriu a lei quando deveria ter cumprido sua obrigação, não pode ser beneficiado com o direito de mentir, dificultando a tarefa do órgão jurisdicional e consumando a indevida apropriação do patrimônio do credor iniciada pelo descumprimento da lei material.

Dito de outra forma, os direitos constitucionais de ação e de defesa não dão aos litigantes o direito de mentir, mas apenas o de postular aquilo a que têm direito e de serem ouvidos em suas razões (legítimas). É o direito de argumentar, de mostrar ao julgador os dois lados da questão – mas não o de enganá-lo, ou enganar a parte contrária mediante expedientes reprováveis.

Se o devedor não cumpriu com a obrigação material sem justo motivo para tanto e é demandado em sua cobrança, deve, prontamente, pagar sua dívida, e não se defender com alegações mentirosas que dificultam o andamento do feito e põem em risco o

²⁵⁹ Merece menção, a esse respeito, a brilhante sentença abaixo transcrita: “*Alega o reclamante que laborava das 0:00 às 24:00 horas, sem intervalo de refeição e sem qualquer folga, entre 2001 e 2005. Alertado por mim, em instrução, de que, à vista da experiência deste Juiz de mais de 11 anos de magistratura na área do trabalho, era pouco plausível, para dizer o mínimo, o trabalho continuado, sem dormir, nem comer, por mais de quatro anos, insistiu em reafirmar a jornada. Cedeu, apenas, para dizer que entre 12 e 13 horas, dormia um cochilo de 60 minutos. Em que pese a revelia da reclamada, pondero que a sentença judicial tem caráter e função públicos, não se prestando a ratificar absurdos. Mentirosa a alegação da inicial. Com efeito, ainda que laborasse, por exemplo, 20 horas por dia – carga já elevadíssima – mister que se alimentasse, no mínimo, uma vez por dia. Negar sono – uma hora por dia, nos mais de 4 anos da avença – e negar parada para qualquer intervalo – nunca gozou de folgas – é mentir, deslavadamente, em Juízo. E quem mente acintosamente, não tem limites para continuar inventado. A revelia não confirmaria que o reclamante trabalhava voando por sobre o telhado da empresa, como também não confirmaria que ele recepcionava extraterrestres, quando das visitas regulares dos marcianos à Terra. Não obstante a confissão da reclamada, por sua revelia, não vejo possibilidade de concessão dos títulos postulados. O processo não é um jogo de pega-pega, é instrumento de distribuição da justiça e de fixação dos parâmetros da cidadania e isto está acima do interesse privado de defesa do reclamado. Não pode o Judiciário reconhecer o impossível, sob pena de desrespeito à sociedade. Por estas razões, julgo improcedente a pretensão exordial. Mentir em Juízo é deslealdade processual, razão pela qual, com fundamento no artigo 18 do Código de Processo Civil, fixo pena de 1% do valor da causa, em favor da parte oposta.*” (sentença proferida pela D. 89ª Vara do Trabalho de São Paulo/SP, em 14.03.07, no processo 04454200608902008).

direito (legítimo) do credor. O direito de defesa serve para aquele litigante que está com a razão ou, sinceramente, entende estar (possuindo uma dúvida legítima acerca de seu direito), não para aquele que, ciente de sua falta de razão, pretende utilizar o processo apenas para postergar o pagamento da dívida²⁶⁰.

Da mesma forma, o direito de ação não dá ao demandante o direito de postular aquilo a que sabe não ter direito, alegando terem sido violados direitos que sabe não possuir, buscando, com isso, locupletar-se indevidamente às custas da parte contrária.

Exemplificando com uma situação comum no foro trabalhista, é legítima a defesa do empregador demandado por horas extras que opõe à pretensão do empregado uma das exceções do art. 62 da CLT (exercício de cargo de confiança ou trabalho externo – desde que, realmente, o empregado possa estar inserido em uma dessas excludentes ou haja, pelo menos, dúvida razoável nesse sentido); é porém, absolutamente abusiva (e como tal deve ser tratada) uma eventual defesa que negue, em absoluto, a realização de horas extras quando o empregador sabe que, com frequência, o empregado extrapolava (e muito) a sua jornada contratual de trabalho. Isso não é direito de defesa, mas sim abuso processual, que deve ser duramente penalizado²⁶¹.

E o mesmo dito para o réu se aplica para o autor: o direito de ação não dá à parte o direito de vir a juízo postular aquilo a que sabidamente não faz jus. Se o empregado nunca ficava após o horário contratual e, não obstante, ingressa com ação pretendendo o recebimento de quantidade expressiva de horas extras, abusa de seu direito de ação e deve ser penalizado. Em suma, se o empregado realizou cinquenta horas extras no mês, não pode pedir o recebimento de cem – assim como não pode o empregador alegar que ele não cumpriu nenhuma.

²⁶⁰ Sabiamente, prevê o Código Processual argentino (art. 70) a isenção de custas para o devedor que reconhece – e satisfaz – a pretensão da parte contrária, estimulando-o, assim, a cumprir com sua obrigação – prevendo, também, que se isso acontece em um processo que não necessitava ter sido ajuizado pelo credor, a este serão atribuídas as custas processuais; de forma semelhante (a essa parte final) dispõe o art. 449 do CPC português.

²⁶¹ Nesse sentido: “*A reclamada alterou acintosamente a verdade dos fatos, ao negar a ocorrência de plantões/dobra. Destarte, violou seus deveres de lealdade processual, agindo de forma temerária e atentando contra a dignidade de Justiça, bem tipificando a litigância de má-fé preconizada no art. 17 da Lei Adjetiva Civil. O ente patronal fica condenado, neste diapasão, a indenizar a reclamante, a título de perdas e danos, no importe de R\$2.000,00 (dois mil reais), a ser atualizado monetariamente a partir da propositura da ação.*” (sentença proferida pela D. 31ª Vara do Trabalho de São Paulo, em 27.09.07, no processo 00998200603102003).

O entendimento contrário, que admite a mentira pelos litigantes, é fruto daquela equivocada visão do processo como um jogo²⁶² ou um instrumento particular à disposição das partes, que não mais se sustenta no atual estágio de desenvolvimento da ciência processual (e, principalmente, face aos textos normativos nacionais, não só o Código de Processo Civil mas também – e principalmente - a Constituição Federal).

Deve-se ponderar, a esse respeito, que quem “deseja” mentir no processo é aquele litigante que sabe não estar com a razão. Esse litigante, que está demandando por mais do que tem direito ou se opondo à cobrança de uma dívida legítima, não pode ser beneficiado pelo direito de mentir: é aquele que está com a razão que o processo deve proteger, não quem não a tem e pretende obstar o bom andamento do feito – isso significaria o completo desvirtuamento das finalidades do sistema judiciário.

Uma ressalva importante, porém, é de ser feita: o que se exige dos litigantes é a verdade subjetiva, isto é, falar os fatos conforme a sua lembrança dos mesmos, sem alterar, deliberada e conscientemente, a verdade²⁶³.

O que se exige das partes, como se disse, é o proceder lealmente, afirmar aquilo que, sinceramente, acredita ter ocorrido, como bem ensina Hélio Tornaghi:

Atente-se para o fato de que a lei exige a sinceridade. Não pretende que a parte tenha o dever de acertar, de não cometer equívocos ou ainda de conhecer a verdade objetiva, de saber dos fatos tais como realmente são. A própria posição da parte já a coloca em situação difícil de projetá-los em verdadeira grandeza. A lei não exclui, nem poderia excluir a possibilidade de uma imagem falsa, mas sincera, dos fatos. Ela não espera que a parte não se engane; o que exige é que ela não engane o juiz. A parte não se despe da natureza humana ao ir a juízo; a representação intelectual dos fatos está sujeita às deformações provenientes não só dos estados passionais ou emotivos como ainda das naturais limitações o que a lei quer é que as partes digam *só* o que lhes parece ser a verdade (não mentir) e *tudo* quanto se lhes

²⁶² E mesmo aqueles que assim o vêem, não deveriam admitir a mentira, já que o processo, se fosse um jogo, teria que ter suas regras respeitadas (como qualquer outro jogo), e a regra processual é clara no sentido da vedação da mentira.

²⁶³ Sobre a dificuldade em se definir o que é a verdade em cada caso concreto, bem como a relatividade desse conceito, confira-se Fabio Milman, *Improbidade Processual*, p. 85/88.

afigura verdadeiro (não omitir). Nem falsidade, nem reticência; nem inverdade, nem restrição mental.²⁶⁴

Diretamente ligado ao dever de veracidade está o dever de plenitude, pelo qual devem as partes expor em juízo todos os fatos relacionados às matérias discutidas, não apenas aqueles que lhe sejam favoráveis. Configura ilícito processual a exposição dos fatos “pela metade”, omitindo elementos relevantes para a formação do convencimento do julgador com o objetivo de induzi-lo a erro²⁶⁵.

Exigindo dos litigantes o respeito de seus deveres processuais e punindo aqueles que os violam, muito contribuiriam os magistrados para um Judiciário mais eficaz – em benefício de toda a sociedade e, em especial, daquele trabalhador que teve seu direito violado na constância da relação de emprego e necessita do processo (que deveria ser rápido e justo) para vê-lo restabelecido.

Em um exercício mental, comparando duas Varas do Trabalho, uma que pune o litigante que falta com a verdade e outra que não o faz, é evidente que a primeira, em que os litigantes falam apenas a verdade, terá um número menor de ações, essas ações chegarão ao seu final mais rapidamente e, o que é mais importante, ela terá como consequência, depois de algum tempo, o espontâneo cumprimento da lei material na constância da relação de emprego, tornando o processo, no mais das vezes, desnecessário –

²⁶⁴ *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. I, p. 144. Da mesma forma expõe Elicio de Cresci Sobrinho (*Dever de Veracidade das Partes no Processo Civil*, p. 99). As consequências do dever de veracidade, na dinâmica do depoimento da parte, é assim sintetizada: “Se o réu tem o dever de expor em Juízo os fatos conforme a verdade, ele não pode negar o fato que sabe verdadeiro, mas apenas silenciar. O seu silenciar, contudo, conduz à presunção de veracidade do fato não contestado, com as exceções já referidas.” (Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. 5, Tomo I, p. 242).

²⁶⁵ Como bem apontou Fabio Milman: “O dever de dizer a verdade também agasalha a vedação à ocultação de fato essencial à solução da demanda” (*Improbidade Processual*, p. 89). No mesmo sentido, Alberto Luis Maurino, *Abuso del Derecho en el Proceso*, p. 24. Expresso sobre isso é o parágrafo único do art. 170 do Código de Procedimiento Civil da Venezuela: “Las partes y los terceros que actúen en el proceso con temeridad o mala fe son responsables por los daños y perjuicios que causaren. Se presume, salvo prueba en contrario, que la parte o el tercero han actuado en el proceso con temeridad o mala fe cuando: (...) 2. Maliciosamente alteren u omitan hechos esenciales a la causa;”. Também a redação original do art. 17 do CPC brasileiro expressamente previa a omissão de fatos essenciais ao julgamento da lide como hipótese de litigância de má-fé, mas tal disposição foi suprimida pela Lei n.º 6.771/80; não obstante, não vemos como isso possa significar o entendimento de que, agora, tal omissão seria lícita, significando a modificação legislativa, apenas, que tal obrigação já estaria enquadrada na obrigação de veracidade (exatamente nesse sentido, Fabio Milman, *Improbidade Processual*, p. 137). O dever de plenitude (que abrange, também, os documentos juntados pelas partes) foi, de certa forma, o fundamento da seguinte condenação por litigância de má-fé: “Litiga de má-fé, a parte que sonega documento nos autos, que se encontrava em meio a outros formadores da reclamatória original e que por certo deu embasamento cabal a decisão prolatada, sem o eventual vício apontado pela parte, que se repele.” (TRT da 2ª Região, SDI, Ac. n. 2006016740, 17.10.06, Rel. Juiz Décio Sebastião Daidone).

algo que deve ser o objetivo do moderno processualista e de todos aqueles que, de alguma forma, estão envolvidos com a justiça.

É esse, na verdade, nosso objetivo com todas as propostas enunciadas no presente trabalho: fazer com que a lei seja cumprida e o processo se limite apenas àqueles casos em que houver efetiva controvérsia entre as partes (e que, quando ele existir, seja rápido e justo – eficiente), por saber o devedor que será mais vantajoso cumprir a lei do que violá-la (como nos países em que a administração da justiça e o sistema legal são sérios). Afinal de contas, a lei foi feita para ser cumprida, não violada.

2.2.b. Dever de cooperação com a Justiça

Outro dever de extrema importância é aquele contido no art. 339 do CPC, segundo o qual “*ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade*”²⁶⁶.

Trata-se de dispositivo claramente inspirado no caráter público e, principalmente, instrumental do processo, que impõe que todos que dele participam (não só as partes como também terceiros) contribuam para o esclarecimento da verdade (indispensável para a pacificação social com justiça), seja ativamente (oferecendo os meios de prova necessários ao esclarecimento dos fatos litigiosos), seja passivamente (eximindo-se de criar obstáculos à produção probatória):

A jurisdição, atividade essencial do Estado, é realizada no interesse não apenas dos próprios litigantes mas também do Estado e da sociedade como um todo, preocupados com a afirmação do ordenamento jurídico e com o ideal de pacificação. Daí decorre a necessidade de que, na medida do possível, todos colaborem para com seu desenvolvimento, independentemente de seu envolvimento pessoal no litígio e da perspectiva de obtenção de benefício direto, sempre levando-se em conta a conotação publicística do processo.

²⁶⁶ Dispositivo que, segundo entendemos, deve ser interpretado da forma mais ampla possível, como sendo dever das partes (e demais sujeitos processuais) cooperar com a Justiça em todas as instâncias, fases e atos processuais – iniciando por não postular o que não é seu nem se opor a cobranças legítimas. De forma semelhante a ele dispõe o art. 8º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos de Portugal, que muito bem ilustra o conteúdo do dever em comento: “*Princípio da cooperação e boa fé processual: 1 - Na condução e intervenção no processo, os magistrados, os mandatários judiciais e as partes devem cooperar entre si, concorrendo para que se obtenha, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.*”.

A obrigação de colaboração, considerada em sua plenitude, vai muito além do campo meramente probatório, incluindo todos e quaisquer atos que de alguma forma possibilitem o progresso da marcha processual e a consecução de seus objetivos; para os estritos fins do artigo ora comentado, que menciona o *descobrimento da verdade*, importa entretanto, acima de tudo, aquele aspecto em particular.²⁶⁷

Muito embora não esteja previsto na seção do Código relativa aos deveres das partes, é indiscutível que a elas ele também se aplica, face à clareza do texto legal, que não exime *ninguém* de colaborar com a Justiça²⁶⁸. Esse é o espírito que deve guiar todos os atos das partes, especialmente (mas não apenas), aqueles de natureza probatória (como a juntada de documentos, seu depoimento pessoal e até mesmo a indicação de testemunhas).

Confira-se as excelentes considerações de Fábio Tabosa sobre o dever em comento:

Não pode escapar ao intérprete o alcance do termo absoluto (v.g., *ninguém*) empregado pelo legislador, alusivo numa primeira impressão a pessoas estranhas ao processo (órgãos públicos e privados diversos, além dos cidadãos em geral), mas abrangente também, e inequivocamente, dos próprios integrantes do litígio. Tanto assim é que o CPC, nos dois artigos subseqüentes, desdobra e explicita esse dever de colaboração quanto às partes (art. 340) e quanto aos terceiros (art. 341), no tocante às primeiras estabelecendo importante compromisso ético, que vai além da mera possibilidade de prova das alegações pessoais.

As partes, desse modo, devem colocar à disposição do juiz ou não impedir que cheguem a ele os dados – aí incluída, antes da prova, a própria *narrativa real* dos fatos – relevantes ao julgamento justo da causa, não criando além disso embaraços à atividade probatória da parte adversa ou controvérsia em torno de fatos que sabem verdadeiros, e de seu turno atendendo às determinações judiciais em torno

²⁶⁷ Fábio Tabosa, *Código de Processo Civil Interpretado*, p. 1026.

²⁶⁸ Sobre a importância de tal dever, assim se posiciona Antônio Cláudio da Costa Machado: “O dever de colaborar com o Poder Judiciário, esculpido nessa norma jurídica, corresponde a verdadeiro dever cívico, assim como o são o serviço militar ou o serviço prestado como jurado. Ninguém pode eximir-se de tal colaboração porque a função jurisdicional é função estatal para a realização da justiça e para o reequilíbrio das relações jurídicas, importando, assim, à própria sobrevivência da sociedade. Trata-se, portanto, de dever processual de todos para com o juiz. O CPC disciplina, a cada passo, os limites desse dever (v.g., os arts. 340, 341, 362 e 399).” (*Código de Processo Civil Interpretado*, p. 492).

do esclarecimento de pontos duvidosos ou controvertidos (v. art. 342) e da exibição de documentos ou coisas relevantes (arts. 355 e 381 – 382), por exemplo.²⁶⁹

Quanto ao seu conteúdo, até mesmo por estar inserido no capítulo do Código relativo às provas, tem-se que ele disciplina, principalmente, o comportamento das partes em matéria probatória – ou, mais precisamente, o dever das partes de colaborar com o juízo na produção das provas necessárias ao esclarecimento da verdade²⁷⁰.

Esse dever de contribuição para o esclarecimento do litígio tem seu conteúdo desmembrado pelo artigo seguinte do Código (art. 340), que dispõe competir (especificamente) às partes: “*I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado; II - submeter-se à inspeção judicial, que for julgada necessária; III - praticar o ato que lhe for determinado*”. De maior interesse para a análise são a primeira e a última previsões desse dispositivo.

Com relação à obrigação de “*comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado*”, ela compreende, na verdade, três obrigações distintas, como bem aponta Antônio Cláudio da Costa Machado:

Três deveres distintos são aqui instituídos: o dever de comparecer a juízo para prestar depoimento sobre os fatos da causa (arts. 342 e 343) cujo descumprimento gera a sanção consubstanciada na pena de confissão (art. 343, § 1º); o dever de responder ao que for perguntado no caso de comparecimento, cuja inobservância gera identicamente a aplicação da pena de confesso (art. 345); e o dever de dizer a verdade ao juiz quando interrogado.²⁷¹

²⁶⁹ Código de Processo Civil Interpretado, p. 1026/1027.

²⁷⁰ Aplicando-se, em especial, àquele litigante que dispõe das provas necessárias ao esclarecimento do litígio: “*Supuesto en que la demandada se encuentra en mejores condiciones para probar. Si la demandada se encuentra en mejor aptitud para proveer de un modo fácil la prueba de sus alegaciones y no lo hizo, no ha colaborado con el esclarecimiento de la verdad. La cómoda negativa o una actitud reticente o pasiva, no puede ser indiferente al orden jurídico, ya que este se apoya en la regla moral y en el principio de buena fe, que veda comportamientos reñidos con la lealtad y probidad procesal*” (Alberto Luis Maurino, *Abuso del Derecho en el Proceso*, p. 89). Incisivo a esse respeito é o item 6 do art. 71 do CPC colombiano, que prevê como deveres das partes e seus advogados colaborar com o juiz na produção de provas, sob pena de sua recusa ser interpretada como um indicio contra si.

²⁷¹ Código de Processo Civil Interpretado, p. 493. Não concordamos, porém, com a afirmação seguinte do autor, de que “*Somente este último não corresponde à sanção específica, posto que a litigância de má-fé prevista pelo art. 17 não alcança o depoimento pessoal; se alcançasse, isso representaria por si só obstáculo ao direito da parte de se defender.*”, eis que tal afirmação contraria a literalidade do texto legal (arts. 14, inc.

Vê-se, assim, que a primeira forma legalmente imposta (a lei expressamente fala em “dever”, vale lembrar) de cooperação das partes com o Judiciário é o de esclarecer, em seu depoimento pessoal, os fatos controvertidos – dever cuja violação tem severas consequências processuais: a pena de confissão e, conforme o caso, a punição por litigância de má-fé.

Outro dever em que se desdobra a obrigação das partes de colaborar com o Judiciário no esclarecimento da verdade é o de “*praticar o ato que lhe for determinado*” (para fins probatórios) – obrigação cujo conteúdo também remete a outras disposições do Código:

Ilustram, assim, as determinações aqui previstas as ordens de comparecimento para interrogatório ou depoimento (arts. 342 e 343), a ordem para exhibir documento ou coisa (art. 355), a ordem para comparecer para fins de acareação (art. 418, II e III), a ordem para exhibir coisa para fins periciais.²⁷²

Explicita-se, assim, de mais uma forma, o dever das partes de contribuir com o juízo na instrução do feito: agora, atendendo às determinações por ele emitidas, em especial, mediante a apresentação do documento ou coisa que servirá de prova dos fatos controvertidos.

De fato, ainda que não se espere que a parte, espontaneamente, carregue aos autos elementos de prova contrários aos seus interesses, é seu dever fazê-lo quando especificamente intimada para tanto (e aqui se ressalta a importância de uma postura ativa por parte do magistrado no sentido de lançar mão de todos os instrumentos previstos pela legislação para o esclarecimento da verdade²⁷³).

I, e 17, inc. II, do CPC), além de significar carta branca para a mentira e a deslealdade processual – cujas consequências para o processo seriam (ou melhor, são) desastrosas.

²⁷² Antônio Cláudio da Costa Machado, *Código de Processo Civil Interpretado*, p. 494.

²⁷³ “Se o juiz cruza os braços e espera a instrução que virá das partes, ele poderá desviar-se dos rumos preferidos pelo ordenamento jurídico-material, porque a prova mal feita lhe oferece para o julgamento um quadro fático que não corresponde ao real: ele declarará direitos sem que haja base fática para isso, ou negará direitos apesar de na realidade ter se configurado a *fattispecie* concreta prevista em lei.” (Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, p. 305). Como bem sintetizou o autor, o juiz deve ser imparcial, mas não indiferente (p. 239).

As conseqüências previstas para o descumprimento do dever de praticar os atos instrutórios determinados pelo juízo são basicamente as mesmas previstas para a violação da obrigação de comparecimento pessoal: a pena de confissão e, eventualmente, a punição por litigância de má-fé, tendo em vista a violação a expresso dever legal²⁷⁴.

Verifica-se, assim, a existência de inúmeros deveres processuais impostos às partes em matéria probatória, que se resumem na fórmula genérica adotada pelo art. 339 do CPC, de “*colaboração com o Judiciário para o descobrimento da verdade*”.

2.2.c. Dever de lealdade e boa-fé

Outro dever enunciado pelo Código é o de “*proceder com lealdade e boa-fé*” (art. 14, inc. II). Trata-se de previsão de caráter genérico, que norteia o comportamento das partes em todos seus atos processuais.

Este dispositivo, na verdade, serve como a positivação do dever de lealdade processual, visto de início, e, por si só, já seria suficiente para que as partes tivessem a obrigação de observar todos os demais deveres específicos previstos pelo Código, ainda que estes não tivessem sido enunciados, já que constituem desdobramentos do princípio geral da lealdade.

Vejamos o que significam esses dois qualificativos das condutas das partes previstos pelo Código. A lealdade é assim definida por Tornaghi:

Leal, do latim *legalis*, é aquele que no trato ou até no litígio com outrem observa as regras da *lei* moral, faz jogo limpo, sem ardis, sem engano, sem fraude, sem astúcia. (...) Leal é o que procede conforme à lei, conforme à justiça, com probidade. Proceder com lealdade é agir às claras, sem embustes, ciladas ou armadilhas. É o *fair dealing*, o *fair play*, a atuação franca, sem hipocrisia. É a honestidade na ação.²⁷⁵

E prossegue o autor com elucidativa definição de boa-fé:

²⁷⁴ “Saliente-se também que da circunstancia de definir o legislador a colaboração como um dever decorrem importantes conseqüências, autorizando-se o Estado-juiz, quando o caso, a exigir tal conduta, e importando a omissão por parte dos obrigados relevantes conseqüências, que podem chegar à tipificação do delito de desobediência.” (Fábio Tabosa, *Código de Processo Civil Interpretado*, p. 1027).

²⁷⁵ *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. I, p. 145.

A boa-fé é a honestidade interior, o propósito de acertar, de não se enganar nem enganar os outros, é o contrário da malícia, da velhacaria.²⁷⁶

Sobre o tema, também é interessante a definição a *contrario sensu* fornecida por Moacyr Amaral Santos, com base na lição de Couture:

Má fé, no processo, na definição de Couture, consiste na “qualificação jurídica de conduta, legalmente sancionada, daquele que atua em juízo convencido de não ter razão, com ânimo de prejudicar o adversário ou terceiro, ou criar obstáculos ao exercício de seu direito”.²⁷⁷

O conteúdo desse segundo dever enunciado pelo art. 14 do Código de Processo Civil, assim, equivale ao do princípio geral da lealdade, significando que as partes devem se comportar em juízo com honestidade e probidade, sem abusar de seus direitos processuais ou deles fazer mau uso, induzindo o julgador a erro ou litigando sem justo motivo, apenas para prejudicar a parte contrária ou impedir a satisfação de seu direito.

2.2.d. Dever de postulação fundamentada

O terceiro dever imposto às partes pelo art. 14 do CPC é o de “*não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento*” (CPC, art. 14, inc. III). Tal dever é reforçado pelo inc. I do art. 17 do Código, que define como litigante de má-fé aquele que “*deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso*”, e também pelo seu inc. V, que veda o “*proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo*”.

Trata-se de dever de certa forma relacionado ao dever de veracidade, mas que possui maior abrangência, já que, além dos fundamentos fáticos do pedido (ou da defesa), abrange também seus fundamentos jurídicos.

²⁷⁶ Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. I, p. 145.

²⁷⁷ Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 2º Vol., p. 278.

Não devem as partes postular em juízo em situações que sabem não estar com a razão: não deve o autor formular pedido a que sabe não fazer jus, movimentando o Judiciário inutilmente e tentando se enriquecer ilicitamente às custas do réu; da mesma forma, não deve este apresentar defesa de cujo descabimento tem plena ciência, dificultando o restabelecimento do patrimônio jurídico do autor – deveria ele, em um primeiro momento, ter cumprido a obrigação material, ou fazê-lo agora em juízo²⁷⁸.

Como bem sintetiza Fabio Milman, “*quer a norma que autor e réu somente exerçam o devido processo legal tendo suporte para suas posições, sendo-lhes rigorosamente vedado buscar o socorro do Poder Judiciário quando, sabidamente, faltar sustentação jurídica à sua pretensão ou resistência*”²⁷⁹.

Deve ser registrado, porém, que, tal como visto no tópico relativo ao dever de veracidade, o que o Código veta é o agir em juízo conscientemente desprovido de razão; não viola seus deveres processuais aquele que formula pretensões dotadas de razoabilidade, na defesa justificada de suas posições, entendendo estar com razão ainda que, ao final, sua pretensão venha a ser rejeitada, como bem pontuou, mais uma vez, Hélio Tornaghi:

Falta à probidade a parte quando, ciente de que a lei não a ampara, formula pretensão ou alega defesa, na esperança de induzir o juiz em erro.

É preciso, entretanto, que a parte esteja *ciente*, que ela saiba sem qualquer dúvida razoável, que sua pretensão, ou defesa, é infundada. A parte não está proibida de alegar o que lhe parece fundado em lei ou, pelo menos, o que pode admitir que tenha fundamento legal.²⁸⁰

²⁷⁸ Mas, novamente, não se pode negar ser compreensível (ainda que reprovável) a atitude do devedor que assim não procede, já que o sistema não lhe dá nenhum estímulo para agir da forma correta... Quanto mais demorar para pagar, menor será o valor devido (pelos baixos juros trabalhistas e pela possibilidade de celebrar acordo em valor menor do que o devido, além da possibilidade de a sentença não condená-lo a pagar tudo que deve...).

²⁷⁹ *Improbidade Processual*, p. 108. Vale menção, ainda, o interessante exemplo de violação ao dever de postulação fundamentada que o autor apresenta, também verificado com frequência no âmbito trabalhista: “É o caso, por exemplo, de demandas múltiplas contra o mesmo réu, semelhantes em suas causas de pedir e pedidos, havendo anteriores decisões sempre apontando pela sucumbência daquele: a parte demandada formula, reiteradamente, a mesma defesa, ciente de que sua sorte no processo será de nova derrota, na idêntica linha daquelas já havidas. Hipóteses como a aqui versada se tem encontrado com frequência na rotina forense em demandas de massa contra seguradoras (aumentos abusivos, negativa de coberturas), empresas prestadores de serviços essenciais (telefonia fixa e móvel, energia elétrica, água) etc.” (p. 107).

²⁸⁰ *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. I, p. 146.

Em suma, exige-se seriedade das partes na exposição de suas razões, sendo-lhes vedado litigar apenas para “tentar a sorte” ou movidos pelo instinto natural de se opor a cobranças que lhe são dirigidas, mesmo quando procedentes.

2.2.e. Dever de abstenção da prática de atos processuais protelatórios

Outro dever imposto pelo Código de Processo Civil aos litigantes é o de “*não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito*” (art. 14, inc. IV).

O que a presente disposição visa reprimir é a prática de atos processuais protelatórios, aqueles que em nada contribuem para o justo deslinde do litígio, buscando apenas retardar o seu desfecho. Ela é reforçada pela previsão dos incs. IV, VI e VII do art. 17 do CPC, que reputam como litigante de má-fé quem “*opuser resistência injustificada ao andamento do processo*”, “*provocar incidentes manifestamente infundados*” ou “*interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório*”.

Este dever se relaciona com as previsões dos arts. 125, inc. II, e 130 do Código de Processo Civil (que, respectivamente, impõem ao juiz o dever de zelar pela rápida resolução do feito e o poder de, para tanto, negar a realização de atos processuais protelatórios) e, em última instância, com a própria garantia constitucional a um processo célere (art. 5º, inc. LXXVIII)

No mais das vezes, é ao devedor que interessa o prolongamento do litígio (seja para lucrar sobre os juros legais, seja para dificultar a realização do direito do autor, seja para forçá-lo a celebrar um acordo em valor inferior ao devido ou pelo simples prazer de postergar a satisfação de seu direito – ou adiar a constrição de seus bens), desiderato que pode atingir das mais variadas formas: pelo oitiva (especialmente, por carta precatória) de testemunhas que nada contribuem para a solução do feito, pela provocação de incidentes processuais infundados, pela interposição de recursos protelatórios, enfim, várias são as formas pelas quais o curso do processo pode ser prolongado – especialmente quando o mesmo é presidido por um magistrado que não se opõe a essas condutas desleais do réu.

Em alguns casos, porém, é o próprio autor quem, desnecessariamente, prolonga o litígio, culposa ou até mesmo dolosamente (quando demanda por espírito emulativo ou pretende forçar o réu a um acordo por meio do prolongamento do feito e/ou seu encarecimento – como, por exemplo, pela formulação de pedido de adicional de

periculosidade, que exige a realização de perícia, cujo custo pode ser imputado ao réu), por meio das mesmas condutas usualmente adotadas pelo réu.

O foco do dispositivo, enfim, é impedir que as partes pratiquem atos processuais inúteis, ou seja, o prolongamento desnecessário (e malicioso) do litígio.

Secundariamente, o dispositivo acaba por atender também ao princípio da economia processual, impedindo o gasto de tempo ou recursos (do Estado e das partes) com atos processuais irrelevantes para o julgamento do feito.

2.2.f. Dever de atender aos comandos judiciais

Em seguida, estabelece o Código o dever de “*cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final*” (art. 14, inc. V). Esse dispositivo foi inserido no Código em 2001, pela Lei n.º 10.358/01, que instrumentalizou nova reforma processual.

Nele podem ser visualizadas duas previsões, uma de natureza positiva (“*cumprir com exatidão os provimentos mandamentais*”) e outra negativa (“*não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final*”).

Provimentos mandamentais são aqueles em que o juiz ordena à parte que realize ou se abstenha de realizar determinada conduta; são provimentos em que, além do conteúdo condenatório, vem acoplada uma ordem para que seu destinatário os cumpra de imediato, e seu maior exemplo são as sentenças proferidas em mandados de segurança, que impõem à autoridade coatora que pratique ou se abstenha de praticar determinado ato.

Em primeiro lugar, não podemos deixar de notar a aparente desnecessidade de tal previsão, uma vez que os provimentos judiciais (e, em especial, aqueles de caráter mandamental) devem ser observados pela própria força que contêm, não por conta de um dispositivo adicional que assim estabeleça. Em outros termos, antes mesmo da inserção promovida no Código pela Lei n.º 10.358/01, as partes já estavam obrigadas à observância dos provimentos mandamentais (e de todas outras espécies, em verdade)²⁸¹.

²⁸¹ A esse respeito, bem observou Fabio Milman: “*Aparentemente, o acréscimo do inciso V “justifica-se apenas pela preocupação do legislador em deixar claro, com mais ênfase, que as decisões judiciais, até como expressão da soberania estatal, devem ser cumpridas de forma ágil e sem delongas injustificáveis”, na medida em que as regras de conduta ali postas já estariam incluídas nas hipóteses dos incisos I até IV do art. 14, isolando uma “específica de desrespeito a outros deveres já cominados no artigo, descendo a minúcias no caso concreto, apenas à guisa de esclarecimento”.*” (Improbidade Processual, p. 119).

Não obstante, a inovação legislativa não deixa de ter seus méritos, por tornar expresso esse dever e, assim, quem sabe, alertar os sujeitos do processo para a necessidade de sua observância.

Pela redação do dispositivo legal em comento, apenas os provimentos (não apenas as sentenças, vale frisar, mas também as decisões interlocutórias) de caráter mandamental teriam essa obrigação de imediato cumprimento pela partes. Pensamos, porém, que ele deve ser lido de modo ampliativo, abrangendo não apenas os provimentos mandamentais mas sim todos aqueles que necessitem de uma atitude de seu destinatário para se concretizar, inclusive, aqueles de natureza condenatória ou executiva *lato sensu*.

Como retomaremos adiante, todo e qualquer provimento judicial deve ser cumprido, tão logo seja proferido, não apenas aqueles de caráter mandamental. Na verdade, tamanha é a importância desse dever para o sistema processual que, na Espanha, o mesmo consta da própria Constituição Federal, que, em seu art. 118, prevê que o litigante “*Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto*”²⁸².

A mesma visão se tem no direito inglês, em que “*a desobediência ao comando sentencial, seja liminar, interlocutório ou definitivo, não se traduz em simples ônus que se converterá para ele, futuramente, em meras perdas patrimoniais: ao contrário, fará, de pronto, desabar sobre ele o braço coativo estatal, que poderá até mesmo levá-lo à prisão, para que lá melhor reflita sobre as conseqüências do acinte que representa a sua conduta de desafio a uma determinação baixada, em última análise, pelo poder real, dentro do devido processo legal e de acordo com a lei da terra*”²⁸³.

Trata-se, aqui, da figura do *contempt of court*, própria do sistema jurídico da *common law* e que engloba:

²⁸² É por conta do (correto) predomínio dessa concepção que, em alguns países, o processo de execução tem papel meramente residual, como bem lembra Eduardo Henrique von Adamovich: “*Não se pode olvidar, igualmente, que o processo de execução, muito embora longamente considerado na ZPO, de fato, não tem, para os alemães, a mesma importância que tem entre nós, pois, como atestam KOCH e DIEDRICH, ‘a vasta maioria dos processos nunca chega ao estágio de execução’, dirigindo-se a ênfase para a fase de conhecimento.*” (*A Tutela de Urgência no Processo do Trabalho: uma visão histórico-comparativa*, p. 119).

²⁸³ Eduardo Henrique von Adamovich, *A Tutela de Urgência no Processo do Trabalho: uma visão histórico-comparativa*, p. 59/60.

Any willful disobedience to, or disregard of, a court order or any misconduct in the presence of a court; action that interferes with a judge's ability to administer justice or that insults the dignity of the court; punishable by fine or imprisonment or both. (...) A judge who feels someone is improperly challenging or ignoring the court's authority has the power to declare the defiant person (called the contemnor) in contempt of court. (...) There are two types of contempt - criminal and civil. Criminal contempt occurs when the contemnor actually interferes with the ability of the court to function properly - for example, by yelling at the judge. This is also called direct contempt because it occurs directly in front of the judge. A criminal contemnor may be fined, jailed or both as punishment for his act. Civil contempt occurs when the contemnor willfully disobeys a court order. This is also called indirect contempt because it occurs outside the judge's immediate realm and evidence must be presented to the judge to prove the contempt. A civil contemnor, too, may be fined, jailed or both. The fine or jailing is meant to coerce the contemnor into obeying the court, not to punish him, and the contemnor will be released from jail just as soon as he complies with the court order.²⁸⁴

Imperiosa é a adoção de figura semelhante no direito brasileiro – para o que pode ter grande utilidade a previsão do inc. V do art. 14 do CPC.

Defendendo a ampliação na interpretação desse dispositivo, confira-se o pensamento de Fabio Milman:

Não há que se limitar a aplicação da regra às sentenças mandamentais ou às executivas *lato sensu*. Necessária compreensão alargada quanto ao que venham a ser *provimentos mandamentais*, não os restringindo às sentenças. Há inúmeros atos a serem cumpridos pelos diversos personagens de um processo, atos estes cuja desatenção afasta as regras de efetividade e de qualidade da prestação jurisdicional. Mesmo pelo que constante da exposição de motivos da Lei n.º 10.358, evidente a pretensão do legislador em abraçar, com o inciso V, todo e qualquer descumprimento de uma ordem judicial: (...)

²⁸⁴ Electric Law Library, vocábulo “contempt of court”. Semelhante é a definição de Eduardo Henrique von Adamovich, para quem se trata de um instituto que, “*visando garantir obediência e, com isso, conferir efetividade às determinações da Corte, pune aqueles que se opuserem injustamente àquelas ordens emanadas do Judiciário no exercício do seu poder de imperium*” (*A Tutela de Urgência no Processo do Trabalho: uma visão histórico-comparativa*, p. 76).

Chama, pois, atenção, a utilização, no texto que se contempla, da expressão “mandamentos judiciais”, tudo levando à conclusão de que a norma trata, realmente, de assegurar o cumprimento de, genericamente, toda e qualquer ordem de um juiz que contenha carga mandamental ou executiva.²⁸⁵

A necessidade de se interpretar esse dispositivo de forma ampliativa é reforçada pelo teor do segundo dever imposto pelo inciso V do art. 14 do CPC, o de “*não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final*” - que, como se vê, não se restringe aos provimentos de ordem mandamental, abarcando todo e qualquer comando judicial²⁸⁶.

Essa previsão complementa a anterior, contendo a obrigação negativa de as partes se absterem de criar obstáculos à implementação dos comandos judiciais, adotando condutas procrastinatórias ou outras que, de qualquer forma, desviem o juízo da concretização de suas decisões²⁸⁷.

O cotidiano forense dá exemplos freqüentes de desrespeito a esse dispositivo pelas partes, como ao se dificultar o cumprimento das citações/intimações emitidas pelo juízo, a recusa na juntada de documentos exigidos pelo juízo e, principalmente, na fase de execução, adotando o devedor todas as medidas imagináveis para impedir a concretização da decisão.

De fato, a maior parte das medidas desleais que podem ser adotadas pelo devedor na fase de execução violam o art. 14, inc. V, do Código de Processo Civil, além de constituírem ato atentatório à dignidade da Justiça, nos termos do art. 600 do Código.

²⁸⁵ *Improbidade Processual*, p. 120/121. Cândido Rangel Dinamarco, porém, se posiciona contrariamente a essa ampliação (*A Reforma da Reforma*, p. 62/65).

²⁸⁶ Nesse mesmo sentido: “*A norma impõe às partes o dever de cumprir e de fazer cumprir todos os provimentos de natureza mandamental, como, por exemplo, as liminares (cautelares, possessórias, de tutela antecipada, de mandado de segurança, de ação civil pública etc.) e decisões finais da mesma natureza, bem como não criar empecilhos para que todos os provimentos judiciais, mandamentais ou não, de natureza antecipatória ou final, sejam efetivados, isto é, realizados.*” (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil Comentado*, p. 298).

²⁸⁷ “*Cumpriu a reclamada referida obrigação, ainda que espontaneamente, meses depois. Acrescente-se que a embargante manifestou-se nos presentes autos por inúmeras vezes, desde que os autos foram recebidos do E. TRT, mas a obrigação somente fora cumprida em 8.1.2007, o que caracteriza um manifesto descaso com as decisões judiciais, pois via de regra ordem judicial é para ser cumprida e no prazo estipulado. É inconcebível a conduta de qualquer uma das partes que retarda, propositadamente ou por desleixo, o cumprimento de uma ordem judicial.*” (decisão proferida pela D. 71ª Vara do Trabalho, em 24.05.07, no processo 01666200207102001).

Com relação a esse último dispositivo legal, merece especial destaque a disposição de seu inc. IV, que pune o devedor que deixa de informar ao juízo onde se encontram seus bens, para que respondam à execução (e a faculdade do juízo de exigir que o devedor preste essa informação vem prevista nos arts. 652, § 3º, e 656, § 1º, do Código, modificados pela Lei n.º 11.382/06). Trata-se de previsão que, se devidamente utilizada, muito poderia contribuir para a efetividade da prestação jurisdicional e para o rápido encerramento do processo de execução – e cujo desatendimento viola não apenas o art. 600 do CPC como também o dever contido no inc. V de seu art. 14.

2.2.g. Dever de civilidade

Um último dever que pode ser extraído da Seção do Código que trata dos deveres das partes e seus procuradores é o dever de civilidade, contido em seu art. 15, que dispõe ser “*defeso às partes e seus advogados empregar expressões injuriosas nos escritos apresentados no processo*” (e também em defesa oral, nos termos do parágrafo único do dispositivo – e, por certo, em toda e qualquer outra forma de manifestação). Tais expressões podem ser riscadas dos autos pelo magistrado, que poderá, ainda, cassar a palavra do advogado que, advertido, nelas insistir em defesa oral²⁸⁸.

O preceito tem por objetivo fazer com que os litigantes se respeitem ao se referirem reciprocamente no processo, não deixando que o calor dos embates se transforme na falta de respeito um ao outro (ou a qualquer outro sujeito processual).

Trata-se de dever não diretamente relacionado à efetividade da prestação jurisdicional, mas à manutenção da boa ordem e da civilidade no feito.

2.3. O ABUSO DO PROCESSO PELAS PARTES

Como demonstrado acima, o ordenamento disciplina, de forma bastante clara, os direitos e deveres das partes no processo, os quais deveriam servir de baliza para o seu comportamento.

²⁸⁸ No direito italiano, além dessas medidas, é possível, também, que o juiz arbitre uma indenização à parte ofendida, como reparação pelos danos não patrimoniais sofridos (art. 89 do CPC).

Deveriam, mas nem sempre o fazem, já que não é raro que os litigantes extrapolem os limites legais e exerçam seus direitos processuais de forma abusiva ou, simplesmente, violem os deveres que lhe foram impostos²⁸⁹.

No presente tópico, analisaremos as hipóteses mais frequentes de ilícito processual praticadas pelos litigantes, cotejando-as com os deveres e direitos previamente enunciados, para demonstrar sua ilicitude. Para maior facilidade de compreensão, seguiremos a ordem pela qual os acontecimentos se dão no processo judicial.

O ato que dá início ao processo é a demanda (instrumentalizada na petição Inicial), por meio da qual o autor postula perante o Judiciário a solução do conflito narrado na petição Inicial. Nessa fase, inúmeras são as formas pelas quais pode se dar o abuso do processo, por exemplo:

- Postulação de parcelas a que o autor sabe não fazer jus²⁹⁰ (abuso no exercício do direito de ação e violação aos deveres de veracidade, lealdade/boa-fé e postulação fundamentada);
- Postulação de quantia superior à devida²⁹¹ (abuso no exercício do direito de ação e violação aos deveres de veracidade e lealdade/boa-fé);
- Indicação de endereço do réu diverso do verdadeiro, para impedir sua citação (violação aos deveres de veracidade, cooperação com a Justiça e lealdade/boa-fé);
- Juntada de documentos falsos (violação aos deveres de veracidade, cooperação com a Justiça e de lealdade/boa-fé).

²⁸⁹ Não sendo raro ambas as partes litigarem de má-fé: “*LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. LITIGA O RECLAMANTE DE MÁ-FÉ QUANDO AO MESMO TEMPO EM QUE IMPUGNA CARTÕES DE PONTO, SOB O FUNDAMENTO DE QUE NÃO SÃO SEUS, EM RECURSO POSTULA O RECONHECIMENTO DE HORAS EXTRAS COM BASE NESSES MESMOS DOCUMENTOS. DA MESMA FORMA, A RECLAMADA DEVE SER CONSIDERADA COMO LITIGANTE DE MÁ-FÉ QUANDO INFORMA HORÁRIO DE TRABALHO DIVERSO DAQUELE QUE CONSTA DOS CONTROLES DE FREQUÊNCIA QUE JUNTA COM A CONTESTAÇÃO.*” (TRT da 2ª Região, 10ª Turma, Ac. n. 02950344237, 04.08.95, Rel. Juiz José Roberto Vinha).

²⁹⁰ “*LITIGANCIA DE MÁ-FÉ. PENALIDADE APLICADA DE OFÍCIO. Verificando-se que o reclamante litiga visando receber títulos sabidamente já quitados, além de outros manifestamente indevidos, correta a aplicação de ofício da penalidade prevista ao litigante de má-fé, conforme permissivo contido no artigo 18 do CPC.*” (TRT da 15ª Região, Seção Especializada, Ac. n. 13.129/01, 19.04.01, Rel. Juiz Carlos Alberto Moreira Xavier) e “*Coisa Julgada. litigância de má-fé. Há coisa julgada, "quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não cabia recurso" (CPC, art.301,§ 3º, segunda parte). Litiga de má-fé quem já obteve prestação jurisdicional definitiva, cujo processo foi encerrado mediante acordo e repete a ação, contra o mesmo réu, pretendendo, à evidência, locupletar-se indevidamente, porque assim agindo procede de modo temerário e provoca incidentes processuais manifestamente infundados, ao acionar a máquina judiciária para vindicar direitos sabidamente já satisfeitos, judicialmente.*” (TRT da 2ª Região, 6ª Turma, Ac. n. 20010365944, 12.06.01, Rel. Juíza Maria Aparecida Duenhas). Pode também haver abuso no retardo excessivo no exercício da pretensão, caso isso se dê com o intuito de prejudicar a parte contrária (Alberto Luis Maurino, *Abuso del Derecho en el Proceso*, p. 76 e 118 e Osvaldo Alfredo Gozaíni, *Temeridad y Malicia en el Proceso*, p. 233 e ss.).

²⁹¹ Nesse sentido, Matteo Dall’Olio, *Tavola Redonda*, p. 101 (mas não se há dúvida razoável sobre o direito da parte – p. 100) e Osvaldo Alfredo Gozaíni, *Temeridad y Malicia en el Proceso*, p. 89.

Por parte do réu, em atos relacionados à sua defesa, os seguintes ilícitos processuais podem ser verificados:

- Obstrução do ato citatório (violação aos deveres de veracidade, de lealdade/boa-fé e de abstenção de atos processuais protelatórios);
- Arguição de preliminares sabidamente descabidas (abuso do direito de defesa e violação aos deveres de lealdade/boa-fé, de postulação fundamentada e de abstenção de atos processuais protelatórios);
- Formulação de defesa de mérito sabidamente descabida, negando, no todo ou em parte, dívida de que sabe ser devedor (abuso do direito de defesa e violação aos deveres de veracidade, lealdade/boa-fé, postulação fundamentada e abstenção da prática de atos processuais protelatórios²⁹²);
- Ser demandado em uma grande quantidade de causas idênticas, todas julgadas procedentes e, mesmo assim, continuar se defendendo com as mesmas alegações que já foram, seguidas vezes, rejeitadas (abuso do direito de defesa e violação aos deveres de lealdade/boa-fé, postulação fundamentada e abstenção da prática de atos processuais protelatórios)²⁹³;
- Impugnação aos documentos da Inicial mediante o não reconhecimento de documentos seus²⁹⁴ ou de cuja validade não duvida (violação aos deveres de veracidade, lealdade/boa-fé, postulação fundamentada e abstenção da prática de atos processuais protelatórios);
- Juntada de documentos falsos (violação aos deveres de veracidade, cooperação com a Justiça e de lealdade/boa-fé).

Na audiência, inúmeros podem ser os atos processuais abusivos praticados pelas partes:

- Adiamento da audiência por suposta ausência de testemunha, apenas para ganhar tempo (violação aos deveres de lealdade/boa-fé e de abstenção de atos processuais protelatórios);

²⁹² “LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - INSINCERIDADE DA CONTESTAÇÃO. Litiga de má-fé a empresa que durante todo o processo nega veementemente a sua condição de acionista da outra reclamada para, depois de encerrada a instrução processual, anunciar a incorporação da outra empresa, confessando ter a participação acionária anteriormente contestada.” (TRT da 15ª Região, 1ª Turma, Ac. n. 24.326/01, 04.06.01, Rel. Juiz Antônio Miguel Pereira).

²⁹³ Nesse sentido, Fabio Milman, *Improbidade Processual*, p. 107 – mencionando a existência de projeto de lei (n.º 4.108/04) para coibir esse tipo de conduta. Sobre este ponto específico – que também parece ser bastante comum no direito italiano –, Vincenzo Panuccio e Matteo Dell’Olio sugerem interessantes medidas contra esse litigante costumeiro (e costumeiramente derrotado), quais sejam, respectivamente, o “efeito geral” das decisões proferidas contra ele, isto é, uma única decisão valendo para vários processos (*I Magistrati*, p. 77; também o Professor Dinamarco defende essa idéia - *A Instrumentalidade do Processo*, p. 371) e o aumento das custas pagas nessas ações, como forma de desestimular esse litigante (*Tavola Redonda*, p. 103).

²⁹⁴ Hipótese expressamente prevista pelo art. 528 do CPCC argentino.

- Prestar depoimento pessoal divorciado da verdade dos fatos (violação aos deveres de veracidade, cooperação com a Justiça e lealdade/boa-fé);
- Instrução das testemunhas para que faltem com a verdade (violação aos deveres de cooperação com a Justiça e lealdade/boa-fé).

Após a prolação da sentença, costumam ser praticados os seguintes atos abusivos:

- Oposição de Embargos Declaratórios protelatórios²⁹⁵ (violação aos deveres de lealdade/boa-fé, postulação fundamentada e abstenção de prática de atos processuais protelatórios);
- Interposição de recursos manifesta e sabidamente descabidos, apenas para retardar o andamento do feito, incomodar a parte contrária e/ou postergar o trânsito em julgado da decisão (exercício abusivo do direito de ação/defesa e violação aos deveres de lealdade/boa-fé, postulação fundamentada, abstenção de prática de atos processuais protelatórios e de atendimento aos comandos judiciais).

Na fase de execução, podemos apontar as seguintes condutas:

- Falta de pagamento da dívida ou de indicação de bens à penhora pelo devedor (violação aos deveres de lealdade/boa-fé, cooperação com a Justiça e atendimento aos comandos judiciais);
- Transferência de bens do devedor para terceiros, para dificultar/fraudar a execução (violação aos deveres de lealdade/boa-fé, cooperação com a Justiça e atendimento aos comandos judiciais);
- Oposição de Embargos à Execução, interposição de Agravos e outros recursos e, no geral, adoção de medidas protelatórias e infundadas (abuso do direito de defesa e violação aos deveres de lealdade/boa-fé, de abstenção de prática de

²⁹⁵ Sendo certo, de outro lado, que muitos juízes rejeitam, infundadamente, tal medida (até mesmo para não admitir o erro eventualmente cometido), chegando até o ponto – totalmente inadmissível, mas cada vez mais comum – de, na própria sentença, já ameaçarem as partes de que seus Embargos de Declaração não serão bem recebidos, em um claro abuso de seu poder de sentenciar. Neste ponto, indaga-se: o que é melhor (para o Estado e, em especial, para o jurisdicionado), o juízo corrigir, desde logo, evidentes erros em seu julgado ou obrigar a parte a interpor recurso para isso, onerando-a e, principalmente, onerando os cofres públicos com mais um recurso – e, assim, um julgamento - desnecessário? Nesse sentido, não podemos concordar com a seguinte decisão, ainda que louvável seja a “*mea culpa*” feita pelo ilustre julgador: “*EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE - O erro de julgamento, por mais patente que seja, não se corrige por via de embargos declaratórios. (...) Não se verifica no julgado qualquer dos defeitos alinhados no art. 535 do CPC. (...) Mas houve coisa pior. Erro, lamentavelmente. (...) Erramos... Confesso como Relator. Mas, lamentavelmente, não posso corrigir meu aqui confessado erro. É que esgotada restou a prestação jurisdicional com o julgamento do agravo embargado. Se no judiciário quem erra pagasse, eu ou a sociedade à qual sirvo, responderia por este pecado. Assim não sendo, resta-me penitenciar. Outro caminho não restará à ora Embargante, que não buscar a reparação do erro que aqui se confessa pelas vias rescisórias.*” (TRT da 3ª Região, 2ª Turma, Ac. n. 8.412/04, 22.10.04, Rel. Juiz Antônio Miranda de Mendonça). Melhor seria se ele corrigisse, de logo, o equívoco, ao invés de exigir da parte a propositura de ação rescisória para tanto.

atos processuais protelatórios, de postulação fundamentada e de atendimento aos comandos judiciais);

- Indicação de bens, pelo devedor²⁹⁶, de reduzido valor de venda ou em violação à ordem de preferência estabelecida na legislação processual (violação aos deveres de lealdade/boa-fé, de abstenção de prática de atos processuais protelatórios e de atendimento aos comandos judiciais).

Há, por fim, aquelas medidas que podem ser adotadas em todas as fases do processo, como argumentar contra documentos constantes dos autos (produzidos, às vezes, pela própria parte – exceto quando se impugna sua veracidade ou validade formal), suscitar incidentes protelatórios e desfundados, inutilizar documentos ou os próprios autos do processo ou retardar a sua devolução e inúmeros outros mais, diariamente verificados no foro²⁹⁷.

Todos esses atos processuais abusivos – que podem, em sua maioria, ser praticados pelos dois lados do processo²⁹⁸ –, devem ser coibidos e punidos, seja por seu conteúdo antiético, seja por representarem violação à lei processual (abuso de direito e/ou violação aos deveres processuais das partes), seja por atrapalharem a prestação da Justiça e, assim, o trabalho de todos aqueles que se empenham em atuar de forma legítima no feito (em especial, aqueles magistrados empenhados em fazer Justiça).

²⁹⁶ Devendo ser lembrado, não obstante, que também o credor pode abusar de seu direito na execução, como bem aponta Fabio Milman, *Improbidade Processual*, p. 191/192.

²⁹⁷ Outro caso de abuso do processo, bastante explorado no direito argentino, é o do chamado *venire contra factum proprium*, pelo qual o litigante adota conduta contrária a outra adotada anteriormente no feito, quebrando, assim, seu dever de boa fé (sobre o tema, ver Alberto Luis Maurino, *Abuso del Derecho en el Proceso*, p. 109 e ss. e Osvaldo Alfredo Gozáini, *Temeridad y Malicia en el Proceso*, p. 245 e ss.). É ele o fundamento, implícito, da seguinte condenação: “*Litigância de má-fé. Recurso Ordinário. Defesa contra fato incontroverso. Litiga de má-fé a recorrente quando questiona, no recurso, o reconhecimento de vínculo de emprego, que foi objeto de confissão real em depoimento e na própria contestação. Multa de 1% do valor causa e indenização, a favor da parte contrária, fixada em 10% do valor da causa. Código de Processo Civil, artigos 17, I e 18, caput e § 1º, e CLT, art. 769.*” (TRT da 2ª Região, 11ª Turma, Ac. n. 20060482790, 04.07.06, Rel. Juiz Eduardo de Azevedo Silva).

²⁹⁸ É, realmente, importante que os dispositivos legais que regem a matéria sejam aplicados para ambos os litigantes, já que tanto autores quanto réus abusam, com frequência, de seu direito de ação ou defesa, prejudicando o andamento do feito. Uma defesa infundada da Reclamada é tão ruim para o sistema quanto um pedido sabidamente indevido formulado pelo Reclamante – em especial quando o mesmo demanda a realização de provas demoradas e dispendiosas, como a realização de perícia técnica apenas para forçar a empresa a celebrar um acordo com vistas a não arcar com os honorários periciais (hipótese que, mais de uma vez, presenciamos). A esse respeito, mais uma vez, são oportunas as considerações do Ministro Vantuil Abdala: “*O ministro reconheceu, entretanto, que muitas ações trabalhistas são ajuizadas por trabalhadores que buscam direitos que sabem indevidos. Abdala afirmou que, em muitos casos, isso se deve à atuação de maus advogados – conhecidos como “advogados paqueiros” , similares aos conhecidos “advogados de porta de cadeia” -, sem que haja nenhum sistema para puni-los. “Se por um lado cobramos punições mais severas para maus empregadores que não cumprem com suas obrigações, por outro lado devemos buscar um meio de coibir ações temerárias, nas quais trabalhadores cobram, por exemplo, horas extras absolutamente irreais”, afirmou Abdala.*” (Novo Presidente do TST Alerta para Risco de “Vácuo Normativo”).

O direito de ação deve ser exercido para que o direito violado na constância da relação de emprego seja restabelecido, não como meio de enriquecimento ilícito do demandante, pela postulação de verbas a que sabe não fazer jus; da mesma forma, o direito de defesa existe para que o demandado se oponha, justamente, a uma pretensão injusta, não como forma ilegítima de oposição a uma pretensão legítima. Sempre que isso ocorre, a parte extrapola de seus direitos processuais e incorre em abuso de direito, cometendo ato ilícito (Código Civil, arts. 187 e 188, inc. I).

Este será, assim, o tema do próximo tópico: as formas previstas na legislação para que se dê a coibição, punição e reparação do abuso processual – enfim, suas consequências jurídicas, nas mais diversas esferas.

2.4. CONSEQÜÊNCIAS DO ABUSO DO PROCESSO PELAS PARTES

O abuso do processo pelos litigantes gera conseqüências em quatro planos distintos: (i) sanções processuais; (ii) dever de indenizar a parte contrária; (iii) ineficácia dos atos processuais abusivos e (iv) caracterização de ilícitos penais.

Trata-se, como se vê, de um vasto instrumental posto à disposição dos magistrados (e também da parte prejudicada) para assegurar que o processo se desenvolva regularmente – inclusive, por conta da gravidade de algumas das conseqüências que podem advir do comportamento processual abusivo, cujo uso (ou mera ameaça) pode servir de grande desestímulo para o litigante ímprobo.

Vejamos cada uma dessas hipóteses.

2.4.a. Sanções processuais pelo comportamento desleal

A primeira conseqüência do abuso das partes no processo é a sua punição por esse comportamento, com base, principalmente, no art. 18 do CPC, que prevê as conseqüências previstas para a litigância de má-fé.

Esse dispositivo prevê que *“O juiz ou tribunal, de ofício²⁹⁹ ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento*

²⁹⁹ Esta previsão reforça a existência de um dever dos magistrados de punir os litigantes desleais, incorrendo em violação à lei quando não o fazem – até mesmo por conta da expressão (“condenará”) utilizada.

sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou”.

Quatro são, portanto, as punições que podem ser aplicadas ao litigante ímprobo: (i) multa de até um por cento o valor da causa; (ii) indenização à parte contrária pelos prejuízos que sofreu; (iii) pagamento dos honorários advocatícios da outra parte e (iv) reembolso à parte contrária das despesas que efetuou no feito³⁰⁰.

Quanto à multa, de valor no mais das vezes irrisório, cumpre apenas dizer que sua previsão reforça a necessidade de que os juízes fiscalizem e corrijam, quando cabível, os valores atribuídos às iniciais trabalhistas, sabidamente divorciados do real conteúdo econômico da causa. Além disso, parecem oportunas as críticas lançadas pela doutrina³⁰¹ no sentido de que essa multa deveria reverter para o Estado e não para a parte contrária, uma vez que, como destacamos anteriormente, o primeiro e principal prejudicado pela litigância de má-fé é o Estado-juiz.

A segunda consequência prevista é a obrigação de indenizar a parte contrária pelos prejuízos causados. Aqui, o Código de Processo Civil prevê duas formas distintas pelas quais se fixará o valor dessa indenização: quando os prejuízos sofridos pela parte inocente puderem ser aferidos de imediato, esse valor será, desde logo, fixado pelo juiz (observado o limite de 20% do valor da causa, presumido pelo legislador como suficiente³⁰² - CPC, art. 18, § 2º); quando for necessária a sua apuração, proceder-se-á à liquidação por arbitramento – hipótese em que não se aplica o limite acima apontado.

A terceira consequência é a obrigação de pagamento dos honorários advocatícios da parte contrária, disposição de bastante relevo na Justiça do Trabalho por constituir hipótese de pagamento de honorários fora daquelas consagradas nas Súmulas 219 e 329 do TST.

Por fim, a última consequência prevista pelo art. 18 do CPC ao litigante de má-fé é o dever de reembolsar a parte contrária pelas despesas que efetuou no feito – o que, segundo pensamos, já deveria decorrer da mera sucumbência, para que a parte lesada

³⁰⁰ No direito argentino, há também a possibilidade de aumento dos juros incidentes sobre a dívida, até o seu dobro, nos termos do art. 622 do Código Civil.

³⁰¹ Por exemplo, Fabio Milman, *Improbidade Processual*, p. 65 e 222.

³⁰² Caso os prejuízos suportados pela parte inocente sejam superiores a esse limite, deverá ser-lhe assegurado o direito de demandar o litigante desleal em ação autônoma, visando ao seu ressarcimento integral pelos prejuízos sofridos. Em outros termos, a previsão do art. 18 do CPC não exclui a responsabilidade aquiliana do litigante de má-fé pelo ressarcimento integral dos prejuízos causados à parte contrária.

no plano material seja integralmente ressarcida. Não deve ela ter que arcar com nenhum custo adicional pelo processo, instrumento necessário para o restabelecimento de seu direito: todas as despesas por ela incorridas para isso deveriam ser ressarcidas pelo devedor, quer tenha ele abusado do processo ou não³⁰³.

Outro dispositivo que pune aquele que abusa do processo é o art. 14 do CPC, que, em seu parágrafo único, sujeita o litigante que viola a obrigação prevista em seu inc. V (cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final), “*sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis*”, à pena de multa de até 20% do valor da causa³⁰⁴ - a qual não exclui a aplicação das penas previstas no art. 18 do CPC³⁰⁵.

Além disso, a fórmula dos arts. 17 e 18 do CPC é acompanhada pelos seus arts. 600 e 601, específicos da fase de execução³⁰⁶, que, respectivamente, disciplinam as hipóteses de atos atentatórios à dignidade da Justiça (qualificação atribuída aos atos processuais desleais praticados em sede de execução) e dispõem sobre as punições deles decorrentes.

As punições previstas pelo art. 601 do CPC para o devedor (este dispositivo se aplica apenas a ele) que, na fase de execução, comete atos “*atentatórios à dignidade da Justiça*” são o pagamento de multa no valor de até 20% da execução (em favor da parte contrária), “*sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material*” (tais como as do art. 18 do CPC ou o pagamento de indenização ao credor).

³⁰³ Nos termos, aliás, do art. 20 do CPC. Confira-se, a esse respeito, o teor da Exposição de Motivos do Código: “*O projeto adota o princípio da sucumbência, pelo qual o vencido responde por custas e honorários advocatícios em benefício do vencedor (art. 23). “O fundamento desta condenação”, como escreveu CHIOVENDA, “é o fato objetivo da derrota; e a justificação deste instituto está em que a atuação da lei não deve representar uma diminuição patrimonial para a parte a cujo favor se efetiva.”*”.

³⁰⁴ A despeito dos elogios que o dispositivo merece por punir de forma bastante enérgica o litigante que descumpre os comandos judiciais, algumas críticas também lhe devem ser dirigidas; em primeiro lugar, por eximir os advogados das punições que prevê, sujeitando-os apenas àquelas eventualmente impostas pela OAB, no que contraria toda a sistemática adotada pelo próprio art. 14, cujos deveres são impostos a “*todos aqueles que participam do processo*”. Da mesma forma, pensamos que as penalidades previstas por este parágrafo deveriam ser aplicadas às violações de todos os incisos do art. 14 e não apenas às do inc. V, uma vez que, muito embora o desrespeito aos deveres previstos por esse inciso represente um descaso direto com o poder estatal (jurisdicional), o descumprimento dos outros deveres enunciados pelo Código é igualmente reprovável e nocivo à efetividade da jurisdição, além de também representar menoscabo à função jurisdicional, merecendo, por conta disso, a mesma reprimenda. O Professor Dinamarco também critica (bastante duramente) esse benefício dado aos advogados, lembrando que o mesmo não constava da redação original do projeto de lei que resultou na modificação legislativa (*A Reforma da Reforma*, p. 68).

³⁰⁵ Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco, *A Reforma da Reforma*, p. 65/68

³⁰⁶ Sendo aplicáveis, também, à nova fase de cumprimento de sentença, instituída pela Lei n.º 11.232/05, conforme aponta Fabio Milman, *Improbidade Processual*, p. 280.

Por fim, deve ser lembrada a existência de dispositivos isolados no Código de Processo Civil que prevêm multas ao litigante desleal (especialmente para o caso de interposição de recursos infundados), como os arts. 538, parágrafo único (relativo aos Embargos de Declaração protelatórios), 557, § 2º (relativo ao agravo), e outros mais.

Além dos dispositivos do Código de Processo Civil, também outros diplomas legais prevêm punições para os litigantes desleais, em especial, o Código Civil e a própria Consolidação das Leis do Trabalho.

Do primeiro, merece especial menção o art. 940, que prevê que *“Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição”*.

Trata-se de dispositivo – no nosso entender, perfeitamente compatível com o processo do trabalho – extremamente importante por conta de seu caráter moralizador, cuja aplicação certamente impediria a postulação de verbas já satisfeitas – procedimento não apenas desleal como também, como procuramos demonstrar, extremamente nocivo ao funcionamento do Judiciário, por acarretar o gasto – desnecessário – de tempo e recursos humanos e materiais que poderiam ser mais bem empregados na solução daqueles processos (ou pedidos) realmente necessários. Imperiosa, assim, sua aplicação nas lides trabalhistas³⁰⁷.

Por fim, já na CLT, merece destaque a previsão de seu art. 729, que prevê a aplicação de multa diária para o empregador que *“deixar de cumprir decisão passada em julgado sobre a readmissão ou reintegração de empregado”*, até o cumprimento da decisão – dispositivo, porém, de rara utilização (mas indiscutível utilidade, por representar forma de astreintes prevista já no início do século passado pela lei trabalhista)³⁰⁸.

³⁰⁷ Dispositivo assemelhado a esse é o art. 939 do Código Civil (mas de pouca aplicação prática na Justiça do Trabalho), que prevê que *“O credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida, fora dos casos em que a lei o permita, ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro”*.

³⁰⁸ O § 2º desse dispositivo também prevê uma multa para o empregador que dispensar seu empregado por ter servido como testemunha em processo judicial, na tentativa de assegurar um depoimento livre de pressão por parte do trabalhador.

2.4.b. Ressarcimento dos danos causados à parte contrária. O dano existencial e o assédio processual

Como vimos acima, o art. 18 do CPC prevê a possibilidade de o litigante desleal ser condenado ao ressarcimento dos prejuízos causados à parte contrária.

Essa condenação deverá englobar tanto os danos materiais quanto os danos morais eventualmente causados; afinal de contas, é absolutamente inegável que aquele que sofre contínuos ataques da outra parte e tem a satisfação de seu direito (ou o afastamento da pretensão a ele contrária) postergado pelo comportamento desleal e ardiloso desse litigante sofre prejuízo moral passível de reparação:

Uma palavra quanto ao dano moral e a litigância de má-fé: o dano moral é sempre presumido para aquele que, à sua frente, encontrar adversário a litigar de má-fé. Estar em juízo é estar sob impacto emocional, diante de incertezas, temores, alargada insatisfação, no tempo, de direito que entende ser credor (tanto para ver consagrado o pedido, ou a tese de defesa). O que se dizer, então, uma vez presente a malícia, o expediente procrastinatório do adversário, o socorro deste na inverdade? Nesse sentido lecionam Oscar da Cunha, Jorge Americano, Valter Ferreira Maia e Ana Lúcia Iucker Meirelles de Oliveira.³⁰⁹

E além dos danos materiais e morais que lhe são impingidos, a vítima do litigante desleal sofre, também, um terceiro tipo de dano, muito desenvolvido pela doutrina italiana e que se amolda, com perfeição, ao tema estudado: o chamado *dano existencial*, isto é, aquele decorrente dos transtornos causados ao dia-a-dia (rotina, modo de ser – existência, enfim) do indivíduo por conta do comportamento abusivo da parte contrária,

³⁰⁹ Fabio Milman, *Improbidade Processual*, p. 223. No mesmo sentido as palavras de Roberto Benavente Cordeiro: “Assim sendo, se não postulada e aplicada a multa por litigância de má-fé, ainda assim persistiria o abalo psicológico do indivíduo, de modo que plenamente viável se apresentaria o pleito de sua reparação em ação posterior. Aliás, analisada a questão sob o aspecto da responsabilidade civil do empregador, latente resulta também o seu dever de indenizar. (...) Indiscutível ainda o prejuízo moral causado ao trabalhador, que viu desqualificada pelo empregador a importância de sua mão de obra, bem como desconsideradas suas necessidades mínimas de sobrevivência, quando negados os títulos postulados. Inobservado, portanto, o valor social do trabalho, assim como a dignidade do trabalhador, preceitos esses fixados como fundamentos não só da ordem constitucional vigente, como também de todo o Direito do Trabalho, consoante se nota ao longo de sua evolução histórica, mormente após a celebração do Tratado de Versalhes, em 1919.” (*Assédio Processual*).

aquele tempo que ela teve que perder e que seria mais bem empregado não fosse o abuso processual do outro litigante³¹⁰.

A definição dessa figura – juntamente com a constatação de sua ocorrência em casos de abuso processual – foi muito bem feita por Marianna e Ilaria Pulice:

Dopo iniziali incertezze, recente giurisprudenza di legittimità ha ormai definitivamente riconosciuto la categoria del danno esistenziale. Alla luce del nuovo imprimatur segnato dalle sezioni unite della Suprema Corte, lo stesso appare ravvisabile in “ogni pregiudizio, comunque di natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile che alteri le sue abitudini e gli assetti relazionali propri, inducendolo a scelte di vita diverse quanto all’espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno” (Cass, Sez. Un., 24 marzo 2006, n. 6572).

Dunque, in ipotesi di constatata lite temeraria, il danno processuale risarcibile può comprendere anche poste esistenziali, le quali vengono individuate “nella perdita di tempo” subita dalla parte che si è dovuta recare dal difensore, oltre a partecipare alle udienze del processo; tempo che viene così “sottratto alle attività di svago” della persona precisamente “pur se non è sottratto all’attività lavorativa, è sottratto all’attività di svago”.. con conseguente modificazione peggiorativa, per quanto temporalmente delimitata, della qualità della sua vita.

(...)

Ciò significa che il tempo della giornata utilizzato per organizzare la difesa, consistente in colloqui col difensore, ricerca di documenti utili per la difesa, partecipazione ad una o più udienze del processo, è tempo occupato e che non può essere destinato ad altre attività realizzative dell’uomo; quali, a titolo meramente esemplificativo, svago, tempo libero, attività sportiva, incontri con amici o parenti, o altro come ha evidenziato la dottrina (G. Giusti, Il danno esistenziale alla prova della responsabilità per i danni processuali), il processo ci impone attività che potevamo evitare, che potremmo trovare estremamente sgradevoli; ci impedisce di svolgere la vita per come l’avevamo programmata o per quelle che erano le nostre abitudini. Impegna una diversa organizzazione della “agenda” della nostra vita (contatti con il difensore, tempi processuali che vengono a scandire la vita, fastidiose lettere della controparte, lunghe attese in sale di attesa di studi

³¹⁰ “*A litispendência não deveria ser, na vida das pessoas, um peso maior que o necessário. Mas é. Adiam-se audiências com extrema frequência e isso obriga as pessoas a sucessivos comparecimentos.*” (Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, p. 340).

professionali, spese dirottate da attività piacevoli a parcelle più o meno consistenti, discussioni in famiglia, creditori che guardano con sospetto il pignorado ingiustamente tale, voci nel quartiere, vincoli al proprio patrimonio e, di riflesso, alla propria esistenza, ecc.): tutto lecito se solo il processo non sia stato iniziato dolosamente o per grave colpa, se l'attività cautelare in senso lato non sia sostenuta dalla normale prudenza che deve caratterizzare l'utilizzo di strumenti processuali che pongono vincoli immediati alla controparte.

(...)

E' dunque meritevole di tutela giuridica anche il tempo perso e non potuto utilizzare altrimenti che per difendersi da pretese giudiziarie infondate. Come è stato condivisibilmente notato da parte di G. Giusti, op. cit., "è necessario assicurare il risarcimento di tutto ciò che il processo si è portato via della esistenza di una persona: dalle mere modificazioni della abitudini di vita, dal peggioramento qualitativo della stessa, sino ad arrivare ai più gravi danni, dovuti dalla perdita del lavoro, dalla perdita delle relazioni affettive, dei progetti di realizzazione personale nel lavoro e nella famiglia, della autostima, dell'intero mondo che rappresentava il punto di arrivo nel momento in cui il processo è entrato nella nostra vita, ottenendo un peggioramento oggettivo delle condizioni di vita, costringendo ad obbligate rinunce alle proprie abitudini di vita, rinunce, in alcuni casi della speranza di tornare un giorno alle proprie abitudini di vita".³¹¹

Como se vê dessa importante lição, os incômodos e os gastos (de tempo e dinheiro) impostos pelo litigante desleal à parte contrária são passíveis de reparação.

Importante frisar, ainda, que a ocorrência do dano existencial é presumida, automaticamente, do abuso processual, com base nas máximas de experiência – é isso que, invariavelmente, acontece, como bem apontam as citadas autoras:

La dimostrazione del pregiudizio esistenziale può essere desunta, in via indiretta, da nozioni di comune esperienza. Infatti, come affermato anche dalla Suprema Corte, "una volta accertata la ricorrenza della responsabilità aggravata non è necessario che l'interessato deduca e dimostri uno specifico danno, potendo desumersi detto danno da nozioni di comune esperienza" (Cass. Civ. 1031/2001).
(...) Ha osservato la dottrina che, la figura del danno esistenziale può rappresentare,

³¹¹ *Lite temeraria e risarcimento danni: Interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 96 c.p.c., tra danno esistenziale e "giusto processo".*

in definitiva, l'unico strumento valido al fine di tutelare la persona coinvolta nel processo ingiusto, che spesso non importerà alcuna lesione propriamente economica, ma, più comunemente, modificazioni peggiorative delle attività realizzatrici della persona.³¹²

Assim, é possível concluir que sempre que houver abuso processual, a parte contrária experimentará o dano existencial³¹³, passível de reparação.

E a configuração do dano existencial é ainda mais clara quando a parte inocente é vítima de constantes e repetidos ataques por parte do litigante desleal, que lança mão de todos os expedientes possíveis para dificultar a sua defesa, obrigando-lhe a gastar enorme quantidade de tempo e recursos para fazer frente às suas investidas.

A esse respeito, começa a surgir em nosso direito uma figura extremamente importante sobre o tema: o assédio processual, definido por Nilton Rangel Barreto Paim e Jaime Hillesheim como o *“conjunto de práticas reprováveis de uma das partes do processo, observadas ao longo do seu desenrolar, que aterrorizando, desgastando, desestimulando e humilhando a parte adversa, visam a tumultuar e protelar o feito”*³¹⁴.

Essa figura ganhou notoriedade nos meios trabalhistas por conta da (bem fundamentada) decisão proferida pela D. 63ª Vara do Trabalho de São Paulo/SP nos autos da ação trabalhista n.º 02784200406302004, na qual uma conhecida instituição financeira foi condenada ao pagamento de indenização por danos morais ao reclamante por ter atrasado, em muitos anos, a satisfação judicial de seu direito (já violado no plano material), lançando mão de todos os expedientes disponíveis para tumultuar e retardar o andamento do feito (valendo notar a precisa definição da figura do assédio processual pela r. decisão):

³¹² *Lite temeraria e risarcimento danni: Interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 96 c.p.c., tra danno esistenziale e "giusto processo"*.

³¹³ Sobre o enquadramento do dano existencial na tipologia dos danos reparáveis judicialmente, valiosa a lição de Marianna Pulice: *“A questo punto, quindi, lo schema del danno risarcibile può essere riassunto in una prima distinzione bipolare fra danno patrimoniale e danno non patrimoniale e in una ulteriore distinzione tripolare del danno non patrimoniale in c.d. danno morale soggettivo – consistente in un patema d'animo o in una sofferenza psichica di carattere interiore (c.d. pretium doloris) –, danno biologico – consistente in una lesione dell'integrità psicofisica accertabile in sede medico-legale – e c.d. danno esistenziale – consistente in ogni pregiudizio (di natura non meramente emotiva e interiore, ma oggettivamente accertabile anche per presunzioni) provocato sul fare areddittuale del soggetto, che alteri le sue abitudini e gli assetti relazionali propri, inducendolo a scelte di vita diverse quanto all'espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno.”* (L'ultima pagina in tema di danno esistenziale: Nota a Corte di Cassazione - Sezione Terza Civile, Sentenza 6 febbraio 2007, n. 2546).

³¹⁴ *O Assédio Processual no Processo do Trabalho*.

Praticou a ré “assédio processual”, uma das muitas classes em que se pode dividir o assédio moral. Denomino assédio processual a procrastinação por uma das partes no andamento de processo, em qualquer uma de suas fases, negando-se a cumprir decisões judiciais, amparando-se ou não em norma processual, para interpor recursos, agravos, embargos, requerimentos de provas, petições despropositadas, procedendo de modo temerário e provocando incidentes manifestamente infundados, tudo objetivando obstaculizar a entrega da prestação jurisdicional à parte contrária.

A ré ao negar-se a cumprir o acordo judicial que celebrou com o autor, por mais de quinze anos, interpondo toda sorte de medidas processuais de modo temerário, e provocando incidentes desprovidos de fundamento, na tentativa de postergar ou impedir o andamento do feito, praticou autêntico “assédio processual” contra o autor e o Poder Judiciário.

Ante todo o conjunto probatório, torna-se evidente a conduta dolosa do réu, objetivando o não cumprimento de decisão judicial, ofendendo a dignidade do autor como pessoa humana. (...)

O autor laborou por 30 anos ininterruptamente, e após celebrar acordo judicial com o réu, foi tratado em condições ofensivas à dignidade humana.

O réu, uma das maiores instituições financeiras do país, utilizou-se de todo seu aparato jurídico para massacrar os direitos, a honra e a imagem do autor que, repise-se, lá laborou desde 12.09.1995.

Frágil, perante o poderio econômico do réu, e atado o Poder Judiciário pelas malhas das normas processuais que permitiram ao réu delongar o cumprimento de sua obrigação por mais de quinze anos, nada restou ao sofrido autor do que esperar. Neste ínterim, sofreu a vergonha e a humilhação de um empregado que após 30 anos de trabalho à mesma instituição se vê por ela massacrado.

A estratégia processual adotada pela ré arrastou pela via crucis não só o autor, mas também muitos outros empregados, que pelo imenso volume de processos em andamento, não conseguem receber suas verbas de natureza alimentar. Dito de outra forma, o réu onerou o Poder Judiciário, concorrendo para o sobrecarregando da Vara, requerendo o labor de vários Servidores para a movimentação do processo, atrasando o andamento dos demais.

Por certo, o autor tem direito a indenização por dano moral. Atingido em seus direitos individuais, sofreu a angústia daquele que sente-se ofendido, até mesmo

em sua alma, esta última, um dos bens jurídicos que devem ser protegidos do assédio moral nas palavras de Francisco González Navarro.³¹⁵

Esta decisão, como se vê, contém importantes considerações sobre a configuração do assédio processual (que pode, inclusive, vir a configurar uma forma de assédio moral³¹⁶) e as nefastas conseqüências que dele decorrem para a parte inocente, a impor – tal como fora decidido – a sua pronta (e integral) reparação³¹⁷.

2.4.c. A invalidade dos atos processuais abusivos

Outra linha de conseqüências para os atos processuais abusivos é o decreto de sua invalidade. Medidas nesse sentido podem ser de extrema utilidade para o processo, evitando que tais atos atinjam seu desiderato de procrastinar o andamento do feito e/ou induzir o julgador a erro, mostrando-se, assim, como um importante instrumento para garantir a efetividade da jurisdição.

Nosso ordenamento jurídico já contém algumas medidas que caminham nesse sentido, como, por exemplo, a autorização para os tribunais negarem seguimento a recursos manifestamente infundados ou contrários à jurisprudência dominante (do que se

³¹⁵ Trechos da sentença proferida pela D. 63ª Vara do Trabalho de São Paulo/SP nos autos da ação trabalhista n.º 02784200406302004 – reformada, porém, pela instância superior.

³¹⁶ Cf. sentença acima citada e Nilton Rangel Barreto Paim e Jaime Hillesheim, *O Assédio Processual no Processo do Trabalho*.

³¹⁷ No mesmo sentido as oportunas considerações de Roberto Benavente Cordeiro: “Inegável o prejuízo que a injustificada morosidade no andamento processual causa ao titular do direito a ser reconhecido, mormente em âmbito juslaboral, em que o cabimento de títulos de natureza alimentar, asseguradores do mínimo necessário à subsistência do ser humano é discutido. O empregado depende essencialmente desse núcleo mínimo de direitos para sobreviver. Uma vez não concedidas tais verbas ao longo do pacto laboral, resta claramente configurada afronta à dignidade humana do obreiro, o que por si só, resulta em abalo moral. A protelação no reconhecimento judicial de tais créditos, após o término do contrato, da mesma forma, prolonga o sofrimento do trabalhador, incrementando, conseqüentemente, o sofrimento desse. A compensação por tal acréscimo de dano, portanto, é medida que se impõe. A morosidade processual afronta igualmente o interesse público, vez que, além de manter sobrecarregado o poder judiciário, impede a pacificação dos litígios, finalidade máxima da atividade jurisdicional. Nesse sentido, louvável se mostra a decisão em comento, uma vez que, fulcrada no caráter pedagógico do dever de indenizar, apresenta novo instrumento destinado a propiciar a efetividade e a celeridade do provimento jurisdicional. De certo, a exemplar sanção aplicada in casu desencoraja tanto a própria parte condenada a reiterar sua conduta, como também todo e qualquer outro indivíduo que venha a litigar em âmbito jurisdicional, dado o receio de prejuízo decorrente de eventual sanção que igualmente lhe fosse imputada. Desestimulado o assédio processual, torna-se possível o regular andamento do feito, e a entrega da prestação jurisdicional de forma rápida, guardada a reserva do possível, em face dos já notoriamente conhecidos problemas estruturais do Poder Judiciário brasileiro.” (*Assédio Processual*).

presumiria o seu caráter meramente protelatório³¹⁸), prevista nos arts. 557 do CPC e 896, § 5º, da CLT, ou a permissão para a antecipação da tutela pretendida na Inicial caso a defesa apresentada pelo réu se mostre meramente protelatória, abusiva ou nem sequer impugne todos os fatos litigiosos (CPC, art. 273, inc. II e § 6º).

É possível, porém, que se vá além disso e se pense na própria invalidade dos atos processuais abusivos, idéia defendida, por exemplo, por Alberto Luis Maurino:

La existencia de actos del proceso antifuncionales, genera la posibilidad de solicitar la declaración de nulidad, revocándolos y aún clausurando la etapa en que se produjo. (...) La nulidad del acto abusivo es una sanción más perfecta. La sanción por daños y perjuicios constituye una forma sustitutiva y no restitutiva que es a la que primero tende el derecho.³¹⁹

Essa hipótese é expressamente prevista pelo art. 57 do Código Federal de Procedimientos Civiles mexicano, que prevê que “*Los tribunales no admitirán nunca incidentes, recursos o promociones notoriamente maliciosos o improcedentes. Los desecharán de plano, sin necesidad de mandarlos hacer saber a las otras partes, ni dar traslado, ni formar artículo*” – medida bastante drástica, que deve ser aplicada com parcimônia para não cercear o direito de defesa da parte, mas que, quando presentes os requisitos legais, pode ser de extrema utilidade para o bom andamento do processo.

Uma linha semelhante, bastante desenvolvida no direito argentino, é a do chamado “retraso desleal” no exercício da ação, pelo qual se entende caduco o direito de exercício de uma determinada pretensão quando o mesmo foi deslealmente retardado por seu titular, para prejudicar a parte contrária:

La doctrina y jurisprudencia alemanas han elaborado una serie de supuestos típicos de reproche al accionar abusivo de un derecho, caracterizando la Verwirkung como aquella limitación al derecho de un titular quien por mucho tiempo no se ha

³¹⁸ O que não é totalmente livre de críticas, especialmente por conta do teor de algumas Súmulas dos tribunais superiores – especialmente aquelas que têm como único objetivo diminuir a carga de processos que lhe são submetidos, por meio de instrumentos nem sempre legítimos.

³¹⁹ *Abuso del Derecho en el Proceso*, p. 130/131.

preocupado de hacerlo valer, dando lugar con su actitud omisiva a que el demandado pueda esperar objetivamente que el derecho ya no sea ejercido. (...)

La postergación indefinida apareja, objetivamente considerada, una actitud desleal cuando se pretende obtener una ventaja, y ésta resulta intolerable a la luz de las circunstancias que precedieron el caso.³²⁰

No direito do trabalho, uma hipótese de aplicação dessa teoria pode ser a ação movida pelo empregado detentor de garantia de emprego após exaurido o prazo da estabilidade, buscando apenas o recebimento dos salários do período (mas sem oferecer à parte contrária a sua contraprestação – trabalho)³²¹.

2.4.d. Consequências criminais do abuso processual

Por fim, vale lembrar que algumas formas de que se reveste o abuso processual podem apresentar, até mesmo, consequências na esfera criminal.

Enquadram-se nessa categoria, entre inúmeras outras, as condutas de falsidade ideológica (art. 299 do CP) ou documental (art. 298), a possibilidade de configuração dos crimes de calúnia, difamação ou injúria dependendo dos termos utilizados no processo (arts. 138/140 do CP), a fraude à execução (expressamente tipificada no art. 179 do CP), os crimes de resistência, desobediência ou desacato (arts. 329/331 do CP) e, por fim, os diversos crimes previstos na seção do Código Penal relativa aos crimes contra a Administração da Justiça, tais como os de coação no curso do processo (pelo qual se pressiona alguém que vai participar do processo a favorecer determinados interesses – art. 344 do CP) e de sonegação de papel ou objeto de valor probatório (que compreende a inutilização ou ausência de devolução de objeto probatório ou dos próprios autos do processo pelo advogado – art. 356 do CP).

³²⁰ Osvaldo Alfredo Gozaíni, *Temeridad y Malicia en el Proceso*, p. 236/237. No mesmo sentido: “En la jurisprudencia argentina, se ha sostenido que contradice los principios de lealtad, probidad y buena fe procesal la conducta adoptada por el accionante, se demoró inexplicablemente el inicio de la demanda por responsabilidad contractual, haciéndolo dos días antes de cumplirse el plazo decenal de prescripción.” (Alberto Luis Maurino, *Abuso del Derecho en el Proceso*, p. 118).

³²¹ “Exaurido o período estável, litiga o demandante em abuso de direito, na medida em que deixou transcorrer na inércia o período de estabilidade.” (TRT 2ª Reg., 1ª Turma, Ac. n.º 20000680677, 18.12.00, Rel. Juiz Plínio Bolívar de Almeida). No mesmo sentido: TST, 5ª Turma, RR 488.532/98, DJ de 15.02.02, Rel. Min. João Batista Brito Pereira.

3. DO ABUSO DO PROCESSO PELOS ADVOGADOS

É inegável a enorme participação dos advogados na prática dos ilícitos processuais; quando não são diretamente responsáveis pelos mesmos (sem sequer o conhecimento de seus clientes), eles são, no mínimo, com eles coniventes, posto que sua formação técnica os permite (ou deveria permitir) saber da ilicitude dos atos de seus clientes³²², já que é por meio do advogado que a parte atua no processo.

Daí a importância de se analisar, também, os direitos e deveres processuais dos advogados, para que se possa ver, em seguida, suas violações mais frequentes e as consequências daí decorrentes.

3.1. DIREITOS PROCESSUAIS DOS ADVOGADOS

Apesar do advogado possuir alguns deveres autônomos em relação àqueles de seu constituinte, não nos parece que se possa falar quanto a eles, propriamente, em direitos processuais desvinculados dos de seu cliente. Mais correta é a afirmação de que suas “faculdades” e “direitos” no processo nada mais são do que reflexos das faculdades e direitos de seu cliente ou, em outros casos, prerrogativas instrumentais à defesa dos interesses de quem o contratou e ao exercício de sua profissão.

É esse o caso das prerrogativas de compulsar os autos do processo (o que também é dado à parte) e retirá-los em carga (prerrogativa esta exclusiva do advogado), conforme previsto pelo art. 40 do CPC, algo indispensável ao exercício de sua profissão.

O mesmo pode ser dito quanto às prerrogativas previstas no art. 7º do Estatuto da Advocacia (Lei n.º 8.906/94), como ingressar nas salas de audiência e tribunais, sustentar oralmente suas razões de recurso, etc..

Fora isso, sempre que o advogado age, o faz em nome de seu cliente, representando-o e instrumentalizando o exercício de seus direitos e faculdades processuais.

³²² Sendo certo, porém, que, algumas vezes, não é dado ao advogado se opor a tais atos, como quando houver entre ele e o seu cliente uma tal dependência similar à que há entre empregado e empregador (por exemplo, face à importância econômica que aquele cliente representa para ele) – principalmente quando o causídico for, precisamente, empregado de seu cliente (a figura do advogado empregado).

3.2. DEVERES PROCESSUAIS DOS ADVOGADOS

A disciplina dos deveres dos advogados no processo é semelhante àquela aplicável às partes, já que os principais dispositivos aplicáveis a estas estão inseridos na Seção do Código que trata “*dos deveres das partes e dos seus procuradores*”, além de que os deveres instituídos pelo art. 14 são deveres “*das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo*” – afinal de contas, o advogado não atua no processo em nome próprio, a ele se estendendo, por via reflexa, as regras que disciplinam a conduta de seu constituinte.

Assim, também os advogados (e especialmente eles, por conta de seu preparo técnico) devem contribuir para a justa e rápida solução do litígio. Afinal de contas, apesar de não atuar em nome próprio, é inegável que o advogado influi diretamente no resultado do litígio – até porque, não poucas vezes, a parte sequer tem conhecimento das providências tomadas por seu advogado.

É por meio do advogado que, na grande maioria das vezes, se materializam as violações aos deveres processuais cometidas pelas partes: deve ele, nesses casos, agir como um filtro, dissuadindo seu cliente de agir de forma contrária à dignidade da Justiça³²³ (até mesmo por conta das consequências processuais daí advindas para o cliente e para o próprio advogado) – e, quando não o faz, também ocorre em ilícito processual, passível de punição.

Na verdade, até mesmo por conta de seu preparo técnico, o advogado deve saber o que é permitido ou não no processo, de modo que seus desvios se mostram até mesmo mais reprováveis do que os das partes, leigas no assunto e emocionalmente envolvidas com o resultado da causa.

Dessa feita, o advogado deve agir em juízo de acordo com a regra geral da lealdade³²⁴, abstendo-se de aduzir manifestações mentirosas ou sabidamente desfundamentadas, de retardar de modo desnecessário o andamento do feito ou de dificultar a concretização dos comandos judiciais, e isso de duas formas: abstendo-se de tomar esses procedimentos e aconselhando seu cliente a não fazê-lo. Deve o advogado

³²³ Nesse sentido, dispõe o Código de Ética e Disciplina da OAB ser dever do advogado “*aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial;*” (art. 2º, parágrafo único, inc. VII). É certo, inclusive, que o Código de Ética e Disciplina da OAB permite ao advogado se recusar a patrocinar pretensão que “*contrarie expressa orientação sua, manifestada anteriormente*” (art. 4º, parágrafo único), além de impor ao advogado, em seu art. 8º, o dever de “*informar o cliente, de forma clara e inequívoca, quanto a eventuais riscos da sua pretensão, e das consequências que poderão advir da demanda*”.

³²⁴ Como prescreve o inc. II do parágrafo único do art. 2º do Código de Ética e Disciplina da OAB.

conduzir seu cliente para o caminho da retidão e da Justiça, não compactuar com seu desvio - inclusive, se for o caso, mediante a renúncia dos poderes que lhe foram concedidos.

Em suma, ao advogado se aplicam todos os deveres dos art. 14, 15 e 195 (que é específico dos advogados³²⁵) do CPC, devendo ele, também, abster-se de praticar, com ou sem orientação de seu constituinte, aquelas condutas contidas nos arts. 17 e 600 do CPC, sob pena, como dito, de incorrer em ilícito processual, passível de punição.

Além disso, o advogado está sujeito a duas obrigações específicas suas: devolver, no prazo legal, os autos do processo retirados em carga e informar ao juízo suas mudanças de endereço (facilitando, com isso, a comunicação dos atos processuais), sob pena de considerarem-se válidas as comunicações enviadas para o endereço constante dos autos.

Os dispositivos do CPC sobre os deveres dos advogados são complementados pelas disposições do Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei n.º 8.906/94) e do Código de Ética e Disciplina da OAB.

Desses diplomas, merecem especial destaque as previsões dos incisos VI, XIV e XVII do art. 34 do Estatuto da Advocacia, que definem como infração disciplinar, respectivamente, “*advogar contra literal disposição de lei*”, “*deturpar o teor de dispositivo de lei, de citação doutrinária e de julgado, bem como de depoimentos, documentos e alegações da parte contrária, para confundir o adversário ou iludir o juiz da causa*” e “*prestar concurso a clientes ou a terceiros para realização de ato contrário à lei ou destinado a fraudá-la*”, assim como o art. 6º do Código de Ética e Disciplina, que reforça ser “*defeso ao advogado expor os fatos em Juízo falseando deliberadamente a verdade ou estribando-se na má-fé*”.

Infelizmente, não são raras as vezes em que, no foro trabalhista, se verifica a violação desses deveres por parte dos advogados, o que deveria ensejar a sua devida punição, para que comportamentos semelhantes sejam desestimulados – o que raramente acontece.

No tópico seguinte, analisaremos os casos mais comuns de abuso processual pelos advogados.

³²⁵ E é repetido pelo art. 7º, inc. XV, do Estatuto da Advocacia e da OAB – que também prevê como infração disciplinar o “*reter, abusivamente, ou extraviar autos recebidos com vista ou em confiança*” (art. 34, inc. XXII).

3.3. ABUSO DO PROCESSO PELOS ADVOGADOS

Como o advogado age em nome e por conta de seu cliente, seu abuso do processo se dá, basicamente, pelas mesmas formas pelas quais se dá o abuso das partes, até porque a grande maioria das condutas abusivas das partes é praticada exatamente por meio de seu patrono³²⁶ – a única diferenciação que pode haver é quanto à iniciativa de tais atos, se exclusiva das partes (ou de seus patronos) ou fruto de combinação entre ambos.

As únicas formas de abuso exclusivas dos advogados dizem respeito àqueles poucos direitos e deveres que lhe são exclusivos, relacionados à sua própria atuação profissional, como a não devolução dos autos do processo no prazo legal (para retardar o andamento do feito), o excesso de linguagem em suas manifestações e a alteração fraudulenta na citação de dispositivos legais, lições doutrinárias ou decisões judiciais.

3.4. CONSEQÜÊNCIAS DO ABUSO PROCESSUAL PELOS ADVOGADOS

O estudo das conseqüências do abuso processual praticado pelos advogados deve necessariamente distinguir entre suas conseqüências endoprocessuais (isto é, no mesmo processo em que o abuso ocorreu) e extraprocessuais.

Endoprocessualmente, como o advogado age em nome e por conta de seu constituinte, presumindo-se ter sido por ele orientado a agir daquela determinada maneira, as conseqüências de seus abusos são, basicamente, as mesmas previstas para os abusos praticados pelas partes.

Na verdade, mesmo nesses casos, a regra geral é que quem sofre as conseqüências desses atos é a própria parte e não seu advogado: assim, por exemplo, é a parte quem sofre as penas previstas no art. 18 do CPC³²⁷, assim como aquelas previstas em

³²⁶ Sendo certo, de outro lado, que “*No puede hacerse responsable al abogado de toda inverosimilitud de su patrocinado, puesto que no puede convertirse en un investigador de los hechos que se le narran y que son del conocimiento personal de su cliente*”; mas “*los letrados pueden ser sancionados en forma independiente o conjunta con sus clientes y en la medida en que hayan afirmado circunstancias o hechos acerca de los cuales se puede advertir fácilmente que no son verdaderos y que tienden a confundir maliciosamente al juez*” (Alberto Luis Maurino, *Abuso del Derecho en el Proceso*, p. 139 e 142, respectivamente).

³²⁷ Existindo, porém, várias decisões do C. STJ que aplicam tais penas diretamente (e apenas) ao advogado: “*PROCESSO CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL - DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – RECURSO PROTETATÓRIO - CONDENAÇÃO DO PROCURADOR AO PAGAMENTO DE MULTA. 1. Inexistência de omissão, mas inconformismo da parte com o julgamento do recurso especial. 2. Embargos de declaração interpostos com propósito meramente protetatório, buscando retardar o desfecho da demanda. 3. Aplicação de multa de 1% (um por cento), além*

seu art. 601 e nos demais dispositivos que prevêm sanções pelo comportamento desleal no processo, mesmo quando não praticou diretamente o ato ou dele sequer teve conhecimento.

Tal medida, apesar de parecer, em alguns casos, injusta, é realmente a mais acertada, seja pela culpa *in eligendo* e/ou *in vigilando* da parte que contratou e/ou não fiscalizou esse profissional, seja porque à parte prejudicada pela litigância desleal (e para o próprio juiz da causa) essa discussão (sobre o “mentor” dos atos desleais) é de todo irrelevante, não podendo servir, de forma alguma, para retardar a satisfação de seu direito ou mesmo afetar a aplicação das penas previstas para a litigância de má-fé (até mesmo pela dificuldade em se definir de quem foi a culpa).

Nesse caso, a solução correta é a de, no processo original, se responsabilizar a parte pela litigância de má-fé (se for o caso, inclusive, de maneira solidária com seu advogado³²⁸ – com base, até, no art. 942 do Código Civil), ressaltando-se a ela o direito de, em processo autônomo, discutir sua culpa ou não nessa condenação e, caso a hipótese seja negativa, ser ressarcida pelos prejuízos causados por seu advogado³²⁹, nos termos do próprio art. 32 do Estatuto da OAB (Lei n. 8.906/04³³⁰). Essa solução deve valer tanto para as sanções previstas pelo Código para os atos processuais abusivos como também para as indenizações deles decorrentes, estudadas no tópico relativo às partes.

de indenização de 10% (dez por cento), ambos incidentes sobre do valor atualizado da causa, a ser suportada pelo advogado subscritor do recurso, nos termos do art. 14, II c/c 17, VII e 18, caput do CPC, pois é dever das partes e dos seus procuradores proceder com lealdade e boa-fé. 4. Embargos de declaração rejeitados, com imposição de multa e indenização.” (STJ, 2ª Turma, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 314173, 17.12.02, Rel. Min. Eliana Calmon); outras decisões o condenam solidariamente com a parte, como veremos na nota seguinte. É de se frisar, porém, que tal medida, conquanto nos pareça da mais absoluta Justiça, pode ser questionada face à redação dos arts. 16 a 18 do CPC, que fazem referência apenas às partes como “litigantes”, não enquadrando em tal definição a figura de seu procurador – lembrando-se, a respeito, que essa diferença de tratamento quanto à responsabilização das partes e seus procuradores consta também do parágrafo único do art. 14 do Código. No direito comparado, encontramos a possibilidade de punição do advogado no próprio processo judicial, juntamente (ou não) com seu cliente, no direito argentino (art. 45 do CPCC), no colombiano (art. 73 do CPC) e no mexicano (art. 145 do CPC do Estado do México).

³²⁸ Até mesmo porque, como visto, ele tinha a obrigação legal de se comportar de forma adequada no processo e impedir eventuais atos desleais de seu cliente; se não o fez, deve por isso responder – exceto nas hipóteses em que o ato praticado seja de exclusiva culpa e participação de seu cliente (como, por exemplo, seu depoimento pessoal), hipótese em que o advogado não poderá ser responsabilizado (e, reflexamente, caso seja condenado pela litigância de má-fé de seu cliente mas não tenha culpa sobre tais atos, poderá propor ação visando ao ressarcimento dos prejuízos sofridos). Há decisões que condenam o advogado solidariamente com a parte, por exemplo: TRT da 2ª Região, 4ª Turma, Ac. n. 20060617556, 15.08.06, Rel. Juiz Sérgio Winnik – o Estatuto da OAB, porém, no parágrafo único de seu art. 32, dispõe de forma contrária, prevendo que a responsabilização do advogado deve ser apurada em processo separado.

³²⁹ Que, exatamente por conta disso, deve se proteger e, de antemão, documentar as orientações recebidas de seu cliente e os eventuais alertas a ele feitos sobre as consequências dos atos que pretendeu realizar.

³³⁰ “O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.”. No mesmo sentido, Fabio Milman, *Improbidade Processual*, p. 73 e 135, e Cândido Rangel Dinamarco, *A Reforma da Reforma*, p. 68.

A única consequência “exclusiva” dos advogados no que toca à litigância desleal é que apenas eles se sujeitam à aplicação dos arts. 195 e 196 do CPC, que punem o advogado que retirou os autos em carga e deixou de devolvê-los no prazo legal (claro exemplo de ato processual protelatório) com as penas de desentranhamento (de ofício, pelo magistrado) das alegações e documentos que apresentar³³¹, além da perda do direito de retirar o processo em carga e do pagamento de multa (mas, essas duas, apenas caso tenha permanecido inerte mesmo depois de intimado para devolver os autos) – sem prejuízo de eventuais sanções disciplinares pela OAB.

Fora do processo originário, os atos abusivos do advogado se sujeitam à aplicação da lei criminal, de forma semelhante à aplicável às partes, e, principalmente, a sanções administrativas por parte da Ordem dos Advogados.

4. DO ABUSO DO PROCESSO PELOS MAGISTRADOS

Por fim, cumpre analisar as hipóteses de abuso do processo pelos magistrados³³².

4.1. PODERES-DEVERES DOS MAGISTRADOS

Como dito de início, mais do que a análise dos deveres dos sujeitos do processo, é necessária uma breve análise de seus direitos ou poderes³³³, porque é no seu

³³¹ Trata-se de medida bastante drástica que, como tal, deve ser aplicada com bastante parcimônia, para que não resulte em uma indevida limitação do direito de defesa da parte. Deve, assim, ser restringida para aqueles casos em que a parte extrapola bastante o prazo legal – e o faz com alguma frequência –, não para um atraso de poucos dias, na primeira vez que ocorrer, sob pena de restar caracterizado o cerceamento do direito de defesa da parte.

³³² “Ainda no seu primeiro significado, de resto, trata-se de um poder que é ao mesmo tempo um dever: o dever do juiz de exercer a função pública de julgar. E porque o exercício de tal função é disciplinado por regras e princípios, escritos ou não escritos, a óbvia consequência será uma responsabilidade no sentido ulterior de sujeição a sanções (“liability”) daqueles que, em tal exercício, violem essas regras ou princípios, e/ou daqueles comprometidos com uma “responsabilidade substitutiva”, para o caso de tal violação.” (Mauro Cappelletti, *Juízes Irresponsáveis?*, p. 17).

³³³ No caso dos magistrados, não se pode falar propriamente em direitos, mas sim em poderes ou, mais precisamente, poderes-deveres, já que seu exercício é rigidamente estabelecido e limitado pela lei processual, nos termos da própria Seção do Código em que tais normas vêm previstas, “*Dos Poderes, dos Deveres e da Responsabilidade do Juiz*”: “O juiz tem também deveres no processo. Todos os poderes de que dispõe caracterizam-se como poderes-deveres, uma vez que não lhe são conferidos para a defesa de interesses seus, ou do próprio Estado, mas como instrumento para a prestação de um serviço à comunidade e particularmente aos litigantes. Não só o dever de sentenciar ele tem (v. logo acima), mas ainda o de conduzir o processo segundo a ordem legal estabelecida (devido processo legal), propiciando às partes todas as oportunidades de participação a que têm direito e dialogando amplamente com elas mediante

mau uso – mais do que na violação de seus deveres propriamente ditos – que se dá, na maior parte dos casos, o abuso processual.

Os poderes do juiz no processo se dividem em duas categorias: aqueles relativos à movimentação e instrução processual e aqueles relativos ao julgamento do feito.

No primeiro grupo, compreendem-se os seus poderes de “*de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo*” (CPC, art. 130 e CLT, art. 765), aí incluídas todas as espécies de prova: testemunhal, documental, técnica, etc..

Da mesma forma, cabe-lhe também tomar as providências opostas, no sentido de vetar “*as diligências inúteis ou meramente protelatórias*” requeridas pelas partes (CPC, art. 130): enquanto responsável pela direção do processo, cabe ao magistrado um primeiro “poder de polícia” sobre as partes, analisando e, conforme o caso, deferindo ou indeferindo seus requerimentos (sempre de forma fundamentada, obviamente).

Além disso, cabe a ele tomar as medidas necessárias para assegurar o andamento do processo, determinando a passagem de um ato ou fase processual para outra, sempre mantendo o curso e a boa ordem do feito. Em sentido semelhante, cabe a ele, também, reprimir e punir o abuso processual por parte dos litigantes, de forma a manter a ordem processual e zelar pela rápida solução do litígio.

Todos esses poderes atribuídos aos magistrados já envolvem, direta ou indiretamente, a tomada de decisões, seja por despachos de mero expediente, seja por decisões interlocutórias; já ao tomá-las o juiz pode extrapolar seus poderes e incorrer em abuso de direito, violando o direito das partes.

No segundo grupo de poderes atribuídos aos magistrados se inserem as decisões finais – meritórias ou terminativas -, com as quais o litígio se encerra (pelo menos, perante aquela instância judicial).

O que importa deixar claro é que todas as prerrogativas atribuídas aos magistrados constituem poderes-deveres, o que ressalta a necessidade de prudência em seu exercício – e, quando isso não ocorre, surge o abuso.

despachos e decisões tão prontas quanto possível e motivação das decisões em geral (garantia constitucional do contraditório).” (Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, p. 294).

Deveras, conquanto incumba ao magistrado a direção do processo, sua liberdade de ação não é irrestrita mas, ao contrário, rigidamente disciplinada e limitada pela lei processual, como bem apontou Antônio Cláudio da Costa Machado:

O magistrado, embora receba da lei a função de dirigir, conduzir, comandar a relação processual e o *status* de *dominus processus* (o senhor do processo), nada faz senão sob estrita obediência ao direito processual, daí dizer-se que o juiz é escravo da lei. A segurança jurídica do cidadão, no Estado de Direito, está principalmente na legalidade, que alcança a todos, e não na figura do juiz, embora este seja indispensável à preservação do direito e à tutela da liberdade.³³⁴

De fato, sempre que o juiz extrapola os limites desses seus poderes-deveres, os utiliza de forma divorciada de suas finalidades (ou, em sentido oposto, deixa de exercê-los quando deveria) ou viola, diretamente, seus deveres processuais, comete ato ilícito, tal qual qualquer outro sujeito do processo.

Vejamos, agora, quais são os principais deveres impostos ao magistrados.

4.2. DEVERES DOS MAGISTRADOS

4.2.a. Dever de tratamento igualitário

O primeiro dever imposto aos magistrados é o de “*assegurar às partes igualdade de tratamento*” (CPC, art. 125, inc. I). Trata-se de corolário da garantia constitucional da isonomia, diretamente ligada, também, à necessária imparcialidade de que deve estar imbuído o julgador.

³³⁴ *Código de Processo Civil Interpretado*, p. 170. Nesse sentido, o próprio art. 125 do CPC estabelece que “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código”. Vale lembrar, a propósito, que, nos termos do art. 6º do Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei n.º 8906/94), “Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos”; lamentavelmente, nem todos juízes pensam assim, havendo alguns poucos que se julgam – e, pior, se comportam – como sendo superiores aos demais indivíduos, como – incrivelmente – fez-se constar de dada decisão judicial: “A liberdade de decisão e a consciência interior situam o juiz dentro do mundo, em um lugar especial que o converte em um ser absoluto e incomparavelmente superior a qualquer outro ser material. A autonomia de que goza, quanto à formação de seu pensamento e de suas decisões, lhe confere, ademais, uma dignidade especialíssima. Ele é alguém em frente aos demais e em frente à natureza; é, portanto, um sujeito capaz, por si mesmo, de perceber, julgar e resolver acerca de si em relação com tudo o que o rodeia. Pode chegar à autoformação de sua própria vida e, de modo apreciável, pode influir, por sua conduta, nos acontecimentos que lhe são exteriores.” (Reclamação Trabalhista n.º 01718. 2007.027.13.00-6, em curso na Vara do Trabalho de Santa Rita/PB).

Seu conteúdo não oferece mistério: deve o magistrado, em todos os atos e fases do processo, tratar as partes da mesma forma, sem beneficiar (ou prejudicar) uma em relação à outra. Tudo que for permitido ou negado a uma das partes deve também ser para a outra (desde que, é claro, se trate de requerimentos legítimos); mais importante ainda, deve o juiz comportar-se com isenção, sem conduzir o processo de forma a favorecer uma das partes em detrimento da outra.

Na seara trabalhista, este dispositivo traz um interessante questionamento: deve o juiz do trabalho, também no processo, seguir o princípio protetivo, que rege o direito material trabalhista e, por conta disso, “proteger” o trabalhador, dispensando-lhe um tratamento diferenciado também no processo ou, ao contrário, devem as partes ser tratadas de modo rigorosamente igual, ficando a aplicação do princípio protetivo restrita ao direito material?

Em outros termos, é legítimo o comportamento, bastante comum na Justiça do Trabalho, daquele magistrado que, especialmente em audiência, se posiciona claramente em favor do trabalhador?

A questão não é simples, demandando, para a sua solução, a análise de algumas situações distintas.

É sabido que o princípio da isonomia significa o dever de se tratar igualmente aqueles que se encontram na mesma situação – e de forma desigual aqueles que desiguais são, exatamente para que se alcance a igualdade entre eles. Conseqüentemente, uma primeira etapa necessária é se definir se as partes da lide trabalhista podem ser consideradas litigantes em igualdade de condições ou se, ao contrário, há entre eles uma diferença de situação que conceda a algum deles alguma vantagem processual, de modo a desequilibrar a relação.

Neste tópico, é bastante difícil a definição de uma regra *a priori*, aplicável a todas as situações. Haverá casos, sem dúvida, que empregado e empregador possuirão as mesmas condições *processuais* de fazer valer os seus direitos, dispensando, por completo, qualquer atitude suplementar por parte do magistrado.

Muitas vezes, porém, é sabido que as condições processuais do empregado e do empregador não são as mesmas e, também no processo, o empregador estará em uma posição de superioridade, tendo melhores condições para influir no resultado do feito. Isso se dará, principalmente, com relação (i) à própria formulação das pretensões do autor (que

nem sempre tem condições de saber todos os direitos a que faz jus) e, em especial, (ii) à produção das provas necessárias ao esclarecimento do litígio³³⁵.

Com relação ao primeiro ponto, entendemos que, desde que seja respeitado o direito de defesa da parte contrária, é legítima a modificação (ou ampliação) da demanda no curso do processo, para que a totalidade dos direitos do empregado que, porventura, tenham sido violados possam ser restabelecidos³³⁶.

Quanto à produção de provas, até mesmo por conta dos poderes instrutórios que a lei atribui ao magistrado (CPC, art. 130, e CLT, art. 765), é possível que o juiz complemente uma deficiente iniciativa instrutória por parte do litigante menos favorecido e determine, de ofício, a produção de provas³³⁷, com vistas ao integral esclarecimento dos fatos litigiosos (até porque a prova documental, no mais das vezes, se encontra em posse do empregador, que não pode se eximir de juntá-la quando exigido pelo juiz da causa como providência necessária à solução do feito, ainda que isso atente contra seus interesses³³⁸).

É certo, no entanto, que eventual iniciativa probatória não deve, jamais, afetar a imparcialidade do julgador, que deve, sempre, conceder a oportunidade de manifestação e contra-prova pela parte contrária e, principalmente, proferir uma decisão com base na prova produzida no feito e no direito material aplicável à espécie – não na debilidade processual (ou econômica) de um dos litigantes.

³³⁵ Além disso, também deve ser lembrada a maior capacidade do empregador de agüentar a demora do processo – elemento a que deve estar atento o magistrado e que pode ser minorado, principalmente, por meio da utilização da antecipação da tutela e da repressão do abuso processual por parte do devedor.

³³⁶ Uma forma interessante de fazê-lo seria a utilização de um procedimento semelhante ao previsto no processo penal (CPP, art. 384), com a abertura de prazo para a parte contrária defender-se e produzir as provas que julgar necessárias, mas sendo possível a ampliação do objeto do processo durante o seu desenrolar (até um determinado momento processual, pelo menos) – ponto, no mais, defendido por parte da doutrina e admitido até mesmo pelo C. TST, como demonstra, por exemplo, sua Súmula n.º 293 – essa, ainda, que não prevê a concessão de prazo para a parte contrária, em aparente violação ao contraditório.

³³⁷ Ou até mesmo inverta o ônus da prova, de forma semelhante ao que se dá no direito do consumidor (art. 6º, inc. VIII, do CDC: “*Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências*”).

³³⁸ Ainda quanto ao ônus da prova, deve ele ser necessariamente sopesado conforme a capacidade probatória das partes – e, independentemente disso, sempre utilizado como último recurso, quando a prova, além de não ter sido trazida ao feito (pelas partes ou por iniciativa do próprio magistrado), não possa, materialmente, ser produzida (quando isso for possível, o juiz deve ordená-la, para descobrir a verdade). Afinal de contas, “*A tradicional exacerbação do ônus da prova constitui postura insensível à moderna visão teleológica e instrumentalista do sistema processual. No fundo, ela é uma linha burocrática e, como burocrática que é, revela intolerável dose de comodismo: a burocracia é fruto do medo, da pobreza intelectual e de comodismo*” (Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, p. 308).

Em suma, qualquer atitude do juiz em favorecimento de um dos litigantes apenas se justifica enquanto necessária para equilibrar a relação processual – sendo, assim, teleologicamente limitada - e, com isso, assegurar a “igualdade de armas” entre as partes.

Coisa completamente diversa – e ilegítima – é a postura que vez por outra se encontra de o magistrado pré-julgar o feito muito antes do início da instrução e, desde logo, presumir que o empregado tem razão apenas por ser hipossuficiente, conduzindo a instrução processual de modo absolutamente parcial, cerceando o direito de defesa da parte contrária de modo a favorecer, abertamente, o empregado, como se este, sempre, tivesse razão.

Como dissemos, eventual proteção do empregado no processo deve ser restrita àquilo que for essencial para o equilíbrio da relação processual, sem jamais dar ensejo à criação ou extinção de direitos além das hipóteses previstas pelo ordenamento material ou à quebra da imparcialidade do juízo. Quando isso ocorre, há nítido abuso processual por parte do magistrado, que extrapola seus poderes de direção do processo e de julgamento e, ao fazê-lo, vicia todo o processo.

4.2.b. Dever de celeridade processual

O segundo dever que o Código impõe aos magistrados é o de “*velar pela rápida solução do litígio*” (art. 125, inc. II). Este dispositivo é complementado pelo art. 130, que atribui ao juiz o poder de determinar as provas necessárias à instrução do processo³³⁹ e indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias (de forma semelhante dispõe o art. 765 da CLT).

Exatamente por dirigir o processo, o juiz tem a responsabilidade de assegurar que ele se desenvolva no menor tempo possível, já que sua demora é extremamente nociva ao litigante que tem razão – e ao próprio Estado.

³³⁹ Este que, aliás, se configura como um verdadeiro dever do magistrado de não se dar por satisfeito até que os fatos litigiosos restem devidamente esclarecidos, devendo tomar todas as medidas necessárias para isso, com a produção das provas necessárias – em especial, por meio de ordens para que aqueles capazes de produzi-las assim o façam, sob pena de sua recusa ser interpretada contra si (CPC, art. 359). O juiz não pode, como dito, se acomodar sob o pálio do “ônus da prova”, sob pena de cometer graves injustiças e não desempenhar, a contento, sua função.

A preocupação com a celeridade processual deve partir do próprio juiz, que deve se esforçar, ao máximo, para cumprir os prazos que a legislação lhe atribui³⁴⁰ – e cuidar para que os litigantes façam o mesmo (LOMAN, art. 35, incs. II e III: “*São deveres do magistrado (...) II - não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar; III - determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais*”).

Da mesma forma, deve o juiz coibir todo e qualquer ato processual procrastinatório pretendido ou adotado pelos litigantes – e ele próprio deve se eximir de prolongar, desnecessariamente, o andamento do feito.

Aqui, têm pleno cabimento as considerações que fizemos de início, no sentido da visão do Judiciário como um serviço público, que deve atender o jurisdicionado tal qual qualquer outro serviço prestado pelo Estado³⁴¹. O processo existe para realizar o direito material da parte, e nenhum de seus atores deve atrapalhar (ou retardar) o alcance desse objetivo.

É importante notar que o Código estabelece a preocupação com o rápido deslinde do feito como um dever do magistrado, não uma faculdade: deve ele, assim, tomar

³⁴⁰ CLT, art. 658: “*São deveres precípuos dos Presidentes das Juntas, além dos que decorram do exercício de sua função: (...) d) despachar e praticar todos os atos decorrentes de suas funções, dentro dos prazos estabelecidos, sujeitando-se ao desconto correspondente a 1 (um) dia de vencimento para cada dia de retardamento*”. Os prazos a serem observados pelos magistrados são estabelecidos no art. 189 do CPC: despachos de expediente em dois dias e decisões em dez, a partir da data em que os autos foram à conclusão – além daqueles previstos na CLT, como em seus arts. 852-B, inc. III, e 885. Disposição muito interessante a esse respeito, prevendo um rígido mecanismo a ser observado pelo juiz que se vê na iminência de extravasar o prazo legal de decidir, é aquele previsto pelo art. 167 do CPCC nacional argentino, que prevê, ainda, multa para o magistrado que não atende às suas prescrições: “*DEMORA EN PRONUNCIAR LAS RESOLUCIONES - Art. 167. - Será de aplicación lo siguiente: (...) 2) Si la sentencia definitiva no pudiere ser pronunciada dentro del plazo establecido en el artículo 34 u otra disposición legal, el juez o tribunal deberá hacerlo saber a la cámara de apelaciones que corresponda o, en su caso, a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con anticipación de diez días al del vencimiento de aquél si se tratare de juicio ordinario, y de cinco días en los demás casos, expresando las razones que determinan la imposibilidad. (...) Al juez que no hubiere remitido oportunamente la comunicación a que se refiere el primer párrafo del presente inciso, o que habiéndolo hecho sin causa justificada no pronunciare la sentencia dentro del plazo que se le hubiera fijado, se le impondrá una multa que no podrá exceder del quince por ciento de su remuneración básica y la causa podrá ser remitida, para sentencia, a otro juez del mismo fuero.*”, e o art. 167 do CPCC de Buenos Aires é ainda mais severo a esse respeito, prevendo que o juiz que não informar a instância superior sobre o seu atraso ou não cumprir o prazo por ela designado “*perderá automáticamente la jurisdicción para entender en el juicio y deberá remitir el expediente al Superior para que éste determine el juez o tribunal que deba intervenir*”, sendo nula a sentença por ele eventualmente proferida fora do prazo.

³⁴¹ “*No entanto, desconsideram eles, data venia, que a prestação de tutela jurisdicional trabalhista é serviço público essencial, e como tal expressão de direito e garantia fundamentais, constitucionalmente assegurados a todos os jurisdicionados que dele necessitem e que, por isso mesmo, não deve necessariamente dar lucro e nem mesmo ser auto-sustentável financeiramente.*” (José Roberto Freire Pimenta, *Tutelas de Urgência no Processo do Trabalho: O Potencial Transformador das Relações Trabalhistas das Reformas do CPC Brasileiro*, p. 339).

todas as medidas necessárias para tanto, além de prontamente coibir os atos protelatórios e impedir que os mesmos logrem êxito – especialmente, mediante a aplicação dos arts. 14, 17 e 18 do CPC. A coibição dos atos protelatórios e a punição daquele que os utiliza é um dever do juiz: quando se omite em fazê-lo, o juiz também viola a lei.

4.2.c. Dever de zelar pela dignidade da Justiça

De certa forma complementando a prescrição anterior (e explicitando o dever dos magistrados de coibir e punir o abuso do processo), prevê o inc. III do art. 125 do CPC competir ao magistrado “*prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça*”.

Para melhor compreender o conteúdo do mandamento legal, é necessário definir-se quais são os atos que “*atentam contra a dignidade da Justiça*”.

A rigor, a única menção feita pelo Código a “*atos atentatórios à dignidade da Justiça*” se dá em seu art. 600, específico da fase de execução, segundo o qual “*Considera-se atentatório à dignidade da Justiça o ato do executado que: I - frauda a execução; II - se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos; III - resiste injustificadamente às ordens judiciais; IV - intimado, não indica ao juiz, em 5 (cinco) dias, quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores*”.

Além dessa disposição, há uma semelhante no inc. V c/c parágrafo único do art. 14, que define como “*ato atentatório ao exercício da jurisdição*” o descumprimento de provimentos mandamentais e/ou a criação de embaraços à efetivação de provimentos judiciais.

Seriam apenas esses, assim, os atos desleais dos litigantes que o juiz, por força do art. 125, inc. III, do CPC, estaria obrigado a reprimir?

Cremos ser bastante claro que o inc. III do art. 125 do CPC deve ser lido da forma mais ampla possível, cabendo ao magistrado prevenir e punir, como atos atentatórios à dignidade da Justiça, não apenas as condutas elencadas nos arts. 14, inc. V, e 600 do Código de Processo Civil, mas sim todas aquelas que constituem violação aos deveres processuais dos litigantes, previstas nos arts. 14, 17 e demais do CPC – afinal de contas,

todas elas atentam contra o Estado e a dignidade de seu instrumento de solução de controvérsias.

Assim, é dever dos magistrados prevenir e punir a ocorrência de todas as formas de abuso processual pelos litigantes, não podendo ficar inerte às suas investidas contra a Jurisdição (como, infelizmente, costuma ocorrer).

De fato, é importante frisar que esse dispositivo legal reforça a responsabilidade do juiz em coibir esses atos, impondo-lhe – e não apenas lhe facultando – a aplicação dos arts. 14 a 18 do CPC quando verificadas as condutas neles previstas³⁴².

É apenas mediante a aplicação desses dispositivos legais que o magistrado pode, de maneira eficaz, “*prevenir ou reprimir cualquier acto contrario à dignidade da Justiça*”, como manda a lei: ao não fazê-lo, como dissemos, o juiz não cumpre com seus deveres processuais, incorrendo em omissão ilícita que muito contribui para o mau funcionamento do Judiciário e, além disso, dá ensejo à ação de reparação pelo prejudicado, como melhor veremos adiante³⁴³.

4.2.d. Dever de buscar a conciliação

O último inciso do art. 125 do CPC atribui aos juízes o dever de “*tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes*”³⁴⁴. Seu conteúdo é bastante claro, dispensando

³⁴² Nesse sentido dispõe o art. 8º do CPCC da província argentina de Jujuy: “*PRINCIPIO DE PROBIDAD.- Los que intervienen en el proceso tienen el deber de ser veraces y proceder de buena fe. El órgano jurisdiccional a petición de parte o de oficio, está obligado a adoptar las medidas legales tendientes a prevenir o condenar las faltas a la lealtad y probidad en el debate. Sólo excepcionalmente no se aplicará sanción al que no cumpliera con este deber, cuando un estado de necesidad justifique la infracción en resguardo de supremos intereses.*”. Também expresso é o art. 34 do Código Procesal Civil y Comercial argentino: “*Son deberes de los jueces: (...) 5) Dirigir el procedimiento, debiendo, dentro de los límites expresamente establecidos en este Código: (...) d) Prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe. (...) 6) Declarar, en oportunidad de dictar las sentencias definitivas, la temeridad o malicia en que hubieran incurrido los litigantes o profesionales intervinientes.*”. Nesse mesmo sentido, “*Y ya tampoco hay duda respecto de que el tenor de las normas legales que consagran dichos deberes es revelador de que se está reconociendo a los jueces y tribunales el poder-deber de prevenir y sancionar los actos abusivos perpetrados dentro del embate judicial. Esto no implica que debe desterrarse el principio dispositivo; por el contrario, debe permanecer vigente, pero dándole los límites precisos como para que no se convierta en un arma que atente contra la justicia y que haga prevalecer la mentira y el engaño por sobre la verdad objetiva y la consagración del derecho.*” (Osvaldo Alfredo Gozáini, *Temeridad y Malicia en el Proceso*, p. 45).

³⁴³ Afinal de contas, dispõe a Lei Orgânica da Magistratura ser dever do magistrado “*Cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício;*” (Lei Complementar n.º 35/79, art. 35, inc. I).

³⁴⁴ De forma semelhante, dispõe o § 1º do art. 764 da CLT que “*Para os efeitos deste artigo, os juízes e Tribunais do Trabalho empregarão sempre os seus bons ofícios e persuasão no sentido de uma solução conciliatória dos conflitos*”.

maiores comentários: em tese, uma solução a que as partes cheguem de comum acordo é preferível a uma decisão imposta pelo órgão judicial, já que, supostamente, melhor atende aos seus interesses.

No entanto, a questão, na prática, não é assim tão simples – especialmente na Justiça do Trabalho.

Em primeiro lugar, é importante frisar que a conciliação apenas é legítima quando envolve mútuas concessões de ambos os lados envolvidos (CC, art. 840), com relação a direitos cuja titularidade é duvidosa.

O grande problema é que se sabe que não é isso que ocorre nas conciliações trabalhistas, em que não ocorrem, no mais das vezes, verdadeiras transações, mas sim renúncias de direito por parte do trabalhador, que, para não se submeter ao processo – isto é, à incerteza e, em especial, à demora que lhe são inerentes -, opta por abrir mão de parte de seus direitos para recebê-los, pelo menos em parte, de imediato. Da mesma forma, o devedor não está fazendo concessão alguma: ele sabe que deve a totalidade do valor demandado, mas aproveita-se da ineficiência do sistema para pressionar o credor a aceitar um valor inferior ao devido para, com isso, locupletar-se às suas custas³⁴⁵.

Esse tipo de “conciliação” não deve ser incentivada, mas sim coibida³⁴⁶, por meio de instrumentos como a tutela antecipada e a punição por litigância de má-fé (daquele que sabe ser devedor de uma quantia mas se nega a pagá-la). Incentivá-las nada mais é do que incentivar o desrespeito à lei e a má-fé processual. Apenas as transações legítimas, que

³⁴⁵ E sua negativa de pagar o que deve constitui abuso de direito, passível de reparação judiciária: “*Fino a quando chi deve adempiere ne proprie obbligazioni, per quanto oneroso, non ne adempie mi sembra che si debba parlare semmai di abuso del diritto e così il cittadino che non ottiene quanto gli spetta deve poter andare davanti al giudice senza temere di calpestare la civiltà giuridica.*” (Cesare Diani, *Interventi*, p. 155). Criticando especialmente a indiferença de muitos empreendedores aos direitos de seus empregados e à lei em geral, confira-se: “*In realtà mi sembra che sia un’ulteriore espressione di diffusa insofferenza per la legge e per la legalità che il mondo imprenditoriale ha del resto dimostrato anche in altri campi (forse in maniera più grave).*” (Marco Pivetti, *Interventi*, p. 170). Na verdade, o que se verifica é que aquela equivocada visão sobre a pouca importância dos direitos trabalhistas (e de seus destinatários) por parte da população (em especial, a classe empresarial) reflete também no processo – e nos abusos que dele se faz.

³⁴⁶ “*A conciliação, igualmente, se desempenha papel preponderante na autocomposição dos conflitos, não pode superpor nos processos as suas garantias, convertendo-se em verdadeiro vilão da parte processualmente mais fraca que, constrangida por não poder suportar os ônus do processo, principalmente a demora na sua solução, termina por aceitar propostas conciliatórias verdadeiramente desastrosas.*” (Eduardo Henrique von Adamovich, *A Tutela de Urgência no Processo do Trabalho: uma visão histórico-comparativa*, p. 135/136). No mesmo sentido: “*No entanto, sob certas condições, a composição dos conflitos realizada através da conciliação pode estar na base de soluções socialmente desequilibradas. Neste caso, a conciliação pode gerar ‘efeitos perversos’ e a ‘pressão’ para a conciliação ter efeitos contrários aos fins esperados.*” (Antônio Manuel Carvalho de Casimiro Ferreira, *Trabalho Procura Justiça*, p. 90). Mais adiante em sua obra, o autor alude à “*discrepância existente entre as petições dos autores e os resultados da conciliação*” (p. 311).

envolvam parcelas efetivamente controversas, é que devem ser incentivadas, não aquelas que representam o simples parcelamento ou pagamento com deságio de verbas sabidamente devidas.

Nessa linha, é absolutamente reprovável, e constitui claro exemplo de abuso processual, o comportamento daqueles juízes que praticamente obrigam os litigantes a se conciliar, para, com isso, não terem que instruir e julgar o feito³⁴⁷. Não é essa a finalidade da conciliação.

É ela, sem dúvida, um mecanismo importante de solução de litígios – mas apenas quando realizada de forma legítima. Quando significa a renúncia de direitos incontestes do trabalhador, ela configura claro abuso processual (pela parte contrária e pelo próprio magistrado), que deve ser coibido.

4.2.e. Dever de urbanidade

Um último dever que deve ser lembrado é o dever de urbanidade, previsto no art. 35, inc. IV, da LOMAN (LC 35/79), que prevê como dever dos magistrados “*tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça*”.

Este dever guarda paralelo com aquele aplicável às partes e, apesar de não estar diretamente relacionado à efetividade da jurisdição, é imprescindível para que se assegure a ordem e a moralidade nos trabalhos judiciais. É evidente que o fato de dirigir o processo não dá ao magistrado o direito de desrespeitar os outros sujeitos do processo – ao contrário, o bom exemplo deve começar por ele.

Tal dispositivo é complementado pelo art. 41 da LOMAN que, de forma semelhante ao que dispõe, para as partes, o art. 15 do CPC, prevê que, “*Salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir*” – ou seja, também ao juiz é vedado o uso de expressões injuriosas ou desrespeitosas no processo.

³⁴⁷ O que parece não ser exclusividade brasileira, sendo narrado também em Portugal (cf. Antônio Manuel Carvalho de Casimiro Ferreira, *Trabalho Procura Justiça*, p. 230).

4.3. ABUSO DO PROCESSO PELOS MAGISTRADOS

Também os magistrados³⁴⁸ podem, eventualmente, cometer ilícitos processuais, abusando de suas prerrogativas (poderes-deveres) ou violando, diretamente, os deveres que lhe são impostos pela legislação.

É tênue, indubitavelmente, a linha que separa o abuso processual dos magistrados daqueles atos legítimos decorrentes de sua necessária liberdade funcional e de seu particular entendimento sobre determinada matéria.

Não obstante, tal qual se dá com todos os outros sujeitos processuais, abusos podem ocorrer, e eles devem ser prontamente reprimidos, até mesmo por conta da importância do papel que o magistrado desempenha no processo.

De início, vale apontar alguns exemplos de abuso processual pelos magistrados lembrados pela doutrina:

Las “dilaciones indebidas” son un ataque a la tutela judicial efectiva.

Siguiendo a Riba Trepas, quien se basa en la jurisprudencia constitucional española, el concepto de dilación “se asimila a la demora o a retraso en la práctica de alguna actuación judicial, lo que implícitamente indica, que el tiempo invertido por el órgano jurisdiccional para realizar su función excede del que está previsto en la norma procesal”.

El exceso ritual manifiesto, es un abuso por parte del juez, cuando hay exageración en las formas (“formulismo”) y constituye un ejemplo de dilación indebida.

La demora procesal del oficio, es una conducta abusiva con consecuencias jurídicas concretas (sanciones procesales, responsabilidad por daños), sólo excusable si se prueba que el órgano jurisdiccional hizo todo lo posible para evitarla (...)

En suma, no existe razón alguna para excluir al órgano jurisdiccional de la responsabilidad por conductas abusivas y funcionamiento anormal del sistema de administración judicial.

Sostener lo contrario vulneraría el principio de igualdad, sin soslayar que en muchos casos, el nexo causal del daño, nos llevará a la responsabilidad directa del estado.³⁴⁹

³⁴⁸ Ou seus assistentes – especialmente quando desempenham aquelas tarefas que deveriam ser privativas dos juízes (fenômeno que parece também acontecer na Itália, como aponta Giuseppe Savoca, *Introduzione*, p. 07)...

³⁴⁹ Alberto Luis Maurino, *Abuso del Derecho en el Proceso*, p. 51/52.

(...) a me sembra che costituisca abuso delle norme processuali, ad esempio, la emanazione, da parte di un Pretore dell'Italia settentrionale, di una ordinanza con la quale più cause identiche promosse da molte decine di lavoratori, iniziate dal difensore degli attori con un unico giudizio, per economia processuale, ai sensi del primo comma dell'art. 103 c.p.c. sono state separate d'ufficio, anche se il loro esito dipendeva soltanto dalla soluzione della stessa questione.³⁵⁰

Costituiscono spreco di giurisdizione, e sono responsabili della lentezza dei processi, i rinvii a repetizione, non sempre motivati da richiesta delle parti, ma spesso per ovviare a carenze del giudice: (non essere preparato a decidere, non avere avuto il tempo di studiare la pratica, etc.) (...).³⁵¹

Tucci: Bastante fortes, a esse respeito, as críticas lançadas por José Rogério Cruz e

Na realidade, entre esses fatores de ordem subjetiva, sobressai a displicência quanto ao cumprimento dos prazos que têm como destinatários os juízes e auxiliares da justiça, e não aqueles estabelecidos para as partes – únicas obrigadas, efetivamente, a tê-los na devida conta, em prol da integral preservação dos respectivos direitos. (...) Igual, e lamentavelmente, o comodismo de muitos juízes quanto à carga horária do expediente forense, reduzido a tempo bem menor do que o prescrito em lei, em virtude do atraso no seu início, o intervalo (às vezes, interminável) para lançar e a antecipação do termo final... Ainda mais, e a par da má vontade relativamente à realização dos atos previstos na legislação durante as audiências preliminar e de instrução e julgamento, o proferimento de provimentos tendentes, manifestamente, à procrastinação do de outros mais complexos ou da própria sentença, tais como “Digam”... “Diga a parte contrária”..., e “Especifiquem as partes as provas que pretendem produzir” – este inclusive atécnico, porque estabelecido apenas para a hipótese indicada no art. 324 do Código de Processo Civil...³⁵²

³⁵⁰ Luciano Ventura, *Le Parti Sociali*, p. 16.

³⁵¹ Vincenzo Panuccio, *I Magistrati*, p. 71.

³⁵² *Tempo e Processo*, p. 103/104. Outra hipótese, prevista no direito português, é apontada por Fernando Luso Soares: “*Tanto isto é exacto que, nos termos da alínea d) do n.º 1 do artigo 1083 combinado com o artigo 156, o magistrado comete denegação de justiça se deixar de proferir despacho ou sentença sobre*

O abuso do processo pelo magistrado pode se dar tanto na condução do processo quanto em seu sentenciar.

Na condução do processo, inúmeras são as formas pelas quais o magistrado pode incorrer em ilícito processual, por exemplo:

- Tratar as partes de forma desigual, o que se revela, no mais das vezes, pelo cerceamento do direito de defesa de uma delas³⁵³ (violação ao dever de igualdade de tratamento);
- Demora excessiva na prolação de despachos e decisões³⁵⁴ (violação ao dever de zelar pela celeridade processual);
- Determinar a realização de diligências desnecessárias, para não ter que decidir o mérito ou alguma questão incidental pendente³⁵⁵ (violação ao dever de zelar pela celeridade processual);
- Não determinar as diligências necessárias para o esclarecimento do feito – como a intimação do empregador para que junte aos autos documentos em seu poder, que poderiam esclarecer a verdade dos fatos –, acomodando-se no “escape processual” do ônus da prova³⁵⁶ (violação ao dever de determinar as diligências necessárias ao esclarecimento do feito);
- Não reprimir/punir o abuso processual das partes (violação ao dever de zelar pela dignidade da Justiça);

matéria pendente, ou de cumprir as decisões dos tribunais superiores; e a denegação de justiça fá-lo incorrer em responsabilidade por perdas e danos para com o litigante prejudicado.” (A Responsabilidade Processual Civil, p. 176).

³⁵³ Normalmente acompanhado pelo pré-julgamento da causa antes mesmo da instrução processual.

³⁵⁴ Que não parece ser uma exclusividade brasileira, verificada – e criticada – também na Itália (Vincenzo Panuccio, *I Magistrati*, p. 81).

³⁵⁵ “*Altro sperpero della giurisdizione è stato indicato nell’admissione di prove inutili spesso dovute a una sorta di pigrizia (e il giurista non può esser pigro), per rinviare la decisione, o, per converso (anche se il tema andrebbe collocato fra le omissioni) la non ammissione di quelle, utili, con dispendio di ulteriore energia e tempo nei giudizi di appello (sono esatti i rilievi di De Angelis, op. cit., 137, rispondenti a reale esperienza di difensori, che spesso ci domandiamo il perché di una prova irrilevante, o, per converso, il perché di certi dinieghi).*” (Vincenzo Panuccio, *I Magistrati*, p. 73).

³⁵⁶ Vincenzo Panuccio, *I Magistrati*, p. 78/79. O que se verifica, muitas vezes, é a indiferença dos magistrados pelo resultado do processo e até mesmo se as partes estão se comportando perante eles de maneira leal ou não, como se isso não fosse problema deles (nem os desrespeitasse... – algo que nunca conseguimos entender). E parece que isso não é exclusividade brasileira: “*Pequeno drama cotidiano da justiça francesa, onde, em razão da demora com a instrução, somada à delonga da audiência, dos adiamentos incompreensíveis e das deliberações intermináveis, além dos erros de procedimento e da indiferença dos magistrados, o jurisdicionado perde a sua fé na instituição. (...) atrás da defesa de sua independência, os magistrados escondem frequentemente a gestão de suas conveniências e de seus interesses pessoais, sem a mínima preocupação com o jurisdicionado. (...) Em termos mais prosaicos, uma simples pesquisa telefônica é suficiente para demonstrar que um grande número de magistrados não estão disponíveis 4 dias por semana e que tribunais importantes só têm expediente das 9 às 12 e das 15 às 17h.*” (José Rogério Cruz e Tucci, *Tempo e Processo*, p. 91/95). Em suma: “*O juiz, como garante de direitos, tem o dever de empregar todos os meios à sua disposição para realizar aqueles fins que justificam a sua existência mesma enquanto tal*” (Eduardo Henrique von Adamovich, *A Tutela de Urgência no Processo do Trabalho: uma visão histórico-comparativa*, p. 180).

- Faltar com o respeito às partes, testemunhas ou advogados (violação ao dever de urbanidade);
- Recusar-se a receber os advogados constituídos pelas partes³⁵⁷ (abuso na condução do processo).

Na prolação da sentença:

- Extinção do processo sem julgamento do mérito, decreto de prescrição/decadência ou outra solução processual injustificada³⁵⁸, para não enfrentar o mérito da causa³⁵⁹ (abuso no poder-dever de sentenciar).

Tais condutas, claros abusos processuais pelos magistrados, devem sujeitar-se às consequências previstas na legislação – tratadas a seguir.

4.4. CONSEQÜÊNCIAS DO ABUSO DO PROCESSO PELOS MAGISTRADOS

As conseqüências dos abusos processuais praticados pelos magistrados também podem ser separadas entre as que se dão no próprio processo e aquelas que se

³⁵⁷ Tal conduta – infelizmente, cada vez mais freqüente -, é expressamente contrária ao art. 7º, item 8, do Estatuto da Advocacia. Felizmente, o CNJ está atento a esses abusos, tendo, recentemente, decidido no Pedido de Providência n.º 1.465 que “O magistrado é SEMPRE OBRIGADO a receber advogados em seu gabinete de trabalho, a qualquer momento durante o expediente forense, independentemente da urgência do assunto, e independentemente de estar em meio à elaboração de qualquer despacho, decisão ou sentença, ou mesmo em meio a uma reunião de trabalho. Essa obrigação se constitui em um dever funcional previsto na LOMAN e a sua não observância poderá implicar em responsabilização administrativa” – em conformidade, aliás, com a jurisprudência do STJ. Interessante destacar-se, também, alguns trechos da fundamentação da mencionada decisão: “Ante a clareza do texto legal, indiscutível é a conclusão de que qualquer medida que condicione, crie embaraço ou impeça o acesso do profissional advogado à pessoa do magistrado, quando em defesa do interesse de seus clientes, configura ilegalidade e pode caracterizar, inclusive, abuso de autoridade. (...) O Juiz, até pelas relevantes funções que desempenha, deve comparecer à sua Vara diariamente para trabalhar, e atender ao advogado que o procura no fórum faz parte indissociável desse seu trabalho, constituindo-se em verdadeiro dever funcional.”.

³⁵⁸ Isso é especialmente claro em casos em que a extinção do feito se dá por conta de requisitos puramente formais, absolutamente irrelevantes para a causa, sem os quais o processo se desenvolvera de forma absolutamente regular. Esse tipo de abuso é muito bem estudado pelo direito argentino, sob a expressiva fórmula do “exceso ritual manifesto”, definido como “aquél que surge de una sentencia arbitraria por haber renunciado en forma consciente a la verdad jurídica objetiva patente en los hechos, apegándose en consecuencia al texto literal de las normas procesales, de lo cual deriva un menoscabo de la justicia” (María Eugenia Vera Ezcurra, *Exceso Ritual Manifesto*) já se tendo decidido, com base nesse conceito, que “ACTO ADMINISTRATIVO. Nulidad. Declaración. Finalidad. Carece de sentido la nulidad por la nulidad misma, por cuanto la declaración de nulidad debe obedecer a un concreto perjuicio para alguna de las partes, no correspondiendo adoptarla por el mero interés formal del cumplimiento de la ley, cuando tal actitud implique un exceso ritual manifesto.” (Dictámenes Tomo 243 Página 282 da Procuración del Tesoro de la Nación da Argentina).

³⁵⁹ Afinal, como bem apontou o Professor Dinamarco: “é dever do juiz afastar posicionamentos, muitas vezes comodistas, que facilitem formalmente o ato de julgar, mas possam torná-lo injusto.” (*A Instrumentalidade do Processo*, p. 363).

desenvolvem em outras instâncias; pela natureza da função por eles desempenhadas no processo, porém, a segunda hipótese se mostra mais relevante do que a primeira.

Efetivamente, como o juiz, no processo, não está a defender direitos seus ou de terceiros e nem tampouco possui, propriamente, direitos processuais, não há como, por exemplo, sua atuação no processo ser limitada com a perda de algumas de suas faculdades processuais como punição por seus abusos (como se dá com relação às partes), uma vez que, nesse caso, seria a própria condução do processo e, por conseguinte, as partes, que seria prejudicada.

Assim, processualmente, a principal consequência do abuso processual praticado pelos magistrados é a reforma da decisão abusiva pelas instâncias superiores, com o restabelecimento da ordem no processo.

Em alguns casos, poderá restar configurada uma hipótese de suspeição do magistrado, designando-se outro em seu lugar, nos termos do art. 135 do CPC.

Outra solução prevista pelo ordenamento, específica para os casos em que o magistrado retarda, indevidamente³⁶⁰, o andamento do feito, é a aplicação do art. 198 do CPC, que dispõe que *“qualquer das partes ou o órgão do Ministério Público poderá representar ao presidente do Tribunal de Justiça contra o juiz que excedeu os prazos previstos em lei. Distribuída a representação ao órgão competente, instaurar-se-á procedimento para apuração da responsabilidade. O relator, conforme as circunstâncias, poderá avocar os autos em que ocorreu excesso de prazo, designando outro juiz para decidir a causa”*.

Como se vê, o próprio Código prevê uma forma de se superar o óbice representado pelo magistrado que, indevidamente, retarda o andamento do feito, possibilitando, inclusive, a sua substituição. Afinal de contas, o que não pode acontecer é o jurisdicionado, que precisa de uma tutela rápida e efetiva, ter que aguardar a boa vontade do magistrado para decidir³⁶¹ - e esse dispositivo garante que isso não ocorra.

³⁶⁰ É sabido que o cumprimento dos prazos legais pelos magistrados, na maior parte das comarcas brasileiras, é muito difícil, por conta da já mencionada enorme quantidade de processos de que o juiz é responsável. Não obstante, é também certo que, em muitos casos, é possível uma maior produtividade dos magistrados sem que se esteja exigindo deles um trabalho fora do normal – até mesmo por respeito àqueles que tanto se esforçam para cumprir com suas obrigações (veja-se, a esse respeito, o exemplo do TRT da 3ª Região, que, mesmo contando com uma grande carga de trabalho, é o mais rápido do país no julgamento em 2ª Instância).

³⁶¹ *“A fórmula para se limitar os poderes do juiz, sem inibir sua atuação livre na busca da realização de uma justiça melhor e mais rápida, é responsabilizá-lo por seus atos e omissões. O juiz deve ter liberdades no processo, mas deve possuir, igualmente, obrigações, principalmente com relação ao rápido andamento dos*

No plano extraprocessual, o abuso processual do juiz está sujeito a três ordens de consequências, as administrativas, as civis e as criminais.

Administrativamente, o juiz está sujeito à aplicação das sanções previstas na Constituição, na LOMAN e, eventualmente, nos Regimentos Internos dos Tribunais.

De maior interesse é a possibilidade de os magistrados serem condenados civilmente pelos danos causados às partes ou seus advogados no processo. Nesses casos, poderá o interessado demandar o magistrado e/ou o Estado pelos atos ilícitos praticados por seu agente, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. O que não pode haver, afinal, é poder sem responsabilidade (ou possibilidade de responsabilização).

A responsabilidade dos magistrados pelos prejuízos causados no processo é prevista pelo art. 133 do CPC, segundo o qual “*Responderá por perdas e danos o juiz, quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte*”³⁶².

A primeira hipótese, de quando o juiz procede com “dolo ou fraude”, significa o seu atuar deliberado em prejuízo da parte – hipótese absolutamente excepcional e que não constitui o foco de nosso estudo, na qual a necessidade de punição do magistrado é inconteste.

Já a segunda, “*recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte*”, assim deve ser lida: “*Recusa significa o indeferimento de medidas inequivocamente cabíveis e pertinentes. Omissão deve ser entendida como a não-prática de atos de ofício indiscutivelmente exigidos pela lei. Retardamento é sinônimo de procrastinação de atos pela prática de outros absolutamente inúteis ou desnecessários*”.³⁶³

feitos. O juiz, cabe frisar, não é o Führer do processo, como durante algum tempo acreditou a doutrina alemã.” (Jorge Luiz Souto Maior, *Direito Processual do Trabalho*, p. 104).

³⁶² Prevendo seu parágrafo único que “*Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no n.º II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de 10 (dez) dias*” – o que limita a aplicação do dispositivo legal, mas não deixa de ser interessante, eis que o que se quer, em primeiro lugar, é que o processo ande, não a punição do magistrado faltoso. Esse artigo do CPC é repetido, literalmente, pelo art. 49 da LOMAN (LC 35/79), tendo como origem clara o art. 55 do CPC italiano, já revogado. O direito uruguaio contém previsão semelhante no art. 26 de seu CGP, que prevê a responsabilidade dos magistrados nas hipóteses de demora injustificada na tomada de decisões, nos casos em que proceder com dolo ou fraude (hipóteses semelhantes à lei brasileira) e também quando sentenciar cometendo erro inescusável (hipótese que, apesar de não prevista no texto legal brasileiro, configura, no nosso entender, caso de responsabilização pessoal do magistrado).

³⁶³ Antônio Cláudio da Costa Machado, *Código de Processo Civil Interpretado*, p. 178.

São exemplos dessas condutas: a demora na prolação da sentença ou na determinação de alguma medida relevante para o processo (como a constrição do patrimônio do devedor), que venha a gerar prejuízo à parte ou ao seu direito, o indeferimento de medida claramente cabível (ou necessária) e até mesmo a recusa em punir ou impedir a atuação do litigante desleal, especialmente quando ele comete assédio processual, tratado anteriormente.

Neste último caso, é clara a omissão incorrida pelo magistrado, a ensejar sua responsabilização pelos prejuízos causados à parte pela sua desídia profissional, já que possui claro dever (previsto em lei) de impedir e punir a prática desses atos abusivos por um dos litigantes, protegendo a parte inocente (e o próprio processo) de suas investidas (especialmente nos casos de assédio processual, em que as condutas abusivas são reiteradas).

Especial destaque deve ser dado à responsabilização do Estado (e também, eventualmente, do magistrado) pela demora no encerramento do processo, violação que se mostra ainda mais reprovável (e cuja antijuridicidade é ainda mais clara) face à inserção do inc. LXXVIII do art. 5º da Constituição pela Emenda Constitucional n.º 45, que garante “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”.

Quando isso não se dá, é possível falar-se na responsabilização do Estado (e do magistrado), como bem aponta José Rogério Cruz e Tucci:

Aduza-se que no Brasil de nossos dias o Estado tem, também, o dever de zelar pelo término do processo dentro de um lapso temporal razoável, isto é, sem que haja paralisação determinada pelo inadequado funcionamento da máquina judiciária. Se, contudo, for verificado, à luz de um caso concreto, o descumprimento desse postulado, não há dúvida de que, igualmente em nosso sistema jurídico, emerge a responsabilidade objetiva do Estado pela frustração, em última análise, da garantia do devido processo legal.³⁶⁴

³⁶⁴ *Tempo e Processo*, p. 141. Essa hipótese de responsabilização do Estado também é defendida pelo Ministro do STJ José Augusto Delgado (*Responsabilidade do Estado: ato jurisdicional*, p. 1/2). Vale lembrar, a esse respeito, que a Itália já foi condenada pela Corte Européia dos Direitos do Homem exatamente por esse motivo (em decisão que pode ser encontrada na primeira obra citada, p. 69 e ss.).

Os danos causados por todas essas condutas abusivas dos magistrados podem ser apurados em ação própria, movida contra ele e/ou o Estado.

A esse respeito, é importante frisar a dificuldade de se encontrar um equilíbrio entre a necessidade de prevenção e punição dos atos abusivos praticados pelos magistrados de um lado, e a igualmente relevante necessidade de se assegurar sua autonomia funcional e sua imparcialidade de outro, valores cujo comprometimento comprometeria a liberdade de todos os cidadãos e o próprio Estado de Direito: um Judiciário autônomo é requisito essencial de uma verdadeira democracia.

Isso impõe a limitação das hipóteses de responsabilização do magistrado, que deve ficar restrita, no nosso entender, aos casos de má-fé e demora injustificada no exercício de seu ofício previstos no Código, além daqueles erros flagrantes e inescusáveis no julgamento³⁶⁵ (hipótese que requer especial cuidado em sua aplicação, para não se tolher a autonomia do magistrado e, com isso, prejudicar-se toda a sociedade) – de forma semelhante, aliás, à enunciação apresentada pelo Ministro do STJ José Augusto Delgado:

A doutrina caracteriza a atividade jurisdicional defeituosa quando:

- a) o juiz, dolosamente, recusa ou omite decisões, causando prejuízo às partes;
- b) o juiz não conhece, ou conhece mal, o direito aplicável, recusando ou omitindo o que é de direito;
- c) o atuar do Poder Judiciário é vagaroso, por indolência do juiz ou por lentidão deter minada por insuficiência ou falta de juízes ou funcionários, obrigando ao acúmulo de processos, o que impossibilita o julgamento dentro dos prazos fixados pela lei.³⁶⁶

Assim como a indevida privação da liberdade do indivíduo dá ensejo à responsabilização do Estado por ato jurisdicional (CF, art. 5º, inc. LXXV), também a privação indevida de seu patrimônio (ou a recusa injusta em seu restabelecimento), por meio de uma decisão manifestamente descabida (e apenas nesses casos), deve ensejar a sua

³⁶⁵ Hipóteses semelhantes, como dito, às previstas no art. 26 do *Código General del Proceso* uruguaio: “*Responsabilidad del tribunal.- Los magistrados serán responsables por: 1) Demoras injustificadas en proveer; 2) Proceder con dolo o fraude; 3) Sentenciar cometiendo error inexcusable.*”. A terceira hipótese, apesar de não prevista pela lei brasileira, não pode ser excluída, eis que consentânea com a regra geral da responsabilidade civil.

³⁶⁶ *Responsabilidade do Estado: Ato Jurisdicional*, p. 3/4.

responsabilização – especialmente no processo do trabalho, por conta do caráter existencial e, no mais das vezes, fundamental das verbas discutidas, das quais o trabalhador, no caso, terá sido privado por conta de uma decisão esdrúxula³⁶⁷.

Por fim, há a possibilidade de serem aplicadas punições criminais aos magistrados que cometem condutas definidas como delito pela legislação criminal.

³⁶⁷ Até mesmo, porque também a propriedade é um direito fundamental, assim como o é a proteção trabalhista e o direito à existência digna – valores que podem restar igualmente comprometidos por decisões judiciais manifestamente equivocadas, que neguem valores existenciais ao trabalhador.

3. AS COMISSÕES DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA E A EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO DE FEITOS JÁ JULGADOS EM DUAS INSTÂNCIAS

1. AS COMISSÕES DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA E SUA OBRIGATORIEDADE: O POSICIONAMENTO DO TST

As Comissões de Conciliação Prévia são órgãos extrajudiciais que podem ser criados pelas empresas e pelos sindicatos com vistas, como o próprio nome indica, à tentativa de conciliação entre as partes de um possível litígio trabalhista antes que o mesmo seja levado ao Judiciário.

Sua criação foi autorizada pela Lei n.º 9.958/00³⁶⁸, que inseriu na CLT os arts. 625-A a 625-H – prevendo, o primeiro deles, que “*As empresas e os sindicatos podem instituir Comissões de Conciliação Prévia, de composição paritária, com representantes dos empregados e dos empregadores, com a atribuição de tentar conciliar os conflitos individuais do trabalho*”.

A disposição que mais interessa ao nosso estudo é o art. 625-D da CLT, que dispõe que: “*Qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia se, na localidade da prestação de serviços, houver sido instituída a Comissão no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria*”.

Duas correntes doutrinárias surgiram a partir desse dispositivo: a primeira no sentido de ser indispensável a passagem pela Comissão de Conciliação Prévia antes da propositura da ação, sob pena de extinção do feito sem julgamento do mérito, e a segunda, que entende que a submissão do feito à Comissão de Conciliação Prévia constitui mera faculdade do empregado, não autorizando a extinção do feito se não observada, sob pena – argumenta-se – de violação à garantia constitucional do acesso à justiça³⁶⁹.

³⁶⁸ O projeto de lei que resultou nesse diploma legal foi elaborado pelo próprio Tribunal Superior do Trabalho, como uma tentativa de redução do número de ações anualmente submetidas ao Judiciário trabalhista.

³⁶⁹ No primeiro sentido, Ives Gandra da Silva Martins Filho (*A Justiça do Trabalho do Ano 2000: as Leis ns. 9.756/98, 9.957 e 9.958/2000, a Emenda Constitucional n. 24/1999 e a Reforma do Judiciário*, p. 166) e Estevão Mallet (*Primeiras Linhas Sobre as Comissões de Conciliação*, p. 442), por exemplo; já no segundo, Georgeton de Sousa Franco Filho (*A Lei das Comissões de Conciliação Prévia*, p. 175) e Jorge Pinheiro

Na jurisprudência, criou-se uma situação um tanto quanto curiosa: as instâncias inferiores (Varas e Tribunais Regionais do Trabalho) posicionam-se amplamente no sentido da não obrigatoriedade da passagem pela Comissão de Conciliação Prévia³⁷⁰; no entanto, o entendimento que predomina no C. Tribunal Superior do Trabalho é no sentido de que a demanda trabalhista que não for submetida à Comissão de Conciliação Prévia deve ser extinta sem julgamento do mérito, ainda que tal irregularidade não tenha sido reconhecida pelas instâncias inferiores, sob o fundamento de tratar-se de *condição da ação* (ou pressuposto processual³⁷¹), nos termos dos arts. 625-D da CLT e 267, incs. IV e VI, do CPC. Como mostra desse entendimento, podemos citar a seguinte decisão:

COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. DEMANDA TRABALHISTA. SUBMISSÃO. OBRIGATORIEDADE. CARÊNCIA DE AÇÃO. 1. A Lei 9.958/00 introduziu na CLT o artigo 625-D, que elevou a submissão de demanda trabalhista às Comissões de Conciliação Prévia como condição necessária para o ajuizamento de ação trabalhista. 2. Assim, a ausência de provocação da Comissão de Conciliação existente, anteriormente à propositura da reclamatória, enseja a extinção do processo, sem julgamento do mérito.³⁷²

Castelo (*Comissão de Conciliação Prévia – Filosofia, Ideologia e Interesses Envolvidos na Lei, Inconstitucionalidades, Perplexidades e Situações Específicas – Limitações, Exceções e Perspectivas*, p. 448), entre outros.

³⁷⁰ Nesse sentido, por exemplo, a Súmula n.º 02 do E. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região: “O comparecimento perante a Comissão de Conciliação Prévia é uma faculdade assegurada ao obreiro, objetivando a obtenção de um título executivo extrajudicial, conforme previsto pelo artigo 625-E, parágrafo único da CLT, mas não constitui condição da ação, nem tampouco pressuposto processual na reclamatória trabalhista, diante do comando emergente do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal”.

³⁷¹ Doutrina e jurisprudência dividem-se na qualificação jurídica atribuída a essa exigência (se pressuposto processual ou condição da ação); no C. TST, predomina o entendimento de que se trata de “*pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo*”. Para nosso estudo, porém, tal questão é de menor importância, já que suas consequências processuais são exatamente as mesmas.

³⁷² TST, 1ª Turma, RR 2667/2002, 30.11.05, Rel. Min. João Oreste Dalazen. No mesmo sentido: “*RECURSO DE REVISTA OBRIGATORIEDADE DE SUBMISSÃO DA DEMANDA À COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA ART. 625-D DA CLT PRESSUPOSTO PROCESSUAL NEGATIVO IMPOSIÇÃO LEGAL. O art. 625-D da CLT, que prevê a submissão de qualquer demanda trabalhista às Comissões de Conciliação Prévia (quando existentes na localidade), antes do ajuizamento da reclamação trabalhista, constitui pressuposto processual negativo da ação laboral (a dicção do preceito legal é imperativa “será submetida” e não facultativa “poderá ser submetida”). Outrossim, o dispositivo em tela não atenta contra o acesso ao Judiciário, garantido pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, uma vez que a passagem pela CCP é curta (CLT, art. 625-F), de apenas 10 dias, e a Parte pode esgrimir eventual motivo justificador do não-recurso à CCP (CLT, art. 625-D, § 4º). “In casu”, é incontroversa nos autos a existência da Comissão e o Reclamante ajuizou a ação sem o comprovante de frustração da conciliação prévia (CLT, art. 625-D, § 2º) e sem justificar o motivo da não-submissão da controvérsia à CCP. Assim, a ausência injustificada do documento exigido pelo art. 625-D, § 2º, da CLT importa na extinção do processo sem julgamento do mérito, com base no art. 267, IV, do CPC.*” (TST, 4ª Turma, RR 663/2004, 05.10.05, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho).

Esse é entendimento que predomina no TST sobre a matéria: a passagem pela Comissão de Conciliação Prévia é obrigatória³⁷³ (premissa) e sua ausência leva à extinção do feito sem julgamento do mérito (conclusão). Analisemos, pois, premissa e conclusão.

2. ACERTO DA PREMISSA

No nosso entender, a premissa de que parte o C. TST é acertada, por inúmeros motivos.

O primeiro, por ter sido essa a intenção do legislador³⁷⁴ ao elaborar a Lei n.º 9.958/00. Trata-se, como dito, de texto legal que teve origem em projeto de lei elaborado pelo Tribunal Superior do Trabalho no ano de 1998, com o expreso intuito de prestigiar as formas extrajudiciais de solução das controvérsias para, com isso, reduzir o número de ações trabalhistas anualmente propostas.

Confira-se, a propósito, as palavras do Ministro João Oreste Dalazen – um dos membros da Comissão que elaborou o referido projeto:

No âmbito do dissídio individual, entendo que a proposta institucional mais urgente é a clamada implantação obrigatória de Comissão de Conciliação Prévia nas empresas, cuja importância ainda mais se realça hoje porquanto, em momentos de crise aguda da Justiça, sobressai o papel da conciliação como mecanismo alternativo de autocomposição das controvérsias e de descongestionamento do Judiciário Trabalhista.

(...)

Acolhendo essa antiga aspiração igualmente da doutrina, já esboçada em alguns malogrados anteprojetos de lei, a Comissão do TST e o executivo propõem a criação de tal órgão com os traços essenciais a seguir delineados:

(...)

³⁷³ Vale lembrar que existem no Supremo Tribunal Federal três Ações Diretas de Inconstitucionalidade contra a Lei n.º 9.958/00 (ADINs n.º 2.139, 2.160 e 2.237), por suposta violação à garantia do acesso à Justiça; nenhuma delas ainda teve seu mérito apreciado, mas em todas o pedido de suspensão liminar dos dispositivos legais atacados foi indeferido.

³⁷⁴ Por mais criticável que seja essa forma de interpretação, pensamos que ela não pode ser desconsiderada, por indicar a razão de ser da norma jurídica, os motivos que levaram à sua elaboração – os quais, no nosso sentir e com a devida vênia dos que pensam em contrário, não podem ser desprezados pelo intérprete.

4º) Os conflitos individuais do trabalho entre empregado e empregador serão submetidos, previamente, à Comissão de Conciliação Prévia, como condição para o ajuizamento da ação trabalhista.

(...)

7º) O descumprimento injustificado da exigência em tela importa a extinção do processo, sem apreciação do mérito, além de sanção por litigância de má-fé, se for o caso.³⁷⁵

No mesmo sentido o “Manual de Orientação” elaborado pelo Ministério do Trabalho e Emprego acerca das Comissões de Conciliação Prévia:

INSTITUIÇÃO E OBRIGATORIEDADE DE SUBMISSÃO DAS DEMANDAS

Embora seja facultativa a constituição do órgão conciliador, se instituída a Comissão de Conciliação Prévia na localidade da prestação de serviços do trabalhador, fica o interessado obrigado a submeter sua demanda a essa Comissão, previamente ao ajuizamento de ação na Justiça do Trabalho.

As partes poderão se dirigir diretamente à Justiça do Trabalho apenas na hipótese de motivo relevante. Nesse caso, a ocorrência deverá ser declarada na petição inicial, cabendo ao juiz apreciá-la. Se o magistrado concluir pela irrelevância do motivo alegado, extinguirá o processo sem julgamento do mérito. Isso significa dizer que o pedido, aquilo que por meio da ação trabalhista se quer garantir no Judiciário, não será julgado porque o demandante não submeteu anteriormente o seu interesse à conciliação extrajudicial.³⁷⁶

E esse entendimento foi transplantado para a Portaria do Ministério do Trabalho e Emprego n.º 329, de 14 de agosto de 2002, que regula o funcionamento e a fiscalização das Comissões de Conciliação Prévia e dispõe, em seu art. 4º, que “*A submissão de demanda de natureza trabalhista à Comissão de Conciliação Prévia é obrigatória quando houver Comissão instituída no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria, na localidade da prestação de serviços do trabalhador.*” – confirmando, assim,

³⁷⁵ *Apontamentos sobre a Reforma do Processo Trabalhista Brasileiro*, p. 1306/1307 – felizmente, a parte referente à litigância de má-fé não vingou.

³⁷⁶ Disponível em http://www.mtb.gov.br/com_conciliacao/pub_manualCCP.pdf.

a obrigatoriedade de submissão das demandas trabalhistas à Comissão de Conciliação Prévia antes do ingresso em Juízo.

Afinal de contas, a própria Lei n.º 9.958/00, ao tratar da matéria, dispõe (art. 625-D) que a “*demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia*” – o legislador utilizou o imperativo, erigindo a passagem pela Comissão como uma obrigação, não uma faculdade do empregado (do contrário, utilizaria a construção “*poderá ser submetida*” ou outra semelhante).

E tanto a passagem pela Comissão de Conciliação Prévia é indispensável à propositura da ação que o § 2º do referido dispositivo legal dispõe que a Inicial *deverá* ser instruída com certidão fornecida pela Comissão atestando que as partes não atingiram a conciliação³⁷⁷ – e, mais ainda, seu § 3º prevê que apenas em caso de “*motivo relevante que impossibilite a observância do procedimento previsto no caput*” (qual seja, a passagem pela Comissão) é que a Inicial poderá ser distribuída sem a prévia tentativa de conciliação. Caso contrário, infere-se da própria Lei n.º 9.958/00 que a ação não poderá ser proposta.

É por esses motivos que concordamos com a premissa adotada pelo TST, no sentido de que a submissão prévia da controvérsia à Comissão de Conciliação é obrigatória – rechaçando, também, o argumento de que isso violaria a garantia de acesso à Justiça, prevista no inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal, eis que a Comissão de Conciliação Prévia não *exclui* nenhuma controvérsia da apreciação do Judiciário, mas apenas exige que, antes dela ser proposta, seja tentada a via extrajudicial; se esta for infrutífera, a ação pode ser proposta normalmente, sem nenhum prejuízo à parte (até porque a prescrição é suspensa – CLT, art. 625-G).

Esse fato é, deveras, de fundamental importância: o que se exige é que o empregado *passe* pela Comissão de Conciliação antes da propositura da ação, não que *aceite* a proposta de conciliação feita pelo empregador. Se ela não for vantajosa, o empregado pode (e deve) rejeitá-la e, no mesmo dia, ajuizar sua ação trabalhista – cuja prescrição, vale lembrar, estava suspensa. Em nenhum momento a possibilidade de o empregado ajuizar a ação trabalhista é tolhida, além de que o prazo para a realização da audiência de conciliação é bastante inferior ao judicial (a lei o limita a apenas dez dias –

³⁷⁷ Trata-se, a nosso ver, de *documento indispensável à propositura da ação*, nos termos do art. 283 do CPC, que também (como a carência de ação) permite o indeferimento da Inicial, nos termos do par. ún. do art. 284 do mesmo diploma legal.

CLT, art. 625-F -, findo o qual o empregado pode ajuizar a ação judicial), ou seja, em caso de acordo, o empregado recebe o dinheiro antes do que receberia na Justiça do Trabalho.

O entendimento que defendemos, além de tudo, prestigia a solução das controvérsias de trabalho por mecanismos extrajudiciais, algo de fundamental importância no atual panorama do nosso Judiciário, especialmente à luz das considerações desenvolvidas anteriormente, que refletem nosso entendimento de que o maior problema que aflige o Judiciário é a enorme quantidade de ações que, anualmente, lhe são submetidas (juntamente com a constatação de que uma grande parcela das ações trabalhistas resulta na conciliação entre as partes)³⁷⁸. É exatamente nesse contexto que se insere a Lei n.º 9.958/00, como consta da Exposição de Motivos que acompanhou o respectivo projeto de lei:

Assim, o presente projeto introduz na sistemática de composição dos conflitos trabalhistas de natureza individual a Comissão de Conciliação Prévia, no âmbito das próprias empresas, em caráter paritário, que evite a chegada ao Judiciário de grande parte das demandas trabalhistas.

A experiência internacional tem demonstrado a eficácia dessas comissões de conciliação no âmbito das empresas, desafogando o Judiciário e obtendo soluções de composição mais próximas à realidade do que as que adviriam de uma decisão judicial de caráter impositivo.³⁷⁹

Assim, também como forma de contribuir para o desafogamento da Justiça do Trabalho entendemos que a passagem pela Comissão de Conciliação deve ser obrigatória, como uma *condição da ação trabalhista*³⁸⁰.

³⁷⁸ Entendimento que pressupõe, obviamente, a existência de Comissões legítimas, não instrumentos de fraude dos direitos do trabalhador – tema que será melhor apreciado adiante.

³⁷⁹ Nesse mesmo sentido expõe Georgenor de Sousa Franco Filho, que ensina que a Lei n.º 9.958/00 “Teve origem na Mensagem Presidencial n. 952, que resultou no Projeto de Lei n. 4.694/98, destinado a resolver conflitos individuais de trabalho, como forma de redução de processos nos tribunais.” (*A Lei das Comissões de Conciliação Prévia*, p. 174).

³⁸⁰ E não um pressuposto processual, eis que esta categoria, no nosso entender, limita-se àqueles requisitos usualmente apontados pela doutrina (investidura do juiz, capacidade processual e postulatória da parte, ausência de litispendência ou coisa julgada, etc.) – entre os quais não se encontra a passagem pela Comissão de Conciliação Prévia. Sobre ser a passagem pela Comissão de Conciliação uma condição da ação, confira-se, entre inúmeros outros, o Professor Estevão Mallet (*Primeiras Linhas Sobre as Comissões de Conciliação*, p. 444 e 445) e o saudoso Valentin Carrion (*Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, p. 482), ambos no sentido de que a falta de passagem pela Comissão gera a falta de interesse de agir do empregado.

Efetivamente, pensamos que a ausência de passagem pela Comissão de Conciliação importa na ausência de interesse de agir por parte do empregado, pela existência de uma via alternativa ao Judiciário por meio da qual o litígio pode ser resolvido – não está, ainda, caracterizada a *resistência* à sua pretensão. Não há, nesse caso, *necessidade* de provocação do mecanismo estatal, o que autoriza a extinção do feito sem julgamento do mérito, pela falta de uma *condição da ação*.

Mas por qual razão o Estado se nega a prestar a tutela jurisdicional (que pode, inclusive, ser útil àquele que a busca) quando há a possibilidade de o conflito ser solucionado fora de Juízo?

Simples. Porque, como se enfatizou anteriormente, o processo não é algo que interessa apenas ao autor ou às partes: antes e acima de tudo, o processo é um instrumento de que se vale o Estado para resolver os conflitos de interesses que surgem na sociedade, promovendo a paz social e garantindo a harmonia entre os cidadãos.

É certo, porém, que a movimentação desse aparato é bastante dispendiosa. Por essa razão, procura o Estado evitar a movimentação do processo naqueles casos em que dele não possa ser extraído resultado útil, procurando agir apenas quando isso se mostrar efetivamente necessário – e, principalmente, proveitoso.

Assim, caso se anteveja, desde logo, que daquele processo não serão extraídos resultados úteis, seja pela impossibilidade de ele resolver aquela dada controvérsia (ou pela sua própria inexistência), seja pela possibilidade de ela ser solucionada sem o processo, o Estado opta por não dar seguimento ao processo.

Essa é a razão de ser da categoria das condições da ação: evitar a movimentação desnecessária da máquina estatal, restringindo-se a atuação do Estado àqueles casos em que ela é realmente útil e necessária, como ensina, mais uma vez, Cândido Rangel Dinamarco:

Desse prisma é que se entende e se legitima a atitude do Estado-legislador ao subordinar a concreta concessão do poder de ação ao implemento de certas condições. A movimentação do aparelhamento judiciário custa energias e despesas ao Estado e também por isso não seria razoável dotar as pessoas, inutilmente, do poder de provocar o exercício da função jurisdicional até o momento culminante da declaração da vontade da lei ou de sua atuação; esses requisitos, que são as

condições da ação, limitam a prestação integral do serviço jurisdicional em cada caso concreto, evitando o desperdício de atividades inúteis ou desnecessárias.³⁸¹

Em suma, pela possibilidade da controvérsia ser solucionada extrajudicialmente é que pensamos que falta interesse de agir ao reclamante que demanda sem antes passar pela Comissão de Conciliação Prévia, de modo que, sendo verificada essa ausência, a petição Inicial deve ser indeferida e o feito deve ser extinto sem julgamento do mérito, por não se justificar a movimentação da máquina estatal – como entende o TST.

3. O MODELO ITALIANO

Também o direito italiano contém uma figura semelhante às nossas Comissões de Conciliação Prévia³⁸² – também como requisito para o ajuizamento da ação trabalhista -, cuja constitucionalidade não é mais discutida.

Historicamente, alguns dispositivos isolados já previam mecanismo semelhante no direito peninsular, como a legislação referente aos contratos agrários (Lei n.º 203/82) e a Lei n.º 108/90, especificamente com relação a algumas hipóteses em que a rescisão do contrato individual de trabalho pode ser contestada; além disso, também a legislação referente aos funcionários públicos (DL 29/93, art. 69) a prevê.

As disposições que nos interessam, porém, são os arts. 410 e ss. do Código de Processo Civil italiano, que prevêm, para as controvérsias individuais de trabalho, o “*tentativo obbligatorio di conciliazione*” junto ao sindicato ou aos órgãos instituídos pelo departamento estatal ligado aos assuntos trabalhistas. Sua comunicação à parte contrária interrompe a prescrição e suspende até mesmo prazos decadenciais porventura em curso. A tentativa de conciliação deve ser resolvida em sessenta dias; se esse prazo transcorre sem solução, a parte pode ajuizar a ação judicial.

Havendo conciliação, um interessante procedimento tem lugar (art. 411): ela é formalizada pelas partes e pela autoridade em que o procedimento ocorreu e, em seguida,

³⁸¹ *Execução Civil*, p. 365.

³⁸² E também o direito espanhol, nos termos do art. 63 da Ley de Procedimiento Laboral: “*Será requisito previo para la tramitación del proceso el intento de conciliación ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano que asuma estas funciones, que podrá constituirse mediante los acuerdos interprofesionales o los convenios colectivos a que se refiere el artículo 83 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*”.

protocolada junto ao Juízo que seria competente para a apreciação da controvérsia. É feito um juízo sobre sua regularidade formal e, se tudo estiver em ordem, o juiz, então, a convalida, transformando-a em título executivo.

Não havendo conciliação, também é lavrado termo indicando as razões pelas quais a tentativa de conciliação restou infrutífera, podendo, inclusive, apontar soluções parciais com as quais as partes concordem e, se possível, o valor reconhecido como devido ao trabalhador, também com eficácia de título executivo nessa parte, após observado o mesmo trâmite exposto no parágrafo precedente (art. 412).

Caso a ação judicial seja intentada antes da prévia tentativa conciliatória (ou, ainda, menos de 60 dias após seu pedido), o juiz deve suspender o feito e fixar o prazo peremptório de 60 dias para que o autor promova a tentativa de conciliação; passado esse prazo, a parte tem 180 dias para movimentar o processo, sob pena de sua extinção.

Constitui a prévia tentativa de conciliação, assim, uma “*condizione di procedibilità della domanda*”; há, porém, uma ressalva bastante importante na lei, no sentido de que a falta de tentativa de conciliação não impede a concessão de provimentos cautelares ou de urgência (art. 412-bis); da mesma forma, caso a parte interessada não alegue no momento oportuno ou o juiz não a reconheça *ex officio* antes da audiência prevista no art. 420 do Código, opera-se a preclusão, e o processo transcorre normalmente (mas se o processo continua mesmo quando oportunamente argüido o vício, a decisão porventura proferida pode ser anulada³⁸³).

É importante apontar que essa exigência prévia de conciliação também já teve sua constitucionalidade questionada e reconhecida pelos tribunais italianos, especialmente por sua Corte Constitucional, que, em mais de uma ocasião, a validou:

Lavoro (controversie in materia di) - Licenziamenti individuali - Tentativo obbligatorio di conciliazione secondo le procedure previste dai contratti collettivi o dagli artt. 410 e 411 Cod.Proc.Civ. - Condizione di procedibilità dell'azione - Ingiustificata disparità di trattamento tra ricorrente in cause di lavoro e attore in cause ordinarie, con compressione del diritto di difesa - Insussistenza - Non fondatezza della questione.³⁸⁴

³⁸³ Federico Carpi e Michele Taruffo, *Commentario Breve al Codice di Procedura Civile*, p. 1.244.

³⁸⁴ Sentenza 82/1992, Relatore Guizzi, 19/02/92.

Lavoro (controversie in materia di) - Tentativo di conciliazione - Obbligatorietà quale condizione di procedibilità - Lamentato eccesso di delega, nonché asseriti ostacoli allo svolgimento della giurisdizione e ritardi limitanti inutilmente il diritto di azione - Insussistenza delle doglianze e ragionevolezza della disciplina - Non fondatezza della questione.³⁸⁵

Vê-se, assim, que o modelo italiano guarda similaridade com o brasileiro – mas com o importante acréscimo da chancela judicial após a celebração do acordo – e, o que é mais importante, já teve sua constitucionalidade reconhecida – tal como defendemos para o direito brasileiro.

Exposto nosso posicionamento no sentido de concordar com o entendimento do C. TST a respeito da necessidade de prévia submissão do feito à Comissão de Conciliação Prévia antes do ajuizamento da ação, vejamos agora os motivos pelos quais, apesar de concordarmos com a premissa (obrigatoriedade de passagem pela Comissão), não concordamos com a conclusão que dela extrai o C. TST (a extinção do feito sem julgamento do mérito em 3º grau de jurisdição).

4. EQUÍVOCO DA CONCLUSÃO (DO TST)

Efetivamente, pensamos não estar correta a prática do C. TST de extinguir sem julgamento do mérito feitos já julgados em seu mérito pelas duas instâncias inferiores.

Como vimos, a razão de ser das condições da ação é evitar que processos dos quais não se possa extrair resultado útil (mais sob a ótica do Estado do que das partes) se desenvolvam, com o desperdício de recursos estatais para, ao final, se perceber que tudo isso poderia ser evitado, já que, desde o início, se podia antever que esse processo seria inútil.

O fundamento dessa categoria, enfim, é a economia processual, evitando que sejam praticados atos processuais desnecessários ou inúteis.

Consequentemente, pouco (ou nada) adianta verificar-se a inexistência das condições da ação apenas na sentença, quando todos os atos que se poderia (e queria)

³⁸⁵ Sentenza 276/2000, Relatore Bile, 06/07/00.

evitar já tiverem sido praticados: isso atenta, na verdade, contra a própria razão de ser das condições da ação. Só faz sentido declarar a carência de ação antes do processo se desenvolver: declará-la após o processo ter corrido é muito mais “anti-econômico” do que relevá-la, por significar que (i) todos esses atos poderiam ser evitados; (ii) mesmo assim, eles foram realizados mas serão desconsiderados, já que o feito vai ser extinto sem julgamento do mérito, e, (iii) não bastando, eles terão que ser novamente realizados na nova ação movida pelo autor – o prejuízo que essa prática gera para o Estado é triplo³⁸⁶!

Na hipótese analisada, não faz sentido extinguir-se sem julgamento do mérito, no TST, processos que já tiveram seu mérito apreciados em 1ª e 2ª Instância. Muito mais lógico é o aproveitamento dos atos processuais praticados e, principalmente, da solução de direito material a que se chegou – de forma semelhante à que se dá, como vimos, no direito italiano, em que a ausência da tentativa prévia de conciliação não pode ser argüida após a primeira audiência realizada no feito.

Outro não é o pensamento do Professor José Roberto dos Santos Bedaque:

Parece haver casos em que, não obstante caracterizada a carência, a extinção do processo com pronunciamento do mérito afigura-se possível, pois o que se pretendia evitar já ocorreu: a realização de atividades desnecessárias. Como a instrução probatória acabou por propiciar cognição exauriente da relação material, melhor proporcionar às partes solução à crise verificada naquele plano do ordenamento jurídico, apta a regulá-la definitivamente. Quanto menos as crises processuais impedirem o resultado esperado do processo, tanto melhor.³⁸⁷

Vale repetir: a razão de ser das condições da ação é evitar que processos dos quais não se possa extrair resultado útil se desenvolvam; se, porém, esses atos que se queria evitar já foram praticados e, mais ainda, o processo chegou a um resultado útil, com

³⁸⁶ É por esse motivo que a verificação das condições da ação deve ser feita antes do início da fase instrutória (e, se possível, antes mesmo da citação do réu), para que se diminua, ao máximo, os atos processuais praticados em um processo que esteja fadado ao insucesso (caso não estejam presentes as condições da ação). Por essa razão, não nos parece acertada a prática da Justiça do Trabalho de apenas analisar as condições da ação em sentença (quando muito...). Melhor seria a adoção do despacho saneador, do despacho de recebimento da Inicial ou algo semelhante, isto é, um momento em que o Juízo teria contato com a petição Inicial (e com o próprio processo) antes da sentença, para poder corrigir eventuais irregularidades ou, desde logo, extinguir ações manifestamente descabidas, como no caso da carência de ação.

³⁸⁷ *Efetividade do Processo e Técnica Processual: Tentativa de Compatibilização*, p. 355.

a prolação de decisão de mérito, extinguir o feito pela suposta carência de ação é que atenta contra o princípio da economia processual, não o contrário.

Como resultado de tudo isso, ao invés de se ter um processo a menos (que é o que se queria, e poderia ser alcançado com o aproveitamento das decisões de mérito proferidas), ter-se-á um processo a mais (a nova ação movida pelo reclamante). Isso sim vai contra a economia processual, não o julgamento do mérito do litígio – além do prejuízo que se causa ao trabalhador, que não vê seu direito reconhecido.

Vê-se, pois, que com base na razão de ser das condições da ação não se justifica a extinção sem julgamento do mérito de processos já julgados em duas instâncias, apenas por não terem passado pela Comissão de Conciliação Prévia.

Por fim, também à luz das considerações expendidas nos capítulos anteriores, acerca da razão de ser do sistema processual e de que o processo deve deixar de ser visto como um jogo, a orientação do C. Tribunal Superior do Trabalho não parece ser a mais acertada.

De fato, como expusemos, deve ser abandonada a visão do processo como um jogo com regras que, se violadas, implicam na “derrota” da parte infratora, com uma decisão contrária aos seus interesses. Deve ser “derrotado” no processo aquele que, à luz do direito material, não tiver razão, e não aquele que, simplesmente, não atentar para uma das “armadilhas processuais” criadas pelo legislador (ou, mais comumente, pela jurisprudência – especialmente dos tribunais superiores).

As regras processuais têm (ou deveriam ter) uma razão de ser, algo que as justifica e um objetivo a ser alcançado. Não é seu objetivo servir de óbice à realização do direito material, como verdadeiros obstáculos a serem transplantados para que ele se realize - muito menos quando aplicadas de maneira desvinculada de sua finalidade, como no caso.

Afinal de contas, “*o sistema processual nada mais é que a técnica estatal de solução de controvérsias*”³⁸⁸: por que, então, deixar de fazer aquilo a que o processo se destina (resolver o conflito) e prestigiar-se uma decisão processual que não faz sentido algum e por força da qual o processo faz exatamente o oposto daquilo que deveria: perpetua o litígio?

³⁸⁸ José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade do Processo e Técnica Processual: Tentativa de Compatibilização*, p. 353.

A extinção do feito pela falta de uma condição da ação (no caso, a ausência de passagem pela Comissão de Conciliação) não é um direito subjetivo do devedor ou uma punição ao reclamante, mas sim uma faculdade do Juízo caso verifique ser essa a medida mais adequada ao processo – sob a ótica do Estado, não das partes –, por ser ele, em tese, desnecessário.

O objetivo do processo é solucionar a crise de direito material, dar a quem tem direito exatamente aquilo a que faz jus, nem mais nem menos. Qualquer resultado que se divorcie desse objetivo deve ser absolutamente excepcional, admitido apenas se presentes circunstâncias graves, que impeçam o regular desenvolvimento do processo (ou o direito de defesa da parte contrária) e o desviem de seu curso normal – o que não é o caso.

O processo deve ser pensado (e praticado) privilegiando-se o titular do direito material, cuja restauração é a própria razão de ser da Jurisdição. No caso estudado, a extinção do feito sem julgamento do mérito após ele já ter sido decidido em duas instâncias é boa para o devedor, mas não para o titular do direito violado (que é quem deve ser protegido), que já foi prejudicado durante a relação, teve que entrar na Justiça para ver seu direito restaurado, esperou vários anos para que isso acontecesse e agora vai ter que passar por tudo isso de novo, apenas pela não observância de uma questão formal, há muito superada pelo natural desenvolvimento do feito.

E também para o Estado essa decisão é ruim, pois significa que todos os atos praticados o foram em vão – além de não alcançar o processo os escopos de restabelecimento do ordenamento material e pacificação social, que constituem sua razão de ser.

Beneficia-se (como sempre...) apenas o devedor - e sem que haja razão para tanto, já que, processualmente, a falta de passagem pela Comissão não lhe traz nenhum prejuízo -, mas gera-se um grave prejuízo ao titular do direito material e ao Estado: para eles, a melhor decisão é a de mérito, por permitir a solução definitiva da controvérsia e o aproveitamento dos atos processuais praticados. Novamente, vale a lembrança: o processo deve ser um instrumento de realização do direito material – não de sua negação. Ele não pode servir de empecilho à satisfação do direito do credor, e muito menos deve favorecer aquele que violou a norma material antes do processo, se nega a dar cumprimento à decisão judicial e continua a protelar a satisfação do direito da parte contrária, favorecendo-se dos irrisórios juros trabalhistas previstos pela legislação.

Repetimos: a extinção do feito sem julgamento do mérito não é um direito subjetivo do réu ou uma punição ao credor, mas um instrumento de que dispõe o Estado para proteger seus interesses ou os da parte prejudicada: no caso, nenhum interesse ou direito legítimo é resguardado pela extinção do feito, que não deve ser declarada. A razão de ser das condições da ação não está presente quando o feito já foi julgado em duas instâncias – ao contrário, todas as normas e princípios processuais indicam ser mais lógica a manutenção da decisão de mérito.

Ao trocar-se uma decisão que resolvia a controvérsia por uma que apenas prolonga o feito e torna necessária a sua repetição, contribui-se tão somente para o desprestígio e a ineficácia do sistema, criando-se mais uma forma – ilegítima – do devedor eximir-se do cumprimento de suas obrigações.

Melhor seria convalidar-se todos os atos praticados e extrair-se um resultado útil daquele processo, com a decisão definitiva do mérito da controvérsia - objetivo final e razão de ser da Jurisdição - e a satisfação do direito do credor³⁸⁹.

Dessa feita, o procedimento mais correto é o de, em 1ª Instância, antes da Audiência, verificar-se se o autor passou pela Comissão de Conciliação da categoria (caso ela tenha sido constituída, obviamente); caso não tenha passado, o processo deve ser suspenso e a ele deve ser determinado que o faça, sob pena de extinção do feito³⁹⁰. É apenas nesse momento processual que faz sentido a extinção do feito sem julgamento do mérito pela falta de condição da ação, antes de realizados aqueles atos que as condições da ação, enquanto categoria processual, tencionam evitar³⁹¹.

³⁸⁹ No mesmo sentido o pensamento do Professor Estevão Mallet (*Primeiras Linhas Sobre as Comissões de Conciliação*, p. 445).

³⁹⁰ Não nos parece acertado o posicionamento de que tentativa de conciliação em Audiência supriria a ausência de passagem pela Comissão de Conciliação: a uma porque, sendo assim, a exigência de prévia passagem pela Comissão restaria inócua, e a duas, porque, para chegar à Audiência, a reclamada já teve que contratar advogado, elaborar a sua defesa, mobilizar preposto, contatar testemunhas, etc., e não são poucos os casos em que isso inviabiliza a realização do acordo (isto é, caso a tentativa de conciliação se dê antes, suas chances de êxito se afiguram maiores – até por não ter tido a reclamada os gastos acima apontados). Esse o entendimento, no mais, que vige no direito italiano, como visto acima.

³⁹¹ Como ensina o Professor Bedaque, “*Por tudo o que foi exposto, insiste-se na importância do momento adequado ao exame das condições da ação. Somente se realizado na inicial ou, na melhor das hipóteses, até o saneador a categoria revela utilidade para o sistema processual, pois contribui decisivamente para a economia processual. (...) Este raciocínio aplica-se perfeitamente à técnica das condições da ação. Ainda que verificada a carência, em determinadas situações o julgamento do mérito é não só admissível como desejado.*”

Em síntese: não obstante haja natural ordem lógica quanto ao exame das questões preliminares e aquelas relacionadas ao mérito, isso não significa a existência de vedação absoluta ao julgamento do pedido se verificada a existência de óbice determinado por matéria de ordem processual. Se, à luz dos princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual, for possível ignorar a falha processual, o mérito

Em se tratando, porém, de processos que transcorreram normalmente a despeito da falta de passagem pela Comissão de Conciliação e chegaram à fase decisória, a medida correta é o aproveitamento dos atos processuais praticados e a prolação da decisão de mérito, em nome da economia processual e da efetividade do processo.

5. UMA RESSALVA NECESSÁRIA

O tema das Comissões de Conciliação Prévia traz à tona a importante questão (e grande problema) daquelas Comissões de Conciliação que operam de forma ilegítima, buscando não a conciliação entre as partes mas sim a chancela de abusos cometidos contra os trabalhadores (quer por homologarem “conciliações” que não passam de instrumentos de renúncia de direitos trabalhistas, quer por atuarem como meros órgãos homologadores de rescisões contratuais), apenas para conferir ao empregador a “eficácia liberatória geral” a que alude o par. ún. do art. 625-E da CLT.

A questão está longe de ser simples.

De um lado, temos a possibilidade de que as (legítimas) Comissões sirvam como um instrumento de extrema utilidade para a solução de inúmeras questões trabalhistas (especialmente aquelas de menor complexidade), com maior presteza do que o Poder Judiciário e de forma a contribuir para a diminuição de seu assolamento.

De outro lado, a (real) possibilidade de elas serem utilizadas apenas para agravar a exploração sobre os trabalhadores, como mecanismo destinado a respaldar a violação de seus direitos e, além disso, impedir sua discussão judicial.

O que nos parece, porém, é que, infelizmente, por mais que o ordenamento procure impedir ou pelo menos dificultar a ocorrência de fraudes, toda e qualquer instituição jurídica está sujeita a elas – o que parece ser especialmente verdadeiro no campo trabalhista.

Na verdade, até mesmo o Poder Judiciário, diariamente, é utilizado dessa mesma maneira: seja pela homologação de acordos nos quais o empregado capitula ao maior poder econômico do empregador e acaba por renunciar aos seus direitos; seja pela aceitação e homologação das chamadas “casadinhos”. Tudo que acontece nas Comissões de Conciliação fraudulentas acontece também no Poder Judiciário (apenas, talvez, em

deverá ser julgado.” (Efetividade do Processo e Técnica Processual: Tentativa de Compatibilização, p. 384/385).

menor escala): essa é uma realidade que não pode ser negada. E nem se argumente que o Judiciário estaria mais preparado para coibir esse tipo de abusos, já que muitas vezes o que se verifica é exatamente o oposto: não são poucos os casos em que o empregador consegue na Justiça um acordo (imensamente favorável) que não obteve perante o sindicato, pela recusa deste em aceitá-lo.

Não obstante, é inegável que, pela falta de supervisão judicial, as Comissões de Conciliação podem ser um ambiente muito mais propício à violação dos direitos dos trabalhadores do que a via judicial.

De todo modo, o que nos parece é que o mau uso de um dado instituto não deve servir de argumento para a sua extinção, até para não prejudicar aqueles que o utilizam de boa-fé e, principalmente, aqueles que se empenham para fazê-lo funcionar de forma correta (ou a própria Justiça do Trabalho teria que ser extinta...). O que é preciso, sim, é que sejam tomadas as precauções para que as fraudes sejam dificultadas e que elas, quando ocorram, possam ser descobertas e não consigam produzir os efeitos desejados, juntamente com o fechamento das Comissões que operem de forma irregular e a severa punição dos responsáveis - a começar pelo impedimento de que atuem em outras Comissões -, inclusive na esfera criminal.

Afinal de contas, como já apontamos, o ser humano é pródigo em buscar formas de fraudar a lei – especialmente na área trabalhista -, sendo praticamente impossível a criação de um mecanismo que não possa ser utilizado de forma incorreta. A extinção das Comissões de Conciliação Prévia não vai, de forma alguma, impedir a fraude de direitos do trabalhador, mas apenas fazer com que ela assuma uma outra roupagem ou ocorra em outro foro (seja no sindicato, seja em “tribunais arbitrais” ou seja na própria Justiça do Trabalho) – e, como contrapartida, vai impedir que determinadas questões sejam mais facilmente resolvidas e, principalmente, pelo menos algumas ações deixem de ser submetidas ao Judiciário, o que poderia agilizar o andamento dos feitos que já estão sob seus cuidados.

É por isso que pensamos que o caminho não é a extinção das Comissões de Conciliação ou o reconhecimento da facultatividade de sua passagem, mas sim a previsão de mecanismos que dificultem o seu uso fraudulento e permitam o seu desenvolvimento em condições de legalidade e, especialmente, legitimidade social.

O que é importante, enfim, é que as Comissões de Conciliação Prévia surjam como uma forma de solução dos litígios complementar ao Poder Judiciário, com o mesmo resultado que seria alcançado caso a via buscada tivesse sido a judicial, isto é, a integral satisfação dos direitos do trabalhador (e, para isso, é importante que as medidas sugeridas no primeiro capítulo desta parte do trabalho sejam implementadas, para que o mau empregador tema a via judicial e, se não durante a relação de emprego, pelo menos na Comissão de Conciliação pague tudo que é devido ao empregado, por saber que, em juízo, sua dívida será mais cara).

Em suma, o resultado proporcionado pelas Comissões de Conciliação deve ser, em termos de efetividade dos direitos sociais, o mesmo que seria proporcionado pela via judicial – e aquelas Comissões que conseguirem fazê-lo, certamente, gozarão de maior prestígio e legitimidade do que aquelas que não o fizerem (as quais, permitindo a ocorrência de “conciliações” danosas aos interesses dos trabalhadores, tenderão, com o tempo, a esvaziar-se e, assim, desaparecer), perpetuando-se como alternativas legítimas de efetivação dos direitos dos trabalhadores.

Para isso, alguns aperfeiçoamentos ao modelo atual são necessários, para que se garanta a legitimidade da atuação das Comissões de Conciliação:

- A necessidade de seu cadastramento junto ao Ministério do Trabalho e também à Vara do Trabalho competente naquela circunscrição, além de sua submissão à fiscalização do Ministério do Trabalho (tal como previsto pela Portaria n.º 329/00), pelo Ministério Público do Trabalho e, em se tratando de Comissão de natureza não-sindical, pelo sindicato da categoria;
- A restrição da eficácia liberatória do Termo de Conciliação, nos moldes da Súmula n.º 330 do C. TST, e a invalidade da transação sobre verbas incontroversas (tais como verbas rescisórias - art. 11 da Portaria n.º 329/00 do Ministério do Trabalho) – com multa no valor equivalente ao montante “transacionado” pelo empregado;
- O fechamento das Comissões que atuem de forma irregular e a severa punição dos responsáveis, com sua responsabilização na esfera criminal e a proibição de atuar em outras Comissões;
- A dispensa de passagem pelas Comissões tidas como fraudulentas;
- A plena possibilidade de invalidação dos acordos feitos de forma fraudulenta (mas também a previsão de medidas que impeçam a postulação de má-fé do empregado que já fez acordo na Comissão e postula as mesmas verbas em Juízo – exceto no dito caso de fraude);
- O condicionamento de sua instauração, no caso concreto, à prévia homologação da rescisão do contrato de trabalho (exceto quando a empresa se

recusa, dolosamente, a realizá-la, hipótese em que o acesso do trabalhador à CCP e à justiça não pode ser limitado).

Outras duas idéias seriam (i) a criação de órgãos estatais encarregados dessa prévia tentativa de conciliação³⁹² (ou, quem sabe, o aproveitamento daqueles órgãos criados por algumas faculdades para a prática jurídica de seus alunos, com a presença de mediadores ou até mesmo juízes) e (ii) a necessidade de sua chancela pelo judiciário, como no modelo italiano.

A segunda hipótese, indubitavelmente, muito teria a acrescentar às Comissões de Conciliação em termos de legitimidade; no entanto, acabaria por mitigar um daqueles efeitos positivos que se busca com elas (a diminuição dos feitos submetidos a juízo), ainda que, nessas novas “ações”, a atividade jurisdicional seja reduzida.

Com a adoção de medidas como as sugeridas, a exigência de passagem pela Comissão de Conciliação Prévia antes do ingresso em juízo se mostra uma boa medida no sentido do aprimoramento da prestação jurisdicional trabalhista, não apenas pela diminuição da carga de trabalho do Judiciário mas, principalmente, como um complemento legítimo ao Poder Judiciário, aumentando o próprio acesso à justiça.

³⁹² Uma variante seria a utilização da estrutura das DRT's para tanto – com a contratação, obviamente, de mais pessoal para fazê-lo -, de forma semelhante às chamadas *mesas redondas* que existem para a tentativa de conciliação em se tratando de dissídios coletivos.

4. A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NA JUSTIÇA DO TRABALHO

1. A IMPORTÂNCIA DO INSTITUTO

É indiscutível a importância desempenhada pela antecipação de tutela em favor da efetividade da jurisdição e da oportuna satisfação do direito do credor, evitando que a demora do processo torne esse direito inútil ou imponha severas privações ao autor – considerações ainda mais pertinentes em se tratando da Justiça do Trabalho, âmbito por excelência de aplicação da tutela antecipada³⁹³.

Nosso ordenamento prevê duas modalidades de antecipação dos efeitos da tutela: uma relacionada à situação de perigo do autor (CPC, art. 273, inc. I) e outra ligada à falta de uma contestação efetiva de suas pretensões por parte do réu (CPC, art. 273, inc. II e § 6º). E ambas as figuras desempenham um papel muito importante para o sistema processual.

Efetivamente, a primeira (e mais conhecida) modalidade de antecipação dos efeitos da tutela é de fundamental importância ao evitar que o direito postulado (ou seu titular) sejam prejudicados pela natural demora do processo, naqueles casos em que, se as medidas postuladas não foram prontamente antecipadas, de nada adiantará sua satisfação apenas ao final do processo, quando o direito que se buscava resguardar (ou seu titular) já tiver perecido ou sofrido grave prejuízo³⁹⁴.

³⁹³ Foi no processo do trabalho que ela surgiu no direito italiano, como apontam Estevão Mallet (*Antecipação da Tutela no Processo do Trabalho*, p. 30) e José Roberto Freire Pimenta (*Tutelas de Urgência no Processo do Trabalho: O Potencial Transformador das Relações Trabalhistas das Reformas do CPC Brasileiro*, p. 355).

³⁹⁴ Compartilhando da posição do Professor Cândido Rangel Dinamarco (*Nova Era do Processo Civil*, p. 48 e ss.), entendemos que a tutela antecipada pode ser classificada como uma espécie do gênero das “tutelas de urgência”, ao lado das medidas cautelares. Entendemos, assim, que existem dois tipos de riscos relacionados à demora do processo: (i) a tutela postulada ser concedida (no plano jurídico) mas, por fatores diversos, não conseguir se efetivar no plano material (em virtude, por exemplo, do desaparecimento do patrimônio do devedor) ou (ii) essa tutela conseguir ser efetivada no plano material, mas em um momento em que ela não possui mais utilidade para o credor (como quando o plano de saúde não autoriza ao paciente a realização de um procedimento médico de urgência, obrigando o mesmo a postular em Juízo tal medida – a qual vem a ser deferida após seu falecimento) – distinção muito bem apresentada pelo Professor Estevão Mallet, com base na doutrina italiana (*Antecipação da Tutela no Processo do Trabalho*, p. 43/44). O primeiro risco seria remediado pelas medidas cautelares, que se destinam a proteger o processo, por meio de atos conservativos, que impeçam a mudança fática e garantam a efetividade do provimento; o segundo, pela antecipação de tutela, que, por meio de atos antecipatórios do próprio bem da vida buscado no processo, acelera a satisfação do direito material (ou parte dele), conferindo, com isso, proteção direta à própria parte (e não mais ao processo). Trata-se, essa classificação, de tema bastante discutido, sobre o qual há pouco consenso mas cuja

Assim, por exemplo, em direito ambiental, a tutela antecipada é extremamente importante ao permitir a imediata cessação de uma atividade nociva ao meio-ambiente, o que, sem ela, apenas ocorreria com o trânsito em julgado da decisão – muitos anos depois, quando os danos que se deseja impedir já teriam se consumado. Da mesma forma, ela é fundamental, em direito previdenciário, ao permitir o imediato restabelecimento de um benefício indevidamente cassado pelo INSS, assegurando ao segurado o recebimento daquelas verbas que são indispensáveis para a sua subsistência.

E muitas são as hipóteses em que ela é útil no processo trabalhista, conferindo-lhe agilidade e, assim, efetividade: pela imediata reintegração de empregado detentor de garantia de emprego; pela sustação de transferências abusivas; pela liberação, ao trabalhador, do FGTS ou do seguro-desemprego, assim como pela ordem ao empregador para o imediato pagamento das verbas rescisórias incontroversas³⁹⁵ ou pela cassação de terceirizações ilícitas - casos em que, sem a tutela antecipada, o direito do trabalhador demoraria muitos anos para ser reconhecido (e mais ainda para ser satisfeito). Com a tutela antecipada, de outro lado, a satisfação do direito do trabalhador ocorre sem que lhe seja causado tanto desgaste, aproximando-se daquela situação ideal equivalente ao cumprimento espontâneo (e tempestivo) da obrigação pelo empregador.

Além dessa modalidade de antecipação dos efeitos da tutela, ligada ao risco decorrente da demora do processo, nosso ordenamento também prevê, no inc. II e no § 6º do art. 273 do CPC, hipóteses de antecipação dos efeitos da tutela ligadas não ao risco da demora do provimento jurisdicional, mas sim à falta de contestação efetiva por parte do réu: o inc. II fala em “*abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório*”, ao

divergência, na realidade, parece ser muito mais terminológica do que propriamente de conteúdo: há consenso no que diz respeito à necessidade da existência desses provimentos mais céleres e provisórios, que visam a garantir a efetividade da tutela final, assim como há consenso de que esses provimentos podem ser, basicamente, de duas espécies, antecipatórios ou conservativos. O que se discute é basicamente a sua denominação e sua classificação – matéria de menor relevância prática, até porque a própria lei prevê a fungibilidade entre eles.

³⁹⁵ Nessas matérias, a tutela antecipada é de fundamental importância para evitar que o empregado tenha que se submeter à realização de acordos espúrios, apenas para assegurar o seu sustento: “*Com efeito, é amplamente sabido que muitos empregadores têm adotado a prática de dispensarem seus empregados, sem o devido pagamento das verbas rescisórias, que decorrem de lei – vale lembrar -, contando que a necessidade os faça aceitar, em juízo, um acordo com valor indiscriminado, no qual se inclua não só as verbas rescisórias como quaisquer outros eventuais direitos decorrentes da relação de emprego, principalmente, para poderem levantar o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e darem entrada na documentação para recebimento do seguro-desemprego. A demora até a solução final do litígio é um dado imoral que não pode justificar a prática desses acordos espúrios, com a chancela do Estado (do Poder judiciário), ainda mais quando existe no ordenamento jurídico instrumento apto a inibir tal prática: a tutela antecipada, na qual o juiz pode exercer o seu poder geral de cautela, ainda que se negue a natureza cautelar da medida.*” (Jorge Luiz Souto Maior, *Temas de Processo do Trabalho*, p. 61).

passo em que o § 6º do art. 273 do CPC autoriza a concessão da medida quando “*um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso*”³⁹⁶.

A principal virtude dessa previsão é proteger o autor contra os chamados “danos marginais” do processo, isto é, aqueles decorrentes de sua natural demora (independentemente da existência de um risco específico): afinal de contas, se não há controvérsia efetiva acerca dos pedidos formulados, não faz sentido que o autor tenha que esperar todo o desenrolar do processo para receber o seu direito, já que há uma grande probabilidade de ele ser seu titular – evitando-se com isso, também, que o réu que usa do processo apenas para protelar o pagamento da dívida seja beneficiado, impedindo-se, assim, que ele atinja o seu objetivo³⁹⁷. É sabido, afinal, que “*o tempo do processo prejudica o autor que tem razão, beneficiando na mesma proporção o réu que não a tem*”³⁹⁸.

A tutela antecipada é uma importante forma de concretização da previsão constitucional que assegura a todos a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade em sua tramitação (art. 5º, inc. LXXVIII) – e, mais ainda, do próprio direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva, ao permitir uma realização mais rápida - e efetiva - dos direitos postulados³⁹⁹.

³⁹⁶ O que pode ser interpretado extensivamente para admitir a antecipação de tutela em grau recursal, em se tratando de recursos claramente protelatórios: “*Não se tomando tal providência em primeiro grau, os Tribunais Regionais do Trabalho, por determinação do juiz relator, com maior grau de certeza ainda, podem conceder a antecipação da tutela, quando verificarem que a interposição do recurso ordinário teve intuito meramente protelatório, autorizando a liberação do crédito incontestável do reclamante do valor do depósito recursal. Conforme, adverte, Marinoni, “Tendo em vista que o abuso do direito de recorrer é uma realidade que não pode ser ignorada, tal prática deve ser inibida, seja através da condenação por litigância de má-fé, seja mediante o indeferimento do recurso pelo relator (art. 577, Código de Processo Civil), ou ainda através de tutela antecipatória.” (Jorge Luiz Souto Maior, Temas de Processo do Trabalho, p. 62/63). De se lembrar que tal possibilidade é expressamente prevista pelo art. 527, inc. III, do CPC, bem como por seu art. 558.*

³⁹⁷ Cf. Bedaque, “*Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)*”, p. 321 e 326. Afinal, como bem sintetizou Marinoni, “*não é racional obrigar o autor a suportar a demora do processo quando há abuso do direito de defesa ou quando parcela da demanda pode ser definida no curso do processo.*” (*Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, p. 184).

³⁹⁸ Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, p. 205.

³⁹⁹ Sobre a tutela antecipada como corolário do direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva, confira-se Estevão Mallet, *Antecipação da Tutela no Processo do Trabalho*, p. 22 e 26. Assim vem se posicionando a jurisprudência: “*PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO A PESSOA HIPOSSUFICIENTE. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. OBRIGAÇÃO DE FAZER DO ESTADO. INADIMPLEMENTO. COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. ASTREINTES. INCIDÊNCIA DO MEIO DE COERÇÃO. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRIMAZIA SOBRE PRINCÍPIOS DE DIREITO FINANCEIRO E ADMINISTRATIVO. 1. Recurso especial que encerra questão referente à possibilidade de o julgador determinar, em ação que tenha por objeto a obrigação de fornecer medicamentos a hipossuficiente portador de Werdnig-Hoffman (atrofia de corno anterior da medula espinhal), a concessão de tutela antecipada, implementando medidas executivas assecuratórias, proferida em desfavor de ente estatal. (...) 6.*

Mais importante do que tudo isso, porém, é a constatação de que a antecipação de tutela, ao antecipar a satisfação do direito postulado⁴⁰⁰ e, com isso, atingir o patrimônio do devedor muito antes do que isso normalmente aconteceria (e de uma forma muito mais efetiva), pode ter o inegável efeito de estimular o cumprimento da lei trabalhista, por assegurar que eventual violação será punida (e de maneira ágil), contribuindo para que a violação à lei trabalhista deixe de ser vantajosa – o que, por sua vez, ajudaria a diminuir o grande número de ações judiciais anualmente submetidas à Justiça do Trabalho.

Enfim, correta e devidamente utilizada, a tutela antecipada acaba por fortalecer o próprio direito material⁴⁰¹, restaurando e assegurando a sua vigência – daí a inegável importância do tema. Por isso, é importante enfrentarmos o assunto, sempre em consonância com nossa proposta de repensar/propor novas formas de uso da técnica processual.

Exatamente em virtude de nossa proposta, focaremos em alguns pontos específicos relativos à tutela antecipada, acerca dos quais pensamos ser possível uma interpretação mais consentânea com o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva e que mais contribui para a realização do direito material – com especial preocupação com a questão da efetivação da medida de antecipação de tutela concedida no curso do processo.

Iniciaremos, porém, com algumas considerações mais genéricas acerca do (mau) uso da antecipação de tutela na prática trabalhista.

A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana. 7. Outrossim, a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente. O meio de coerção tem validade quando capaz de subjugar a recalcitrância do devedor. O Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder do Estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por ele eclipsados.” (STJ, 1ª Turma, Resp 771.616, 20.06.06, Rel. Min. Luiz Fux).

⁴⁰⁰ A esse respeito, vale mencionar a existência de projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional (PL 186/2005) prevendo a “estabilização da tutela antecipada”, isto é, “tornar definitivo e suficiente o comando estabelecido por ocasião da decisão antecipatória” em determinadas situações (cf. a Exposição de Motivos do projeto). Dispositivo semelhante vem contido no 1º § do art. 186-bis do CPC italiano, que prevê que a decisão de “antecipação de tutela” de pagamento de valores não contestados pelo réu conserva sua eficácia mesmo em caso de extinção do processo.

⁴⁰¹ José Roberto Freire Pimenta, *Tutelas de Urgência no Processo do Trabalho: O Potencial Transformador das Relações Trabalhistas das Reformas do CPC Brasileiro*, p. 344.

2. DO (MAU) USO DA TUTELA ANTECIPADA NA PRÁTICA TRABALHISTA

Antes de adentrar na análise dos aspectos técnicos relativos à tutela antecipada, é importante chamarmos a atenção para uma circunstância que acaba por restringir sensivelmente os benefícios que a antecipação de tutela como técnica processual pode gerar: a timidez com a qual ela é usada no processo do trabalho.

Efetivamente, não dispomos de estatísticas para comprovar nossa afirmação, mas a impressão que extraímos de nossa experiência prática é a de que a antecipação de tutela é uma medida que é pouco (e mal) utilizada na Justiça do Trabalho⁴⁰². Ela é (i) pouco pedida, (ii) pouco concedida e (iii) pouco explorada (isto é, poucos são os seus desdobramentos e tímida é a forma pela qual ela é efetivada), o que compromete, como dito, todos os benefícios que esse valioso instrumento poderia proporcionar.

Com relação ao primeiro problema apontado, o que se verifica é a existência de muitos casos em que a antecipação de tutela era cabível, mas não foi postulada pela parte (como, por exemplo, em casos de verbas rescisórias incontroversas), que não atentou para a ocorrência dos pressupostos legais.

Isso é especialmente verdadeiro com relação à tutela antecipada ligada à falta de controvérsia, pouco tratada até mesmo pela doutrina – e, consequentemente, praticamente desconhecida pelos tribunais. Com relação a essa modalidade, o que reina é o mais absoluto desconhecimento⁴⁰³, sendo rara a sua utilização – o que, porém, poderia ser bem diferente, por conta da frequência com que tal hipótese (a falta de controvérsia efetiva) se apresenta no judiciário trabalhista.

Neste passo, uma alternativa possível é, pelo menos em alguns casos, admitir-se a concessão da tutela antecipada *ex officio*, tal como admitido por parte da

⁴⁰² “No que se refere à tutela antecipada, por exemplo, pouquíssimos são os exemplos de sua concessão no processo do trabalho. Aliás, tantas foram as objeções criadas pela jurisprudência trabalhista para a aplicação desse instituto na esfera laboral que sequer os advogados têm se arriscado a pedir uma tutela antecipada nas reclamações trabalhistas.” (Jorge Luiz Souto Maior, *Temas de Processo do Trabalho*, p. 178).

⁴⁰³ “Nessa linha de idéias, vários institutos processuais foram criados com a finalidade de melhorar a prestação jurisdicional, mas, na prática, tais institutos ainda poucos resultados têm produzido. Isso se dá, em parte, infelizmente, por falta de conhecimento jurídico dos próprios operadores do direito – que, atrelados aos diversos afazeres da vida moderna – não têm sequer tido tempo para estudar os novos institutos; mas, se dá, também, pelo apego a formalismos tradicionais que estão alojados na “inconsciência” jurídica, provocando um verdadeiro temor de que se possa, por intermédio do processo, produzir resultados no mundo real, ainda mais quando se trata de conferir direito a um trabalhador.” (Jorge Luiz Souto Maior, *Temas de Processo do Trabalho*, p. 178).

doutrina⁴⁰⁴ e, principalmente, pela jurisprudência, que atenuou várias vezes essa regra, concedendo a tutela de ofício sem que isso fosse impugnado⁴⁰⁵.

Com efeito, parece-nos que, pelo menos em alguns casos, a garantia constitucional de um processo de razoável duração e o próprio direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva, além da natureza de direito fundamental que os direitos postulados nas ações trabalhistas costumam apresentar (com o conseqüente dever do juiz trabalhista de concretizá-los), devem preponderar sobre a regra da inércia da jurisdição, em virtude da natureza dos direitos envolvidos e da necessidade de sua pronta satisfação⁴⁰⁶.

Essa medida, inclusive, também contribuiria com relação ao segundo problema apontado (a pouca concessão da tutela antecipada), por ampliar o leque de situações em que isso pode ocorrer.

No que diz respeito a esse segundo problema, é preciso que os julgadores façam uma leitura mais instrumentalista dos requisitos da antecipação de tutela, sob pena da completa inviabilização do instituto.

Assim, por exemplo, é hipótese muito freqüente na prática trabalhista a antecipação de tutela ser negada por conta da alegada irreversibilidade do provimento antecipado (CPC, art. 273, § 2º), especialmente em casos envolvendo obrigações de fazer, como a reintegração de empregado detentor de garantia de emprego⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ Como, por exemplo, os Professores Estevão Mallet (*Antecipação da Tutela no Processo do Trabalho*, p. 72), José Roberto dos Santos Bedaque (*Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)*, p. 378) e Jorge Luiz Souto Maior (*Temas de Processo do Trabalho*, p. 62).

⁴⁰⁵ Por exemplo: “*Mandado de Segurança. Tutela Antecipada em Sentença. Ausência de ilegalidade no ato judicial que, de ofício e por ocasião da prolação da sentença, antecipa a tutela, determinando à reclamada a anotação da CTPS do reclamante, em 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de cominação de multa diária. De fato, a r. decisão encontra respaldo no art. 461, caput, do CPC, segundo o qual “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.”. Aplicável ainda o entendimento formulado pelo c. TST na Orientação Jurisprudencial 51 da SDI 2, no sentido de não ser impugnável por mandado de segurança a antecipação da tutela conferida em sentença, mas sim mediante recurso ordinário. Segurança que se denega.*” (TRT da 2ª Região, Seção de Dissídios Individuais, MS 11247/2005, 14.02.06, Rel. Juíza Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva) - havendo, porém, decisões em sentido contrário.

⁴⁰⁶ A essa mesma solução se pode chegar a partir do enquadramento da antecipação de tutela e das medidas cautelares dentro do gênero das tutelas de urgência, do que decorre, segundo parte da doutrina, a aplicabilidade à antecipação de tutela dos dispositivos que tratam das medidas cautelares e, assim, por exemplo, o art. 797 do CPC, que admite, em algumas hipóteses, medidas cautelares concedidas *ex officio*. Trata-se, porém, de medida que, por ir contra a literalidade do texto legal, deve ser adotada de forma excepcional, apenas quando as circunstâncias do caso concreto assim o exigirem – em especial, quando isso for imprescindível para evitar o perecimento de um direito fundamental do trabalhador.

⁴⁰⁷ Por exemplo: “*GARANTIA DE EMPREGO À GESTANTE. INCABÍVEL A REINTEGRAÇÃO POR DETERMINAÇÃO JUDICIAL, ESPECIALMENTE MEDIANTE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA, A QUE*

No entanto, levar-se essa regra ao extremo acabaria por restringir excessivamente o âmbito de aplicação da antecipação de tutela (além de negar vigência, por exemplo, ao art. 659, incs. IX e X, da CLT), indo contra a própria razão de ser do instituto⁴⁰⁸.

Significaria, em última medida, admitir-se a hipótese de alguns direitos estarem sujeitos a dano irreparável ou de difícil reparação sem que seu titular pudesse fazer algo a esse respeito, o que representaria a própria negação desses direitos⁴⁰⁹ e, principalmente, da garantia constitucional de acesso à justiça, que é entendida hoje não mais apenas como o mero ingresso em juízo mas sim como a possibilidade de obtenção de uma efetiva proteção jurisdicional dos direitos, não apenas mediante um provimento de mérito mas, principalmente, pelas medidas tendentes à sua realização.

Seria, enfim, permitir-se o perecimento daquele direito que o processo deve proteger, favorecendo - de modo indevido -, um apenas eventual (e, no mais das vezes, menos importante, por desprovido de caráter fundamental) direito do devedor de ser restituído ao estado anterior em caso de cassação da antecipação de tutela.

Por conta disso, doutrina⁴¹⁰ e jurisprudência⁴¹¹ tendem a flexibilizar também essa regra, admitindo, em alguns casos, a antecipação da tutela mesmo havendo risco da

ALUDE O ART. 273 DO CPC. CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA. A decisão judicial que defere a tutela antecipada para efeito de determinar a reintegração da gestante no emprego não se limita à antecipação dos efeitos da tutela pretendida, consoante art. 273 do CPC, eis que não se traduz numa providência parcial e precária a ser substituída pela definitiva, mas é o próprio provimento definitivo em si mesmo com a agravante de que a gestante possui garantia de emprego, a qual não se confunde com estabilidade, motivo pelo qual foi editado o enunciado n° 244 do C. TST, sendo destituída de fundamento jurídico a decisão que determina sua reintegração, embora as partes possam, em havendo convergência, celebrarem acordo para que a mesma seja reintegrada, o que não significa possa o juiz decidir por essa reintegração, o que é diferente.” (TRT da 15ª Região, Seção Especializada, MS 241/99, 25.02.00, Rel. Juiz Samuel Corrêa Leite).

⁴⁰⁸ Razão pela qual merecem elogio as Orientações Jurisprudenciais n.º 64 e 142 da SBDI2 do C. Tribunal Superior do Trabalho, que admitem a antecipação de tutela para a reintegração de empregados detentores de garantia de emprego.

⁴⁰⁹ “O que não pode acontecer é um enfoque formalista, reacionário ou covarde do § 2º, do art. 273, a ponto de causar prejuízos irreparáveis a quem desesperadamente busca a prestação jurisdicional que, se não concedida no momento adequado, resulta na mais pura e adjeta denegação de justiça, beneficiando e estimulando devedores inadimplentes ou em mora, não raramente dotados de um cinismo a toda prova.” (Cláudio Armando Couce de Menezes, *Tutela Antecipada e Ação Monitória na Justiça do Trabalho*, p. 36/37).

⁴¹⁰ Como os Professores Bedaque (*Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)*), p. 266) e Estevão Mallet (*Antecipação da Tutela no Processo do Trabalho*, p. 104).

⁴¹¹ Por exemplo: “MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA DESPACHO QUE DEFERIU PARCIALMENTE A TUTELA ANTECIPADA. CABIMENTO. PLANO DE SAÚDE VINCULADO À MANUTENÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO – EMPREGADA ACOMETIDA POR LER – RECLAMAÇÃO AJUIZADA COM PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO – POSSIBILIDADE. Não se pode admitir que o juiz esteja impedido de antecipar a tutela, quando a antecipação é imprescindível para evitar um prejuízo irreversível ao direito do

irreversibilidade dessa antecipação, tendo em vista a natureza dos interesses em jogo e o grau de verossimilhança do direito alegado pelo autor⁴¹².

O que há nesses casos, enfim, é uma hipótese de choque entre garantias constitucionais: de um lado, os direitos fundamentais do trabalhador e a garantia a uma tutela jurisdicional efetiva; de outro, o direito de defesa do réu e a segurança jurídica⁴¹³, e o embate entre eles deve ser resolvido mediante a sua ponderação (juntamente com as demais regras usualmente apontadas pela hermenêutica constitucional para essas hipóteses), com a prevalência daqueles valores que mais servem para a realização da dignidade da pessoa humana, valor maior de nosso ordenamento – no caso, a antecipação dos efeitos da tutela para a proteção dos direitos fundamentais do trabalhador⁴¹⁴.

*autor. Raciocinar neste norte é o mesmo que afirmar que o legislador obrigou o juiz a correr o risco de provocar um dano irreversível ao direito que justamente lhe parece mais provável. A tutela sumária funda-se no princípio da probabilidade. Não só a lógica mas também o direito à adequada tutela jurisdicional exigem a possibilidade de sacrifício, ainda que de forma irreversível, de um direito que pareça improvável em benefício de outro que pareça provável. Caso contrário, o direito que tem a maior probabilidade de ser definitivamente reconhecido poderá ser irreversivelmente lesado (Luiz Guilherme Marinoni, *A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil*, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 79/80). Cumpre ao julgador verificar, dentro do critério da probabilidade e da proporcionalidade, primeiro, qual o direito alegado pelas partes é o mais provável em sede de cognição sumária e, segundo, qual o prejuízo maior no caso de irreparabilidade.” (TRT da 23ª Região, MS 336/2002, 05.11.02, Rel. Juiz Osmair Couto).*

⁴¹² Qualquer que seja a solução, porém, é obrigatório que a decisão seja (realmente) fundamentada (CF, art. 93, inc. IX): não basta o usual “*presentes os requisitos, defiro a antecipação de tutela*” (afinal, é mais do que óbvio que se os requisitos não estivessem preenchidos, a medida não seria deferida – ou pelo menos assim se espera), sendo imprescindível que o magistrado explique de que forma e por quais elementos dos autos tais requisitos restaram preenchidos. Nesse sentido bem ensina o Professor Estevão Mallet: “*A citada regra serve, todavia, para deixar expresso que a fundamentação há de ser clara e precisa, não bastando referência genérica, como frequentemente ocorre, à presença dos pressupostos legais da medida. Não satisfaz o requisito da fundamentação, portanto, pronunciamento em que se diga “presentes as condições exigíveis, defere-se a antecipação”; ou mesmo em que, mais longamente, mas ainda assim sem o conteúdo devido, se afirme: “o requerente logrou demonstrar o preenchimento dos pressupostos do art. 273 do CPC, motivo pelo qual o pedido de antecipação merece acolhimento”. O que se espera do julgador e o que a lei lhe impõe é que dê a conhecer as razões pelas quais entende configurarem-se, no caso concreto submetido à deliberação, os pressupostos abstratamente descritos no art. 273, do CPC; que esclareça porque ficou convencido da verossimilhança da alegação do requerente e em que consiste o perigo de dano ou como se caracterizou o abuso de direito de defesa. Fora disso, não há verdadeira fundamentação.” (Antecipação de Tutela no Processo do Trabalho, p. 96).*

⁴¹³ A regra da irreversibilidade tem sua importância por representar a concretização também de direitos fundamentais do réu, como o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal – tão dignos de tutela quanto os do autor (a esse respeito, ver José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)*, p. 80). Não é a simples demora que autoriza a antecipação de tutela (do contrário, ela saberia em qualquer feito), mas sim a possibilidade de ocorrência de dano irreparável, isto é, o risco à utilidade do provimento jurisdicional (José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)*, p. 224/225 e Estevão Mallet, *Antecipação de Tutela no Processo do Trabalho*, p. 63).

⁴¹⁴ Sem prejuízo, obviamente, do dever de restabelecer-se as partes ao estado anterior em caso de reforma da decisão que antecipara os efeitos da tutela. Acerca do balanceamento dos valores envolvidos nessa questão (segurança jurídica X efetividade da tutela jurisdicional), confira-se a ótima sintetização feita por José Roberto Freire Pimenta (*Tutelas de Urgência no Processo do Trabalho: O Potencial Transformador das Relações Trabalhistas das Reformas do CPC Brasileiro*, p. 356 e ss.). Em sentido semelhante as

Assim, tem-se que, em alguns casos, também a regra da irreversibilidade deve ser mitigada, para que se evite o perecimento de direitos de índole constitucional e se assegure a própria utilidade da técnica de antecipação da tutela - até por conta do caráter eminentemente patrimonial de eventual dano a ser suportado pelo empregador (enquanto para o empregado, no mais das vezes, estarão em jogo direitos fundamentais, ainda que em sua expressão patrimonial)⁴¹⁵.

E pior do que se negar a antecipação de tutela com base na pretensa irreversibilidade do provimento é negá-la quando todos seus requisitos estão presentes mas, por uma visão absolutamente conservadora, ela é negada por fatores mais ideológicos do que jurídicos (como a visão de que ela representa um indevido deslocamento do momento processual adequado para o julgamento do mérito), totalmente contrários à razão de ser do instituto e que acabam por neutralizá-lo⁴¹⁶.

Pior do que mal utilizar a tutela antecipada é não utilizá-la (isto é, não concedê-la), o que ocorre com uma frequência bem maior do que se desejaria, sendo absolutamente comum o despacho “aguarde-se a audiência” (e depois a sentença... até, talvez, pelo medo da tomada de posição e da quebra do paradigma de que o direito apenas pode ser realizado após um juízo de cognição exauriente). Resultados muito mais úteis seriam extraídos do processo caso a tutela antecipada fosse mais frequentemente concedida: a pacificação social seria muito mais rápida e efetiva, já que a demora na solução do feito, mesmo quando todo o direito da parte é reconhecido, é algo extremamente prejudicial ao restabelecimento do direito material.

considerações de Jorge Luiz Souto Maior (*Temas de Processo do Trabalho*, p. 69) e Eduardo Henrique von Adamovich (*A Tutela de Urgência no Processo do Trabalho: uma visão histórico-comparativa*, p. 182/183).

⁴¹⁵ É preciso, enfim, uma análise bastante criteriosa sobre a concessão ou não da antecipação de tutela; a questão está longe de ser simples (o que pode explicar algumas das decisões por nós criticadas). A chave está no equilíbrio: “*TUTELA ANTECIPADA - REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO - REQUISITOS. Não é vedado ao Juiz conceder reintegração no emprego pela via da tutela antecipada, entretanto, exatamente porque tal providência tem cunho de parcial irreversibilidade é que, com mais rigor, se deve observar a existência dos requisitos de prova inequívoca e verossimilhança das alegações, previstos no art. 273, do CPC. Se é juridicamente questionável o direito vindicado ou se, para a conclusão de procedência da pretensão faz-se necessária dilação probatória e esclarecimentos complementares, torna-se inviável o deferimento de tutela antecipada.*” (TRT da 24ª Região, Tribunal Pleno, MS 141/98, 10.02.99, Rel. Juiz Amaury Rodrigues Pinto Júnior).

⁴¹⁶ “*Entendendo o juízo trabalhista estarem presentes os requisitos da antecipação de tutela, deve deferi-la. Este o sentido em que concordáramos com NELSON NERY JR., que leva à conclusão de haver obrigação do juiz de deferir a medida quando presentes seus elementos concessivos. Reconhecendo o juiz estarem presentes os requisitos legais para a antecipação de tutela, não está em seu poder discricionário denegá-la por argumentos meramente idiossincráticos.*” (Eduardo Henrique von Adamovich, *A Tutela de Urgência no Processo do Trabalho: uma visão histórico-comparativa*, p. 210).

A melhor solução para isso (e também para o terceiro problema apontado, consistente na pouca exploração das medidas que antecipam os efeitos da tutela – do que melhor trataremos nos tópicos que seguem) consiste na conscientização de todos os operadores do direito acerca da razão de ser e da importância do instituto, buscando, com isso, a mudança em sua mentalidade, libertando-a das amarras do texto legal e aproximando-a de nosso modelo constitucional e do real significado da garantia de acesso à justiça: a efetiva realização do direito material da parte, o que certamente não ocorre quando o processo demora dez ou quinze anos para satisfazer o direito do credor. No processo, a máxima “antes tarde do que nunca” nem sempre é verdade: para aquele credor que precisava do direito, tarde e nunca são quase a mesma coisa.

Falta, aqui, a mencionada *simpatia* (entendida como “colocar-se no lugar da outra pessoa”) com o trabalhador, para que se compreenda o quanto a antecipação de tutela significa para ele – ainda mais quando já se pode antever, desde logo, que seu pedido será acolhido ao final do processo (quando, porém, realmente poderá ser tarde demais).

Feita essa crítica, passemos a analisar os pontos em que a técnica da antecipação de tutela pode ser aprimorada – terceiro problema apontado.

3. EFETIVAÇÃO DA MEDIDA QUE ANTECIPA OS EFEITOS DA TUTELA

Um dos maiores problemas que percebemos no tocante à tutela antecipada consiste na forma bastante conservadora pela qual se dá a sua efetivação, a ponto de, em muitos casos, o instituto ser verdadeiramente anulado pela falta de sua realização prática, deixando desprotegidos aqueles direitos que deveria tutelar.

Isso é especialmente verdadeiro no que diz respeito às antecipações de tutela relativas a obrigações de pagamento de quantia, uma vez que o entendimento que predomina é o de que, enquanto que para as obrigações de fazer, não fazer e de entrega de coisa a efetivação da antecipação de tutela conta com todas as medidas previstas nos §§ 4º e 5º do art. 461 do CPC (que permitem ao juiz a adoção de quaisquer medidas necessárias à implementação de sua decisão, desde a multa diária até o fechamento do estabelecimento comercial, por exemplo), em se tratando de obrigações de pagamento de quantia, tais *medidas de apoio* não poderiam ser aplicadas, devendo o cumprimento da medida ser realizado em conformidade com os dispositivos que regulam a execução provisória de sentença do Código de Processo Civil (mediante o demorado procedimento de

expropriação de bens do devedor) ou, ainda pior, da CLT (cuja sistemática é ainda menos eficiente do que a cível, por não admitir nenhum ato de satisfação do direito do credor, nos termos de seu art. 899).

Esse entendimento⁴¹⁷ gera, no nosso entender, dois grandes óbices à eficácia da medida que antecipa os efeitos da tutela: a falta de meios efetivos para coagir o devedor a cumprir com a sua obrigação e, principalmente, uma grave limitação em sua aplicação, reduzindo a sua abrangência ou até mesmo anulando-a em determinadas situações, por não ser o mecanismo da execução provisória (especialmente a trabalhista) capaz de propiciar a rápida e efetiva satisfação do direito que a antecipação de tutela visava a proteger.

Assim, demonstraremos nos dois tópicos seguintes que (i) também à antecipação de tutela de pagamento de quantia podem ser aplicadas as medidas de apoio dos §§ 4º e 5º do art. 461 do CPC (em especial, a cominação de multa periódica para estimular o devedor a cumprir com a sua obrigação) e, à partir da constatação de que as medidas de coerção indireta nem sempre serão suficientes para o cumprimento da obrigação, mostraremos também que (ii) o cumprimento da medida que antecipa os efeitos da tutela não pode ficar preso às limitações inerentes ao sistema da execução provisória (especialmente da trabalhista), devendo levar à efetiva realização do direito do autor⁴¹⁸.

3.1. DO CABIMENTO DA MULTA (E DAS OUTRAS MEDIDAS DE COERÇÃO) NA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA RELATIVA ÀS OBRIGAÇÕES DE PAGAMENTO DE QUANTIA

Ainda que haja exceções, o entendimento que predomina em doutrina e jurisprudência é o de que a multa não tem cabimento em se tratando de antecipações de tutela em obrigações de pagamento de quantia, como bem ilustra a seguinte decisão:

⁴¹⁷ Histórica e politicamente vinculado a valores há muito ultrapassados: “*As Revoluções burguesas e o Iluminismo, como já se advertiu acima, com sua constante redução dos limites dos poderes dos juízes e a exaltação dos valores da liberdade individual, acabaram por exacerbar as garantias de defesa no processo, nulificando os espaços para os instrumentos legais de coação psicológica tendentes a tornar o inadimplemento efetivamente desvantajoso para o devedor.*” (Eduardo Henrique von Adamovich, *A Tutela de Urgência no Processo do Trabalho: uma visão histórico-comparativa*, p. 221/222). No mesmo sentido: “*No exercício de suas funções judicantes, a magistratura forjou a partir do Estado Liberal uma cultura técnica própria que, hoje, revela-se em descompasso com a realidade.*” (José Eduardo Faria, *As Transformações do Judiciário em Face de suas Responsabilidades Sociais*, p. 53).

⁴¹⁸ Assim, não nos insurgimos propriamente contra o fato de o cumprimento da antecipação de tutela seguir as regras da execução provisória (isso é inevitável e necessário, já que ela não deixa de ser uma decisão não definitiva, não protegida pela coisa julgada – cf. Manoel Antônio Teixeira Filho, *As Alterações no CPC e suas repercussões no Processo do Trabalho*, p. 59), mas sim contra a eventual inutilização da medida que isso gera caso não se atente para as necessidades do direito material que ela visa a proteger e as limitações inerentes à execução provisória trabalhista.

PROCESSUAL CIVIL. FAZENDA PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA. ASTREINTES. NÃO-CABIMENTO. PRECEDENTE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO-DEMONSTRADA. 1. Consoante a jurisprudência do STJ, em se tratando de obrigação de fazer (art. 461, § 4º, do CPC), bem como de entrega de coisa (art. 461-A, § 3º, do CPC), o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode fixar multa cominatória contra a Fazenda Pública para forçá-la ao cumprimento da obrigação no prazo determinado. 2. No entanto, na hipótese de obrigação de pagar quantia certa, predomina no STJ o entendimento de que “a multa é meio executivo de coação, não aplicável a obrigações de pagar quantia, que atua sobre a vontade do demandado a fim de compeli-lo a satisfazer, ele próprio, a obrigação decorrente de decisão judicial. (...) Em se tratando da Fazenda Pública, qualquer obrigação de pagar quantia, ainda que decorrente da conversão de obrigação de fazer ou de entregar coisa, está sujeita a rito próprio (CPC, art. 730 e art. 100 da CF)” (Resp. n. 784.188/RS, relator Ministro Teori Zavascki, DJ de 14.11.2005).⁴¹⁹

O interesse na aplicação dessa medida decorre da circunstância de que o modelo de efetivação da medida que antecipa os efeitos da tutela com relação às obrigações de fazer é, no geral, bastante eficiente, por atribuir ao julgador poderes para a utilização de uma série de medidas com vistas à concretização do comando judicial, muito além daquelas que, a princípio, ele dispõe em se tratando de obrigações ao pagamento de quantia.

De fato, a situação é bastante diferente quando se trata das obrigações de pagamento de quantia, em que a mera aplicação das regras relativas à execução provisória - sem o concurso de mecanismos que atuem sobre a vontade do devedor - nem sempre é suficiente para a efetividade da tutela jurisdicional, eis que a falta do adimplemento

⁴¹⁹ STJ, 2ª Turma, Resp 371.004, 07.03.06, Rel. Min. João Otávio de Noronha; da mesma forma o EREsp 770969. No mesmo sentido o pensamento de Eduardo Talamini (*Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de Não Fazer*, p. 469). O Professor Sérgio Pinto Martins vai ainda além, não admitindo a aplicação no processo do trabalho de qualquer multa com base nos arts. 273 ou 461 do CPC, mas apenas aquelas já previstas na CLT: “Pensamos, contudo, que o juiz do trabalho não poderá impor qualquer multa ao devedor, apenas as previstas na CLT. No processo civil, as hipóteses de astreintes seriam as contidas nos arts. 287 e 461 do CPC. As hipóteses de astreintes contidas no art. 287, nos §§ 2º e 4º do art. 461 do CPC não se aplicam no processo do trabalho, pois a CLT não é omissa sobre o assunto e quando entendeu de determinar penalidades o fez expressamente.” (*Direito Processual do Trabalho*, p. 534).

espontâneo da obrigação por parte do devedor nos leva de volta ao tradicional processo de execução por expropriação, sabidamente ineficiente e, acima de tudo, demorado.

Por conta disso, aquela decisão proferida de modo antecipado, destinada a tutelar, de modo ágil, um direito sob o risco de perecimento, acaba por não atingir o seu escopo, por carecer de meios aptos à sua efetivação. De nada adianta, para o titular do direito, vê-lo declarado se o mesmo não pode ser realizado: sua situação de perigo continua a mesma.

Nesse contexto, pensamos ser de extrema utilidade que se permita ao órgão jurisdicional o uso de medidas capazes de atuar sobre a vontade do devedor e compeli-lo a cumprir com a sua obrigação, ou, ainda, que permitam ao juiz, desde logo, a obtenção do resultado prático equivalente, para o que se mostra de extrema valia a aplicação dos §§ 4º e 5º do art. 461 do CPC também para as obrigações de pagamento de quantia.

E, segundo pensamos, essa possibilidade, longe de ser uma abstração teórica, já está agasalhada por nosso ordenamento (ao contrário do que a interpretação mais tradicional do art. 273 do CPC parece indicar).

Como se sabe, a antecipação dos efeitos da tutela é fruto da chamada “primeira reforma” do processo civil brasileiro, realizada entre os anos de 1993 e 1995; ela, especificamente, decorre da alteração na redação dos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil promovida pela Lei n.º 8.952/94.

Já neste passo, cumpre chamar atenção para um fato de fundamental importância para o nosso raciocínio. Costuma-se tratar todas as formas de antecipação de tutela (isto é, tanto as relativas às obrigações de fazer quanto as pertinentes às obrigações de pagamento de quantia) com base no art. 273 do CPC, como se toda e qualquer forma de antecipação de tutela fosse regida por esse dispositivo legal.

Não é esse, porém, o caso, já que, com relação às obrigações de fazer e não fazer (e, mais recentemente, também as de entrega de coisa), existe dispositivo específico, qual seja, o § 3º do art. 461 (*“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”*).

Dessa feita, a interpretação mais correta do sistema legal é a de que, no que toca às obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa, a antecipação de tutela é regida

pelo art. 461 e não pelo art. 273 – aplicável às demais modalidades obrigacionais. Nesse sentido a doutrina de Antônio Cláudio da Costa Machado:

No que concerne à natureza jurídica da tutela antecipável (declaratória, constitutiva ou condenatória), nenhuma limitação se encontra no texto, mas é preciso ter em mente que em relação à medida condenatória fundada em obrigação de fazer ou não fazer incide o novo art. 461, § 3º, e não o presente art. 273.⁴²⁰

No mesmo sentido a jurisprudência:

Nesse passo, além do equívoco de se ter postulado a tutela antecipada do artigo 273 do CPC, equívoco que fora endossado pela decisão que a concedera, pois em se tratando de obrigação de fazer a norma pertinente é a do art. 461 daquele Código, as próprias razões da decisão que a deferira dilucidam a não-ocorrência dos requisitos previstos indiferentemente num e noutro dos dispositivos em tela, tendo em vista que a fundamentação ali expendida remete ao mérito da ação trabalhista. Por outro lado, vale ressaltar, tanto quanto o fora na decisão agravada, a inaplicabilidade da norma do artigo 273 do CPC às ações em que o objeto seja obrigação de fazer ou não fazer, como se orienta a jurisprudência dominante deste Tribunal.⁴²¹

Assim, nosso estudo partirá dessa premissa: a antecipação de tutela das obrigações de fazer é regida pelo art. 461 do CPC, ao passo em que, em se tratando de obrigações de pagamento de quantia, aplica-se seu art. 273⁴²². A partir dela, vejamos como

⁴²⁰ *Código de Processo Civil Interpretado*, p. 252. No mesmo sentido: Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (*Código de Processo Civil Comentado*, p. 719); Sérgio Pinto Martins (*Direito Processual do Trabalho*, p. 551); Cândido Rangel Dinamarco (*Nasce um Novo Processo Civil*, p. 10); Kazuo Watanabe (*Tutela Antecipatória e Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer (arts. 273 e 461 do CPC)*, p. 47); Manoel Carlos Toledo Filho, *Fundamentos e Perspectivas do Processo Trabalhista Brasileiro*, p. 216; José Roberto Freire Pimenta, *Tutelas de Urgência no Processo do Trabalho: O Potencial Transformador das Relações Trabalhistas das Reformas do CPC Brasileiro*, p. 356 e 365.

⁴²¹ TST, SBDI2, AGROMS 120/2002, 16.12.03, Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen.

⁴²² Sem prejuízo, é claro, de se aplicar o inc. II do art. 273, assim como seu § 6º, também para se antecipar a tutela de obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa (cf. Marinoni, *Antecipação da Tutela*, p. 264). A esse respeito, vale apontar que essa distinção permite o argumento (não isento de controvérsia) de que, para as obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa, não há que se indagar acerca da reversibilidade ou não do provimento, já que tal exigência vem prevista apenas no art. 273 do Código.

se dá a efetivação da medida antecipatória de tutela para cada uma dessas modalidades de obrigação, à luz dos mencionados dispositivos legais.

No que diz respeito às obrigações de fazer e não fazer, como já dito, a matéria é regulada pelos §§ 4º e 5º do art. 461 do CPC, que assim dispõem:

Art. 461. (...)

§ 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 do preceito.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

Vê-se, pois, que várias são as alternativas postas à disposição do magistrado para a efetivação da antecipação de tutela nas obrigações de fazer e não fazer (inclusive, a imposição de multa periódica para coagir o devedor a adimplir a sua obrigação), gozando ele de ampla liberdade de escolha na fixação daquela que lhe parecer a mais conveniente no caso concreto e, o que é mais importante, sendo dotado de poderes capazes de efetivamente tornar concreta a decisão antecipatória, seja por vias de mecanismos de coerção sobre o devedor, seja por medidas que possibilitam a realização específica de sua decisão no plano material.

Já a efetivação da antecipação de tutela em obrigações de pagamento de quantia é regulada pelo § 3º do art. 273 do CPC, que, em sua redação original, previa que “a execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588” – dispositivo que regulava, então, a execução provisória de sentença.

Assim, o que se tinha no modelo criado pela Lei n.º 8.952/94 era que a efetivação da antecipação de tutela em obrigação de fazer seria regida pelos § 4º e 5º do art. 461, ao passo em que a efetivação da antecipação em obrigações de pagamento de

quantia seria regulada pelo § 3º do art. 273 – ou seja, pelo art. 588 do CPC, que regulava a execução provisória, não se lhe aplicando os §§ 4º e 5º do art. 461.

Ocorre, porém, que a redação do § 3º do art. 273 do CPC foi modificada em 2002, pela Lei n.º 10.444, passando, agora, a fazer remissão não apenas ao art. 588 do CPC (cuja redação também foi modificada por essa lei) mas também aos §§ 4º e 5º do art. 461: *“a efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A”*.

Por conta disso, a conclusão que se pode extrair é a de que, a partir da Lei n.º 10.444/02, também à efetivação da medida de antecipação de tutela em obrigações de pagamento de quantia podem ser aplicadas as medidas previstas nos §§ 4º e 5º do art. 461 do CPC – entre elas, a cominação de multa periódica ao devedor como meio de execução indireta⁴²³, disposição que nos parece bastante interessante para “incentivar” o cumprimento das obrigações trabalhistas, na linha do que defendemos ao longo do trabalho.

Efetivamente, não nos parece fazer sentido, por exemplo, a interpretação no sentido de que a remissão aos §§ 4º e 5º do art. 461 do CPC feita pelo § 3º do art. 273, em sua nova redação, tem cabimento apenas com relação às obrigações de fazer e não fazer – e não às demais modalidades obrigacionais -, uma vez que não apenas a antecipação de tutela dessas espécies de obrigação é regulada por dispositivo diverso (o art. 461 do CPC, como visto), mas também (e principalmente) porque os §§ 4º e 5º do art. 461 do CPC já eram expressamente aplicáveis àquelas obrigações no sistema da Lei n.º 8.952/94, isto é, eventual lei dispendo nesse sentido seria absolutamente despicienda, por já ser esse o modelo legal em vigor.

Dessa feita, e de acordo com a máxima de que a lei não possui palavras inúteis, a conclusão a que se chega é que a menção feita pelo § 3º do art. 273 do CPC, em sua nova redação, à efetivação da antecipação de tutela por meio dos §§ 4º e 5º do art. 461 daquele diploma legal destina-se a tornar estes preceitos aplicáveis ao restante das modalidades obrigacionais, não mais apenas às obrigações de fazer e não fazer.

⁴²³ Esse é também o entendimento do Professor Antônio Cláudio da Costa Machado (*Código de Processo Civil Interpretado*, p. 368), assim como de Paulo Afonso Brum Vaz (*Manual da Tutela Antecipada*, p. 182), Jorge Luiz Souto Maior (*Temas de Processo do Trabalho*, p. 62), e parece ser também o do Professor Cândido Dinamarco (*A Reforma da Reforma*, p. 103 e 106).

A esse respeito, vale lembrar que boa parte da doutrina já defendia a imposição de multa na tutela antecipada de obrigação de pagamento de quantia⁴²⁴ - mas com base no sistema legal como um todo e não no texto da lei. O que pretendemos é apenas demonstrar que a própria lei já autoriza essa conclusão, não sendo necessária a formulação de abstratos sistemas teóricos para tanto, simplificação essa que pode contribuir, em muito, para a efetividade da medida (até por conta da herança positivista/racionalista que até hoje predomina nos meios jurídicos).

De todo modo, o que é certo é que a essa mesma conclusão se poderia chegar mesmo sem o exposto texto legal, utilizando-se como base o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva, como bem ensina Luiz Guilherme Marinoni:

O fato de a multa não estar prevista expressamente no art. 273 não pode ser interpretado como um recado do legislador no sentido de que a sua utilização apenas é possível nos casos de obrigações de não-fazer, fazer e entrega de coisa. Isso seria o mesmo que interpretar a norma processual em contrariedade à Constituição Federal. Aliás, a norma processual – quando compreendida à luz da teoria dos direitos fundamentais – deve ser interpretada conforme os direitos fundamentais. Em outras palavras, se um meio executivo é imprescindível à efetividade da tutela jurisdicional, não há como negar a possibilidade de sua utilização. A menos que se pretenda desconsiderar o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.⁴²⁵

Em outra passagem, o autor é ainda mais incisivo a esse respeito:

Assim, no caso em que se mostra necessária a tutela antecipatória de soma em dinheiro, é errado supor que o juiz deva aplicar as modalidades executivas que servem à tradicional ‘execução de quantia certa’, apenas porque não foi expressamente prevista medida executiva adequada, como a multa. Diante dessa

⁴²⁴ Por exemplo, Estevão Mallet (*Antecipação da Tutela no Processo do Trabalho*, p. 122/123/127), José Roberto dos Santos Bedaque (*Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)*, p. 394), Luiz Guilherme Marinoni (*Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, p. 204) e José Roberto Freire Pimenta (*Tutelas de Urgência no Processo do Trabalho: O Potencial Transformador das Relações Trabalhistas das Reformas do CPC Brasileiro*, p. 371/372 e 381 – defendendo, até mesmo, medidas como a prisão do devedor trabalhista e a intervenção judicial na empresa para garantir o cumprimento de suas obrigações trabalhistas).

⁴²⁵ *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, p. 204.

hipótese, basta ao juiz justificar a necessidade dessa técnica executiva, aludindo à situação carente de tutela, para que então a multa possa ser aplicada com base no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Na realidade, o juiz tem poder-dever de dar efetividade ao seu trabalho, prestando a tutela jurisdicional de forma efetiva. Assim, qualquer que seja a situação concreta, o juiz não pode se esquivar do seu dever de determinar o meio executivo adequado, cruzando os braços diante de omissão legislativa ou de falta de clareza da lei, como se o dever de prestar a tutela jurisdicional não fosse seu, mas estivesse na exclusiva dependência do legislador.⁴²⁶

Afinal de contas, não há qualquer diferença estrutural que justifique que apenas a execução das obrigações de fazer, não fazer ou entrega de coisa conte com o apoio das medidas de execução indireta⁴²⁷; ao contrário, nosso ordenamento possui uma série de exemplos em que tais medidas de apoio são disponibilizadas para obrigações de pagamento de quantia, como, por exemplo, na cominação de pena de prisão pelo não pagamento de pensão alimentícia.

As decisões envolvendo todos os tipos de obrigações devem ser cumpridas, não apenas as de obrigação de fazer, que não possuem qualquer preferência em relação às de pagamento de quantia – na verdade, se alguma gradação fosse possível, talvez as obrigações ao pagamento de quantia é que deveriam ser privilegiadas, por consistirem na hipótese mais freqüente em nossos fóruns. Não faz sentido apenas as primeiras serem dotadas desses instrumentos: todas devem contar com meios eficazes de cumprimento,

⁴²⁶ *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, p. 235. Como bem afirmou esse mesmo autor, “não há como retirar do art. 273 do CPC a idéia de que a tutela antecipatória de soma não pode ser executada mediante o uso dos meios de execução previstos nos arts. 733 e 734 do CPC. Se a necessidade de antecipação de soma não pode ser negada – e por isso a tutela antecipatória foi concedida, não há razão para se deixar de executar a soma por intermédio das técnicas do desconto em folha, do desconto de renda periódica ou da ameaça de prisão” (p. 204). Afinal de contas, “O dever daqueles que militam no foro com os olhos voltados para um processo civil realizador do direito material, em processo civil “efetivo”, portanto – mais ainda naqueles casos em que ele está solenemente reconhecido pelo juiz! –, é extrair da lei, mesmo do que só está escrito nas suas entrelinhas, todas as suas possibilidades para tornar concretas as garantias constitucionais do processo, inclusive aquela que vem sendo tão decantada, porque mais recente e expressa no texto constitucional: a do inciso LXXVIII do art. 5º.” (Cássio Scarpinella Bueno, *Primeiras notas do cumprimento das sentenças* (Lei n. 11.232/2005)).

⁴²⁷ Trata-se, na verdade, de mais um resquício de nossa tradição liberal e do dogma da intangibilidade da liberdade/vontade do devedor, aliado a pouco louváveis pressões de ordem política – afinal de contas, um sistema mais eficiente não convém aos maiores devedores (que, normalmente, são aqueles que maior peso político têm).

ainda mais quando estão em jogo direitos fundamentais, como são os direitos dos trabalhadores⁴²⁸.

Fazendo com que ao devedor seja mais interessante cumprir a obrigação do que protelá-la, por meio da atribuição ao juiz de medidas que realmente levem à sua realização, poderão ser obtidos melhores resultados na antecipação de tutela em obrigações de pagamento de quantia, complementando o tradicional modelo de execução por expropriação⁴²⁹.

3.2. DA NECESSIDADE DE UMA EFETIVAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA DESVINCULADA DO MODELO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA

O segundo grande óbice à efetividade das medidas de antecipação de tutela de pagamento de quantia decorre do usual atrelamento de seu desenvolvimento às regras que disciplinam a execução provisória, prejudicando a satisfação do direito no plano material e, assim, comprometendo a efetividade da medida.

Não se pode negar que, por mais que as medidas de coerção sobre a vontade do devedor possam ser eficazes, nem sempre elas servem para induzir ao cumprimento da obrigação. Assim, se o devedor continua a não pagar a dívida, não resta outra alternativa senão submeter-se à tradicional execução por subrogação para a obtenção da quantia necessária à satisfação do direito do autor.

De outro lado, é também verdade que o cumprimento da decisão de antecipação de tutela não tem como prescindir da incidência de pelo menos parte das

⁴²⁸ E isso não apenas para as decisões de antecipação de tutela, mas também para as decisões definitivas, como será exposto em capítulo próprio. Tramita no Congresso Nacional Projeto de Lei destinado à regulamentação do “Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas” previsto no art. 3º da Emenda Constitucional n.º 45. Tal projeto prevê duas medidas bastante interessantes: a previsão de multa (denominada *contribuição*) para aquele devedor que não paga sua dívida e, assim, leva à movimentação do Fundo (art. 17, § 1º - tal como defendemos para quem não paga suas obrigações trabalhistas, como visto anteriormente) e a possibilidade de imposição de astreintes a esse mesmo devedor, para coagi-lo a ressarcir o Fundo pelas quantias antecipadas ao trabalhador (art. 18) – o que confirma a possibilidade de aplicação da multa em se tratando de obrigações de pagamento de quantia.

⁴²⁹ Usualmente, a doutrina que defende medidas mais agressivas para o cumprimento das medidas de antecipação de tutela limita a sua aplicação apenas para as antecipações fundadas em risco de dano (CPC, art. 273, inc. I), entendendo que, para o cumprimento das demais espécies de antecipação (CPC, art. 273, inc. II e § 6º), deve-se seguir o modelo legalmente previsto – com todas as suas limitações (cf., por exemplo, Estevão Mallet, *Antecipação da Tutela no Processo do Trabalho*, p. 118/120). Pensamos, porém, que também essas modalidades de antecipação devem ser prestigiadas, seja porque também elas contribuem para evitar a ocorrência de dano ao autor (os chamados danos marginais, supra mencionados), seja porque todas decisões judiciais devem ter sua efetividade fomentada, em prol do próprio sistema, ao qual interessa ver as decisões cumpridas.

regras relativas à execução provisória, já que sua decisão não deixar de ser, tecnicamente, uma decisão provisória.

No entanto, o que não pode ocorrer é essa aplicação das regras sobre a execução provisória inviabilizar a medida antecipatória e, com isso, acabar por não afastar o perigo de dano que ameaça aquele direito que se pretendia tutelar.

Quando se segue as regras da execução provisória previstas no CPC, esse problema é de certa forma atenuado, já que tal sistema permite o levantamento de quantia pelo credor e também a prática de atos de expropriação (mediante prestação de caução e em alguns casos até mesmo sem ela, o que pode contribuir para a efetividade da medida de antecipação dos efeitos da tutela).

O problema, porém, é que, na jurisprudência trabalhista, predomina o entendimento de que as normas civis relativas à execução provisória não têm aplicação (e isso tanto para o cumprimento da sentença quanto para a medida que antecipa os efeitos da tutela), face à existência de dispositivo na CLT que regula a matéria – art. 899 -, que permite a execução provisória apenas até a penhora, não permitindo de nenhuma forma a satisfação do direito do credor:

AGRAVO REGIMENTAL. CAPAF. DECISÃO PROFERIDA EM RECLAMAÇÃO CORREICIONAL QUE DETERMINOU A CASSAÇÃO DO MANDADO DE CUMPRIMENTO EXPEDIDO POR PRESIDENTE DE TURMA DO TRT. (...) Por outro lado, conjugando os incisos II e III do art. 588 do CPC, ou seja, o rito da execução provisória, aplicado por força do § 3º do art. 273 do CPC, e o art. 899 da CLT, que, ao conferir efeito meramente devolutivo aos recursos trabalhistas, permite a execução provisória até a penhora, a única conclusão razoável a que se pode chegar é que, em se tratando de obrigação de pagar e não tendo havido penhora, não se poderá iniciar a execução antes de transitar em julgado a decisão, uma vez que nenhum título judicial pendente, salvo as exceções legais, pode ser objeto de execução definitiva.⁴³⁰

⁴³⁰ TST, Tribunal Pleno, AGRC 37.920/2002, 06.11.03, Rel. Min. Ronaldo José Lopes Leal. No mesmo sentido: “MEDIDA CAUTELAR. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. “FUMUS BONI JURIS”. “PERICULUM IN MORA”. Tem-se por configurada a fumaça do bom direito da requerente no tocante a impossibilidade de antecipação de tutela nos casos de obrigação de fazer, posto que o art. 899, da CLT, limita a execução provisória até a penhora. Isto porque, como no presente caso que trata de obrigação de fazer, há o perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, pois, seria muito difícil para o

Esse entendimento, porém, apesar de encontrar apoio na letra da lei, é, indubitavelmente, absolutamente prejudicial para a efetividade do processo, por praticamente inutilizar o instituto da tutela antecipada, deixando sem proteção aquele direito em risco de perecimento. Qual o valor da decisão de antecipação se o direito não pode ser realizado, parando o processo na penhora de bens do devedor?

Por conta disso, pensamos que o mais correto é o abandono das limitações previstas pelo regime da execução provisória trabalhista, permitindo-se a efetiva satisfação do direito antecipado – sob pena, vale repetir, da absoluta inutilidade da medida, que não debelará o mal que se destina a afastar.

Assim, em primeiro lugar, entendemos ser necessária a utilização das regras do processo civil e não da CLT acerca da execução provisória (tal como, de resto, defendemos em se tratando de execução provisória de sentença, como exposto em capítulo específico), eis que aquelas permitem uma mais rápida e efetiva satisfação do direito antecipado ao autor.

Mais ainda, é preciso o abrandamento das limitações contidas no regime do CPC – em especial, no que diz respeito ao condicionamento da satisfação do credor à prévia concessão de caução. Afinal de contas, nos próprios termos do § 3º do art. 273 do CPC, o uso das regras da execução provisória na efetivação da antecipação de tutela deve ser feita apenas “no que couber”, ou seja, devem ser afastadas as disposições que atentam contra a efetividade e a razão de ser da medida, que deve poder ser efetivada sem a incidência de qualquer limitação legal – exceto, evidentemente, as garantias constitucionais da parte contrária.

O certo é que, aqui, mais até do que em se tratando de execução provisória de sentença, eventual impossibilidade do autor de prestar caução não pode, jamais, servir de empecilho à efetivação da medida antecipatória (assim como se dá com a questão da irreversibilidade), nem tampouco a exigência de caução deve servir para o atraso de seu procedimento⁴³¹.

requerente obter os valores pagos de volta, no caso de provimento do recurso interposto.” (TRT da 19ª Região, Tribunal Pleno, AC 249/2004, 15.03.05, Rel. Juiz José Abílio).

⁴³¹ Mas sempre se ponderando acerca da possibilidade de reversão da medida, caso em que o réu deverá ser restituído ao estado anterior, sem qualquer prejuízo. Algum cuidado é, sempre, imprescindível, exatamente por não se tratar de uma decisão definitiva – e obtida mediante cognição limitada.

Também assumem particular importância na efetivação da tutela antecipada de quantia medidas que permitam a rápida satisfação do direito do credor – em especial, o uso da penhora *on line* ou outros instrumentos semelhantes, para que realmente o credor receba, com presteza, a quantia necessária ao afastamento da situação de perigo.

Com isso, pensamos, o instituto poderá ser potencializado, em prol de uma maior efetividade do processo e todos os efeitos reflexos que isso pode trazer, inclusive ao próprio direito material, como apontado ao longo do texto.

4. REFLEXOS DA NOVA EXECUÇÃO CIVIL NO CUMPRIMENTO DAS MEDIDAS DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA DE PAGAMENTO DE QUANTIA

Por fim, abordaremos neste tópico os reflexos causados pela Lei n.º 11.232/05 (que modificou a execução no processo civil) sobre a efetivação da medida de antecipação de tutela de pagamento de quantia.

Referida lei, como se sabe, suprimiu a tradicional dicotomia entre os processos de conhecimento e execução, sendo a execução, agora, mera fase do processo, na qual a decisão é cumprida.

Essa importante inovação legislativa interessa ao tema da antecipação de tutela porque a nova sistemática da execução civil aplica-se, também, à execução provisória de sentença, nos termos do art. 475-O do CPC. E como o § 3º do art. 273 do CPC, que trata da efetivação da medida de antecipação de tutela, expressamente determina a aplicação das regras sobre a execução provisória, forçosa é a conclusão de que também a efetivação da medida de antecipação de tutela de pagamento de quantia teve o seu procedimento alterado, devendo seguir as novas previsões da legislação processual civil.

Dessa forma, e assumindo que a efetivação da medida de antecipação de tutela de pagamento de quantia, na Justiça do Trabalho, também segue (naquilo que cabível) a sistemática processual civil (como defendemos acima), resta ver em que medida as novas disposições do CPC afetam a matéria no âmbito trabalhista.

Da análise dos novos arts. 475-A a 475-R do CPC, podem ser apontadas as seguintes inovações promovidas no processo civil:

- (i) A mencionada eliminação do binômio conhecimento-execução, sendo o “cumprimento de sentença”, agora, mera fase do procedimento, com o início

automático do prazo para pagamento da dívida, independentemente de pronunciamento judicial, pedido do credor ou nova citação do devedor;

- (ii) Também como consequência do fim da autonomia da execução, a ação de Embargos à Execução foi substituída pela figura da Impugnação, mero incidente processual e que não possui efeito suspensivo automático;
- (iii) A previsão de multa de 10% do valor da condenação em caso de inadimplemento do devedor (com a previsão de que o pagamento parcial da dívida limita a multa ao valor restante – estimulando, assim, o pagamento de pelo menos parte do valor devido);
- (iv) A possibilidade de o próprio credor, em seu requerimento de expedição de mandado de penhora e avaliação contra o devedor, indicar os bens a serem penhorados: o devedor não tem mais a oportunidade de indicar bens à penhora, e
- (v) Possibilidade de intimação da penhora na pessoa do advogado do devedor (além de outras formas mais céleres do que sua intimação pessoal).

Cumprido ver, assim, se (e em que medida) tais inovações podem ser aplicadas à efetivação da medida de antecipação de tutela de obrigação de pagamento de quantia.

E, segundo nos parece, todas essas novidades podem ser utilizadas, eis que podem contribuir, e muito, para a efetividade do processo.

A rigor, na antecipação de tutela, o binômio conhecimento-execução já nem existia. Controvérsia pode haver, apenas, no que diz respeito à incidência ou não da multa de 10%, até porque parte da doutrina entende que a mesma não tem cabimento na execução provisória; como, porém, não nos filiamos a esse entendimento (como será tratado no capítulo específico), entendemos que a multa de 10% tem cabimento também para a efetivação da medida que antecipa os efeitos da tutela, ainda que a mesma esteja sujeita a reforma.

Não vislumbramos qualquer incompatibilidade entre a multa e a sistemática da execução provisória; ao contrário, ela nos parece ser medida absolutamente conforme aos objetivos do instituto (afinal, como qualquer decisão judicial, também aquela que dá ensejo à execução provisória deve ser cumprida) e ao próprio espírito da reforma, por contribuir para a efetividade do processo.

Neste ponto, uma interessante questão que surge é a de se saber se essa multa de 10% pela falta de pagamento da dívida exclui a imposição de multa periódica para coagir o devedor ao cumprimento da obrigação, cujo cabimento nós defendemos com base nos §§ 4º e 5º do art. 461 do CPC.

À primeira vista, poderia parecer que a multa de 10% já serviria para estimular o cumprimento da obrigação, tornando desnecessária a multa periódica. Como, enfim, compatibilizar as duas medidas?

No nosso entender, não há *bis in idem* ou incompatibilidade no uso de ambas as medidas, sendo perfeitamente possível a sua cumulação, já que a multa do art. 475-J tem natureza, primordialmente, punitiva, o que permite sua cumulação com a medida do art. 461, de natureza notoriamente coercitiva.

O que pode ocorrer, sim, é a multa de 10% do art. 475-J do CPC, que é automática e incide em todo e qualquer caso em que há o inadimplemento do devedor, ser tida como suficiente para agir sobre sua vontade, dispensando a utilização de meios adicionais (ou permitindo a diminuição do valor da multa diária). Sempre, porém, que tal não ocorrer, e a multa de 10% não pressionar o devedor a cumprir com seu dever, entendemos que podem ser cumuladas as medidas de apoio dos §§ 4º e 5º do art. 461 do CPC – inclusive, a imposição das *astreintes*, para reforçar a pressão iniciada pela multa de 10%, que se mostrou insuficiente⁴³².

À luz do exposto, podemos concluir que as inovações da execução trazidas pela Lei n.º 11.232/05 podem ser de extrema valia para a efetividade da medida que antecipa os efeitos da tutela em obrigações de pagamento de quantia, servindo como elementos adicionais de pressão sobre o devedor recalcitrante.

⁴³² De todo modo, ainda que não se aceite a aplicação das medidas de apoio do art. 461 do CPC, é imprescindível entender-se pelo cabimento da multa de 10% do art. 475-J (ou o contrário), para que seja assegurada uma maior efetividade à decisão antecipatória.

5. NOVAS LEITURAS DA EXECUÇÃO DEFINITIVA DE SENTENÇA

1. AS LEIS N.º 11.232/05 E 11.382/06 E O PROCESSO DO TRABALHO

Neste tópico, defenderemos a aplicação, no processo do trabalho, das recentes modificações promovidas na execução civil pelas Leis n.º 11.232, de 22 de dezembro de 2005, e 11.382, de 06 de dezembro de 2006. O interesse no uso dessa nova legislação decorre das inegáveis melhorias por ela promovidas na execução civil, as quais, se é evidente que não solucionam de vez, muito podem contribuir para o aumento da efetividade da execução trabalhista.

Vejamos, pois, no que consistiram essas modificações – iniciando por uma breve análise do sistema da CLT, para facilitar sua comparação com a nova legislação civil.

1.1. A SISTEMÁTICA DA CLT

A sistemática prevista na CLT é bastante parecida com a que havia no processo civil antes das últimas reformas processuais.

Ainda que exista alguma controvérsia se a execução trabalhista consiste em um processo autônomo ou mera fase do procedimento, o certo é que ela exige nova citação do devedor para o pagamento da dívida ou indicação de bens à penhora (CLT, arts. 880 e 882), sendo precedida, quando necessário, da prévia liquidação da decisão a ser executada.

Garantido o juízo, o executado pode se defender por meio de Embargos à Execução (cujas natureza jurídica também é discutida), que suspendem o andamento do feito. Sendo eles rejeitados, a execução prossegue, com a liberação do eventual depósito ao credor ou, caso tenha havido penhora de bens, a sua expropriação, para a obtenção da quantia em dinheiro necessária à satisfação do crédito executado. Com isso, encerra-se a execução.

Vista, em linhas gerais, a execução trabalhista, vejamos agora as novidades instituídas na execução civil pelas Leis n.º 11.232/05 e 11.382/06.

1.2. A LEI N.º 11.232/05

De acordo com a sistemática original do CPC, a execução de sentença (isto é, a expropriação do patrimônio do réu e sua transformação em dinheiro, para satisfação do crédito do credor) exigia a propositura de uma nova ação, em uma relação processual autônoma ao processo de conhecimento em que fora originado o título executivo.

Isso, por sua vez, exigia nova citação do réu, que poderia se opor à execução por meio de uma nova ação autônoma (os Embargos à Execução), cuja propositura acarretava a suspensão do feito. Além disso, constituía prerrogativa do devedor indicar os bens a serem penhorados, o que, usualmente, resultava na indicação de bens absolutamente inidôneos para a satisfação do crédito do exequente e, assim, em uma delonga ainda maior do processo de execução.

Com vistas a modificar esses três pontos (nova citação, Embargos à Execução com efeito suspensivo e indicação de bens pelo devedor), a Lei n.º 11.232/05 quebrou toda a tradição de nosso direito⁴³³ e abandonou a clássica separação entre o processo de conhecimento e o processo de execução, reunindo-os em um único processo (por assim dizer sincrético), que compreende as agora fases de conhecimento⁴³⁴ e de execução.

Dessa feita, por se desenvolver na mesma relação processual da fase de conhecimento, a execução não mais é precedida da citação do devedor: o início do prazo para o pagamento da dívida é automático a partir da publicação da sentença, independentemente de requerimento do credor ou nova comunicação do juízo⁴³⁵.

Da mesma forma, vale registrar que, no processo civil, também a liquidação de sentença é muito mais simples do que no processo do trabalho: nos casos em que “*a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético*” (CPC, art.

⁴³³ Já mitigada, a rigor, pelos arts. 461 e 461-A do CPC e inexistente em algumas espécies de ações, como as possessórias e o Mandado de Segurança.

⁴³⁴ A maior parte da doutrina vem tratando a fase de execução como uma fase do processo *de conhecimento* (e assim fez o próprio legislador, inserindo o art. 475 dentro do Livro do Código relativo ao processo de conhecimento). Essa posição, porém, não nos parece a mais acertada, uma vez que (i) o processo não é mais *apenas* de conhecimento (como era quando encerrava na sentença condenatória – e, se não é mais o mesmo, não pode receber a mesma denominação) e (ii) nem tampouco *principalmente* de conhecimento, eis que o que o credor deseja não é a declaração de que tem direito, mas sim que esse direito seja satisfeito: a principal atividade por ele desejada (e, por consequência, a principal atividade do processo) é a executiva, não a de conhecimento, motivo pelo qual, se uma deve ter prevalência sobre a outra, é a executiva sobre a de conhecimento (sendo esta, assim, fase do processo executivo – ou sincrético, ou de conhecimento-executivo, como queira), mas não o contrário.

⁴³⁵ Como parece ser também o sistema da Lei n.º 9.099/95, que cuida dos Juizados Especiais (art. 52), e do próprio art. 461 do CPC.

475-B), o próprio pedido de cumprimento de sentença formulado pelo autor já deve indicar o valor que lhe é devido, e esse valor é que servirá de base para a execução (sem a previsão de qualquer possibilidade de oposição pelo devedor antes da garantia do juízo – quando, então, poderá apresentar sua Impugnação alegando excesso de execução, nos termos do inc. V c/c § 2º do art. 475-L do CPC).

O procedimento do CPC, ao deixar de prever a manifestação do devedor sobre os cálculos do credor antes da garantia do juízo, evita que ocorra aquela situação que é freqüente no foro trabalhista e que, além de atrasar excessivamente o processo, nos parece absolutamente ilógica⁴³⁶: o devedor contesta os valores apresentados pelo exequente, tem sua impugnação rejeitada, renova a exata mesma matéria em sede de Embargos à Execução e, curiosamente, muitas vezes obtém êxito, concluindo-se, então, pelo equívoco da decisão que rejeitara a sua impugnação⁴³⁷. De outro lado, a sistemática da lei processual civil apresenta o inconveniente de dar margem ao cometimento de abusos pelo credor, apresentando valores superiores aos devidos, hipótese em que, se esse excesso não for notado pelo magistrado (CPC, art. 475-B, § 3º - devendo o juiz, nesse caso, determinar que o contador do juízo liquide a sentença), ter-se-á a constrição do patrimônio do devedor em valor superior ao correto⁴³⁸.

A respeito do início do prazo para o cumprimento da sentença, algumas considerações se fazem necessárias. Embora a doutrina concorde que não há mais lugar para a citação do executado (já que não se trata mais de processo de execução), há grande controvérsia acerca do termo inicial da multa de 10%, defendendo, parte da doutrina, que ele depende de intimação do juízo para que o devedor cumpra a obrigação – entendendo a corrente contrária que esse prazo se inicia automaticamente, a partir da publicação da decisão.

⁴³⁶ Os Professores Estevão Mallet (*O processo do trabalho e as recentes modificações do Código de Processo Civil*, p. 199) e Jorge Luiz Souto Maior (*Reflexos das Alterações do CPC no Processo do Trabalho*, p. 71) também criticam essa ilógica dupla discussão dos cálculos no processo do trabalho – sugerindo, o último, que a discussão seja travada apenas na fase de liquidação, sendo renovada quando do Agravo de Petição para a instância superior (cujo prazo inicia-se com o julgamento dos Embargos à Execução porventura opostos) – o que parece absolutamente razoável.

⁴³⁷ Que, usualmente, é uma decisão proferida com muito pouco cuidado, sob o ilusório pretexto de se estar, com isso, acelerando a execução – quando ela provoca justamente o contrário e do que decorre, possivelmente, a sua freqüente reforma em Embargos à Execução.

⁴³⁸ Devendo admitir-se, porém, que o réu chame a atenção do juízo para eventuais excessos flagrantes cometidos pelo credor – mas sem, com isso, paralisar o andamento do feito (e impondo-se a sua punição em caso de comportamento temerário – mas também a do autor em caso de excesso manifesto de execução).

Segundo apuramos, o entendimento que está sendo adotado pelo juízo cível em São Paulo é o primeiro; para nós, porém, o entendimento mais correto é o segundo, isto é, que a nova intimação do devedor para o pagamento da dívida (ainda que por um simples “cumpra-se a decisão”, dirigido ao seu advogado) é desnecessária, já que o novo texto legal em momento algum a menciona (ao passo em que, por exemplo, expressamente prevê a necessidade de intimação do executado em se tratando de liquidação de sentença, nos termos do art. 475-A, § 1º) e, principalmente, por parecer ser esse o entendimento mais consentâneo com o espírito da reforma – que, vale lembrar, teve como um de seus principais pontos o fim da citação do processo de execução⁴³⁹. Essa é, inclusive, a primeira orientação do C. STJ a respeito do tema:

LEI 11.232/2005. ARTIGO 475-J, CPC. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. MULTA. TERMO INICIAL. INTIMAÇÃO DA PARTE VENCIDA. DESNECESSIDADE.

1. A intimação da sentença que condena ao pagamento de quantia certa consuma-se mediante publicação, pelos meios ordinários, a fim de que tenha início o prazo recursal. Desnecessária a intimação pessoal do devedor.
2. Transitada em julgado a sentença condenatória, não é necessário que a parte vencida, pessoalmente ou por seu advogado, seja intimada para cumpri-la.
3. Cabe ao vencido cumprir espontaneamente a obrigação, em quinze dias, sob pena de ver sua dívida automaticamente acrescida de 10%.⁴⁴⁰

Nem se argumente que, na prática, o cumprimento da decisão pode ser dificultado quando o processo tiver transitado em julgado em comarca diversa daquela em que iniciou (por exemplo, nos tribunais superiores), eis que, das duas uma: ou a decisão

⁴³⁹ No sentido de que a intimação do devedor é desnecessária, confira-se Athos Gusmão Carneiro, *Do ‘Cumprimento de Sentença’, Conforme a Lei nº 11.232/2005. Parcial Retorno ao Medievalismo? Por que não?*, p. 23/24; José Roberto dos Santos Bedaque, *Algumas Considerações sobre o Cumprimento da Sentença Condenatória*, p. 73; Leonardo Greco, *Primeiros Comentários sobre a Reforma da Execução Oriunda da Lei nº 11.232/05*, p. 104; Cássio Scarpinella Bueno, *Primeiras Notas do Cumprimento das Sentenças (Lei n. 11.232/2005)*.

⁴⁴⁰ Entendendo o C. STJ, porém, que “O termo inicial dos quinze dias previstos no Art. 475-J do CPC, deve ser o trânsito em julgado da sentença.” (STJ, 3ª Turma, REsp. 954.859-RS, 16.08.07, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros) – no que não estamos de acordo, cf. nota seguinte. Bastante relevantes, de todo modo, os fundamentos adotados pela decisão: “Há algo que não pode ser ignorado: a reforma da Lei teve como escopo imediato tirar o devedor da passividade em relação ao cumprimento da sentença condenatória. Foi-lhe imposto o ônus de tomar a iniciativa de cumprir a sentença de forma voluntária e rapidamente. O objetivo estratégico da inovação é emprestar eficácia às decisões judiciais, tornando a prestação judicial menos onerosa para o vitorioso.”.

dependerá de liquidação, e o prazo para pagamento apenas terá início depois dela, ou, caso não dependa, poderá perfeitamente ser cumprida de imediato (até porque, no mais das vezes, pode ser obtida até mesmo pela *Internet*)⁴⁴¹.

O que se tem, enfim, é que, finalmente, deixou-se claro que a decisão judicial deve valer por si só: a sentença, como ato do Estado, é obrigatória e exigível desde sua publicação, não estando a sua força condicionada a outros atos posteriores. Reforça-se, com isso, a noção de que as decisões judiciais devem ser cumpridas, sem lugar para expedientes (ou procedimentos) protelatórios. Confira-se, a propósito, as excelentes colocações de Petrônio Calmon:

Transformando esse velho e antiquado modo de ser e de pensar, trazendo luzes para que surja um novo ordenamento jurisdicional, fazendo com que o Brasil seja um país sério, cujas decisões judiciais passem a ser respeitadas e acatadas, sem que dê lugar à ciência procrastinatória e perversa, a nova lei proporciona um verdadeiro amadurecimento ao dispor que aquele que deve cumprir uma obrigação reconhecida em sentença há de fazê-lo pelo simples fato de ter conhecimento dessa sentença (contraditório) (...) O velho e inútil despacho “cumpra-se o venerando acórdão”, que nunca teve qualquer sentido, já que o acórdão deve ser cumprido por sua própria força e não porque o juiz de primeiro grau está determinando, deverá agora ser banido totalmente da prática judiciária, pois poderá gerar confusão na mente do jurisdicionado. (...) Ainda assim, é hora de se cumprir a lei, é hora de se respeitar uma decisão judicial.⁴⁴²

⁴⁴¹ Há, ainda, quem dispense a nova intimação do devedor, mas entenda que o prazo para pagamento da dívida começa apenas com o trânsito em julgado (Petrônio Calmon, *Sentença e Títulos Executivos Judiciais*, p. 101 e 102 e Humberto Theodoro Júnior, *As Novas Reformas do Código de Processo Civil*, p. 145), posição que não adotamos (até porque a lei não a menciona), eis que, das duas uma: ou o devedor irá apresentar recurso contra a decisão, e eventual execução seguirá as regras da execução provisória (tema do capítulo seguinte), ou, então, ele não irá recorrer, sabendo, desde logo, que a execução será definitiva - devendo, assim, cumprir a decisão. Não é o trânsito em julgado que torna a sentença obrigatória - do contrário, a rigor, sequer seria possível sua execução provisória e nem faria sentido a interposição de recurso com efeito suspensivo (já que não haveria o que se suspender). Confira-se, a propósito, o ensinamento de Enrico Tullio Liebman: “*Não se pode, pois, duvidar de que a eficácia jurídica da sentença se possa e deva distinguir da autoridade da coisa julgada; e nesse sentido é certamente de acolher a distinção formulada por Carnelutti entre imperatividade e imutabilidade da sentença; porque é esta imperativa e produz todos os seus efeitos ainda antes e independentemente do fato da sua passagem em julgado.*” (*Eficácia e Autoridade da Sentença*, p. 35/36). No mesmo sentido do que defendemos pensa o Professor José Roberto dos Santos Bedaque, *Algumas Considerações sobre o Cumprimento da Sentença Condenatória*, p. 73 e dispõe, afinal, o art. 14, inc. V, do CPC.

⁴⁴² *Sentença e Títulos Executivos Judiciais*, p. 101 e 102.

Na verdade, a única ressalva que entendemos cabível contra esse entendimento é exatamente no caso da aplicação da Lei n.º 11.232/05 ao processo do trabalho (como defendemos), eis que, como há controvérsia a esse respeito, em alguns casos pode ser realmente exagerado exigir-se do devedor o pagamento imediato da dívida quando ele não tem conhecimento dessa exigência; talvez, por segurança, o mais correto fosse, dadas as circunstâncias, intimar-se o devedor (por seu advogado) para o pagamento da dívida⁴⁴³.

Também como consequência do fim da autonomia do processo executivo, agora a defesa do devedor deve ser feita por meio da Impugnação: mero incidente processual, que não possui efeito suspensivo automático (mas que pode ser concedido quando *“relevantes seus fundamentos e o prosseguimento da execução seja manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação”* - art. 475-M do CPC).

Além disso, foi excluída do sistema a possibilidade de o devedor indicar bens à penhora para garantia do juízo: agora, tal faculdade foi atribuída ao próprio credor, quando do requerimento de expedição de mandado de penhora e avaliação contra o devedor⁴⁴⁴. Outra novidade relacionada à penhora é a possibilidade de sua intimação ser feita na pessoa do advogado do devedor (além de outras formas mais céleres do que a tradicional intimação pessoal do devedor, que também poderia atrasar o procedimento).

No entanto, a mais importante modificação promovida pela Lei n.º 11.232/05, no nosso entender, foi a previsão de multa de 10% do valor da condenação caso o devedor não cumpra com a obrigação fixada em sentença⁴⁴⁵ (com a previsão de que o pagamento parcial da dívida limita a multa apenas ao restante da dívida – estimulando,

⁴⁴³ Pelo menos até que o C. TST regule a matéria, como fez – e muito bem – no que toca ao rito das ações enviadas à Justiça do Trabalho por força da Emenda Constitucional n.º 45.

⁴⁴⁴ A esse respeito, deve ser mencionada a existência de Projeto de Lei (n.º 4.371/2004) que altera os arts. 880 e 884 da CLT, impondo ao executado o dever de, em 48 horas, pagar a dívida ou indicar bens à penhora, sob pena de preclusão do direito de impugnar a sentença de liquidação ou opor Embargos à Execução (exceto quanto a vícios na penhora) – disposição de duvidosa constitucionalidade. Caso o devedor omita possuir bens (que, depois, foram descobertos), estará sujeito a multa – que, para nós, também deve incidir caso ele indique bens à penhora em desrespeito à ordem legal (CPC, art. 655).

⁴⁴⁵ Vale lembrar, apenas a título de curiosidade histórica, que o Decreto n.º 22.132/32, que instituiu as Juntas de Conciliação e Julgamento já previa, em seu art. 22, *“multa de 200\$000 a 2:000\$000, aplicável segundo os motivos alegados como determinantes da recusa, e pela maioria dos membros da Junta”* ao devedor que não cumprisse a decisão – disposição que foi suprimida nas legislações posteriores.

assim, pelo menos seu cumprimento parcial), medida que pune aquele devedor reticente em cumprir o julgado, servindo também como meio de persuasão em favor do credor⁴⁴⁶.

Há, em sede doutrinária, bastante controvérsia no que diz respeito à natureza jurídica dessa multa, se punitiva ou coercitiva. Parece-nos, porém, que, de certa forma, as duas correntes podem ser conciliadas: no nosso entender, a multa de 10% consiste, primordialmente, em uma medida punitiva contra o devedor que deixa de cumprir com a obrigação, com natureza sancionatória⁴⁴⁷. Não obstante, que ela, ao mesmo tempo, serve de estímulo para o adimplemento da obrigação, é algo que não se pode negar.

São essas as principais inovações trazidas pela Lei n.º 11.232/05; vejamos, agora, as inseridas pela Lei n.º 11.382/06.

1.3. A LEI N.º 11.382/06

A Lei n.º 11.382, de 06 de dezembro de 2006, também promoveu uma série de modificações na execução civil⁴⁴⁸, das quais destacaremos as mais relevantes.

Uma primeira novidade que merece destaque é a previsão do art. 615-A, que faculta ao exeqüente, quando da distribuição da execução por título extrajudicial⁴⁴⁹, requerer “*certidão comprobatória do ajuizamento da execução (...) para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto*”, facilitando, assim, a constrição do patrimônio do executado.

Tal constrição, quando feita, deve ser comunicada ao juízo da execução no prazo de dez dias, e seu desrespeito pelo devedor configura fraude à execução. De outro lado, em sendo realizada a penhora de outros bens, tais averbações devem ser levantadas – e caso a averbação tenha sido realizada de forma abusiva ou indevida pelo credor, este

⁴⁴⁶ No entanto, a multa prevista, de apenas 10%, ainda não nos parece suficiente. Melhor seria que a multa fosse gradativamente ampliada de acordo com a demora no cumprimento da decisão (e outros fatores a mais a serem ponderados), atingindo percentual máximo de 30%, pelo menos.

⁴⁴⁷ Sua estrutura é muito mais parecida com a dos arts. 14, 18 e 601 do CPC do que com o art. 461: fosse ela realmente um instrumento de pressão, seu valor seria – ou deveria ser – gradativamente aumentado conforme a inércia do devedor, como nas chamadas *astreintes*; no caso, ao contrário, a previsão se assemelha muito mais a uma sanção processual. No sentido defendido no texto é o pensamento do Professor Leonardo Greco (*Primeiros Comentários sobre a Reforma da Execução Oriunda da Lei n.º 11.232/05*, p. 103) e também, aparentemente, o de José Rubens de Moraes, *Cumprimento de Sentença e Execução – uma Breve Abordagem Histórica*, p. 87 (com base na doutrina do Professor Flávio Yarshell).

⁴⁴⁸ Tal lei altera as normas referentes à execução de títulos extrajudiciais; suas disposições, porém, se aplicam, de forma subsidiária, à execução de títulos judiciais, nos termos do art. 475-R do CPC.

⁴⁴⁹ Em se tratando de execuções de título judicial, o momento processual adequado pode ser o requerimento de expedição de mandado de penhora e avaliação contra o devedor – art. 475-J do CPC.

deverá indenizar a parte contrária (dispositivo que deve ser elogiado por impor também ao exeqüente o dever de agir com responsabilidade durante a execução).

Uma das principais modificações instituídas pela Lei n.º 11.382/05 foi a de prestigiar a adjudicação como principal forma de extinção da execução e, além disso, dar preferência à alienação dos bens do devedor por iniciativa particular⁴⁵⁰ (pelo próprio exeqüente ou por corretor credenciado perante a autoridade judiciária) sobre aquela feita pelo juízo (cf. arts. 647, 685-A e C e 686) – esta que, por sua vez, foi bastante flexibilizada, com vistas à sua maior agilidade e menor custo, inclusive com a possibilidade de sua realização via *Internet* (art. 689-A).

Em sentido semelhante, foi modificada a gradação legal dos bens sujeitos à penhora (art. 655), passando a figurar em primeiro lugar a penhora de dinheiro, “*em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira*”, seguida dos veículos, bens móveis em geral e, apenas em quarto lugar, os bens imóveis.

Além disso, foi expressamente prevista a “penhora *on line*” (art. 655-A), além da possibilidade de que as averbações de penhoras de bens imóveis e móveis sejam realizadas por meios eletrônicos. Com relação à garantia da execução pela fiança bancária, agora se exige que esta seja em valor 30% superior ao da execução (art. 656, § 2º).

Outra medida interessante, de caráter moralizador e que pode contribuir para a agilização da execução, é a exclusão da inalienabilidade dos bens “*de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida*” – aplicável aos bens móveis, utilidades domésticas, roupas e pertences do executado (art. 649, incs. II e III) -, além da restrição da impenhorabilidade das quantias depositadas em caderneta de poupança apenas até o limite de quarenta salários mínimos (inc. X – podendo tal dispositivo ser estendido a outras espécies de aplicações, por analogia, caso presentes os mesmos fundamentos que levam à proteção da caderneta de poupança) e da possibilidade de penhora dos vencimentos, salários, remunerações, pensões e etc. quando se tratar de pagamento de prestação alimentícia (hipótese a que podem ser equipados os débitos trabalhistas).

De outro lado, merece crítica o veto presidencial que impediu a entrada em vigor dos dispositivos que permitiam a penhora de até quarenta por cento do montante dos

⁴⁵⁰ Medida já prevista no art. 52, inc. VII, da Lei n.º 9.099/95 e no próprio art. 700 do CPC, mas pouco aplicada.

vencimentos, salários, remunerações, pensões e etc. do devedor que fosse superior a vinte salários mínimos e do bem de família de valor superior a mil salários mínimos (e o produto de sua venda, até esse limite, era devolvido ao devedor, sendo impossível a sua penhora). Também tais dispositivos poderiam servir para a moralização da execução, razão pela qual se espera que, em breve, sejam eles inseridos em nosso direito processual⁴⁵¹.

Outra previsão interessante é o poder atribuído ao juiz de “*determinar, a qualquer tempo, a intimação do executado para indicar bens passíveis de penhora*” (art. 652, § 3º – no mesmo sentido o art. 656, § 1º), sendo a recusa interpretada como ato atentatório à dignidade da Justiça, ensejando a aplicação das penalidades previstas no art. 601 do Código.

Em sentido semelhante, há a previsão do parágrafo único do art. 740, segundo a qual, caso os Embargos à Execução (e, por analogia, a Impugnação prevista para a execução dos títulos judiciais) sejam “manifestamente protelatórios”, o embargante sofrerá multa no valor de até vinte por cento do valor da execução.

Outra inovação é a possibilidade do usufruto, pelo exequente, também de bens móveis (antes a lei falava apenas em bens imóveis ou empresa) para, com os frutos de sua utilização (ou aluguel), satisfazer seu crédito. Trata-se de interessante medida, que, se bem utilizada, pode servir também para que o devedor “resolva” pagar a execução ao invés de submeter-se à perda do uso de seu bem.

Por fim, há mais uma interessante medida, claramente instituída com o intuito de incentivar o cumprimento espontâneo da obrigação por parte do executado: a possibilidade de ele, no prazo para oposição dos Embargos à Execução, reconhecer o crédito do exequente e, mediante depósito de trinta por cento de seu valor (já acrescido de custas e honorários advocatícios), pagar o valor remanescente em até seis parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de um por cento ao mês⁴⁵² (art. 745-A – caso o devedor não deposite os trinta por cento, o pedido não é sequer apreciado).

⁴⁵¹ É curioso notar, a esse respeito, que o fundamento invocado foi a “*conveniência de opor veto ao dispositivo para que a questão volte a ser debatida pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral*”; no entanto, de forma que nos parece bastante contraditória, o próprio Presidente da República antecipou a entrada em vigor da Lei n.º 11.382/06 por já ter seu projeto sido “*largamente debatido pela comunidade jurídica durante o seu trâmite parlamentar, não se fazendo necessário aguardar seis meses para que se tenha o amplo conhecimento de que fala o art. 80 da Lei Complementar n.º 95, de 1998*”...

⁴⁵² Nas execuções de título judicial, talvez se possa entender que o prazo dentro do qual o devedor pode fazer esse requerimento é o prazo de quinze dias para o pagamento da dívida, previsto no art. 475-J do CPC.

Caso a proposta de pagamento seja deferida, a execução é suspensa (com a liberação ao credor do valor depositado); caso ela seja indeferida, a execução prossegue – mas com a perda, pelo devedor, do valor antecipado para o pagamento da dívida (medida que, apesar de ser interessante por agilizar a satisfação do direito do credor, pode servir de desestímulo à formulação de seu requerimento por parte dos devedores pelo risco de “perder” o valor adiantado e que, por isso, deve ser interpretada com bastante ponderação).

De outro lado, caso a proposta seja aceita mas o devedor não a cumpra, as parcelas remanescentes vencem automaticamente, acrescidas de multa de 10% e imediata execução, sem possibilidade de oposição de Embargos à Execução (proibição cuja constitucionalidade se mostra bastante discutível e que, certamente, não pode importar na proibição de defesa do exeqüente por outras formas – sem prejuízo, evidentemente, de eventual punição por seu uso abusivo).

Como se vê, inúmeras são as novidades trazidas pela Lei n.º 11.382/06, que podem trazer grandes benefícios em prol de uma execução mais ágil e efetiva – resta ver, assim, se elas podem ser aproveitadas no processo do trabalho. É o que passamos a analisar.

1.4. DA APLICAÇÃO DAS LEIS N.º 11.232/05 E 11.382/06 NO PROCESSO DO TRABALHO

É verdade que, pelo menos por enquanto, a opinião que predomina na doutrina, de forma amplamente majoritária, é no sentido da inaplicabilidade da nova execução civil no processo do trabalho⁴⁵³, admitindo-se, no máximo, a aplicação de alguns dispositivos isolados, em matérias nas quais a CLT seja omissa⁴⁵⁴.

Esse é, a propósito, o principal fundamento invocado para se afastar a aplicação de tais leis no processo trabalhista: a ausência de omissão na CLT, nos termos de seu art. 769.

⁴⁵³ Como a promulgação da Lei n.º 11.382/06 é bastante recente, nossas considerações estão centradas nos comentários feitos à Lei n.º 11.232/05 – sendo certo, porém, que o posicionamento da doutrina tende a ser o mesmo – e, talvez, até mais conservador – com relação à última inovação legislativa.

⁴⁵⁴ Esse o pensamento de Estevão Mallet (*O Processo do Trabalho e as Recentes Modificações do Código de Processo Civil*), Manoel Antônio Teixeira Filho (*As Novas Leis Alterantes do CPC e sua Repercussão no Processo do Trabalho*) e José Augusto Rodrigues Pinto (*Compreensão Didática da Lei n. 11.232, de 22.12.2005*).

Do estrito ponto de vista da letra da lei, não temos dúvida do acerto dessa corrente. É inegável que a CLT regula a maior parte das matérias objeto das Leis n.º 11.232/05 e 11.382/06, sendo, por conseguinte, inapropriado falar-se em omissão⁴⁵⁵.

Não obstante, pensamos que a matéria merece um estudo mais aprofundado do que a mera leitura da lei – estudo cujo resultado parece ser no sentido de que, de mais de uma forma, as inovações da execução civil podem ser aplicadas ao processo do trabalho⁴⁵⁶.

Um primeiro (e bastante relevante) fundamento que justifica a aplicação das Leis n.º 11.232/05 e 11.382/06 ao processo do trabalho está ligado à garantia constitucional da tutela jurisdicional efetiva, extraída do inc. XXXV da Constituição, a qual não é mais lida como o mero acesso formal aos órgãos judiciais ou o simples exercício do direito de ação, mas sim como o direito real e concreto daquele titular de um direito lesado de efetivamente conseguir, pela via judicial, o restabelecimento de seu direito, mediante um processo que o reconheça e, em especial, o torne realidade, com as medidas necessárias a isso⁴⁵⁷.

Essa é, como já apontamos, umas das principais garantias constitucionais do indivíduo, sem a qual todas as outras garantias materiais perdem seu valor, por desprovidas

⁴⁵⁵ Mas nem todas, é certo. A rigor, a própria multa de 10% pode ser tida como uma omissão (já que não há nada parecido na CLT), o que, somado à sua clara compatibilidade com o processo trabalhista (tanto que, como vimos, havia previsão semelhante na primeira legislação sobre processo do trabalho), consiste em mais um argumento em favor da sua aplicação. Além disso, poder-se-ia argumentar no sentido de se tratar de uma *lacuna ideológica*, nos dizeres de Bobbio, isto é, ausência de uma norma justa ou satisfatória – o que, porém, não parece ser o caso, eis que já há, no ordenamento, solução justa e satisfatória: a aplicação do CPC.

⁴⁵⁶ “Como adverte Barbosa Moreira: “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 explorar-lhe a fundo as virtualidades.” (Jorge Luiz Souto Maior, *Temas de Processo do Trabalho*, p. 11).

⁴⁵⁷ “Pensar o processo civil a partir da Constituição Federal é uma necessidade e, quero dizer desde logo – e não me canso disto –, não se trata de uma particularidade ou de uma extravagância do processo civil. Todo o direito só pode (e, em verdade, só deve) ser pensado, repensado, estudado e analisado a partir da Constituição Federal. Nada no direito pode querer estar em dissonância com a Constituição Federal. Ela é o diapasão pelo qual todas as outras normas jurídicas – princípios ou regras – devem ser afinadas, medidas e ouvidas, é dizer: tornadas fenômeno a ser sentido por e para seus destinatários. (...) Sem desconhecer que os princípios jurídicos, normas jurídicas diferentes das regras, não são mais ou menos fortes do que outros, é importante enfatizar a importância – a preponderância – do princípio da efetividade da jurisdição para o tema de nossas reflexões. É por ele que se deve repensar o processo civil todo de uma perspectiva que, se não é nova, é carente de uma maior reflexão. Para ir direto ao ponto saliente deste princípio, o processo civil deve gerar resultados práticos e concretos para aqueles que procuram o Estado-juiz para a resolução de seus conflitos de interesses. Quem convence o Estado-juiz de que tem razão deve levar as consequências práticas e reais desta sua razão, deste seu convencimento para casa e ir em paz, satisfeito e o mais rápido possível.” (Cássio Scarpinella Bueno, *Ensaio sobre o Cumprimento das Sentenças Condenatórias*, p. 23 e 24).

de mecanismos eficientes de restabelecimento em caso de violação (de nada adianta ter um direito se não se pode fazê-lo valer).

Ora, a indiscutível natureza principiológica e o caráter fundamental do direito à tutela jurisdicional efetiva atraem a incidência de todas as normas e critérios usualmente apontados pela doutrina para a interpretação dos direitos fundamentais e para a resolução de eventuais choques entre princípios, em especial, os princípios da supremacia e da unidade da Constituição, de sua máxima efetividade⁴⁵⁸ e de sua eficácia normativa.

De outro lado, é inegável que as novas normas processuais civis conferem muito maior concreção ao princípio da efetividade da tutela jurisdicional do que as normas da CLT: devem, pois, possuir preferência em sua aplicação.

Na verdade, na ponderação de valores, a manutenção das regras da CLT contraria inúmeros valores constitucionais (efetividade da jurisdição, dignidade da pessoa humana, justiça e etc.), devendo, portanto, ceder espaço à aplicação das normas do CPC, que permitem a efetivação de um maior número de normas e valores constitucionais.

Absolutamente pertinentes, a esse respeito, as considerações de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira:

Assim, em primeiro lugar, a interpretação deve ser conforme à Constituição, encarada esta de forma global, com a ponderação de valores entre os direitos fundamentais adequados e o bem protegido pela lei restritiva. (...) Às vezes, mostra-se necessária até a correção da lei pelo órgão judicial, com vistas à salvaguarda do predomínio do valor do direito fundamental na espécie em julgamento. Já não se cuida, então, de mera interpretação “conforme a Constituição”, mas de correção da própria lei, orientada pelas normas constitucionais e pela primazia de valor de determinados bens jurídicos dela deduzidos, mediante interpretação mais favorável aos direitos fundamentais. Significa isto que, havendo dúvida, deve prevalecer a interpretação que, conforme o caso, restrinja menos o direito fundamental, dê-lhe maior proteção, amplie mais o seu âmbito, satisfaça-o em maior grau.⁴⁵⁹

⁴⁵⁸ “E o fundamento é o seguinte: toda norma constitucional é dotada de eficácia jurídica e deve ser interpretada e aplicada em busca de sua máxima efetividade. Todos os juízes e tribunais devem pautar sua atividade por tais pressupostos.” (Luís Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 272).

⁴⁵⁹ *O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais*, p. 15/16.

No mesmo sentido o ensinamento de Luiz Guilherme Marinoni:

Aliás, a norma processual – quando compreendida à luz da teoria dos direitos fundamentais – deve ser interpretada conforme os direitos fundamentais. Em outras palavras, se um meio executivo é imprescindível à efetividade da tutela jurisdicional, não há como negar a possibilidade de sua utilização. A menos que se pretenda desconsiderar o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.⁴⁶⁰

O que não pode ocorrer é a lei (no caso, a CLT) restringir um princípio constitucional⁴⁶¹ (e, mais ainda, um direito fundamental); ao contrário, é necessário que se adote a solução que o maximiza: no caso, a aplicação da norma processual civil. Afinal de contas, como bem sintetizou Jorge Miranda: “*não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais*”⁴⁶².

Da mesma forma, outro fundamento pelo qual entendemos pelo cabimento das Leis n.º 11.232/05 e 11.382/06 no processo do trabalho é o equívoco na invocação do art. 769 da CLT pela corrente contrária, em total oposição à *ratio* que inspira tal dispositivo.

Isso porque o art. 789 da CLT (assim como seu art. 889) tem uma razão de ser, um motivo que levou à sua edição, o qual, por sua vez, remete ao próprio fundamento que levou ao surgimento do processo do trabalho como um ramo especializado e autônomo a partir do Direito Processual Civil: a necessidade de um procedimento mais efetivo e mais célere, em função da natureza das verbas que seriam por ele tuteladas⁴⁶³.

O motivo pelo qual o processo do trabalho evoluiu a partir do processo civil foi a incapacidade deste de prestar uma tutela jurisdicional rápida e eficaz ao trabalhador,

⁴⁶⁰ Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, p. 204.

⁴⁶¹ “*Em síntese, os direitos fundamentais, por ostentarem o nível hierárquico de normas constitucionais, só podem ser limitados e restringidos por normas (princípios e regras) também com sede na Lei Fundamental.*” (David Diniz Dantas, *Interpretação Constitucional no Pós-Positivismo*, p. 269).

⁴⁶² *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, p. 282/283.

⁴⁶³ “*(...) Direito Processual do Trabalho, cuja autonomia foi desenhada para extermá-lo do formalismo então prevalente no Direito Processual Comum, respondendo à substancialidade de uma relação jurídica que representou, a seu tempo, como concluiu NORBERTO BOBBIO, uma nova geração de direitos, os direitos sociais (...)*” (Eduardo Henrique von Adamovich, *A Tutela de Urgência no Processo do Trabalho: uma visão histórico-comparativa*, p. 15/16).

surgindo daí a necessidade do estabelecimento de regras específicas para o procedimento trabalhista. O fundamento, enfim, pelo qual a aplicação do CPC é apenas subsidiária em relação ao processo trabalhista é a pretensa maior efetividade deste modelo em relação ao civil: a presunção de que a aplicação das normas processuais civis prestaria um desserviço aos direitos do trabalhador (tanto assim, que o art. 769 da CLT, além de exigir a omissão, exige também que a aplicação das normas do CPC não atente contra os fundamentos do processo do trabalho, sendo com ele compatível). Aplica-se a CLT por ser ela, supostamente, melhor.

Ocorre, porém, que, no caso estudado (e em vários outros), o modelo processual civil é mais efetivo do que o da CLT: a CLT, que em tantas matérias serviu de fonte para as reformas do processo civil, foi por ele ultrapassada. Neste caso, a aplicação da CLT é que é prejudicial à realização do direito material, não o contrário.

Ora, se é assim, é evidente que a razão de ser dos arts. 769 e 889 da CLT não se faz presente, não podendo eles ser invocados para afastar a aplicação do novo sistema processual civil, reconhecidamente mais eficiente.

Nesse sentido o ensinamento de Jorge Luiz Souto Maior:

Ainda nesta linha, de fixar pressupostos teóricos necessários para a análise da questão da subsidiariedade do processo comum ao processo do trabalho, partindo do princípio que se deve priorizar a melhoria da prestação jurisdicional, é importante, por fim, deixar claro que sendo a inovação do processo civil efetivamente eficaz, não se poderá recusar sua aplicação no processo do trabalho com o argumento de que a CLT não é omissa.

Ora, se o princípio é o da melhoria contínua da prestação jurisdicional, não se pode utilizar o argumento de que há previsão a respeito na CLT, como forma de rechaçar algum avanço que tenha havido neste sentido no processo civil, sob pena de se negar a própria intenção do legislador ao fixar os critérios da aplicação subsidiária do processo civil. Notoriamente, o que se pretendeu (daí o aspecto teleológico da questão) foi impedir que a irrefletida e irrestrita aplicação das normas do processo civil evitasse a maior efetividade da prestação jurisdicional trabalhista que se buscava com a criação de um procedimento próprio na CLT (mais célere, mais simples, mais acessível). Trata-se, portanto, de uma regra de proteção, que se justifica historicamente. Não se pode, por óbvio, usar a regra de proteção do sistema como óbice ao seu avanço. Do contrário, pode-se ter por efeito um

processo civil mais efetivo que o processo do trabalho, o que é inconcebível, já que o crédito trabalhista merece tratamento privilegiado no ordenamento jurídico como um todo.⁴⁶⁴

Afinal de contas, se o processo deve servir para a realização do direito material, e se o modelo processual civil alcança melhor esse desiderato, é evidente que é ele – e não a CLT – que se deve aplicar. É essa medida que favorece o restabelecimento do direito material - fim último do processo – e, o que é mais importante, o faz sem o sacrifício do direito de defesa do devedor.

Assim, com base em uma interpretação dos arts. 769 e 889 da CLT mais condizente com sua razão de ser, entendemos ser possível uma segunda linha de defesa da aplicação da nova execução civil no processo do trabalho.

Mas o principal motivo pelo qual entendemos ser possível a aplicação da Lei n.º 11.232/05 (e, em especial, de seu art. 475-J, que trata do cumprimento da sentença e estabelece a multa de 10% pelo seu inadimplemento)⁴⁶⁵ no processo do trabalho consiste na natureza das modificações empreendidas por esse diploma legal: mais do que mudar a natureza da execução, de processo para fase do procedimento, o que se deu foi a alteração da técnica processual utilizada para o cumprimento da sentença que determina o pagamento de quantia, com a substituição da tradicional modalidade condenatória (que dependia de um subsequente processo de execução) pela técnica executiva, em que o cumprimento da sentença se faz em um mesmo processo, em uma subsequente fase processual.

Ora, nada veda a utilização, na efetivação das sentenças trabalhistas, de outras técnicas além da tradicional técnica condenatória, sendo possível a adoção de outros modelos quando não violem as garantias processuais do devedor (o que claramente não ocorre) - em especial quando eles, como demonstrado, garantem uma maior efetividade à prestação jurisdicional. Em outros termos, a CLT não veda o uso de outras técnicas de cumprimento (omissão), e elas são absolutamente compatíveis com o sistema celetista, podendo, assim, ser aplicadas.

⁴⁶⁴ *Reflexos das Alterações do CPC no Processo do Trabalho*, p. 64.

⁴⁶⁵ Que também se aplica à Lei n.º 11.382/06, mas que é mais nítido com relação à Lei n.º 11.232/05, motivo pelo qual ela foi enfatizada.

Assim, também por essa razão entendemos ser possível a aplicação do novo modelo da execução civil no processo do trabalho: por se tratar de mera técnica processual, escolhida pelo Estado conforme sua conveniência, de modo a tornar seu instrumento de solução das controvérsias mais efetivo.

Afinal de contas, se o modelo do CPC é melhor, se ele proporciona uma maior efetividade do processo e, assim, uma melhor, mais rápida e mais eficiente realização de Justiça, é ele que tem que ser aplicado, não a CLT.

Não podemos concordar com o posicionamento que, apesar de reconhecer que as novas normas do CPC são mais eficientes do que o sistema celetista, ainda assim defende a sua manutenção, apegada a uma concepção tradicional que privilegia o texto cego da lei aos valores que a regem e ao sistema constitucional ao qual ela está submetida. Para nós, a questão é deveras simples: se o CPC é melhor, é ele que deve ser aplicado. É melhor para o processo e melhor para o direito material, que sai fortificado pela sua efetiva realização. O que não é nem um pouco razoável é se aplicar o processo civil quando ele não é bom (trazendo formalismo e rigidez), mas deixar de fazê-lo quando é.

A solução que defendemos é benéfica a todo o sistema, e não viola nenhum interesse/direito/expectativa legítima do credor (a não ser o de ser executado do modo menos eficiente possível - o qual, muito embora reine no pensamento de boa parte dos operadores do direito e do próprio ordenamento, não está de acordo com o nosso sistema constitucional)⁴⁶⁶.

É por isso que entendemos que os novos dispositivos sobre a execução civil devem ser aplicados no processo do trabalho, com vistas ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional trabalhista⁴⁶⁷.

⁴⁶⁶ E nem se argumente que tal entendimento violaria o devido processo legal, já que o texto legal (CPC) é respeitado – e ele, obviamente, não é inconstitucional.

⁴⁶⁷ Vale frisar, a esse respeito, que os próprios envolvidos com a reforma processual civil admitiram que ela produziria reflexos também na Justiça do Trabalho: “*Isso sem contar os reflexos das novas normas na seara trabalhista, que utiliza subsidiariamente a legislação comum, e sofrerá influência significativa dos dispositivos aprovados.*” (Pierpaolo Cruz Bottini e Sérgio Renault, *Os Caminhos da Reforma*, p. 12).

2. A APLICAÇÃO DO MODELO DO ART. 461 DO CPC ÀS EXECUÇÕES DEFINITIVAS DE SENTENÇAS CONDENATÓRIAS AO PAGAMENTO DE QUANTIA

O título do presente tópico é auto-explicativo: defenderemos, aqui, a aplicação das técnicas previstas no art. 461 do CPC para a efetivação das decisões condenatórias relativas a obrigações de fazer e não-fazer também para as sentenças que condenam ao pagamento de quantia. Alguns argumentos podem ser apontados nesse sentido.

Em primeiro lugar, deve ser notada a tendência que se verifica nas últimas reformas processuais no sentido da busca por uma execução mais efetiva e, mais especificamente, na ampliação das modalidades de sentenças condenatórias que podem ser submetidas a esses novos mecanismos, mais eficientes. O que há é uma verdadeira evolução em nosso direito processual no sentido de aproximar-se a execução (ou efetivação, como queira) das sentenças condenatórias ao pagamento de quantia do modelo previsto para as obrigações de fazer e não-fazer, generalizando-o – exatamente como defendemos.

Essa evolução teve início com a modificação da execução das sentenças condenatórias em obrigações de fazer e não-fazer, ocorrida através da alteração do art. 461 do CPC feita pela Lei n.º 8.952/94, por força da qual a (agora) efetivação dessas decisões passou a ser feita no próprio processo de conhecimento (que, a rigor, deixa de ser de conhecimento para apresentar uma natureza híbrida) – e, o que é mais importante, com a atribuição de uma vasta gama de poderes ao juiz com vistas a obter o mesmo resultado prático que o credor teria obtido caso a obrigação tivesse sido voluntariamente cumprida pelo devedor (a chamada tutela específica).

O segundo passo foi a extensão dessa sistemática às condenações em obrigações de entrega de coisa (art. 461-A do CPC, inserido pela Lei n.º 10.444/02), aproximando essas duas modalidades obrigacionais.

O terceiro passo se deu com a Lei n.º 11.232/05, que aproximou também as condenações ao pagamento de quantia do modelo do art. 461 do CPC, na medida em que tornou desnecessária a propositura de nova ação de execução para o cumprimento dessas sentenças, além de prever a multa pelo seu descumprimento.

Assim, tem-se que, em parte, a efetivação das sentenças condenatórias ao pagamento de quantia já foi aproximada do modelo de efetivação das demais sentenças condenatórias, faltando, apenas, a expressa previsão de que também a essas sentenças podem ser aplicadas as medidas de apoio e a atipicidade das medidas executivas de que tratam os parágrafos do art. 461 do CPC, com amplos poderes do juiz para a materialização da condenação – medida que nos parece de todo cabível, já que não há diferença substancial em sua essência que justifique esse tratamento diferenciado: a não aplicação, às condenações ao pagamento de quantia, das medidas de apoio previstas no art. 461 se deve a fatores de natureza político-histórica, não por uma eventual diferença em sua essência.

Tanto assim que, vale repetir, no que concerne à desnecessidade de um posterior processo de execução, todas as sentenças condenatórias já foram equiparadas, além de existirem no ordenamento hipóteses de execuções por quantia em que são admitidas medidas de apoio semelhantes às do art. 461 do CPC, como é o caso das dívidas de alimentos e do mandado de segurança, entre outros.

É por isso que pensamos que o rumo seguido por nosso direito processual é no sentido de uma cada vez maior aproximação da execução de todas as modalidades de sentenças condenatórias, medida já verificada nas últimas reformas processuais e que muito possivelmente culminará na aplicação, também às sentenças condenatórias ao pagamento de quantia, de medidas de apoio como as previstas no art. 461 do CPC⁴⁶⁸.

No mesmo sentido pode ser invocado o brilhante estudo de Cássio Scarpinella Bueno – que, muito antes de nós, já defendia a extensão, às obrigações de pagamento de quantia, do modelo do art. 461 do CPC:

O que me parece ser possível e necessário de fazer é verificar, com os olhos voltados para o princípio da efetividade da jurisdição, em que medida o bom e velho modelo de realização concreta das obrigações de pagar dinheiro (em “processualês”: execução por quantia certa contra devedor solvente fundada em sentença condenatória) aceita variantes e em que medida essas variantes tendem a

⁴⁶⁸ O Professor Carlos Alberto Carmona informa ter proposto, junto ao Instituto Brasileiro de Direito Processual (que elaborou o projeto de lei que resultou na Lei n.º 11.232/05), que à execução por quantia fosse aplicado o art. 461 do CPC – proposta que, apesar de não ter vingado, representa mais uma considerável opinião em favor do que ora defendemos (*Novidades sobre a Execução Civil: Observações sobre a Lei 11.232/2005*, p. 59). E, para nós, nem mesmo a não inclusão de tal dispositivo na lei impede que esta idéia seja adotada, eis que, como procuramos demonstrar, ela é não apenas autorizada como verdadeiramente imposta pelo nosso sistema jurídico (que vai muito além da mera letra da lei).

alcançar o desiderato constitucional do processo: a efetividade da jurisdição, aí compreendida não só a tempestividade da declaração de direitos, mas também – se não principalmente – a tempestividade de sua realização concreta no plano material: efeitos extraprocessuais os mais coincidentes possíveis com a situação de direito material imediatamente anterior à necessidade de ingresso no Judiciário pelo lesado ou ameaçado. Digo de forma mais clara: quais as condições segundo as quais as novidades do art. 461 e do art. 461-A podem ser aplicadas para as obrigações de pagar dinheiro, transformando para elas o clássico modelo de “cumprimento de sentenças condenatórias” ainda constante do Código de Processo Civil.⁴⁶⁹

E o autor reforça seu argumento demonstrando, ao longo de todo seu trabalho, a existência, em nosso direito, de casos em que já é dada maior efetividade às condenações ao pagamento de quantia, como no mandado de segurança, nas ações de alimentos e na alienação fiduciária em garantia, em que a condenação em dinheiro é acrescida das medidas de apoio – o que mostra a compatibilidade entre essas medidas e permite a extensão dessa solução a outras situações, como defendemos.

Em suma, o que queremos destacar é que não há diferença estrutural entre as sentenças condenatórias dos arts. 461 e 461-A do CPC e as sentenças que condenam ao pagamento de quantia a ponto de impedir a aplicação, a estas, do modelo executivo (sabidamente mais eficiente) previsto para aquelas; ao contrário, é exatamente isso que determina a garantia constitucional da tutela jurisdicional efetiva: a busca, sempre, da forma executiva mais eficaz. A maior prova de tudo isso é que, como visto, nosso ordenamento já admite, em alguns casos, que a execução de condenações por quantia tenham um trâmite mais rápido e com mais recursos para a sua concretização: nossa proposta é ampliar o uso dessas medidas, de forma que todas as execuções por quantia sejam eficientes, não apenas algumas.

⁴⁶⁹ *Ensaio sobre o Cumprimento das Sentenças Condenatórias*, p. 42. E assim prossegue o autor “Pelo contrário, mesmo que colocada como premissa primeira e fundamental a necessidade de se ler, reler, interpretar, sistematizar e aplicar o direito processual desde a Constituição Federal (item 1, supra), isto não significa mais do que, analisando-se o direito positivo brasileiro, aproveitar o que é passível de aproveitamento e rejeitar o que não é. É ler o material que já existe, as técnicas já concebidas e previstas na lei com os olhos realmente voltados para o que mais interessa do processo: seu resultado final – externo a ele – observando-se, evidentemente, as garantias impostas pela Constituição, a ambas as partes.” (p. 56).

Digno de nota, a esse respeito, o voto proferido pelo professor e desembargador Carlos Alberto Álvaro de Oliveira em julgamento no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

Para o autor, a sentença ao assim entender teria violado texto de lei, pois somente em se tratando de obrigação de fazer ou não fazer seria lícita a fixação de multa diária.

Esse modo de ver entra em aberto conflito, no entanto, com uma visão mais atualizada do exercício da jurisdição. Nos dias atuais, as medidas coercitivas vêm se caracterizando como instrumento de concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, de tal sorte que o seu emprego não pode ser excluído de maneira apriorística. Como bem pondera Marcelo Lima Guerra (Execução Indireta, São Paulo, RT, 1998, p. 54), “o juiz tem o poder-dever de, mesmo e principalmente no silêncio da lei, determinar as medidas que se revelem necessárias para melhor atender aos direitos fundamentais envolvidos na causa, a ele submetida”. E o Jurista, com toda pertinência, invoca o ensinamento de Vieira de Andrade (Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, p. 256), no sentido de que na falta de lei que concretize determinado direito fundamental, “o princípio da aplicabilidade direta vale como indicador de exeqüibilidade imediata das normas constitucionais, presumindo-se a sua perfeição, isto é, a sua auto-suficiência baseada no caráter líquido e certo do seu conteúdo de sentido. Vão, pois, aqui incluídos o dever dos juízes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os preceitos constitucionais e a autorização para com esse fim os concretizarem por via interpretativa”. Tal significa, no âmbito do processo de execução, que o juiz tem o poder-dever de, mesmo e principalmente no silêncio da lei, determinar os meios executivos que se revelem necessários para melhor atender à exigência de prestação de tutela executiva eficaz (Marcelo Guerra, ob. cit., p. 57).

No campo da execução por quantia certa não se passa de modo diverso, justificando-se o emprego de medidas coercitivas, como a astreinte, por concretizar o valor constitucional protegido da efetividade da tutela jurisdicional. Por tal razão, o uso de tais medidas não pode ser obstado nem por expressa disposição infraconstitucional, muito menos pelo silêncio dessa legislação. Dessa forma, como observa ainda aqui Marcelo Guerra (ob. cit., p. 186), “sempre que a aplicação de alguma medida coercitiva, inclusive a multa diária, revelar-se capaz de superar esses obstáculos e contribuir para uma satisfação mais pronta e efetiva do crédito objeto da execução, ela pode ser utilizada, desde que, é óbvio, não se violem outros

bens constitucionalmente protegidos.” E em abono da tese o doutrinador cita o escólio de Michele Taruffo (Note sul diritto alla condanna e all’esecuzione, p. 666-668).⁴⁷⁰

Afinal, a obrigação de entrega de coisa (cuja execução já segue os moldes do art. 461 do CPC) e também uma obrigação de dar, tal qual a condenação ao pagamento de direito; nada mais natural, assim, que ambas sigam o mesmo trâmite executivo⁴⁷¹.

E, de certa forma, a execução por expropriação não deixa de se assemelhar a uma execução para entrega de coisa (ainda mais quando há prévia definição dos bens do devedor que serão atingidos): plenamente possível, pois, tratar-lhe da mesma forma desta, utilizando-se as medidas do art. 461-A do CPC⁴⁷².

Afinal de contas, se tais providências são admitidas em sede de antecipação de tutela (até mesmo para as sentenças condenatórias de quantia, como visto), em um juízo provisório e com cognição superficial, com muito mais razão deverão sê-lo em se tratando de sentenças definitivas⁴⁷³, que já gozam do atributo da certeza jurídica e foram precedidas de um procedimento com cognição exauriente.

Não faz sentido, de fato, que uma decisão provisória tenha maior executividade que a decisão definitiva, especialmente quando o pressuposto de urgência está presente em ambas, por conta da natureza das verbas discutidas no processo do trabalho.

O que é preciso, enfim, é a mudança da visão dos operadores do direito e da própria sociedade, com a percepção de que a decisão judicial deve ser cumprida. O atual sistema, em muitos pontos, passa a idéia de que não é o credor que tem o direito de receber o seu crédito, mas sim que o devedor que tem a faculdade de, se assim desejar, pagá-lo. Ao invés de se privilegiar o direito do credor, se privilegia um suposto direito do devedor de não pagar – e todas as medidas que vão em sentido contrário parecem um absurdo, por destoarem do sistema (e da ideologia dominante).

⁴⁷⁰ Voto proferido no julgamento da Ação Rescisória n.º 599263183, ocorrido em 26/04/00 na 6ª Câmara Cível do mencionado Tribunal.

⁴⁷¹ Essa dualidade também é criticada por Cássio Scarpinella Bueno, em seu várias vezes mencionado *Ensaio sobre o Cumprimento das Sentenças Condenatórias*, p. 33/37.

⁴⁷² Cujo resultado seria semelhante à aplicação do art. 600 do CPC, com a ordem para que o devedor indique bens à penhora, sob pena de multa.

⁴⁷³ E também para a execução provisória – cuja decisão é mais forte do que uma dada em antecipação dos efeitos da tutela, eis que fruto de cognição exauriente.

Nosso sistema processual se ressentir de medidas que levem à efetiva satisfação do direito do credor – tal como ele deveria ter sido satisfeito pelo devedor ainda na constância da relação material. Urge a mudança de mentalidade, para que se perceba que o pagamento da dívida é uma obrigação – e não um favor – do devedor. E, para isso, é imprescindível que se criem medidas que desestimulem o inadimplemento obrigacional, tanto durante a relação material quanto após o comando judicial. Deve-se, nas palavras do Professor Carmona, tornar “*penosa a resistência do vencido ao cumprimento da decisão judicial*”⁴⁷⁴.

É por essas razões que os mecanismos mais eficientes previstos na legislação processual devem ter sua aplicação ampliada na maior medida possível: todas as decisões devem ser cumpridas, não apenas as relativas a obrigações de fazer (e, se fosse possível alguma distinção, certamente as obrigações de pagamento de créditos trabalhistas deveriam estar entre as mais privilegiadas, por conta de sua natureza existencial e seu caráter de direito fundamental, do qual depende a própria sobrevivência do indivíduo⁴⁷⁵).

Todo esse panorama, enfim, impõe a:

Revisitação dos institutos tradicionalmente acolhidos pelo direito brasileiro para que eles, realmente, possam cumprir o seu papel em direção a uma tutela jurisdicional efetiva. (...) É hora de destacar que as “causas” e os “efeitos” no plano do direito são obras da vontade legislativa. São, por assim dizer, fruto de uma “ação mecânica”, não são predestinados a serem, imutavelmente, o que já foram e o que são; a produzirem sempre e sempre os mesmos efeitos diante de uma mesma causa. Não há mal algum em alargar institutos antigos, criar novos, aperfeiçoar; distinguir causas de efeitos, e já que estes efeitos não são necessários, porque não são naturais ou predestinados, aprimorá-los, porque se quer assim, porque se quer diferentemente. (...) o que se pretende é constatar os limites e as insuficiências do que se passou até aqui para ir além, objetivando dar vida à Constituição brasileira, realizando e concretizando o conceito de tutela jurisdicional. É evolução. É como se quisesse, com mais argumentos de direito material do que de direito processual, emprestar às “obrigações de pagar” (que são, repito, mais categoria processual do

⁴⁷⁴ *Novidades sobre a Execução Civil: Observações sobre a Lei 11.232/2005*, p. 55.

⁴⁷⁵ Como bem aponta Eduardo Henrique von Adamovich, citando a lição de Martinucci, “o crédito de trabalho não é simplesmente um crédito de dinheiro; ele compreende, em via direta e imediata, uma função de subsistência, garantindo um bem infungível, que é o direito à integridade física” (*A Tutela de Urgência no Processo do Trabalho: uma visão histórico-comparativa*, p. 17).

que material) a mesma disciplina de “cumprimento forçado” que a lei já autoriza – e todos aplaudem – para as obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa, vale a pena repetir, que é, também, no mundo civil, uma obrigação de pagar dinheiro a alguém. É pretender substituir um modelo “condenação-execução”, sinônimo de ineficiência e frustração, por um modelo que, há espaço para acreditar, é mais eficiente e mais afinado às premissas constitucionais do processo, um modelo “condenação-executivação” ou “condenação-mandamentalização”.⁴⁷⁶

É isso que buscamos.

3. A VIABILIDADE DE SE DAR O MESMO TRATAMENTO PROCESSUAL A TODAS AS DÍVIDAS DE NATUREZA ALIMENTAR

Uma idéia que surgiu durante nossos estudos, complementar às demais apresentadas, foi a de, com base na assentada natureza alimentar dos créditos trabalhistas, aplicar à execução trabalhista as normas que disciplinam a execução de alimentos, previstas nos arts. 732 a 735 do CPC e na Lei n.º 5.478/68 (Lei da Ação de Alimentos) – medida que seria interessante porque, sabidamente, tais diplomas contêm alguns instrumentos bastante efetivos para a realização do direito do credor (de maneira condizente, pois, com a sua natureza).

Essa idéia surgiu, basicamente, a partir de considerações de certa forma semelhantes contidas na obra do Professor Luiz Guilherme Marinoni, que, em seu *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, procura estender as normas atinentes às ações de alimentos relativas ao direito de família a todas as ações envolvendo prestações de alimentos.

Suas considerações, especialmente por terem por base relevantes considerações acerca do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, merecem ser transcritas:

A importância de pensar em direito fundamental à tutela jurisdicional, ao se abordar a necessidade de meio executivo adequado, reside em que a interpretação da lei deve sempre privilegiar o direito fundamental. Se o intérprete é obrigado a

⁴⁷⁶ Cássio Scarpinella Bueno, *Ensaio sobre o Cumprimento das Sentenças Condenatórias*, p. 61, 64 e 67/68.

extrair da norma processual a sua máxima efetividade – desde que, obviamente, não sejam postos em risco outros direitos dignos de proteção –, é seu dever buscar o meio executivo capaz de dar efetividade aos alimentos indenizativos.

No CPC, especificamente entre os arts. 732 e 735, é prevista a chamada “execução de prestação alimentícia”. Sustenta-se que esse procedimento não é aplicável aos alimentos indenizativos, mas apenas aos alimentos de direito de família. Assim não seria possível, para se dar efetividade aos indenizativos, o uso da prisão (art. 733, § 1º), CPC) ou o desconto em folha (art. 734, CPC).

Essa última posição entende que a diversidade da fonte dos alimentos pode justificar a diferenciação dos meios de execução. Mas a conclusão é extraída de premissa falsa, pois a fonte dos alimentos não importa quando aponta para o mesmo grau de necessidade. Ora, como é absolutamente lógico, o que deve levar à discriminação dos meios executivos é a necessidade da soma em dinheiro, e não a fonte dos alimentos.

Se a necessidade do credor de alimentos do direito de família é a mesma da do credor de alimentos indenizativos, e se esse último possui direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional, é obrigatória a conclusão de que os meios executivos que estão nos arts. 733 e 734 do CPC são aplicáveis aos alimentos fundados em ato ilícito. Frise-se, aliás, que a Constituição Federal, ao afirmar que a prisão civil é possível em caso de dívida alimentar (art. 5º, LXVII, CF), teve a intenção de deixar evidenciada a possibilidade de usar a prisão, como meio de coerção, em relação a qualquer espécie de obrigação alimentar. Tanto é que não fez qualquer alusão à fonte dos alimentos que por ela poderiam ser beneficiados.⁴⁷⁷

Essas considerações chamaram nossa atenção por representarem mais um argumento em favor da aplicação de instrumentos mais eficientes de execução no processo do trabalho. Afinal de contas (parafraseando as palavras de Marinoni), “*Se a necessidade do credor de alimentos do direito de família é a mesma da do credor trabalhista, e se esse último possui o mesmo direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional, é obrigatória a conclusão de que os meios executivos que estão nos arts. 733 e 734 do CPC e também na legislação especial são aplicáveis às dívidas trabalhistas*” – lembrando, sempre, que a natureza alimentar dos créditos trabalhistas é reforçada pela legislação ordinária e até mesmo pela Constituição (art. 100).

⁴⁷⁷ Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, p. 630/631.

As ponderações de Marinoni não poderiam ser mais oportunas, e bem resumizam o nosso pensamento: o credor trabalhista tem o mesmo direito a um processo efetivo que o credor de alimentos de direito de família; nada mais justo, pois, que a execução de seu crédito siga as mesmas normas aplicáveis àquela outra dívida alimentar, por conta dessa identidade que há em sua essência. Poder-se-ia, até, argumentar na inconstitucionalidade de seu tratamento diferenciado, já que não há fundamento legítimo que determine a maior agilidade de um processo em detrimento do outro: a necessidade é a mesma.

É por esses motivos que nos pareceu de todo oportuno levar o pensamento de Marinoni às suas últimas consequências, equiparando o rito procedimental de todas as dívidas de natureza alimentar – inclusive as trabalhistas⁴⁷⁸.

Fixada a premissa, vejamos agora quais são os elementos do CPC e da legislação especial atinente às dívidas de alimentos que podem render bons frutos se transplantados para o processo do trabalho.

Iniciando pelas disposições do CPC, merece destaque a previsão, em seu art. 732, parágrafo único, no sentido de que a oposição de Embargos pelo devedor não impede o levantamento, pelo exequente, das prestações mensais depositadas pelo réu.

Também merece destaque o art. 733, que prevê que o devedor será citado para o pagamento da dívida, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de fazê-lo, sob pena de prisão - medida que já encontra alguma ressonância na doutrina trabalhista, mas que merece ser enfocada com enorme cuidado.

Antes de qualquer coisa, é necessário frisar que o uso da pena de prisão, quando admitido, não é, nunca, com o propósito de punir, isto é, de efetivamente prender o devedor, mas sim o de coagi-lo a atender o comando judicial (face à necessidade suportada pelo credor). Dessa feita, o uso da medida deve ser o mais limitado possível, apenas contra

⁴⁷⁸ Em sentido de certa forma semelhante ao que defendemos, pode ser apontada a seguinte lição: “*A experiência estrangeira demonstra – especialmente na Alemanha e na Áustria – que nos casos que envolvem prestações pecuniárias destinadas à subsistência do credor, a “jurisprudência” dos tribunais “em interpretação liberal de textos de lei que autorizam a concessão de alimentos provisionais” tem admitido a finalidade satisfativa da providência jurisdicional.*” (Jorge Luiz Souto Maior, *Temas de Processo do Trabalho*, p. 66 - citando a lição de Egas Moniz de Aragão).

aquele devedor que sabidamente tem condições de pagar a dívida mas se recusa a fazê-lo – especialmente quando ele for “reincidente”⁴⁷⁹.

É interessante, pois, que a prisão surja no horizonte do devedor como algo que pode ser imposto caso ele, voluntariamente, se recuse a cumprir a sua obrigação – mas não como medida a ser tomada a torto e direito, como forma de punição ou exercício arbitrário de poder. Sua adoção deve ser a última alternativa, apenas quando todas as outras não tiverem produzido efeitos.

É certo, de todo modo, que se trata de matéria amplamente controvertida, cujo aprofundamento escapa dos propósitos do presente trabalho, até mesmo por atingir outro direito fundamental do indivíduo (liberdade).

De todo modo, a possibilidade abstrata de se aplicar a pena de prisão ao devedor trabalhista deve servir para demonstrar o pleno cabimento de se lhe impor a pena de multa como coerção para o pagamento de sua obrigação, de acordo com o secular adágio de que quem pode o mais pode o menos: se até a prisão é cabível, com muito mais razão deverá sê-lo a multa.

Ainda no CPC, outra medida interessante é a possibilidade de desconto em folha de pagamento (art. 734), que pode ser bastante útil para uma maior efetividade das execuções movidas contra pessoa física (especialmente os sócios da empresa).

Em sentido semelhante, inclusive, como forma de se aumentar a efetividade das execuções movidas contra pessoas jurídicas, poder-se-ia, analogicamente com o art. 734 do CPC e até mesmo com seu art. 461, pensar na possibilidade de inclusão do credor trabalhista na folha de pagamento da reclamada (sob pena de prisão pelo descumprimento dessa ordem – art. 14 do CPC), com o pagamento mensal de uma quantia apta a satisfazer suas necessidades (e seu crédito) e que não prejudique o funcionamento da empresa⁴⁸⁰.

⁴⁷⁹ Bastante interessante é a posição de João Caupers – mais de vinte anos atrás – a esse respeito: “*Julgamos que se justificaria uma melhoria da tutela do direito à retribuição do trabalho, porventura o reforço das sanções penais em certos casos de não pagamento da retribuição. Afinal, uma entidade patronal que esteja em condições de pagar a retribuição aos seus trabalhadores e não o faça, ameaça a sobrevivência destes, desenvolvendo uma acção de significado social não muito diverso daquela que constitui o crime de ‘omissão de assistência material à família’, previsto e punido pelo art. 197º do Código Penal.*” (Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição, p. 190).

⁴⁸⁰ Nesse sentido dispõe, vale lembrar, a Orientação Jurisprudencial n.º 172 da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do C. TST: “*ADICIONAL DE INSALUBRIDADE OU PERICULOSIDADE. CONDENAÇÃO. INSERÇÃO EM FOLHA DE PAGAMENTO. Condenada ao pagamento do adicional de insalubridade ou periculosidade, a empresa deverá inserir, mês a mês e enquanto o trabalho for executado sob essas condições, o valor correspondente em folha de pagamento.*”.

O que não se pode admitir, afinal, é a empresa continuar a operar normalmente enquanto o credor trabalhista passa fome, como se o devedor tivesse o direito subjetivo de não cumprir a decisão (ou seu atendimento fosse uma mera faculdade legal).

Como se vê, o CPC contém algumas medidas que podem ser bastante úteis para o incremento da efetividade das execuções trabalhistas.

E também a legislação específica sobre as dívidas de alimentos (Lei n.º 5.478/68) contém algumas disposições de interesse, como, por exemplo, o art. 17, que prevê que, não sendo possível o desconto em folha, as prestações devidas poderão ser cobradas de outros rendimentos do credor, como aluguéis ou outros créditos.

E até mesmo a Lei n.º 11.232/05 trouxe disposições de interesse nesse tema, como o novo art. 475-Q, que autoriza ao juiz ordenar ao devedor de alimentos por decorrência de ato ilícito (e o devedor trabalhista, ao deixar de cumprir com sua obrigação, não deixa de cometer um ilícito) a “*constituição de capital, cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão*” ou, alternativamente, a “*inclusão do beneficiário da prestação em folha de pagamento de entidade de direito público ou de empresa de direito privado de notória capacidade econômica*” – disposições que também poderiam ser utilizadas no processo do trabalho⁴⁸¹: afinal de contas, trata-se de meios legalmente previstos e válidos para determinadas situações (e não algo sem qualquer embasamento legal), cuja essência é semelhante à dos débitos de natureza trabalhista, possibilitando, assim, a sua extensão, em nome do direito constitucional a uma tutela jurisdicional efetiva.

O que não nos parece razoável é se admitir que o empréstimo que um empregado contrai junto a uma instituição financeira seja mensalmente descontado de seus salários (nos termos do Decreto n.º 4.840/03), mas essa mesma instituição financeira (ou outro empregador qualquer), quando devedora de verbas trabalhistas (cuja natureza pede um tratamento processual muito mais efetivo do que os valores por ela emprestados), não esteja sujeita a essa mesma medida, quando ela realmente se faz necessária. Esse

⁴⁸¹ O Professor Estevão Mallet (*O Processo do Trabalho e as Recentes Modificações do Código de Processo Civil*, p. 200) admite o uso de tais dispositivos no processo do trabalho, mas apenas para os casos de obrigação de alimentos decorrente de ato ilícito (na concepção tradicional – isto é, mais restrita – dessa expressão); nossa tentativa de contribuição é no sentido de ampliá-los para todas as dívidas trabalhistas (que, como dito, são também alimentares e não deixam de decorrer de um ilícito).

verdadeiro privilégio (assim como tantos outros...⁴⁸²), se cabe em algum lugar, é na cobrança de créditos trabalhistas.

Pior ainda é se pensar na hipótese da alienação fiduciária em garantia, que autoriza a busca e apreensão do bem e até mesmo a pena de prisão para a satisfação de um interesse meramente patrimonial das poderosas instituições financeiras, que têm muito menor necessidade dessa tutela do que o trabalhador (mas muito maior força política...). Também aqui, se para a satisfação desses créditos são admitidas medidas desse talante, com muito mais razão deverão elas ser aceitas no processo do trabalho.

A verdade, infelizmente, é que nosso ordenamento confere muito maior proteção aos direitos meramente patrimoniais (em especial, os direitos de propriedade) do que aos direitos fundamentais ou de natureza alimentar – quando o certo seria o contrário.

O que pretendemos, pois, é a modificação dessa panorama, com um sistema processual que proteja os direitos de acordo com sua natureza e não o poder econômico ou político de seu titular.

Afinal, como bem pondera Marinoni:

Também por uma razão óbvia: da mesma forma que não é correto tratar situações diferentes por meio de um único procedimento, não é possível conferir procedimentos distintos a situações que não merecem – à luz dos valores da Constituição – tratamento diversificado.

Se a Constituição Federal deve eliminar as desigualdades, não há como aceitar o procedimento que faz exatamente o contrário, isto é, potencializa a desigualdade, abrindo ao que tem posição social privilegiada a oportunidade de percorrer as vias da jurisdição por intermédio de um procedimento diferente daquele que é atribuído às posições sociais ‘comuns’. (...) O legislador infraconstitucional é obrigado a desenhar procedimentos que não constituam privilégios, bem como, para atender aos socialmente mais carentes, a estruturar procedimentos que sejam diferenciados, na medida em que a diferenciação de procedimentos é uma exigência insuprimível para um ordenamento que se inspira na igualdade substancial. (...)

⁴⁸² “*Em se tratando de dar guarida a certos direitos, como o de propriedade, por exemplo, o direito não tem qualquer tipo de pudor, ou preocupação com as garantias do devido processo legal, em determinar, de forma sumária, que, por exemplo, se passe um trator por cima dos barracos dos “invasores” sem-terras.*” (Jorge Luiz Souto Maior, *Temas de Processo do Trabalho*, p. 51/52).

Há uma série de procedimentos – apontados pela melhor doutrina como procedimentos especialíssimos – que não tem legitimidade alguma diante dessa perspectiva de análise. É o caso da execução privada do Decreto-lei 70/66 ou do procedimento da busca e apreensão do Decreto-lei 911/69.⁴⁸³

Impõe-se, pois, a extensão desses verdadeiros privilégios de classe a todas as demandas judiciais – e, em especial, às trabalhistas -, em busca de uma prestação jurisdicional mais efetiva.

4. A EXECUÇÃO DA SENTENÇA DECLARATÓRIA

Uma interessante novidade trazida pela Lei n.º 11.232/05, pouco difundida na esfera trabalhista, é a possibilidade de se executar sentenças meramente declaratórias, em oposição ao tradicional entendimento de que apenas as sentenças condenatórias seriam passíveis de execução.

Trata-se de tema que, além de ser bastante atual, é mais uma oportunidade para a demonstração de como uma visão verdadeiramente instrumental do processo, desvinculada de seus dogmas, pode permitir que dele sejam extraídos resultados mais úteis para os jurisdicionados e, assim, mais consentâneos com sua finalidade.

A discussão acerca da possibilidade de se executar sentenças declaratórias decorre do quanto disposto no novo art. 475-N, inc. I, do CPC, segundo o qual é título executivo judicial a sentença “*que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia*” – definição em que pode ser incluída a sentença meramente declaratória, já que ela pode, eventualmente, *reconhecer a existência de uma obrigação*.

Desde logo, importa registrar que a *vontade do legislador* não era (pelo menos originalmente) a de permitir a execução das sentenças declaratórias. Isso porque a redação original do projeto que resultou na Lei n.º 11.232/05 continha a tradicional fórmula de que “é título executivo a sentença *condenatória*”; sua substituição pela *sentença que reconhece a existência de uma obrigação* se deu no Senado Federal, como se fosse uma mera emenda de redação (sob o equivocado pressuposto de que não mais

⁴⁸³ Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, p. 197/199.

existiriam as sentenças meramente condenatórias)⁴⁸⁴. Assim, a princípio, mesmo na Lei n.º 11.232/05, apenas as sentenças condenatórias seriam passíveis de execução; de todo modo, o certo é que a redação da lei acabou por ser diversa da pretendida, devendo ser assim analisada.

Ocorre, no entanto, que o quanto exposto no parágrafo precedente nos leva a uma indagação de ainda maior relevância: é constitucional o inc. I do art. 475-N do CPC?

A indagação se faz relevante porque, nos termos do parágrafo único do art. 65 da Constituição, caso um projeto de lei seja emendado durante sua tramitação em uma das casas do Congresso, ele deve necessariamente ser enviado à outra, para apreciação dessa emenda – o que não aconteceu na Lei n.º 11.232/05. Com isso, a própria constitucionalidade do novo dispositivo legal pode ser questionada.

Nossa opinião é a de que, formalmente, a redação do art. 475, inc. I, do CPC é inconstitucional⁴⁸⁵; não obstante, pensamos que essa questão é de menor importância, já que, mesmo sem que se recorra a esse dispositivo legal, nos parece possível a execução, em alguns casos, da sentença declaratória⁴⁸⁶. Em outros termos, antes mesmo do inc. I do art. 475-N do CPC o sistema já admitia a execução das sentenças declaratórias, possibilidade que a nova lei veio apenas explicitar⁴⁸⁷.

Afinal de contas, se é possível a execução aparelhada diretamente dos títulos extrajudiciais (cujo conteúdo também é meramente declaratório), não há razão para se negar tal possibilidade aos títulos declaratórios que contenham a chancela judicial – desde que, é claro, contenham em si todos os elementos necessários à sua execução, sem violação do direito de defesa do devedor (como trataremos com mais vagar adiante).

⁴⁸⁴ Cf. Carlos Alberto Carmona (*Novidades sobre a Execução Civil: Observações sobre a Lei 11.232/2005*, p. 72) e Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (*Tutela Declaratória Executiva?*, p. 36).

⁴⁸⁵ Como, aliás, inúmeros outros dispositivos legais (e até mesmo constitucionais, como recentemente se veio a descobrir...). É interessante notar que a maioria dos estudos acerca da possibilidade de execução da sentença declaratória reconhece o vício na tramitação do projeto de lei que resultou na Lei n.º 11.232/05, mas simplesmente o ignora, sequer abordando a questão de sua constitucionalidade.

⁴⁸⁶ E a maior prova disso é a existência de sólidos posicionamentos doutrinários (encabeçados pelo Ministro Teori Albino Zavascki) e até mesmo jurisprudenciais sobre o tema antes mesmo da inovação legislativa, como bem demonstram os seguintes julgados do C. STJ: REsp 207.998, REsp 551.184 e REsp 544.189, além daquele citado em nota abaixo. Há, ainda, a menção à existência de dispositivos semelhantes ao novo art. 475, inc. I, no próprio CPC, como seria o caso dos arts. 76 e 899, § 2º, lembrados por Carlos Alberto Carmona (*Novidades sobre a Execução Civil: Observações sobre a Lei 11.232/2005*, p. 73).

⁴⁸⁷ Defendem a execução das sentenças declaratórias, com base na nova redação do CPC (mas não apenas nela), entre outros, o Ministro do STJ Teori Albino Zavascki (citado na nota seguinte), Humberto Theodoro Júnior (*As Novas Reformas do Código de Processo Civil*, p. 132 e ss.), Ronaldo Vasconcelos (*Eficácia Executiva das Sentenças Declaratórias no CPC*), Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (*Tutela Declaratória Executiva?*) e Carlos Alberto Carmona (*Novidades sobre a Execução Civil: Observações sobre a Lei 11.232/2005*, p. 72).

E, realmente, em alguns casos, quando a sentença declaratória já contém todos os elementos necessários para a individualização da obrigação do devedor e o completo aparelhamento da execução, exigir-se novo processo de conhecimento apenas para afirmar seu conteúdo condenatório (quando até mesmo o inadimplemento já foi reconhecido) parece ser algo de um extremo formalismo, incompatível com o atual estágio de desenvolvimento da ciência processual.

Afinal, como bem pondera o Ministro Teori Albino Zavascki: *“Tem eficácia executiva a sentença declaratória que traz definição integral da norma jurídica individualizada. Não há razão alguma, lógica ou jurídica, para submetê-la, antes da execução, a um segundo juízo de certificação, até porque a nova sentença não poderia chegar a resultado diferente do da anterior, sob pena de comprometimento da garantia da coisa julgada, assegurada constitucionalmente. E instaurar um processo de cognição sem oferecer às partes e ao juiz outra alternativa de resultado que não um, já prefixado, representaria atividade meramente burocrática e desnecessária, que poderia receber qualquer outro qualificativo, menos o de jurisdicional.”*⁴⁸⁸.

É por isso que pensamos que, em alguns casos, a sentença declaratória pode dar ensejo a uma execução. Mas quais casos são esses?

Para que esses casos sejam definidos, algumas distinções são necessárias.

Em primeiro lugar, é preciso distinguir aquelas sentenças declaratórias efetivamente relacionadas a crises de certeza daquelas que, na verdade, se ligam a crises de inadimplemento (ainda que tenha sido postulada apenas a tutela declaratória): é evidente que apenas da sentença que tenha um conteúdo obrigacional pode ser cogitada a execução.

Assim, por exemplo, há de ser imediatamente descartada a execução das sentenças declaratórias fundadas no inc. II do art. 4º do CPC, que envolvem a declaração da autenticidade ou falsidade de um documento, já que, nesses casos, não há o que se executar.

De outro lado, caso a sentença declaratória tenha como substrato uma relação obrigacional, decidindo pela existência de uma prestação a ser cumprida pelo devedor, é possível cogitar-se de sua execução – desde que presentes alguns outros requisitos.

⁴⁸⁸ STJ, 1ª Turma, REsp 588.202, 10.02.04 – em decisão que fez jurisprudência no C. STJ e bem reflete o pensamento doutrinário do Ilustre Relator (que pode ser verificado, por exemplo, em seu artigo “*Sentenças Declaratórias, Sentenças Condenatórias e Eficácia Executiva dos Julgados*”).

Um deles deve ser o de a eventual declaração/obrigação que se pretende executar estar contida no dispositivo da sentença, algo necessário não apenas por conta do art. 469 do CPC, segundo o qual é apenas a parte dispositiva da decisão que transita em julgado (e, assim, pode ser executada), mas, principalmente, porque o fato de tal obrigação constar do dispositivo da decisão significa que ela foi postulada pelo autor e, por conta disso, houve contraditório (ou ao menos ele foi possibilitado), elementos imprescindíveis para que o título judicial seja válido. O que não se pode admitir é a execução de algo adotado apenas como razão de decidir – e sem contraditório.

Outro requisito indispensável é o de que o dispositivo da sentença declaratória que se pretende executar contenha a totalidade dos elementos necessários para o aparelhamento da execução, isto é, uma obrigação certa (quanto aos seus sujeitos e objeto) e exigível (sendo imprescindível que tenha havido juízo completo – e em contraditório – acerca do inadimplemento do devedor). Não basta a declaração da existência da obrigação, é necessário que tenha restado caracterizado o inadimplemento, apurado em contraditório⁴⁸⁹.

De outro lado, nos parece possível a execução de uma sentença declaratória ilíquida, desde que presentes os outros requisitos acima apontados, bastando que se proceda, antes, à sua liquidação, tal como se dá com as sentenças condenatórias.

Por fim, uma questão bastante interessante (e complicada) é se a execução seria possível apenas para as sentenças declaratórias positivas (isto é, aquelas que reconhecem a existência da obrigação) ou se seria possível, também, para as sentenças de improcedência nas ações declaratórias negativas (isto é, aquelas decisões que rejeitaram o pedido de nulidade da relação obrigacional, decidindo por sua manutenção).

O grande problema das sentenças declaratórias negativas de improcedência é que elas não necessariamente reconhecem a validade “absoluta”, por assim dizer, daquela relação jurídica, mas apenas que, com relação *àquele vício apontado pelo autor*, tal relação se sustenta, mas sem excluir a possibilidade de ela ser invalidada por outras razões. Em se admitindo, sempre, sua execução, estar-se-ia desconsiderando a possibilidade de o autor impugná-la com base em outros fundamentos, o que violaria seu direito de defesa.

Nesse caso, para compatibilizar o desejo de efetividade da prestação jurisdicional com a garantia dos direitos constitucionais do devedor, uma medida que

⁴⁸⁹ Nesse sentido, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (*Tutela Declaratória Executiva?*, p. 38).

poderia ser adotada é a admissão de sua oposição à execução com a mesma amplitude possível na discussão dos títulos extrajudiciais, isto é, mediante a aplicação analógica do novo art. 745, inc. V, do CPC, que permite ao executado por título extrajudicial defender-se alegando “*qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento*”.

Com isso, estaria assegurado o direito de defesa do devedor, sem prejuízo da efetividade da prestação jurisdicional.

6. NOVAS LEITURAS DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA TRABALHISTA

1. A EXECUÇÃO PROVISÓRIA TRABALHISTA

O regramento da CLT acerca da execução provisória limita-se, basicamente, ao seu art. 899, que, em seu *caput*, dispõe que a execução provisória é admitida “*até a penhora*”, ou seja, cessa com a constrição do patrimônio do devedor, sem permitir qualquer ato satisfativo em benefício do credor.

Face aos termos da lei, a jurisprudência é amplamente dominante (quase pacífica, na verdade) no sentido de que a execução provisória trabalhista se encerra com a penhora de bens do devedor, como demonstra a decisão abaixo:

EXECUÇÃO PROVISÓRIA - ART. 899 DA CLT - O entendimento, baseado no processo Civil, de que na execução provisória podem ser praticados todos os atos que não importem em alienação do domínio, não se aplica ao Processo do Trabalho, que tem norma própria regulamentando a matéria. É o artigo 899 da CLT, que permite a execução provisória ATÉ A PENHORA. A homologação de cálculos em Carta de Sentença, por provisória, está sujeita a modificação, valendo como simples suporte para a penhora.⁴⁹⁰

No que diz respeito às outras questões relativas à execução provisória, como a CLT é omissa, tende-se a aplicar-se o CPC.

2. A EXECUÇÃO PROVISÓRIA CÍVEL

⁴⁹⁰ TRT da 15ª Região, 5ª Turma, Ac. n. 16.060/94, Rel. Juíza Olga Aida Joaquim Gomieri. Da mesma forma: “*EXECUÇÃO PROVISÓRIA - LIMITE DOS ATOS PROCESSUAIS - Nos termos do artigo 899 da CLT, caput, a execução provisória é permitida até a penhora. Essa limitação traduz ser inviável a prática de atos que importem alienação do domínio do bem constricto judicialmente, não podendo ser também autorizado o levantamento de depósito em dinheiro, nos termos do inciso II do artigo 588 do CPC.*” (TRT da 3ª Região, 1ª Turma, AP 1.800/02, 29.04.02, Rel. Juiz José Marlon de Freitas).

Bastante diversa é a execução provisória do processo civil, que permite, como adiantamos, a satisfação do direito do credor mesmo antes do trânsito em julgado da decisão.

É certo, porém, que esse resultado somente foi obtido depois de sucessivas reformas no texto legal; vejamos, então, como foi a evolução da disciplina do instituto, para melhor compreender o seu atual conteúdo.

O CPC de 1973, em sua redação original, previa (art. 588) a necessidade de o credor prestar caução para iniciar a execução provisória (inc. I) e proibia a prática de atos que importassem em alienação do domínio – mas permitia o levantamento do depósito em dinheiro porventura realizado, mediante caução idônea (inc. II). Como se vê, já a redação original do CPC admitia a prática de atos executivos pelo credor (nomeadamente, o levantamento do depósito em dinheiro feito pelo devedor), mediante a adequada caução.

Tal sistemática foi modificada em 2002, pela Lei n.º 10.444/02, que excluiu, do inc. I do art. 588, a exigência de prestação de caução pelo exeqüente como condição para a instauração da execução provisória e ampliou o rol das medidas satisfativas que poderiam ser praticadas: não apenas o levantamento de dinheiro mas também a prática de atos de alienação de domínio e outros “*dos quais possa resultar grave dano ao executado*”, condicionando-os, porém, à prestação de caução idônea.

Mais importante, porém, foi a inserção do § 2º ao art. 588, que admitia a dispensa da caução em se tratando de verbas de natureza alimentar de valor não superior a sessenta salários mínimos, quando o exeqüente estivesse em estado de necessidade.

Como se vê, aumentou-se as hipóteses de prática de atos satisfativos em favor de credor – inclusive, mediante a dispensa de caução em determinadas hipóteses (créditos alimentares).

Finalmente, nova sistemática da execução provisória sobreveio com a Lei n.º 11.232/05, que substituiu o art. 588 do CPC pelo art. 475-O, o qual aumentou as hipóteses de dispensa da caução: além dos créditos de natureza alimentar, também aqueles decorrentes de ato ilícito, até o limite de sessenta salários mínimos, quando o credor “*demonstrar situação de necessidade*” (art. 475-O, § 2º, inc. I). Inovando mais ainda, a caução foi também dispensada “*nos casos de execução provisória em que penda agravo de instrumento junto ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça* (art.

544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação” (inc. II).

Esse é o atual regramento da execução provisória no processo civil, no tocante à prática de atos satisfativos em favor do credor.

Para finalizar este tópico, é importante verificarmos como fica a disciplina da execução provisória no processo civil após a edição da Lei n.º 11.232/05, que, como visto no capítulo anterior, promoveu uma verdadeira revolução no modelo de execução do CPC. Quais das novas regras instituídas aplicam-se à execução provisória?

Há considerável controvérsia a esse respeito mas, segundo nos parece, todas as principais inovações trazidas pela Lei n.º 11.232/05 têm lugar na execução provisória – até mesmo a multa de 10% pelo não cumprimento espontâneo da decisão pelo devedor.

Como expusemos no capítulo precedente, se a intenção da lei foi a de que o devedor cumpra com sua obrigação tão logo tenha conhecimento da mesma, e se a sentença produz efeitos tão logo proferida, não dependendo do trânsito em julgado para tanto, é evidente que mesmo a sentença impugnada por recurso recebido sem efeito suspensivo já é obrigatória para o devedor, devendo, como tal, ser cumprida. Em o devedor não cumprindo espontaneamente a obrigação, poderá o credor, se assim desejar, instaurar a execução provisória – como, de resto, acontece com a execução definitiva -, para a cobrança de seu crédito, acrescido da multa de 10%⁴⁹¹.

Vejamos, agora, como esse modelo pode ser transposto para o processo do trabalho.

3. A UTILIZAÇÃO DO MODELO CÍVEL NO PROCESSO DO TRABALHO

Os motivos pelos quais entendemos que o modelo de execução provisória do processo civil deve ser também aproveitado pelo processo do trabalho são, basicamente, aqueles expostos no capítulo anterior para a defesa da aplicação das Leis n.º 11.232/05 e 11.382/06 no processo do trabalho, o que dispensa a sua repetição.

⁴⁹¹ No sentido do cabimento da multa de 10% também na execução provisória posicionam-se Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo (*A Execução Provisória na Lei n.º 11.232/2005*, p. 315 – citando, ainda, Ernane Fidélis dos Santos) e Cássio Scarpinella Bueno (*Execução Provisória: Caução e sua Dispensa na Lei n.º 11.232/2005*, p. 46), que também entende que toda a sistemática da nova execução civil se aplica à execução provisória. Há, porém, respeitáveis vozes em sentido contrário, como Carlos Alberto Carmona (*Novidades sobre a Execução Civil: Observações sobre a Lei 11.232/2005*, p. 66) e Humberto Theodoro Júnior (*As Novas Reformas do Código de Processo Civil*, p. 145).

Trata-se, afinal, de um modelo muito mais eficiente e que favorece a satisfação dos créditos de natureza alimentar, não havendo motivo que justifique a sua não aplicação no processo do trabalho. Nenhuma incompatibilidade existe.

Além disso, outro ponto que, no nosso entender, pode ser invocado em favor dessa tese é a clara tendência, verificada na legislação processual civil, no sentido de se ampliar o uso da execução provisória; principalmente, mediante a previsão de novas hipóteses que autorizam o levantamento de valores sem a necessidade de caução.

As reformas operadas em 2002 e 2005, claramente, visaram ampliar o uso da execução provisória e a sua utilidade⁴⁹² – nada mais consoante com esse espírito do que estendê-la ao processo do trabalho (dela muito mais carente do que a enorme maioria dos litígios civis).

Em reforço a isso, vale lembrar que uma das hipóteses de dispensa da caução é exatamente quando se trata de “*crédito de natureza alimentar*” – definição em que, como muitas vezes ressaltado, os créditos trabalhistas se encaixam com perfeição.

Finalmente, vale uma última observação, em sentido semelhante às apresentadas no capítulo anterior: se na tutela antecipada, um juízo provisório e superficial, é possível a satisfação do direito do credor, com muito mais razão ela deverá ser admitida no caso da execução provisória, fruto de sentença proferida após cognição exauriente – e que, no mais das vezes, conta com o mesmo pressuposto de necessidade da antecipação de tutela.

É por esses motivos que entendemos que também as normas processuais civis atinentes à execução provisória devem ser aplicadas no processo do trabalho.

Felizmente, há julgados que comungam do nosso entendimento:

Mandado de Segurança. Levantamento de Valores Incontroversos. Ato judicial proferido em execução provisória que, considerando a natureza emergencial do crédito trabalhista e o fato de o processo tramitar há mais de 8 (oito) anos, determina a liberação ao reclamante de valores incontroversos. Ausência de ilegalidade, pois tratando-se de parcela de caráter alimentar, a prerrogativa do

⁴⁹² Como confirmam Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo (*A Execução Provisória na Lei n.º 11.232/2005*, p. 320) e Carlos Alberto Carmona (*Novidades sobre a Execução Civil: Observações sobre a Lei 11.232/2005*, p. 65).

levantamento já era autorizada pelo então vigente artigo 588, parágrafo 2º, do CPC, sendo reafirmada após a edição da Lei nº 11.232/2005, consoante previsto no artigo 475-O, parágrafo 2º, inciso II, do referido código. Segurança que se denega.⁴⁹³

Na verdade, pensamos que não apenas é possível a aplicação da legislação civil sobre execução provisória no processo do trabalho, como também que essa legislação deve ser interpretada extensivamente, para melhor atender aos reclames de efetividade exigidos pelos créditos trabalhistas: devem ser aumentadas as hipóteses de prática de atos satisfativos e, da mesma forma, dos casos em que isso é possível sem a prestação de caução.

Além disso, é necessária a interpretação do inc. I do § 2º do art. 475-O, que dispensa a caução apenas para os créditos cujo valor total não seja superior a sessenta salários mínimos, no sentido de que, em se tratando de créditos superiores a essa quantia, apenas o valor excedente depende de caução para ser levantado, isto é, também para eles, a quantia de sessenta salários mínimos pode ser levantada sem caução⁴⁹⁴.

Por fim, sem prejuízo de tudo o quanto exposto, deve ficar absolutamente claro que o caráter alimentar das verbas trabalhistas não deve servir como fundamento para o enriquecimento sem causa do credor trabalhista às custas do devedor em caso de reforma da sentença que embasava a execução provisória: em isso ocorrendo, todos os valores

⁴⁹³ TRT da 2ª Região, SDI, Ac. n. 2007024665, 26.06.07, Rel. Juíza Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva. No mesmo sentido: “*EXECUÇÃO PROVISÓRIA. PROSSEGUIMENTO APÓS A PENHORA. POSSIBILIDADE. Ao permitir a execução provisória até a penhora, o artigo 899 da CLT apenas quis afastar a prática de atos que importem na efetiva alienação do domínio dos bens penhorados. Nada obstante, em virtude da alteração introduzida pela Lei 10.444/02 ao artigo 588 do CPC, aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho, foram autorizados, mesmo em se tratando de execução provisória, o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem em alienação de domínio, mediante caução idônea, a qual pode ser dispensada, a teor do contido no parágrafo 2o. do citado artigo 588 do CPC, “nos casos de crédito de natureza alimentar, até o limite de 60 (sessenta) vezes o salário mínimo, quando o exeqüente se encontrar em estado de necessidade”. Portanto, se até mesmo o levantamento em dinheiro e a expropriação do bem penhorado mostram-se possíveis nas hipóteses legais mencionadas, torna-se indiscutível a viabilidade de se proceder a constrição do depósito recursal efetivado.”* (TRT da 3ª Região, 5ª Turma, AP 669/02, 16.11.04, Rel. Juiz José Roberto Freire Pimenta). Também em doutrina alguns posicionamentos nesse sentido podem ser encontrados: Edilton Meireles e Leonardo Dias Borges, *A Nova Execução Cível e seus Impactos no Processo do Trabalho*, p. 27/28; Jorge Luiz Souto Maior, *Reflexos das Alterações do CPC no Processo do Trabalho*, p. 75.

⁴⁹⁴ Cássio Scarpinella Bueno, *Execução Provisória: Caução e sua Dispensa na Lei nº 11.232/2005*, p. 50. Outra ampliação, sugerida por Jorge Luiz Souto Maior (*Reflexos das Alterações do CPC no Processo do Trabalho*, p. 75) diz respeito à interpretação do inc. II do § 2º do art. 475-O, para que a caução seja dispensada também no caso de pendência de Agravo de Instrumento contra despacho denegatório de Recurso de Revista, em trâmite perante o C. TST – que ocupa, basicamente, a mesma posição no processo trabalhista que o Superior Tribunal de Justiça (mencionado pela lei) ocupa no processo civil, de modo que tal extensão nos parece de todo cabível.

antecipados devem ser ressarcidos ao então devedor (art. 475-O, inc. I), com o retorno das partes ao estado anterior, não servindo de impedimento a isso o caráter alimentar das verbas adiantadas (que, em alguns casos, também terá essa mesma natureza para a parte contrária)⁴⁹⁵.

O antigo devedor deve ser restabelecido ao estado anterior, não podendo sofrer qualquer prejuízo por conta da execução provisória da sentença – que, afinal, corre por conta e risco do exeqüente. Caso a eventual caução não baste para tal (ou caso ela não tenha existido), deverão ser disponibilizadas ao executado as mesmas vias executivas disponibilizadas ao exeqüente, inclusive, medidas como o desconto em folha e a penhora *on line*.

Por isso, muito cuidado deve ser tido na hora de se decidir pela instauração da execução provisória e, principalmente, pela dispensa ou não da caução, atentando-se para a possibilidade da decisão ser reformada e para a capacidade econômica das partes (e a idoneidade da caução prestada⁴⁹⁶) – mas não, obviamente, a ponto de inviabilizar o instituto: o principal elemento a ser ponderado é a necessidade econômica da parte e o anseio de efetivação do direito material.

Dessa forma, sendo possível a concessão de caução sem prejuízo ao credor, ela deverá ser exigida: o que não pode correr é a eventual impossibilidade de o credor prestá-la significar a negação de seu direito à execução provisória, devendo-se, em tais casos, ponderar-se os interesses em conflito e, decidindo-se pela prevalência do direito do credor, utilizar-se da prerrogativa legal da dispensa da caução⁴⁹⁷.

⁴⁹⁵ Trata-se de hipótese de *responsabilidade objetiva* por parte do exeqüente, cf. Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo (*A Execução Provisória na Lei n.º 11.232/2005*, p. 305) e Humberto Theodoro Júnior (*As Novas Reformas do Código de Processo Civil*, p. 173).

⁴⁹⁶ “Permitir a execução provisória sem acautelamento integral do risco de prejuízo para o executado equivale a ultrajar o devido processo legal e realizar um verdadeiro confisco de sua propriedade, ao arrepio das normas constitucionais que protegem tal direito.” (Humberto Theodoro Júnior, *As Novas Reformas do Código de Processo Civil*, p. 174).

⁴⁹⁷ Sempre tendo claro que eventuais abusos ou ilegalidades cometidas pelo juiz do feito devem ser reparadas, inclusive, por meio da responsabilização pessoal do julgador, se for o caso (além, é claro, da responsabilidade do Estado pelos atos de seus agentes).

CONCLUSÕES

Cumpre, agora, sintetizar as principais conclusões verificadas ao longo do trabalho.

O que tentamos mostrar, como adiantado de início, foi como uma nova visão do processo gera uma diferente aplicação de seus institutos, aumentando a sua efetividade e, com isso, valorizando o direito material – algo especialmente importante em nosso caso, por conta do caráter existencial e alimentar das verbas discutidas no processo do trabalho.

Assim, nas duas primeiras partes do trabalho, procuramos fixar as premissas teóricas que serviriam de base para as considerações desenvolvidas na terceira, na qual propusemos uma nova forma de se ler e aplicar alguns institutos do processo, de modo a aumentar a sua efetividade.

Na primeira, estudamos o processo, a Jurisdição e o direito de ação, por nós designado *direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*. Fixamos como razão de ser do processo o restabelecimento do ordenamento material violado no convívio entre as pessoas, fazendo valer suas normas e, com isso, imprimindo-lhe vigor, ajudando o Estado em sua tarefa de garantir a paz social. O processo, enfim, como uma complementação à atividade de positivação das normas sociais pelo Estado, com vistas à regulação da vida em sociedade – o que tem especial importância em um Estado Social de Direito como o nosso, cujo projeto constitucional é o de construir uma sociedade baseada nos valores sociais e na dignidade da pessoa humana, não mais nos valores individualistas do Estado Liberal.

Em seguida, nesse mesmo capítulo, analisamos o *direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*: o direito do indivíduo de ter seu direito efetivamente reconhecido e restabelecido por meio do processo, na exata medida de sua extensão.

A junção dessas duas conclusões nos levou à visão do processo (ou melhor, da Jurisdição) como um serviço público prestado pelo Estado aos cidadãos, por meio do qual deve eliminar as crises de direito material (patologias) narradas pelos jurisdicionados, da exata mesma forma que elimina as patologias que afetam sua saúde.

Algo enfim, que comporta duas perspectivas de análise: uma, macro, pela qual ele é um instrumento do Estado para a satisfação de interesses próprios seus,

predominando o interesse público sobre o interesse das partes; outra, micro, na qual ele deve prestar total assistência ao jurisdicionado e realizar, integralmente, o seu direito – até porque, ao fazê-lo, o Estado também estará atendendo ao seu interesse, de restabelecimento, integral e com justiça, do ordenamento material, que ele positivou para a disciplina da vida em sociedade (especialmente, em se tratando dos direitos sociais, elemento fundamental para o modelo de sociedade idealizado).

Esse novo modo de se ver o processo implica em uma nova forma de se aplicar as leis processuais, sempre tendo em vista a maior efetividade do processo e do direito material, até mesmo nos casos de omissão da lei e, principalmente, nos de sua insuficiência, quando houver técnica processual mais eficiente do que a prevista pelo legislador, hipótese em que, com base na Constituição e no imperativo de se dar máxima efetividade ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e aos direitos sociais, essa outra técnica deve ser aplicada – respeitando-se, porém, as garantias constitucionais da parte adversa.

O que é certo é que com essa visão do processo não se compadecem decisões formalistas e conservadoras, que deixam de realizar o direito material por fatores que não impedem ou prejudicam a apreciação do mérito da controvérsia, nem tampouco resguardam as garantias constitucionais da parte contrária. Por tudo que significa e pretende realizar, o processo deve, sempre (e em todas as suas instâncias), chegar a uma decisão de mérito, a menos que isso não seja, materialmente, possível – o que quase nunca é o caso. Decisões meramente processuais não pacificam nem restabelecem o ordenamento material, fazendo apenas perpetuar a injustiça, razão pela qual não devem ser aceitas.

Da mesma forma, um Judiciário que declara, mas não efetiva, os direitos sociais dos trabalhadores (ou os declara apenas em parte), deixando de dar concreção ao comando judicial ou apenas o fazendo muito tempo depois do exigido pela natureza da controvérsia posta em juízo e pelas necessidades do titular do direito, está, indubitavelmente, em descompasso com a ordem constitucional, à qual o processo deve, necessariamente, se amoldar – o que é especialmente verdadeiro em nosso caso, em que nova ordem constitucional sobreveio quando as leis processuais já estavam em vigor, o que impõe sua adequação aos novos valores plasmados na Lei Maior, em especial, a dignidade da pessoa humana e o *status* fundamental dos direitos dos trabalhadores e da própria garantia da ação.

Isso tudo leva à necessidade de revisão na atual forma de se ver o processo, de modo a se construir um sistema que seja realmente rápido e, acima de tudo, eficaz, capaz de, prontamente, restabelecer o patrimônio jurídico do trabalhador – necessidade que se faz ainda mais premente por conta do caráter fundamental dos direitos dos trabalhadores, tema da segunda parte do trabalho.

Nessa parte, procuramos demonstrar que os direitos trabalhistas são direitos fundamentais, ao lado dos tradicionais direitos e garantias individuais elencados no art. 5º da Constituição (como, aliás, por ela própria definido).

Essa circunstância, por sua vez, além de reforçar a necessidade de que a lei trabalhista seja cumprida, tem também dois desdobramentos de especial importância: (i) a aplicação, na interpretação dos direitos dos trabalhadores, dos critérios usualmente empregados na interpretação dos direitos fundamentais (tais como os princípios da máxima efetividade, da força normativa e da unidade da Constituição) e (ii) a maior necessidade de sua efetivação (por meio de um processo efetivo), pela importância que eles representam não apenas para seus titulares, mas para a própria sociedade e para o Estado Democrático de Direito, assegurando o bem-estar da população e o próprio exercício da cidadania.

Trata-se, enfim, de mais um elemento que reforça a necessidade de efetividade do processo – tema de que nos ocupamos nos vários capítulos da terceira parte do trabalho.

No primeiro deles, partindo do raciocínio de que o principal óbice ao bom funcionamento da Justiça do Trabalho é a enorme quantidade de ações que lhe são submetidas, que isso é decorrência do descumprimento da lei trabalhista no curso da relação de emprego e que isto, por sua vez, tem como principal causa as inúmeras vantagens econômicas atribuídas ao infrator da lei, sugerimos algumas medidas que, tornando cara a violação à lei, poderiam reverter esse desastroso quadro, como o aumento dos juros de mora, a condenação do devedor ao pagamento de honorários advocatícios e a aplicação das multas previstas em lei – todas elas, medidas já previstas em nosso ordenamento, dependendo sua aplicação, apenas, da disposição dos aplicadores do direito em construir um sistema mais justo.

Punindo economicamente o infrator, estar-se-á prestigiando o cumprimento da lei trabalhista e, com isso, tornando desnecessária a via judicial, o que acarretará a

diminuição do número de ações e o conseqüente aprimoramento da prestação jurisdicional trabalhista – objetivo de nosso estudo.

Nos outros capítulos dessa parte do trabalho, focamos mais propriamente no aprimoramento da técnica processual – também mediante o uso do instrumental já existente -, de forma a extrair-se resultados mais úteis do processo.

No primeiro deles (relacionado, de certa forma, com o anterior), cuidamos do abuso processual, fenômeno cujo combate também contribuiria para a redução da quantidade e da duração dos processos (além de incentivar o cumprimento da lei na constância da relação).

Estudamos o fenômeno sob a ótica das partes, dos advogados e dos magistrados, analisando as principais formas de abuso verificadas no cotidiano forense e suas conseqüências jurídicas, buscando sempre realçar os nefastos efeitos que ele causa ao sistema, na tentativa, também aqui, de sensibilizar os operadores do direito para a necessidade de se coibir e punir as condutas abusivas no processo – não apenas por sua antijuridicidade mas, como destacamos, pelos prejuízos que causam aos demais sujeitos do processo e, principalmente, à administração da Justiça, que tem seu regular andamento entravado e é obrigada a consumir maior quantidade de recursos (materiais e humanos) em virtude do uso abusivo do processo por seus sujeitos.

Vimos também, nesse capítulo, as interessantes figuras do dano existencial (a diminuição da qualidade de vida da pessoa e do uso de seu tempo livre por conta do exercício abusivo do processo pela parte contrária) e do assédio processual (a prática reiterada de condutas abusivas, com vistas a lesar a parte contrária e impedir a satisfação de seu direito), o primeiro como uma das conseqüências (automaticamente presumidas) do segundo e que deve, juntamente com os danos de ordem moral e também patrimonial porventura decorrentes do abuso do processo, ser integralmente reparado.

No capítulo seguinte, relativo às Comissões de Conciliação Prévia, demonstramos nosso apoio aos entendimentos que a elegem como condição necessária ao processamento da ação trabalhista, mas reforçamos o desacerto da posição, que predomina no TST, no sentido da extinção sem julgamento do mérito, em 3ª Instância, daquelas ações que não o fizeram, as quais já haviam sido julgadas, em seu mérito, por duas instâncias.

Isso porque a manutenção dessas decisões meritórias possibilitaria extrair-se desses processos resultados muito mais úteis às partes e ao próprio Estado do que sua

extinção por uma decisão terminativa, que importará na repetição de todos os atos que já foram realizados e, o que é muito pior, mais alguns vários anos de espera por parte do titular do direito material (ou, o que é mais provável, sua capitulação por um acordo sensivelmente inferior ao seu crédito, apenas para não ter que se submeter novamente a esse martírio).

A extinção do feito sem julgamento do mérito pela falta de passagem pela Comissão de Conciliação apenas se justifica antes de realizados aqueles atos que as condições da ação, enquanto categoria processual, tencionam evitar – ou seja, em 1º grau de jurisdição, antes da instrução processual (e, mesmo aqui, a solução mais acertada parece ser não o puro e simples encerramento da ação, mas sim a sua suspensão para que haja a tentativa de conciliação, nos moldes do direito italiano).

Quando tal não ocorre e o processo caminha normalmente o decreto “póstumo” de carência de ação contraria a própria razão de ser dessa categoria jurídica e do sistema processual como um todo, sendo fruto daquela equivocada visão por nós tanto criticada, que vê o processo como um jogo e não como um instrumento estatal de pacificação social, restabelecimento do ordenamento material e realização de Justiça – o que ele é.

O capítulo seguinte foi destinado ao estudo da antecipação dos efeitos da tutela, sem dúvida alguma, um dos mais poderosos instrumentos à disposição dos operadores do direito para a concretização da garantia constitucional a um processo rápido e efetivo, especialmente naqueles casos em que não é possível aguardar-se o término do feito para a satisfação do direito do autor, sob pena de o provimento jurisdicional já não mais ser de qualquer valia para ele.

No entanto, de nada adianta a previsão desse potente instituto se o mesmo não é utilizado, ou o é de forma tímida e conservadora, que limita todo seu potencial. Por conta disso, criticamos o pouco e mau uso da tutela antecipada na prática trabalhista, procurando apresentar algumas sugestões para a solução desse problema, desde a conscientização dos operadores do direito acerca do instituto (e todas as ferramentas a ele relacionados) até novas formas de se utilizar a técnica processual já existente nessa matéria, de modo a extrair-se melhores resultados de sua utilização.

Mostramos, assim, a possibilidade de sua concessão de ofício em determinadas oportunidades, bem como a necessidade de relativização do critério negativo da irreversibilidade, sob pena de inutilização do instituto.

Em seguida, procuramos demonstrar a possibilidade de se adotar as ferramentas do art. 461 do CPC também para coagir o devedor nas antecipações de tutela de pagamento de quantia, além da necessidade de a medida que antecipa os efeitos da tutela ser concretizada de forma desvinculada das normas que regem a execução provisória trabalhista, inadequadas para a realização rápida do direito do credor, como a situação exige.

O objetivo de nossas sugestões era o de tornar mais eficiente o sistema da antecipação dos efeitos da tutela, para que possa, realmente, servir àquilo a que se destina: debelar o perigo daquelas situações que demandam uma resposta rápida do Judiciário – especialmente em se tratando de direitos trabalhistas, de natureza fundamental e caráter alimentar, diretamente relacionados à existência digna do trabalhador. Afinal de contas, o que não se pode aceitar é ele trabalhar por vários anos sob más condições, ser dispensado sem receber suas verbas rescisórias, e o Judiciário parecer satisfeito com apenas propiciar o seu pagamento depois de cinco, dez ou quinze anos de espera, durante os quais sabe-se lá o que aquele trabalhador (agora desempregado) teve que fazer para sobreviver (se é que o conseguiu, e a que preço), como se ninguém tivesse nada a ver com isso.

Certamente, não é isso que desejou o constituinte ao estabelecer como fundamento de nossa República a dignidade da pessoa humana e prever um extenso rol de garantias fundamentais em favor do indivíduo, às quais o Judiciário não pode ficar indiferente.

No penúltimo capítulo, propomos algumas formas de releitura da execução definitiva de sentença, com vistas a torná-la mais ágil e efetiva, por meio, tal como no resto do trabalho, da aplicação do material já existente em nosso ordenamento, trazendo para o processo do trabalho normas processuais civis, em nome da garantia constitucional a uma tutela efetiva e da natureza de direito fundamental dos direitos trabalhistas, intrinsecamente ligados à sobrevivência do indivíduo e à sua dignidade.

Defendemos, assim, medidas como a aplicação das inovações promovidas na execução civil pelas Leis n.º 11.232/05 e 11.382/06 ao processo do trabalho, o uso das medidas de apoio do art. 461 do CPC também nas execuções definitivas de pagamento de

quantia e a necessidade de se aplicar algumas das medidas previstas na cobrança de alimentos em todas as cobranças de dívidas alimentares (como são as dívidas trabalhistas), pela similaridade em sua natureza jurídica.

Por fim, no último capítulo do trabalho, realizamos exercício semelhante, mas, agora, com relação à execução provisória, defendendo, também aqui, a aplicação da legislação processual civil – sensivelmente mais eficiente por permitir a satisfação do direito (e, assim, das necessidades) do credor, algo que a sistemática da CLT não permite.

Procuramos, ainda, ir além, defendendo uma aplicação e interpretação extensivas da legislação civil, de modo mais condizente com a natureza dos créditos trabalhistas e a garantia constitucional a um processo efetivo.

Todo o nosso esforço, enfim, foi o de aproveitar o instrumental já existente e, analisando-o com outros olhos e sob a perspectiva do direito fundamental do indivíduo à tutela jurisdicional efetiva e do caráter fundamental dos direitos trabalhistas, procurar reler o processo, de forma a construir um sistema mais justo e efetivo, que, realmente, restabeleça o direito material violado, de forma rápida e completa, permitindo a satisfação dos direitos do trabalhador, dando a ele o tratamento digno que merece – e a Constituição exige.

Procurou-se, enfim, ver como o processo pode ajudar o direito material e, principalmente, o trabalhador, titular de direitos cujo restabelecimento é a razão de ser do processo trabalhista e obrigação do Estado; essa a razão das releituras propostas, que se espera sirvam de exemplo para a construção de um processo melhor – um processo que, enfim, sirva para a efetivação dos direitos sociais.

BIBLIOGRAFIA

ABDALA, Vantuil. *Discurso de Inauguração da Nova Sede do Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível em http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=6137&p_cod_area_noticia=ASCS&p_txt_pesquisa=mau%20empregador. Acesso em 30.12.06.

_____. *Entrevista Coletiva Dada em 13.04.04*. Disponível em http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=3910&p_cod_area_noticia=ASCS&p_txt_pesquisa=mau%20empregador. Acesso em 30.12.06.

_____. *Exposição na Comissão de Constituição e Justiça do Senado em 27.08.03*. Disponível em http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=2705&p_cod_area_noticia=ASCS&p_txt_pesquisa=mau%20empregador. Acesso em 30.12.06.

ADAMOVICH, Eduardo Henrique von. *A Tutela de Urgência no Processo do Trabalho: uma visão histórico-comparativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ALMEIDA, Alberto Carlos. *A Cabeça do Brasileiro*. Rio de Janeiro: Record, 2007.

AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. “A Execução Provisória na Lei n.º 11.232/2005”. In: COSTA, Susana Henriques da (coord.). *A Nova Execução Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

AMERICANO, Jorge. *Do Abuso do Direito no Exercício da Demanda*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1932.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª Edição. Lisboa: Almedina, 2006.

ARTHUR, Karen. *O TST e os Doutrinadores Jurídicos como Agentes de Novas Noções Contratuais do Trabalho: um Estudo sobre a Terceirização*. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Federal de São Carlos. São Carlos, 2004. Disponível em http://www.bdtf.ufscar.br/tde_arquivos/6/TDE-2005-01-12T15:06:04Z-430/Publico/DissKA.pdf. Acesso em 06.02.07.

ARRUDA ALVIM, José Manuel de. *Tratado de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 2ª Edição. São Paulo: RT, 1996.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Tendências Contemporâneas do Direito Processual Civil”. In: *Temas de Direito Processual*. Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1994.

BARRETO, Vicente de Paulo. “Reflexões Sobre os Direitos Sociais”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. “O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro”. In: BARROSO, Luís Roberto (coord.). *A Nova Interpretação Constitucional*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. “Dez Anos da Constituição de 1988 (Foi bom pra você também?)”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *O Direito Público em Tempos de Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

BASILE, Carmelo. “Interventi”. In: PANUCCIO, Vincenzo (coord.). *L’Abuso del Processo del Lavoro*. Milão: Giuffrè, 1997.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Algumas Considerações sobre o Cumprimento da Sentença Condenatória”. In: *Revista do Advogado*. n.º 85. Ano XXVI. São Paulo: AASP, 2006.

_____. “Garantia da Amplitude da Produção Probatória”. In: CRUZ e TUCCI, José Rogério (coord.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1999.

_____. *Direito e Processo*. 4ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. Tese apresentada ao Concurso para o cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005.

_____. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)*. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

BELTRAN, Ari Possidônio. *Direito do Trabalho e Direitos Fundamentais*. São Paulo: LTr, 2002.

BERCOVICI, Gilberto e MASSONETTO, Luís Fernando. “Os Direitos Sociais e as Constituições Democráticas Brasileiras: Breve Ensaio Histórico”. In: RÚBIO, David Sánchez (coord.). *Direitos Humanos e Globalização – Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de Exceção Permanente*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz e RENAULT, Sérgio. “Os Caminhos da Reforma”. In: *Revista do Advogado*. n.º 85. Ano XXVI. São Paulo: AASP, 2006.

BUENO, Cássio Scarpinella. “Ensaio sobre o Cumprimento das Sentenças Condenatórias”. In: *Revista de Processo*. n.º 113. ano 29. São Paulo: RT, 2004.

_____. “Execução Provisória: Caução e sua Dispensa na Lei nº 11.232/2005”. In: *Revista do Advogado*. n.º 85. Ano XXVI. São Paulo: AASP, 2006.

_____. *Primeiras Notas do Cumprimento das Sentenças (Lei n. 11.232/2005)*. Disponível em <http://www.saraivajur.com.br/doutrinaArtigosDetalhe.cfm?doutrina=773>. Acesso em 09.01.07.

CALMON, Petrônio. “Sentença e Títulos Executivos Judiciais”. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz e RENAULT, Sérgio (coord.). *A Nova Execução de Títulos Judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª Edição. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis?*. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989.

_____. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

CARMONA, Carlos Alberto. “Novidades sobre a Execução Civil: Observações sobre a Lei 11.232/2005”. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz e RENAULT, Sérgio (coord.). *A Nova Execução de Títulos Judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARNEIRO, Athos Gusmão. “Do ‘Cumprimento de Sentença’, Conforme a Lei nº 11.232/2005. Parcial Retorno ao Medievalismo? Por que não?”. In: *Revista do Advogado*. n.º 85. Ano XXVI. São Paulo: AASP, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. *Como se Faz um Processo*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2001.

_____. *Instituições do Processo Civil*. Vol. I. Trad. Adrián Sotero di Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999.

CARPI, Federico e TARUFFO, Michele. *Commentario Breve al Codice di Procedura Civile*. 4ª Edição. Padova: CEDAM, 2002.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 31ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

CASTELO, Jorge Pinheiro. “A Nova Lei de Falências: por que os Bancos Querem Intervenção Estatal Protetiva?”. In: *Revista LTr*. Ano 68. Vol. 08. São Paulo: LTr, 2004.

_____. “Comissão de Conciliação Prévia – Filosofia, Ideologia e Interesses Envolvidos na Lei, Inconstitucionalidades, Perplexidades e Situações Específicas –

Limitações, Exceções e Perspectivas”. In: *Revista LTr*. vol. 64. n.º 04. São Paulo: LTr, 2000.

_____. *Tutela Antecipada*. Vol. I. São Paulo: LTr, 1999.

CAUPERS, João. *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*. Lisboa: Almedina, 1985.

CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira e CARDONE, Marly Antonieta. *Direito Social*. 2ª Edição. São Paulo: LTr, 1993.

CHIOVENDA, Giuseppe. “Dell’azione Nascente dal Contratto Preliminare”. In: *Saggi di Diritto Processuale Civile*. Tomo I. 2ª Edição. Roma: Foro Italiano, 1930.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. Volume I. Trad. J. Guimarães Menegale e notas de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1942.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar. “O Estado Personalista de Direito e a Realização Igualitária dos Direitos Fundamentais”. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz de (coord.). *Estado de Direito e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COMPARATO, Fabio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Direitos Humanos no Brasil – o Passado e o Futuro*. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/artigo%20comparato.htm>. Acesso em 25.04.06.

CORDEIRO, Roberto Benavente. *Assédio Processual*. Disponível em <http://www.oabsp.org.br/boletim-informativo/trabalhista/edicao-03-outubro-de-2005/assedio-processual>. Acesso em 14.11.2007.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. “Direitos Humanos e Direitos Sociais: Interpretação Evolutiva e Segurança Social”. In: *Revista do Departamento de Direito do*

Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. n.º 1. Ano. 1. São Paulo: IOESP, 2006.

_____. *Teoria e Prática do Poder de Ação na Defesa dos Direitos Sociais.* São Paulo: LTr, 2002.

COX, Mary-Lea. *Freedom from Want.* Disponível em http://www.cceia.org/resources/for_educators_and_students/four_freedoms/5226.html. Acesso em 05.02.07.

CRESCI SOBRINHO, Elicio de. *Dever de Veracidade das Partes no Processo Civil.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

DALAZEN, João Oreste. “Apontamentos sobre a Reforma do Processo Trabalhista Brasileiro”. In: *Revista LTr*. vol. 62. n.º 10. São Paulo: LTr, 1998.

DALL’OLIO, Matteo. “Tavola Redonda”. In: PANUCCIO, Vincenzo (coord.). *L’Abuso del Processo del Lavoro.* Milão: Giuffrè, 1997.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado.* 19ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1995.

DANTAS, David Diniz. *Interpretação Constitucional no Pós-Positivismo.* São Paulo: WVC Editora, 2004.

DELGADO, José Augusto. *Responsabilidade do Estado: Ato Jurisdicional.* Disponível em http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/9451/1/Responsabilidade_do_Estado_Ato_Jurisdicional.pdf. Acesso em 03.01.08.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho.* São Paulo: LTr, 2002.

DIANI, Cesare. “Interventi”. In: PANUCCIO, Vincenzo (coord.). *L’Abuso del Processo del Lavoro.* Milão: Giuffrè, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. “Discurso de Posse no Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo”. In: *Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo.* Vol. 65. Ano 15. São Paulo: Lex, 1981.

_____. “Nasce um Novo Processo Civil”. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil.* São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *A Instrumentalidade do Processo*. 12ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *A Nova Era do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *A Reforma da Reforma*. 6ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Execução Civil*. 6ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. Vol. I e II. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 4ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

ELECTRIC LAW LIBRARY. *Vocabulo "Contempt of Court"*. Disponível em <http://www.lectlaw.com/def/cl18.htm>. Acesso em 26/12/2007.

EZCURRA, María Eugenia Vera. *Exceso Ritual Manifiesto*. Disponível em www.salvador.edu.ar/ua1-4-ritual.htm#CONCEPTO%20DE%20EXCESO%20RITUAL%20MANIFIESTO. Acesso em 22.11.07.

FARIA, José Eduardo. "As Transformações do Judiciário em Face de suas Responsabilidades Sociais". In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. "Introdução: o Judiciário e o Desenvolvimento Sócio-Econômico". In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. "O Judiciário e os Direitos Humanos e Sociais: Notas para uma Avaliação da Justiça Brasileira". In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005.

FERREIRA, Antônio Manuel Carvalho de Casimiro. *Trabalho Procura Justiça*. Coimbra: Almedina, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERREIRA, Dâmares. “O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Benefícios Previdenciários”. In: *Revista de Direito do Trabalho*. Vol. 105. São Paulo: RT, 2002.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. “A Lei das Comissões de Conciliação Prévia”. In: *Revista LTr*. vol. 64. n.º 02. São Paulo: LTr, 2000.

FRANZ, Pier Luigi. “Tavola Redonda”. In: PANUCCIO, Vincenzo (coord.). *L’Abuso del Processo del Lavoro*. Milão: Giuffrè, 1997.

GIGLIO, Wagner. *Direito Processual do Trabalho*. 12ª Edição. São Paulo: LTr, 2002.

GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. 14ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Temeridad y Malicia en el Proceso*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2002.

GRECO, Leonardo. “Primeiros Comentários sobre a Reforma da Execução Oriunda da Lei nº 11.232/05”. In: *Revista do Advogado*. n.º 85. Ano XXVI. São Paulo: AASP, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. “Abuso do Processo e Resistência às Ordens Judiciárias: o Contempt of Court”. In: *A Marcha do Processo*. São Paulo: Forense Universitária, 2000.

_____. *A Garantia Constitucional do Direito de Ação e sua Relevância no Processo Civil*. Dissertação para concurso à livre docência de Direito Judiciário Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1972.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

LEAL, Ronaldo Lopes. *A Virtualização da Justiça do Trabalho*. Disponível em <http://www.valoronline.com.br/valoreconomico/285/legislacaotributos/legislacaotributos/A+virtualizacao+da+Justica+do+Trabalho,0781,,86,4089649.html>. Acesso em 08.01.07.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. I. 3ª Edição. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005.

LIMA JR., Jayme Benvenuto. *Los Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturales*. La Paz: Diakonia, 2001.

LOPES, José Reinaldo de Lima. “Crise da Norma Jurídica e a Reforma do Judiciário”. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil Interpretado*, 5ª Edição. Barueri: Manole, 2006.

MALLET, Estevão. “O Processo do Trabalho e as Recentes Modificações do Código de Processo Civil”. In: *Revista do Advogado*. n.º 85. Ano XXVI. São Paulo: AASP, 2006.

_____. “Primeiras Linhas Sobre as Comissões de Conciliação”. In: *Revista LTr*. vol. 64. n.º 04. São Paulo: LTr, 2000.

_____. *Antecipação da Tutela no Processo do Trabalho*. 2ª Edição. São Paulo: LTr, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 5. Tomo I. São Paulo: RT, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: RT, 2004.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. “A Justiça do Trabalho do Ano 2000: as Leis ns. 9.756/98, 9.957 e 9.958/2000, a Emenda Constitucional n. 24/1999 e a Reforma do Judiciário”. In: *Revista LTr*. vol. 64. n.º 02. São Paulo: LTr, 2000.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. 19ª Edição. São Paulo: Atlas, 2003.

MAURINO, Alberto Luis. *Abuso del Derecho en el Proceso*. Buenos Aires: La Ley, 2001.

MEIRELES, Edilton e BORGES, Leonardo Dias. “A Nova Execução Cível e seus Impactos no Processo do Trabalho”. In: *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*. n.º 203. São Paulo: IOB, 2006.

MELLO, Celso Albuquerque. “A Proteção dos Direitos Humanos Sociais nas Nações Unidas”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. “Direitos Fundamentais: Eficácia das Garantias Constitucionais nas Relações Privadas: Análise de Jurisprudência da Corte Constitucional Alemã”. In: MONTEIRO, Meire Lúcia Gomes (coord.). *Introdução ao Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 1998.

MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. *Princípios da Ampla Defesa e Efetividade*. São Paulo: Malheiros, 2001.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de. *Tutela Antecipada e Ação Monitória na Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

MIGNONE, Emilio. “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en las Constituciones Políticas de los Países del Cono Sur de América”. In: TRINDADE, Antonio Cançado (coord.). *Estudios Básicos de Derechos Humanos V*. San Jose: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996.

MILMAN, Fabio. *Improbidade Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. *Manual de Orientação sobre as Comissões de Conciliação Prévia*. Disponível em http://www.mtb.gov.br/com_conciliacao/pub_manualCCP.pdf. Acesso em 22.08.05.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Editora Coimbra, 1988.

MORAES FILHO, Evaristo de e MORAES, Antônio Carlos Flores de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 8ª Edição. São Paulo: LTr, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 1998.

MORAES, José Rubens de. “Cumprimento de Sentença e Execução – uma Breve Abordagem Histórica”. In: *Revista do Advogado*. n.º 85. Ano XXVI. São Paulo: AASP, 2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. “História do Direito do Trabalho no Brasil”. In: FERRARI, Irany (coord.). *História do Trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

_____. *Curso de Direito do Trabalho*. 18ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 26ª Edição. São Paulo: LTr, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 8ª Edição. São Paulo: RT, 2004.

NICOTINA, Giuseppe. “Comunicazioni”. In: PANUCCIO, Vincenzo (coord.). *L’Abuso del Processo del Lavoro*. Milão: Giuffrè, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 3ª Edição. São Paulo: RT, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. “O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais”. In: *Revista de Processo*. n.º 113. ano 29. São Paulo: RT, 2004.

_____. “Tutela Declaratória Executiva?”. In: *Revista do Advogado*. n.º 85. Ano XXVI. São Paulo: AASP, 2006.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Report of the Director-General: Decent Work*. Disponível em <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>. Acesso em 31.01.07.

PAIM, Nilton Rangel Barreto e HILLESHEIM, Jaime. “O Assédio Processual no Processo do Trabalho”. In: CESÁRIO, João Humberto (coord.). *Justiça do Trabalho e Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: LTr, 2007.

PANUCCIO, Vincenzo. “I Magistrati”. In: PANUCCIO, Vincenzo (coord.). *L’Abuso del Processo del Lavoro*. Milão: Giuffrè, 1997.

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. “Direitos Humanos e Desenvolvimento: a Contribuição das Nações Unidas”. In: AMARAL JR., Alberto do (coord.). *O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: Edusp, 1999.

PIMENTA, José Roberto Freire. “Tutelas de Urgência no Processo do Trabalho: O Potencial Transformador das Relações Trabalhistas das Reformas do CPC Brasileiro”. In: PIMENTA, José Roberto Freire (coord.). *Direito do Trabalho: Evolução, Crise, Perspectivas*. São Paulo: LTr, 2004.

PINTO, José Augusto Rodrigues. “Compreensão Didática da Lei n. 11.232, de 22.12.2005”. In: *Revista LTr*. vol. 70. n.º 03. São Paulo: LTr, 2006.

PIOVESAN, Flávia. “Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade Humana”. In: LEITE, George Salomão (coord.). *Dos Princípios Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. “Globalização dos Direitos Humanos”. In: AMARAL JR., Alberto do (coord.). *O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: Edusp, 1999.

_____. “Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 4ª Edição. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PIVETTI, Marco. “Interventi”. In: PANUCCIO, Vincenzo (coord.). *L’Abuso del Processo del Lavoro*. Milão: Giuffrè, 1997.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PULICE, Marianna e PULICE, Ilaria. *Lite Temeraria e Risarcimento Danni: Interpretazione Costituzionalmente Orientata dell’art. 96 c.p.c., tra Danno Esistenziale e “Giusto Processo”*. Disponível em <http://www.filodiritto.com/index.php?azione=visualizza&iddoc=595>. Acesso em 14.11.07.

PULICE, Marianna. *L'ultima Pagina in Tema di Danno Esistenziale: Nota a Corte di Cassazione - Sezione Terza Civile, Sentenza 6 febbraio 2007, n. 2546*. Disponível em <http://www.filodiritto.com/index.php?azione=visualizza&iddoc=612>. Acesso em 14.11.07.

RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos em Juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares. “Que é Isto – O Direito do Trabalho?”. In: PIMENTA, José Roberto Freire (coord.). *Direito do Trabalho: Evolução, Crise, Perspectivas*. São Paulo: LTr, 2004.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. “O Direito Constitucional à Jurisdição”. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. “A Função Social do Contrato e o Direito do Trabalho”. In: *Revista LTr*. Ano 67. Vol. 12. São Paulo: LTr, 2003.

_____. “Direitos Humanos e Meio Ambiente do Trabalho. Título Executivo Constitucional”. In: *Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. n.º 1. Ano. 1. São Paulo: IOESP, 2006.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 2º Vol.. São Paulo: Saraiva, 1978.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 4ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SAVOCA, Giuseppe. “Introduzione”. In: PANUCCIO, Vincenzo (coord.). *L'Abuso del Processo del Lavoro*. Milão: Giuffrè, 1997.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção Constitucional dos Interesses Trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2001.

SILVA, Alessandro da. *Ausência de Simpatia como Óbice à Realização da Justiça*. São Paulo: texto não publicado, 2006.

SILVA, Jorge Pereira da. “Os Direitos Sociais e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia”. In: *Revista Direito e Justiça*. Vol. XV. Tomo 2. Lisboa: Universidade Católica, 2001.

SILVA, José Afonso da. “Direitos Sociais Relativos aos Trabalhadores”. In: SARAIVA, Paulo Lopo (coord.). *Antologia Luso-Brasileira de Direito Constitucional*. Brasília: Brasília Jurídica, 1992.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. “Os Princípios do Direito do Trabalho em face da Globalização”. In: FRANCO FILHO, Georgeton de Sousa (coord.). *Presente e Futuro das Relações de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.

SILVA, Otávio Pinto e. *Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e Ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2006

SILVA, Walkure Lopes Ribeiro da. “Liberdade Sindical no Contexto dos Direitos Humanos: a Experiência da OIT”. In: *Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. n.º 1. Ano. 1. São Paulo: IOESP, 2006.

SMITH, Adam. *Teoria dos Sentimentos Morais*. Trad. Lya Luft. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SOARES, Fernando Luso. *A Responsabilidade Processual Civil*. Coimbra: Almedina, 1987.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, *Temas de Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.

_____. “A Fúria”. In: *Revista LTr*. Ano 66. Vol. 11. São Paulo: LTr, 2002.

_____. “Reflexos das Alterações do CPC no Processo do Trabalho”. In: *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*. n.º 12. Ano II. Porto Alegre: Magister, 2006.

_____. *Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

_____. *O Dano Social e sua Reparação*. Disponível em http://www.calvet.pro.br/artigos/danosocial_suareparacao.pdf. Acesso em 06.02.08.

_____. *O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social*. São Paulo: LTr, 2000.

_____. *O Direito Social e seus Valores Fundamentais*. São Paulo: texto não publicado, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. “O Papel da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Sociais Fundamentais”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SUSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio, VIANNA, Segadas e TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 19ª Edição. São Paulo: LTr, 2000.

SUSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Direito Internacional do Trabalho*. 3ª Edição. São Paulo: LTr, 2000.

TABOSA, Fábio. *Código de Processo Civil Interpretado*. Coord. Antônio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2004.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de Não Fazer*. São Paulo: RT, 2001.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. “As Novas Leis Alterantes do CPC e sua Repercussão no Processo do Trabalho”. In: *Revista LTr*. vol. 70. n.º 03. São Paulo: LTr, 2006.

_____. *As Alterações no CPC e suas Repercussões no Processo do Trabalho*. 2ª Edição. São Paulo: LTr, 1995.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. “A Efetividade do Processo e a Reforma Processual”. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1995.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As Novas Reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. *Fundamentos e Perspectivas do Processo Trabalhista Brasileiro*. São Paulo: LTr, 2006.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. I. São Paulo: RT, 1974.

TORRES, Ricardo Lobo. “A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Novo Presidente do TST Alerta para Risco de “Vácuo Normativo”*. Disponível em http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=3910&p_cod_area_noticia=ASCS. Acesso em 22.11.07.

_____. *Relatório Geral da Justiça do Trabalho Referente ao Ano de 2005*. Disponível em www.tst.gov.br. Acesso em 20.12.06.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e Processo*. São Paulo: RT, 1997.

VASCONCELOS, Ronaldo. “Eficácia Executiva das Sentenças Declaratórias no CPC”. In: COSTA, Susana Henriques da (coord.). *A Nova Execução Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

VAZ, Paulo Afonso Brum. *Manual da Tutela Antecipada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VENTURA, Luciano. “Le Parti Sociali”. In: PANUCCIO, Vincenzo (coord.). *L’Abuso del Processo del Lavoro*. Milão: Giuffrè, 1997.

VIDAL NETO, Pedro. *Estado de Direito – Direitos Individuais e Direitos Sociais*. São Paulo: LTr, 1979.

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretación Constitucional*. 2ª Edição. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.

WATANABE, Kazuo. “Acesso à Justiça e Sociedade Moderna”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *Participação e Processo*. São Paulo: RT, 1988.

_____. “Tutela Antecipatória e Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer (arts. 273 e 461 do CPC)”. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional Específica nas Obrigações de Declaração de Vontade*. São Paulo: Malheiros, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995.

ZAVASCKI, Teori Albino. “Sentenças Declaratórias, Sentenças Condenatórias e Eficácia Executiva dos Julgados”. In: *Revista de Processo*. n.º 109. ano 28. São Paulo: RT, 2003.

ABSTRACT

Brazilian's judicial labor procedure is ineffective. It often doesn't realize the complainant's rights (at least, not entirely), and when it does, it takes so much time and causes so many privations to the complainant, that much of its utility is lost.

This is due to the way in which the system is read by its operators, in a conservative and restrictive way, which still takes into account only the text of the law and ignores the values and principles that inform the system. This leads to the non achievement of the fundamental rights of the workers and the denial of access to justice.

Thus, this study is an attempt of insurgency against the way in which the labor procedure law is applied and against the logic of our legal system, a perverse logic, which seems to always favor the debtor and discourage the compliance of the labor law.

Our goal is to look for new ways to apply the procedural technique, in order to extract better results from the system, which is especially necessary regarding labor procedure law, because of the nature and importance of the rights that it protects - fundamental rights, thus defined by the Constitution. This is, in fact, an important subject in our study: the demonstration of the fundamentality of the labor rights, in the hope that, once recognized like that, they will be respected, as occurs with the rights recognized as fundamental.

The fundamentality of the labor rights and of the right to access the justice (which we designate as the *fundamental right to effective judicial protection* - subject that also received special emphasis, as well as the vision of the process as a public service provided by the State, as well as its meaning and consequences) generate the necessity of a rapid and effective judicial process, one that, in a short time, offers the employee the full restoration of his violated labor rights.

That's what we tried to build, analyzing institutes such as the provisory injunction, the definitive and provisory execution, the abuse in the use of the process and many more, trying to present new ways to read them and use them, in order to increase the effectiveness of the process. What we tried to show, finally, was how a new vision of the procedural law generates a different application of its institutes, one that fulfills its objectives and protects the worker.

What we tried, in other words, was to see how the judicial labor process can help the effectiveness of the labor law, whose restoration is the reason of the judicial system and an obligation of the State.

Keywords: judicial process; effectiveness; public service; labor rights; fundamental rights.

Palavras-chave: processo; efetividade; serviço público; direitos trabalhistas; direitos fundamentais.